

مركز دراسات الدكتوراه
اللغات والتراث والتهينة المجالية
تكوين الدكتوراه التاريخ والتراث
محور الدراسات الإسلامية



جامعة سيدي محمد بن عبد الله
كلية الآداب والعلوم الإنسانية
سايس - فاس

أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الآداب والعلوم الإنسانية بعنوان:

البديع في شرح التفريع

للأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن الشارمسي (ت 669 هـ)

دراسة وتحقيق

من أول كتاب البيوع إلى آخر الكتاب (كتاب الجامع)

إعداد الطالب

محمد المولى عبد الرحمن الغرياني

إشراف الأستاذ الدكتور

رشيد سلاوي

السنة الجامعية

2018 - 2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الإهداء

إلى روح والديّ اللذين قاما على نشأتي وتعليمي، وقد أخلصا في نصحي وتهذيبي، ولأجل ما حبّباه إليّ من العلوم الشرعية، وقد رسّخا في قلبي شيئاً؛ اسمه صفو الودّ ونقاء السريرة بيني وبين إخوتي...
إلى زوجتي وأولادي وإخواني وأخواتي؛ أقدم جُهد المُقلّ بكل طيب.

كلمة شكر

الحمد لله رب العالمين، أشكره على ما أولاني به من النعم العظيمة، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد ﷺ - القائل: ((مَنْ لَمْ يَشْكُرِ النَّاسَ لَمْ يَشْكُرِ اللَّهَ))⁽¹⁾. اللهم صلِّ عليه، وعلى آله وصحبه، ومن اهتدى بهديه، وسار على طريقته إلى يوم الدين.

رأيت من الواجب عليّ أن أتوجه بالشكر العميق، وببالغ التقدير والاحترام إلى الأستاذ المشرف الدكتور رشيد سلاوي، الذي تكرم بقبول الإشراف على هذا البحث، ومنحني من علمه ووقته الثمين، وأفادني من سمته وأدبه، وعاملني بخلق رفيع، وتفضل عليّ بتوجيهاته العلمية السديدة، فجزاه الله عني أحسن الجزاء.

ومن الواجب - أيضا - أن أشكر الأساتذة الأفاضل الأجلاء؛ أعضاء لجنة المناقشة، لتواضعهم وقبولهم مناقشة هذه الرسالة، وتجنّسهم عناء قراءتها مع عظيم أشغالهم، وإني لفخور بقبول ما يُهدى إليّ منهم من عيوب، وسيكون دون شك لملاحظاتهم القيّمة العميقة أثرٌ في إثراء الرسالة، وتقويم ما قد يكون بها من اعوجاج.

كما أعترف بتقصيري وإن بالغت في الشكر والثناء؛ نحو شيخنا الفاضل الدكتور أحمد البوشيخي، وشقيقه فضيلة الدكتور المحترم الشّاهد البوشيخي، اللذين قدّما لي بكل تواضع يد العون، ووفقا معي بكل جدٍّ في تذليل الصعاب أُمّامي، أطال الله بقاءهما، وجزاهما الله عني خير الجزاء.

كما أتقدم بالشكر نحو شقيقي الدكتور الصادق عبد الرحمن الغرياني الذي لم يدّخر فضلا في توجيهي ونصحي وإرشادي، وفتح لي مكتبته العامرة التي طال ما رجعت إليها في كثير من أجزاء هذه الرسالة، وبعث في نفسي الهمة على إتمام دراستي منذ المراحل الأولى، وفي كلّ ذلك لم يبتغ جزاء ولا شكورا، أسأل الله - تعالى - أن يديم عليه الصّحّة والعافية، وينور الله بصره وبصيرته ويحفظه من كلّ سوء.

ولا أنسى أن أشكر أساتذتي الأفاضل الكرام الذين نهلت من علمهم، وتخرّجت على أيديهم، وأخصّ بذلك والدي الذي بذل جهدا كبيرا لأكون من الحافظين لكتاب الله، وقد وفقني الله لذلك، وحقق الله له رجاءه، فأسأل الله - تعالى أن يغفر له ويرحمه ويعتقه من النار.

(1) أخرجه الترمذي 339/4 حديث رقم 1955، من حديث أبي سعيد مرفوعا، وقال: حديث حسن صحيح.

كما أشكر كُلَّ من أعانني في جلب أو تصوير مخطوط أو كتاب كان عوناً لي في هذه الدِّراسة. كما لا أنسى أن أشكر بعض الأصدقاء على ما تكرَّموا به عَلَيَّ من وقت في مراجعة هذا البحث، وما أشاروا به عَلَيَّ من الفوائد، وبخاصة ابن العم الدكتور محمود سلامة الغرياني، والدكتور فرحات الكاسح.

وإن أنس فلا أنسى أن أشكر جميع أعضاء الهيئة الإدارية بجامعة سيدي محمد بن عبد الله؛ بدءاً بالسيد الفاضل رئيس الجامعة، وباقي الأساتذة الكرام، والسيد عميد كلية الآداب والعلوم لإنسانية، وكل العاملين موظفين وإداريين على حسن معاملتهم وعلى ما قدَّموه لي من تسهيلات إدارية.

وأقدم شكري وتقديري لهذا البلد الكريم المعطاء: المغرب؛ بلد العلم والأدب، أسأل الله - تعالى - أن يديم عليه الأمن والاستقرار وسائر بلاد المسلمين، وأعتذر عن التقصير لمن نسيت ذكره؛ وقد أعانني على إتمام هذا البحث ولو بِشِقِّ كلمة، من الأقارب، والأصحاب، والأصدقاء الخُلص.

ولا يسعني إلا أن أدعو الله سبحانه وتعالى أن يجزيهم جميعاً أحسن الجزاء. وفي الختام أحمد الله ﷻ أن مَكَّنني من إتمام تحقيق هذا الجزء فالحمد لله أولاً وآخراً.

مقدمة

الحمدُ لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونستهديه، ونعوذُ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، مَنْ يَهْدِهِ اللهُ فَلَا مُضِلَّ لَهُ، وَمَنْ يُضِلَّهُ فَلَا هَادِيَ لَهُ، إِنَّ أَصْدَقَ الحديثِ كتابُ اللهِ، وَأَحْسَنَ الْهَدْيِ هَدْيُ مُحَمَّدٍ - ﷺ - وَشَرُّ الْأُمُورِ مُحَدَّثَاتُهَا، وَكُلُّ مُحَدَّثَةٍ بِدْعَةٍ، وَكُلُّ بِدْعَةٍ ضَلَالَةٌ، وَكُلُّ ضَلَالَةٍ فِي النَّارِ.

وَأُصَلِّيْ وَأُسَلِّمْ عَلَى سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ الَّذِي جَعَلَ اللهُ الْعِزَّةَ وَالْمَنْعَةَ لِمَنْ اتَّبَعَ هَدَاهُ، وَجَعَلَ الدِّلَّةَ وَالصَّغَارَ عَلَى مَنْ خَالَفَ أَمْرَهُ وَعَصَاهُ، صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَعَلَى آلِهِ وَصَحْبِهِ وَسَلَّمَ.

أما بعد ،

فمن رحمة الله وفضله على المؤمنين؛ أن بعث إليهم رسولا من أنفسهم يتلوا عليهم آياته، وَيُزَكِّيهِمْ وَيُعَلِّمُهُمُ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ، وَيُعَلِّمُهُمُ مَا لَمْ يَكُونُوا يَعْلَمُونَ، وَأَتَمَّ عليهم نعمته فحفظ القرآن وأتمَّ جمعه وبيانه، وَيَسَّرَ لِلْعُلَمَاءِ فَهْمَ معانيه وتبيين أحكامه، فذَلَّلُوا الصَّعَابَ، وَمَهَّدُوا الطَّرِيقَ لَطُلَّابِ الْعِلْمِ أَنْ يَسْلُكُوا مَسْلَكَهُمْ، وَيَسِيرُوا عَلَى مَنْهَجِهِمْ، مَنْهَجَ الْعِلْمِ وَالْمَعْرِفَةِ، وَالتَّفَقُّهِ فِي الدِّينِ، فَأَرْجُو أَنْ أَكُونَ مِنَ الطَّالِبِينَ لِلْفَقْهِ خَاصَّةً وَلِلْعِلْمِ عَامَةً ، وَإِنِّي لِأَرْجُو مَا قَدَّمْتَهُ عَنْ كِتَابِ (الْبَدِيعِ فِي شَرْحِ التَّفْرِيعِ) وَعَنْ مُؤَلَّفِهِ؛ فِيهِ مَا يَفِيدُ وَيَجِدِي لِلنَّاسِ عَامَةً وَطَلِبَةِ الْعِلْمِ خَاصَّةً ، فَإِنْ وَجَدُوا فَهُوَ تَوْفِيقٌ مِنَ اللهِ وَفَضْلُهُ، وَإِلَّا فَهُوَ مِنْ تَقْصِيرِي أَوْ قُصُورِي ، وَمَا أَرَدْتُ بِحَمْدِ اللهِ إِلَّا الْخَيْرَ وَالنَّفْعَ، وَمَا تَوْفِيقِي إِلَّا بِاللَّهِ.

موضوع البحث وحدوده وسبب اختياره

انطلاقاً ممَّا حَثَّ عَلَيْهِ ﷺ وَأَكَّدَهُ؛ حَيْثُ قَالَ: ((مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْرًا يَفْقَهُهُ فِي الدِّينِ))⁽¹⁾ وجدت في نفسي الهمة والرغبة لأشتغل بعلم الفقه، راجيا من الله - سبحانه وتعالى - أن يوفقني للنيل من هذا الخير، فاخترت من أبواب الفقه قسم المعاملات؛ من كتاب البيوع إلى نهاية باب الجامع من كتاب (البديع في شرح التفريع) لأبي محمد، عبد الله بن عبد الرحمن بن عمر الشارمساحي.

ولما كانت المعاملات في الفقه الإسلامي تمس حياة الناس اليومية من بيع وابتياح، وتحمل المسؤوليات الشرعية المتمثلة في الوكالات والأقضية والخصومات، وما يتعامل به الناس بالدين والنقد والودائع والرَّهَان؛ رأيت المبرر والمسوغ لأن أهتم

(1) أخرجه البخاري: 25/1 حديث رقم 71 من حديث معاوية مرفوعا.

بهذا القسم من الفقه، رغم صعوبته وكثرة جزئياته، إلا أن تغليب الفائدة المرجوة من تعلّمه والاستفادة منه أعظم وأنفع.

كما أنّ مما دفعني لاختيار هذا الجزء هو الترتيب الفقهي الذي وضعه المؤلف، حيث عكف بعض الباحثين قَبْلِي على دراسة كتاب (البدیع في شرح التفريع)، لنيل درجة الماجستير من جمهورية مصر العربية، وقد وقع اختياره على كتاب النكاح إلى بداية كتاب البيوع، فبدأت من حيث انتهى طلبا لترتيب أبوابه وإكمال أجزائه.

وهذا مما صرفني عن الجزء الأول، ومن ثمّ عزمت العمل على جزء مستقل كامل في باب المعاملات، لاسيما أن هذا الجزء في غاية الوضوح مما يؤكد الوثوق به، ويدفع الباحث على العمل عليه والاستفادة من الأبواب الموجودة فيه، وقد صرفت النظر عن الأبواب الأولى للكتاب والتي تبدأ من الطهارة إلى كتاب البيوع لعدة أسباب:

أولها: أن إحدى المخطوطتين التي تشمل الأبواب الأولى يعسر قراءتها ولا يمكن بحال الاعتماد عليها، بها طمس للحروف في أغلب مواضعها، فالرجوع إليها ثانوي ولا تصلح إلا للاستعانة أو الاستئناس بها فقط.

ثانيها: من باب الحرص رأيت أن يكون العمل مستقلا بكتاب البيوع إلى آخر الكتاب، لكي يصلح أن يُطَبَعَ لوحده ويمكن الاستفادة منه إذا تعذّر طباعته مجوعا. أما عن اختياري لهذا الكتاب خاصة (البدیع في شرح التفريع) فله أسبابه أيضا.

من أهم هذه الأسباب؛ مكانته ومنزلته العلمية، فهو من المصادر المنوّه بها في المذهب المالكي، وينظر إليه بأهمية بالغة، وذلك لتقدم عصر مؤلفه وشهرته، واعتماد كثير من مصادر الفقه المالكي التي أتت بعده عليه.

كما يلاحظ أن مصادر الفقه المالكي المتأخّرة؛ لا تخلو من التصحيف وتحريف العبارة في بعض النقول التي تنقلها عن المتقدمين، الأمر الذي يتطلب الرجوع إلى المصادر الأصلية ما أمكن ككتاب البدیع في شرح التفريع وغيره، فذلك لا شك يسهم في تقويم النصوص المحرّفة وتصحيحها وفي مزيد الثقة بها، وفي هذا من النفع والفوائد للباحثين وطلاب العلم ما لا يخفى؛ خصوصا أن أصل الكتاب له عند فقهاء المالكية شأن، وعليه يعول كثير من فقهاءهم الذين أتوا بعده.

كما أن تعزيز الثقة، أو الفائدة لكتاب (البدیع في شرح التفريع) للشارمساحي؛ جاءت مما صرح به أصحاب التراجم، ومما عزوه إليه وأشادوا به وبمؤلفه، وهذا مما جعلني أتمسك بالعمل عليه؛ حيث تميّز الكتاب بما تميز به أصله ومؤلفه، وبما اشتهر

به شارحه.

فالكتاب شرحٌ (للتفريع) الذي ذاع صيته وانتفع به الناس، وأثنى عليه العلماء، كالقرافي وابن فرحون وغيرهما، فأصله مختصر لكنه جامع لكل أبواب الفقه، قريب من منابع الفقه الأصلية، فيه أقوال الإمام مالك وأشهر تلاميذه كابن الفاسم وابن وهب وأشهب وابن الماجشون وغيرهم، فتقدّم الأصل وقربه من المصادر الأولى يزيده إكباراً، ويعتبر كتاب التفريع من الكتب الخمسة المعتمدة وعليها التعويل والنقل، كما قال القرافي في مقدمة كتابه الذخيرة⁽¹⁾.

وكتاب (البدیع) - الذي أرجوا أن وفقني الله إلى تحقيقه تحقيقاً علمياً حقّق المراد - هو شرح للأصل المشار إليه آنفاً، وقد انتفع به الناس على اختصاره واستيعابه لجميع أبواب الفقه، فكيف بشرحه وشارحه الذي أضاف إليه الشرح والتفصيل والتدليل.

كما تجدر الإشارة إلى أن حدود البحث التي سلف ذكرها وتمثّلت في القسم المحقق؛ قد صدّرتَه بقسم للداراسة، حاولت أن أستوعب فيه سيرة الشارمساحي في حلّه وترحاله، وقد قدمت كتابه (البدیع)، وقمت بالتعريف به وبمنهجه، وعرجت على ذكر شيوخه وتلاميذه، وبمن أشاد به من العلماء، ووضعت خلاصة لذلك؛ سطرْتُ بها بعض المآخذ والانتقادات التي قد تُؤخَذ على الشارمساحي وكتابته البدیع، ووقفت في ذلك أيضاً على بعض الكتب التي نسبت إليه.

وتطرقت إلى جوانب كثيرة، منها ما يتعلق بأصل كتاب البدیع؛ وهو كتاب (التفريع) لابن الجلاب، عرفت بالمؤلف وبالكتاب وبمكانته العلمية بين كتب المذهب، كما ذكرت جانباً آخر يتعلق بمنهج التحقيق الذي اتبعته في هذه الدراسة، وقد جسَّدْتُ كلَّ ذلك في هيكل البحث، رأيت من الأنسب والأحسن الوقوف عليها في موضعها.

أهداف البحث:

إن من أهم الأهداف المرجوة لتحقيق المخطوطات المحافظة على التراث العريق لهذه الأمة، ومحاولة إخراج ما يمكن إخراجهِ، ليستفيد منه طلبة العلم، وليتعرّف الأجيال الحاضرة على ما لأسلافهم من تراث قيّم، حتى إذا ما نفضوا عنه غبار الزمان؛ وصلوا حاضر مجدهم بماضيه، وهبوا مجتمعين للمساعدة على تقدّم أمّتهم، لتساير ركب الحضارة وفقاً لتعاليم دينهم، التي صلّح عليها أمر الدنيا والآخرة، وإنني لأرجو أن يكون عملي في هذا الكتاب جزءاً من ذلك الجهد لتلك الغاية النبيلة، كما أنني حرصت أن أخرج نص الكتاب كما أراده صاحبه دون تحريف أو زيادة أو نقصان،

(1) ينظر الذخيرة: 36/1.

كما تقتضيه قواعد تحقيق التراث المنسجمة مع الغرض من إخراج الكتاب.
هيكل البحث:

قسمت البحث إلى مقدّمة وقسمين:

المقدّمة تناولت فيها أهمية الفقه وفضله، وما قدّمه العلماء - من أمثال الشارمساحي - لهذه الأمة في تبیین أحكام الله، بالتصنيف والشرح والتفصيل والاستدلال والتذليل.

كما بينت فيها موضوع البحث وحدوده وأهدافه وهيكله، ووقفت فيها على الأسباب التي دعّنتي لاختيار الموضوع.

أما القسمان فهما:

- أولاً: القسم الدراسي.

- ثانياً: قسم التحقيق.

أولاً - القسم الدراسي

ويحتوي على تمهيد وثلاثة مباحث:

تمهيد

المبحث الأول: التعريف بالشارمساحي

وينقسم إلى عدة مطالب:

المطلب الأول: اسمه وكنيته ونسبه ومولده:

المطلب الثاني: نشأته:

المطلب الثالث: شيوخه:

المطلب الرابع: تلاميذه:

المطلب الخامس: مؤلفاته:

المطلب السادس: رحلته للمشرق:

المطلب السابع: مكانته العلمية وثناء العلماء عليه:

المطلب الثامن: منهجه في دينه وعقيدته:

المطلب التاسع: وفاته:

المبحث الثاني: كتاب التفریع

وينقسم إلى عدة مطالب:

المطلب الأول: مؤلفه:

المطلب الثاني: كتاب التفريع وأهميته:

المطلب الثالث: شروح كتاب التفريع:

المبحث الثالث: كتاب البديع في شرح التفريع

وينقسم إلى ثمانية مطالب:

المطلب الأول: اسم الكتاب وصحة نسبته للشارمساحي:

المطلب الثاني: محتوى الكتاب وأهميته:

المطلب الثالث: أسلوب الكتاب:

المطلب الرابع: الدراسات السابقة لكتاب البديع:

المطلب الخامس: الملاحظات المهمة وبعض المآخذ على الكتاب والأمثلة عليها:

المطلب السادس: مصادر الكتاب:

المطلب السابع: وصف النسخ المخطوطة للكتاب:

المطلب الثامن: منهج التحقيق:

ثانيا - قسم التحقيق

أولاً . القسم الدراسي

القسم الأول القسم الدراسي

ويحتوي على تمهيد وثلاثة مباحث:

تمهيد

لمّا تطرق بعض الإخوة الباحثين لتحقيق جزء من كتاب البديع؛ قام بعمل دراسة تاريخية للحياة السّياسة والعلمية للحقبة التي عاشها الشّارمسي، فرأيت من التّكرار الذي لا طائل منه إعادة تلك الدراسة التاريخية، فاقترعت على سيرة المصنف الذاتية التي لا غنى عنها؛ وسلّطت الضوء على ما له علاقة مباشرة بحياته العلمية والفكرية وبكتابه (البديع)، واكتفيت في المبحث الأول بالوقوف على حياة المؤلف ونشأته، والتعريف باسمه ولقبه، وذكر مصنفاته ومكانته العلمية، وما طرأ له في أسفاره، وبيان مولده ووفاته.

في هذه الدراسة - أيضا - رأيت من المهم الوقوف على أصل الكتاب الذي قام عليه كتاب (البديع)؛ وهو كتاب (التفريع) وقسمته إلى مطلبين.

والأهم من ذلك كله الكتاب الذي نحن بصدد دراسته، فقد خصصت له المبحث الثالث، وقد فرّعت عنه مطالب أخرى، تناولت فيها صحة نسبة الكتاب إلى مؤلفه، وموضوعه وقيّمته العلمية، وعرّجت - أيضا - على المنهج والطريقة التي اتبعها الشارمسي في كتابه (البديع).

المبحث الأول التعريف بالشارمساحي

وينقسم إلى عدة مطالب:

المطلب الأول

اسمه وكنيته ونسبه ومولده⁽¹⁾:

هو عبد الله بن عبد الرحمن بن عمر، أبو محمد، المغربي الأصل، الشَّارْمَسَاحِي⁽²⁾ المولد، الإسكندري المنشأ والدَّار.

مولده سنة تسع وثمانين وخمسمائة، من كبار أئمة المالكية وعلمائها، صاحب زهد وصلاح وتصوّف، له مصنّفات، وشروح واختصارات وفوائد، رحل إلى (بغداد) ونال من الخليفة المستنصر التكريم وحسن المقام⁽³⁾.

المطلب الثاني

نشأته:

لم تسعفنا المصادر التي ترجمت للشَّارْمَسَاحِي بتفاصيل كافية عن حياته، واكتفت بذكر نشأته، دون التطرّق لمراحل طفولته وشبابه، فذكرت - سيرته باقتضاب - أنّه إسكندريّ المنشأ والدَّار، وبهذا الإيجاز؛ خَفِيت علينا تفاصيل كثيرة من أطوار حياته العلمية وغيرها، وغاب عنا زخمٌ معرفي وثقافي وفكري يمكن أن يستفاد منه، فلم تكشف لنا المصادر تدرُّجَه في العلم وتردده على شيوخه؛ كما هو معلوم عن غيره من العلماء، لا سيما وأنَّ نشأته كانت في بلد زاخر بأصناف المعارف والعلوم، وحافل

(1) له ترجمة في تاريخ الإسلام: 167/15، والديباج المذهب: 448/1، وديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب: 570/1، وحسن المحاضرة: 457/1، وفي شجرة النور الزكية: 187، ومعجم المؤلفين: 71/6.

(2) وشارْمَسَاح، براء مَكْسُورَة، ثمَّ سين مهملتين، اسم بلد بمصر ومن ريفها، بحريّ الفسْطَاط، بالقرب من دميّاط من الدهقْليّة. ينظر الديباج المذهب: 450/1، والضوء اللامع لأهل القرن التاسع: 209/11.

(3) ينظر تاريخ الإسلام: 167/15، والديباج: 448/1.

بالعلم والعلماء.

وعليه فإنَّ تاريخ أسرته يعد مجهولاً، فقد أغفلت كتب التراجم سيرة والده العلمية، كما لم تسعفاً أيضاً بذكر أبنائه؛ مما يفسّر بأنَّ والده - على ما يبدو - لم يكن من أهل العلم والفقه؛ إذ لو كانوا كذلك لَصُنِّف والده ضمن شيوخه، ولأُدْرَج أبنائُه في سلسلة تلاميذه، لأنَّ الأقربين أولى بالذِّكر.

ويحسن في هذا السياق - رغم غياب كثير من الجانب التاريخي للشارمساحي ولأسرته - أن ننسب إلى ما ذكره الحافظ الذهبي بشأن أخيه، فقد نَسَبَ إليه شرف العلم والتَّعلم، فقال أثناء ترجمته له: ((أحمد بن عبد الرَّحمن بن عُمَر، العلَّامة، علم الدِّين الشَّارمساحي⁽¹⁾، المالكي، المتوفى سنة 673 هـ، أخُ الشَّيخ سراج الدِّين عَبْدَ اللهِ، درّس بالمستنصرية بعد أخيه، وعاش بعده أربع سنين، ومات في المحرَّم))⁽²⁾.

وما يمكن الجزم به هو ما أكَّده المؤرِّخون بأنَّ أصول الشَّارمساحي ترجع إلى مدينة (فاس)، ونشأ في (الاسكندرية)، ورحل إلى (بغداد)، مما يدل على أنَّ المصنِّف تلقَّى علومه وعكف عليها، ونبغ فيها وتمكَّن منها أثناء إقامته في (الإسكندرية)، حيث إنه لم يرحل لبغداد إلَّا وقد اشتدَّ عوده، وسبقه إليها علمه، وذاع صيته، واستقلَّ برأيه، وصار علماً؛ فاستقبل استقبال العلماء، وهذا يُعزِّزه ما ذكره ابنُ خلدون في سياق حديثه عن تاريخ تطور الفقه المالكي، وأفاد بأنَّ الشَّارمساحي استُدعي إلى (بغداد)، فقال: ((فبنَى المستنصرُ العباسي؛ أبو المعتصم وابنُ الظَّاهر مدرسته ببغداد، واستدعاه لها من خلفاء العبيديين الذين كانوا يومئذ بالقاهرة، فأذنوا له في الرِّحيل إليه))⁽³⁾.

وهذا يفيد بأنَّ تكوينه العلمي قد اكتمل واشتدَّ قبل رحلته، لا سيما وأنَّ رحلته كانت متأخِّرة - كما نص على ذلك ابن فرحون؛ فقال: ((ورحل إلى بغداد سنة ثلاث وثلثين وستمائة))⁽⁴⁾، ومعلوم أنَّ مولده كان سنة تسع وثمانين وخمسمائة، مما يعني أنه رحل وقد تجاوز الأربعين.

وإذا كان ذلك كذلك؛ فهذا يعني أن تكوينه العلمي ونتاجه الفكري قد اكتمل أو كاد قبل أن يبلغ الأربعين، مما يؤكد أنَّ البيئة المصرية، أو بلد المنشأ؛ كان لهما الأثر الكبير والبالغ في تلقّيه وتعليمه، واتِّصاله بشيوخه.

(1) وفيه الشَّارمساحي. تاريخ الإسلام: 258/15.

(2) المصدر السابق.

(3) ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب: 570/1.

(4) الديباج المذهب: 448/1.

المطلب الثالث

شيوخه:

لم تذكر كتبُ التاريخ والتراجم - التي وقفت عليها - شيوخَ الشارمساحي، كما أنَّ كتبَ الفقه هي - أيضا - لم تُشير إلى أحد ممن أخذ عنهم، وهذا يرجع لقلة المعلومات المتوفرة عن صاحب الترجمة، لاسيما فترة التلقي التي عاشها المصنّف في الإسكندرية، فهي حقبة مجهولة من تاريخه، ولا شك أنَّها مرحلة مهمة؛ تحمل الكثير من اجتهاده وطلّبه للعلم، وتواصله مع شيوخه خاصةً والعلماء عامة.

المطلب الرابع

تلاميذه:

لا بد من القول بأننا لا شكّ فقدنا كثيرا من آثار المصنّف بسبب شح المعلومات المتعلقة بنشأته، كما أنَّ غُموضَ مرحلة تكوينه وتواصله مع شيوخه، وغيابَ مرحلة عطائه التي بسط فيها علّمه لتلاميذه؛ كل ذلك له أثرٌ سلبيٌّ حال بيننا وبين معرفة كثير من أعماله، كما خفي علينا - أيضا - معرفة كثير من تلاميذه، حيث كانت مبعثرة في كتب التراجم، وقد جمعتُ ما تيسّر ذكرهم؛ مرتّبة أسماؤهم على الحروف:

1 - إبراهيم بن عمر بن إبراهيم الجعبري، أبو إسحاق، رضي الدين، توفي سنة 732 هـ⁽¹⁾.

2 - عبد الرحمن بن عفان الجزولي المتوفي سنة 741 هـ. لم يذكر أصحاب التراجم أنه أخذ على الشارمساحي، غير أنَّ الشيخ الحطاب ذكر - نقلا عن الجزولي - الخلاف في المسح على العمامة للضرورة، إلى أن قال: ((قاله شيخنا الشارمساحي))⁽²⁾.

3 - عبد الوهّاب بن عبد الله بن عبد الوهّاب، أبو محمد، من أهل مصر، المعروف بالطندثاني⁽³⁾.

(1) ينظر معجم الذهبي: 47/1، وبرنامج الوادي آشي: 47/1.

(2) مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: 209/1.

(3) ينظر التكملة لكتاب الصلة: 111/3.

4 - محمد بن علي بن القاسم، أبو عبد الله المعروف بابن خروف الموصلية، توفي سنة 727 هـ⁽¹⁾.

5 - محمد بن نجام، شرف الدين النصيبى⁽²⁾.

المطلب الخامس

مؤلفاته:

الملاحظ من قائمة الكتب التي نُسبت للشارمساحي؛ أنَّ أغلبها في مجال علم الفقه، وهو ما أكَّده كلُّ من ترجم له ووصفوه بالفقيه البارِع، وأنه كان من أئمَّة المالكية، بحراً لا تكدِّره الدَّلاء، وأنَّ تصانيفه في الفقه والخلاف، كما أشار لذلك ابن فرحون وغيره.

كما تبيَّن من خلال المصادر التي رجعت إليها أنَّ مؤلفاته بعيدة عن مجال علم الحديث وشروحه، وهذا يعزِّزُ معنى اهتمامه الكبير بالفقه، وإكثاره من الاحتجاج بالقواعد بشكل عام؛ لاسيما الفقهية منها، وذلك للاستدلال بها على آرائه خاصَّة، وتوجيهات غيره بصفة عامة، ومن يطلَّع على كتابه (البديع في شرح التفريع) يتبيَّن له ذلك جلياً، بالرُّغم من استدلاله بالقرآن والسُّنة في بعض المواطن منه، إلَّا أنَّه يُعدُّ من النَّذر اليسير؛ مقارنة بتعليله وتوجيهه للمسائل، وتسويغها وفق القواعد العامة.

ولا بد في هذا السياق أن نشير إلى أنَّ الشَّارمساحي على علم برواية الحديث، كما ذكر ذلك الذهبي، فقال: ((وقد روى الحديث، سَمِعَ منه ابنُ خروف الموصلية وغيره))⁽³⁾، لكن رغم روايته للحديث وعلمه به؛ إلَّا أنَّه وجَّه عنايته واهتمامه إلى الفقه ومسائله، فلم يعكف على التَّصنيف في مجال علم الحديث، بل لم يعبأ كثيراً - كما أسلفت - في كتابه (البديع) بالاستدلال بالسُّنة، ولم يظهر لنا أثر الرواية والدراية للسُّنة في هذا الكتاب، وبرزت ملكته الفقهية، فغلَّب جانب القواعد والأقيسة والمقاصد على ذلك، وعذره في ذلك كثرة المسائل الفقهية وتفريعاتها، لا سيما ما تعلق منها بكتاب البيوع؛ فلا يمكن للسُّنة أن تشمل جميع الجزئيات وتحصيها بشكل مفصَّل؛ فلجأ إلى ما يندرج تحت هذه النصوص ودلَّت عليه الشريعة بشكل عام.

(1) ينظر تاريخ الإسلام: 167/15، ومعجم الذهبي: 166/1.

(2) ينظر الوافي بالوفيات: 74/5، ولسان الميزان: 318/6.

(3) تاريخ الإسلام: 167/15.

وإذا نظرنا - من جانب آخر - لمصنّفاته من حيث العدد؛ فإنّها تدل على أنّه يُعدّ من المقلّين في جانب التّصنيف؛ فلم تتجاوز مؤلفاته أصابع اليد الواحدة إلا قليلا، وأمّا إذا نظرنا إليها من ناحية الفائدة والكيف؛ فإنّ ما نقلته بعض المصادر المعتمدة في الفقه المالكي عن بعض كتب المصنّف يُعدّ دليلا كافيا على أهميتها⁽¹⁾، وأيضا قد أشاد بذلك مَنْ ترجم له، لا سيما ابن فرحون في ديباجه، ومن المناسب هنا الوقوف على مؤلفاته كما ذكرتها كتب التراجم، وقد رتّبناها على الحروف:

1 - البديع في شرح التفريع، أو شرح الجلاب كما سماه ابن فرحون وغيره، وهو الكتاب الذي بين أيدينا.

2 - التعليق في علم الخلاف.

3 - شرح آداب النظر.

4 - الفوائد في الفقه⁽²⁾.

5 - المآخذ. في مجلدين بين فيهما ما في تفسير الرازي من الزيف والبهرج، كما هو في لسان الميزان⁽³⁾.

6 - نظم الدرر في اختصار المدونة⁽⁴⁾، وقد أثنى عليه صاحب الديباج، فقال: ((اختصرها على وجه غريب وأسلوب عجيب من النّظم والترتيب، ولذلك سمّاه (نظم الدرر)، وهي تسمية طابقت مُسمّاها، وشرحه بشرحين))⁽⁵⁾. ويبدو أنّ للمصنّف غير هذه الكتب؛ كما أشار لذلك ابن فرحون⁽⁶⁾.

وقد قُدِّم هذا الكتاب وانتهى العمل عليه لنيل درجة الدكتوراه بكلية الآداب، جامعة سيدي محمد بن عبد الله بمدينة فاس؛ سايس. وقد رجعت إليه واستفدت منه.

(1) ينظر مواهب الجليل: 476/1، والشرح الكبير: 549/1، وغيرهما.

(2) ينظر الديباج المذهب: 449/1.

(3) ينظر لسان الميزان: 428/4.

(4) ينظر الديباج المذهب: 449/1.

(5) المصدر السابق.

(6) ينظر المصدر السابق.

المطلب السادس

رحلته للمشرق:

يبدو أنَّ رحلة الشَّارِمْسَاحي إلى (بغداد) كانت رحلة علمية كغيرها من الرحلات التي قام بها العلماء قبله، لم يتضح أن لها أسباباً أخرى غير ذلك؛ وإن استُدعي لبغداد من قبل الخليفة المستنصر؛ كما ذكر ذلك ابن خلدون، وأشارت إليه سابقاً، فإن استضافته كانت علمية بحثية، حيث لم تُشير المصادر أنَّ للشَّارِمْسَاحي تجارب قاسية تُذكر في مدينة (الإسكندرية)؛ تُجبره على الرّحيل منها، ولم تواجهه متاعب - أيضاً - في (بغداد) التي رحل إليها، بل استقبل بالحفاوة، وأكرم لعظم قدره وعُلوّ كعبه.

ذكرت المصادر أنَّه رحل إلى (بغداد) سنة ثلاث وثلاثين وستمائة بأهله وولده، وصحبه فيها جماعة من الفقهاء، فتلقاه الخليفة المستنصر بالله بالترحيب والإقبال، وحظي منه ببالغ التّكريم والتّقدير.

وكان دخوله إلى بغداد سابع عشر المحرم، فلما كان في عاشر صفر استُدعي إلى دار الوزارة، فأكرم، وخُلع عليه خُلع خليفته سوداء وعمامة، وطُرْفَة (1)، وأُعطي بغلة بمركب جميل، ونال بشرف العلم تدريس المدرسة المستنصرية، وكذلك فُعل بالمدرسين بالمدرسة المذكورة من الخُلع والمراكب (2).

وقد التقى بالمدرسة المستنصرية بالعلماء وطرح عليهم مسائل بيوع الآجال، وتذاكرها معهم حتى استطالوها، واعترفوا له بسعة علمه، وهنا يحسنُ ذِكرُ الأسباب والمعاني والمقاصد من الرحلات؛ كما أكّده الخطيب أثناء حديثه على المقصود من الرّحلة بصفة عامة، وحَصَرَ ذلك في أمرين، فقال: ((المقصود بالّرّحلة في الحديث أمران:

أحدهما: تحصيل عُلوّ الإسناد، وقدم السّماع.

والثاني: لقاء الحفّاظ، والمذاكرة لهم والاستفادة منهم.

فإذا كان الأمران موجودين في بلد الطالب ومعدومين في غيره؛ فلا فائدة من الرّحلة، فالإقتصار على ما في البلد أولى)) (3).

وهناك أمر آخر مما ينبغي ذكره في هذا المقام؛ وهو أنَّ رحلة الشَّارِمْسَاحي

(1) أُعطي شيئاً لم يعهده من قبل. ينظر لسان العرب، مادة: طرف.

(2) ينظر الديباج المذهب: 448/1.

(3) الجامع لأخلاق الراوي وآداب السامع: 223/2.

لبغداد، كانت أقرب إلى الهجرة منها إلى الرحلة، فلم تشر المصادر إلى رجوعه من المهجر، واكتفت بوصف رحيله دون قدومه، الأمر الذي جعل مُقامه الأخير غير معلوم، ومكان وفاته مجهولاً.

المطلب السابع

مكانته العلمية وثناء العلماء عليه:

إنَّ أكثر المؤرخين الذين أشادوا بالشَّارمساخي هو ابنُ فرحون في ديباجه، فقال: ((كان إماماً عالماً على مذهب مالك، بحراً علماً لا تكدره الدِّلاء))⁽¹⁾.

ولعل من الأسباب التي دعت له هذه الشهادة الحفاوة التي نالها الشَّارمساخي أثناء مَقْدَمه لبغداد، وما نتج عن مدارسته ومذاكرته لثُلَّة من علمائها، وما أدركوه من سِعة علمه وعُلُو قدره.

كما أنَّ ما قام به الخليفة المستنصر بالله، له أثرٌ بالغٌ في شهرة الشَّارمساخي وذيوع صيته؛ حيث أقامه بالمدرسة المستنصرية، وجلس له العلماء وسمعوا منه، فقال ابن فرحون: ((وكان أول من أنشأها الخليفة، وأمر الخليفة أن يحضر عنده جميع المدرسين بجميع المدارس ببغداد، وجميع أرباب الدولة، وحجَّاب الدَّواوين، فحضرُوا، وخطب خطبة بليغة فصيحة بصدر مُنْشَرَح، وأمل مُنْفَسِح، وذكر اثني عشر درساً، وألقى عليه بعض العلماء مسألة بيوع الآجال، فقال: أذكر فيها ثمانين ألف وجه، فاستغرب فقهاء بغداد من ذلك، فشرع يسردها عليهم إلى أن انتهى إلى مائتي وجه، فاستطالوها وأضربوا عن سماعها، واعترفوا بفضل الشيخ وسعة عِلْمِه))⁽²⁾.

ولعل من دواعي الإعجاب والإكبار الذي ناله الشَّارمساخي جاء من جانب ابن فرحون؛ حيث وقف على بعض كتبه، واطَّلَع عليها، ومن ثَمَّ نالت إعجابه، وقد تجلَّى هذا لدى حديثه على كتاب (نظم الدُّرر في اختصار المدونة) للمصنِّف، فكان لهذا الكتاب نصيبٌ وافٍ من المدح، فنال من ورائه الثناء الحسن، وصرَّح ابنُ فرحون بذلك، مُعْجَباً باختصار المدونة؛ فقال: ((اختصرها على وجه غريب، وأسلوب عجيب؛ من النِّظْم والترتيب، ولذلك سماه نظم الدُّرر، وهي تسمية طابقت مُسمَّاهَا،

(1) الديباج المذهب: 448/1.

(2) المصدر السابق.

وشرّحه بشرحين⁽¹⁾.

ولا ننسى في هذا المقام قبول العلماء، واستحسانهم أقوال الشارمساحي وتقييداته على كتاب (التفريع) وغيره، وهذا من الثناء غير المصرّح به أحيانا، لكنه ملحوظ باعتبار العلماء لهذه التقييدات والتوجيهات، وهذا كثير، ومنقول ومصرّح به؛ باسم الشارمساحي أحيانا وباسم كتابه (شرح الجلاب) أحيانا أخرى، وذلك كله من غير تعقّب واستدراك على فوائده وتقييداته، ومن أمثال هؤلاء العلماء؛ أصحاب المصنفات المشهورة، كالشيخ خليل في التوضيح، وكالحطّاب والخرشي والدسوقي وغيرهم، وقد تقدّمت الإشارة إلى بعضهم، وسيأتي الوقوف على بعضه الآخر لاحقا.

ومن المفيد في هذا السياق أن نضيف - أيضا - ما قاله الونشريسي في إيضاح المسالك عند ذكره لقاعدة (الاستثناء هل هو رفع للكفارة، أو حلّ لليمين من أصله؟) فقال: فسّر ابن القاسم الاستثناء برفع الكفارة، وقال عنه الشارمساحي هنا هو مؤل؛ لأنّه فرّع عن انعقاد اليمين والاستثناء رفّع له، وفسر عبد الملك الاستثناء بحلّ اليمين، فقال الشارمساحي: ليس بمؤل؛ وهو فرع عن انحلال اليمين بالاستثناء، وهو أحسن.

قال الونشريسي نقلا عن بعض الشيوخ: كان الشيوخ يعدّون هذا الإجراء من محاسن الشارمساحي⁽²⁾.

كما لا ننسى - وهم مهم أيضا - أن نعرج على ما قاله الإمام الحافظ الذهبي في تاريخه؛ حيث أثنى على الشارمساحي بقوله: ((فوّليّ تدريس المالكية بالمستنصرية، وبانت فضائله))⁽³⁾، وقال عنه - أيضا -: ((المفتي العلامة... من كبار أئمة المذهب، وكان ذا زهد وصلاح وتصوّف))⁽⁴⁾.

كما أنّ مَن ترجم للشارمساحي من غير المالكية؛ الإمام السيوطي في حُسن المحاضرة، حيث قال: ((تفقّه وبرع، وكان من أئمة المالكية، بحرا لا تكدره الدلاء، وله تصانيف في الفقه والنظر والخلاف))⁽⁵⁾.

وبهذا الصّدّد؛ من المهمّ - أيضا - الإشارة إلى العصر الذي عاشه الشارمساحي، وأنّ لهذا الزمن أثر بالغ في علوّ قدره وظهور أمره، هذه المرحلة تغيّرت فيها طبيعة وعلاقة المدارس الفقهية بعضها ببعض.

-
- (1) المصدر السابق.
 - (2) ينظر إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك: 96.
 - (3) تاريخ الإسلام: 13/14.
 - (4) المصدر السابق.
 - (5) حسن المحاضرة: 457/1.

وكان من أرباب هذا التحوّل والتطور للفقّه ومدارسه؛ صاحبنا الشارمساحي المغربي الأصل، والذي عاش في البيئة المصرية، فامتزج في هذه الفترة الفقّه المالكيّ العراقي بالفقّه المغربي، وانسجمت وتناغمت فيه طريقة المدرستين، طريقة العراقيين التي كان الاجتهاد - وإن كان خاصا - طريقا بارزا فيها، وطريقة المغاربة التي كان النقل عن الإمام أو أحد من أصحابه طريقا ظاهرا؛ لا يُطمئن لرأي ولا يستقيم إلّا به.

وكان الشارمساحي نقطة تحول في الدمج بين الطريقتين، وكان من رواد هذا التطوّر والمساهمين فيه، لا سيما بعد أن ظهر أمره بمصر، وانتقل بعدها للعراق، والتقى بعلمائها، وتمّ فيها التقابل والتقارب.

تطرّق ابن خلدون - في سياق حديثه عن حضور المذاهب وانتشارها بصفة عامة، وعن التقارب بين المدارس داخل المذهب بصفة خاصة - إلى ذلك، فقال: ((امتزجت طريقة المغاربة من المالكية أيضا بطريقة العراقيين، من لدن الشارمساحي؛ كان بالإسكندرية ظاهرا في الطريقة المغربية والمصرية، فبنى المستنصر العباسي؛ أبو المعتصم وابن الظاهر مدرسته ببغداد، واستدعاه لها من خلفاء العبيديين الذين كانوا يومئذ بالقاهرة، فأذنوا له في الرّحيل إليه، فلمّا قدم بغداد ولّاه تدريس المستنصرية))⁽¹⁾.

(1) ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب: 570/1.

المطلب الثامن

منهجه في دينه وعقيدته:

تبيّن من خلال بعض كتب التراجم أنّ الشارمساحي صاحب زُهد وصلاح وتصوّف، وهذا يمكن إدراكه - أيضا - بالوقوف على بعض الإشارات التي قد دلّت على ذلك في بعض كتبه بصفة عامة، وكتابه (البدیع) بصفة خاصة؛ غير أنّه سلك في ذلك طريق الفقهاء المحقّقين في عقيدته ومنهجه، ونأى بنفسه عن شبه الفلاسفة وشطحات الصوفية المخالفة لمنطق العقل وظاهر الشريعة.

فلم تكن الادّعاءات والخرافات مستساغة لديه، ولم يكن لها محلّ في مفرداته، فالتزم التصوّف الحقيقي المنضبط بقواعد الشريعة، وطبّق ذلك جليا في سياق حديثه عن ضوابط الشهادة، بغض النّظر عن المزاعم وما يُسمّى بعلم الباطن، معتمدا في إثبات الحقائق على علم الظاهر، متأسيا بأرباب التصوف السّالکين، المشهود لهم بالصدق، وبالإخلاص مَعْنِيَيْن.

فإنّ المعتبر لديه في قبول الشهادة؛ هو ما قاله الجُنَيْد حينما سئل عن الولي؛ فقال الشّارمساحي: ((والعدالة: هيئة راسخة في النّفس تدلّ عليها الأفعال الظّاهرة، وقيل العَدْل: من لا يأتِي الكبيرة، ولا يُصِرّ على الصّغيرة، ولذلك لمّا سئل الجُنَيْد عن الولي، فقال: شُهوْدُ الْقَاضِي))⁽¹⁾ فاختصر التّصوّف في الولاية، والولاية في العدالة.

وما يؤكد - أيضا - سلوكه مسلك الفقهاء العاملين، وإنكاره على شطحات المتصوّفين؛ تحذيره من التّجاوزات لدى زيارة القبور، نبّه على ذلك أثناء حديثه عن أدب السّفر ومقاصده وأغراضه؛ فقال: السّفر قسمان، هرب وطلب؛ إلى أن قال: وأمّا الطّلب يكون للحج والجهاد..... وزيارة الموتى لينتفعوا بترحم الأحياء، وقصد الانتفاع بالميت بدعة⁽²⁾.

كما تجدر الإشارة والإشادة بما ذكره الحافظ الذهبيّ عن الشّارمساحي؛ بأنّه صاحب زُهد وتصوّف وصلاح؛ دون أن يعقّب أو يستدرك عليه بعض المآخذ والملاحظ، بل ذكر كل ذلك في سياق المدح والإكبار والإعجاب، وكما هو معلوم أن منهج الذهبي في تراجمه غالبا ما يُنبّه على صاحب الترجمة؛ إذا كان له فوائد، أو غرائب في العلم؛ تتصادم مع منطق العقل وظاهر الشريعة.

(1) البدیع في شرح التفریع: فقرة [العدالة والرّضا شرط في قبول الشهادة].

(2) ينظر نظم الدر في اختصار المدونة: 621/1.

وأما في عقيدته فقد توخى فيها السلامة لدينه، وحذر من إطلاق العنان للخوض في العقليات التي تتجاوز وتتجاهل ظاهر الشريعة، واحتاط ممّا خاض فيه المتكلمون وأوغلوا ، فنأى بجانبه عما زلت فيه أقدام العلماء، واستبرا لدينه عن الشبهات التي مآلها الزيف والزلل، بل أنكر على من سلك هذا الطريق، وانتقد بعض من صنّف في هذا المجال وأغرب، فأفرد فيه مصنفاً؛ فنّد فيه ما ذهب إليه الإمام فخر الدّين الرازي في تفسيره، وجمع مآخذَه في كتاب له سمّاه (المآخذ)، وقف فيه على ما ذكره الرازي من شبه، فأبطل زخرفها وبهرجها، كما ذكر ذلك الحافظ ابن حجر نقلا عن النّجم الطّوفي، فقال:

((فحدثني شرف الدّين النّصيري عن شيخه سراج الدّين الشّارمساحي المغربي؛ أنّه صنّف كتاب (المآخذ) في مجلّدين، بيّن فيهما ما في تفسير الفخر من الزّيف والبهرج، وكان ينقم عليه كثيرا، ويقول: يُورد شبه المخالفين في المذهب والدّين على غاية ما يكون من التّحقيق، ثم يُورد مذهب أهل السّنة والحقّ على غاية من الوهاء))⁽¹⁾.

المطلب التاسع

وفاته:

لم تذكر المصادر آخر المقام الذي انتهى إليه المصنف؛ وبه تُوفّي، فلم تُصرّح بذلك، ولم تتطرق لرجوعه لمصر بعد أن غادرها في رحلته المعلومة، واتّفقت على أنّه توفي - رحمه الله - سنة تسع وستين وستمائة من الهجرة⁽²⁾؛ عن عُمر بلغ ثمانين سنة.

(1) لسان الميزان: 318/6.

(2) الديباج المذهب: 449/1.

المبحث الثاني كتاب التفريع

وينقسم إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

مؤلفه:

عبيد الله بن الحسين⁽¹⁾ بن الحسن، الإمام أبو القاسم ابن الجلاب البصري المالكي، فقيه أصولي، عالم حافظ، يُعدّ من أعلام الفقهاء وأشهرهم بالمدرسة المالكية العراقية، أخذ عن الشيخ أبي بكر الأبهري، وكان من أحفظ أصحابه وأنبأهم، وعنه أخذ ابن أخته المسدد بن أحمد بن جعفر البصري، والقاضي عبد الوهاب بن نصر البغدادي، وغيرهما، من آثاره كتاب التفريع، وكتاب في مسائل الخلاف، توفي راجعا من الحج سنة ثمان وسبعين وثلاث مائة⁽²⁾.

المطلب الثاني

كتاب التفريع وأهميته:

اهتم الكتاب بفروع الفقه المالكي، ويُعدّ من أهم مصادره، جمع فيه ابن الجلاب كل أبواب الفقه، مبتدئا فيه بالعبادات مرورا بالمعاملات، وختمه بكتاب جامع للأداب، كما أن تقدّم زمن المؤلف، وما تمتع به من ملكة فقهية، وجودة اختياراته واعتماده على المصادر الأولى للمذهب المالكي؛ جعل كتابه يحظى بمكانة خاصة بين باقي المصنفات الفقهية، فهو قريب من منابع الفقه الأصلية، فيه أقوال الإمام مالك وأشهر تلاميذه، كابن الفاسم، وابن وهب، وأشهب، وابن الماجشون وغيرهم. ولا شك أن تقدّم الأصل وقربه من المصادر الأولى يزيده إكبارا، ويعتبر كتاب

(1) قال الذهبي: سماه القاضي عياض؛ محمد بن الحسين، ولم أجده للقاضي عياض في ترتيبه، بل وجدت ما أثبتته. ينظر ترتيب المدارك: 76/7، وسير أعلام النبلاء: 372/12.

(2) ينظر ترتيب المدارك: 76، 228/7، والديباج المذهب: 461/1، والوافي بالوفيات: 244/19، وكشف الظنون: 427/1، وشجرة النور الزكية: 92.

التفريع من الكتب الخمسة المعتمدة وعليها التعويل والنقل؛ احتوى الكتاب على عدد كبير من مسائل الفقه؛ بلغت ثمانية عشر ألف مسألة⁽¹⁾.

ويؤكد أهمية كتاب التفريع انتشاره شرقا وغربا، وقبول طلاب العلم له بالمدارس والتعليم؛ فضلا عن عكوف العلماء عليه بالشرح والتفصيل والاختصار، بل اعتمده بعض الأئمة في مصنفاتهم وعدّوه منبعاً، وجعلوه مطلبا معتبرا، وجّهوا مَفَصَّلَه ومُجْمَلَه ووثّقوه، واطمأنوا إليه وأنسوا به.

وقد أثره ابن عبد السلام والقرافي وغيرهما لتلك الاعتبارات، ولأنَّ مُصَنِّفه سلك الترتيب البديع، وأجاد فيه الصنيع، قال القرافي في مطلع كتابه الذخيرة: ((وأنت تعلم أن الفقه وإن جَلَّ؛ إذا كان مفترقا تبددت حكمته، وقَلَّتْ طلاوته، وبُعِدَتْ عند النفوس طلبته، وإذا رُتِّبَت الأحكام مُخَرَّجَةً على قواعد الشرع مبنية على مآخذها؛ نهضت الهمم حينئذ لاقتباسها، وأعجبت غاية الإعجاب بتقصص لباسها))⁽²⁾.

فعزا بعض ما ذكره من الإعجاب والإكبار بالفقه، وحُسِنَ الترتيب فيه، ونهوض الهمم به؛ إلى ما احتوته أهم الدواوين، فقال: ((قد آثرت أن أجمع بين الكتب الخمسة - التي عكف عليها المالكيون شرقا وغربا، حتى لا يفوت أحدا من الناس مطلبٌ ولا يعوزه أرب؛ وهي (المُدَوْنَةُ) و(الجواهر) و(التلقين) و(الجلاب) و(الرسالة) - جمعا مرتباً، بحيث يستقر كل فرع في مركزه، ولا يوجد في غيره حيْزُه؛ على قانون المناسبة في تأخير ما يتعين تأخيرُه، وتقديم ما يتعين تقديمه من الكتب والأبواب والفصول متميزة الفروع، حتى إذا رأى الإنسان الفرع؛ فإن كان مقصوده طالعه، وإلا أعرض عنه، فلا يضيع الزمان في غير مقصوده))⁽³⁾.

وأكد هذا المعنى الشارمساحي؛ مُعَزِّزا ما أشاد به القرافي من مدح واستحسان، كما لا يخفى أنَّ الشارمساحي اشتغل بكتاب التفريع فترة ليست قليلة، ونظر إليه عن قرب نظرة تفحص ونقد واستبيان، فاستحسنه وأثنى عليه ووثّقه، ووافقه في كثير من مسائله، فقال عن ابن الجلاب إذا ذكر مسألة وأشار إلى أنَّ فيها روايتان: ((وإذا قال إحداهما: كذا، والثانية كذا، فيريد أنَّ ذلك نَقْلٌ لا تخريج، والصَّحِيحُ أنَّها ليست مُخَرَّجَةً لقوله: ((ففيها روايتان))، وعادةُ ابنِ الجَلَّاب إذا كانت المسألة مُخَرَّجَةً أن يُنصَّ على التَّخريج، ولا يُوهِم))⁽⁴⁾.

(1) ينظر مصادر الفقه المالكي: 190.

(2) الذخيرة: 36/1.

(3) المصدر السابق.

(4) البديع في شرح التفريع: تحت فقرة [استحقاق الأئمة بعد زواجها وإدعائها الحُرِّيَّة].

ولعل اهتمام الإمام ابن عبد البر - أيضا - بكتاب التفریع؛ يعد من أهم البراهين على فائدة الكتاب ومحتواه، فقد اعتمد عليه كثيرا؛ ولو لم يصرح بالنقل عنه في كثير من المواضع؛ فقد وقفت على بعض أبوابه ومواضيعه ووجدتها مطابقة لما في كتاب التفریع مطابقة تكاد تكون حرفية، ولم تكن متفقة من حيث العموم فقط؛ بل في جزئياتها وألفاظها فضلا عن معانيها، وهذا الأمر متكرر مما يبعد أن يكون مصادفة؛ بل يدل على مكانة الكتاب عند ابن عبد البر ووثوقه به وبمصنّفه، وبخاصة أن ابن عبد البرّ عاش قريبا من عصر ابن الجلاب، وبالرغم مما يُقال: إن المعاصرة حرمان. ويحسن هنا أن نقف على بعض هذه النقول لعرضها وتوضيحها، فقد جاء في التفریع: ((ولا بأس ببيع الرطب بالرطب متماثلا، وقال عبد الملك: لا يجوز بيع الرطب بالرطب بحال))⁽¹⁾.

في هذا السياق قال ابن عبد البرّ في كتابه الكافي: ((وجائز عنده بيع الرطب بالرطب متماثلا، وقال عبد الملك بن عبد العزيز: لا يجوز بحال من الأحوال))⁽²⁾.

جاءت الألفاظ والعبارات في كتاب (الكافي) متناسقة ومنسجمة على وتيرة واحدة مع ما جاء في (التفریع)، ولا أبالغ إن قلت: إن الشارمساحي كأنه يشرح كتاب الكافي بترتيبه وتقسيماته وتفريعاته ومواضيعه، وهذا يظهر جليا عندما وقف الشارمساحي على بعض عبارات التفریع لشرحها؛ لا سيما ما كان منها في كتاب الأبق، حيث لم تكن موجودة في نسخ (التفریع) المتداولة والمطبوعة، فلم يسعني لإثبات ذلك غير كتاب الكافي، رجعت إليه ووثقت ما ذكره الشارمساحي حينما قال في شرحه: قوله كذا يعني ابن الجلاب، فكأنه يعني أحيانا ابن عبد البر.

فقد جاء في باب الأبق - استكمالا للنقطة - قول الشارمساحي في شرحه للتفریع: قوله: (فليس عليه إلّا ما أنفق)⁽³⁾، وأخذ يشرح في ذلك ووثقت هذا القول من (الكافي)؛ حيث قال ابن عبد البر: ((وعلى ربها أن يؤدي إليه جميع ما أنفق))⁽⁴⁾.

وفي موضع آخر قال الشارمساحي في شرحه: قوله: (فإن خاف عظم النّفقة وأرسله ضمن)⁽⁵⁾. استأنست بهذا بالرجوع للكافي،

-
- (1) التفریع: 129/2.
 - (2) الكافي في فقه أهل المدينة: 651/2.
 - (3) البديع في شرح التفریع: تحت فقرة [النّفقة على العبد الأبق بعد الظفر به].
 - (4) الكافي في فقه أهل المدينة: 838/2.
 - (5) البديع في شرح التفریع: تحت فقرة [إرسال العبد بعد أخذه بسبب الإباق وعظم النّفقة].

وفيه ((ومن أرسل آبقا بعدما أخذه فهو ضامن لقيمته))⁽¹⁾.
وقال الشَّارِمساحي في نفس السياق نقلا عن التفريع:
قوله: ((فإن كان لمن يعرفه فليأخذه))⁽²⁾، قال في ذلك ابن عبد البر: ((فإن كان
لجَار أو لِمَنْ يَعْرِفه فحسن أن يحوزه له))⁽³⁾.

(1) الكافي في فقه أهل المدينة: 839/2.
(2) البديع في شرح التفريع: تحت فقرة [حكم حَوَز الآبق والشَّيء الضَّائع لأصحابه].
(3) الكافي في فقه أهل المدينة: 839/2.

المطلب الثالث

شروح كتاب التفریع:

لأهمية كتاب التفریع ومكانته بين مصادر الفقه المالكي؛ قصده بعض العلماء بالشرح والتوجيه، ودعموا مسائله بالأدلة، وقيدوا الأقوال فيه بتقييدات مهمة، وأضافوا له فوائد وتنبيهات، ونسبوا بعض الأقوال الواردة فيه لأصحابها، واختاروا منها الراجح والأرجح، وشهروا المشهور من أقواله، وأثروه بذكر الخلاف؛ وكشفوا النقاب لمن أراد أن يطلع على خارج المذهب من الخلاف، بل عززوا وقارنوا ذلك بالدلائل والبراهين، وفصلوه وبينوه بإنصاف.

ومن يطلع على بعض هذه الشروح - التي يبدو أنها لم تخرج كاملة للوجود - يتبين له ذلك، ويتفهم بعض الاستشكلات الواردة في التفریع، ويقف على تقييداتها وفوائدها، وأخص بالذكر شَرْحِي الشَّارِمساحي؛ المسمَّى بالبديع في شرح التفریع، وشرح ابن ناجي على التفریع؛ المسمَّى شرح الجلاب. ويحسن هنا ذكر أهم هذه الشروح التي تسنى لي الوقوف عليها ومعرفة مصنفاتها؛ مرتبة على الوفيات:

- 1 - شرح كتاب التفریع، للمسدد بن أحمد بن جعفر البصري، سمع من خاله ابن الجلاب، وشرح كتابه المسمَّى بالتفریع، استوطن القيروان، وبها مات(1).
- 2 - شرح كتاب التفریع، لعبد الله بن إبراهيم بن هاشم القيسي، أبي محمد، من أهل المرية، شرحه في ستة أسفار، توفي في القرن السادس الهجري(2).
- 3 - الترصيع في شرح مسائل التفریع، لعلي بن أحمد بن محمد الغساني، توفي سنة 609 هـ(3).

4 - شرح التفریع لابن الجلاب للتلمساني؛ محمد بن إبراهيم الخزرجي التلمساني، توفي سنة 656 هـ. وأشار إلى ذلك محمد العظيم آبادي في عون المعبود؛ عند حصره لمن أفتى بواحدة في طلاق الثلاث، فقال: ((وَأَمَّا أَتْبَاغُ تَابِعِي التَّابِعِينَ فَأَفْتَى بِهِ دَاوُدُ بْنُ عَلِيٍّ وَأَكْثَرُ أَصْحَابِهِ، حَكَاهُ عَنْهُمْ بَنُ الْمَغْلَسِ وَابْنُ حَزْمٍ وَغَيْرُهُمَا، وَأَفْتَى بِهِ بَعْضُ أَصْحَابِ مَالِكٍ؛ حَكَاهُ التَّلْمُسَانِيُّ فِي شَرْحِ التَّفْرِيعِ لِابْنِ جَلَّابٍ قَوْلًا لِبَعْضِ الْمَالِكِيَّةِ)) (4).

(1) ينظر ترتيب المدارك: 228/7.
(2) ينظر التكملة لكتاب الصلة: 247/2.
(3) ينظر الديباج المذهب: 118/2.
(4) عون المعبود شرح سنن أبي داود: 199/6، ومعجم المؤلفين: 206/8.

- 5 - البديع في شرح التفریع لابن الجلاب ، وهو الذي بین أیدینا .
- 6 - شرح الجلاب، لأحمد بن إدريس القرافي، أبي العباس، توفي سنة 684هـ (1).
- 7 - السهل البديع، لإبراهيم بن الحسن بن علي الرّبعي المالكي، اختصر فيه كتاب التفریع لابن الجلاب، توفي سنة 734هـ (2).
- 8 - شرح الجلاب، لمحمد الرندي، أبو عبد الله الفاسي، توفي سنة 746هـ (3).
- 9 - كفاية الطلاب في شرح مختصر الجلاب، لعبد الله بن محمد بن أبي القاسم، المتوفي سنة 769هـ (4).
- 10 - النظم البديع في اختصار التفریع، لمحمد بن عبد الله بن راشد البكري القفصي، أبو عبد الله، توفي في حدود القرن الثامن الهجري (5).
- 11 - شرح الجلاب، لابن ناجي، قاسم بن عيسى، المتوفي سنة 837هـ (6). ويوجد منه نسخة بالمكتبة الوطنية بتونس تحت رقم 05308.
- 12 - فتح البديع الوهاب شرح التفریع لابن الجلاب، لمحمد بن إبراهيم بن خليل التتائي، توفي سنة 942هـ (7).
- 13 - ((تذكرة أولي الألباب في شرح كتاب ابن الجلاب، من فروع المالكية في ثلاث مجلدات)) (8)، ذكره صاحب الإيضاح دون أن ينسبه لصاحبه.
- 14 - شرح الجلاب، لأبي الحرم؛ مكي بن عوف، نفيس الدين، ((قال ابن هلال: ورأيت لأبي الحرم المذكور شرح الجلاب في عشر مجلدات، وهو بخطه - رحمه الله - وقد اشتمل على فقه جيد وتوجيه حسن)) (9).

-
- (1) ينظر الديباج المذهب: 239/1.
- (2) ينظر أعيان العصر وأعوان النصر: 71/1.
- (3) ينظر معجم المؤلفين: 3/10.
- (4) ينظر الديباج المذهب: 454/1.
- (5) ينظر معجم المؤلفين: 213/10.
- (6) ينظر الأعلام: 179/5.
- (7) ينظر الأعلام: 302/5.
- (8) إيضاح المكنون: 273/3.
- (9) الديباج المذهب: 293/1، وحسن المحاضرة: 453/1.

المبحث الثالث كتاب البديع في شرح التفریع

وفیه ثمانية مطالب:

المطلب الأول

اسم الكتاب وصحة نسبته للشارمساحي:

أغلب من ترجم للشارمساحي وعَرَّج على ذكر مصنفاته؛ نسبوا إليه هذا الكتاب وأكَّدوا عليه، وأطلقوا عليه اسماً اتَّفَق الجميع عليه، وسموه (شرح الجلاب) وهذا الاختصار الورد قد يكون سببه - عادة - ميول المصنفين للاختصار في جميع الفنون بصفة عامة، ولا يتقيدون بالألفاظ، همُّهم في ذلك المعنى ومطابقة المراد. وممن تطرَّق لذكر الكتاب وسمَّاه بذلك؛ ابنُ فرحون في ديباجه، وكحالة في معجمه، والشيخ مخلوف في شجرة النور⁽¹⁾.

كما أنَّ بعض كتب الفقه التي جاءت بعد الشَّارمساحي، وقد نقلت عنه بعض نصوصه؛ صرحت باسم كتابه وسمته بشرح الجلاب، وهذا أمر قديم اعتاده المصنفون في اختصارات أسماء الكتب، بل يرمزون بالإشارة لبعض الكتب المشهورة دون ذكر اسمها تجنباً للإطالة، فيقولون على سبيل المثال: (وفيها) يعنون بذلك المدونة، أو كما قال اللخمي في تبصرته، وهكذا.. إلخ.

ويحسن في هذا المقام أن نقف على بعض النصوص المنقولة من الشارمساحي وكتابه (البديع)، ونشير إلى بعض من نقل ذلك عنه، فمنهم من صرَّح باسم الشارمساحي، ومنهم من اقتصر في ذلك على اسم الكتاب، فأذكر هنا بعض هذه الاقتباسات على سبيل المثال للتوضيح والتدليل:

1 - ((شرح الجلاب المنسوب بإفريقية للشارمساحي؛ ما يدل على اعتبار القرب، قال فيه: وإذا نادى السمسار على السلعة، فأعطى فيها تاجر ثمناً لم يرض به البائع، ثم لم يزد أحد على ذلك، فإنها تلزمه بذلك الثمن؛ إلا أن تطول غيبته))⁽²⁾

(1) ينظر الديباج المذهب: 449/1، ومعجم المؤلفين: 71/6، وشجرة النور: 187.

(2) مواهب الجليل: 240/4.

2- نسبه له - أيضا - الخرشي وعبد الباقي، ونقل الدسوقي عنهما ذلك، فقال: ((وما في الْجَلَابِ من الجواز ضَعِيفٌ، كَذَا فِي خَش وَعَبَق وَفِيهِ أَنَّ كَلَامَ الْجَلَابِ قَدْ اقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي التَّوْضِيحِ، وَكَذَا اقْتَصَرَ عَلَيْهِ ابْنُ عَرَفَةَ وَابْنُ غَارِي فِي تَكْمِيلِ التَّقْيِيدِ وَالْمَوَاقُ وَغَيْرُهُمْ، وَاقْتَصَرُوا عَنْهُ عَلَيْهِ يُؤْذِنُ بَأَنَّهُ الْمَذْهَبُ، لَكِنْ مَا فِي الْجَلَابِ قَيِّدُهُ شَارِحُهُ الشَّارِمَسَاحِيُّ، وَنَصُّهُ وَإِقْرَاءُ الْقُرْآنِ فِيجُوزُ وَإِنْ كَثُرَ، لِأَنَّهُ ذِكْرٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَاصِدًا لِلتَّعْلِيمِ؛ فَيَمْتَنِعُ كَثِيرُهُ))⁽¹⁾.

3 - كما صرح بذلك ميارة في شرحه، فقال: ((الشَّارِمَسَاحِيُّ فِي شَرْحِ الْجَلَابِ: وَصَحَّ أَنْ يَحْلِفَ يَمِينِينَ فِي حَقِّ وَاحِدٍ، لِأَنَّهُمَا عَلَى جِهَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ، لَا عَلَى جِهَةٍ وَاحِدَةٍ))⁽²⁾.

ومن المهم هنا أن نذكر الفارق بين ما ذُكر في كتب التراجم وكتب الفقه السالفة الذكر، وبين ما كُتِبَ على صدر اللوحة الأولى من نُسخ المخطوط، والأهم من ذلك أن التباين هنا ليس كبيرا، وقد تعلق هذا التباين بالشطر الأول من اسم الكتاب بإضافة لفظ (البدیع)، أمّا الشطر الثاني منه فقد اختلف في الشكل وليس في المضمون، واستبدل لفظ (شرح التفريع) بشرح الجلاب، ولفظ الجلاب دليل على التفريع كما أن الأثر يدل على المسير.

ولا بد هنا من ذكر العنوان الذي كُتِبَ على واجهة المخطوطات المتوفرة لدي؛ ليطلع القارئ على الفرق بين هذه العناوين ويطمئن إليها، فقد كُتِبَ على واجهة اللوحة الأولى من النسخة (غ) (البدیع من شرح التفريع للشارمساحي) وفي خاتمتها، كمل السفر الثاني من (البدیع من شرح التفريع)، غير أن الجزء الثاني من هذه النسخة كُتِبَ على واجهة اللوحة الأولى منه؛ سِفَرٌ فِيهِ (الشارمساحي شرح ابن الجلاب) وهذا الأخير متفق مع ما جاء في كتب التراجم.

أما في النسخة (و) فقد عُثِرَ على الجزء الثاني منها بذكر السِّفَرِ الثاني من (شرح التفريع للشارمساحي)، وفي آخر هذه النسخة من اللوحة الأخيرة؛ كمل جميع الديوان المُسَمَّى (بالبدیع في شرح التفريع).

وإن مما يعزز نسبة الكتاب لصاحبه والوثوق به؛ هو اقتباس الفقهاء منه، وقد صرَّحوا باسمه ونقلوا عنه ورجعوا إليه، وقد وافقت نُصُوصُهُ المُدْرَجَةُ فِي هَذِهِ الْكُتُبِ

(1) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: 549/1.

(2) الإلتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام شرح ميارة: 105/1. وهذا النص بتمامه؛ قد ذكره الشارمساحي في البدیع في شرح التفريع تحت فقرة [الاختلاف والتعليل في الشهادة على الخط مع اليمين].

وتطابقت مع ما بين أيدينا من كتاب (البديع في شرح التفريع) وقد تقدم ذكر ذلك سلفاً.

المطلب الثاني

محتوى الكتاب وأهميته:

لابد قبل الحديث على محتوى الكتاب وأهميته من الإشارة إلى أن أول كتاب البديع ومقدمته قد فُقد، وسقط هذا الجزء من نُسَخ المخطوط المتوفرة لدي، فلم يتسنَّ بذلك الاطلاع على الفائدة المرجوة من المقدمة، والتي عادة ما يُذكر فيها الخطة المُعدَّة للكتاب والمنهج المتَّبَع فيه، وبهذا فقدنا فوائد جمة تتضمن خلاصة الكتاب، والغاية والغرض من التأليف، كما أنَّه قد فاتنا الوقوف على أهمية الكتاب، والأسباب التي دعت للعكوف على تأليفه، كما رآها المصنِّف.

ومن خلال العمل على هذا الكتاب تبين أنَّه اشتمل على أبواب الفقه كاملة، تتبع فيه الكتب الواردة في التفريع وما تفرَّع عنها من أبواب، وقد تناولها بالشرح والتفصيل والفوائد، وقد ميَّز شرحه عن المتن الوارد في التفريع بالنصِّ على قول ابن الجلاب المراد شرحه بعبارة: (قوله كذا)⁽¹⁾ مبتدئاً في ذلك بالعبادات مروراً بالمعاملات، وختمه بكتاب جامع للآداب، وجعل كل ذلك في كتب، ثم إلى أبواب، وقليلاً ما جزأ هذه الأبواب إلى فصول.

وقد اشتمل كتاب (البديع) على عدد كبير من الفروع والمسائل الفقهية التي فاقت دون شك عدد المسائل التي وردت في الأصل، وكما هو معلوم وأُشرْتُ إليه سابقاً أن مسائل كتاب التفريع بلغت ثمانية عشر ألف مسألة، فمن الطبيعي أن تربوا مسائل هذا الكتاب عن أصله بسبب التوسع وذكر أشباه المسائل ونظائرها، وهذا كثيراً ما تطرق إليه الشارح مساحي، وسيأتي ذكره وضرب أمثلة عليه.

كما أن توسَّع الشارح لمسائل التفريع لم يكن محصوراً في نطاق المذهب المالكي فقط، بل عرَّج في كثير من مسائله على ذِكر رأي المخالف عند المذاهب الأخرى، وبخاصة عند الأحناف والشافعية؛ بل تطرق لمناقشتهم ولردِّ عليهم، وطَرَح في ذلك استشكالات هي مظنة الورود عليهم، وذلك لتعزيز الرأْي عند المالكية أحياناً، وإظهار

(1) تتبعت قول ابن الجلاب المراد شرحه، وأتممته في الهامش من كتاب التفريع، وثقته للفائدة وتقريب الفهم حتى لا يكون النص مبتوراً، ووضعت القول المراد شرحه بين علامتي تنصيص: (())، ويحسن الاطلاع عليه في موضعه.

رأي المخالف حيناً، وهذا يميز الكتاب ويضعه في قائمة بعض الكتب الفقهية التي تُعنى بالفقه المقارن بين المذاهب.

كما لا يخفى أن كتاب (البدیع) استمد أهميته من أصله، ولا شك أن للفرع حظٌ من الأصل؛ وقد تقدم التعريف بكتاب التفریع أصل هذا الكتاب وبيان أهميته، وكتاب (البدیع) شرح للأصل المشار إليه آنفاً، وقد انتفع به الناس على اختصاره واستيعابه لجميع أبواب الفقه، فكيف بشرحه وشارحه الذي أضاف إليه الاستدلال والشرح والتفصيل.

ولا شك أن الشارح مساحي توسّع في شرح مسائله بالتحليل والتوجيه والتفنيذ، وردّ مسائله وما تفرع عنها - ما أمكنه - إلى الدليل، ورتّب أحكامها مُخرّجة على قواعد الشرع مبنية عليها، فلم يُلْتَفِت لما يُقال ويتردّد على السنة من حفظ من غير فهم: أن الفقه أمرٌ أو حُكْمٌ مُسلَّمٌ، فلم يجعل لذلك موضعاً واعتباراً.

واستعمل في شرحه التسلسل المنطقي، وقد تدرّج فيه؛ ليلبغ بالمخالف مبلغ الإقناع والتسليم، وقرب مسائله بضرب الأمثلة عليها بأشباها ونظائرها، وفرّق بينها بالتوضيح والتعليل، وبذل فُصارى جهده في تعليل الأحكام، وتطويع أغلبها للدليل وللقواعد العامة، فجاءت مسائله معززة بعرض حقائق الفقه ومداركه، ومآخذه وأسرارها، وتمعّن في فهمها واستحضار أشباهاها، وتمكّن من إلحاق بعضها واستخراجها، وقارن فيما بينها وقاسها، فتميز بذلك كتابه عن الكتب المجردة عن التوجيه والدليل والتعليل.

وأهم ما عني به لإثراء الكتاب تعزيزه بالقواعد الأصولية فضلاً عن القواعد الفقهية، فقد ضبط بها مسائل الكتاب ونظّمها، ويسّر فهمها وسهل استحضارها، فجاء في كثير من مواطنه شبيها بكتب القواعد وتطبيقاتها، مما يمكن أن يكون هذا مدخلاً للباحثين للعمل عليها والاهتمام بها، ويدفع الدارسين لأن تُفرد وتُخصى، لتطبيقها وتخرجها.

كما أن فائدة الكتاب وأهميته تأتي من اهتمام العلماء به، وذلك بالرجوع إليه والنقل عنه، والتسليم لتوجيهاته وتقييداته دون مأخذ أو ملاحظ تُذكر، بل تمسكوا ببعضها واستحسنوها، وقدموها عما سواها؛ كما سيأتي ذكره عن الجزولي.

وهذا الاهتمام ظاهر وبارز، سواء كان هذا الاهتمام بالشارح نفسه أو بكتابه هذا أو غيره، وقد اقتبس نصوصه ونقل عنه الكثير من الشراح؛ كالشيخ خليل في توضيحه والخطاب والدسوقي وغيرهم، ونكتفي هنا بذكر بعض الأمثلة على ذلك:

1 - ((ووقع في بعض نسخ الشارح مساحي أو بيد واحدة، وهو الذي حكاه الباجي

عن مالك، وهو الذي حكاه الباجي وغيره، أو باليد اليمنى حكاه في التوضيح عن الشارمساحي⁽¹⁾.

2 - ((قال الجزولي: ولو قال: السلام عليكم، فجمع بين التثنية والألف واللام، فقال الفقيه أبو عمران: كنا نحفظ في المجالس عن الجوراني وأبي محمد صالح أن صلاته باطلة، حتى جاء الشارمساحي فقال: يدخل فيه من الخلاف ما يدخل في صلاة اللحن))⁽²⁾.

3 - ((قَوْلُهُ وَجَازَ إِقْرَاءَ قُرْآنٍ عَلَى غَيْرِهِ (إِلخ) أَيْ وَلَا يَحْمِلُ الْمُصَنَّفُ عَلَى ظَاهِرِهِ مِنْ تَعْلِيمِهِ الْقُرْآنَ لِغَيْرِهِ بِمَوْضِعِهِ؛ كَمَا فِي الْجَلَابِ، فَإِنَّهُ مُعْتَرِضٌ بِأَنَّ هَذَا مَكْرُوهٌ، كَمَا فِي ح عَنْ سَنَدٍ لَا جَائِزٍ، وَمَا فِي الْجَلَابِ مِنَ الْجَوَازِ ضَعِيفٌ، كَذَا فِي خَش وَعَبْق؛ وَفِيهِ أَنْ كَلَامَ الْجَلَابِ قَدْ اقْتَصَرَ عَلَيْهِ فِي التَّوْضِيحِ، وَكَذَا اقْتَصَرَ عَلَيْهِ ابْنُ عَرَفَةَ وَابْنُ غَازِي فِي تَكْمِيلِ التَّقْيِيدِ وَالْمَوَاقِ وَغَيْرُهُمْ، وَاقْتَصَرُوا عَنْهُ عَلَيْهِ يُؤْذِنُ بِأَنَّهُ الْمَذْهَبُ، لَكِنَّ مَا فِي الْجَلَابِ قِيْدُهُ شَارْحُهُ الشَّارْمَسَاحِي، وَنَصُّهُ وَإِقْرَاءُ الْقُرْآنِ فِيَجُوزُ؛ وَإِنْ كَثُرَ، لِأَنَّهُ ذِكْرٌ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَاصِدًا لِلتَّعْلِيمِ فَيَمْتَنِعُ كَثِيرُهُ))⁽³⁾.

4 - مما يمكن أن يُضاف هنا ويدل على حسن اختيارات الشارمساحي؛ توجيهه لقاعدة (الاستثناء هل هو رفع للكفارة، أو حلٌ لليمين من أصله؟)، فسر ابن القاسم الاستثناء برفع الكفارة، وقال عنه الشارمساحي هنا هو مُوَلِّ، لأنه فرع عن انعقاد اليمين والاستثناء رَفْعٌ له، وفسر عبد الملك الاستثناء بحلّ اليمين، فقال الشارمساحي: ليس بمُوَلِّ وهو فرع عن انحلال اليمين بالاستثناء، وهو أحسن.

قال الونشريسي نقلا عن بعض الشيوخ: كان الشيوخ يعدُّون هذا الإجراء من محاسن الشارمساحي⁽⁴⁾.

(1) مواهب الجليل: 476/1.

(2) المصدر السابق: 522/1.

(3) الشرح الكبير: 549/1.

(4) ينظر إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك: 96.

المطلب الثالث

أسلوب الكتاب:

لا شك أن الأسلوب الفقهي بصفة عامة يختلف بطبيعته عن غيره، ولا يخلوا أغلبه من الصعوبة بسبب استعمال الفقهاء للأساليب المقتضبة والعبارات المركبة، وتجنباً للتكرار يستخدمون العبارات المختصرة، مما يصعب على القارئ تفكيك العبارة وفهمها من كثرة ورود الضمائر فيها، فلا يتوصل المتخصص فضلاً عن غيره إلى المعنى المراد إلا بعد كدٍ وعناء طويل، وهذا الأسلوب وإن كان موجوداً في كتاب (البدیع) لكنه ليس في كل جوانبه وجزئياته.

وكما أسلفت أن الصنعة الفقهية صعبة بطبيعتها، إضافة إلى أن موضوع المعاملات وما بعدها، لاسيما قسم البيوع منها في هذا الكتاب؛ قد ساهم إلى حد كبير في صعوبة أسلوب المؤلف في بعض المواضع.

ومما زادني كدًا وعناء في فهم بعض نصوصه، هو اعتمادي على نسختين؛ واحدة منهما استعنت بها - فقط - للاستئناس، لأن كثيراً من نصوصها مضببة، وهذا يجعل التصحيف أو التحريف أمراً وارداً، وقد تأكد لي مثل هذا في أكثر من موضع، واعتمدت على نسخة أخرى، رغم وضوحها إلا أن أخطاءها الإملائية كثيرة فضلاً عن أخطائها النحوية، مما تسبب في إغلاق كثير من عبارات الكتاب، ولم أهتد لرفع الإشكال إلا بعد جهد وعناء. ويحسن هنا أن نقف على بعض موارد اللبس وبعض الاستشكالات، منها أثناء تعرضه لكيفية التصرف في مال المدبر بعد موت سيده، فقال:

((ولذلك يُجمع⁽¹⁾ مع قيمة المدبر⁽²⁾ - إذا مات سيده ثم يُعتق - ما حمل ثلث التركة من ذلك، مثاله أن يترك مدبراً قيمته مائة، وبيده خمسة وثلاثون، وترك خمسة وعشرين ومائتين، فنُلث التركة مائة وعشرون، وقدرها من قيمته وماله ثمانية أنساع⁽³⁾، فيعتق منه ذلك القدر من رقبته، وينفق ما له بيده على أن له فيه ثمانية أنساع، وللورثة بمنزلة مال بين شريكين، لا يجوز لهم أن ينتزعوا منه شيئاً، فإذا نظرت قيمة ثمانية أنساعه - مع تُسع ما بيده - كان ثلث جميع التركة، فإن أُلّف المال

(1) مال المدبر.

(2) المدبر: العبد الذي أُعتق عن دبر، أي بعد موت المولى. ينظر طلبه الطلبة: 53.

(3) قيمة المدبر وماله مائة وخمسة وثلاثون، وثلث التركة مائة وعشرون؛ يمثل ثمانية أنساع قيمة المدبر وما بيده، وبقي خمسة عشر، وهو التسع المتبقي في ذمته.

الَّذِي بِيده أَتَبِعَهُ الْوَرِثَةُ (بثمانية أَتْسَاع) (1) مَا لَهُمْ فِي ذِمَّتِهِ، وَسَقَطَ (تُسْعُهُ) (2)، لِأَنَّهُ (3) فِي مُقَابَلَةِ مَا يَمْلِكُون مِنْهُ) (4).

ولعلّ منهج المؤلف وطريقته للشرح أحيانا لها دور في غياب المعنى وإضافة اللبس عليه، وذلك بتشتيت الفهم وانشغاله، فينصرف عن تقديم الحكم مباشرة، ويلجأ في شرحه إلى ذكر أشباه المسألة ونظائرها بعبارة مختصرة؛ دون توطئة وتفسير كاف لها، مما يضطر القارئ للرجوع إليها في مظانها، لاسيما فيما تعلق ببيع العبيد والإماء، ولعلّ ذِكر المِثَال لِمِثْل هذا يكون أفيد وأنفع، فقد عرّج المصنف على ذكر البيع؛ بيع الثمار، وبيع الحمل مع الأمة، وردّ البيع بالعيب، والصرف والربا، وبيع المجهول، فأتى بها كلّها؛ لأنّها نظائر المسألة في الحكم؛ ويمكن أن تفسّر تبعية مال العبد إذا بيع وله مال.

فقال: ((وهل له جزء من الثمن أو لا كالثمرّة؟ قولان فيهما، وينبني على ذلك إذا انتزع ماله ثمّ ردّه بعيب ثان؛ قيل: له جزء من الثمن فيردّ قيمة ماله، يُقدّر على أنّه لا مال له وعلى أنّ له مالا على قدر ما كان يُظنّ له وقت البيع، فيردّ ما بينهما، وكذلك يُردّ قيمة الثمرّة، وهو تابع على الوجهين (5)، ولذلك لم يُشترط فيه أن يكون معلوما، وجاز بيع العبد بعين وإن كان ماله عينا، وقد تقدّم أنه لا يكون مال ربوي من الجهتين في البيع ومع أحدهما غيره، وإنّما ماله بمنزلة الحمل في الأمة وهو تابع، وإلاّ لم يجز بيعه لو كان مقصودا لماله، بمنزلة صفاته كالجارة والكتابة)) (6).

والأمثلة في هذا السياق كثيرة، أكتفي بما ذكرت آنفا.

وتحسن في هذا المقام الإشارة إلى أنّ العبارات القصيرة الواردة في الكتاب، والتي خلّت من التراكيب المعقّدة، وتخلّصت من اللغة الفقهية المحضة؛ لا شك أنّه قد غلب عليها طابع السهولة، مما يؤكّد أن طبيعة الموضوع لها دور كبير في سلاسة الأسلوب، ويمكن إدراك ذلك بالوقوف على أسلوب المصنّف في كتاب الجامع من هذا الكتاب؛ عند حديثه عن الخصال والآداب، فقد جاء سهلا سلسا في غاية الوضوح.

- (1) كذا وردت في النسختين. والسياق يفيد بأن الورثة يتبعونه بتسع ماله في ذمته، وهذا الذي بقي لهم.
- (2) كذا وردت في النسختين. والذي ينسجم مع السياق هو (ثمانية أتساعه) وهو القدر الذي يمثل ثلث التركة.
- (3) الضمير راجع إلى التسع.
- (4) البديع في شرح التفریع: تحت فقرة [كيفية التصرف في المدبر وماله بعد موت سيده].
- (5) مال العبد تابع له سواء كان لهذا المال جزء من الثمن أم لا.
- (6) المصدر السابق: تحت فقرة [مال العبد تابع له وصفة من صفاته].

المطلب الرابع

الدراسات السابقة لكتاب البديع:

سبق وأن تقدّم أحدُ الباحثين لدارسة كتاب (البديع في شرح التفرّيع)، لنيل درجة الماجستير من جمهورية مصر العربية، وجاءت هذه الدراسة في سياق تحقيقه لجزء من كتاب (البديع)، وقد وقع اختياره على كتاب النكاح إلى بداية كتاب البيوع، وقد تطرق في القسم الدراسي منه إلى حياة المؤلف العلمية والسياسية، إلى جانب التعريف بالمصنف وكتابه.

كذلك قُدِّمت دراسة لكتاب (نظم الدرّفي اختصار المدونة) للشارمساحي، لنيل درجة الدكتوراة بجامعة سيدي محمد بن عبد الله، بكلية الآداب والعلوم الإنسانية بفاس: سايس، وقام الباحث فيها بدراسة حول المؤلف، وعرج فيها على الحياة السياسية والعلمية لعصر المؤلف، ووقف فيها على كتابه المذكور⁽¹⁾.

وبناء على ذلك اكتفيت بعدم تكرار ما يمكن الاستغناء عنه، واقتصرت في دراستي على ما يتعلق مباشرة بالمؤلف وحياته ومكانته بين العلماء، ووقفت بتفصيل على كتابه (البديع) ومكانته العلمية وبعض المآخذ التي يُمكن أن تُؤخَذ عليه.

(1) ينظر نظم الدر: 9/1، 11، 13 .

المطلب الخامس

الملاحظات المهمة وبعض المآخذ على الكتاب والأمثلة عليها:

1 - اهتم الشارمساحي بالتوجيه والتحليل اهتماما كبيرا، فلم يترك في الغالب قولا ليس ظاهرا إلا بيّنه، أو حكما مبهما إلا قيّده وفسّره، فكانت توجيهاته جيدة مستحسنة؛ دعمها بالعقل والمنطق المنسجمين مع ظاهر الشريعة، وبذل في ذلك جهده ليصل بالقارئ للاطمئنان إلى الحكم والتسليم به، ونبّه إلى ذلك أثناء شرحه بقوله: (وَجْهٌ ذلك) أو (وجهٌ أنّه)، أو (وَجْهٌ) ويواصل ويتدرج في شرحه بهذه الطريقة، موظّفا في ذلك تحقيق المناط في المسألة، مُبَيِّنًا في ذلك المدارك والمآخذ، فيستجيب القارئ في مواضع كثيرة لهذا التسلسل ويطمئن إليه. وللتوضيح يمكن أن نقف على بعض منها:

اعترض على من قال: إن الافتراق في البيع يكون بالأبدان، فقال: ((ولو كان الافتراق بالأبدان لكان أجلّ اللزوم مجهولاً، لأنّه قد يطول المجلس ويقصر، ويلزم في المتبايعين في السفينة أن لا ينبرم بيعٌ بينهما، وفي الوَصِيِّ لمحجورين يشتري من أحدهما للثاني أن لا يصح ذلك، لأنّه لا ينفصل عن نفسه))⁽¹⁾.

قوله: (وَمَنْ أَخَذَ لُقْطَةً ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَكَانِهَا، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ)⁽²⁾. قال الشارمساحي: ((ليس على ظاهره، وإنما يريد إذا لم يفارق بها موضعها، فأما إن فارق ذلك الموضع لزمه أخذها، لأنّه يُمكن لما انفصل بها عن موضعها أن يكون ربُّها قد جاء فلم يجدها، فلزمه حفظها له وتعرّيفها، وكذلك إذا أخذها بنية الحفظ ثُمَّ رَدَّهَا وإن لم يفارق ذلك الموضع))⁽³⁾.

((قوله: (وَالْعَبْدُ مَالٌ)⁽⁴⁾). قال الشارمساحي: ((هذه المسألة فيها شائبتان، لأنّها دائرة بين أصليين: وهما البَيْعُ ومَالُ الْعَبْدِ فِيهِ لِلْبَائِعِ، وَالْعَتَقُ وَمَالُ الْعَبْدِ فِيهِ لَهُ، فَإِنْ نَظَرَ إِلَى أَنَّ هَذَا إِخْرَاجُ مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ؛ فَهُوَ يُشَبِّهُ الْبَيْعَ، فَهَذَا وَجْهٌ أَنَّ مَالَهُ لِلْمُوصِي، وَإِنْ اعْتَبِرَ أَنَّ إِخْرَاجَ مِلْكٍ بِغَيْرِ عَوَضٍ؛ فَهُوَ يُشَبِّهُ الْعَتَقَ، فَهَذَا وَجْهٌ أَنَّ الْمَالَ يَتَّبِعُ الْعَبْدَ، إِلَّا أَنَّ الْعَتَقَ نَقْلُ مِلْكٍ إِلَى غَيْرِ مِلْكٍ، وَهَذَا نَقْلُ مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ، فَهُوَ أَشْبَهُه بِالْبَيْعِ))⁽⁵⁾.

(1) البديع في شرح التفریع: تحت فقرة [خيار الشرط وخيار المجلس وتوجيه الأقوال فيه].

(2) التفریع: 273/2.

(3) البديع في شرح التفریع: تحت فقرة [المكان المناسب للتعريف بها وردها لمكانها].

(4) ((ومن أوصى بعبده لرجل وللعبد مال، ففيها روايتان)). التفریع: 329/2.

(5) البديع في شرح التفریع: تحت فقرة [الخلاف في تبعيّة مال العبد الموصى برقبته].

قال ابن الجلاب: ((لَهُ أَنْ يُطَالِبَ الضَّامِنَ وَالْمَضْمُونِ))⁽¹⁾. قال الشارمساحي: ((ليس هذا المذهب، بل المذهب ما قال بعد⁽²⁾، وكثيرا ما يُؤخذ في هذا الكتاب القول الذي هو المذهب.

وجه المذهب أنه لا يُطالِبُ الضَّامِنَ إِلَّا مع التَّعَذُّرِ أَنَّ الضَّامِنَ تَوْثِيقُهُ لِلْحَقِّ كَالرَّهْنِ، فكما أنه ليس للمرتهن بيعه حتى يتعذر الدفع من الغريم، فكذلك هذا. وجه القول الثاني أَنَّ الضَّامِنَ ليس كالرَّهْنِ، لأنَّه ذِمَّةٌ بخلاف الرَّهْنِ، وقد تعمَّرت الذِّمَّتَانِ بالحق، فله أخذ من شاء منهما، وأمَّا إن اشترط عليهما ذلك؛ فلا خلاف أنه يأخذ مَنْ شاء منهما، كما أنه إذا ضمَّنه بإذنه؛ فلا خلاف في أنه يرجع عليه⁽³⁾.

2 - عزَّز الشارمساحي كتابه بذكر الأشباه والنظائر للمسألة التي يقف على شرحها، وضرب لذلك أمثلة للمقارنة بينها، ونبَّه فيها على الفروق المؤثرة في الحكم، وتطرَّق إلى مناط الحكم ومدركه، فاستدلَّ على الفقه ببعضه، ويسرَّه بمعرفة نظائره، فهذا دليل على تفقُّهه وإتقان صنته، كما قال السيوطي - رحمه الله -: ((والفقه معرفة النظائر))⁽⁴⁾.

وهذا الأسلوب قد لجأ إليه كثيرا أثناء تناوله لمسائل الكتاب، وأقتصر في هذا على ذكر بعض منها:

قال الشارمساحي في لزوم الحفظ لمُلْتَقِطِ اللَّقْطَةِ بعد أخذها: ((وإن كان قبل الأخذ مُخَيَّرًا - لأنَّه لزمه ما التزم، كما نقول فيمن شرع في نافلة وإن كان قبل الشروع على الاختيار: فإنَّه يلزمه إتمامها، فكذلك هذا، وإن كان حقًّا للمخلوق، كما إذا التزم أن يؤدِّي عنه دينًا، فإنَّه يلزمه⁽⁵⁾).

واستدل بالنظائر - أيضا - على واجد الأبق فقال: ((فإن كان مِمَّن يشتغل بذلك؛ صار العُرفُ يشهد له بأنَّه ابتغى بتتويفه الأجرة، فإن شاء ربُّ العبد دفع له الأجرة وما أنفق، أو أسلم العبد إليه.

ونظير ذلك أن يدَّعي رَجُلٌ على رَجُلٍ آخر أنه أَعَارَه دَابَّةً، ويدَّعي الآخر أنه أَكْرَاهَا منه، فيُنْظَرُ إلى رَبِّ الدَّابَّةِ، فإن كان مِمَّن يشتغل بِكَرَاءِ الدَّوَابِّ كان القولُ

-
- (1) لرب المال المطالبة بذلك إذا ضمن الضَّامِنُ مالا بإذن المضمون عنه. ينظر التفريع: 286/2.
 - (2) إشارة لقول ابن الجلاب: ((ليس لرب المال أن يطالب الضَّامِنَ إِلَّا أن يغيب المضمون عنه أو يموت أو يُفلس)). المصدر السابق.
 - (3) البديع في شرح التفريع: تحت فقرة [ضمان المال بإذن المضمون عنه وبدونه].
 - (4) الأشباه والنظائر: 6/1.
 - (5) البديع في شرح التفريع: تحت فقرة [المكان المناسب للتعريف بها وردُّها لمكانها].

قَوْلُهُ؛ إِذِ الْعُرْفُ يَشْهَدُ لَهُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ لَا يَشْتَغِلُ بِذَلِكَ، كَرَجُلٍ مِنْ أَعْيَانِ مَوْضِعِهِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الَّذِي يَدَّعِي الْعَارِيَةَ، وَلَأَنَّ رَبَّ الدَّابَّةِ يَدَّعِي تَعْمِيرَ ذِمَّتِهِ، وَالْأَصْلُ الْبِرَاءَةُ⁽¹⁾.

3 - غلب على المصنف الاستدلال بالقواعد الفقهية والأصولية لضبط الفقه ومسائله، فعني بذلك كثيرا، فجمع فأوعى، وقد خصصت لها فهرسا خاصا بها، لكنه في المقابل لم يكثر من التدليل بالقرآن والسنة، وذلك في نظري يرجع لسببين:
الأول: عَدَمُ تَوْفُرِ النُّصُوصِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِهَذَا الْبَابِ بِالْقَدْرِ الَّذِي تَوَفَّرَتْ فِيهِ فِي بَابِ الْعِبَادَاتِ، وَلَا شَكَّ أَنَّ طَبِيعَةَ الْمَوْضُوعِ هِيَ - أَيْضًا - أَجْبَرَتْهُ عَلَى ذَلِكَ، فَهَمَّا بَلَغَتْ النُّصُوصُ فَلَنْ تَبْلُغَ الْقَدْرَ الْكَافِيَ الَّذِي يَسْتَوْعِبُ كُلَّ الْمَسَائِلِ، وَذَلِكَ لَكثْرَةِ الْجَزْئِيَّاتِ؛ لَا سِيَّمَا فِي بَابِ الْمَعَامَلَاتِ مَعَ تَوَسُّعِهِ فِي طَرَحِ الْإِفْتِرَاضَاتِ وَالِاسْتِشْكَالَاتِ، مِمَّا يَصْعَبُ التَّدْلِيلُ عَلَى كُلِّ التَّفْرِيعَاتِ، وَلِذَا لَجَأَ لِلتَّوْجِيهِ وَالتَّعْلِيلِ لِلْمَسَائِلِ الْوَارِدَةِ بِتَفْسِيرِ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ، وَجَمَعَ أَشْبَاهَهَا وَنَظَائِرَهَا وَالْأَقْيَسَةَ عَلَيْهَا، وَالتَّنْبِيهَ عَلَى الْمَدَارِكِ وَالْمَأْخَذِ فِيهَا.

الثاني: غلب على الشَّارِمْسَاحِي الصَّنْعَةُ الْفَقْهِيَّةُ، الَّتِي أَبْدَعَ فِي إِتْقَانِهَا، وَفَهَمِ أَسْرَارِهَا وَمُلَاحَظَتِهَا وَمَدَارِكِهَا، فَانْقَادَتْ لَدَيْهِ طَائِعَةٌ، وَصَارَتْ لَدَيْهِ مَلَكَةٌ كَشَفَتْ لَهُ مَنَاطَ الْأَحْكَامِ، وَعَلَّلَهَا وَمَأْخَذَهَا، وَغَاصَ فِي فَهْمِ مَعَانِيهَا وَتَتَبَعَ مُوجِبَهَا وَمَبْطُلَهَا.

وهذا الأمر ساقه لَأَنَّ يَتَّبِعَ الْأَسْلُوبَ نَفْسَهُ فِي أَبْوَابِ أُخْرَى مِنَ الْعِبَادَاتِ، بِالرُّغْمِ مِنْ كَثْرَةِ الْأَدْلَةِ وَوُرُودِهَا عَلَى الْأَسْنَةِ، وَمِنْ مَصَادِرِهَا الْمَشْتَهَرَةِ، لَا سِيَّمَا فِي بَابِ الْحَجِّ، فَنَجِدُهُ يَقْدِمُ الْإِسْتِدْلَالَ - عَلَى لُزُومِ الْجَمْعِ بَيْنَ الْحَلِّ وَالْحَرَمِ فِي إِحْرَامِ الْعِمْرَةِ - بِالْقِيَاسِ لِاتِّفَاقِ الْعِلَّةِ بَيْنَ الْحَجِّ وَالْعِمْرَةِ، لِأَنَّهُ نُسُكٌ يَجِبُ التَّمَادِي فِي فَاسِدِهِ كَالْحَجِّ⁽²⁾، بَدَلًا عَنْ الْإِسْتِدْلَالِ بِفِعْلِ النَّبِيِّ - ﷺ - وَسُنَّتِهِ فِي الْحَدِيثِ الَّذِي أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ، وَلَمْ يُعْرَجْ عَلَيْهِ الشَّارِمْسَاحِي وَلَمْ يُشِرْ إِلَيْهِ، وَفِيهِ أَمْرُ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - وَهِيَ دَاخِلُ الْحَرَمِ بِأَنْ تَخْرُجَ إِلَى الْحَلِّ؛ فَقَالَتْ: ((يَا رَسُولَ اللَّهِ اعْتَمَرْتُمْ وَلَمْ أَعْتَمِرْ، فَقَالَ: يَا عَبْدَ الرَّحْمَنِ اذْهَبْ بِأَخْتِكَ فَأَعْمِرْهَا مِنَ التَّنْعِيمِ، فَأَحْقَبَهَا عَلَى نَاقَةٍ فَاعْتَمَرَتْ))⁽³⁾.

وفي موطن آخر استدلل العلماء على كراهة تكرار العمرة في السنة بفعل النبي ﷺ، في حين نجد الشَّارِمْسَاحِي يعدل عن ذلك مباشرة إلى القياس، بجامع أن العمرة حج أصغر يكفي فيها المرة الواحدة، ووجه قول مَنْ رَأَى بِأَنَّهَا مَرَّةٌ فِي الشَّهْرِ؛ بِأَنْ

(1) المصدر السابق: تحت فقرة [النَّفَقَةُ عَلَى الْعَبْدِ الْأَبْقَى بَعْدَ الظُّفْرِ بِهِ].

(2) ينظر البديع في شرح التفریع، 2 / ورقة 3.

(3) صحيح البخاري: 133/2 حديث رقم 1518 من حديث عائشة مرفوعا.

الحج مرة في السنة لأتته الأكبر، وأن العمرة مرة في الشهر لأتتها أصغر⁽¹⁾.

4 - لم يُبرز لنا الشارمساحي في كتابه (البدیع) معرفته برواية الحديث ودرايته به، فلم يهتم بعزو الأحاديث الواردة في الكتاب لمصادرها ودواوينها، فضلا عن التنبيه على صحتها وضعفها، وهذا أمر مهم قد غفل عنه؛ ويترتب عليه صحة الاستدلال بها من عدمه، فلم يوجه عنايته لسبر معاني الأحاديث وشرح ألفاظها، بل يحجم أحيانا عن ذكر النص المراد للاستدلال، مكتفيا عند الاستدلال في ذلك بقوله: ((للحديث)) دون التصريح به أو تخريجه، فلم تبلغ عنايته بذلك قدر اهتمامه بالصنعة الفقهية، بالرغم من روايته للحديث وعنه رواه غيره؛ كما ذكر ذلك الحافظ الذهبي، وقد تقدمت الإشارة إليه، وهذه بعض الأدلة على ذلك:

فقد استدل على بعض بيوع الآجال الممنوعة بحديث عائشة - رضي الله عنها - وقد اختلف في ضعفه، فقال: ((وقال الأصل فيها حديث عائشة - رضي الله عنها - ((لَمَّا بَلَغَهَا عَنْ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمٍ أَنَّهُ بَاعَ جَارِيَةً بِأَلْفٍ إِلَى أَجَلٍ، ثُمَّ اشْتَرَاهَا بِسِتْمِائَةٍ، فَقَالَتْ: أَخْبَرُوهُ أَنَّهُ قَدْ حَبِطَ (جَهَادُهُ) مَعَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ))⁽²⁾.

قوله: ((إِلَّا الْوَالِدَيْنِ خَاصَّةً))⁽³⁾؛ قال الشارمساحي: ((للحديث))⁽⁴⁾.

5 - اطلاع الشارمساحي على مسائل الخلاف، وقد صنف فيه كتابا سماه (التعليق)؛ وقد سلف ذكره في علم الخلاف، وما يؤكد تضلعه فيه؛ ما نقله الجزولي عنه، ((قال الجزولي: ولو قال: السلام عليكم، فجمع بين التثوين والألف واللام، فقال الفقيه أبو عمران: كنا نحفظ في المجالس عن الجوراني وأبي محمد صالح أن صلاته باطلة، حتى جاء الشارمساحي فقال: يدخل فيه من الخلاف ما يدخل في صلاة اللحن))⁽⁵⁾.

ولذا احتوى كتاب البدیع على عدد كبير من المسائل والجزئيات، والمُلفت هنا توسُّعه وتطرُّقه لأغلب هذه المسائل ومقارنتها بفقه المذاهب الأخرى، لا سيما

(1) ينظر البدیع في شرح التفریع، 2 / ورقة 1.

(2) أخرج نحوه الدارقطني في سننه: 477/3 حديث رقم 3002 من حديث عائشة موقوفا، وقال: فيه مجهولان لا يحتج بهما. وذكره ابن القيم بما يدل على أنه محفوظ، وأزال عنه الجهالة. ينظر عون المعبود حاشية ابن القيم: 246/9. وذكر - أيضا - هذا الأثر في المدونة: 161/3 وفي بداية المجتهد: 142/2؛ وقال ابن رشد: لا يثبت حديث عائشة عند الشافعي.

(3) ((وكل من وهب هبة، فليس فيها رجعة... إلا الوالدين خاصة)). التفریع: 313/2.

(4) اكتفى الشارمساحي بذلك. وقد ورد النهي عن الرجوع في الهبة إلا للوالدين خاصة، لقوله - صلى الله عليه وسلم -: ((لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً فَيَرْجِعَ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ)) أخرج الترمذي: 585/3 حديث رقم 1299 من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - مرفوعا. وقال: حديث حسن صحيح.

(5) مواهب الجليل: 522/1.

المذهب الحنفي والشافعي، وهذا يُسوِّغ إلحاق كتاب (البدیع) بكتب الفقه المقارن؛ وإن لم تكن المقارنة في كل جزئياته إلا أن العبرة بالغالب، فلم ينته - غالبا - باب من أبوابه إلا وقد عرَّج المصنِّف فيه على الخلاف خارج المذهب، وناقش ما يرد عليه من استشكالات، وتجدر الإشارة في سياق مقارنته لهذه المسائل إلى أنه لم يعرج ولو مرة واحدة على المذهب الحنبلي.

كما لم يُهمل الشارمساحي بعض المسائل التي يُعدُّ ذكرها من شواهد العلم وغرائبه فضلا عن عنايته بتوجيه إيجازها، وذكر ما يترتب على من قال بجوازها، كإعارة الفروج، وإتيان المرأة في دبرها وغيرهما.

وقبل ذكر بعض الشواهد على ما ذكرت؛ من المهم أن أنبِّه على أن الشارمساحي قد وهم في نسبة بعض الأحكام إلى أصحابها خارج المذهب، وبعد الوقوف على بعض هذه الأحكام في مظانها؛ تبين - في مواضع متعدِّدة - خلاف ما قرَّره أو نسبته إلى الأحناف أحيانا وإلى الشافعية أحيانا أخرى، وللتأكيد على هذه المآخذ يحسن هنا أن نقف على بعض ما يؤيد ذلك:

قال الشارمساحي: ((وأما نكاح المرأة في الدُّبر فاختلف العلماء في جوازه، فعلى الجواز تحلُّ بالعقد، وهو عندنا زنا، وقيل: كاللواط، لأنَّه على القول بالمنع فرج آدمي لا يحلُّ بالعقد، ففيه الرَّجم، وفي مذهب الشافعي جوازه⁽¹⁾ في المُلْك من الرَّجُل والمرأة بناء على تعميم قوله: ((أَوْ مَملَكْتُ أَيَمَانُكُمْ))⁽²⁾ ذكره الغزالي⁽³⁾. ويلزم عليه نكاح ذوات المحارم بِملْك اليمين، وإنَّما المعنى ملكت أيمانكم ممَّا يصحَّ وطؤه⁽⁴⁾)).

وقال عن إحلال الرجل الأمة لغيره: ((يُقَالُ عن عطاء بن أبي رباح، وهو تابعي: إنَّه كان كريما، فإذا جاء له ضيفٌ أحلَّ له أَمَتَهُ فلم يُنْكِر ذلك عليه بالمدينة، فجعله مالِكٌ بشُبْهَةِ تدرأ الحَدَّ، ولايجوز ذلك عنده، فإن وطئها فوُمت عليه حملت أو لم تحمل، لأنَّ ذلك يُفْضِي إلى عَارِيَةِ الْفُرُوج وقد نُهي عنه، وغير مالِك لا يرى ذلك شُبْهَةً، فهو زنا عنده⁽⁵⁾)).

(1) وفي مختصر المزني: 276/8 ((قال الشافعي - رحمه الله -: ذهب بعض أصحابنا في إتيان النِّساء في أدبارهن إلى إحلاله وآخرون إلى تحريمه))

(2) النساء: 3.

(3) وأما ما عزاه المصنِّف للغزالي فهو مخالف - تماما - لما نص عليه الغزالي في كتابه حيث قال: ((وأما الإتيان في الدُّبر فمحرم في المملوك والمملوكة والمنكوحة، وما يُحكى عن بعض الأئمة من تجويزه في المنكوحة؛ فهو اختراع)). الوسيط: 184/5.

(4) البدیع في شرح التفريع: تحت فقرة [نكاح المرأة في الدُّبر وما يتربُّ عليه من أحكام].

(5) المصدر السابق: تحت فقرة [درء حدِّ الزِّنا بالشُّبهات].

وتابع قوله في هذا السياق: ((مُرَاعَاةَ لِقَوْلِ الْمُخَالِفِ أَنَّهُ يَجُوزُ لِسَيِّدِ الْأَمَةِ أَنْ يُمْلِكَ بُضْعَهَا لِمَنْ شَاءَ مُدَّةً، كَمَا يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ فِي سَائِرِ مَنَافِعِهَا، لِأَنَّ الْبُضْعَ مِنْ جُمْلَةِ الْمَنَافِعِ، إِلَّا أَنَّهُ أَلْزَمَهُ قِيَمَتُهَا لِتَتَكَامَلَ الشُّبْهَةُ، فَيَكُونُ قَدْ وَطَّئَهَا بِالْمَلِكِ، وَلَتَخْرُجَ عَنْ عَارِيَةِ الْفُرُوجِ))⁽¹⁾.

وقال: ((وَيُذَكَّرُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ إِذَا اسْتَأْجَرَ امْرَأَةً؛ فَإِنَّهُ يَحِلُّ لَهُ وَطُؤُهَا بِذَلِكَ، وَتَوْجِيهِهِ أَنَّهُ لَمَّا اسْتَأْجَرَ مَنَافِعَهَا وَمِنْ ذَلِكَ بُضْعُهَا؛ فَكَأَنَّهُ نَكَاحٌ بِلَفْظِ الْإِجَارَةِ⁽²⁾، وَلَوْ قَالَ: اسْتَأْجَرْتُكَ عَلَى الزَّانَا لَمْ يَصَحَّ بِلَا خِلَافٍ⁽³⁾))⁽⁴⁾.

وفي سياق آخر قال الشارمساحي: ((وَلَا يُمْلِكُ الْمَاءُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ⁽⁵⁾))⁽⁶⁾.

وفي حَدِّ زَنَى الْبَكَرِ وَالثَّيِّبِ ذَكَرَ الْحَدِيثَ الْوَاردَ فِي ذَلِكَ، وَعَرَّجَ عَلَى رَأْيِ الشَّافِعِيِّ فَقَالَ: ((الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَعْرِيبُ عَامٍ، وَالثَّيِّبُ جَلْدُ مِائَةٍ وَالرَّجْمُ))⁽⁷⁾، وَبِهِ أَخَذَ الشَّافِعِيُّ فِي الْجُلْدِ مَعَ الرَّجْمِ⁽⁸⁾، وَلَمْ يَأْخُذْ مَالِكٌ بِقَوْلِهِ: الْجُلْدُ وَالرَّجْمُ⁽⁹⁾.

6 - بُرُورُ الصَّنْعَةِ الْفَقْهِيَّةِ لِلشَّارْمَسَاحِيِّ؛ لَا تَخْفَى عَلَى مَنْ وَقَفَ عَلَى تَوْجِيهَاتِهِ وَتَقْيِيدَاتِهِ، تَجَسَّدَتْ شَخْصِيَّتُهُ فِي رُؤُودِهِ عَلَى الْمُخَالِفِينَ، وَأَطَالَ نَفْسَهُ فِي تَوْجِيهِ أَقْوَالِهِمْ وَأَرَائِهِمْ، كَمَا أَنَّهُ وَإِنْ عَظُمَ مَقَامُ ابْنِ الْجَلَابِ فِي نَفْسِهِ، وَصَرَّحَ بِوَثُوقِهِ بِهِ وَبِتَخْرِيجَاتِهِ وَنَقُولَاتِهِ، إِلَّا أَنَّهُ خَالَفَهُ فِي بَعْضِ الْمَوَاطِنِ؛ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ كَثِيرًا.

فَقَالَ ابْنُ الْجَلَابِ عَنِ الْوَقْتِ الَّتِي تُرَدُّ فِيهِ الْقِيَمَةُ عِنْدَ اجْتِمَاعِ الْبَيْعِ وَالسَّلَفِ؛ بِأَنَّهُ (يَوْمَ الْفُوتِ)⁽¹⁰⁾؛ قَالَ الشَّارْمَسَاحِيُّ: ((هَذَا لَمْ أَرَهُ لِغَيْرِهِ، وَإِنَّمَا يَعْتَبَرُ أَبَدًا يَوْمَ الْقَبْضِ

(1) المصدر السابق: تحت فقرة [حُكْمُ إِحْلَالِ السَّيِّدِ أَمَتَهُ لِلْمُرْتَهَنِّ وَمَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ].

(2) ينظر المبسوط للسرخسي: 58/9.

(3) لكنه يدرأ الحد، وذلك لما جاء في المبسوط للسرخسي حيث قال: ((ولو قال: أمهرك كذا لأزني بك لم يجب الحد، فكذاك إذا قال: استأجرتك؛ توضيحه أن هذا الفعل ليس بزنا، وأهل اللغة لا يسمون الوطء الذي يترتب على العقد زنا، ولا يفصلون بين الزنا وغيره إلا بالعقد، فكذاك لا يفصلون بين الاستئجار والنكاح؛ لأن الفرق بينهما شرعي، وأهل اللغة لا يعرفون ذلك، فعرفنا أن هذا الفعل ليس بزنا لغة، وذلك شبهة في المنع من وجوب الحد حقا لله تعالى، كما لا يجب الحد على المختلس؛ لأن فعله ليس بسرقة لغة)).

(4) البديع في شرح التفریع: تحت فقرة [دَرءُ حَدِّ الزَّانَا بِالشُّبْهَاتِ].

(5) قال الشيرازي وقيل: لا يملك الماء، والمذهب خلافه. ينظر التنبيه: 130.

(6) البديع في شرح التفریع: تحت فقرة [حَدُّ حَرِيمِ الْأَبَارِ وَتَخْصِيصُ الْمُبَاحِ لِمَنْ سَبَقَ إِلَيْهِ].

(7) أخرجه ابن ماجه: 852/2 حديث رقم 2550 بلفظ (وتغريب سنة)، ومسلم: 1361/3 حديث رقم 1690 بلفظ (ونفي سنة) كلاهما من حديث عبادة بن الصامت مرفوعا.

(8) لا يقول الشافعي بوجوب الثيب مع الجلد في حد واحد، وهو ما صرح به حيث قال: ((وَيُرْجَمُ الزَّانِي الثَّيِّبُ وَلَا يُجْلَدُ)) الأم: 144/6.

(9) البديع في شرح التفریع: تحت فقرة [حَدُّ زَنَى الْحُرِّ الْبَكَرِ وَالثَّيِّبِ].

(10) عند اجتماع السلف والبيع يفسخ البيع، ويرجع إلى القيمة يوم الفوت؛ لا يوم الحكم. ينظر التفریع: 169/2.

كسائر البيوع الفاسدة، وإنَّما قلنا: يوم القبض لا يوم البيع، لأنَّه قد يكون بينهما مُدَّة، وإنَّما يعتبر وقت القبض؛ لأنَّه من حينئذ يكون في ضمان المشتري، ولم يقل أحدٌ في البيع الفاسد: إنَّ القيمة فيه يوم الفوت، ويحتمل أن يكون - وجه هذا الذي قال ابنُ الجَلَّاب - أنَّ حكمه قبل الفوت الرَّدُّ، وإنَّما سبَّب القيمة الفوت، ويلزمه أن يقول ذلك في البيع الفاسد، والله أعلم⁽¹⁾.

كما خالف ابنُ الجَلَّاب فيما يلزم العبد إذا جنى على سيِّده، فقال الشارمساحي: ((وليس على العبد في جنايته على سيِّده شيء))⁽²⁾.

كما أنه استحسن طريقته في النقل والتخريج عن المدونة، ولم يُخَفْ وثوقه به، فقال: ((وعادةُ ابنِ الجَلَّاب إذا كانت المسألة مُخرَّجة أن ينصَّ على التخريج ولا يُوهِم))⁽³⁾.

ولم يقتصر حضوره وأثره في كتابه (البدیع) على ذلك، بل تجاوز ذلك إلى استظهار بعض الأقوال وترجيح بعضها على بعض، كما نبه بعد توجيهه وتقييده لما وقف عليه بأنه المذهب، وإذا كان ليس كذلك أشار إلى خلافه، والأمثلة على ذلك كثيرة:

قال ابن الجلاب: ((لَهُ أَنْ يُطَالِبَ الضَّامِنَ وَالْمَضْمُونِ))⁽⁴⁾. قال الشارمساحي: ((ليس هذا المذهب، بل المذهب ما قال بعد⁽⁵⁾، وكثيراً ما يُؤخَذُ في هذا الكتاب القول الذي هو المذهب.

وجه المذهب أنَّه لا يُطَالِبُ الضَّامِنَ إِلَّا مع التَّعَدُّرِ أَنَّ الضَّامِنَ تَوْثِيقُهُ لِلْحَقِّ كالرَّهْنِ، فكما أنَّه ليس للمُرْتَهِنِ بَيْعُهُ حَتَّى يَتَعَدَّرَ الدَّفْعُ من الغريم، فكذلك هذا))⁽⁶⁾.

وقد استظهر في موضع آخر بعض الآراء على المذهب، وسوَّغ استظهارها، وذلك فيمن ادَّعى أنَّه باع ما فيه الشُّفْعَة، وأنكر المشتري ذلك؛ فقال الشارمساحي: ((فليس للشُّفْعِ شُفْعَةٌ، لأنَّه لم يثبت البيع الذي هو سببُ الشُّفْعَة، هذا المذهب، وقال ابنُ المَوَّاز: له الشُّفْعَة، وهو أظهر من المذهب، لأنَّ البائع مُعْتَرَفٌ بأنَّ الشُّفْعَة قد وَجَبَتْ

(1) البديع في شرح التفريع: تحت فقرة [وقت تقدير القيمة بعد إتمام البيع والسلف].

(2) هذا بخلاف ما قدَّمه وعزاه ابنُ الجلاب لابن القاسم من أنَّ السيِّد يختدمه، ويقاصَّه من أجرته بأرش الجناية، ومعلوم أن المدبِّر بمنزلة العبد القنَّ في الجراح وغيره من الأحكام؛ غير أنه لا يجوز بيعه. ينظر التفريع: 10/2، 11.

(3) البديع في شرح التفريع: تحت فقرة [استحقاق الأمة بعد زواجها وإدعائها الحرِّية].

(4) لربِّ المال المطالبة بذلك إذا ضمن الضَّامِنُ مالا بإذن المضمون عنه. ينظر التفريع: 286/2.

(5) إشارة لقول ابن الجلاب: ((ليس لرب المال أن يطالب الضَّامِنَ إِلَّا أن يغيب المضمون عنه أو يموت أو يُفلس)). المصدر السابق.

(6) البديع في شرح التفريع: تحت فقرة [ضمان المال بإذن المضمون عنه وبدونه].

للتَّشْرِيكِ فِيهِ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُؤْخَذَ فِي ذَلِكَ بِإِقْرَارِهِ⁽¹⁾.

7 - جسد الشارمساحي المقصد الشرعي من صدور الأحكام، وبين أن للمقاصد دورا وأثرا في تغيُّر الأحكام، وعرج على بعض المسائل التي كانت المقاصد فيها مصدرا مهما ومُقْتَضِيَا للتعمير والإبراء، كما نبَّه على قيمة المعاني وأن العبرة بالمعاني لا بالألفاظ، وأن الوسيلة وإن بدت براءتها لا تغني أحيانا عن سلامة المآلات، فالمقاصد مهمة ولو لم يدركها المكلفون، والمصالح فيها مرجوة ولو لم يعقلها الغافلون، وضرب لذلك أمثلة وأحكاما بُنِيَتْ وأُسِّسَتْ على مقاصد الشرع وحكمته، ويحسن هنا أن نقف على بعض منها:

ذكر من شروط السلم؛ الأجل، وذكر المقصد من ذلك، وأن التوسعة على المتعاقدين مقصد من مقاصد الشريعة، المتمثل في التيسير والرفق بالعباد، فقال: ((ومنها أن يكون (2) إلى أجل، لأنَّ الحكمة المقصودة فيه إنَّما تتَّفَقُ بالأجل، فيدفع المشتري قليلا (3) ليزيد له البائع في المثمون لمكان الأجل، وليتسع البائع في ذلك في الحال))⁽⁴⁾.

وفي موضع آخر عند بيع الخيار، أكد على المعنى الشرعي والمقصدي، ولم يتقيد بالألفاظ التي رأى أنها مخالفة للمراد، فقال عن الثلاثة الأيام التي ضربها الشرع لبيع الخيار:

((فقال الشَّافِعِيُّ وَأَبُو حَنِيفَةَ: لا يزيد الخيار على ذلك، لأنَّه المشروع، كما لا يزيد الطلاق على الثلاث، (فلو وَقَعَ) الخيار على أزيد كان العقد فاسدا (عند الشَّافِعِيِّ)⁽⁵⁾، ويصحَّ عند أَبِي حَنِيفَةَ إذا ألغى الزَّائد، وَمَالِكٌ نظر إلى المعنى، وأنَّ المقصود من الخيار إمَّا الاختبار وإمَّا التَّرَوِّي، وقد يجتمعان، واعتبار كل شيء على حسبه، فعلى الخيار يختلف باختلاف المبيع، ففي الدُّور ونحوها مما لا يُعْلَمُ عيوبه إلا بعد طُولٍ؛ الشَّهر ونحوه، وفي الدَّابَّةِ نحو ثلاثة أيام، وفي العبد نحو عشرة أيام، لمكان العَقْل منه؛ يُمَكِّن منه إخفاء عيبه، وقد يَكْزُرُه البائعُ فَيُخْفِي العيوب، وبالعكس فيظهرها مع ما ليس فيه، وقد كان يكون مُبْتَاغِ الدَّارِ جارا فلا يحتاج إلى اختيار⁽⁶⁾ بل للتَّرَوِّي،

(1) المصدر السابق: تحت فقرة [إنكار المشتري للبيع مع يمينه يسقط الشُّفْعَة].

(2) المبيع في السَّلَم.

(3) بسعر منخفض؛ لا على التقسيط.

(4) البديع في شرح التفریع: تحت فقرة [شروط السلم].

(5) ينظر المجموع: 190/9 وفيه ((إن زاد على ثلاثة أيام ولو لحظة بطل البيع)).

(6) كذا وردت في (و). وفي (غ) طمس. ولعل الصحيح: (اختبار) لأنه مقصود في الخيار، وعطف التَّرَوِّي عليه يؤكد المعنى المراد.

وقد يكون بخلاف ذلك فيحتاج إلى الأمرين⁽¹⁾.

وقد عرّج - أيضا - على مقصد مُهمّ يتعلق بحفظ النفس والمال، ومراعاة المال، والعناية بحقوق الفقراء وصيانة مروءتهم وحفظ كرامتهم، كل ذلك بالنظر للمعنى المراد من الشرع الحكيم، فقال:

((وَالْقُطْنِيَّةُ اسم خاصٌ لبعض الحبوب، وفيها في الزَّكَاةِ قولان، أشهرهما أنَّها صنفٌ، وفيها في البيع قولان، المذهب أنَّها أصنافٌ، وإفراد الجَمَّصِ واللُّوبيا عن القطاني وهما منها، لكن لانفرادهما بمنفعة زائدة، وكذلك الجُلْبَانِ وَالْبَسِيلَةُ، وهي نوع منه، وكلاهما من القُطْنَانِي؛ إِلَّا أنَّهما ينفردان بمنفعة، ويظهر من جهة المعنى لما قلنا: إِنَّ هذه الأشياء لا بد للنَّاس منها، لأنَّ المعاش وبقاء المروءة بها، كما أَنَّ العَيْنَ قِيَمُ أموالهم، وقد أبيح للرجُل أن يقاتل دون ماله وعلى ما يمسك حياته، والشارع - صَلَّى الله عليه وسلَّم - نظر للجميع من أُمَّته بالمصلحة العامة، فمَنع التفاضل في بيع ذلك تضييقا لباب البيع؛ حتى تبقى على مِلْك النَّاس، ولئلا يغلب الأغنياء الفقراء على مِلْكها))⁽²⁾.

والأمثلة على الأحكام المقصدية المبنية على المآلات والمصالح المعتبرة؛ كثيرة جدا، والمقام لا يسع لذكر كل ذلك، وأكتفي بما ذكرت آنفا.

8 - اعتدل الشَّارْمَسَاحِي بشكل عام في شرحه على التفريع من غير توسُّع مُملٍّ أو اختصار مُخلٍّ، فوقف على شرح مسائله، وقيد بعض ألفاظه، واستطرد في شرح معانيه بذكر النظائر والأشباه، والمُهمِّ والمُلَفَّتِ هنا أن الكتاب استوعب موضوعه دون زيادة أو حشو أو استطراد لا طائل من ورائه، حرص المصنِّف فيه على الاختصار على ما تُرْجى منه الفائدة، فلم يتحرَّر الكتاب في أيِّ موطن من مواطنه من المادة الفقهية وصنعتة، وضرب عن ذكر القصص والاستئناس بالحوادث والحكايات، بل وصل به الحد إلى انصرافه في كثير من المواطن عن ذكر الأحاديث والآثار، وإن قَصَد الدليل ذكره باختصار، واقتصر في ذلك على المراد، مكتفيا حيناً بالإشارة إليه لغرض الإيجاز.

وفي سياق عزوفه عن نقل الآثار والأحداث، نجده - أيضا - قد صرف اهتمامه عن النقل من الكتب أو المصادر التي سبقته، فلم يلتفت لذكرها إِلَّا قليلا، ولم أقف على نصوص قد اقتبسها ووظفها وسكت عنها، ممَّا يفيد بأنَّه قد اعتمد كثيرا على حفظه وفهمه وتوجيهه لكثير من مسائل هذا الكتاب، فقد شغله التوجيه والتقعيد والتعليل عن

(1) البديع في شرح التفريع: تحت فقرة [المدة في بيع الخيار].

(2) المصدر السابق: تحت فقرة [القطاني السَّبْع والاختلاف في كونها صنفا واحدا].

ذلك.

ولا شك أن كثرة النقول والاعتماد عليها كثيرا من غير اعتدال؛ تُغَيِّب صاحب الكتاب وتحجبه عن الظهور، وتُعَدُّ من المآخذ التي تُمسك على الكتاب وصاحبه، وقد اقتصد الشارمساحي في ذلك، واستقلَّ بكتابه، وجاء به على خلاف المؤلف والمعلوم مما نهجه المصنفون في مصنفاتهم، لا سيما إذا ما قارنناه بشرح ابن ناجي على التفريع، فقد احتوى على عدد كبير من النقول المنسوبة لعلماء المذهب قبله، فلا تكاد تخلو ورقة إلا فيها ما لا يقل عن ثلاثة نقول أو تزيد.

والأمثلة على ما ذُكر كثيرة، فذكر الشارمساحي قوله تعالى: ((فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ))⁽¹⁾ دليلا على ردِّ المثل في البيع الفاسد، واكتفى بذلك عن محل الشاهد؛ وهو قوله تعالى: ((فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ))⁽²⁾، اقتصر على ذلك تجنباً للإطالة ومبالغة في الاختصار.

واستدلَّ على ضمان المغصوب بالقيمة بقوله - ﷺ - ((مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ⁽³⁾) له في عَبْد... الحديث)) وتوقف عن إتمام محل الشاهد؛ وهو دفع القيمة، وتمامه ((قُومَ عليه))⁽⁴⁾.

وذهب في ذلك لحدِّ المبالغة في الاختصار، فلم يقتصر في ذلك بذكر شطر من الحديث؛ بل أهمل ذكره واكتفى بالإشارة إليه، واستدل على المسألة بقوله: ((لحديث)) كاستدلاله على اعتصار الوالدين للهبة⁽⁵⁾.

(1) البقرة: 194.

(2) البقرة: 194.

(3) الشِّرك: الحِصَّة والنَّصيب، وتأتي بمعنى الشَّرْكة. ينظر طُلبة الطلبة: 179، ولسان العرب مادة: شرك.

(4) ينظر البديع في شرح التفريع: [الدَّليل على ضَمَانِ المغصوب وغُرْمه].

(5) ينظر المصدر السابق: تحت فقرة [اعتصار الوالدين في الهبة].

المطلب السادس

مصادر الكتاب:

كما أسلفت وذكرت بأنَّ الشَّارمساحي لم يعبأ كثيراً بالنَّقل عن غيره، ولم يتطرَّق لذكر المصادر التي رجع إليها سوى كتاب (المدونة) وكتاب (التهذيب)، ونقل في أكثر من موطن عن الباجي دون أن يذكر كتابه، مقتصرًا على قوله: ((نقل الباجي))، أو ((قال الباجي))، وأراد بذلك كتابه (المنتقى) بعد تتبعه وتبيّنه، كما ذكر غيره من أقوال مَنْ سبقه من المتقدمين؛ دون الإشارة إلى كتبهم التي نقل عنها، وقد سبقت الإشارة إلى أن هذا كان قليلًا، لا سيما إذا ما قورن بغيره من الكتب المتأخرة التي تزخر بكثرة النقول، واختلاف المصادر في شتى فروع العلم والمعرفة.

المطلب السابع

وصف النُّسخ المخطوطة للكتاب:

اعتمدت في تحقيق الكتاب على نسختين:

1 - النسخة المحفوظة بالمكتبة الوطنية بمديرية ورزها (و):

هذه لدي نسخة مصورة من الجزء الثاني منها، وهي محفوظة بالمكتبة الوطنية بمديرية تحت رقم 4881، تشتمل على 155 لوحة مرقّمة، في كل جهة منها سبعة وعشرون سطرا، لا تقل كلماتها في كل سطر عن ثلاث عشرة كلمة، وهي نسخة تتكون من جزئين، الجزء الثاني منها يبدأ من كتاب الحج، وينتهي إلى آخر الكتاب بالبَاب الجامع، قمت بتحقيق كتاب البيوع من هذا الجزء إلى نهاية باب الجامع، وعدد ورقات هذا القسط ستُّ وثمانون لوحة.

نُسخت بخط مغربي واضح، ضُبِّطت بعض كلماتها، ومُيزت عناوينها بخط مغاير عن سائر الكتاب، وبهامشها بعض التَّصحّيات، كما ظهر في هامشها آثار التصحيح والمقابلة، ممَّا يدل على أنها حظيت بالمقارنة والمراجعة، إلَّا أنها لا تخلو من الأخطاء، وهذا راجع إلى عدة أسباب، ومن أهمها أخطاء النساخ، فقد تبين لي في آخر المخطوط أن الناسخ أثناء كلمته الختامية أنه غير متمكن من الكتابة الإملائية الصحيحة فضلا عن قصوره من الناحية النحوية، إضافة إلى أنه أتى ببعض أبيات من الشعر مخالفة لما هو محفوظ، وللاطلاع على ذلك يحسن هنا أن أنقل ما كتبه في آخر

هذه المخطوطة بأخطائه كما هو، حيث قال:

((في بلدة (إبراية)⁽¹⁾ كمل جميع الديوان - المُسمَّى (بالْبَدِيع في شَرْح التَّفْرِيع)،
نفع الله به الجميع، إِنَّه للدُّعاء سميعٌ - بحمد الله - تعالى - وحُسْنِ عونهِ، وتأَيِّده ونصره،
وبالصَّلَاة الدَّائِمَة على سيدنا مُحَمَّدٍ نبيِّهِ وعبدِهِ وعلى آلِهِ، وسلِّم تسليمًا كثيرًا.
وكان الفراغ من نسخه يوم الثلاثاء بعد الظُّهر، في العشر الأوَّل من شعبان،
مُوافقًا من خمسة عشر يومًا ماضين من شهر شتنبَر، من عام أربعة وخمسين وثمان
مئة.

وكتبه الطَّالِبُ الفقير إلى رحمة الله - تعالى - أبو مُحَمَّد؛ عَبْدُ الله بن محمد بن عبد
الله الركلي، وَفَّقَهُ الله - تعالى - لنفسه، ثُمَّ لِمَنْ شاءَ الله مِنْ بعده، عَرَفَ الله بركَّتَهُ بِمَنِّهِ
وَيُؤْمِنُهُ، وسلامٌ على عباده الَّذِينَ اصطفَى، والحمد لله، والصَّلَاة على مُحَمَّدٍ وآلِهِ.
وفرغ من مُقَابَلَتِهِ أوَّلَ يوم من أكتوبر، وفي العشر الآخر من شعبان، عام
854⁽²⁾، والحمد لله والصلاة على محمد وآله وسلم.
طوبى لمن اتَّصف به دنيا وأخرى)).
ثم ختمها بأبيات من الشعر، فقال:

إذا أردت أن تحطى ودينك سألَمْ وحظك موفورٌ وعرضك صَيَّنْ

لسانك لا تذكر به عورة امرئ فعندك عوراتٌ وللناس ألسُنْ

وعيناك أن أبدت لك معايب فقل عيناك للناس أعينْ

وعاشِر بالمعروف وسامح من اعتدى وفارق ولكن بالتي هي أحسنْ

لكن لا يعني هذا أنها لا يمكن الاستفادة منها، فقد كانت في مجملها جيدة وسليمة
من الآفات، فيمكن الاعتماد عليها مع وجود غيرها، لا سيما وقد تم نسخها بعد عصر
المؤلف بمائتي سنة تقريباً أو أقل، وقد صرح ناسخها بعد الانتهاء من نسخها بأنه قد

(1) كذا وردت ولعلها محرّفة عن (إبراية) من وادي أبره، ثم سُمِّيت بعد ذلك (باطقة) من وادي بيطي،
وهو نهر قرطبة، ثم سُمِّيت إشبانية باسم رجل ملكها؛ اسمه إشبان، وسُمِّيت بعد ذلك (بالأندلس).
ينظر المسالك والممالك: 890/2.

(2) كتبت هذا الرقم بناء على ما كتبه بالحروف أعلاه، وإلا فقد كتبه الناسخ هنا بأرقام غير واضحة.

قام بمقابلتها مع غيرها؛ وهذا دون شك يكسب هذه النسخة قيمة خاصة، تعزّز الوثوق بها وبصحتها، إلا أنّها لا تخلو من مأخذ قد سبق ذكرها.

2 - النسخة المحفوظة بدار الكتب الوطنية بتونس ورمزها (غ):

قد تحصلت على مصوِّرة منها، تشتمل المخطوطة على 218 لوحة في جزئين، وقد رُقِّمت لوحاتها، مقاسها 20 في 14سم، كل جهة من اللوحة بها ثلاثة وثلاثون سطرا، كل سطر فيها لا يقلّ عن ست عشرة كلمة، وهي محفوظة تحت رقم 06213، كتبت بخط مغربي بأحرف صغيرة، ضُبِّطت بعض كلماتها، كما أن عناوينها كُتبت بخط مختلف عن سائر الكتاب، وبهامشها بعض التصحيحات، وبها تلخيصات في هامشها تدل على مراجعتها والاهتمام ببعض ما ورد فيها من مسائل.

بدأ الجزء الثاني من المخطوط بكتاب الحج وانتهى بكتاب الجامع، وقد اشغلت في التحقيق على كتاب البيوع منه إلى آخر كتاب الجامع من هذا الجزء، وقد اشتمل على سبع وخمسين لوحة. جاء في نهايتها؛ كمل السفر الثاني من البديع من شرح التفریع، وبتمامه كمل جميع الديوان بحمد الله وحسن عونه، والصلاة على محمد خاتم أنبيائه ورسله، وعلى آله وسلم تسليما.

وبالرغم من أن هذه النسخة كانت صعبة في قراءتها لعدم وضوحها في كثير من المواضع، وكما أنّ بها نقصا وطمسا وبياضا في بعض نصوصها، مما أتعبني وشق علي أثناء قراءتها ونسخها، إلّا أن هذا لم يمنعني من الاستفادة منها والاستعانة بها، فقد أسعفتني بالرجوع إليها في بعض المواضع لحل بعض الإشكالات.

وللتوضيح فقد أرفقت نماذج لبعض صور المخطوط في نهاية القسم الدراسي، ثلاثة منها - وهي الأولى - من النسخة (و)، والصور الثلاثة الأخيرة من النسخة (غ) .

المطلب الثامن

منهج التحقيق:

1 - اعتمدت في تحقيق الكتاب على أصليين مختلفين من النسخ المخطوطة، وقمت بالمقارنة بين هاتين النسختين، واتَّبعت في ذلك طريقة النَّص المختار، لقرب هذه الأصول من بعضها من حيث الوثوق بها؛ لا من حيث الوضوح، فلم يترجَّح عندي تقديم إحدى هذه النسخ على الأخرى؛ لتكون أُمًّا يمكن الاعتماد عليها دون سواها، ولا شك في أنَّ هذه الطريقة تُلقِي التَّبِعَة والمسؤولية على المحقِّق بالدرجة الأولى في اختيار النَّص، لكنَّها في ظَنِّي أصحُّ وأنفع، وما توفيقي في ذلك إلا بالله.

ولما كانت النُّسختان متقاربتين؛ كما أسلفت، جعلتهما مُكَمِّلَتَيْن لبعضهما، وقَدَّمت من بينهما النَّص الذي رأيته أرجح وأولى أن يكون في المتن من غيره، وما خالف ذلك وضعته في الهامش ونَبَّهت عليه، ونسبته إلى النسخة التي ورد فيها.

والجدير بالذِّكر أن أَنبَه على أَنَّنِي في الغالب لم أَشِر إلى كل الفروق التي وُجِدَت بين هاتين النسختين، وإنَّما اكتفيت بالفروق المهمة التي من شأنها التأثير، وتُخْرِج النَّصَّ عن الصواب، وتحاشيت كتابة بعض الفروق التي يحتمل أن تكون من أخطاء النُّساخ المعتادة، حتى لا أَثْقِل الهوامش بما لا فائدة منه للقارئ، وهذا ما لم يكن الفرق مُتَعَلِّقًا بحديث نبوي أو آية من القرآن الكريم، وإلا ذكرته ونبَّهت عليه بقدر الإمكان.

وبالطريقة نفسها تعاملت مع السقط أو البياض الذي يقع أحياناً في بعض النسخ، فأشرت إلى السَّقَط الذي ترجى منه فائدة، ويمكن أن يضيف معنى جديداً، أو يفيد معنى مغايراً، إلا ما تعلَّق منه بالقرآن أو السُّنَّة فَأَنبَه عليه. بالإشارة إلى النُّسخة المعنية بذلك السقط.

وكذلك قمت بوضع قوسين مركنين [] جعلته للكلمة التي رأيت أنها صواب، وأيقنت بأن ما جاء في النسختين محرَّف وقد جانب الصواب؛ لا سيما إن كان به طمس أو كشط يؤكد خطأه، أو تصحيفه.

2 - حققت النَّص وكتبته على القواعد الإملائية الحديثة، وضبطت ما يحتاج إلى ضبط كالمبني للمجهول وغيره، ووضعت له علامات الترقيم المناسبة، (كالفاصلة، والشارحة، والقاطعة، وإشارة الاستفهام والتعجب، وعلامة الجمل المعترضة... إلخ)، لتسهيل قراءة الكتاب ويساعد في إزالة الإبهام والغموض.

3 - أضفت عناوين رئيسة وأضفت إليها عناوين جانبية، كما فصلت الفقرات

والمسائل المندرجة تحت الفصول بعناوين فرعية، حتَّى تسهل فهرستها، وتُسَعَف القارئ بالوصول إلى الجزئية التي يريدُها من الكتاب بأيسر السُّبُل، وميَّزَت هذه العناوين بنمط مميز، ووضعتها بين حاصرتين []، وقد بذلت وسعي في أن يكون العنوان شاملاً لكل ما يندرج تحته من مسائل وجزئيات، وربما لم أُوفِّق في ذلك أحياناً؛ نظراً لاستطراد المؤلف وتنقله بين مسائل شتَّى، وعودته للمسألة من جديد.

4 - خرَّجت الآيات القرآنية، بعد أن أعدت كتابتها، وضبطتها في المتن برسم المصحف العثماني، واتَّبعت طريقة التخريج بذكر اسم السُّورة ورقم الآية، ونبهت على ذلك في الهامش.

5 - خرجت الأحاديث النبوية من كتب السُّنة المعتمدة، وحكمت على الحديث بالصِّحة والخُسن والضعف والوضع؛ معتمداً في ذلك على أقوال أصحاب الصَّنعة من علماء الحديث، وتحريّت تخريج الأحاديث بالألفاظ التي ذكرها المصنِّف للتطابق مع لفظه ما استطعت إلى ذلك سبيلاً.

والطَّريقة الَّتِي اتَّبعتها في التَّخريج كالآتي:

أ - كل حديث ورد في الكتاب خرجته من مصادره، وأثبت ذلك بذكر الجزء والصفحة ورقم الحديث واسم الرَّاوي.

ب - عند تخريج أي حديث أشرت إلى كونه مرفوعاً أو موقوفاً، وذكرت مَنْ خرَّجه باللفظ أو بالمعنى بعبارات تدل على ذلك مثل: خرجه بلفظه أو بمعناه أو بنحوه، وإذا سكنت ولم أشر إلى هذه الألفاظ مطلقاً، فإنه يدل على أن الحديث مطابق لما ذكره المصنّف.

ج - كل حديث مُخرَّج في صحيح البخاري وصحيح مسلم، وموطأ مالك موصولاً، أكتفي بذكره دون التنبيه على صحته، إذ تخريجُه من هذه الكتب يقتضي الصِّحة على ما اتفقت عليه الأمة.

د - كُلُّ حديث أُخرَّجه من غير الكتب الثلاثة المذكورة سابقاً، أجدني ملزماً ببيان درجته من حيث الصحة والحسن والضعف، وأبذل في ذلك ما توفر لي غير مقل في الجهد والبحث، وكان اعتمادي في ذلك كله على (التلخيص الحبير) للحافظ ابن حجر، وكتب شروح الحديث وبخاصة شرح البخاري المسمى (فتح الباري) للحافظ ابن حجر، ومجمع الزوائد للهيتمي، وكُتِبَ علل الحديث والجرح والتعديل، وكتب الموضوعات، وغير ذلك ممَّا هو مُدرَج في قائمة المصادر والمراجع.

6 - ترجمت للأعلام المذكورين في الكتاب عند ورود العَلَمِ لأوَّل مرة، ولم

أقتصر في ذلك على المغمورين منهم؛ بل عرفت بالجميع سوى الأنبياء لشهرتهم، وركزت في التَّرجمة على ذكر اسم صاحب الترجمة، والتعريض على مؤلفاته، ومَنْ أَخَذَ عنه ومَنْ عنهم أَخَذَ، والوقوف على تاريخ وفاته إن وُجِدَ، وأجّل ذلك على بعض المصادر التي رَجَعْتُ إليها. والجدير بالذكر أن بعض ما يُذَكَّر من سِير الأعلام قد يجهلها أحيانا الخاص والعام، فمن المفيد ذِكْر ذلك باختصار من غير توسُّع يثقل هوامش الكتاب.

7 - وضعت الكتب الواردة في المتن بين قوسين، وعَرَفْتُ بهم، وإن كان ذِكْرُه وتصريحه بأسماء الكتب؛ كان قليلا.

8 - وضعت اسم البقاع والبلدان بين قوسين وضبطتها بالشكل، ولم أُعَرِّف بها لشهرتها؛ لا سيما ما اشتهر منها في وقتنا الحاضر.

9 - شرحتُ الألفاظ الغريبة والغامضة، واعتمدت في ذلك على بعض كتب اللغة والمعاجم؛ مكتفيا بذكر اسم المادة فقط دون الإشارة إلى الجزء والصفحة، كما أنني أستعين أحيانا في شرح بعض الألفاظ بكتب شروح الحديث؛ وبخاصة إذا كان اللفظ مدرجا في حديث نبويّ، مشيرا في ذلك للجزء والصفحة.

10 - عَزَوْتُ أغلب الآراء الفقهية والآثار إلى قائلها، ورجَّعْتُها في الغالب إلى مصادرها، وبذلت في ذلك جهدا كبيرا، ونبهت على بعض الأقوال التي لا تمثل المذاهب الفقهية التي عزاها إليها.

11 - وضحت وعلَّقت على بعض المسائل التي لا يسها بعض الغموض، وأكدت في الهامش بذكر بعض الأدلة التي أشار إليها دون أن يذكرها، كقوله للدليل أو للنهي... إلخ.

12 - وضعت القواعد الفقهية والمباحث الأصولية الواردة في الكتاب بين شولتين (()) لتمييزها، وقد جمعتها ووضعت لها فهرس خاصة بها، كل منها منفصلة عن الأخرى، ليسهل الرجوع إليها، ويتيسر جمعها لمن أراد أن يجمعها مستقلة للدراسة والبحث.

13 - عملت فهرس شاملة، للآيات القرآنية، والسُّنة النبويّة، ووضعت فهرسا للقواعد الأصولية والفقهية، وفهرسا للأعلام، والأماكن والبلدان، وفهرسا للكتب الواردة في المتن وإن كانت قليلة، ثم جمعت بعض الألفاظ اللُّغوية التي عَرَفْتُها في الهامش، وحصرتها - أيضا - في فهرس، وأثبتها كما ذكرها المؤلف مع ذكر أصل الكلمة، كما وضعت فهرسا للمصطلحات الفقهية المعروفة في البحث، وأثبتها - أيضا - كما ذكرها المؤلف مع ذكر أصل المصطلح، وأضفت قائمة خاصة بالمصادر

والمراجع التي استعنت بها ورجعت إليها، وأخيرا وضعت فهرسا للموضوعات والمحتويات الواردة في الكتاب.

وبهذا القدر من الكتاب أحمده الله تعالى أن ألهمني العمل عليه، ووفقني للبدء فيه، وأمهلني وأعانني على إتمامه، وأسأل الله أن يدخلني في زمرة من انتفع بما كتبه، وأن ينفع به من طلبه، وأن يؤجر من حضّ عليه وعلمّه، أو طالعه أو نظر فيه أو صوّبه، فإن ظهر فيه غلط أو وهم أو تقصير أو غفلة أو جهل أو عي؛ فلا غرابة، فهو مني ومن الشيطان، وإن ظهر حقّ وفضل فمن الله، والمَنْ له بدءا وعودا.

فأرجو لمن بادر إلى إصلاح خطئه الخير والثواب من الله، وهو الموفق والمعين، والذي لا يُضيع أجر المحسنين، والصلاة والسلام على من بعثه الله معلّما ورحمة للعالمين، وعلى آله وصحابه الغر الميامين، وعلى من تبعهم على الهدى والعلم إلى يوم الدين.

ثانياً . القسم المَحَقَّق

كتاب البيوع

[تعريف البيع]:

حقيقة البيع: انتقال مِلْكٍ إلى مِلْكٍ بعَوَضٍ، قولنا: بعوض تحرُّراً من الميراث ونحوه، وهل يدخل في ذلك البيع الفاسد أَوْ لَا؟ قولان، فإن قلنا: إنَّه ينتقل الملك دخل فيه، وإلَّا فلا، وفائدته إن انتقل كان من ضمان المشتري، وإلَّا فهو من ضمان البائع.

[المبيع من حيث الرِّبَا وعدمه نوعان]

والمبيع ضربان: ربوي، وغير ربوي.

[المبيع غير الربوي]:

فغير الربوي: إمَّا من جنس أو من جنسين، فإن كان من جنسين جاز مطلقاً (1)، وإن كان من جنس؛ فإن كان يدا بيد جاز مطلقاً (2)، وإن كان إلى أجل؛ فإن كان متفاضلاً لم بجز خلافاً للشافعي (3) وأبي حنيفة (4)، فإذا باع رطلاً من نحاس برطلين أو عكسه، فنحن ننظر إلى المعنى وإلى ما يخرج من يده وما يرجع إليها، فنحكم لذلك بِحُكْمِ السَّلَفِ، فَيَدْخُلُهُ - في القليل بالكثير - ((سَلَفٌ جَرَّ نَفْعاً (5))) وفي العكس ((ضَمَانٌ بِجُعْلٍ)) لأنَّه أسْلَفَه على أن يكون في ضمانه وزاده على ذلك، ولو كان ذلك بلفظ السلف لم يجز اتفاقاً، والمخالف ينظر إلى اللفظ لا إلى المعنى.

(1) المفاضلة والمماثلة والتأجيل.

(2) متفاضلاً ومتماثلاً.

(3) ينظر الأم: 37/3، والمجموع شرح المذهب: 399/9، 400.

والشافعي هو محمد بن إدريس بن العباس المطلبی، أبو عبد الله الإمام، أخذ عن الإمام مالك وعنه أحمد بن حنبل، توفي سنة 204 هـ. ينظر التقييد: 42/1 وتهذيب الكمال: 361/24.

(4) عند أبي حنيفة إذا عُذِمَ الجنس والوزن حلَّ التفاضل والنساء، وإذا وُجِدَا مَنَعَ التفاضل والنساء، وإن وُجِدَا أحدهما وعُذِمَ الآخر - وهو الجزء المتعلق بمسألتنا التي أشار إليها الشارمساحي - مُنِعَتِ النسيئة وحلَّ التفاضل، وهو مخالف لما نسبته الشارمساحي لأبي حنيفة. ينظر الباب في شرح الكتاب: 205/1، وكتاب الاختيار لتعليل المختار: 36/2، والقوانين الفقهية: 169.

أبو حنيفة، هو النُّعْمَانُ بْنُ ثَابِتٍ، الإمام فقيه العراق، أحد أئمة المذاهب الأربعة، تَفَقَّهَ عنه عدد كبير، أشهرهم أبو يوسف وغيره، قال الشافعي: الناس في الفقه عِيَالٌ على أبي حنيفة، توفي سنة 150 هـ. ينظر طبقات الفقهاء: 86 وتذكرة الحفاظ لابن القيسراني: 168/1.

(5) في النسخة (و) منفعا.

وأما مع التماثل فلا يجوز عندنا نظرا إلى لفظ البيع، لأنه انتفع بكونه في ضمانه إلى أجل، ومن شرط صحة السلف أن لا ينتفع المقرض بشيء، وعن ابن عمر (1) - رضي الله عنه - ((بَيْعُكَ الشَّيْءَ بِمِثْلِهِ كَقَرْضِكَ الشَّيْءِ فِي مِثْلِهِ، فَإِنْ أَرَدْتَ بِذَلِكَ وَجْهَ اللَّهِ فَلَكَ وَجْهَ اللَّهِ، وَإِنْ أَرَدْتَ بِهِ وَجْهَ صَاحِبِكَ فَلَكَ وَجْهَ صَاحِبِكَ، وَإِلَّا فَذَلِكَ الرَّبَّاءُ، فَذَلِكَ الرَّبَّاءُ)) (2) ولو كان بلفظ السلف جاز.

[المبيع الربوي]:

والرَّبَوِي: مطعومٌ وغيره (3)، إِمَّا مِنْ جِنْسٍ وَإِمَّا مِنْ جِنْسَيْنِ، فَإِنْ كَانَ مِنْ جِنْسٍ فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ مِمَّا يَجُوزُ فِيهِ التَّفَاضُلُ أَوَّلًا، فَإِنْ لَمْ يَجْزِ فِيهِ التَّفَاضُلُ فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ إِلَّا بِشَرْطَيْنِ: التَّمَاثُلُ وَالتَّقَابُضُ، وَإِنْ جَازَ فِيهِ التَّفَاضُلُ فَيَجُوزُ بِشَرْطِ التَّقَابُضِ، وَإِنْ كَانَ مِنْ جِنْسَيْنِ فَيَجُوزُ بِشَرْطِ التَّقَابُضِ.

وإن لم يكن مطعوماً؛ فهو العين، فإمّا أن يكون من جنس أو من جنسين، فإن كان من جنس فيجوز بشرطين التقابض والتماثل، ومن جنسين بشرط التقابض.

[الطعام الربوي وغير الربوي]

فتحدّث المؤلّف أولاً في المطعومات، وهي ضربان: ربوي وغير ربوي.

[الطعام غير الربوي]:

فغير الربوي يشترط فيه في البيع المناجزة للحديث ((لاتبيعوا الطعام بالطعام إلا يدا بيد)) (4).

[الطعام الربوي واختلاف العلماء في علّة التحريم]:

والرَّبَوِيّ يشترط فيه المناجزة والمماثلة بالكيل في المكيل والوزن في الموزون، وذلك للنهي عن ((بيع البرّ بالبرّ، والشّعير بالشّعير، والتّمّر بالتّمّر، والملح بالملح)) (5)، فهذه الأربعة الأصول في المطعومات التي ورد النهي عليها، واختلف

(1) عبدالله بن عمر بن الخطاب، أبو عبد الرحمن، أسلم مع أبيه قبل أن يبلغ، وهاجر معه إلى المدينة، كان من أهل العلم بالكتاب والسنة وشديد الاتباع لها، توفي سنة 74 هـ. ينظر الطبقات الكبرى: 142/4، 188، ورياض النفوس: 61/1.

(2) أخرج مالك في الموطأ: 681/2، حديث رقم 92 نحوه عن ابن عمر من غير عبارة ((بَيْعُكَ الشَّيْءَ بِمِثْلِهِ؛ كَقَرْضِكَ الشَّيْءِ فِي مِثْلِهِ)).

(3) مما ليس فيه علّة المطعومية المعلومة في الربّاء، كما سيأتي بيانه.

(4) أخرج ابن عبد البر في التمهيد: 76/4 نحوه من حديث عبادة بن الصامت مرفوعاً بلفظ ((البر بالبر مثلاً بمثل يدا بيد))، وأخرج البخاري معنى الحديث: 73/3 حديث رقم 2170 عن عمر مرفوعاً بلفظ ((البرّ بالبرّ ربّاً إلا هاء وهاء)) ومعناه الطعام بالطعام يدا بيد، ينظر شرح صحيح البخاري لابن بطال: 298/6.

(5) أخرجه مسلم: 1210/3 حديث رقم 1587 من حديث عبادة بن الصامت مرفوعاً.

العلماء؛ هل هو غير مُعَلَّل فلا يقاس عليها، وهذا قول أهل الظَّاهر، أو هو مُعَلَّل وهو قول الجمهور؟.

واختلفوا في تعيين العِلَّة، فهي عند أَبِي حَنِيفَةَ الوزنُ والجنس الواحد، فمنع التفاضل في بيع الجنس بالجنس، وعند الشَّافِعِيِّ المطعم في الجنس الواحد، فمنع التَّفاضل في الخضر والفواكه، وعند عَبْدِ الْعَزِيزِ [ابن] (1) الْمَاجِشُون (2) بالمالية والجنس، فيمتنع على هذا في كل ما يُتَمَوَّل، وعند مَالِك (3) الاقتيات والادِّخار، ونقضوا بالبييض (4) قلنا: قد يُدَّخَر في الشتاء، وبالمُحْضَر: هو مُصْلَحٌ لِلْقُوَّةِ وَمُقَوِّمٌ لَهُ، وبِاللَّبَنِ قلنا: يُدَّخَر على صفة كالجبين، وبالْعَنْبِ لَا يُزَبَّب، وبِالنَّمْرِ والتَّيْنِ لَا يَبِيس؛ قلنا: جنسه يبيس.

[إِلْحَاقُ بَعْضِ الطَّعَامِ بِبَعْضِ لَاشْتِرَاكِهِمَا فِي الْعِلَّة]:

وَأُلْحِقَ بِالْقَمْحِ وَالشَّعِيرِ مَا يَمَاتِلُهُمَا فِي الْعِلَّة، وَهِيَ الْأَقْتِيَّاتُ وَالْإِدْخَارُ؛ وَذَلِكَ السُّلْتُ، وَبِالنَّمْرِ مَا فِي مَعْنَاهُ مِنَ التَّيْنِ وَالزَّبِيبِ، وَبِالْمُحْضَرِ مَا فِي مَعْنَاهُ مِنَ الْإِصْلَاحِ كَسَائِرِ التَّوَابِلِ، مِثْلَ الْفَلِّ وَالْكُرْبُرَةِ (5)، كَمَا أُلْحِقَ بِالْوَرَقِ (6) وَالذَّهَبِ مَا فِي مَعْنَاهُمَا مِمَّا اتَّخَذَ ثَمَنًا؛ كَالْفُلُوسِ وَدِرَاهِمِ السُّودَانِ، فَلَا يَجُوزُ بَيْعُ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ بِجَنَسِهِ إِلَّا بِالشَّرْطَيْنِ (7).

[إِتِّحَادُ بَعْضِ الْأَنْوَاعِ الْمَخْتَلَفَةِ وَاعْتِبَارُهَا جِنْسًا وَاحِدًا]:

قوله: (مِنْ الْمَأْكُولَاتِ الْمُقْتَاتَةِ) (8) لَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ الْإِدْخَارِ، وَيزَادُ فِي الرِّكَاعَةِ مِمَّا

(1) فِي النَّسَخَتَيْنِ: وَابْنُ. وَالصَّوَابُ (ابْنُ الْمَاجِشُونِ) مِنْ غَيْرِ زِيَادَةِ الْوَاوِ، حَيْثُ نُسِبَ هَذَا الْقَوْلُ الَّذِي ذَكَرَهُ الْمُصَنِّفُ لِعَبْدِ الْعَزِيزِ بْنِ الْمَاجِشُونِ - وَهُوَ مِنْ طَبَقَةِ الْإِمَامِ مَالِكٍ وَسَنَاتِي تَرْجَمْتُهُ - فِي أَكْثَرِ مِنْ مَوْضِعٍ، يَنْظُرُ بِدَايَةِ الْمَجْتَهِدِ: 131/2 وَمَوَاهِبُ الْجَلِيلِ: 346/4.

(2) عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي سَلَمَةَ الْمَاجِشُونِ وَيُكْنَى أَبُو عَبْدِ اللَّهِ، وَكَانَ ثِقَةً كَثِيرَ الْحَدِيثِ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ أَرَوَى عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ، وَكَانَ قَدْ قَدَّمَ بِغَدَادٍ فَأَقَامَ بِهَا إِلَى أَنْ تُوفِّيَ فِي خِلَافَةِ الْمُهَدِيِّ، فَحَضَرَهُ الْمُهَدِيُّ وَصَلَّى عَلَيْهِ، وَدَفَنَهُ فِي مَقَابِرِ قَرِيْشٍ، سَنَةَ 160 أَوْ 164 هـ. يَنْظُرُ الطَّبَقَاتُ الْكُبْرَى: 323/7، وَطَبَقَاتُ الْفُقَهَاءِ: 67.

(3) مَالِكُ بْنُ أَنَسٍ بْنُ أَبِي عَامِرٍ الْمَدَنِيُّ الْفَقِيه، إِمَامُ دَارِ الْهَجْرَةِ وَسَيِّدُهَا فِي وَقْتِهِ، قَدْ فَتَنَ فِي بَيْعَةِ جَعْفَرِ بْنِ سُلَيْمَانَ، وَلَمْ يَزَلْ فِي سَمُو وَرَفْعَةٍ، لَهُ كِتَابُ الْمَوْطَأِ، تُوْفِيَ سَنَةَ 179 هـ. يَنْظُرُ الْفَهْرَسْتُ: 247، وَتَرْتِيبُ الْمَدَارِكِ: 102/1، 229.

(4) نَقَضَ الْمَخَالِفُونَ بِندرة ادِّخَارِ الْبَيْضِ.

(5) فِي النَّسَخَةِ (غ) الْقَصْبُورَةُ. وَالْكُرْبُرَةُ: بَضْمُ الْبَاءِ وَفَتْحُهَا مِنَ الْأَبَازِيرِ وَهِيَ التَّوَابِلُ، وَقَالَ الْجَوْهَرِيُّ وَأُظْهِرَ مَعْرَبًا. يَنْظُرُ لِسَانُ الْعَرَبِ: مَادَةُ كَزْبَرٍ، وَيَنْظُرُ مَوَاهِبُ الْجَلِيلِ: 354/4.

(6) يَجُوزُ فِيهَا الْوَرَقُ وَالْوَرَقُ وَالْوَرَقُ، وَهِيَ الدَّرَاهِمُ الْمَضْرُوبَةُ مِنَ الْفِضَّةِ. يَنْظُرُ لِسَانُ الْعَرَبِ: مَادَةُ وَرَقٍ.

(7) الْمَنَاجِزَةُ وَالْمَمَاتِلَةُ كَمَا أَشَارَ إِلَيْهِمَا أَنفَا.

(8) ((وَلَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ مِنَ الْمَأْكُولَاتِ الْمُقْتَاتَةِ)). التَّفْرِيعُ: 125/2.

يُقَاتَت وَيُدَّخَرُ لِلْعَيْشِ غَالِبًا، وَمِنْ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ مَا يُضَافُ بَعْضُهَا إِلَى بَعْضٍ، فَيَصِيرُ ذَلِكَ فِي الْحُكْمِ نَوْعًا وَاحِدًا؛ وَإِنْ كَانَ أَنْوَاعًا مُتَعَدِّدَةً فِي الْخِلْقَةِ وَالنَّبَاتِ وَبَعْضِ الْمَنَافِعِ، فَالْبُرُّ وَالشَّعِيرُ وَالسُّلْتُ صِنْفٌ؛ وَإِنْ كَانَ بَعْضُهَا أَكْثَرَ تَغْذِيَةً وَثَمَنًا، لَكِنَّا بِالنَّظَرِ إِلَى الْقُوَّةِ يَغْنِي بَعْضُهَا عَنْ بَعْضٍ، وَلَا سِيَّمَا فِي زَمَنِ الشَّدَّةِ، وَإِنَّمَا يَتَفَاضَلُ فِي الرِّخَاءِ، وَلَمْ يَلْتَفِتِ الشَّرْعُ إِلَى الرِّفَافِيَّةِ وَالتَّنَعُّمِ، لِأَنَّ ذَلِكَ زَائِدٌ عَلَى مَا يُحْتَاجُ، وَكَذَلِكَ هَذِهِ الثَّلَاثَةُ صِنْفٌ وَاحِدٌ فِي الزَّكَاةِ؛ يُضَمُّ بَعْضُهَا إِلَى بَعْضٍ، وَكَانَ ذَلِكَ أَحْوَطَ لِحَقِّ اللَّهِ - تَعَالَى - وَنَظَرًا إِلَى الْفُقَرَاءِ، وَاحْتِيَاطًا لِنَفْيِ الرَّبَا أَيْضًا، وَزَادَ أَشْهَبُ (1) فِيهَا الْعَلْسَ (2) فِي الزَّكَاةِ، فَجَعَلَهُ مَعَهَا صِنْفًا، وَعَلَى قَوْلِ غَيْرِهِ هُوَ مِنَ الْقَطَانِي (3).

وهي عند الشَّافِعِيِّ أَصْنَافٌ مُخْتَلِفَةٌ فِي الْبَيْعِ وَالزَّكَاةِ؛ بِدَلِيلِ انْفِرَادِ كُلِّ وَاحِدٍ بِاسْمِهِ، وَكَذَلِكَ الذَّهَبُ وَالْفِضَّةُ عِنْدَهُ جَنَسَانِ فِي الْبَيْعِ وَالزَّكَاةِ، وَنَحْنُ نَعْتَبِرُ فِي الْجَنَسِ أَنْ يَتَّحِدَ مَقْصُودُهُ وَمَنْفَعَتُهُ، فَالشَّعِيرُ مِنَ الْبُرِّ بِمَنْزِلَةِ قَمْحٍ رَدِيءٍ، وَكَذَلِكَ السُّلْتُ. وَكَذَلِكَ اللَّحُومُ - عِنْدَ الشَّافِعِيِّ - وَالْأَلْبَانُ أَصْنَافٌ؛ لَتَمْيِيزِهَا (4) بِلَحْمِ كَذَا وَلَحْمِ كَذَا، وَلَبَنِ غَنَمٍ وَلَبَنِ بَقَرٍ.

[القطاني السَّبْعُ والاختلاف في كونها صِنْفًا واحدًا]:

وَالْقَطْنِيَّةُ اسْمٌ خَاصٌّ لِبَعْضِ الْحَبُوبِ، وَفِيهَا فِي الزَّكَاةِ قَوْلَانِ، أَشْهَرُهُمَا أَنَّهَا صِنْفٌ، وَفِيهَا فِي الْبَيْعِ قَوْلَانِ، الْمَذْهَبُ أَنَّهَا أَصْنَافٌ، وَإِفْرَادُ الْجَمِّصِ وَاللُّوْبِيَا عَنِ الْقَطَانِي وَهُمَا مِنْهَا (5) لَكِنْ لَانْفِرَادَهُمَا بِمَنْفَعَةٍ زَائِدَةٍ، وَكَذَلِكَ الْجُلْبَانُ وَالْبَسِيْلَةُ، وَهِيَ نَوْعٌ مِنْهُ، وَكِلَاهُمَا مِنَ الْقَطَانِي؛ إِلَّا أَنَّهُمَا يَنْفَرِدَانِ بِمَنْفَعَةٍ، وَيُظْهَرُ مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى لِمَا قُلْنَا: إِنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَا بَدَّ لِلنَّاسِ مِنْهَا، لِأَنَّ الْمَعَاشَ وَبَقَاءَ الْمَرْوَةِ بِهَا، كَمَا أَنَّ الْعَيْنَ قِيَمَ أَمْوَالِهِمْ، وَقَدْ أَبِيحَ لِلرَّجُلِ أَنْ يِقَاتِلَ دُونَ مَالِهِ وَعَلَى مَا يَمْسُكُ حَيَاتِهِ، وَالشَّارِعُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - نَظَرَ لِلْجَمِيعِ مِنْ أُمَّتِهِ بِالصَّلَاحَةِ الْعَامَةِ، فَمَنَعَ التَّفَاضُلَ فِي بَيْعِ ذَلِكَ تَضْيِيقًا لِبَابِ الْبَيْعِ حَتَّى تَبْقَى عَلَى مِلْكِ النَّاسِ، وَلئِذَا يَغْلِبُ الْأَغْنِيَاءُ الْفُقَرَاءَ عَلَى مِلْكِهَا.

(1) أَشْهَبُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ الْقَيْسِيُّ الْمَصْرِيُّ، أَبُو عَمْرٍ، شَيْخُ فُقَيْهِهِ تَبَيَّنَ عَالِمٌ، جَمَعَ بَيْنَ الْوَرَعِ وَالصَّدَقِ، انْتَهَتْ إِلَيْهِ رِئَاسَةُ مِصْرَ بَعْدَ مَوْتِ ابْنِ الْقَاسِمِ، أَخَذَ عَنِ الْإِمَامِ مَالِكٍ وَتَفَقَّهَ عَلَيْهِ، تَوَفَّى سَنَةَ 204 هـ يَنْظُرُ سِيرَ أَعْلَامِ النَّبَلَاءِ: 500/9 وَشَجَرَةُ النُّورِ: 58/1.

(2) الْعَلْسُ: نَوْعٌ مِنَ الْحِنْطَةِ تَكُونُ حَبَّتَانِ فِي قَشَرٍ، وَهُوَ طَعَامُ أَهْلِ صَنْعَاءَ. يَنْظُرُ لِسَانَ الْعَرَبِ مَادَّةَ: عِلْسٍ.

(3) الْقَطَانِي: وَاحِدُهَا الْقَطْنِيَّةُ بِتَخْفِيفِ الْيَاءِ وَشَدِّهَا، وَهِيَ الْقَطَانِي السَّبْعُ أَوْ الْحَبُوبُ الَّتِي تَخْرُجُ مِنَ الْأَرْضِ وَتُدَّخَرُ وَهِيَ: الْجَمِّصُ وَالْعَدَسُ وَالْفُولُ وَالْبَسِيْلَةُ وَالتَّرْمُسُ وَاللُّوْبِيَا وَالْجُلْبَانُ. يَنْظُرُ لِسَانَ الْعَرَبِ: مَادَّةُ قَطْنٍ، وَيَنْظُرُ بَلَاغَةُ السَّالِكِ لِأَقْرَبِ الْمَسَالِكِ: 74/3.

(4) فِي النُّسخَةِ (و) لَتَمْيِيزِ.

(5) فِي النُّسخَةِ (و) مِنْهُمَا.

قوله: (وَالْقِسْمَشُ) (1) ضَرْبٌ مِنَ الزَّيْبِيبِ صَغِيرٍ الْحَبِّ جَدًّا، وَقِيلَ: إِنَّهُ ثَمَرٌ مَا يَنْبِتُ مِنَ النَّوَى، كَالَّذِي يَرْمِي بِهِ الطَّيْرُ مَعَ سُلْحَةٍ (2)، بِخِلَافِ الَّذِي يَنْبِتُ مِنْ زَرْعِ أَصْلِ الشَّجَرِ.

وَإِذَا صُيِّرَ مَا كَانَ مِنَ الْحَبُوبِ صِنْفًا وَاحِدًا خُبْرًا؛ لَمْ يَجْزِ - أَيْضًا - بَيْعُ ذَلِكَ الْخَبْزِ بَعْضُهُ بِبَعْضٍ إِلَّا بِالشَّرْطَيْنِ (3)، وَالْمُرَاعَى فِي تَمَاطُلِهِ مَا دَخَلَ مِنَ الدَّقِيقِ فِي ذَلِكَ الْخَبْزِ لَا يَرْجِعُ فِي ذَلِكَ إِلَى الْوِزْنِ (4)، لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ أَحَدُ الْخَبْزَيْنِ أَكْثَرَ نَضْجًا، وَأَمَّا إِنْ كَانَ الْخَبْزُ مِنْ صِنْفَيْنِ؛ فَيَجُوزُ فِيهِ التَّفَاضُلُ كَمَا يَجُوزُ فِي أَصْلِهِ.

قوله: (وَالْجَرَادُ صِنْفٌ رَابِعٌ) (5) لِأَنَّهُ يُقْتَاتُ (6) وَيُدَّخَرُ فِي بَعْضِ الْمَوَاضِعِ، وَقِيلَ: لَيْسَ بِرَبْوِيٍّ، لِأَنَّ اقْتِيَاتَهُ نَادِرٌ بِخِلَافِ اللَّحُومِ تُدَّخَرُ قَدِيدًا، وَكَذَلِكَ اللَّبَنُ يُدَّخَرُ سَمْنًا وَزُبْدًا وَجُبْنًا.

[بَيْعُ الرُّطْبِ بِالْيَابِسِ:]

وقوله: (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ تَمَرٍ بِرُطْبٍ) (7) هَذَا بَيْعُ الْمِزَابَةِ، وَهُوَ بَيْعٌ مَعْلُومٌ بِمَجْهُولٍ مِنْ جِنْسِهِ، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ النَّهْيُ عَنْ بَيْعِ التَّمَرِ بِالرُّطْبِ، وَقَدْ أَوْمَأَ صُلَى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى الْعِلَّةِ فَقَالَ: ((أَيَنْقُصُ (8) الرُّطْبُ إِذَا يَبِسَ فَقَالُوا: نَعَمْ، قَالَ: فَلَا إِذَا)) (9) فَرَتَّبَ الْمَنْعَ بِالْفَاءِ عَلَى النِّقْصِ، فَقَسْنَا عَلَيْهِ كُلَّ مَا كَانَ فِي مَعْنَاهُ مِنَ اللَّبَنِ بِالزُّبْدِ، وَاللَّحْمِ بِالْقَدِيدِ وَنَحْوِ ذَلِكَ.

وَأَجَازَهُ أَبُو حَنِيفَةَ لِلتَّمَاتُلِ الَّذِي فِيهِ فِي الْحَالِ، وَمَنْعَ التَّعْلِيلِ بِالنِّقْصِ، لِأَنَّ الْعِلَّةَ لَا

(1) ((وَالزَّيْبِيبُ أَحْمَرُهُ وَأَسْوَدُهُ، وَالْقِسْمَشُ صِنْفٌ وَاحِدٌ)). التَّفْرِيعُ: 126/2. وَكَذَا ضُبِطَ لَفْظُهُ فِي مَوَاهِبِ الْجَلِيلِ: 348/4؛ قَالَ الْجَزُولِيُّ: ((الْقِسْمَشُ زَيْبِيبٌ صَغِيرٌ لَا عَظَمَ لَهُ)).

(2) هَكَذَا وَرَدَتْ فِي النُّسخَتَيْنِ. وَلَعَلَّ الْمَعْنَى الْمُرَادُ: الطَّيْرُ مَعَ قَرْخِهِ، فَالْسُّلْحَةُ: فَرْخُ طَائِرِ الْحَجَلِ، أَوْ رُبَّمَا يَكُونُ الْمُرَادُ بِهِ: مَا يَرْمِيهِ الطَّيْرُ مَعَ سُلْحِهِ أَيْ مَعَ مَا يَخْرُجُ مِنْ بَطْنِهِ. يَنْظُرُ لِسَانَ الْعَرَبِ مَادَّةَ سُلْحٍ.

(3) الْمَنَاجِزَةُ وَالْمِمَاتِلَةُ كَمَا مَرَّ.

(4) تَكُونُ الْمِمَاتِلَةُ بِتَحْرِيقِ قَدْرِ الدَّقِيقِ الَّذِي صُنِعَ مِنْهُ الْخَبْزُ.

(5) رَابِعُ الْأَصْنَافِ بَعْدَ أَنْ ذَكَرَ لَحُومَ الْأَنْعَامِ وَالْوَحْشِ، وَلَحُومَ الطَّيْرِ بِأَنْوَاعِهِ، وَالسَّمَكِ بِأَنْوَاعِهِ. فَاعْتَبَرَ الْجَرَادَ - وَهُوَ الرَّابِعُ - صِنْفًا وَاحِدًا مَعَ أَنْوَاعِهِ. يَنْظُرُ التَّفْرِيعُ: 126/2.

(6) فِي نَسْخَةِ (غ) لَا يَقْتَاتُ. وَالصَّحِيحُ مَا أُثْبِتَ بِدَلِيلٍ قَوْلُهُ بَعْدَهُ: (وَقِيلَ: لَيْسَ بِرَبْوِيٍّ؛ لِأَنَّ اقْتِيَاتَهُ نَادِرٌ) فَقَدَّمَ الْقَوْلَ بِرَبْوِيَّتِهِ لِثَبُوتِ الْاِقْتِيَاتِ؛ وَلَوْ كَانَ نَادِرًا عَلَى الْقَوْلِ الثَّانِي.

(7) ((مِثْمَالًا وَلَا مِثْمَالًا)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 127/2.

(8) فِي النُّسخَةِ (و) أَيْنَقُصْ وَهُوَ مُخَالَفٌ لِمَا فِي كُتُبِ السَّنَنِ.

(9) أَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ فِي الْمُسْتَدْرَكِ: 44/2 حَدِيثَ رَقْمِ 2264 بِلَفْظِ (جَفَّ) بَدَلَ (يَبِسَ) وَمَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ: 624/2 حَدِيثَ رَقْمِ 22 نَحْوَهُ، كِلَاهُمَا مِنْ حَدِيثِ سَعْدِ بْنِ أَبِي وَقَاصٍ مَرْفُوعًا.

تتأخّر عن المعلول ، قال: وإئماً معناه فلا تبيعه إذا نقص بما يماثله الآن من التمر ، قلنا: العلة قد تكون غائبة فنتقدم تصوّراً وتتأخّر وجوداً ، فالرطب لا يكمل بعد، لأنّه ينقصه صفة يكون بها تمراً فلم يوجد التماثل ، ونظيره تحريم الخمر لإسكارها، والعلة متأخّرة عن الشرب، وإئماً تُوجد في الشارب، وهو يمنع التعليل بمثل ذلك ، ويجعل تحريم الخمر تعبّداً (1) ، وكذلك اللحم بالقديد؛ وتماثلهما الآن لا يعتبر.

وكذلك قال المؤلّف (2): لا متماثلاً (3)، يعني هذا التماثل (4)، وإلّا فتماثلهما لا يتوصّل إليه ، ولذلك مُنع في أحد القولين بيع اللحم باللحم والرطب بالرطب متماثلاً، لأنهما إذا جفاً لا يُعلم هل يتماثلان أو لا؟ ولا يجوز هذا على وجه المعروف، لأنّ كلّ واحد منهما مقصودٌ، وفيه منفعةٌ ليست في الآخر مقصودة ، وإئماً يجوز على المعروف ما يتبيّن (5) الغبن فيه في أحد الطرفين، كتمر عالٍ بتمر دُونٍ. ومالح الحيتان بجفوفه كالتمر، وطريه كالرطب (6).

[من بيع الطريّ باليابس بيع الزبد بالسمن]:

قوله: (زُبْدٍ بِسَمْنٍ) (7) لأنّ السمن زُبْد مطبوخ، فهو كالتمر مع الرطب.

[بيع اللبن بالسمن]:

قوله: (لَبَنٍ بِسَمْنٍ) (8) لأنّ اللبن فيه السمن، ففيه بيع سمن بسمن متفاضلاً.

[بيع الزبد بالجبن]:

قوله: (زُبْدٍ بِجُبْنٍ) (9) لأنّ في الجبن زُبداً قد جَفَّ.

[بيع لبن الإبل متفاضلاً بالزبد]:

قوله: (لَا زُبْدَ فِيهِ) (10) أي مُعْتَدّاً (1) به ، ومثله جُبْن المخيض، وهو الأَفْط (2)

(1) في الدر المختار ((وحرّم قليلها وكثيرها لعينها أي لذاتها))، قال ابن عابدين: ((أي لا لعة الإسكار)). الدر المختار وحاشية ابن عابدين: 449/6.

(2) يعني ابن الجلاب، ينظر التفریع: 127/2.

(3) في النسخة (و) بمتماثل. أي ((لا يجوز بيع تمر برطب متماثلاً ولا متفاضلاً)). المصدر السابق.

(4) الذي في الحال؛ قبل أن ييبس.

(5) في النسخة (و) تتبين.

(6) تشبيه في المنع.

(7) ((ولا يجوز بيع زُبْد بسمن)). المصدر السابق.

(8) ((ولا لبن بسمن)). المصدر السابق.

(9) ((ولا زُبْد بجبن)). المصدر السابق.

(10) ((ولا بأس بلبن الإبل متفاضلاً بالزبد، لأنّه لا زُبْد فيه)). المصدر السابق.

بالزُبْد، لأنَّ المخيض إخراج زُبْدِه.

[بيع اللحم المطبوخ بالطَّري]:

وإذا طُبِّخَ اللَّحْمُ (3) دخلته صنعةٌ وتوابل، وفارق أصله وصار صنفاً آخر، ولو سُلِقَ بماء قَرَّاح (4) لم ينتقل عن أصله؛ بدليل أنه حينئذٍ مُهَيَّأٌ أَنْ يُعْمَلَ مِنْهُ أَلْوَانٌ عِدَّةٌ كما هو قبل الطبخ، هذا غير ما أراد المؤلف (5).

[بيع الخبز بالدَّقِيق]:

قوله: (وَيَجُوزُ الْخُبْزُ بِالْدَّقِيقِ) (6) لأنَّ الخبزَ صَنَعَةٌ نقله عن أصله، وقد قيل: كذلك في الطَّحِينَ، لأنَّه - أيضاً - صنعةٌ، والمذهب أنَّه لا ينتقل بالطَّحْنِ.

[بيع الحِنطة بالدَّقِيق]:

قوله: (وَعَنْهُ فِي بَيْعِهَا بِهِ مُتَمَاثِلًا رَوَايَتَانِ) (7)، وَجْهُ الْمَنْعِ أَنَّ كَيْلَ الْبُرِّ أَرْجَحُ، لأنَّ الطَّحْنَ يَفْرُقُ أَجْزَاءَهُ، فَإِذَا طُحِّنَ كَيْلُ الْبُرِّ كَانَ أَكْثَرَ مِنْهُ دَقِيقًا، وَوَجْهُ الْجَوَازِ أَنَّ التَّمَاثُلَ قَدْ حَصَلَ بِالْكَيْلِ، كَمَا إِذَا تَمَاثَلَتِ حِنْطَتَانِ بِالْكَيْلِ، وَقَدْ يَكُونُ فِي أَحَدِهِمَا مِنَ الدَّقِيقِ أَكْثَرُ مِنَ الْآخَرِ، بَلْ يَخْتَلِفُ وَزْنُهُمَا كَالْبُرِّ وَالشَّعِيرِ.

وقيل: بالتَّفْصِيلِ بَيْنَ الْوِزْنِ فِيْجُوزِ، وَبَيْنَ الْكَيْلِ فَيَمْتَنِعُ، قَالُوا: وَهَذَا جَمْعٌ بَيْنَ الرَّوَايَتَيْنِ، وَقِيلَ: لَيْسَ ذَلِكَ بِصَحِيحٍ، لِأَنَّ اعْتِبَارَهُ بِالْوِزْنِ غَيْرُ جَائِزٍ، لِأَنَّ الْمَعْتَادَ الشَّرْعِيَّ فِي ذَلِكَ إِنَّمَا هُوَ الْكَيْلُ.

-
- (1) فِي النِّسْخَةِ (و) مُتَعَدِّ.
 - (2) الْأَقْطُ وَالْإَقْطُ وَالْأَقْطُ، وَالْأَقْطُ شَيْءٌ يَتَّخَذُ مِنَ اللَّبَنِ الْمَخِيضِ، يَطْبَخُ ثُمَّ يَتْرَكَ حَتَّى يَمْصُلَ أَيَّ يَتَمَيَّزُ الْمَاءُ عَنِ الْأَقْطِ، وَالْقِطْعَةُ مِنْهُ أَقْطَةٌ، قَالَ ابْنُ الْأَعْرَابِيِّ: هُوَ مِنْ أَلْبَانِ الْإِبِلِ خَاصَّةً. يَنْظُرُ لِسَانُ الْعَرَبِ: مَادَّةُ أَقْطِ.
 - (3) هَذَا مُتَعَلِّقٌ بِقَوْلِ ابْنِ الْجَلَابِ: ((وَلَا بِأَسْ بِاللَّحْمِ الطَّرِيِّ بِالْمَطْبُوخِ مُتَمَاثِلًا وَمُتَفَاضِلًا)). التَّفْرِيعُ: 127/2.
 - (4) الْمَاءُ الْقَرَّاحُ: الَّذِي لَمْ يَخَالِطْهُ شَيْءٌ يُطَيَّبُ بِهِ. لِسَانُ الْعَرَبِ: مَادَّةُ قَرَحَ.
 - (5) فِي كِتَابِهِ التَّفْرِيعُ؛ حَيْثُ لَمْ يَفْرُقْ بَيْنَ اللَّحْمِ الْمَطْبُوخِ بِالتَّوَابِلِ عَنْ غَيْرِهِ الْمَطْبُوخِ بِالْمَاءِ الْقَرَّاحِ، لَكِنَّهُ وَلَوْ لَمْ يَفْرُقْ فَإِنَّ الْجَوَازَ مُتَعَلِّقٌ بِالْمَطْبُوخِ بِالتَّوَابِلِ، دُونَ الْمَطْبُوخِ بِالْمَاءِ الْقَرَّاحِ. يَنْظُرُ التَّفْرِيعُ: 127/2.
 - (6) ((مُتَفَاضِلًا وَمُتَمَاثِلًا)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 128/2.
 - (7) أَيُّ بَيْعِ الْحِنْطَةِ بِالْدَّقِيقِ مُتَمَاثِلًا. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقُ، وَالْكَافِيُّ فِي فَهْمِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ: 651 / 2.

[بيع الدقيق بالعجين]:

وَبَيْعُ الدَّقِيقِ بالعجين ممنوعٌ⁽¹⁾، لأنَّه لم ينتقل بصنعة؛ إِلَّا أن يُعْلَمَ أصلُ العجين من دقيق ولو بالتَّحَرِّي، كما يجوز في اليسير من الرِّبَوِيِّ التَّمَاثُلُ بالتَّحَرِّي، كالرَّغِيفِ بمثله.

[علَّة الرِّبَا في البصل والثُّوم]:

والبصل والثُّوم يُدْخِرَان قوتًا، فهما رِبَوِيَّان.

[بيع الحنطة المبلولة والمقلوة بحنطة غيرها]:

قوله: (لَا تَجُوزُ حِنْطَةٌ مَبْلُولَةٌ بِبَابِيسَةٍ عَلَى حَالٍ)⁽²⁾ لأنَّه لا يعلم ما تصير إليه المبلولة إن ييست ، وكذلك المبلولة بالمبلولة؛ لأنَّه قد يختلف البَلَلُ ، ومن الحَبِّ ما يقبل من الماء مالا يقبله غيره، (والجهل بالتَّمَاثُلِ كتحقيق التفاضل) ، لأنَّ الشَّرْطَ الْعِلْمُ بالتَّمَاثُلِ.

قوله: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْبَلَلُ وَاحِدًا)⁽³⁾ اعتبارا بالتَّمَاثُلِ في الحال، وكذلك يجوز الرُّطْبُ بِالرُّطْبِ واللَّحْمُ بِاللَّحْمِ، وقيل: لا يجوز شيء من ذلك⁽⁴⁾ اعتبارا بالتَّمَاثُلِ في [المال]⁽⁵⁾، وهو مجهول.

وَالْحِنْطَةُ الْمُقْلَوَةُ⁽⁶⁾، قد انتقلت بذلك وصارت شيئاً آخر؛ لا يَنَائِي منه ما كان يُعْمَلُ من أصلها.

[بيع الحيوان بالحيوان وباللحم من جنسه ومن غيره]:

قوله: (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْحَيَوَانِ⁽⁷⁾ بِاللَّحْمِ⁽⁸⁾ مِنْ جِنْسِهِ)⁽⁹⁾ ، يجوز بيع الحيوان

(1) هذا متعلِّق بقول ابن الجلاب: ((ولا يجوز بيع الدقيق بالعجين بحال)). التفريع: 128/2.

(2) المصدر السابق.

(3) وكذلك ((لا يجوز بيع الحنطة المبلولة بعضها ببعض...)) إلخ. التفريع: 128/2.

(4) ذهب إلى عدم الجواز عبدُ الملك بن عبد العزيز بن الماجشون وقال: لايجوز بيع الرُّطْبِ بِالرُّطْبِ بحال. ينظر التفريع: 129/2 والكافي في فقه أهل المدينة: 651/2.

(5) ورد في النسختين لفظ (المال) وهو بعيد عن السياق، وما أثبت يُفيد منع الرُّطْبِ بِالرُّطْبِ واللَّحْمِ بِاللَّحْمِ؛ لعدم تحقُّق المماثلة فيما يؤوَّلُ إليه بعد الجفاف.

(6) هذا متعلِّق بقول ابن الجلاب: ((ولا بأس ببيع الحِنْطَةِ الْمُقْلَوَةِ بِالْحِنْطَةِ النَّيَّةِ. التفريع: 128/2.

(7) في الأصل: (الحيوان المأكول لحمه) التفريع: 129/2. وهو الصواب، لأنَّه لا بأس ببيع الحيوان الذي لا يجوز أكله باللحم كله؛ كيف شئت. ينظر الكافي في فقه أهل المدينة: 651/2.

(8) سقطت من النسخة (غ).

(9) ينظر التفريع: 129/2.

بالحيوان متماثلاً ومتفاضلاً، وأمّا الحيوان باللّحم فرُوي النّهي عنه مطلقاً ، وأخذ الشّافعيّ بعموم ذلك ، فلا يجوز بيع عبْد بلحم، وخصّصه مالكٌ بالحيوان المأكول لحمه بلحم من جنسه، كالأنعام والوحش، لأنّه وإن كان يُراد لغير اللّحم؛ فقد يُراد اللّحم، فيكون في بيع معلوم بمجهول من جنسه.

وخصّصه ابنُ القاسم (1) بالحيوان الذي لا يُرادُ إلّا للّحم (2) كالكسِير والخَصِيّ ، والدجاجة يفسد بيضها فيتحقّق فيه المُرابّة ، وأجاز هذا أشهب (3) اعتباراً بما هو عليه الآن من الحياة، فلم يكن لحماً بلحم ، ومن ذلك طير البحر إذا خرج إلى البرّ فلا يعيش ، فصار لا يُراد إلّا للّحم ، فمنع ابنُ القاسم أن يُباع بلحم طير آخر، لأنّ الطّير كلّهُ بريّهِ وبحريّهِ (4) صنفٌ واحد، فغلب عليه حكمُ اللّحم، وأشهب يُغلّبُ حكمَ الحياة (5).

-
- (1) عبد الرّحمن بن القاسم الغنقي المصري، أبو عبد الله، فقيه حافظ حجة زاهد، أعلم الناس بأقوال مالك، صحبه عشرين سنة، وتفقه به، وعنه أخذ سحنون وابن الفرات وغيرهما، توفي بمصر سنة 191 هـ. ينظر طبقات الفقهاء: 150 وشجرة النور: 58/1.
 - (2) ينظر المدونة: 147/3.
 - (3) في مواهب لجليل: 361/4 ((وروي عن أشهب جواز بيع اللّحم بالحيوان، قال ابن عرّفة: والمعروف عنه كقول مالك)).
 - (4) في النسخة (و) فبحريّهِ.
 - (5) وقت البيع، فلا يُطلق اللّحم على الحيوان حال حياته.

[بيع الجُزَاف]

[بيع الطَّعام جُزَافاً]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ الْجُزَافِ) (1)، في بيع المكيل جُزَافاً قولان ، أحدهما: أنَّه يجوز في القليل لا غير ، والثَّاني: أنَّه يجوز مُطلقاً.

وفي الوزن قولٌ واحدٌ: يجوز مطلقاً ، والفرق أنَّ الوزن قد يتعدَّر لعدم ميزان، والكيل لا يتعدَّر غالباً ولو بالحفنة.

[شروط المبيع جُزَافاً]:

ولا يجوز الجُزَاف إلَّا فيما لا يُقصد آحاده ولا يتعيَّن، كالْبُرِّ والشَّعِير ، وله شرطان لا يصلح إلَّا بهما:

أحدهما: ألا يكون واحدٌ منهما عالماً بكيِّله أو وزنه.

والثَّاني: أن يكون كُلُّ واحد منهما بصيراً بِالْحَزَرِ والتَّقْدِيرِ، وأن يكون في أرض مستوية ، لا في موضع يغيب عن المشتري حَزْرُهُ فيه، كالمَطْمُورَةِ (2) ونحوها ، ولو قال: أبيع منك ملء هذا الكِسَاءِ؛ كذلك لم يجز، لأنَّ ذلك يختلف بحسب الشِّدَّة والرخاوة ، وكذلك ملء هذا الإناء من كذا؛ لا يجوز، ولمغيب ذلك عن عينه فيزداد الجهل ، وقيل: يجوز في الإناء لأنه لا يختلف ملؤها.

[بيع الحيوان والثَّيَاب جُزَافاً]:

وقوله: (وَلَا يُبَاعُ الْحَيَوَانُ وَالثَّيَابُ جُزَافاً) (3) لأنَّه مقصودٌ أحادهما، ممكن أن يتوصل إلى عددهما، فمن عدل في بيع ذلك إلى الجزاف، فالغالب أن ذلك منه لأمر يعلمه في المبيع؛ لو اطلع عليه المشتري لم يرض به ، وكذلك الدَّنَانِير والدَّرَاهِم؛

(1) في الأصل (ببيع الطعام جزافاً). التفريع: 130/2.
(2) المَطْمُورَةُ: حُفْرَةٌ تحت الأرض قد هُبِّي حَفِيّاً يُطْمَرُ أو يُخَبَّأُ فيها الطعام. ينظر لسان العرب: مادة طَمَر.

(3) في الأصل زيادة (ولا شيء له بال جزافاً). التفريع: 130/2.

آحادهما مقصودة.

[بيع البَيْضُ جُزَافاً]:

وأَمَّا البَيْضُ ففي بيعها جُزَافاً قولان، كالرُّمَّان ، لأنَّ الغالب أن يُكْتَفَى بالواحد من ذلك، بل يُشْتَرَى منه في الغالب الجملة، ومع ذلك فأحادهما مقصودة ، فجاز فيها الأمران (1).

[العِلْمُ بالكيل أو القَدْر في الجُزَاف مُسَوِّغٌ للفسخ]:

قوله: (فَهُوَ بِالْخِيَارِ) (2) لأنَّه بمنزلة العيوب ، واعتُرضَ على ذلك بأنَّ هذا لو وقع في أصل العقد لم يجز للغرر ، فإذا ذكره له تبين فساد العقد ، وليس كذلك العيوب (3) ، وجوابه أنه قد يكون الشيء لا يصلح في العقد فإذا اطلع عليه بعد؛ صار كَعَيْبٍ ، مثاله أن يبيع أَمَةً لها غِنَاءٌ، فلو جعل لَغِنَائِهَا جزءاً من الثَّمَنِ لم يجز البيع ، فإن باعها منه ولم يذكر شيئاً، ثم ذكر ذلك بعد البيع فإنه يكون بالخيار.

قوله: (لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ) (4) لأنَّه لَمَّا ذَكَرَ له قبل العقد أَنَّهُ يَعْلَمُ كيله أو وزنه ولم يُعْلِمْه بقدره، كان ذلك أَشَدَّ من الأوَّل (5)؛ فلا يجوز وإن وقع.

[التَّصْدِيقُ في الكيل والقدر وما يترتَّب عليه]:

قوله: (إِنْ كَانَ نَقْدًا) (6)، فإنَّ وجده أقلَّ مما ذكر فالقول قول البائع، لأنَّه قد اتَّمتَّه (7) ، (ولا يمين على الْمُؤْتَمَّنِ) ، ولو قال له: كِلْهُ أنتَ لنفسك لكان البائع قد صدَّقَ المشتري؛ فيكون القولُ قَوْلُهُ في الزِّيَادَةِ والنَّقْصِ.

(1) مدار الخلاف قائم على قصد الأحاد من عدمه مع الغلاء ورخص الثمن لكثرة الغرر وقلته. ينظر مدونة الفقه المالكي وأدلته: 303/3.

(2) إذا اكتشف المشتري بعد البيع أن البائع يعلم كيل الطعام المبيع جزافاً، فهو بالخيار. ينظر التفريع: 130/2.

(3) ربَّما يريد المعترض أن العيوب لو ذكرت في أصل العقد على سبيل التَّيَرِئِ، لا لزيادة الثمن لا يضر كبيع الأمة التي لها غِنَاءٌ، بخلاف علم البائع بالكيل في بيع الجزاف إذا ذُكر في أصل العقد. ينظر شرح مختصر خليل للخرشي: 31/5.

(4) ((إذا ذكر البائع للمبتاع أنه يعلم كيله ولم يخبره بقدره ورضي المشتري منه به مع علمه بجهله)). التفريع: 130/2.

(5) إشارة إلى قوله: فهو بالخيار؛ في ما إذا علم المشتري بعد انتهاء العقد بأن البائع يعلم كيل المبيع.

(6) في الأصل (إن كان الثمن نقداً)، وذلك فيمن اشترى ((مكيلاً فاستوفاه لنفسه، ثم أراد بيعه، فأخبر مشتريه بكيله، فصدق المشتري على ذلك؛ فلا بأس به إن كان الثمن نقداً)). المصدر السابق: 131/2.

(7) لأن المشتري قد اتَّمتَّ البائع، وصدقته فيما قاله.

وبمنزلة ذلك أن يدفع (1) له دراهم فيقبضها منه دون أن ينقدها، فقد صدّقه (2) في أنها جياذ ، فإن اختبرها بعد فوجد بعضُها زائفا؛ فالقول قولُ البائع، ويحلف ما أعطيتك إلّا جياذا في علمي، أو ما هذا الذي ردّدت من دراهمي في علمي ، ولا يحلف إلّا على العلم، لأنّه لا يصح أن يحلف على القطع ، وأمّا إن قال: اختبرها أنت لكان قد صدّقه، فيكون القول قول المشتري ، فيحلف على القطع أنّها دراهمك ، ولو اختبرها ثمّ مضى بها وغاب عليها، ثم ادّعى أنه وجد فيها زائفة؛ فالقول قول الدّافع (3)، لأنّ المدفوع إليه مدّع (4)، (والبيّنة على المدّعي) (5) ، وهو أوّل قائم بالدّعوى.

وأما إذا كان الثّمن نسيئاً فلا يجوز تصديقه (6) إيّاه، لأنّه يُنّهَم أن يجدها ناقصة، فيمتنع من الرّد؛ لئلا يضر به في اقتضاء الثمن الذي له عليه ، وذلك من أكل المال بالباطل ، وإذا كان الثّمن نقداً؛ لم يمنعه مانع من الرّجوع بالنّقص.

وفي معناه منْع قبول هديّة من لك عليه دين، لأنّه يرتجي بذلك إحسانك إليه في التّقاضي؛ وقد لا تفعل ذلك معه، فيؤدّي إلى أكل المال بغير حقّ.

ومثله أن يقضيك عشرة أراذب على أن تصدّقه في كيله، فلا يجوز مخافة أن تكون ناقصة؛ فتمتنع من الرّجوع عليه بسبب القرض، فيؤدّي إلى ((سلف جرّ منفعة))

قوله: (وَقَامَتْ لَهُ عَلَى النُّقْصَانِ الْبَيِّنَةُ) (7)، مثل أن يصاحبه شاهدان حتّى يكيّأها.

قوله: (فَهِيَ لَهُ وَعَلَيْهِ) (8)، يعنى إن كان النقصان أو الزيادة مما يكون من

(1) أي البائع.

(2) المشتري.

(3) وهو البائع.

(4) وهو المشتري.

(5) بؤب لهذا المعنى البخاري في صحيحه: 143/3 باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه ((فالبيّنة على المدعي، واليمين على المدّعي عليه)). وأخرجه الترمذي: 618/3 حديث رقم 1341 من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً بلفظه، وقال الترمذي: فيه مقال وضعّفه ابن المبارك، وصححه الألباني في تحقيقه له.

(6) تصديق المشتري للبائع في هذه الصورة.

(7) أي فإن ((وجد المشتري زيادة أو نقصاناً...)) إلخ. التفرع: 131/2. وتكملة معناه في قوله بعده: ((فهي له وعليه)). المصدر السابق.

(8) وذلك إذا قامت للمشتري ((على النقصان البيّنة، فإن كانت الزيادة أو النقصان يسيراً؛ فهو له وعليه، وإن كانت شيئاً كثيراً، فهي للبائع وعليه)). المصدر السابق.

اختلاف الأيدي والأكيال، كانت الزيادة للمشتري والنقصان عليه ، وإن كان ذلك كثيرا؛ مما لا يكون مثله من اختلاف الأيدي والأكيال، كان ذلك للبائع وعليه.

باب بيع الطَّعام قبل قبضه

[الدَّليل على منع بيع الطَّعام قبل قبضه]:

الأَصْلُ في ذلك قَوْلُهُ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: ((مَنْ ابْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ)) (1) ، ونهى أيضا عن ((بَيْعِ مَالٍ يَقْبِضُ وَرَبْحُ مَالٍ يَضْمَنُ)) (2) ، وإنما يكون الضَّمَانُ في المبيع في القبض، فمعنى ما لم يضمن كمعنى مالم يقبض ، ونهى أيضا عن بيع العِيْنَةِ (3) أي الجماعة ، العينة أي المعينون لذلك، وخصَّه مَالُكَ بالطَّعام، لأنَّهم كانوا حينئذ يفعلونه في الطَّعام كثيرا؛ يُسَلِّمُ له في طعام، ثُمَّ يبيعه منه قبل قبضه بأكثر من الثَّمَنِ الأوَّل ، ووجَّه ذلك أَنَّ المطعومات يحتاج إليها ضرورة، فضيَّق في بيعها ليكون أبقى لها في مَلِكٍ مِنْ مَلَكِهَا، ولا خلاف في مَنْع (4) ذلك إذا كان مِنْ بَيْعٍ مُحَقَّقٍ. وما عدا ذلك فيه خلاف:

فإذا قلنا: إِنَّ النَّهْيَ عن ذلك تعبُّدٌ فلا يجوز مطلقا ، مِثْلُ بَيْعِ الْمَرْأَةِ نَفَقَتِهَا مِنْ زَوْجِهَا، أَوْ الْحَاكِمِ مُوَاسَاتِهِ (5) مِنَ الطَّعام قبل قبضها ، وإن قلنا: ذلك مُعَلَّلٌ بِالْعِيْنَةِ والتَّوَصُّلِ به إلى ما لا يجوز؛ فيجوز ذلك، لأنَّه قد أُمنِ فيه ذلك.

- (1) أخرج البخاري: 68/3 حديث رقم 2135 نحوه من حديث ابن عباس مرفوعا.
- (2) أخرجه الترمذي: 527/3 حديث رقم 1234 من حديث عبد الله بن عمرو مرفوعا، وقال: حديث حسن صحيح. والنسائي: 295/7 حديث رقم 4631 وابن ماجه: 237/2 حديث رقم 2188، والدارمي في سننه: 1667/3 حديث رقم 2602 كلهم نحوه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا.
- واتخذ الفقهاء قاعدة فقهية مثله مثل (الخَرَجُ بالضَّمان) و (من له الغنم عليه الغُرم). ينظر تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية: 374.
- (3) في الحديث ((لا تبع ماليس عندك)) وقد تقدَّم تخريجُه، قال ابن عبد البر: ((منه بيع العينة)). الكافي في فقه أهل المدينة: 742/2.
- (4) في النسخة (و) بيع.
- (5) يبيع الحاكم معطوف على بيع الزوجة نفقتها من الزوج، بمعنى أَنَّ الحاكم أو القاضي يبيع ما يأخذه مُوَاساةً أَوْ رِزْقًا نظير عمله؛ إن كان طعاما قبل أن يقبضه، فهو ممنوعٌ إذا كانت العلة في المنع تعبدية، وإلا فهو جائزٌ لخلوّه من العينة.

[بيع الطعام قبل نقله من مكانه]:

قوله: (فَلَا بَأْسَ أَنْ يَبَّيْعَهُ قَبْلَ نَقْلِهِ) (1) لَأَنَّ الْجُزْأَفَ مَقْبُوضٌ بِنَفْسِ الْبَيْعِ، لَأَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى حَقِّ تَوْفِيَةٍ، لَأَنَّهُ مُعَيَّنٌ، بخلاف أن يبيعه عدَدَ أَقْدَاحٍ أو أَرْطَالٍ من طعام؛ فليس بمُعَيَّنٍ.

قوله: (وَالْإِخْتِيَارُ أَلَّا يَبَّيْعَهُ حَتَّى يَنْقُلَهُ) (2) استحب ذلك لَأَنَّ بِنَقْلِهِ يَتَحَقَّقُ الْقَبْضُ، إذ قد يكون فيه ما يفسخ البيع من تدليس وغيره.

[بيع الطعام أَجْرَةً كان أو صَدَاقًا أو صُلْحًا قبل القبض]:

قوله: (وَمَنْ اسْتَوْجَرَ) (3) لَأَنَّ الْإِجَارَةَ بَيْعٌ مِنَ الْبَيُوعِ، فدخلت تحت ((مَنْ ابْتَاعَ)) (4)، وكذلك النِّكَاحُ، لَأَنَّهُ عَوَضٌ شَيْءٍ بِشَيْءٍ كَالْبَيْعِ، وكذلك الصُّلْحُ، لَأَنَّهُ عَوَضٌ عَنْ شَيْءٍ آخَرَ.

[بيع القَرْض من الطعام قبل قبضه]:

قوله: (وَمَنْ وَجَبَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ طَعَامٌ مَعْلُومٌ مِنْ قَرْضٍ) (5)، وسواء استقرضه أو أقرضه إياه، هذا ليس ببيعاً؛ إِنَّمَا هُوَ مَعْرُوفٌ بَيْنَ النَّاسِ، ولذلك جاز فيه ما لا يجوز في البيع؛ مِنْ عَدَمِ الْأَجْلِ، وَدَفْعِ الطَّعَامِ فِي الطَّعَامِ إِلَى أَجَلٍ. والمستقرض طالبُ القَرْضِ، والمقرض دافعه.

قوله: (وَمَنْ ابْتَاعَ طَعَامًا بِكَيْلٍ ثُمَّ أَقْرَضَهُ غَيْرَهُ) (6) لَأَنَّهُ قَدْ أَقَامَهُ مَقَامَهُ فِي الْقَبْضِ، فَكَأَنَّهُ الَّذِي يَبَّيْعُ ذَلِكَ قَبْلَ الْقَبْضِ، وأيضاً مُنْعَ (سَدًّا لِلذَّرِيعَةِ)؛ بَأَن يَكُونَ وَكَأَنَّهُ عَلَى بَيْعِ ذَلِكَ قَبْلَ قَرْضِهِ؛ تَوَاطُؤًا عَلَى الْقَرْضِ (7) أو الهَيِّةَ ظَاهِرًا.

[استثناء الشَّرْكَةِ وَالتَّوَلِّيَةِ وَالْإِقَالَةِ من بيع الطعام قبل قبضه]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ بِالشَّرْكَةِ وَالتَّوَلِّيَةِ وَالْإِقَالَةِ) (8)، هذه الثلاثة مستثناءة من أصل

- (1) التفريع: 132/2.
- (2) في الأصل ((والاعتبار ألا يبيعه حتى ينقله)). المصدر السابق.
- (3) ((مَنْ اسْتَوْجَرَ بطعام مكيل فلا يبيعه حتى يستوفيه، ومن تزوج أو صالح... على طعام مكيل؛ فلا يبيعه حتى يقبضه)). المصدر السابق.
- (4) إشارة للحديث السابق الذي أخرج البخاري نحوه ((من ابتاع طعاماً...)).
- (5) ((فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه)). التفريع: 133/2.
- (6) فلا يبيعه ذلك الغير حتى يقبضه. ينظر المصدر السابق.
- (7) في النسخة (و) القبض.
- (8) وذلك ((في الطعام قبل قبضه)). التفريع: 133/2.

غير جائز؛ وهو بيع الطَّعام قبل قبضه ، رُخِّص فيها وإن كانت بيوعا؛ توسعةً، لما فيها من المعروف بين النَّاس ، وقيسَ عليها القَرْضُ، لأنه أُدْخِلَ في باب المعروف وأُبْعِدَ عن البيع.

قوله: (بِمِثْلِ رَأْسِ الْمَالِ) (1) لأنه إذا وُجِدَ فيها زيادة أو نقصٌ (2) صارت بيعا محققا، وخرجت عن المعروف، ولم تقع عليها هذه الأسماء.

[بيع العروض قبل قبضها]:

قوله: (وَلَا بِأَسَ بَيْعِ الْعُرُوضِ قَبْلَ قَبْضِهَا) (3) هذا مَذْهَبُ مَالِكٍ، لأنه خَصَّصَ الحديثَ الَّذِي فِيهِ النَّهْيُ عن بيع مالم يُقْبَضَ (4) بالطَّعام؛ استنادا إلى عَمَلِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ).

وخصَّصه أَبُو حَنِيفَةَ بالمنقولات (5)، لأنها الَّتِي يَسْرَعُ إليها التَّغْيِيرُ ، ولذلك لا يحكم على غاصبها بِرَدِّ خَرَاஜِهَا (6)، ويحكم عليه بِرَدِّ خَرَاஜِ الثَّابِتَةِ، كالدُّور والأَرْضَيْنِ، لأنَّ التَّغْيِيرَ لَا يَسْرَعُ إِلَيْهَا.

وحمله الشَّافِعِيُّ على عُمُومِهِ في كل بيع ، فعلى قول الْحَنَفِيِّ: لا يخرج المنقول من ضمان بائعه إِلَّا بِالْقَبْضِ حِسًّا ، وعند الشَّافِعِيِّ لا يخرج مبيعٌ من مِلْكٍ بائعه حتى يقبض المشتري، كقولنا فيما فيه حقٌ توفية.

وإذا كان له عليه عرض إلى أجل، فلا يبيعه منه ولا من غيره إِلَّا بِنَقْدٍ، لأنه إن باعه منه بكالٍ؛ فهو فسخ دَيْنٍ في دَيْنٍ ، أو من غيره فهو بَيْعُ الدَّيْنِ بِالْدَّيْنِ (7) ، ويجوز أن يبيعه منه قبل الأجل بمثل ثمنه، لأنه إقالة ، وبأَقْلٍ؛ لأنه لا يَتَّهَمُ عَاقِلٌ أَنْ يَدْفَعَ كَثِيرًا وَيَأْخُذَ قَلِيلًا إِلَى أَجَلٍ ، ويمتنع بأكثر لأنه سَلَفٌ بزيادة.

ومن غيره يجوز بأَقْلٍ وأكثر، لأنه لا تُهْمَةُ (8) ، وإذا باعه من غيره؛ فهل

(1) ((ولا بأس بالشركة والتولية والإقالة في الطعام قبل قبضه بمثل رأس المال)). المصدر السابق.

(2) في النسخة (و) نقصا.

(3) التفريع: 133/2.

(4) إشارة للحديث السابق وقد تقدّم تخريجه.

(5) ينظر المبسوط: 36/14.

(6) الخراج: الغلة أو كلُّ ما يُخْرَج. ينظر لسان العرب: مادة خرج.

(7) لأنَّ بيع الدَّيْنِ بِالْدَّيْنِ لا يكون بين اثنين بخلاف فسخ الدين بالدين. مدونة الفقه المالكي وأدلته:

403/3.

(8) لأنه استفاد من شخص ثالث أجنبي؛ لا علاقة له بالأول.

يشترط أن يبقى من الأجل مثل أجل السِّلَم أو لا؟ قولان؛ إن قلنا: هذا البيع سَلَمٌ، فلا بُدَّ فيه من الأجل؛ كما في السِّلَم من يوم إلى خمسة عشر يوماً، وإن لم نقل: إنه سَلَمٌ فلا حاجة إلى أجل، فيجوز بيعه من أجنبي على كل وجه؛ إلا أن يكون الثَّمَنُ عرضاً من جنسه، فيراعى في ذلك أن يجرى على أحكام القرض، فلا يجوز أن يبيعها بعروض أقل منها وزناً أو عدداً؛ ((سَدًّا لِلذَّرِيعَةِ))، لأنَّه يمكن أنَّهُ لم يرد البيع، بل السِّلَفُ، فيكون هذا المشتري قد دفع خمسة ليأخذ من نوعها ستَّة، وقد نُهي عن (سَلَفٍ جَرٍّ مَنفَعَةٍ)، ولا بأكثر (1)؛ لأنَّه يُؤدِّي إلى ((سَلَفٍ وَجُعَلٍ على كون ذلك في الضَّمَانِ))، وهذا بمنزلة مَنْ يدفع ثوبين ليأخذ ثوباً من هذا الثَّوب، فصار الثَّوب الزائد لا وجه له؛ إلا أن يكون جُعلاً على كون الثَّوب في الضَّمَانِ، لأنَّه لا يفعل ذلك عاقلاً إلا لغرض (2)، وهذا من أكل المال بالباطل.

والنَّقْصَانُ في الصِّفَةِ والزِّيَادَةُ فيها بمنزلة ذلك في العدد أو الوزن (3)، وكذلك إذا دفع المقرض مثلها؛ ينوي منفعة له من ضمان، أو توصل إلى موضع آخر لم يجز، وأثم لدخوله في عموم النَّهْي عن ((سَلَفٍ جَرٍّ مَنفَعَةٍ)).

وإن كان البيع من بائعها، فإن كان الثَّمَن من نوع الأوَّل (4)؛ فيجوز بالمثل إقالة، وبأقل؛ لأنَّه لا تهمة، ومنع هذا الثَّانِي عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ أَبِي سَلَمَةَ - مِنْ شيوخ مَالِكٍ - قياساً على العروض في الوجه المتقدم (5)، ورأى أنَّ فيه دفع ((الجُعَلِ عَلَى الضَّمَانِ)).

والفرق أنَّ العروض يُخَاف عليها التَّغْيِير، فأمكن أن يُفَعَلَ فيه ذلك؛ فَيُعْطَى ثوبين ليأخذ ثوباً مثل أحدهما، وأمَّا الدراهم والدنانير فيبعد أن يدفع منها اثنين ليأخذ مثل أحدهما.

ويمتنع (6) بأكثر لسلف ونفع، وذلك أن البائع الأول يدفع الآن خمسة عن نفسه للبائع الثاني، ويأخذ من نفسه ستَّة عنه، فقد أسلف من نفسه لنفسه خمسة بستَّة (7).

-
- (1) في النسخة (و) ولا يكثر.
 - (2) في النسخة (و) إلا عرض.
 - (3) في النسخة (و) والوزن.
 - (4) ليس من نوع تلك العروض.
 - (5) هو أن يدفع ثوبين ليأخذ ثوباً واحداً؛ مقابل جُعَلٍ على الضَّمَانِ.
 - (6) في نسخة (و) أو يمتنع.
 - (7) خلاصة القول: مسألة البيع ذريعة للتوصُّل للسلف، وكأنَّ البائع قام بذلك من نفسه لنفسه؛ لينتفع بدفع خمسة عن ستَّة.

وإن كان الثمن من نوع تلك العروض؛ فيجوز إذا حلَّ الأجل مطلقاً⁽¹⁾، ويمتنع إذا لم يحلَّ في موضعين:

أحدهما: أن يكون بأقلَّ من العروض، لأنَّ فيه (ضَعَّ وَتَعَجَّلَ) ؛ وهو أكل المال بالباطل.

والثاني: أن يكون بأكثر، لأنَّ فيه (حُطَّ عَنِّي الضَّمان وأزِيدَك) ؛ وهو - أيضا - من أكل المال بالباطل، ومعنى حُطَّ عَنِّي الضَّمان: اقْبَضْهَا لِتَخْرُجَ مِنْ تَحْتِ ضِمَانِي. والنُّقْصَان - أيضا - والزيادة في الصِّفَّة بمنزلتها في العدد.

(1) بأقلَّ أو أكثر.

كتاب السَّلم

[حكم السَّلم]:

في الحديث ((نهى رسول الله - صَلَّى الله عليه وسلَّم - عن بيع ما ليس عندك)) (1)، وأرخص في السَّلم؛ فهو مُسْتَنْتَنِي من ذلك.

[شروط السَّلم]:

وله ستَّةُ شروط:

— منها أن يكون الثمن نقدًا لئلا يكون دينًا، وهذا قول البغداديين عنه، ورُوي عنه أنه يجوز تأخيرهِ الثلاثة الأيام ونحوها، لأنه في حكم المقبوض، ولأنه ليس من الكَالِي بالكالي حقيقة ، لأنَّه لم يكن كَالًا (2) فَبِيعَ بكالي؛ وإنما صار كَالًا بنفس العقد.

— ومنها أن يكون معلوماً؛ وهذا لا يختص به ، لكن يجوز عندنا أن يكون مما عُلِمَ بالحرز؛ كما يجوز ذلك في أصل البيع ، ولا يجوز ذلك عند الشَّافِعِي لكثرة الغرر ، ولأنَّه لو انفسخ العقد لم يعلم الثمن.

— ومنها أن يكون (3) إلى أجل، لأنَّ الحكمة المقصودة فيه إنَّما تتَّفَق بالأجل، فيدفع المشتري قليلاً (4) ليزيد له البائع في المثلون لمكان الأجل، وليتسع البائع في ذلك في الحال.

واختلف في الأجل (5) فقليل: خمسة عشر ، وقيل: عشرة ، وقيل: خمسة ، وقيل: يوم ، وقيل يرجع إلى العرف في تغيير الأسواق هناك ، وخَرَجَ من اليوم القولُ بالسَّلم الحال كما يقول الشَّافِعِي؛ قال: وإذا جاز ذلك في أصل البيع فأحرى في الفرع

(1) أخرجه الترمذي: 527/3 حديث رقم 1234 من حديث عبد الله بن عمرو مرفوعاً، وقال حديث حسن صحيح، وأبو داود: 283/3 حديث رقم 3503 من حديث حكيم بن حزام مرفوعاً. والنسائي: 295/7 حديث رقم 4631 وابن ماجه: 237/2 حديث رقم 2188، والدارمي في سننه: 1667/3 حديث رقم 2602 كلهم من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً.

(2) أي أنه لم يكن قَبْلَ العقد دَيْنًا حتى يباع بدين آخر إلى أجل، وإنَّما جدَّ مع العقد.

(3) المبيع في السَّلم.

(4) بسعر منخفض؛ لا على التقسيط.

(5) في أقلِّه؛ إذ لا حدَّ لأكثره. ينظر مدونة الفقه المالكي وأدلته: 805/3، 806.

وهو السِّلْم ، وقيل: لا يخرج من ذلك القول بالحال، لأنه أجل قريب لا يخرج عن الأجل ، وأما في البلدين ففُقدَ ما بينهما من ثلاثة فما زاد؛ لأنَّ غالبهما اختلاف الأسواق ، وإن كان بينهما أقل من يوم؛ فهما كالبلد الواحد.

ومنها أن يكون في الذِّمَّة ، لأنه لا يجوز في مُعَيَّن ، لأنه إما أن يبقى في ذِمَّة البائع؛ فلا يدري كيف يقبضه المشتري، أو ينتقل؛ فلا يدري هل يكون بيعا على تقدير سلامته ، أو سلفا على تقدير تَلَفِهِ(1).

ومنها أن يكون مضبوطا بالصِّفَات المقصودة منه؛ لكونها مما يُضْبَط.

ومنها أن يكون يُؤَمَّن وجوده عند الأجل ، وشرط أبو حنيفة أن يكون موجودا في جميع الأجل(2)، مخافة أن يموت البائع فيحل ما عليه؛ فلا يوجد ذلك ، وعندنا أن مَنْ مات أُخِذَتْ قيمته، ووُقِفَتْ إلى الأجل.

وامتنع الكَالِيُّ بالكَالِي(3)؛ لكثرة الغرر بتعمير ذِمَّتَيْن في شيء واحد ، وأما بالنظر إلى شيئين فيجوز، مثل أن يكون لي عندك حقٌ ، ولك عندي حقٌّ من وجه آخر(4).

قوله: (وَيُقَدِّمُ نَقْدَهُ)(5) ، هذا قول العراقيين .

[استبدال الطَّعام المُسَلَّم فيه بغيره عند الأجل]:

قوله: (وَمَنْ أَسْلَمَ فِي طَعَامٍ مَوْصُوفٍ)(6)، يريد به البُرَّ بدليل قوله بعد: شعيرا أو سُلْتًا ، فذكر ما هو معه صنف واحد.

قوله: (بِمَكِيلَتِهِ)(7) لأنَّ هذه الأشياء نوعٌ واحدٌ، فإن كان دفع دُونًا(8) فحسن

- (1) وهو التردّد بين السِّلْفِيَّة والتمنية؛ وهو ممنوع.
- (2) في متن المختار ((ولا يصح في المنقطع)). وفي متن القدوري كذلك. كتاب الاختيار لتعليل المختار: 44/2. وينظر الباب في شرح الكتاب: 209/1.
- (3) وذلك إذا تأخّر نقد الثمن عن العقد في السِّلْم.
- (4) من جنسه كخشب للبناء مقابل خشب الصَّنعة؛ وهو اختلاف الأغراض، أو من غير جنسه، وتأخير رأس مال السلم؛ إذا كان حيوانا أو طعاما أو عرضا، جائز؛ ما لم يكن التأخير مشروطا. ينظر مدونة الفقه المالكي وأداته: 802/3، 811.
- (5) من أسلم في طعام فيقَدِّمُ نَقْدَهُ مع عقده. ينظر التفريع: 135/2.
- (6) إلى أجل فحلّ فأخذ من يائعه بمكيلته شعيرا، فلا بأس به. ينظر المصدر السابق.
- (7) لا بأس أن يأخذ بمكيلة الذي حلّ أجله شعيرا أو سُلْتًا. ينظر المصدر السابق.
- (8) أي في الصنف أو الصفة وليس في القدر بدليل قوله آنفا: بمكيلته. وفي النسخة (و) دون.

اقتضاء وإلا فحسن قضاء ، كما ((قضى رسول الله صَلَّى الله عليه وسلّم من بَكَر (1) جملاً (2) خياراً)) (3) ، ولا يجوز من غير ذلك الصِّنف، لأنّه بيعٌ، فإن كان بدُونِ فهو ((ضمانٌ بجُعْلٍ)) أو بعال فسلف بزيادة ، وفيه أيضا بيعُ الطَّعام قبل قبضه بطعام أو عرض.

قوله: (فَأَرَادَ أَنْ يَأْخُذَ) (4)، هذا لا يُجْبَر عليه، كما لا يجبر البائع على أن يدفع عن شعير قمحا ، إنما ذلك حسن قضاء ، أو اقتضاء ، وإنّما أجزنا ذلك، لأنَّ أسوء حالتها إذا ألغينا حكم البيع بينهما وأسأنا الظنَّ بهما؛ أن يكونا قصدا السلف، وهذا يجوز فيه، ولا يتحقّق أنّهما أرادا بيع طعام بطعام، لأنَّ التُّهمة البعيدة في أعمالها خلافٌ ضعيف؛ بخلاف أن يختلف الكيل.

[استبدال التمر المُسَلَّم فيه بغيره]:

قوله: (وَمَنْ أَسْلَمَ فِي نَوْعٍ مِنْ تَمْرٍ) (5)، يريد أن ألوان التمر كلّها صنفٌ واحد ، يجوز أخذ بعضها عن بعض ، حُسْنُ قضاء أو اقتضاء ، ولا يُجْبَر أحدٌ على دفع أفضل ممّا عليه، ولا قبض أدون ممّا له.

قوله: (وَلَا يَأْخُذُ حِنْطَةً) (6) لبيع الطَّعام قبل قبضه.

[الإقالة من بعض المُسَلَّم فيه دون بعض]:

قوله: (وَمَنْ أَسْلَمَ فِي طَعَامٍ أَوْ عَرْضٍ فَحَلَّ) (7)، سواء حلَّ أو لم يحلّ ، وإنّما امتنع؛ لأنّه يحتمل أن يكون قصدهما – أوّلا – السلف فيما تقايلا (8) فيه وتواصلا إليه بهذه الصورة، فيكون ((سلفاً جرّ نفعاً)) ، لأنّه لو لا السَلَم ما أسلفه ، وأجازها مالكٌ إذا تبيّن بيقين بمصاحبة شهود له من حين القبض إلى وقت الإقالة؛ أنّه لم ينتفع بما أقاله فيه ، كما لو كان ذلك في مجلس واحد (9) لجاز.

- (1) البكر: الفتى من الإبل. لسان العرب: مادة بكر.
- (2) في النسخة (و) جملاً، وما أثبت موافق لما جاء في السنن.
- (3) أخرجه مالك في الموطأ: 680/2 حديث رقم 89، وأبو داود: 253/3 حديث رقم 3348، والترمذي: 601/3 حديث رقم 1318 وقال الترمذي: حسن صحيح. والدارمي: 1670/3 حديث رقم 2607. كلهم نحوه من حديث أبي رافع مرفوعاً.
- (4) إذا حلَّ الأجل ((فأراد أن يأخذ من بائعه بمكيلته شعيراً أو سلّتا؛ فلا بأس به)). التفریع: 135/2.
- (5) ((فلا بأس أن يأخذ نوعاً سواه من جنسه)). المصدر السابق: 136/2.
- (6) ولا يأخذ حِنْطَةً مقابل تمر أسلم فيه. ينظر المصدر السابق.
- (7) إذا حلَّ الأجل ((فلا يجوز أن يُقِيل من بعض ذلك ويأخذ بعضاً)). المصدر السابق.
- (8) في (و) تقايلاً.
- (9) في (و) أحد.

[استبدال الثمن المؤجل في طعام بطعام]:

قوله: (وَمَنْ بَاعَ شَيْئًا مِنَ الطَّعَامِ) (1)، كان ربويًا أو غير ربوي لأننا نلغي الثمن فيبقى طعام بطعام إلى أجل ، فإن كان من نوعه ومكيلته كان سلفًا ، فحمل على السلف مع تكذيبهما، ولم يُكذَّبَا بالجملة (2).

قوله: (وَفِي جَوْدَتِهِ وَصِفَتِهِ) (3) مخافة أن يتحقق البيع ، ويحرم عليهما ذلك وإن لم يدخل عليه ، هذا ((سَدُّ لِلذَّرِيعَةِ)) ، كما يحرم عليه وإن لم يكن له غرض في النساء أن يخلو بالأجانب ، ويجوز عند المخالفين، لأنهم يراعون الألفاظ ببيع أحدهم إِرْدَبًا (4) من طعام، وإذا لم يجد عند المشتري عَيْنًا (5) اشترى منه مثاله (6) من الطعام.

[تأخير الثمن مع الشروع في أخذ المثلون]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ بِالسَّلَمِ فِي اللَّحْمِ) (7) هذا من باب البيع ، لأنه لا يُشْتَرَطُ فيه الأجل ، ويجوز أن يُؤَخَّرَ فيه الثمن ما شاء ، فدل على أنه في حُكْمِ البيع ، ولما كان بائع اللحم لا ينفك من ذلك صار بمنزلة الموجود عنده ، وكذلك بائع الفاكهة إذا بدا صلاحها؛ وإن لم يُوجَد جميعها، فهي في حكم الموجود ، فيجوز أن يبتدئ الأخذ من يوم العقد.

قوله: (إِذَا شَرَعَ فِي أَخْذِ مِثْلِهِ) (8)، ليخرج عن الكالي بالكالي.

[السلم في ثمار تأخر تسليمها عن إبانها]:

قوله: (وَمَنْ أَسْلَمَ فِي نَوْعٍ مِنَ الثَّمَارِ) (9)، هذه المسألة على ضربين:

- (1) باعه بثلث مؤجل، فلا يأخذ بثلثه شيئا من الطعام إلا من النوع الذي باعه بعينه. ينظر المصدر السابق.
- (2) لأنه ربما توجد قرائن تدل على قصد السلف.
- (3) فلا يجوز أن يأخذ بثلث الطعام المؤجل طعاما؛ إلا أن يكون من النوع الذي باعه منه، ويكون مثل مكيلته في جودته وصفته. ينظر المصدر السابق.
- (4) الإِرْدَبُ مكيال يضم أربعة وعشرين صاعا. ينظر لسان العرب: مادة ردب.
- (5) سقط من (و).
- (6) في (و) من مثاله.
- (7) التفريع: 137/2.
- (8) ((ولا بأس أن يؤخر المشتري الثمن إذا شرع في أخذ مثمنه)). المصدر السابق.
- (9) ((فأخّره البائع عن وقته، فالمشتري بالخيار؛ إن شاء فسخ... وإن شاء انتظر)). المصدر السابق.

إِذَا كَانَ يَكُونُ ذَلِكَ مُضَافًا إِلَى حَاطِطٍ بَعِينِهِ، أَوْ غَيْرِ مُعَيَّنٍ:

فَإِنْ كَانَ مُعَيَّنًا فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُؤَخِّرَهُ بِمَا بَقِيَ إِلَى عَامٍ ثَانٍ ، وَلَكِنْ يَتَحَاسَبَانِ فَيَأْخُذُ بَقِيَّةَ رَأْسِ مَالِهِ ، وَيَمْتَنِعُ التَّأْخِيرَ ، لِأَنَّ فِيهِ فُسْخَ الدَّيْنِ فِيمَا لَا يَتَعَجَّلُ وَهُوَ السَّلْفُ بِزِيَادَةِ (1) ، وَذَلِكَ كَقَوْلِهِمْ: إِمَّا أَنْ تَقْضِيَ وَإِمَّا أَنْ تَرْبِي ، وَسَوَاءٌ أَعْطَاهُ بَعْدُ مِنْ نَوْعِهِ أَوْ مِنْ غَيْرِ نَوْعِهِ، فَيُتَّهِمَانِ عَلَى أَنَّهُمَا قَصَدَا السَّلْفَ بِذَلِكَ زِيَادَةً.

فَإِنْ كَانَ غَيْرَ مُعَيَّنٍ جَازَ أَنْ يُؤَخِّرَهُ بِذَلِكَ وَأَنْ يَحَاسِبَهُ ، فَوَجْهُ التَّأْخِيرِ أَنَّهُ شَيْءٌ فِي ذِمَّتِهِ مَعْلُومٌ، فَلَا يُتَّهِمَانِ عَلَى أَنَّهُمَا قَصَدَا ذَلِكَ التَّأْخِيرَ ، وَوَجْهُ الْمَحَاسَبَةِ أَنَّهُ حُصِرَ بِثَمَرِ عَامٍ (2) بَعِينِهِ؛ أَشْبَهَ الْمَعَيَّنَ فَحُمِلَ عَلَيْهِ، فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي ذَكَرَهَا ابْنُ الْجَلَّابِ (3) ، الظَّاهِرُ أَنَّهَا فِي غَيْرِ الْمَعَيَّنِ، (وَلَا تَكُونُ فِي الْمَعَيَّنِ) (4) إِلَّا عَلَى وَجْهِ؛ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْمُسْلَمُ إِلَيْهِ قَصْدًا (5) بِتَأْخِيرِ الْقَضَاءِ إِضْرَارًا بِالْمُشْتَرِي ، بَأَنْ لَا يَدْفَعُ لَهُ فِي ذَلِكَ الْعَامَ شَيْئًا ، فَعُومِلَ بِنَقِيضِ مَقْصُودِهِ ، وَخَيْرُ الْمُشْتَرِي فِيمَا شَاءَ مِنَ الْمَحَاسَبَةِ وَالتَّأْخِيرِ.

[السَّلْمُ فِيمَا لَا يُوجَدُ أَصْلُهُ عِنْدَ الْبَائِعِ]:

قَوْلُهُ: (وَلَا بَأْسَ بِالسَّلْمِ فِيمَا لَيْسَ عِنْدَ الْبَائِعِ أَصْلُهُ) (6) ، لِأَنَّ السَّلْمَ مُسْتَتَنِي مِنْ ((بَيْعٍ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ)) (7) ، سَوَاءٌ كَانَ عِنْدَكَ أَصْلُهُ كَحَاطِطِ الثَّمَرِ، أَوْ لَا.

[السَّلْمُ فِيمَا يَنْقُطِعُ وَجُودُهُ]:

قَوْلُهُ: (وَلَا بَأْسَ بِالسَّلْمِ فِيمَا يَنْقُطِعُ فِي أَضْعَافِ أَجَلِهِ) (8) ، هَذَا تَنْبِيهٌُ عَلَى قَوْلِ الْمُخَالَفِ؛ وَهُوَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَجُوزُ إِلَّا فِيمَا كَانَ مَوْجُودًا أَبَدًا (9).

(1) لِأَنَّ التَّأْخِيرَ لِلْعَامِ الثَّانِي لَهُ ثَمَرٌ.

(2) فِي (و) ثَمَّ عَامٌ.

(3) فِي كِتَابِ التَّفْرِيعِ؛ وَهِيَ أَنَّ لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارَ، إِنْ شَاءَ فَسَخَ بَيْعَهُ وَأَخَذَ ثَمَنَهُ، وَإِنْ شَاءَ انْتَضَرَ؛ إِذَا أَخَّرَهُ الْبَائِعُ عَنْ اسْتِلَامِ سَلْعَتِهِ فِي الْوَقْتِ الْمَعْلُومِ. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقَ.

(4) مَا بَيْنَ قَوْسَيْنِ سَقَطَ مِنْ (و).

(5) فِي (و) قَصْدُهُ.

(6) الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 138/2.

(7) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ.

(8) الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(9) فِي مَتْنِ الْمُخْتَارِ ((وَلَا يَصِحُّ فِي الْمُنْقَطِعِ)). كِتَابُ الْإِخْتِيَارِ لِتَعْلِيلِ الْمُخْتَارِ: 44/2.

[السَّلْمُ الْحَال]:

قوله: (وَلَا يَجُوزُ السَّلْمُ الْحَال) (1) تنبيهٌ على قول الشَّافِعِيِّ (2).

[السَّلْمُ الْمُعَيَّن]:

قوله: (وَلَا يَجُوزُ السَّلْمُ الْمُعَلَّقُ بِتَمْرِ نَخْلَةٍ مُعَيَّنَةٍ) (3) ، هذا لا يجوز من غير مالِكها لأمرين:

أحدهما: أنَّه قد لا يبيع صاحبُها من تمرها شيئاً ، أو يُغلي في ذلك غلاءً فاحشاً، فيؤدِّي إلى أن يشتريها بأضعاف ما قبض فيها، فإن كان مالِكها جاز بشرط أن تكون قد أزهت، وهذا حُكْمُهُ حُكْمُ الْبَيْعِ؛ لا السَّلْمِ.

قوله: (وَلَا بَأْسَ بِالسَّلْمِ فِي حِنْطَةٍ قَرْيَةٍ مُعَيَّنَةٍ) (4) ، هذا إذا كان بلداً كبيراً ، لأنَّه مع الصِّغَرِ يمكن تواطؤ أهلِه على أن لا يبيعوا من ذلك شيئاً.

معنى المعلق (5) بنخل بعينه؛ أي من حائطٍ بعينه، لأنَّه قد يخلف (6).

(1) التفریع: 138/2.

(2) يجوز عنده. ينظر روضة الطالبين وعمدة المفتين: 7/4.

(3) التفریع: 138/2.

(4) المصدر السابق.

(5) إشارة إلى قول ابن الجلاب: ولا يجوز السَّلْمُ الْمُعَلَّقُ بِتَمْرِ نَخْلٍ بعينه. ينظر المصدر السابق.

(6) قد يخالف في القدر والزَّمن المتفق عليهما، أو لا يُقدَّر على تسليمه بتلَّفه.

باب القرض

[حكمه وما يصح قرضه وما يمتنع]:

وهو جائز في كل ما يصح كونه في الذمة؛ سوى تراب المعادن، لتعذر المماثلة فيه، وسوى الإماء، لأنه يؤدي إلى عارية الفروج؛ بتقدير ألا يجد عند الأجل مثلها فيردها بعينها، فمنعناه ((سدًا للذريعة)) لأن ذلك زنا، وكذلك امتنع أن يستأجر المرأة على الاستمتاع بها، لأنه زنا، ويجوز أن تقرض من امرأة أو صغير، لأن العلة المانعة مفقودة، وقد أجازها (1) ابن عبد الحكم (2)، وشرط أن يدفع له مثلها عند الأجل؛ لا هي، وإنما منع مالك هذا، لأن حكم القرض أن يوسع فيه على المقرض، فإن شاء رد مثله أو عينه، فالذي أجازها ابن عبد الحكم خارج عن حكم القرض، وكأنه بيع. ويجوز أن يقرض أمته لمن هي له محرم، ولا يجوز لعين، لأنه قد يستمتع بها.

قوله: (وَمَنْ اسْتَقْرَضَ أَمَةً) (3) أي فإن وقع ذلك فسيخ مالم يفت؛ بأن يطأها أو يغيب عليها، فلا يعلم هل وطأها أم لا؟ فقيل: يرجع إلى قيمتها (4)، وقيل: إلى مثلها، وهذا مبني على أصل؛ وهو أن (القرض مستثنى من البيع الفاسد)، بدليل أنه يجوز فيه طعام بطعام إلى أجل، ويجوز مؤجلاً أو غير مؤجل، وذلك كله فاسد في البيع، فإذا فسد القرض يرد إلى أصله الفاسد؛ فتجب القيمة، أو يرد إلى صحيحه ويأخذ المثل، ونظيره (القرض مستثنى من الإجارة الفاسدة)، فإذا فسد؛ فهل يرد إلى أصله الفاسد فتجب أجره المثل، أو يرد إلى صحيحه فيجب قراض المثل.

وأما العقار فلا يجوز قرضه، لأن من شرطه الصق (5)، وذلك يخرج عن المماثلة وقد يتعذر عليه ملكه، وكذلك لا يجوز السلم فيه، لأنه مما لا يكون في الذمة.

- (1) أجاز قراض الأمة بالشرط الآتي ذكره.
- (2) عبد الله بن عبد الحكم، أحد تلاميذ الإمام مالك، روى عنه ابن حبيب، له المختصر الكبير والأوسط والصغير، وله مصنفات أخرى، توفي سنة 214 هـ. ينظر حسن المحاضرة: 263/1، وشجرة النور: 59/1.
- (3) ((فليردّها ما لم يطأها)) التفریع: 139/2.
- (4) وهو ما ذهب إليه ابن الجلاب في التفریع. ينظر المصدر السابق.
- (5) كذا وردت في النسختين. والصق: المراد به الناحية والمحلة. ينظر معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية: 374/2، فقد يكون المعنى، أن العقار يتعلق بالناحية والمحلة الكائن بهما، فيتعذر بذلك رد المثل.

[قرض ما فيه حملٌ ومؤنة]:

قوله: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقْتَرِضَ شَيْئًا لَهُ حَمْلٌ وَمَوْئِنَةٌ) (1) ، هذا لأنَّ السَّلْفَ إِذَا جَرَّ منفعة للمقرض (2) لم يجز ، فإذا أقرضه بموضع على أن يأخذ بموضع آخر ، فقد انتفع بقدر الحمل وبغرر الطريق أيضا؛ لم يجز ، وأما إذا لم يشترط ذلك فيجوز ، كما إذا أقرضه طعاما باليا ولم يشترط جديدا ، فدفع له جديدا؛ جاز .

[حكم السَّفْتَجَةِ]:

وَالسَّفْتَجَةُ: أَنْ يَدْفَعَ لَهُ مَا لَا قَرْضًا لِيَأْخُذَهُ مِنْهُ بَبْلَدٍ آخَرَ ، فَوَجْهُ الْجَوَازِ (3) أَنَّ جُلَّ المنفعة للمُسْتَقْرِضِ ، لِأَنَّهُ يَتَجَرَّبُ بِذَلِكَ وَلَا (4) مَوْئِنَةٌ حَمْلٌ فِي ذَلِكَ ، بِخِلَافِ الْعُرُوضِ ، وَوَجْهُ الْكَرَاهَةِ؛ فَإِنَّ رَبَّ الْمَالِ رُبَّمَا لَمْ يَهِنَ عَلَيْهِ أَنْ يُوَجَّهَ مَعَهُ الْمَالُ أَمَانَةً مِنْ أَجْلِ غَرَرِ الطَّرِيقِ الْمَتَوَقَّعِ حَتَّى ضَمَّنَهُ إِيَّاهُ بِالْقَرْضِ ، فَقَدْ انْتَفَعَ بِذَلِكَ ، فَمَنْ رَاعَى هَذَا كَرَاهَهُ .

وَالسَّفْتَجَةُ كَأَنَّهُ لَفْظٌ أَعْجَمِي .

[مكان قضاء القرض]:

قوله: (فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي اقْتَرَضَ فِيهِ) (5) لِأَنَّهُ لَا مَنْفَعَةَ فِي ذَلِكَ لِلْمُقْرِضِ ، وَإِذَا اختلف موضعان فقد ينتفع بذلك؛ لا سيما فيما له حَمْلٌ وَمَوْئِنَةٌ .

قوله: (وَلَزِمَهُ أَنْ يُؤَكِّلَ مَنْ يَقْبِضُهُ عَنْهُ فِي بَلَدِ الْقَرْضِ) (6) (7) وهذا أبقى لتوقع منفعة القرض .

قوله: (وَلَوْ اصْطَلَحَا عَلَى ذَلِكَ بَعْدَ الْأَجَلِ) (8) لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ عَلَى التَّرَاضِي مِنْهُمَا لَمْ يَتَّهِمَ الْمُقْرِضُ أَنَّهُ قَصَدَ مَنْفَعَةً ، لِأَنَّهُ لَيْسَ فِي مَقَابِلَةِ ذَلِكَ شَيْءٌ مِنْ قِبَلِهِ ، وَأَمَّا مَا قَبِلَ الْحُلُولَ فَيَمْتَنِعُ ، لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ ثَمَنُهُ بِذَلِكَ الْمَوْضِعِ أَكْثَرَ مِنْ ثَمَنِهِ بِمَوْضِعِ الْقَرْضِ؛ دَخَلَهُ

(1) التفریع: 139/2 .

(2) فِي (و) لِلْمُقْتَرِضِ .

(3) إِشَارَةٌ لِقَوْلِ ابْنِ الْجَلَّابِ: فَقَدْ كَرِهَ مَالِكُ الْعَمَلُ بِهَا ، وَأَجَاذَهُ غَيْرُهُ . يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقُ .

(4) فِي (و) وَإِلَّا .

(5) ((يُلْزَمُ الْمُقْتَرِضُ الْقَضَاءُ فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي اقْتَرَضَ فِيهِ)) . الْمَصْدَرُ السَّابِقُ .

(6) فِي (غ) الْقَرَارِضِ .

(7) الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 140/2 . وَذَلِكَ إِذَا طَالَبَ الْمُقْرِضُ الْمُقْتَرِضَ فِي غَيْرِ بَلَدِ الْقَرْضِ؛ لَمْ يُلْزَمْ الْقَضَاءُ ،

وَأُلْزِمَ الْمُقْرِضُ أَنْ يُؤَكِّلَ مَنْ يَقْبِضُ عَنْهُ فِي بَلَدِ الْقَرْضِ .

(8) وَلَوْ اصْطَلَحَا عَلَى الْقَضَاءِ فِي الْبَلَدِ الْآخَرِ بَعْدَ حُلُولِ الْأَجَلِ؛ جَازَ . يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقُ .

((حُطَّ عَنِّي الضَّمَانُ وَأَزِيدَكَ (1)) ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ دَخَلَهُ ((ضَعَّ وَتَعَجَّلَ (2)))).
[الالتزام بأجل القرض ومحلّه]:

قوله: (فَلَيْسَ لَهُ مُطَالَبَةٌ بِهِ قَبْلَ الْأَجَلِ) (3) لَأَنَّهُ قَدْ أَلْزَمَ نَفْسَهُ ذَلِكَ، وَمَنْ أَلْزَمَ نَفْسَهُ طَاعَةً وَمَعْرُوفًا لَزِمَهُ ، كَمَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي هَبْتِهِ.

قوله: (لَزِمَهُ قَبُولُهُ عَرْضًا كَانَ أَوْ عَيْنًا) (4) لَأَنَّ الْأَجَلَ (5) فِي الْقَرْضِ (6) إِنَّمَا هُوَ لِلْمُقْتَرِضِ، فَإِذَا أَسْقَطَ حَقَّهُ لَزِمَ الْمُقْرِضُ الْقَبْضَ (7) مِنْهُ - [لَأَنَّ الْأَصْلَ فِي بَيْعِ الْمُسْلِمِينَ الصِّحَّةَ؛ فَيُحْمَلُ عَلَيْهَا حَتَّى يَتَبَيَّنَ خِلَافُ ذَلِكَ، وَلِأَنَّ الْبَيْعَ بِشَرَطِ الْقَطْعِ نَادِرٌ] (8) - وَهَذَا بخلاف البيع، لَأَنَّهُ إِنْ كَانَ عَرْضًا فَلَا يُجْبَرُ عَلَيَّ أَنْ يَقْبِضَهُ مِنْهُ قَبْلَ الْأَجَلِ، لَأَنَّهُ رُبَّمَا يَكُونُ لَهُ فِي بَقَائِهِ عِنْدَهُ مَنَفْعَةٌ؛ مَخَافَةً أَنْ يَنْتَسُوَسَ (9) أَوْ يَنْقُصَ كَيْلَهُ، أَوْ يَكُونَ لَهُ مَخْزَنًا، أَوْ تَكُونَ سَوْفُهُ كَاسِدَةً.

قوله: (وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ الْمَوْضِعِ) (10) ، لَأَنَّهُ قَدْ يَخَافُ مِنْ غَرَرِ الطَّرِيقِ، وَمَوْؤَنَةِ الْحَمْلِ.

قوله: (وَلَا يَجُوزُ فِي السَّلَمِ) (11) لَأَنَّ الْأَجَلَ فِيهِ لَهْمَا ، فَإِذَا أَسْقَطَ حَقَّهُ الْبَائِعُ بَقِيَ حَقُّ الْمُشْتَرِي، بخلاف القرض؛ إِذْ لَا حَقَّ فِيهِ فِي الْأَجَلِ لِلْمُقْرِضِ.

قوله: (وَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ ذَهَبٌ أَوْ وَرَقٌ) (12) إِنَّمَا لَزِمَهُ قَبُولُ ذَلِكَ فِي الْبَيْعِ، لَأَنَّهُ لَا مَنَفْعَةَ لَهُ فِي تَرْكِ الْعَيْنِ عِنْدَهُ، بَلِ الْأَحْوَطُ تَحْصِيلُهَا؛ إِلَّا أَنْ تَكُونَ بِغَيْرِ مَوْضِعٍ

-
- (1) هذا على لسان حال المقترض.
 - (2) هذا على لسان حال المقرض.
 - (3) وذلك ((فيمين أقرض رجلا شيئا إلى أجل)). التفریع: 140/2.
 - (4) وذلك إذا ((ردّه المقرض إليه قبل أجله)). المصدر السابق.
 - (5) في (و) الأصل.
 - (6) في (و) القراض.
 - (7) في (غ) القرض.
 - (8) لعل ما بين المعكوفتين أدرج من النسخ، إذ لم يظهر له معنى، فلا يستقيم مع السياق في مسألة الأجل المتعلقة بالقرض هنا، وقد يؤكد هذا أن ما بين المعكوفتين نفسه قد ورد في موضع لاحق سياقي ذكره؛ لبيان الصورة الثالثة في بيع الثمار قبل بُدْوِ صلاحها، وهي: ((أن يسكتا على بيعه؛ لا يشترطان قطعا ولا تَبَقِيَةً)) ويحسن ذكره في هذا السياق.
 - (9) في (و) يتوسس.
 - (10) لا يلزم المقرض قبول القرض إن ردّه إليه المقرض في غير مكان القرض. ينظر المصدر السابق: 141/2.
 - (11) ((ولا يلزم في السَّلَمِ قبول المُسَلَّمِ فيه قبل أجله)). المصدر السابق.
 - (12) سواء كان ((مِنْ قَرْضٍ أَوْ بَيْعٍ؛ فَأَتَاهُ بِهِ قَبْلَ أَجَلِهِ، لَزِمَهُ قَبُولُهُ)). المصدر السابق.

البيع، ويخاف غرر الطريق؛ فلم يُجَبَر على أخذها.

باب بيع الثمار

[حكم بيع الثمار قبل بُدُو صلاحها]:

((نَهَى رسولُ الله - صَلَّى الله عليه وسلَّم - عن بَيْعِ الثَّمَارِ قَبْلَ بُدُوِّ صلاحها))
(1) وذلك بما يتوقع عليها من الجوائح؛ فهو غرر.

[صور البيع قبل بُدُو الصلاح]:

وبيع الثمار قبل بُدُو صلاحها على ثلاث صور:

إحداها: أن يبيع بشرط القطع؛ فهذا جائزٌ بلا خلاف ، ولكن بشرط أن يكون مما ينتفع لعلف ونحوه ، أما إذا لم ينتفع به فلا يجوز ، لأنَّه من أكل المال بالباطل ، وكذلك لو تمالأ أهل بلد كلهم على بيعه قبل بُدُوِّ الصَّلاح للقطع؛ لم يجز ، لما في ذلك من الإفساد.

الثاني: أن يبيعه بشرط التَّبْقِيَّة، فإن كان بالتَّقد فهو ممنوعٌ بلا خلاف، لأنَّه قد نُهي عنه (2) ، ومن جهة المعنى ((أنَّه تارةً يكون بيعاً، وتارةً يكون سَلْفاً)) (3) ، وفيه أكلُ المال بالباطل كالتَّقد في بيع الخيار ، وإن كان بالكالي (4) فالمذهب المنع للنَّهي (5) ، وقيل يجوز تخريجاً على كراء الأرض قبل الريِّ ، والأرض الغارقة بالماء ، ولا يدري هل تُرَوَّى أو يزول عنها الماء أولاً؟ وإذا جاز الكراء هنا بالكالي؛ لأنَّه لا يُؤدِّي إلى المحذور والمتَّقدِّم من ((السَّلفِ والبيع))، ومن أكل المال بالباطل؛ فهو أولى بالجواز.

(1) أخرجه مالك في الموطأ: 618/2 حديث رقم 10 بلفظ قريب منه من حديث محمد بن حارثة رفعه، وأخرجه البخاري: 77/3 حديث رقم 2194، ومسلم: 1165/3 حديث رقم 1534 كلاهما من حديث ابن عمر نحوه مرفوعاً.

(2) إشارة للحديث الذي تقدَّم تخريجه ((بيع الثمار قبل بُدُو صلاحها)).

(3) وهو ((التردد بين السلفيّة والتَّمنيّة)).

(4) أي لم يكن نقداً في الحال.

(5) ورد النَّهي من حديث ابن عمر مرفوعاً إلى النبي - ﷺ - أنه قال: ((نَهَى عن بيع الكالي بالكالي)). أخرجه الحاكم في المستدرک: 65/2، حديث رقم 2342، وقال: هذا حديث صحيح علي شرط مسلم، ووافقه الذهبي. وقال الصنعاني: ((وقال أحمد: ليس في هذا الباب حديث صحيح، إنَّما أجمع على أنَّه لا يجوز بيع دين بدين)) فتح الغفار: 1167/3.

الثالثة: أن يسكتا على بيعه؛ لا يشترطان قطعاً ولا تبقيّة ، ففي (المُدَوَّنَة)(1) جواز البيع ، ووجهه أن المقتضي للفساد، إنّما هو اشتراط التّبقيّة؛ وهو مفقود ، ولأنّ (أصل بيع المسلمين الصّحّة؛ فيُحْمَلُ عليها) حتى يتبين خلاف ذلك ، ولأنّ البيع في ذلك بشرط القطع نادر؛ فيُحْمَلُ على الغالب ، وقال ابنُ الجَلّاب: هو باطل(2) ، ووجهه أن المقتضي للصّحّة(3)، إنّما هو اشتراط القطع؛ وهو مفقود ، (وإذا فُقدَ الشرطُ انتفى المشروطُ) .

[بيع الثّمار بعد بُدوّ صلاحها]:

وبيعه بعد بُدوّ صلاحه على ثلاث صور:

الأولى: أن يأخذه شيئاً شيئاً، فهذا جائزٌ بلا خلاف، لأنّه إذا بدا الصّلاح فالغالب سلامته، وطُرُوُّ الجائحة نادرٌ، فيُحْكَمُ بالغالب، وينتقل إلى ضمان المشتري لأنّه جُزَأَف(4).

والثّانية: أن يُبقيّه في ضمانه(5) حتى يأخذه إذا ببس، فهذا ممنوع بلا خلاف، لأنّ فيه أن يزيده في الثّمن ليكون في ضمانه(6)، وهذا مِنْ أَكْلِ المال بالباطل، ولذلك امتنع أن يبيع شيئاً معيّناً؛ ويُبقيّه في ضمانه مُدّةً طويلة.

والثّالثة: أن يسكتا، فظاهر (التّهذيب)(7) أنّه يصحّ(8)، لأنّ ترك المبيع في ضمان بائعه نادرٌ، وقيل: هو باطل؛ لأنّهما يُتّهمان على إرادة التّبقيّة إلى النّيبس.

قوله: (على التّبقيّة)(9)، أي ليأخذ شيئاً بعد شيء.

- (1) ينظر المدونة: 61/3. قال ابن الحاجب: فإن أطلق من غير ذكر لتبقيّة أو لقطع فظاهر المدونة الجواز. ينظر جامع الأمهات: 366/1.
- (2) ينظر التفريع: 142/2.
- (3) في (و) الصحة.
- (4) ينتقل فيه الضّمان إلى المشتري بمجرد الاتفاق، ولا يمكن قبضُ الثمر دفعة واحدة، ولأنّ الجُزَأَف مقبوضٌ بنفس البيع، ولأنّه لا يحتاج إلى حقّ توفية؛ لأنّه معيّن. وقد تقدّم في بيع الطّعام قبل قبضه.
- (5) أن يُبقي المشتري الضّمان على البائع.
- (6) لأنّ الضّمان بجعل ممنوعٌ.
- (7) كتاب (التّهذيب في اختصار المدونة) لخلف بن أبي القاسم الأزدي، المعروف بالبرادعي، يكنى بأبي سعيد، من كبار أصحاب محمد بن أبي زيد وأبي الحسن القابسي، من حفاظ المذهب، له فيه تأليف؛ منها: كتاب التّهذيب في اختصار المدونة، اتّبع فيه طريقة اختصار أبي محمد؛ إلّا أنّه ساقه على نسق المدوّنة، وحذف ما زاده أبو محمد. الديباج المذهب: 349/1.
- (8) ينظر التّهذيب في اختصار المدونة: 9/3.
- (9) ((لا يجوز بيع الثّمار على التّبقيّة قبل بُدوّ صلاحها)). التفريع: 141/2.

[فوات الثمرة المباعة قبل بُدُو صلاحها]:

قوله: (ضَمِنَ مَكِيلَتَهَا إِنْ كَانَتْ مَعْلُومَةً⁽¹⁾)، مثل أن يجزَّ منها، أو يجني بحضرة الشهود كيلا معلوما أو وزنا معلوما، أو يصدقه البائع في ذلك ، ولمَّا كانت من ذوات الأمثال رجع عند الفوت إلى المثل، فإن تعذَّر⁽²⁾ فإلى القيمة ، وإن كان ربويًّا فلا يتوصل إلى قدرها بالحزر، لأنَّ ((الجهل بالمماثلة كتحقيق المفاضلة)) .

قوله: (وَلَهُ⁽³⁾ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهَا)⁽⁴⁾، وقيل: لا شيء له، لأنَّه إنَّما أنفق على ملكه وما هو في ضمانه ، إذ لو تلف لكان منه ، ووجه الأوَّل أنَّه قد انكشف أنَّها ليست ملكًا له؛ فيرجع عليه⁽⁵⁾.

[بيع الثمار بعد بدو صلاح بعضها دون بعض]:

قوله⁽⁶⁾: (إِذَا كَانَ فِي الْحَائِطِ نَخْلٌ)⁽⁷⁾ ، كان الأصل ألا يُباع شيء من الثمر حتَّى يَبْدُو صلاحه في نفسه ، ولكن لما كان الضرورة أجزنا أن يبيع ما بدا صلاحه ، وإن كان فيه مالم يَبْدُ صلاحه بعدُ، لأنَّه لو كُلف أن لا يبيع إلَّا ما طاب لشقَّ ذلك ، ولأنَّه لا يتخلَّف عما بدا صلاحه إلَّا يسيرًا؛ بل هو لاحقٌ به وتابِعٌ، فصار في الحكم كما بدا صلاحه ، ولذلك إذا كان في الشجرة نوعان: أحدهما في وقت، والثاني في وقت آخر مُنفكَّ عنه؛ فلا يجوز بيع ما لم يَبْدُ صلاحه ببيع الأوَّل، كالبَّاكُور⁽⁸⁾ مع اللَّيْنِ.

وكذلك إذا كان في الحائط أصنافٌ مختلفة، كالرُّمَّان والخوخ؛ لم يُبَّع أحدهما بالثَّاني⁽⁹⁾، وقيل: يجوز إذا تقاربت وتلاحقت، وتصير كالنَّوع الواحد ، وكذلك إنَّما

(1) لأنَّ البيع قبل بُدُو الصلاح باطلٌ، وإن اشترط قطعها فأراد المشتري تبقيتها؛ فتردَّ الثمرة على بائعها، وإن فاتت ضمن مكيلتها. ينظر المصدر السابق: 142/2.

(2) في (و) تقدر والصواب ما أثبت.

(3) أي المشتري.

(4) ((فإن فاتت في يد مشتريها ضمن مكيلتها... وله ما أنفق عليها)). التفريع: 142/2.

(5) يرجع المشتري على البائع.

(6) قوله: [إذا كان في الحائط وكثارها، أي في جميع الكثر وهو الجمار]. هذه العبارة مثبتة في النسخة (و) وهو كلام متقطع غير مفهوم، وقد سقط من النسخة (غ)، ولم يكن في الأصل عند ابن الجلاب في التفريع، ينظر المصدر السابق: 143/2.

(7) إذا كان كذلك ((فطاب بعضه جاز بيعه كله)). المصدر السابق.

(8) الباكور من كل شيء: المعجل المجيء والإدراك، ويطلق على الكرم الذي حمل أول حمله. ينظر sss العرب مادة بكر. وفي الشرح الكبير: 177/3 ((التي يسبق طيئها غيرها بالزمن الطويل)).

(9) بطيب الثاني.

يُعتَبَرُ صلاحُ الحائِطِ في نفسه، ولا يُحْمَلُ عليه ما يجاوره، وقيل: يُحْمَلُ عليه ما قَرُبَ منه ، لأنَّ الغالب في الحومة (1) الواحدة أن يبدو صلاحُه في وقت واحد.

[بيع ما يتتابع إنتاجه وطيبه]

[بيع المقائي]:

قوله: (وَيَجُوزُ بَيْعُ الْمَقَائِي) (2) خلافاً للشَّافِعِيِّ (3) ، لأنَّه يمنع ذلك؛ بما فيه من الجهل، وبيع ما ليس بموجود، بخلاف الثَّمَرِ إذا بدا صلاحُه، لأنَّه كلُّه موجودٌ ، ومثله الورد والياسمين، إلَّا أنَّ في المقتاة؛ أنَّ أنوارها حال البيع ظاهرة، وليس ذلك في الورد والياسمين ، بل متى اجتني من ذلك شيئاً معلوماً باعه.

ووجه الجواز أنَّه بين أمرين: إمَّا أن يحبس أولها على آخرها؛ فيؤدِّي إلى فساد أولها ، أو يُباع كلُّ ما انتهى منها على حدة ، وفي ذلك مشقَّة ، وليس كلُّ النَّاسِ يتفرَّغ لذلك (4) ، ولأنَّ (5) بطونها متداخلة؛ لا ينفصل بعضها من بعض كالثمرة ، ولأنَّ الغالب بعد بُدُو صلاحها؛ أن يكون جميع الثَّوار أو غالبه ظاهراً، فيستدلُّ بذلك على قَدْر ما يكون فيها.

[بيع البقول والقرط والقضب]:

قوله: (إِذَا أُمِّكَنَ جِزَاؤها) (6) (7) لأنَّ البَقْلَ قبل ذلك لا فائدة فيه، فلا يجوز بيعه.

والقرط (8) ضَرْبٌ من الفُصَافِصِ كالقَضْبِ (9)، وهو نبات يُجَزُّ مراراً عدَّةً ، كلما جُرَّ نبت مرة أخرى إلى أن يَفْنَى ، وتلك المراتر مجهولة ، وقد تكثر وتقلُّ بحسب الخصب والقحط؛ فدخله الغرر ، ويجوز أن يشترط عدد جزَّات، مثل أن يقول: اقطعه ثلاث مرات، أو كذا وكذا خَلْفَةً ، وإذا اشترى منه جرَّةً واحدة؛ فلا يجوز أن يشتري منه جزات بعدها في صَفْقَةٍ أخرى، لأنَّ ذلك بيع مجهول بالجملة ، وفي الأوَّل الجزَّة

(1) الحومة: المحلَّة أو الحيّ أو الضيعة. ينظر تكملة المعاجم العربية: 384/3.

(2) ينظر التفريع: 143/2.

(3) ينظر الأم: 83/3.

(4) في (و) بذلك.

(5) في (و) وإن.

(6) في (و) جزازهما.

(7) ((ولا بأس ببيع البقول إذا أمكن جزازها)). التفريع: 144/2.

(8) في التفريع: 144/2 ((ولا يجوز بيع القرط والقضب حتى يفنى)). القرط: نبات به ورق يُعْلَف للدواب. ينظر لسان العرب: مادة قرط.

(9) الفُصَافِصُ والقَضْبُ كلاهما نبات تأكله الدواب، وقيل: هما بمعنى واحد. ينظر لسان العرب: مادة قضب.

الأولى معلومة، فكان المجهول تابعا لها إذا سمّياه.

[بيع الموز والورد والياسمين]:

قوله: (وَيُضْرَبُ لَهُ أَجَلٌ يَنْتَهِي إِلَيْهِ) (1)، لَأَنَّ التَّيْبَ لَا يَنْقَطِعُ جُمْلَةً وَلَا يَنْفَصِلُ، لَأَنَّهُ لَا تَزَالُ أَصُولُهُ تَبِيسَ وَتَخْلَفُ؛ وَإِنْ كَانَ فِي بَعْضِ الْفُصُولِ يَكْثُرُ وَفِي بَعْضِهَا يَقَلُّ، وَمَعَ ذَلِكَ فَيَتَتَابَعُ، بِطَوْلِ (2) السَّنَةِ، فَلَا بُدَّ مِنْ ضَرْبِ الْأَجْلِ.

قوله: (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ سِنِينَ عِدَّةً) (3)، لَأَنَّ ذَلِكَ يَنْفَصِلُ بَعْضُهُ عَنْ بَعْضٍ، وَلَا ضَرُورَةُ إِلَى ذَلِكَ الْغَرَرِ، كَمَا فِي السَّنَةِ الْوَاحِدَةِ مِنْ عَدَمِ انْفِصَالِهِ وَتَمَيُّزِهِ.

[بيع الزَّرْع]:

قوله: (وَلَا بِأَسَ بَيْعِ الزَّرْعِ إِذَا بَيَسَ وَاشْتَدَّ) (4) أَيَّ إِذَا اسْتَغْنَى عَنِ الْمَاءِ، وَفِي الْحَدِيثِ ((إِذَا أَبْيَضَ)) (5) وَهُوَ بِذَلِكَ الْمَعْنَى، لَأَنَّهُ لَا يَبْيِضُ إِلَّا إِذَا اشْتَدَّ، لَأَنَّ ذَلِكَ بُدُوُ صِلَاحِهِ، وَأَمَّا قَبْلَ ذَلِكَ فَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِشَرَطِ الْقَطْعِ.

قوله: (إِذَا كَانَ حُرْمًا) (6) لَأَنَّ تَقْدِيرَهُ كَذَلِكَ مُمْكِنٌ لِمَنْ يَعْرِفُ التَّخْمِينَ، لَأَنَّهُ إِذَا اخْتَبَرَ حُرْمَةَ مِنْهَا، وَقَدَّرَ مَا فِيهَا بِثِقَلِهَا وَخَفَّتِهَا؛ حَكَمَ عَلَى بَاقِيهَا بِأَنَّهَا مُتَسَاوِيَةٌ، لِأَنَّهَا بِخِلَافِ مَا إِذَا جُزَّ وَلَمْ يُعْمَلْ حُرْمًا، فَلَا يُمْكِنُ حَزْرُهُ، كَمَا إِذَا اخْتَلَطَ بَعْدَ الْيُبْسِ وَالدَّرْسِ حَبُّهُ بِتَبْنِهِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ قَائِمًا عَلَى أَصُولِهِ؛ فَيُمْكِنُ حَزْرُهُ، فَلِذَلِكَ جَازَ بَيْعُهُ كَذَلِكَ.

قوله: (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ إِذَا دُرِسَ وَاخْتَلَطَ بِتَبْنِهِ) (7) هَذَا فِيهِ تَفْصِيلٌ، أَمَّا إِنْ كَانَ رَأَى قَبْلَ الْحَصَادِ؛ وَهُوَ مِنْ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ بِالْحَزْرِ، يَجُوزُ بَيْعُهُ مِنْهُ، وَإِلَّا فَلَا.

[بيع القصيل]:

قوله: (فَأَخَّرَ قَطْعَهُ حَتَّى بَدَأَ صِلَاحُهُ بَطَلَ بَيْعُهُ) (8) لِأَنَّهُمَا يُتَّهَمَانِ عَلَى فِعْلِ ذَلِكَ

(1) هذا في بيع الموز ((إذا بدا صلاحه جاز بيعه، ويضرب له أجل...)) إلخ. التفريع: 144/2.

(2) في (و) فطول.

(3) متعلق ببيع الموز والورد والياسمين. ينظر المصدر السابق.

(4) المصدر السابق.

(5) الحديث ((نَهَى عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ حَتَّى يَرْهُو، وَعَنِ السُّبُلِ حَتَّى يَبْيِضَ، وَيَأْمَنَ الْعَاهَةُ)) أخرجه مسلم: 1165/3 حديث رقم 1535 عن ابن عمر مرفوعا.

(6) عن بيع الزَّرْع ((ولا بأس ببيعه بعد جزائه إذا كان حُرْمًا)). التفريع: 144/2.

(7) المصدر السابق: 145/2.

(8) الكلام على القصيل، وهو الذي تُغْلَفُ بِهِ الدُّوَابُّ لِسُرْعَةِ اقْتِصَالِهِ؛ أَيُّ قَطْعِهِ. ينظر لسان العرب: مادة قصل. والمقصود هنا ((مَنْ اشْتَرَى قَصِيلًا عَلَى الْقَطْعِ فَأَخَّرَ قَطْعَهُ...)) إلخ. التفريع: 145/2.

بالقصد ، وشَرَطَا القطع حيلة منهما على تجويز مالا يجوز ، (وَكُلُّ عَقْدٍ أَدَّى إِلَى تَجْوِيزٍ مَا لَا يَجُوزُ ابْتِدَاءً فَهُوَ بَاطِلٌ) .

قوله: (فَإِنْ فَاتَ) (1) وذلك بأن يحصده ويغيب عليه ، يُتَصَوَّرُ هنا صورتان:

إحداهما: أن يبيعه قبل أن يبدو صلاحه، وكذلك في الثمر ليأخذه إذا يبس ، فهذا باطلٌ لِبُعْدِ ما بين الوقتين، فيُفْسَخُ وإن فات، ويرجع إلى المثل، أو القيمة إن جهل.

والثانية: أن يبيعه بعد بُدُوِّ الصَّلَاحِ إذا أَفْرَكَ أو صار رطباً؛ ليأخذه إذا يبس ، فهذا بيعٌ مكروهٌ ، فإن لم يفت فُسِخَ، ورُدَّ على بائعه كيف ما كان ، وإن فات صحَّ لِقُرْبِ ما بين الوقتين.

قوله: (ذَكَرْنَا حُكْمَهُ) (2) يعني ردّه إن وُجِدَ ، ومثله إن فات ، وقيمتَه إن جهل قدره.

[بيع القصيل والأرض مع تأخر القطع]:

قوله: (جَازَ لَهُ أَنْ يَبْقِيَ الزَّرْعَ فِيهَا) (3)، لأنَّ البيع صحيحٌ ، وبالبيع صارت الأرضُ له؛ وتنزّل فيها منزلة البائع (4)، فصار له من التَّبَقُّيَةِ ما كان له.

[بيع الأصل مع الثمرة مؤبّرة وغير مؤبّرة]:

قوله: (وَفِيهَا ثَمَرٌ لَمْ تُؤَبَّرْ) (5) الأصل في ذلك قَوْلُهُ - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: ((مَنْ بَاعَ نَخْلًا، وَفِيهِ ثَمَرٌ قَدْ أُبِّرَتْ؛ فَالْثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ)) (6) مفهومه أنّه إذا لم يُؤَبَّرْ فهو للمشتري ، ولنا في القول بالمفهوم قولان؛ فمتى اقترنت قرينة به أوبركه قلنا بذلك ، ولأبي حنيفة فيه قولان؛ أشهرهما أن لا مفهوم، ويترجّح نفيه بأنَّ القول بثبوته يُبطل قاعدة القياس ، ألا ترى أنّه - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قال:

(1) أي فإن فات القصيل عند المشتري مع الحكم بالبطلان؛ ضمن مكيلته أو قيمته.... إلخ. ينظر التفريع: 145/2.

(2) بأن يضمن المشتري مكيلته، أو قيمته؛ إذا أحرر القطع مع بُدُوِّ الصَّلَاحِ. ينظر المصدر السابق.

(3) من غير قطع؛ وذلك إذا ((اشترى قصيلاً على القطع، ثم اشترى الأرض التي هوفيها)) المصدر السابق.

(4) لأنَّ البائع مكّن المشتري من القبض. ينظر مواهب الجليل: 478/4، ومدونة الفقه المالكي وأدلته: 460/3.

(5) في الأصل ((ومن اشترى نخلاً وفيها ثمرٌ لم يُؤَبَّرْ)). التفريع: 146/2.

(6) أخرجه البخاري: 78/3 حديث رقم 2204 ومسلم: 1172/3 حديث رقم 1543 كلاهما من حديث ابن عمر مرفوعاً من غير لفظ ((وفيه ثمر)).

((لا تَبِيعُوا الْبُرَّ بِالْبُرِّ، ولا الشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ، ولا التَّمْرَ بِالتَّمْرِ، ولا المِلْحَ بِالْمِلْحِ؛ إِلَّا يَدًا بِيَدٍ)) (1) فخصَّ هذه ولم يدلَّ على نفي الحكم عمَّا عداها ، ولأنَّه لو اقتضى ذلك نفي الحكم عمَّا لم يُذكر؛ لكان إثبات الحكم له مناقضا، وليس كذلك، لأنَّه لو قال - صَلَّى الله عليه وسلَّم - بعد قوله - صَلَّى الله عليه وسلَّم -: ((في سَائِمَةِ الْغَنَمِ الزَّكَاةُ)) (2) وفي المعلوفة الزَّكَاة؛ لم يكن فيه تناقض، ولا خلاف في القول بمفهوم الموافقة ، وإنما الخلاف في المخالف.

ويدل على ما قلنا: إِنَّ التَّمْرَ إِذَا لَمْ يُؤَبَّرْ أَشْبَهَ الْحَمْلَ؛ وهو للمبتاع اتفاقا، والمراد بالتأبير وقته ، وذلك إذا انشق الطَّلَع سواء أُبِّرَ أو لم يُؤَبَّرْ، وهو بمنزلة التذكير في غير النخل ، ولا يُفعل ذلك إلا بعد عقده ، فإذا أُبِّرَ أُمِنَ (3) سقوطه، وإذا لم يُؤَبَّرْ فهو بمنزلته قبل الخروج ، فإذا أُبِّرَ فهو زائد عن المبيع كسلعة أخرى، بمنزلة مال العبد إذا بيع فهو لبائعه اتفاقا، لأنَّه منفصلٌ عنه؛ إِلَّا أن يشترطه المشتري، بخلاف عتقه، لأنَّه يتبعه إذا لم يشترطه المعتق ، وفي هبته قولان؛ هل يعتبر أنَّها انتقال مِلْكٍ إلى مِلْكٍ، فيكون كالبيع في ذلك؟ أو معروف فيكون كالعتق؟ وأيضا فجعلها كالبيع يُؤَدِّي إلى قطع المعروف بين الناس.

وهذا كما نقول فيمن دَفَعَ لشخص عَرْضًا ليرهنه فيما عليه، فَرَهَنَهُ في عدد، ثم يدعي ربُّه (4) أنَّه إنما دفعه له ليرهنه في أَقَلِّ منه، ليكون أسهل لِفَكِّهِ؛ فالقول قولُ رَبِّهِ لئَلَّا يُؤَدِّي إلى قَطْعِ المعروف ، بخلاف ما إذا رَهَنَ عرضا في عدد، ثُمَّ يَدَّعي المرتهن أنَّه في أكثر ، فإنه يُصَدَّق في قدر ما يساوي الرهن ، ويحلف على الزَّائد.

[بيع التَّمْرِ المؤَبَّر بعضه دون بعض]:

قوله: ((وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا أَكْثَرَ)) (5)، إذا استويا فلا خلاف أنَّه يُؤْخَذ من كل بقدره، لأنَّه لا يتبع أَحَدُهُمَا الآخر ، ((وعند الاختلاف يُجْعَلُ الْحُكْمُ لِلْأَكْثَرِ)) ، لَأَنَّ ((الْأَقْلَّ تَبِعَ مَغْتَفَرًا)) ، والوجه أن يُؤْخَذ من كُلِّ بقدره ، لَأَنَّ التَّبْعِيَّةَ على خلاف الأصل ، وهذا كما تقدَّم (6) فيما سَقِيَ سَيْحًا (1) أو بِسَانِيَّة (2) أو من ماء السماء أو بهما (3) ، فإن

(1) من صحيح مسلم وقد تقدم تخريجه.

(2) أخرج البخاري نحوه: 118/2 حديث رقم 1454 عن أبي بكر مرفوعا.

(3) في (و) من.

(4) وهو الرَّاهِن، لأنَّه مالك الرَّهْن، له غَنَمُهُ وعليه غُرْمُهُ.

(5) إذا أُبِّرَ بعض النخل وبعضُه لم يُؤَبَّرْ؛ وكان أحدهما أكثر من الآخر، ففيها روايتان. ينظر التفريع:

146/2.

(6) من الخلاف في زكاة الزَّرْع فيما إذا سَقِيَ بالسَّانِيَّة، أو ماء السماء، أو بهما معا.

استويا فالعُشْر ونصفه ، وإن اختلفا؛ فهل يُؤخَذ من كل واحد بقدره ، أو يكون الأقل تابعا للأكثر؟.

[بيع الأرض وفيها الزرع والشجر]:

قوله: (وَفِيهَا زَرْعٌ لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهُ) (4) بُدُوُ صلاح الزرع أن يثبت ويظهر على وجه الأرض؛ أمكن رعيه أولا.

قوله: (إِحْدَاهُمَا (5) أَنَّهُ لِلْبَائِعِ) (6) ، وَوَجْهُهُ أَنَّهُ سِلْعَةٌ ثَابِتَةٌ مُودَعَةٌ فِي الْأَرْضِ ، كما لو باع دارا فيها متاعٌ له ، بخلاف الثمر؛ لأنَّه من نفس الشجر يكون ، ولذلك فُرِّق بين الزرع والثمر في الشُّفْعَةِ ، فجازت في الثمر لأنَّه غير زائد على الأصل ، ولم تجز في الزرع؛ لأنَّه زائد على الأصل.

وَوَجْهُهُ أَنَّهُ لِلْمُبْتَاعِ؛ الْقِيَاسُ عَلَى الثَّمَرَةِ، إِذْ قَدْ صَارَ بِالزَّرْعِ كَأَنَّهُ مِنَ الْأَرْضِ، وَلَأنَّه يَتَغَيَّرُ فِيهَا ، وَلَا يُمْكِنُ انْفِكَاحُهَا مِنْهَا، فَصَارَتْ بِمَنْزِلَةِ الثَّمَرَةِ لَمْ تَظْهَرْ بَعْدَ.

قوله: (فَمَا كَانَ مِنْ ثَمَرِهَا قَدْ عَقَدَ) (7) ، الْأَصْلُ فِي هَذَا الثَّمَرِ (8)، وَهَذَا كُلُّهُ بِالْقِيَاسِ ، وَانْعِقَادِ الثَّمَرَةِ بِمَنْزِلَةِ النَّائِبِ هُنَاكَ.

قوله: (وَرَدَا) (9) أَي نَوْرًا لَمْ يَنْعَقِدْ بَعْدَ، فَهَذَا كَأَنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ.

[بيع الثمار جزافا وخرصا على رؤوس الشجر واستثناء بعضها]:

قوله: (لَا بَأْسَ بِبَيْعِ الثِّمَارِ جُرَافًا) (10) لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ التَّوَصُّلَ إِلَى خَرْصِهَا مِمَّنْ لَهُ

(1) السَّيْحُ: هُوَ الْمَاءُ الظَّاهِرُ الَّذِي يَفِيضُ وَيَجْرِي عَلَى وَجْهِ الْأَرْضِ. يَنْظُرُ طُلُبَةُ الطَّلَبَةِ: 40، 275، وَلِسَانُ الْعَرَبِ: مَادَةُ سَيْحٍ.

(2) السَّانِيَةُ: هِيَ النَّاضِحَةُ وَهِيَ النَّاقَةُ الَّتِي يُسْتَقَى عَلَيْهَا. يَنْظُرُ طُلُبَةُ الطَّلَبَةِ: 41، وَلِسَانُ الْعَرَبِ: مَادَةُ سَنَا.

(3) بِالسَّيْحِ أَوْ مَاءِ السَّمَاءِ مِنْ جِهَةٍ، أَوْ بِالسَّانِيَةِ مِنْ جِهَةٍ.

(4) مَنْ اشْتَرَى أَرْضًا وَفِيهَا زَرْعٌ صَغِيرٌ لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهُ؛ فَهَلْ هُوَ لِلْمُشْتَرِي أَمْ لِلْبَائِعِ؟. يَنْظُرُ التَّفْرِيعُ: 146/2.

(5) فِي (و) إِحْدَاهَا.

(6) التَّفْرِيعُ: 146/2. وَهَذَا فِي الزَّرْعِ الصَّغِيرِ إِذَا اشْتَرَى مَعَ الْأَرْضِ، وَالرَّوَايَةُ الْأُخْرَى أَنَّهُ لِلْمُشْتَرِي. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(7) هَذَا فِي ((مَنْ اشْتَرَى أَرْضًا وَفِيهَا شَجَرٌ مُثْمَرٌ.. فَهُوَ لِلْبَائِعِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 147/2.

(8) إِذَا أَثْمَرَ وَانْعَقَدَ.

(9) ((إِذَا اشْتَرَى أَرْضًا وَفِيهَا شَجَرٌ مُثْمَرٌ؛ فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(10) وَهُوَ ((فِي رُؤُوسِ الشَّجَرِ وَالنَّخْلِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

علم به.

قوله: (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا خَرْصًا) (1) ، مثل أن يخرسه بكيل معلوم؛ ويبيع منه ذلك القدر ، فهذا لا يجوز، لأنه مجهولٌ ، لأنَّ الخرص تخمينٌ؛ لا يحصل معه علمٌ ، وكذلك إذا قال: أدفع لك مثل خرصه يابسًا ، فهذا بيع الثمر بالثمر متفاضلا؛ غير يَد بيد.

قوله: (وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ جُزْءٍ مِنْهَا) (2) كُلُّ مَا جَارَ بَيْعُ الْكُلِّ عَلَيْهِ؛ جاز في الجزء أيضا.

قوله: (وَلَا بَأْسَ أَنْ يَبِيعَهَا وَيُسْتَنْتَى) (3)، حَكْمُ الْمُسْتَنْتَى حَكْمُ الْمَبِيعِ ، فلذلك لم يجز استثناء الجنين ، إذ لا يجوز بيعه ، (فَمَا صَحَّ بَيْعُهُ صَحَّ اسْتِثْنَاؤُهُ) .

وقوله: (أَوْ كَثِيرًا) (4) (لأنَّ جزءَ المعلوم معلوم) (5).

قوله: (إِذَا كَانَ يَسِيرًا كَالثُلْثِ فَمَا دُونَ) (6) لأنه إن كثر أمكن أن يفيء بجميع الثمرة ، فلا يَبْقَى منها شيءٌ لمشتريها (7).

قوله: (وَيُعَيَّنُهَا) (8) ثبت في بعض النسخ (ولا) بزيادة (لا) (9) ، ومعناه لا يُعَيَّنُهَا وقت العقد بل بعد ذلك ، وبإسقاط (لا) أي يُعَيَّنُهَا في العقد أو بَعْدَهُ ، وإن كان عدد ثمار الحائط معلوما؛ كانا شريكين فيها بقدر نسبة عدد ما استثنى ، لأنه لَمَّا لم يكن أن

(1) المصدر السابق.

(2) المصدر السابق.

(3) بيع الثمرة ويستثنى جزءا منها. المصدر السابق.

(4) في بيع الثمار مع الاستثناء، سواء كان الاستثناء يسيرا أو كثيرا؛ طالما الاستثناء على الشيوع كالنصف والثلث. ينظر التقرير: 147/2.

(5) في النسخة (و) لا جزء المعلوم بمعلوم. وما أثبت معناه أن القدر المستثنى بالربع أو النصف محدداً معلوم بذلك، وليس مجهولاً.

(6) ((ولا بأس أن يبيعها جزافاً؛ ويستثنى منها كيلاً معلوماً إذا كان يسيراً...)). المصدر السابق.

(7) ورخص في القليل - أيضا - لأن استثناء المبيع بالكيل أو الوزن مخالف لطريقة بيع الجزاف؛ إذ رخص في الجزاف؛ واغترفت فيه الجهالة لتيسير البيع من غير كيل أو وزن على البائع، ولرفع المشقة عنه، والاستثناء بالكيل أو الوزن مخالف لهذه الحكمة، وبقي بيع الجزاف للمخاطرة المحضة. ينظر مدونة الفقه المالكي وأدلته: 289/3.

(8) لا بأس باستثناء خللات يعينها؛ إذا كان قدر ثمرها الثلث فما دون. ينظر التقرير: 147/2.

(9) لم يشر محقق كتاب التقرير لهذا الفرق، وربما لم يثبت الفرق لديه لعدم توفر النسخة التي أشار إليها المصنف، بالرغم من أنه رجع للبيد مخطوطاً في كثير من مواضع الكتاب؛ لكنه لم يشر إلى ما وقع عليه المصنف ونبّه إليه.

يأخذ من أجودها ولا من رديئها؛ رجع إلى ما قلنا، لأنه أعدل، وعلى قوله: ((ويعينها)) لا يجوز في حق المشتري، لأنه لو جُوز ذلك لأدّى إلى أن يختار وينتقل بنيتّه؛ فيتصرّف فيما لا يجوز له التّصرّف فيه، بخلاف البائع؛ لأنه لعلمه بما باع (1) لا يكون منه انتقال ولا تردّد، بل يقصّد أوّلاً إلى مراده.

[التّحديد بالتّالث في استثناء بعض الثمار من البيع]:

قوله: (إِنْ كَانَ قَدْرُ ثَمَرِهَا ثُلُثَ الثَّمَرَةِ أَوْ أَدْنَى مِنْهُ) (2) لأنه لو جُوز ذلك في الكثير لأدّى إلى ألا يبقى للمشتري ما ينتفع به، وأيضاً فإنّ ذلك إنّما يجوز فيما ثمرته الثُّلُث فدون، وهو مُغتفر، فلا يضر اختياره لأنه مُقيّد.

[بيع المستثنى من البيع قبل استيفائه]:

قوله: () (ففيها (3) روايتان) (4) وجه جواز بيعه أنّه ليس حُكْم الاستثناء حُكْم البيع؛ بل حكم التّبقيّة، فلا يكون في ذلك بيع طعام قبل قبضه، لأنه لم يخرج عن ملكه، ثمّ رجع بالشراء؛ أي بالاستثناء.

ووجه منع بيعه أنّ حُكْمَهُ حُكْمُ البيع، وعلى هذين الاعتبارين ينبني الحُكْمُ إذا أُجِيج الحائط؛ هل يرجع المستثنى (5) على المشتري بقدر ما أصاب المستثنى من الجائحة، لأنّ الاستثناء بيع، أم لا؛ لأنه تبقيّة؟ إلّا أنه يردّ على كون الاستثناء بيعاً إشكالاً، وهو أنّه على أنّه بيع؛ يكون الخارج من يد المشتري عينا وتمراً، وأخذ تمراً، وذلك لا يجوز، لأنه متى كان ربوياً من الجهتين ومع أحدهما غيره؛ فلا يجوز، وفيه - أيضاً - ((بيع الطّعام قبل قبضه غير يد بيد)).

[بيع تمر مُعيّن بدا صلاحه بثمرن مؤجّل أو مُعجّل]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِيَ الرَّجُلُ ثَمَرًا مَكِيلًا) (6) هذا بيع، لا سلّم، لأنه في مُعيّن، ولذلك لو استُحِقَّ لأنفسخ البيع، لكن يُشبهه السّلم من حيث أنّه لا يتعيّن أخذه من صنف بعينه، فصار كما في الدّيمة، ولذلك لا ينتقل من ضمان بائعه حتّى يستوفيه.

- (1) سقطت من (و).
- (2) المصدر السابق. والمراد أنّه لا بأس به إن كان كذلك.
- (3) من قوله: ((ففيها...)) إلخ؛ وما بعده فُقد مقدارُ لوحة من النسخة (و).
- (4) إذا أراد البائع بيع ما استثناءه من الكيل المعلوم قبل أن يستوفيه من المشتري؛ ففيه روايتان. ينظر المصدر السابق: 148/2.
- (5) وهو البائع.
- (6) إذا كان ((من حائط بعينه إذا بدا صلاحه بثمرن معجّل أو مؤجّل)). المصدر السابق.

ولو أُجِيجَ الحائِطُ حَتَّى لَمْ يَبْقَ مِنْهُ سِوَى إِرْدَبٍّ؛ كَانَ لِلْمَشْتَرِي ، وَاتَّبَعَهُ بِالْبَاقِي، وَلَمَّا لَمْ يَكُنْ سَلَمًا؛ جَازَ فِيهِ تَأْخِيرُ الثَّمَنِ، لَكِنْ يُشْتَرَطُ أَنْ يَشْرَعَ فِي الْقَبْضِ.
[شروط بيع الثمر المعين بثمر مؤجل أو معجل]:

ولابدَّ في جواز ذلك من شروط:

أحدها: أن يكون قد بدا صلاحه.

الثاني: أن يأخذه رطبًا لا يابسًا؛ لقرب ما بين بُدْوِ الصَّلَاحِ والرُّطْبِيَّةِ، لا سيما (بالجَاز).

وإن شرط أخذه إذا ييس فهو ممنوعٌ، لكن هل ذلك على جهة الكراهة أو الحرمة؟ فإن قيل بالكراهة فيصح إن وقع.

ولنا في المكروه قولان؛ هل يصح بالوقوع، أو بالفوت؛ فيمضي بالثمن؟.

وعلى الحرمة يبطل مطلقًا، ويُرجع إلى المثل أو القيمة، لا إلى الثمن.

الثالث: أن يذكر قدر ما يأخذ منه كل يوم، لأنَّه في أول أمره قد يكون غالبًا أو بالعكس؛ فيختلفان في قدر المأخوذ، وتدخله المغالبة؛ بأن يقول البائع: أدفع له قليلًا قليلًا في أوله، ويقول الآخر: آخذ كثيرًا كثيرًا.

[نفاد ثمر حائط معين قبل استيفاء المشتري له]:

قوله: (يَأْخُذُ بَقِيَّةَ رَأْسِ مَالِهِ) (1) لَا يُتَّهَمَانِ بِسَلْفٍ وَبَيْعٍ إِلَّا عَلَى مَرَاعَاةِ الثُّهْمِ البَعِيدَةِ، لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا جَرَتْ إِلَيْهِ الْأَحْكَامُ، كَمَا لَوْ أَجَّرَ دَارًا وَدَفَعَ كِرَاءَهَا؛ فَانْهَدَمَتْ فِي أَثْنَاءِ الْمَدَّةِ.

ولابدَّ أن يكون ما يأخذ منه نقدًا، ولا يجوز فسخ ما بقي في شيء مؤخر؛ للنهي عن فسخ الدين في الدين (2) [...] (3) فإن دفع له مثل ما له عليه بعد الفسخ صحَّ.

وهل يكون ذلك بحساب المكيلة أو بحساب القيمة؟ قولان، فعلى المكيلة؛ إن بقي

(1) إذا ((فني ثمر الحائط قبل أن يستوفي المشتري ماشرته، فإنه يأخذ بقية رأس ماله)). المصدر السابق: 149/2.

(2) تقدم تخريجه عند الحاكم في المستدرک.

(3) ما بين المعكوفتين؛ مقدار ست كلمات فُقد من (و) وطمس في (غ).

له إِرْدَبٍّ من عَشْرٍ دفع له عَشْرُ الثَّمَنِ الأول، وعلى القيمة؛ ينظر إلى قيمته في أوله وفي آخره، فيدفع له بقدر ذلك.

وإن دفع له طعاما فقليل: لا يجوز لأنَّ فيه بيع الطعام قبل قبضه⁽¹⁾، غير يد بيد، وقيل: يجوز لأنهما فسَخَا البيع الأول وصار له عنده بقية الثَّمَنِ، وقيل: إن ذهب ذلك وفنى بأمر من الله - عزَّ وجلَّ - جاز ولا تهمة، وإن أذهب به بَيْعٌ أو أَكَلٌ اتُّهِمَا.

وإن كان الثَّمَنُ دنائير؛ فهل يدفع له دراهم؟ فقليل: يجوز، لأنَّه صَرَفُ ما في الذِّمَّةِ، وقيل: يُتَّهَمَانِ على قصد الصَّرْفِ المتأخر؛ واحتالا بالبيع، وقيل بالتفصيل المتقدِّم⁽²⁾.

(1) بيع المشتري الطعام الذي نفذ ولم يستلمه بعد؛ باعه قبل قبضه للبائع بطعام غير يد بيد.
(2) هي المسألة السابقة، أي مسألة نفاذ تمر حائط معيَّن قبل استيفاء المشتري له وأراد أن يدفع له طعاما؛ إن كان نفاذ التمر بسببه فيجوز، وإن كانت بسماوي فلا يجوز.

باب العرايا

[الفرق بين العريّة والهبة]:

المشهور من المذهب الْفَرْقُ بين الْعَرِيَّةِ وَالْهَبَةِ، لأنَّ الْعَرَبَ تَخَصُّ لَفْظَ الْعَرِيَّةِ بهبة التَّمَرِ، كما تَخَصُّ الْمَنَحَةُ بهبة الماشية، والهبة بالدَّنَانِيرِ والدِّرَاهِمِ. فَقَصَرَ مَالِكٌ حُكْمَ الْعَرِيَّةِ عَلَى مَا وَقَعَ بِلَفْظِهَا، لَا بِلَفْظِ الْهَبَةِ؛ وَإِنْ كَانَتِ الْعَرِيَّةُ هَبَةً فِي الْمَعْنَى، وَهَذَا غَايَةُ الْإِحْتِيَاظِ فِي قَصْرِ الرُّخْصَةِ عَلَى مَحَلِّ وَرُودِهَا.

وَأَمَّا ابْنُ وَهْبٍ (1)؛ فَرَوَى عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الْهَبَةَ فِي ذَلِكَ كَالْعَرِيَّةِ، لِأَنَّهُمَا هَبَتَانِ فِي الْمَعْنَى، وَإِنَّمَا يَخْتَلِفَانِ لَفْظًا؛ وَلَا أَثَرَ لَذَلِكَ، وَإِنْ اخْتَلَفَ فِي السَّقْيِ وَالْحِفْظِ وَالْمُؤُونَةِ وَالزَّكَاةِ؛ فَقِيلَ عَلَى رَبِّ الْأَرْضِ فِي الْهَبَةِ وَالْعَرِيَّةِ، وَقِيلَ عَلَى الْمُعَرَى وَالْمَوْهوبِ.

وقيل بالفرق بين الزكاة؛ فهي على من صارت له، وبين السقي والمؤونة فهي على رب الأرض، لأنَّ قَرِينَةَ الْإِحْسَانِ دَالَّةٌ عَلَى تَحْمِلِهِ ذَلِكَ، وَقِيلَ: - وَهُوَ الْمَذْهَبُ - بالفرق بين العريّة؛ فعلى رَبِّ الْأَرْضِ، لِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ مِلْكُهُ إِلَّا بِالْقَبْضِ حِسًّا، لِأَنَّهُ بَقِيَ عَلَى مِلْكِ رَبِّهَا، فَيَزِيدُ فِي ذَلِكَ بِالسَّقْيِ، وَبَيْنَ الْهَبَةِ؛ فعلى الموهوب، لِأَنَّهُ بِالْهَبَةِ مَلَكٌ. [عريّة الثمر المعدوم]:

ويجوز عندنا هبة المعدوم (2)، ولذلك يجوز أن يعريه الثمر المعدوم.

قوله: (وَهِيَ هَبَةٌ) (3) [.....] (4).

[بيع العريّة بعد بُدْوٍ صلاحها]:

قوله: (حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا) (5) لِلنَّهْيِ عَنْ ذَلِكَ (1).

(1) عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي، أبو محمد، كان إماماً جامعاً بين الفقه والحديث، روى عن مالك كتبه وسننه وموطأه، وصحبه عشرين سنة، روى عنه سحنون، وخَرَجَ عنه البخاري، مات سنة 197 هـ. ينظر الفهرست: 247، وشجرة النور: 58/1.

(2) ينظر بداية المجتهد: 329/2، والذخيرة: 251/6.

(3) عن العريّة ((هي هبة ثمر النخل)). التفريع: 149/2.

(4) ما بين المعكوفتين؛ مقدار خمس كلمات فُقدت من النسخة (و) وطمس في (غ).

(5) ((ومن ملك عريّة فلا يجوز له بيعها حتى يَبْدُوَ صلاحها)). المصدر السابق: 150/2.

[بيع العريّة من المُعري وغيره]:

قوله: (جَازَ بَيْعُهَا مِنَ الْمُعْرِي) (2) قيل: لا يجوز للمُعري أن يشتريها؛ ((للنهي عن العود في الهبة والصدقة)) (3)، والعود عامٌ يكون بعوض وبلا عوض، ولأنه إذا اشتراها منه، فالغالب أن يسمح له في ذلك، ويأخذها بأقلّ من ثمنها، فيكون في معنى التراجع في هبته حقيقة، وكذلك لا يشتريها ممن اشتراها من الموهوب لأن ذلك كلّه داخلٌ في عموم التراجع في هبته، ولأنّه يمكن أن يكون جَعَلًا هذا بينهما؛ ليصحّحها بيعها وشراءها، وقيل: يجوز له أن يشتريها، ولكن بما يجوز للأجنبي شراءها (4).

ويجوز بطعام (5)، ولكن بشرط أن يجدها حينئذ؛ ليكون يدا بيد، ووجه هذه الرواية تغليبُ القياس على خبر الواحد.

والمذهب أنّه يجوز له أن يشتريها بمكيلتها تمرا؛ وهي رخصة للحديث ((نهي رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن بيع الرطب بالتمر، وأرخص في العريّة)) (6) وفي حديث آخر ((أنّه يجوز للمُعري شراء عريّته بخرصها)) (7)، فخصّه بالمُعري.

وقال أبو حنيفة: هذا ليس بيعا، وإنّما هي هبة ثانية ورجوع عن الأوّل، لأنّه يجوز عنده الرجوع في الهبة ما لم يقبضها الموهوب (8).

وجعله الشافعيّ بيعا محققا؛ لا على مقتضى الحديث، لكنّه شرط أن يكون الثمن مقبوضا حينئذ (9)، لأنّ تأخيرَه إلى الجَدَاد أكثرُ محظورا، ودليلنا في التأخير عملُ أهل (المدينة)، فلو وقع البيع بثمن مقبوض؛ فهل يُفسخ أم لا؟ قولان، فوجه الفسخ أنّه تغييرٌ لسنة العمل، وقيل: لا يُفسخ لأنّه أقلّ محظورا، لأنّه يطرأ مع التأخير ثلاثة

(1) وردَ النَّهْيُ عن ذلك في الصَّحِيح عند البخاري: 100/3 حديث رقم 2194 من حديث ابن عمر مرفوعا. ونصه ((أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - نَهَى عَنِ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى يَبْدُو صَلاَحُهَا...)).

(2) التفريع: 150/2.

(3) ورد النَّهْيُ عن ذلك في الصَّحِيح مما أخرجه البخاري: 127/2 حديث رقم 1490 من حديث عمر - رضي الله عنه - مرفوعا. ونصّه ((لَا تَشْتَرِ وَلَا تُعِدْ فِي صَدَقَتِكَ؛ وَإِنْ أَعْطَاكَ بِدَرَاهِمٍ، فَإِنَّ الْعَانِدَ فِي صَدَقَتِهِ كَالْعَانِدِ فِي قَيْئِهِ)).

(4) بالدَّانِيرِ والدَّرَاهِمِ والعروض. ينظر التفريع: 150/2.

(5) كما جاز للمُعري.

(6) أخرج البخاري: 76/3 حديث رقم 2191 نحوه من حديث سَهْلِ بْنِ أَبِي حَنْظَلَةَ مرفوعا.

(7) أخرج البخاري: 99/3 حديث رقم 2188 نحوه من حديث زيد بن ثابت مرفوعا، ونصه ((أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - أَرَخَصَ لِمُصَاحِبِ الْعَرِيَّةِ أَنْ يَبِيعَهَا بِخَرْصِهَا)).

(8) ينظر كتاب الاختيار لتعليل المختار: 59/3.

(9) ينظر الأم: 56/3.

محظورات:

أحدها: بيع الطعام غير يد بيد.

والثاني: بيع الرطب بالتمر؛ وهو منهي عنه (1).

الثالث (2): بيع ما علم كَيْلُهُ بالمخروص ، وهو مجهول التماثل، (والجهل بالتماثل كتحقيق التفاضل) ، واختُلف في تعليل جواز ذلك للمُعري ، فقيل: لدفع ضرر المداخلة ، وقيل: للرفق بالمُعري ، والقيام (3) عنه بالجَدَاد والحفظ والجمع، فهاتان علتان مُستقلتان؛ يصح التعليل بكل واحدة وبهما معا على استقلال كل واحدة ، فإذا عللنا بالضرر فلا يجوز أن يشتري بعض العريّة؛ لأنّ الضرر لا يزول ، وكذلك لا يجوز إذا أُعري نَفَرًا أن يشتري من بعضهم ، فوسّع للمُعري في شرائها بخرصها حتى يسهل ذلك عليه، وليشاركه الفقير في الانتفاع بعين العريّة رطبة ويابسة.

ولو باعها المُعري (4) لجاز لربّها أن يشتريها بخرصها تمرا من المشتري، لأنّ العلة موجودة (5).

قوله: (يُعْطِيهِ إِيَّاهُ عِنْدَ جَدَادِهَا) (6) ، هذا ليكون يدًا بيد، لئلا يجتمع مع التفاضل النساء.

[القدر المسموح به في بيع العريّة]:

قوله: (خَمْسَةَ أُوسُقٍ) (7) وقيل: لا يجوز إلا مادون خمسة أوسق ، وسبب الخلاف شكّ الراوي (8) في الحديث (9) ، ولأنّ الغالب على الناس ألا يعرفوا أكثر من

- (1) تقدم تخريجه.
- (2) لهذا الموضع انتهى القدر المفقود من النسخة (و).
- (3) في (و) والقياس.
- (4) في (و) المُعري. والمراد؛ لو باعها المُعري لغير المُعري لجاز للمُعري أن يشتريها من ذلك الغير (المشتري) بخرصها تمرا.
- (5) وهي رفع الضرر الحاصل من المُعري أو من غيره.
- (6) يجوز للمعري خاصة شراء العريّة بخرصها تمرا؛ يعطيه إياه عند الجداد. ينظر التفريع: 150/2.
- (7) ((ويجوز بيعها من المُعري... إذا كان قدرها خمسة أوسق فما دونها)). المصدر السابق.
- (8) قال الباجي: ((شكّ داؤد بن الحُصَيْن في المقدار بين الخمسة أوسق وبين ما دونها، ولم يَرَوْ هذا الحديث من طريق صحيح أحد غيرهُ، وقد عَوَّل عليه جميع الفقهاء.... وعن مالك في تحديد ذلك روايتان)). المنتقى: 230/4.
- (9) الحديث أخرجه البخاري: 99/3 حديث رقم 2190 من حديث أبي هريرة مرفوعا. ونصّه ((أنّ النَّبِيَّ - ﷺ - رَخَّصَ فِي بَيْعِ الْعَرَايَا فِي خَمْسَةِ أُوسُقٍ، أَوْ دُونَ خَمْسَةِ أُوسُقٍ)).

ذلك، فجاء الحكم على الغالب ، فلو أعراه أكثر؛ لم يجز أن يشتري منه بالخرص إلا خمسة.

قوله: (وَمَنْ أَعْرَى نَفَرًا شَتَّى (1)(2) يجوز أن يشتري مِنْ كُلِّ واحد منهم خمسة أَوْسُق بخرصها تمرا ، وكذلك إذا أَعْرَى رجلان شخصا؛ يجوز أن يشتري كُلُّ واحد منهما منه قَدْر خمسة أَوْسُق بخرصها.

(1) في (و) شيئا. وهو مخالف لما في (غ) ولما جاء في أصل التفریع. التفریع: 151/2.
(2) ((فلا بأس أن يشتري من كُلِّ واحد منهم عريته)). المصدر السابق.

باب وضع الجوائح (1)

[سبب وضع الجائحة والدليل عليها]:

لَمَّا احتاج النَّاسُ إلى بيع ثمارهم لينتفعوا بأثمانها، وإلى شرائها لينتفعوا بها؛ وكانت الجوائح تصيبها غالبا ، وكان المشتري لا يَدْخُلُ على أَخْذِ جميعها غالبا، لأنها مُعَرَّضة للطَّير والهوام؛ كان الأصل للفریقین أن يُبَاحَ ذلك، ويضمن البائع ما أصابها من قِبَلِ السماءِ مِمَّا قَلَّ؛ ليصل كُلُّ واحد منهما إلى مقصوده، ولا خلاف أنَّ ما (2) زاد على الثُّلُثِ كثيرٌ، وما نقص عنه قليلٌ ، وفي الثُّلُثِ قولان؛ هل هو قليل أو كثير؟ فإذا بَيَّسَتْ (3) ارتفع ضمانه (4) عنها ، فما طرأ عليها بعد ذلك فمن المشتري ، لأنَّه قد تَمَكَّنَ من أَخْذِها.

ولم ير الشَّافِعِيُّ أن يُوضَعَ عن المشتري شيءٌ ، لأنَّه قد صارت (5) في ملكه (6) ، فما أصابها فمنه كسائر المبيعات.

ودليلنا حديث ((وَضَعَ الْجَوَائِحُ)) (7) ، ولأنَّ ذلك مما يحتاج إلى تَوْفِيَةٍ وَسَقْيٍ، وبعضه غير موجود وهو ما يزيد فيه (8) ، ولذلك كان في ضمان البائع؛ حتَّى يستغني عن السَّقْيِ بالكمال، إلَّا أنَّه يرد إشكالٌ على قولنا ، وذلك أنَّه إذا أصابته جائحة؛ فإنَّه يرجع بالثُّلُثِ ، وكان ينبغي أن لا يرجع بذلك كُلِّه، لأنَّه قد دخل على أن لا يأخذ الكلَّ (9) ولكن لا بُدَّ مِنْ ترك (10) بعضه كالسُّدُسِ مثلا ، فينبغي أن يرجع بما زاد

- (1) الجائحة من الجَوْح، وهو الهلاك أو الشَّدة أو النازلة تجتاح المال، والجوائح: كل ما أذهب التمر أو بعضها من أمر سماوي. ينظر لسان العرب: مادة جوح
- (2) في (و) من.
- (3) بمعنى استوت واكتمل طبيُّها.
- (4) انتقل ضمانه من البائع إلى المشتري.
- (5) في (و) صار.
- (6) ينظر الأم: 57/3.
- (7) أخرجه مسلم: 1191/3 حديث رقم 1554 من حديث جابر مرفوعا، ونصُّه ((أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَمَرَ بِوَضْعِ الْجَوَائِحِ)).
- (8) لأن النبات معرض للزيادة قبل فصله عن أمه.
- (9) إذ لا مفرَّ له من تلف بعضه؛ ولو كان يسيرا، وهو امرٌ طبيعِيٌّ، كتعرُّضه لسقوط اليسير منه، وكأكل الطير والمجتاز للطريق، وغير ذلك.
- (10) في (و) تركه.

على السدس، وكذلك إذا قلنا في بيع المكيل أنه دخل على نقص يسير أو زيادة يسيرة ، فينبغي إذا نقص أو زاد كثيرا؛ ألا يكون للبائع أو عليه إلا ما زاد على ذلك اليسير، كَوَيْبَةِ(1) من عشر أَرَادِب ، وأيضا فمن الثَّمَر (2) ما تقل فيه الجائحة كالعنب، فينبغي أن يختلف ذلك باختلاف الثمار.

[الجائحة تُخَصَم من الثَّمَن إذا بلغت الثلث فما فوق]:

قوله: (سَقَطَ عَنْهُ مِنْ ثَمَنِهَا بَقْدَرٍ مَا تَلَفَ)(3) الثَّمَرَة على نوعين؛ ما يُحْبَس أوله على آخره ، لأبَدٍّ من ذلك كالمقتاة. ومنها ما لا يضطر فيها إلى ذلك ؛ كالرطب يمكن جدُّه حين بيعه، لكن إنما يبقى ليكمل ويَحْسُن، فهو الثَّانِي؛ يُرْجَع في جائحته بقدر ما نقص من المكيلة، فيؤخذ من الثَّمَن، ولا اعتبار باختلاف ثمنه في أوله وآخره.

والأول فيه قولان: أحدهما يعتبر مكيلته كالأوَّل(4) ، فلو كان للمقتاة ثلاثة بطون، فأُجِيجَ بطنٌ، فيرجع ثلث الثَّمَن؛ وإن لم يساو ذلك البطن إلا عُشْر الثَّمَن ، وقال أَشْهَب: يعتبر الثَّمَن؛ لا قدر المكيلة والبطون ، فلو كان ثمن البطنين الْمُجَاحَيْن أَقَلَّ من الثُّلُث لم يرجع بشيء ، لأنَّه لم تبلغ الجائحة الثُّلُث.

[الاختلاف في تفسير الجائحة]:

واختلف في حدِّ الجائحة؛ فقليل: ما يُصِيبُهُ من أمر السماء، أي من قِبَل الله – عزَّ وجلَّ – فاعترض بالجيش، لأنَّ فيه قولين؛ هل هو جائحة أم لا، كما في السارق؟ قولان.

فقليل: ما لا يُسْتَطَاع دَفْعُهُ(5) ، فاعترض بالسَّارق ، فقليل: وإن عِلْم؛ لأن السَّارق إذا عِلِمَ فَرَّ. فيكون المشتري مُفَرِّطاً في الحفظ، فيبقى السارق لا يدخل في الحدِّ.

ووجهه أنَّه جائحة؛ إذا كان غير مُعَيَّن ، لأنَّه إن كان مُعَيَّنًا لم يكن جائحة ، لأنه يُقَدَّر على إتباعه ، وكذلك الجيش من الظَّلمة ينتهبون بستان شخص، لأنه يُقَدَّر يوما على رفعهم إلى الحاكم؛ فيأخذ منهم قدر ذلك، كالغاصب؛ لا يكون جائحةً.

(1) الكاف للتشبيه، والوَيْبَة مكيال من المكايل، كل ست وِيبَات تساوي إردبًا واحدًا، والإردبُ يَضُمُّ أربعة وعشرين صاعًا. ينظر لسان العرب: مادة ويب وردب.

(2) في (و) الثمن.

(3) وذلك إذا ((اشترى ثمرة قد بدا صلاحها، فأصابها جائحة، فأتلفت ثلث مكيلتها)). التفرع: 151/2.

(4) الذي لا يُتَوَقَّف أوله على آخره ويُجَدُّ حين بيعه، فيؤخذ من الثمن بقدر ما نقص من المكيلة.

(5) وهو الحد الثاني للجائحة.

وَعُدَّ فِي الْجَوَائِحِ الْبَرْدَ (1) وَالْبَرْدُ ، وَهُمَا جَائِحَتَانِ مَعًا ، وَيَلْتَحِقُ بِذَلِكَ الْفَارُ.

قوله: (بِمَنْزِلَةِ الْجَائِحَةِ) (2) إشعارا بالخلاف في الجيش. ونقصان الشرب يُوجب الرجوع بالقليل والكثير ، لأنه إنما باع بشرط الرِّيِّ، فكأنَّه مِنْ فِعْلِ الْبَائِعِ ، فيرجع بقليله (3) وكثيره.

[الاختلاف في وضع جائحة البقل]:

وفي البقل ثلاث روايات ، إحداها: لا يرجع بشيء، لأنه إنما يُباع إذا جاز جزاه، بخلاف النَّمْرِ (4)؛ فلا ضرورة في كماله إلى تبقّيته. وقيل: يرجع بالقليل والكثير ، لأنه أحوج إلى التَّبَقِّيَةِ من الثَّمَرَةِ ، لأنها يمكن بقاؤها بعد الجداد كالرُّطْبِ ، والبقل ساعة ما يُجَزُّ يعسر ولا يتأتَّى بيعه في مرة ، أو لأنَّ ذلك راجعٌ إلى نقصان الشرب. وقيل كالنَّمْرِ قياسا عليه (5).

-
- (1) الْبَرْدُ هُوَ السَّحَابُ الَّذِي يَحْمِلُ الْبَرْدَ وَالْمَطَرَ، وَقِيلَ: هُوَ الْمَطَرُ الْجَامِدُ. يَنْظُرُ لِسَانَ الْعَرَبِ: مَادَّةُ بَرْدٍ.
 - (2) ((إِذَا نَزَلَ جَيْشٌ بِثَمَرَةٍ؛ فَاتْلَفَهَا، أَوْ أَتْلَفَ ثَلَاثُهَا فَصَاعِدًا، فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ الْجَائِحَةِ)). التَّفْرِيعُ: 152/2.
 - (3) وَلَوْ كَانَ أَقَلُّ مِنَ الثَّلَاثِ، لِأَنَّ مَا دُونَ الثَّلَاثِ فِي غَيْرِ الرَّيِّ؛ يَنْحَمِلُهُ الْمُشْتَرِي. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقَ.
 - (4) لِأَنَّ الثَّمَرَ لَا يُحْبَسُ أَوَّلُهُ عَلَى آخِرِهِ، وَالْإِبْقَاءُ عَلَيْهِ إِنَّمَا هُوَ لِلزِّيَادَةِ فِي الْإِسْتِوَاءِ وَالْإِكْتِمَالِ.
 - (5) يَرْجِعُ فِيهِ إِذَا أُصِيبَتْ قَدْرُ الثَّلَاثِ فَصَاعِدًا؛ كَمَا تَقَدَّمَ.

باب الصَّرْف

[دليل النّهي عن المفاضلة في الجنس الواحد]:

قال - صَلَّى الله عليه وسلّم -: ((في الذهب بالذهب والفضة بالفضة ولا تُشَفُّوا (1) بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ)) (2) وذلك للمحافظة على رؤوس الأموال، والمصلحة العامة لجميع النَّاسِ.

[المماثلة والمناجزة في الصَّرْف]:

والمُمَاتِلَةُ في ذلك إِنَّمَا تَرَجِعُ (إِلَى الْوِزْنِ) (3) ، وَأَمَّا الْاِخْتِلَافُ فِي الْمَصْوَغِ وَغَيْرِهِ بِالْجُودَةِ وَالرَّدَاءَةِ، فَهُوَ كَالْاِخْتِلَافِ؛ كَمَا قُلْنَا: إِنَّ أَصْنَافَ التَّمْرِ وَالْبُرِّ صِنْفٌ وَاحِدٌ ، فَقَوْلُهُ (4): إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ، وَزَنًّا بِوِزْنٍ؛ تَكَرَّارٌ، وَالْمَعْنَى وَاحِدٌ ، وَمَعْنَى يَدٍ بِيَدٍ؛ الْمُنَاجَزَةُ، وَاخْتَلَفَ فِي اعْتِبَارِ الْوِزْنِ فِي ذَلِكَ ، فَقِيلَ: بَأَن يُجْعَلَ أَحَدُهُمَا فِي كِفَّةٍ وَالْآخَرُ فِي كِفَّةٍ ، وَقِيلَ: لَا؛ بَلْ يُوزَنُ ذَلِكَ بِالصَّنَجَةِ (5)؛ لَنَلَّا يَكُونَ فِي الْمِيزَانِ غَبْنٌ.

[عَلَّةُ الرِّبَا فِي الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ]:

وَاخْتُلِفَ فِي عَلَّةِ الرِّبَا، فَقِيلَ: كَوْنُهَا رُؤُوسُ الْأَمْوَالِ وَقِيمُ الْمَتَلَفَاتِ؛ فَعَلَى هَذَا يَمْتَنِعُ التَّفَاضُلُ فِي الْفُلُوسِ وَالْجُلُودِ؛ لَوْ رَاجَتْ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ ، وَقِيلَ: كَوْنُهَا عَيْنُ ذَهَبٍ وَفِضَّةٍ ، فَتَكُونُ الْعَلَّةُ قَاصِرَةً، فَيَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِي الْفُلُوسِ الرَّائِجَةِ، لِأَنَّهَا إِنَّمَا تَرُوجُ بِمَوْضِعٍ دُونَ آخَرَ ، وَالْعَيْنُ رَائِجَةٌ فِي جَمِيعِ الْبِلَادِ.

[الْمَوْشَى بِالْفِضَّةِ]:

وَقَالَ ابْنُ الْمَوَّازِ (6): يَجُوزُ بَيْعُ الْحَفْدَرِ (1) بِالْفِضَّةِ ، يَعْنِي مَا يَجْرِي

- (1) أي لا تزيدوا أو تفضلوا بعضها على بعض. ينظر المنهاج شرح النووي على مسلم: 10/11.
- (2) أخرجه البخاري: 74/3 حديث رقم 2177، ومسلم: 1208/3 حديث رقم 1584 كلاهما نحوه من حديث أبي سعيد الخدري مرفوعاً.
- (3) في (و) في ذلك إلى الوزن. وفيه تكرار.
- (4) ابن الجلاب في التفریع. ينظر التفریع: 153/2.
- (5) الصَّنَجَةُ: هِيَ صَنْجَةُ الْمِيزَانِ فَارِسِيٌّ مَعْرَبٌ. ينظر لسان العرب: مادة صنج.
- (6) أبو عبد الله، محمد بن إبراهيم، المعروف بابن المواز، تَفَقَّهَ بَابِنِ الْمَاجِشُونِ وَابْنِ عَبْدِ الْحَكَمِ، وَاعْتَمَدَ عَلَى أَصْبَغٍ، وَكَانَ الْمُعَوَّلَ عَلَيَّ قَوْلُهُ بِمِصْرَ، كَانَ رَاسِخًا فِي الْفِقْهِ وَالْفُتْيَا، تَوَفِيَ سَنَةَ 281 هـ. ينظر طبقات الفقهاء: 154/1 وترتيب المدارك: 167/4.

مجاية(2)، لأنَّ الفِضَّة فيه يسيرة مغتفرة ، بخلاف فِضَّة السواد؛ فإنها كثيرة ، ولا يتحقَّق لسواد ما فيها.

[بيع الذهب والفضة حواله]:

قوله: (وَلَا يَجُوزُ فِي ذَلِكَ) (3) أي في الذهب بالذهب والورق بالورق حواله ، هذا لمكان التأخير، لأنَّه إذا دفع ديناراً، وأعطاه ضامناً في دينار أو دراهم؛ فقد حصلت النسيئة، ولا يفعل ذلك كصَرَف ما في الذِّمَّة ، كما إذا باع بذهب؛ واقتضى دراهم وبالعكس ، لأنَّه لم يدفعه له أوَّلاً إلَّا على جهة البيع، لا قَرْضاً.

[اقتضاء الذهب عن الفضة والعكس]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ بِاِقْتِضَاءِ الذَّهَبِ مِنَ الْوَرَقِ) (4) إِذَا حَلَّتْ (5) ، هذا هو صَرَفُ (6) ما في الذِّمَّة، وهو جائز، لأنَّ ما في الذِّمَّة حالاً بمنزلة الحاضر، فيجوز؛ لكن بشرط أن يكون بصرف وقتهما، أي ما يذكران الآن ، ولا يجوز أن يقول: أنظرني إلى أن أعلم ما يساوي، لأنَّ هذا مُوَاعِدَةٌ بالصَرَف ، ولا يجوز؛ كالمواعدة بالنيكاح في العِدَّة ، فينبغي لهما أن لا يتعاقدا الصَرَف إلَّا بعد العلم به، وهذا المذهب ، ولنا قول آخر: إنَّه لا يجوز ، لأنَّه ليس الحال حاضرًا ، ألا ترى أنَّ الطَّعام لا يجوز بيع ما في الذِّمَّة منه؛ وإن حَلَّ بطعام آخر، وقيل: باب الطعام أضيَّق للنَّهي عن بيعه قبل قبضه، بخلاف العَيْن.

(1) كذا وردت ولم أجد لها معنى، و لعل الصواب (الْحَفْدُ رُصٌّ بِالْفِضَّة) وَالْحَفْدُ: الوشي، وَالْمَحْفَدُ: يُطْلَقُ عَلَى الْمِكْيَالِ الَّذِي يُكَالُ بِهِ وَيُطْلَقُ عَلَى طَرَفِ الثَّوبِ. ولعل (الراء) في (الحفدرس) حرفت من (لام) إلى (ر)، و(الْحَفْدُلُس) على وزن سَفَرَجَلْ؛ وهو السَّوداء كما وردت في القاموس المحيط: 538/1 باب السين فصل الحاء. ويُعَبَّرُ عادة عن الفضة ويصفونها بالسوداء. والله أعلم. ويحتمل غير ذلك، فقد تكون محرفة عن لفظ (الْحَنْدُوس)؛ وهو النحاس الأصفر، حيث ورد في تكملة المعاجم العربية ما يأتي:

حندس: حَنْدُوس: صُفْر، نحاس أصفر، (ونحاس مخلوط بالفضة)، وحندوس: دراهم من النحاس ضربها المستنصر السلطان الحفصي في أواسط القرن الثالث عشر. وَحَنْدُوسِيّ: الدراهم الحندوسية: في سنة 444 للهجرة. ينظر تكملة المعاجم العربية: 348/3.

ولكن لم يتيسر العثور على قول ابن المواز المشار إليه في هذه المسألة.

(2) كذا وردت في (و) وطمس في (غ). ولم أجد لها معنى يتوافق مع السياق، إلا أنني أظن أنها محرفة عن (بجاية) المدينة الواقعة بإفريقية وما يُعرَف بتونس الآن، وهذا يعزِّز المعنى الأخير للفظ (الحندوس) بمعنى الدراهم النحاسية الراجعة بهذه المدينة. والله أعلم.

(3) ((ولا في بيع الذهب بالورق؛ حواله ولا حمالة ولا نظرة)). التفريع: 154/2.

(4) في (و) الوق.

(5) التفريع: 154/2.

(6) في (و) كصرف.

[صرف ما في الذِّمَّة قبل حلول الأجل]:

قوله: (وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ قَبْلَ حُلُولِهَا) (1) هذا المذهب؛ لئلا يُؤدِّي إلى محذور ، وذلك أنَّه إذا كان له عنده دينارٌ إلى أجل، فدفَع له صَرَفُهُ دراَهم؛ فقد قَدَّمَ ما لا يجب عليه ، وذلك سَلَفٌ؛ لِيَأْخُذَ مِنْ نَفْسِهِ عَنْهُ عِنْدَ أَجْلِ الدِّينَارِ ، وقيل: يجوز لأنَّهما أَلْغِيَا الأجل فصار حالاً، وانفصل كُلُّ واحدٍ منهما بريء الذِّمَّة من صاحبه ، بخلاف الصَّرْف المتأخَّر، لأنَّ ذِمَّة أَحَدِهِمَا مشغولة بما للآخر.

[الاطلاع على نقص أحد العوضين في الصَّرْف]:

قوله: (وَمَنْ ابْتِاعَ ذَهَبًا بِوَرَقٍ ثُمَّ وَجَدَهَا نَاقِصَةً) (2) أمَّا النَّقْصُ في العدد فإنَّه يَنْفَسَخُ الصَّرْفُ مِنْ أَجْلِهِ أَبَدًا، لأنَّهما يُنْسَبَانِ فِيهِ إِلَى التَّفْرِيطِ ، وأنَّهما تَعَمَّدَا عَقْدَ الصَّرْفِ عَلَى غَيْرِ الْمُنَاجَزَةِ.

وأما في النَّقْصِ في الوزن أو في الصِّفَةِ بِالرَّدَاءَةِ؛ فالمذهب إذا كان الصَّرْفُ في دينار واحد، ثُمَّ رَدَّ بَعْضَ الدَّرَاهِمِ لِنَقْصِ وَزْنٍ أَوْ رَدَاءَةٍ؛ فَإِنَّ الْعَقْدَ يَنْفَسَخُ فِي جَمِيعِ الدِّينَارِ ، لأنَّه لو لم يُفْسَخْ لَأَفْضَى إِلَى النَّسِيئَةِ ، إذ الصَّرْفُ إِنَّمَا تَمَّ آخِرًا.

وأيضا إذا دفع دينارا، وأخذ عشرة دراهم في صَرَفِهِ، ثُمَّ رَجَعَ بِنَقْصِ الدِّينَارِ؛ فَأَخَذَ دَرَاهِمًا بَعْدَ أَنْ مَلَكَهُ الْآخَرُ، فَقَدْ خَرَجَ مِنْ يَدِ أَحَدِهِمَا دِينَارٌ وَدَرَاهِمٌ، وَأَخَذَ تِسْعَةَ دَرَاهِمٍ ، وَقَدْ اتَّخَذَ (3) مَالُ الرِّبَا مِنَ الْجَهْتَيْنِ؛ وَمَعَ أَحَدِهِمَا غَيْرُهُ ، وذلك لا يجوز لِلتَّفَاضُلِ.

ولا يجوز أن يُفْسَخَ الْبَعْضُ، لأنَّه يُؤدِّي إلى أن يكونا شريكين في دينار واحد، وهو ممنوع ، ولذلك لا يجوز تصريفُ بَعْضِهِ بِدَرَاهِمٍ عَلَى أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا؛ وَإِنْ دَفَعَهُ إِلَيْهِ بِجُمْلَتِهِ ، لِأَنَّ حَقَّ الشَّرِيكِ يَمْنَعُ مِنَ الْإِسْتِبْدَادِ بِهِ، وَإِنْ أَرَادَ قِسْمَتَهُ؛ فَلَا يَكُونُ (4) ذَلِكَ إِلَّا بِأَنْ يَبِيعَاهُ بِدَرَاهِمٍ ثُمَّ يَقْتَسِمَانِهَا، فَيُؤدِّي ذَلِكَ إِلَى أَنْ يَكُونَ دَفْعُ لَهُ دَرَاهِمٍ، فَأَخَذَ مَكَانَهَا دَرَاهِمٌ مِثْلُهَا غَيْرَ يَدٍ بَيَدٍ؛ إِنْ سَاوَى الثَّمَنُ الْأَوَّلَ، أَوْ أَكْثَرَ أَوْ أَقَلَّ؛ إِنْ لَمْ يَسَاوِهِ ، وَفِي ذَلِكَ التَّفَاضُلُ وَالنَّسَاءُ.

(1) المصدر السابق: 155/2.

(2) المصدر السابق.

(3) في (و) اتَّخَذَ.

(4) في (و) يجوز. وهو المناسب، إذ مَالُ الْمَسْأَلَةِ الْمَنْعُ؛ حَتَّى بَعْدَ الْقِسْمَةِ.

وأجاز أَشْهَبُ أَنْ يُفْسَخَ مِنْهُ بِقَدَرِ مَا رُدَّ؛ وَإِنْ أَدَّى إِلَى الشَّرْكَةِ فِي الدِّينَارِ الْوَاحِدِ، لِأَنَّهُمَا لَمْ يَدْخُلَا عَلَى ذَلِكَ؛ بَلْ جَرَّتْ إِلَيْهِ الْأَحْكَامُ. وَإِذَا كَانَ الصَّرْفُ فِي أَكْثَرِ مِنْ دِينَارٍ، فَإِنَّهُ يَنْفَسَخُ مِنَ الصَّرْفِ دِينَارٌ وَاحِدٌ، وَإِذَا كَانَ الْمَرْدُودُ أَكْثَرَ مِنْ صَرْفِ دِينَارٍ إِلَى ثَلَاثَةِ دَنَانِيرٍ؛ انْفَسَخَ صَرْفُ دِينَارَيْنِ، وَهَكَذَا أَبَدًا يَنْفَسَخُ بِقَدَرِ الْمَرْدُودِ؛ إِذَا لَمْ يُوَدَّ إِلَى فسخِ صَرْفِ جُزْءٍ مِنْ دِينَارٍ، وَسِوَاءِ سَمِّيَا ثَمَنًا لِكُلِّ (1) دِينَارٍ عَلَى جِدَّتِهِ أَوْ لَا، وَقِيلَ: يَنْفَسَخُ جَمِيعُ الصَّفَقَةِ، وَقِيلَ: بِقَدَرِ الْمَرْدُودِ؛ وَإِنْ أَفْضَى إِلَى الشَّرْكَةِ فِي الدِّينَارِ الْوَاحِدِ.

وما ذكر ابنُ الجَلَّابِ؛ مِنْ اشْتِرَاطِ أَنْ يُسَمِّيَا لِكُلِّ دِينَارٍ ثَمَنًا مَعْلُومًا (2) لَا مَعْنَى لَهُ، وَيَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ؛ أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَى سِلْعًا (3) فِي صَفَقَةٍ، وَعَيْنًا لِكُلِّ سِلْعَةٍ ثَمَنًا يَخْتَصُّ بِهَا، ثُمَّ اسْتَحَقَّ بَعْضُ السِّلْعِ؛ فَإِنَّهُ لَا يُعْتَدُّ بِمَا عَيْنَاهُ لَهَا، وَلَكِنْ يُقَدَّرُ ثَانِيًا، لِأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ تَقْدِيرُهُمَا غَيْرَ مُحَقَّقٍ؛ اتِّكَالًا عَلَى أَنَّهُ إِنْ نَقَصَ مِنْ ثَمَنِ سِلْعَةٍ شَيْءٌ زَادَ فِي ثَمَنِ أُخْرَى، وَإِنَّمَا أَرَادَ ابْنُ الْجَلَّابِ بِالتَّسْمِيَةِ أَنْ تَكُونَ صَفَقَاتٍ (4) مُتَعَدَّةً.

[حُكْمُ الزِّيَادَةِ وَالنَّقْصِ فِي الْمُبَادَلَةِ:]

قوله: (وَلَا بَأْسَ بِالذَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ النَّاقِصِينَ بِالْوَازِنَيْنِ) (5) هَذَا إِذَا اسْتَوِيَا فِي الصِّفَةِ وَلَمْ يَكُنْ بِشَرَطِ مِنْهُمَا، وَلَكِنْ عَلَى الْمَعْرُوفِ؛ مِثْلُ حُسْنِ الْقَضَاءِ وَالِاقْتِضَاءِ، وَهَذَا مِمَّا اخْتَصَّ مَالِكٌ بِجَوَازِهِ (6)، لِأَنَّهُ رَأَى مِنْ بَابِ الْمَعْرُوفِ، فَكَمَا يَجُوزُ فِي الْقَرْضِ (دَيْنٌ بِدَيْنٍ) (7) إِلَى أَجَلٍ. وَلَا خِلَافَ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّهُ يَجُوزُ فِي الثَّلَاثَةِ فَمَا دُونَ لِأَنَّهُ قَلِيلٌ، وَيَجْرِي فِيهِ الْعُرْفُ، وَيَمْتَنِعُ فِي السِّتَةِ فَصَاعِدًا لِأَنَّهُ كَثِيرٌ، وَاخْتُلِفَ فِي الْأَرْبَعَةِ وَالْخَمْسَةِ؛ هَلْ هُمَا مِنَ الْقَلِيلِ، أَوْ مِنَ الْكَثِيرِ؟ وَيُعْتَقَرُ فِي الدِّينَارِ الْحَبَّةُ وَالْحَبَّتَانِ وَالثَّلَاثُ، وَلَمْ يَجْزِ ذَلِكَ فِي الطَّعَامِ؛ لِأَنَّهُ أَضْيَقُ.

وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الصِّفَةِ امْتَنَعَ؛ لِنَحَقِّقِ الْبَيْعَ بِمَا يَقَابِلُ النَّقْصَ، وَيُخْرِجُ عَنِ الْمَعْرُوفِ، وَإِنْ كَانَ الْوَازِنُ هُوَ الْأَجُودُ فَمَنْعَهُ مَالِكٌ؛ عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يَكُونَ النَّاقِصُ

(1) فِي (و) عَلَى كُلِّ.

(2) يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقَ: 156/2.

(3) فِي (و) سِلْعَةٍ.

(4) فِي (و) صَفَاتٍ.

(5) ((وَلَا بَأْسَ بِبَدْلِ الدَّنَانِيرِ وَالذَّرَاهِمِ النَّاقِصَةِ بِالْوَازِنَةِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(6) يَنْظُرُ الْمَدُونَةَ: 32/3.

(7) كَذَا وَرَدْنَا فِي النُّسَخَتَيْنِ، وَلَعَلَّهُمَا خُرِفَتَا عَنْ (دِينَارٍ بِدِينَارٍ) لِأَنَّ وَجْهَ الْاسْتِدْلَالِ بِالْقَرْضِ مُحَلُّهُ جَوَازُ التَّأْجِيلِ فِي رَدِّ قَرْضِ الْأَشْيَاءِ الرَّبَوِيَّةِ كَالنَّقُودِ وَالطَّعَامِ فَضْلًا عَنْ غَيْرِهَا مِنَ الدِّيُونِ، وَهَذَا مُسْتَثْنَى عَلَى خِلَافِ الْقَاعِدَةِ فِي الرَّبَوِيَّاتِ لِمَصْلَحَةِ الْعِبَادِ. يَنْظُرُ مَدُونَةُ الْفَقْهِ الْمَالِكِيِّ وَأَدْلَتُهُ: 484/3.

يُرْغَب فيه في موضع آخر، فَيَتَحَقَّق المحذور، وأجازه ابنُ الْقَاسِمِ، لأنَّه ليس في مقابلة الزيادة شيء، وهو أشدُّ في المعروف.

[بيع الحلي جزافاً]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ الْحُلِيِّ الْمَكْسُورِ وَالْمَصْوَغِ جُزَافًا) (1) لأنَّه مقصودُ الْجُمْلَةِ لَا الْأَحَادَ، فَصَحَّ بَيْعُهُ جُزَافًا، بخلاف الدِّرَاهِمِ وَالْدَّنَانِيرِ.

قوله: (مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ) (2) لأنَّه لَا يَجُوزُ جُزَافًا بِجُزَافٍ مِنْ جِنْسِهِ فِي الرَّبَّوِيِّ، لِأَنَّ ((الْجَهْلَ بِالْتَّمَاثِلِ كَتَحْقِيقِ التَّفَاضُلِ)) ، ويعني بِالْمَحْشُوءِ أَنْ يَكُونَ مُجَوِّفًا؛ وَفِي جَوْفِهِ رَمْلٌ أَوْ حَصَا أَوْ عُنْبَرٌ، أَوْ غَيْرُهُ مِنَ الطَّيِّبِ.

[بيع الدنانير بالدراهم جزافاً]:

قوله: (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الدَّنَانِيرِ بِالدِّرَاهِمِ جُزَافًا) (3) لِأَنَّهَا مَقْصُودَةُ الْأَحَادِ كَالنِّيَابِ، وَلَا يَتَأَتَّى مَعَ ذَلِكَ حَزْرُهَا، وَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ بَيْعُ سِلْعَةٍ بِثَمَنٍ مِنَ الْعَيْنِ جُزَافًا، هَذَا هُوَ الْمَذْهَبُ.

وقيل (4): يَجُوزُ الْجُزَافُ فِي الْعَيْنِ كَالطَّعَامِ، وَقِيلَ: الْخِلَافُ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّهُ إِنْ كَانَ التَّعَامِلُ بِهَا عَدَدًا (كَالْمَغْرَبِ) فَلَا يَجُوزُ، لِأَنَّ الْمَعْدُودَ يَتَعَدَّرُ فِيهِ الْحَزْرُ، وَإِنْ كَانَ بِالْوِزْنِ كَمَا (بِمَصْنَرٍ) فَيَجُوزُ، لِأَنَّ الْوِزْنَ يَتَأَتَّى فِيهِ الْحَزْرُ، وَقِيلَ: بَلْ هُوَ مَبْنِيٌّ عَلَى هَلِ (5) الْبَيْعِ يَتَعَلَّقُ بِالْأَعْيَانِ، أَوْ بِالذِّمَمِ؟ فَإِنْ تَعَلَّقَ بِالْأَعْيَانِ صَحَّ الْجُزَافُ (6) كَسَائِرِ الْمَعْيِنَاتِ، وَإِنْ تَعَلَّقَ بِالذِّمَّةِ وَمَا يَعْقِدُ عَلَيْهِ فِي مَقَابِلَةٍ مَا فِي الذِّمَّةِ؛ فَلَا يَصَحُّ فِيهِ الْجُزَافُ، لِأَنَّ حُكْمَ مَا فِي الذِّمَّةِ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا كَالسَّلَمِ، فَلَا يَكُونُ فِي مَقَابِلَتِهِ إِلَّا مَعْلُومٌ ، وَعَلَى هَذَا لَوْ بَاعَ سِلْعَةً بِدِينَارٍ؛ فَاسْتَحَقَّ الدِّينَارَ، فَقِيلَ: لَا يَنْفَسَخُ الْبَيْعُ، لِأَنَّ الدِّينَارَ لَا يَتَعَيَّنُّ، بِخِلَافِ الطَّعَامِ؛ لِأَنَّهُ وَإِنْ لَمْ يَتَعَيَّنْ فَالْأَغْرَاضُ تَتَعَلَّقُ بَعَيْنِهِ، بِخِلَافِ الْعَيْنِ ، وَقِيلَ: يَنْفَسَخُ، لِأَنَّهُ يَتَعَيَّنُّ ، وَقِيلَ: يَنْفَسَخُ مِنْ جِهَةِ الْمُشْتَرِي لَا غَيْرَ، لِأَنَّهُ قَدْ يَقُولُ: لَا دِينَارَ لِي غَيْرِهِ، فَإِذَا أَتَى بِمِثْلِهِ لَزِمَ الْبَائِعُ الْبَيْعُ.

(1) سواء كان ((مَحْشُوءًا أَوْ فَاغَا)). التفریع: 156/2.

(2) لَا بَأْسَ بِبَيْعِ الْحُلِيِّ جُزَافًا مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ. ينظر المصدر السابق: 157/2.

(3) التفریع: 157/2.

(4) فِي (و) وَقَدْ.

(5) فِي (و) أَهْل.

(6) فِي (و) الْحَزَار.

[بيع الدنانير ببعضها وبالدرهم عدا]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ بَعْضِهَا بِبَعْضٍ عَدَاً) (1) أي بيع الدنانير بالدرهم، وأما بيع الدنانير بالدنانير، والدرهم بالدرهم عدا فيجوز؛ إذا كان التعامل بالعدد، لأنَّ اختلاف الموازين يسيرٌ مُعْتَقَرٌ ، ولا يجوز إن كان التعامل بالوزن.

[العبرة في قضاء السِّكَّةِ المضروبة بيوم العقد]:

قوله: (وَهِيَ سِكَّةٌ مَعْرُوفَةٌ) (2) أي ضَرْبُ أمير؛ هي رائجةٌ في بلاده.

قوله: (مِثْلُ السِّكَّةِ) (3)، هذا المذهب، لأنها من ذوات الأمثال ، وقيل: ليس عليه إلَّا قيمتها يوم تغييرها قبله بساعة ، لأنه إنَّما باع بها رائجة، وتغيُّر رواجها كتغيير الذَّوات ، بخلاف الذهب والفضة، لأنه لا يخلُّ بها تغيُّر سِكَّتِها، لأنها رائجةٌ في كُلِّ موضع.

[التفاضل والنساء في صرف الفلوس]:

قوله: (وَيُكْرَهُ صَرْفُ الْفُلُوسِ إِلَى أَجَلٍ) (4) فيها ثلاثة أقوال:

أحدها: المنع بناء على أنَّ العِلَّةَ في العَيْنِ مُتَعَدِّية (5)، لأنها رؤوسُ الأموال، وقيَمُ المُتَلَفَاتِ.

والثاني: الجواز بناء على أنَّ العِلَّةَ قاصرةٌ ، وهي كونها (6) ذهباً أو فضةً.

والثالث: الكراهة جَمْعاً بين القولين، وهو المذهب ، وكذلك في التفاضل فيها؛ إلَّا أنَّ التماثل يكون فيها في العدد، لا في الوزن، لأنها مختلفةٌ فيه.

قوله: (فَأَمَّا فِي وَفْتِنَا هَذَا) (7) يعني أنَّها كانت في وقته لا يُتَعَامَلُ بها، فصارت عرضاً كالنحاس ، لأنَّ عِلَّةَ إلحاقها بالعين مفقودةٌ؛ وهي الرَّواج.

-
- (1) المصدر السابق.
 - (2) سواء كانت دنانير أو دراهم، اقْتَرَضَتْ ثُمَّ غُيِّرَتْ؛ يجب رَدُّ مثلها يوم العقد. ينظر المصدر السابق: 158/2.
 - (3) ((فإنَّما عليه مِثْلُ السِّكَّةِ الَّتِي قَبِضَهَا)). المصدر السابق.
 - (4) المصدر السابق.
 - (5) في (غ) متقدِّمة.
 - (6) كون العِلَّةَ أو الرَّواج خاصاً بالذهب والفضة، بخلاف الفلوس.
 - (7) (... فإنَّها كالعروض)). المصدر السابق.

[غلاء الذهب أو رخصه عند القضاء لا يبرر ردّ غيره]:

قوله: (وَمَنْ اقْتَرَضَ مِنْ صَيْرَفِي بِقَدَرِ نِصْفِ دِينَارٍ دَرَاهِمَ) (1) الصَيْرَفِيُّ وغيره في ذلك سواء، وإنما اقترض منه دراهم، وإنما ذكر نِصْفَ الدِّينَارِ، تبييناً لِقَدَرِ الدَّرَاهِمِ؛ كَمْ هي ، لأنَّ الصَّرْفَ يختلف، فلا يلزمه إلا دراهم؛ سواء غلا الصَّرْفُ أو رخص ، لا يُحْمَلُ ذلك على أَنَّهُ اقترض منه نِصْفَ دِينَارٍ، ثُمَّ صَرَفَهُ بِدَرَاهِمٍ ، وهي صورة لا تجوز، بخلاف ما لو باع عرضاً بدينار حالّاً؛ على أن يدفع له دراهم نقداً ، فهذا جائزٌ ، ولو كان إلى أَجَلٍ لم يجز، لأنَّه صَرَفٌ بتأخير.

وكذلك لو اقترض منه ذهباً بقدر دراهم يُسَمِّيها له؛ لم يلزمه إلا ذهب ، لأنَّه الَّذِي اقترض، وإنما ذكر الدَّرَاهِمَ؛ تبييناً لمقدار الذهب.

[بيع تراب المعدن بجنسه وبغير جنسه]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ بِشِرَاءِ الْمَعْدَنِ بِغَيْرِ جِنْسِهِ) (2) لأنَّه يمكن أهل المعرفة حَزْرَهُ ، وامْتَنَعَ بالجنس؛ لأنَّ ((الجهل بالتَّمَاثُلِ كَتَحْقِيقِ التَّقَاضُلِ)) ، ولا يجوز السَّلَمُ فيه، لأنَّه لا يُتَصَوَّرُ العِلْمُ بما فيه من العَيْنِ، ولا ينضبط بصفة ، وقيل (3): يجوز بناءً على أَنَّهُ قد ينضبط بالصِّفَةِ، وقيل: يجوز في تراب الفِضَّةِ دون الذهب، لأنَّ معادن الفِضَّةِ كثيرةٌ، بخلاف الذهب.

[قضاء الدنانير عدداً عن الوزن أو وزناً عن العدد]:

قوله: (ثُمَّ قَضَاهُ وَزْناً) (4) أي أخذها أولاً عدداً من غير أن يزنها، فلمَّا قضاه وزنها له وحققها ، أو بالعكس ، فإن كان فيها زيادةٌ فحُسِّنَ قضاء ، أو نقصٌ فحُسِّنَ اقتضاء ، ولا يجوز ذلك بالشَّرْطِ، لأنَّه يخرج عن وجه المعروف ، وما جرت به العادة فحُكِّمَ حُكْمُ المشروط نحو (5) أن يكون المعتاد في القضاء والاقتضاء مِنْ القرض؛ أن يُؤْخَذَ وزناً أو عدداً.

(1) (... فإنما عليه مثل ما أخذ) المصدر السابق: 159/2.

(2) ((من الذهب والورق)). المصدر السابق.

(3) في (و) وهل.

(4) ((من اقترض دنانير عدداً ثم قضى وزناً... فلا بأس به)). التفریع: 159/2.

(5) في (و) يجوز.

باب بيع العروض والحيوان

[تنوع العروض والحيوان]:

وهي على أربعة أقسام:

[1- مختلفة الجنس والمنافع]:

مختلفة في الجنس والمنافع، فهذا لا خلاف في جواز بيع بعضه ببعض؛ متماثلا ومتفاضلا، نقدا ونسأا.

[2- متفقة الجنس والمنفعة]:

ومتفقة في الجنس والمنفعة ، فلا خلاف في جواز بيع بعضها ببعض؛ متماثلا ومتفاضلا، لكن نقدا ، ولا يجوز نسأا ، لأنه يؤدّي إلى مالا يجوز.

ويجوز ذلك عند الْمُخَالَف (1) لأنه يراعي اللَّفْظ، وَمَالِكٌ يراعي المعنى ، فكأنّهما عبرا عن السَّلَف بالبيع ، مثاله: لو باع ثوب كَتَّان بثوبِي كَتَّان إلى أجل؛ والمنفعة واحدة، لكان سَلَفًا جَرَّ نفعا ، وَحُكْمُ السَّلَف أن يكون في نوع واحد ، ولو دفع له ثوبين في ثوب مثلهما؛ لأدّى إلى ((جُعِلَ بَضْمَانٌ)) (2) ، وحاصِلُهُ سَلَفٌ جَرَّ نفعا ، وذلك أنّه لا يدفع عاقلٌ ثوبين ليأخذ ثوبا مثلهما إلى أجل، فلم يبق إلّا أن يكون الباعثُ له على ذلك؛ أن يقول المدفوع له: ثوبٌ في ثوب مثله؛ لا حاجة لي في ذلك، ويمتنع من أن يُعَمَّرَ ذِمَّتُهُ بشيء ، فإذا دفع له ثوبين ليأخذ ثوبا؛ رضي بذلك ، وإذا انتفع المقرضُ بشيء ما، لم يجر ذلك؛ وإن أخذ مثل ما دفع أو أقلّ، وكذلك لو أقرض أو باع ثوبا بثوب إلى أجل، وقصد النَّفع لنفسه؛ لم يجر.

[3- مختلفة الجنس متفقة المنفعة]:

ومختلفة بالجنس متفقة بالمنفعة، كالقطن والكَتَّان منفعتهما واحدة ، والبغل

(1) ذهب إلى جواز ذلك الشافعية. ينظر الأم: 37/3، والمجموع شرح المذهب: 399/9، 400.

(2) يؤدي إلى جُعِلَ بسبب الضَّمان؛ فنصُّ القاعدة هو (الضَّمانُ بجُعِلَ).

والحمار، فهذا عند ابنِ القَاسِمِ كالقسمِ الثَّانِي (1) كالبُرِّ والشَّعِيرِ والسُّلْتِ. واعتبر ابنُ حَبِيبٍ (2) ذلك بالذَّوَاتِ، فجعله كالقسمِ الأوَّل (3).

وَمَنَعَ مَالِكٌ فِي السَّلَمِ التَّفَاضَلَ فِي الْحَمِيرِ وَالْبِغَالِ (4)، مُرَاعَاةَ لَاتِّحَادِ (5) الْمُنْفَعَةِ، وَاحْتِيَاظًا مِنْ (6) الرِّبَا، وَمَنَعَ فِي الْقِسْمَةِ أَنْ تَكُونَ الْحَمِيرُ كَالْبِغَالِ؛ تُقَوِّمُ وَيُسْتَنَّهُمْ عَلَيْهَا، مُرَاعَاةَ لاختلافهما فِي الذَّوَاتِ؛ لَمَّا فِي ذَلِكَ مِنَ الْمَغَابَنَةِ بِأَنْ يُقَدَّرَ بَعْضُ الْوَرِثَةِ أَنْ يَقَعَ فِي سَهْمِهِ بَغْلٌ، وَفِي سَهْمِ صَاحِبِهِ حِمَارٌ.

[4- مختلفة المنفعة متفقة الجنس]:

ومختلفة بالمنفعة لا بالجنس ، كالحمار القار (7) والخُمرُ الهُجْنُ، والفرس السَّابِقُ والخيل البِطَاءُ، وكالعبد الحاسب الكاتب، والعبيد لا صنعة لهم، فهذا بلا خلاف كالقسم الأوَّل (8) ، وَرُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ ابْنِ أَبِي طَالِبٍ (9) - رضي الله عنه - ((أَنَّهُ بَاعَ جَمَلًا يُسَمَّى عُصَيْفِرًا بِعِشْرِينَ جَمَلًا)) (10).

والحرير كُلُّهُ صِنْفٌ وَاحِدٌ ، وكذلك الصُّوفُ وَالكَتَّانُ؛ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ أَنْوَاعُهُ، لِأَنَّ الدُّونَ مِنْهُ يُمْكِنُ أَنْ يَبَالِغَ فِيهِ فِيرْجَعُ مِنْ نَوْعِ الْعَالِي، فَلَا يَجُوزُ بَيْعُ رَطْلٍ مِنْ ذَلِكَ بِرَطْلَيْنِ نِسَاءً؛ لَمَّا ذَكَرْنَا فِي الْقِسْمِ الثَّانِي (11).

وكذلك لَا يَجُوزُ حَدِيدٌ فِي سَيْوْفٍ إِلَى أَجْلِ، لِأَنَّ الدُّونَ مِنَ الْحَدِيدِ يُمْكِنُ أَنْ يَبَالِغَ فِيهِ؛ فَيَعْمَلُ مِنْهُ سَيْوْفٌ.

- (1) متفقة في الجنس والمنفعة.
- (2) عبد الملك بن حبيب السلمي القرطبي، أبو مروان، فقيه محدث أديب ثقة، انتهت إليه رئاسة الأندلس بعد يحيى بن يحيى، سمع من ابن الماجشون وغيره، له مؤلفات مختلفة منها الواضحة، توفي سنة 238 هـ. ينظر طبقات الفقهاء: 162 وشجرة النور: 74/1.
- (3) مختلف في الجنس والمنافع، ومعياره في ذلك النَّظَرُ إِلَى اختلاف الذَّوَاتِ، لَا المنافع.
- (4) ينظر المدونة: 54/3.
- (5) فِي (و) لَا تَحَازِلُ.
- (6) فِي (و) فِي.
- (7) كَذَا وَرَدَتْ فِي (و) وَمَطْمُوسَةٌ فِي (غ). وَلَعَلَّ الْمَقْصُودَ بِهَا الْفَارُ مِنْ الْخُمْرِ؛ يُوصَفُ بِهَا الْحِمَارُ وَالْبِغْلُ وَالْبُرْدُونُ، وَالْمُرَادُ بِهَا جِدُّ السَّرْعَةِ. وَرَبَّمَا حُرِّفَتْ عَنِ الْفَارَةِ، مِنْهَا فَرَسٌ مَقْرٌ يَصْلَحُ لِلْفَرَارِ عَلَيْهِ. يَنْظُرُ لِسَانُ الْعَرَبِ: مَادَّةُ فَرِهِ، فَرَرٌ.
- (8) كمختلفة الجنس والمنافع يجوز بيعها مطلقاً.
- (9) علي بن أبي طالب ابن عمِّ الرِّسُولِ - ﷺ -، أسلم وهو ابن تسع سنين، حضر مع الرِّسُولِ - صلى الله عليه وسلم - الغزوات كلها إِلَّا تبوك، واستعمله على اليمن، وبويع على الخلافة بعد عثمان رضي الله عنه، توفي سنة 40 هـ. ينظر الطبقات الكبرى: 19/3 والاستيعاب: 26/3.
- (10) أخرج مالك في الموطأ: 652/2 حديث رقم 59 نحوه موقوفاً عن عَلِيٍّ رضي الله عنه.
- (11) عند اتِّفَاقِ الْجِنْسِ وَالْمُنْفَعَةِ، لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى مَا لَا يَجُوزُ.

ولاجِبَاب(1) في صوف، وبالجملَة ((فلا يجوز أن يُسَلَم شيءٌ فيما يخرج منه ذلك الشيء)).

قوله: (الاختلاف في الحيوان في سرعته ونجاسته)(2) أي الجنسية معتبرة بالمنفعة، لا كالجنس عند المنطقيين.

(1) في (و) والأجباب. والجُبة تجمع على جُبَب وجِبَاب. ينظر لسان العرب: مادة جيب.
(2) التفريع: 161/2. ومعناه أن السرعة والنجاسة تؤثر فيه، فيكون متباينا بذلك عن غيره مما ليس فيه؛ وإن اتفق جنسه.

باب بيوع الآجال

[قضاء الدين من قرض إذا كان عيناً]:

وما يترتب في الذمة من العين؛ لا يخلو أن يكون من بيع أو قرض، فإن كان من قرض؛ فلا خلاف في جواز قضاء مثله، وأمّا خلافه بالزيادة أو النقص؛ فلا يخلو أن يكون بالصفة فيجوز بلا خلاف، فيدفع عن الذهب الدون جيداً وبالعكس، كدفعه عن البر شعيراً وبالعكس، لأنهما جنس واحد في الحس أو الحكم.

أو بالمقدار أو بالعدد (1)، فإن كان التعامل بالعدد فينتج الخلاف (2) بالصفة وبالعدد وبالمقدار، مثل أن يدفع عن الدراهم الكاملة (3) مغربية وبالعكس، فزيادة المقدار تجوز؛ لأنها زيادة غير منفصلة فأشبهت زيادة الصفة. وفي الزيادة في العدد ثلاثة أقوال.

وإن كان التعامل في ذلك الموضع بالوزن، فنتج الزيادة بالصفة (4) والمقدار لا غير، وفي زيادة المقدار ثلاثة أقوال أيضاً:

— المنع للتفاضل، وإنما رخص في زيادة الصفة.

— والجواز قياساً على الرخص، وكل ذلك حسن قضاء أو اقتضاء.

— والتفصيل فيجوز في القليل كثلاثة دنانير في المائة، ويمتنع في الكثير، ومن شرط الجواز في ذلك ألا (5) يقابل الزيادة من الجهة الأخرى شيء؛ مثل أن يدفع له في عشرة دارهم كاملة أحد عشر مغربية، فيقابل الوزن الزيادة في العدد؛ والأغراض متعلقة به، فتتحقق المبيعة وتمتنع.

(1) كما تكون الزيادة والنقص بالصفة تكون - أيضاً - بالمقدار والعدد.

(2) فمحل الخلاف وموضوعه.

(3) في (و) الكاملة.

(4) في (و) وبالصفة.

(5) في (و) أن يقابل.

[قضاء الدين من بيع إذا كان عينا]:

وإن كان من بيع، مثل أن يُسَلِّمَ له عينا في طعام، فيجوز قضاء مثله قبل الأجل وبعده، وهي مُقَابِلَةٌ (1)؛ لكن يدا بيد تحرُّزا من فسخ الدين (في الدين) (2)، وإنما رُخِّص في الإقالة مناجزة، فإذا أُخْرِجَتْ عن ذلك تحقَّق البيع.

وتمتنع بأكثر منه قبل الأجل وبعده بلا خلاف، لأنه يؤدي إلى سلف جر نفعاً، وسواء كانت الزيادة في الصِّفَةِ أو في المقدار (3) أو العدد.

وأما بأقلَّ منه بعد الأجل فيجوز عند مَالِكٍ، لأنَّه لا تهمة، إذ خرج (4) منه كثير لِيَأْخُذَ من جنسه أَقْلًا، ومنع ذلك عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ أَبِي سَلَمَةَ لِمَكَانِ التَّفَاضُلِ، قياساً على امتناع ذلك في الطَّعَامِ؛ لو باع إِرْدَبَّ طعام، ثُمَّ دفع له عن ثمنه نصف إِرْدَبَّ منه؛ لم يجز عند مَالِكٍ أيضاً، لأنَّه ((ضَمَانٌ بِجُعْلٍ))، لأنَّ الطَّعَامَ مما يحتاج فيه إلى ضمان بخلاف العين، لأنَّه مما يخفى عن موضعه؛ فيسهل على كُلِّ أَحَدٍ حفظه، وللتَّفَاضُلِ أيضاً، وأجاز أَشْهَبُ ذلك في الطَّعَامِ، لأنَّهما لم يدخلَا على ذلك؛ والتهمة فيه ضعيفة، بخلاف أن يأخذ أكثر.

وأما قبل الأجل (5) فلا يجوز بأقلَّ، لأنَّه يدخله ((ضَعٌّ وَتَعَجُّلٌ))، ولا بأكثر؛ لأنَّه يدخله ((حِطٌّ عَنِّي الضَّمَانِ وَأَزِيدُكَ)).

[بيع الآجال معناه وصوره]:

وإذا باع سلعة إلى أجل، ثُمَّ رجع فاشتراها إلى أجل، فلا يخلو أن يكون الثَّمَنُ الثَّانِي مثل الأوَّلِ، (أو أَقْلًا أو أَكْثَرَ، فهذه ثلاثة أوجه، والأجل الثَّانِي مثل الأوَّلِ) (6)، أو قبله أو بعده، فهذه ثلاثة أيضاً، فإذا اتَّفَقَ الثَّمَنَانِ فلا تبال بالأجلين ما كانا، وكذلك العكس؛ إذا اتَّفَقَ الأجلان فلا تبال بالثَّمَنَيْنِ، كل ذلك جائز.

[الصُّورُ الممنوعة والدَّلِيلُ على منعها]:

وإنما الممنوع في المذهب أن يكون الثَّمَنُ ثانياً أَقْلًا من الأوَّلِ؛ والأجل الثَّانِي قبل

- (1) في (و) مقابلة.
- (2) ما بين القوسين سقط من النسخة (و).
- (3) في (و) والمقدار.
- (4) في (و) أخرج.
- (5) في (و) الدخول.
- (6) ما بين القوسين سَقَطَ من (و).

الأوّل، وأن يكون الثّمَنُ الثّاني أكثر من الأوّل؛ والأجل ثانيا أبعد من الأوّل، ففي هاتين الصّورتين يمنع مَالِكٌ، لأنّه يلزم في الصّورة الأولى — على أصل مذهبه من (1) سدّ الذّرائع — أن يكون البائع أوّلاً قد دفع ثمنا ليأخذ أكثر منه، وتوصّل إلى ذلك بتحليل التّبايع أوّلاً وثانيا بينهما، فلمّا كانا يُتّهمان على ذلك؛ منع مَالِكٌ البيع الأوّل والثّاني، فمِنع الثّاني لأنّه حماية لما ذكر من المحظور، والمظنون وقوعه بينهما.

وأصل ذلك قوله — تعالى —: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ﴾ (2)، وقوله — صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ —: ((إِنَّ مِنْ شَرِّ النَّاسِ مَنْ يَسُبُّ أَبَوَيْهِ، فَقِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ وَكَيْفَ يَسُبُّ الرَّجُلُ أَبَوَيْهِ؟ قَالَ: يَسُبُّ أَبَا رَجُلٍ؛ فَيَسُبُّ ذَلِكَ الرَّجُلُ أَبَاهُ)) (3)، فالعادة تعلم أنّ من سبّ أباً رجلاً؛ أن يسبّ ذلك الرّجل أباه، وكذلك إذا سبّ معبوده؛ سبّ ذلك — أيضاً — معبوده.

ومثل الذي نحن بسبيله؛ ليس يُعْلَمُ منه عقلاً ولا عادة وُقُوعُهُما في المحظور، ولذلك أجاز الشّافعيّ الصّورتين، وما بُنيّا عليه من البيع المتقدّم (4) لكلّ واحدة منهما (5)، لأنّ ظاهر أمور المسلمين الحمل على الوجه الجائز، لأنّه اللائق بهم.

وأما أبو حنيفة فأجاز البيع المتقدّم على الصّورتين، ومنع البيع الثّاني في الصّورتين (6)، لأنّه فيه يظن وقوع المحظور.

وأما مَالِكٌ فمِنع الصّورتين حماية، ومنع البيع المتقدّم لهما حماية للحماية، لأنّهما إنّما توصّلا للبيع الثّاني بالأوّل، فكلاهما مشتمل على القصد الفاسد؛ بالاحتمال الغالب على الظن، فقدّر المتوقّع كأنه قد وقع حسماً للباب، لأنّه لو جوّز ذلك في حقّ من لا يستجيزه؛ لأوشك أن يقصده بعض النّاس ممن لا يتورع، فكان حسّنه أَمْنٌ للحرام من تجويزه.

وأما الصّورة الثّانية (7)؛ ففيها أنّ البائع الأوّل إذا باع بعشرة مثلاً إلى شهر، ثم

-
- (1) في (و) ومن.
 - (2) الأنعام: 108.
 - (3) أخرجه البخاري: 3/8 حديث رقم 5973، ومسلم: 92/1 حديث رقم 90، كلاهما نحوه من حديث عبد الله بن عمرو مرفوعاً.
 - (4) المتقدّم من البيعة الأولى التي انتقل منها البائع إلى مشتري في البيعة الثّانية، وذلك في الصّورتين.
 - (5) ينظر الأم للشافعي: 312/7، والمجموع شرح المذهب: 153/10، 154، 155.
 - (6) ينظر الدر المختار وحاشية ابن عابدين: 325/5، و326.
 - (7) وهي أن يكون الثّمَنُ الثّاني أكثر من الأوّل، والأجل ثانيا أبعد من الأوّل، وهو ما أشار إليه قبل قليل..

اشترى بخمسة عشر إلى شهرين؛ فكأنه عند حلول الشهر قد قبض العشرة، وردّها إليه ليأخذ بدلها خمسة عشر، فقد آل إلى ما في الصورة الأولى(1).

[بيع المُسَلَّم فيه قبل قبضه]:

وقول ابن الجَلَّاب: ((فَلَا بَأْسَ أَنْ يَبِيعَهُ قَبْلَ قَبْضِهِ)) (2) أي بخلاف الطَّعام. ويجوز عند الشَّافِعِيِّ بيعُ العرض من بائه قبل قبضه؛ لأنَّه كأنَّه حاضرٌ، وإنما يخالفنا في مَنْع بيعه مِنْ أَجْنَبِيٍّ قَبْلَ قبْضِهِ.

قوله: (بِمِثْلِ ثَمَنِهِ أَوْ أَقَلِّ مِنْهُ) (3) لأنَّه لا تُهْمَةُ فِي ذَلِكَ، لأنَّه إذا خرج من يده مثل ما رجع إليه لا أكثر؛ لم ينتفع (4)، فلم يُتَّهَمْ بأنَّه قصد سَلْفًا جَرَّ نَفْعًا، ولا يجوز ذلك إلى أَجَلٍ؛ للكَالِيِّ بِالكَالِيِّ، وهذا بخلاف أن يبيعه بأكثر من ثمنه نقداً أو إلى أَجَلٍ، لأنَّهما يُتَّهَمَانِ عَلَى قصد السَّلْفِ، وتوصَّلاً بِالْبَيْعِ إِلَى ما لا يجوز.

قوله: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُؤَخَّرَ ثَمَنُهُ) (5) لأنَّ فيه انتقالاً من ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ؛ لا يدري ما هي، فهو غَرَرٌ، ولو كان البيع الأوَّلُ نقداً لم يمتنع فيه شيءٌ من ذلك، وإنما تطرأ هذه الصُّورة الممتنعة؛ إذا كان البيع الأوَّلُ إلى أَجَلٍ.

[صور بعض بيوع الآجال والضوابط للمنع منها والجائز]:

قوله: (وَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً إِلَى أَجَلٍ) (6) الأصل فيها حديث عائشة (7) — رضي الله عنها — ((لَمَّا بَلَغَهَا عَنْ زَيْدِ بْنِ أَرْقَمَ (8) أَنَّهُ بَاعَ جَارِيَةً بِأَلْفٍ إِلَى أَجَلٍ، ثُمَّ اشْتَرَاهَا

(1) بأن دفع ثمنها ليأخذ أكثر منه.

(2) ((ومن أسلم في عرض فلا بأس أن يبيعه من بائه قبل قبضه)). التفريع: 161/2، 162.

(3) ((فلا بأس أن يبيعه من بائه قبل قبضه بمثل ثمنه أو أقل منه)) المصدر السابق: 162/2.

(4) وكذلك لو باعه بأقل، لأنه في السَّلَمِ دفع الثَّمَنِ مقدِّماً، فالتَّهْمَةُ بعيدة؛ حيث قَدَّمَ الأكثر، ويتأخَّر ليأخذ الأقل.

(5) لا بأس أن يبيعه من غير بائه لكن (لا يجوز أن يؤخَّر ثمنه) المصدر السابق: 163/2.

(6) (فلا يجوز أن يشتريها نقداً، ولا إلى أَجَلٍ أدنى من أَجَلِهَا بِأَقَلِّ من ثمنها) المصدر السابق.

(7) عائشة بنت أبي بكر الصديق - رضي الله عنهما - وأمُّها أُمُّ رومان، تزوجها النبي - صلى الله عليه وسلم - وهي بنت ست أو سبع، ودخل بها وهي بنت تسع، وتوفي عنها وهي بنت ثمانٍ عشرة سنة، لم يتزوج بكراً غيرها، كانت من فقهاء الصحابة ومن أعلمهم بالحلال والحرام، وروى عنها الكثير من الصحابة والتابعين كسعيد بن المسيب وغيره، توفيت سنة 58 هـ. ينظر الطبقات الكبرى: 58/8، والإصابة: 231/8.

(8) زيد بن أرقم بن زيد الأنصاري الخزرجي، شهد مع رسول الله - ﷺ - سبع عشرة غزوة، كان من أصحاب علي - رضي الله عنه - شهد معه صفين، ابنتى داراً بالكوفة، سكنها وتوفي بها سنة 68 هـ. ينظر الطبقات الكبرى: 18/6 والاستيعاب: 535/2.

بستيمائة، فقالت: أخبروه أنه قد حبط (جهاده(1) مع رسول الله صلى الله عليه وسلم)) (2).

ولهذه المسألة صورٌ ممتنعةٌ وجائزة، وهي كثيرة جدًا، وضابطه أن ينظر أبداً إلى الذي خرج من يده أو إلى الثمن، ((فإن رجع إليه مثل ما خرج عنه أو أقل؛ جاز، وإن رجع إليه أكثر امتنع)).

قوله: (فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَهَا نَقْدًا، وَلَا إِلَى أَدْنَى مِنْ أَجْلِهَا بِأَقْلَ مِنْ ثَمَنِهَا) (3) لأنَّ حاصله أنَّ المشتري ثانياً؛ وهو البائع الأول، دفع مثلاً عشرة ليأخذ خمسة عشر، ((وهو سَلَفٌ جَرَّ نَفْعًا)).

قوله: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَهَا إِلَى أَبْعَدَ مِنْ أَجْلِهَا بِأَكْثَرِ مِنْ ثَمَنِهَا) (4)، لأنَّ حاصله أنَّ المشتري (5) دفع عشرة ليأخذ خمسة عشر، إلّا أنَّه يجوز هذا على المُقاصَّة، وذلك أنه إذا حلَّ الأجل الأول، وقال المشتري ثانياً (6): ادفع لي العشرة التي لي عندك، قال له (7): لك عليَّ عشرة، ولي عندك خمسة عشر لم تحلَّ بعد، فاقطع لي منها العشر، ويبقى لك قبلي (8) خمسة إلى الأجل، فعلى هذا يسلم من أن يرجع إليه أكثر ممَّا خرج عنه.

قوله: (وَلَا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِيَهَا إِلَى أَبْعَدَ مِنْ أَجْلِهَا بِمِثْلِ ثَمَنِهَا، أَوْ أَقْلَ مِنْهُ) (9) لأنَّ حاصله أن يكون المشتري ثانياً (10) يدفع عشرة؛ ليأخذ مثلها أو أقل، وذلك جائز.

- (1) من بداية القوس وما بعده؛ مقدار لوحة ونصف فُقِدَ من النسخة (غ).
- (2) أخرج نحوه الدارقطني في سننه: 477/3 حديث رقم 3002 من حديث عائشة موقوفاً، وقال: فيه مجهولان لا يحتج بهما. وذكره ابن القيم بما يدلُّ على أنه محفوظ، وأزال عنه الجهالة. ينظر عون المعبود حاشية ابن القيم: 246/9. وذكر - أيضاً - هذا الأثر في المدونة: 161/3 وفي بداية المجتهد: 142/2؛ وقال ابن رشد: لا يثبت حديث عائشة عند الشافعي.
- (3) وهذا فيمن ((باعت سلعة بثمن إلى أجل)). التفريع: 163/2.
- (4) التفريع: 163/2.
- (5) وهو البائع الأول، كأنه دفع عشرة للمشتري الأول بعد قبضها منه عند الأجل الأول؛ ليأخذ عن هذه العشرة خمسة عشر عند الأجل الأبعد.
- (6) وهو البائع الأول.
- (7) البائع الثاني؛ وهو المشتري الأول.
- (8) أي في ذمتي.
- (9) وهذا - أيضاً - فيمن ((باعت سلعة بثمن إلى أجل)). المصدر السابق.
- (10) هذا يُنصَّر - أيضاً - مع المشتري الأول وهو أوضح، لأنه اشترى ليدفع العشرة عند الأجل الأول، ثم ليأخذ مثلها أو أقل - بعد أن باع بمثل ما شترى أو أقل - عند الأجل الثاني.

[بعض صور بيع العينة الممنوع منها والجائز]:

قوله: (وَلَا خَيْرَ فِي الْعِيْنَةِ) (1) هي فعلة من العَوْن ولها صورتان:

إحدهما أن يقول له: اشتر لي؛ أي من أجلي وبسببي سلعة تكون لك وضمانها عليك، لأنها بِمَالِكَ (2)؛ وأنا أشتريها منك بأكثر من ثمنها الذي أخذتها به إلى أجل، وهذا معنى قوله: (وَهِيَ لِي بِاثْنِي عَشَرَ) (3)، وبهذا إنما اشتراها لهذا المعنى، ولولاه ما اشتراها، وإنما أراد أن يدفع له دراهم في أكثر منها (4)، فلمَّا لم يجز؛ تَحْيَلًا على تجويزه بهذا، فَمُنِعَ، لأنَّ حاصله أنَّه خرج عن يده قليلٌ لِيَأْخُذَ كثيرًا.

والصورة الثانية؛ أن يبيع منه سلعة بثمن نقدا، ثُمَّ يرجع فيشتريها منه بأكثر من ثمنها الأوَّل إلى أجل، فهذا لا محذور فيه؛ والثُّمَّة فيه بعيدة، بخلاف الأولى، لكنه إن وقع ذلك من أهل العينة فتنفَّوَى الثُّمَّة، لأنَّه من جنس بيعاتهم الفاسدة، قال مَالِكٌ: وقد كان أَهْلُ الفضل يفعلون ذلك، حتَّى تَبَيَّنَ لهم أَنَّ أناسا يفعلونه على وجه العينة؛ فتركوه تنزيها لأنفسهم عنه؛ وإن كان قَصْدُهُم صحيحا (5).

قوله: (وَلَا بَأْسَ أَنْ يَقُولَ اشْتَرَهَا لِي بِعَشْرَةِ) (6)، أي مِنْ مَالِي، ويجعل له جُعْلا على شرائها دينارا، فهذا قرض (7) صحيح لا يشبه المسألة المتقدِّمة (8).

- (1) المصدر السابق.
- (2) سقطت من (غ) وفي (و) ببالك.
- (3) المشتري يقول للبائع: (اشترها من مالك بعشرة دنانير نقدا، وهي لي باثني عشر إلى أجل). المصدر السابق.
- (4) كأن البائع أسلف المشتري ثمن السلعة دراهم، ثم ردها للبائع بفائدة الربح المتفق عليه.
- (5) ينظر البيان والتحصيل: 86/7.
- (6) (... وَلَكَ دِينَارَانِ)). التفرع: 163/2.
- (7) كذا وردت في (و) وسقطت من (غ)، والأقرب أن تكون محرفة عن (فرض)، فالسياق يدل على أنه ليس قرضا بدليل قوله: ((اشترها لي بعشرة أي من مالي)، ولو قال: (من مالك) لكان قرضا.
- (8) وهي الصورة الأولى، وقد أشار إليها بقوله: (اشتر لي؛ أي من أجلي وبسببي سلعة تكون لك وضمانها عليك، لأنها بِمَالِكَ؛ وأنا أشتريها منك بأكثر من ثمنها الذي أخذتها به إلى أجل).

[بيع الملامسة]

ثُمَّ ذَكَرَ شَيْئاً مِنْ بَيُوعِ الْجَاهِلِيَّةِ؛ كَبَيْعِ الْمُلَامَسَةِ، وَصَفَتَهُ أَنْ يَضَعَ أَثَوَاباً مُخْتَلَفَةً؛ فَيَقُولُ: عَلَى أَيِّهَا وَضَعْتَ يَدَكَ أَوْ لَمَسْتَهُ فَهُوَ لَكَ بَكَذَا، فَكُلُّ وَاحِدٍ يُغَايِنُ صَاحِبَهُ وَيَقَامِرُهُ، فَالْبَائِعُ يُقَدِّرُ أَنَّهُ يَلْمَسُ الدُّنَّ؛ وَالْمُشْتَرِي بَعَكْسِهِ.

[بيع المنابذة]

وكَذَلِكَ بَيْعُ الْمُنَابَذَةِ (1)، أَيُّ ثَوْبٍ نَبَذْتَهُ فَهُوَ لَكَ بَكَذَا، وَقِيلَ هُوَ بَيْعُ الْحَصَاةِ، أَيُّ الثَّوْبِ الَّذِي أَنْبَذَ عَلَيْهِ الْحَصَاةَ فَهُوَ بَكَذَا؛ يَنْعَقِدُ الْبَيْعُ بِمَجَرَّدِ النَّبْذِ مِنْ غَيْرِ تَغْلِيْبٍ، وَذَلِكَ أَكْلُ الْمَالِ بِالْبَاطِلِ.

(1) النَّبْذُ: هُوَ طَرَحُ الشَّيْءِ مِنْ يَدِكَ، وَالْمُنَابَذَةُ: أَنْ تَرْمِيَ بِالثَّوْبِ وَيَرْمِي إِلَيْكَ آخَرُ بِمِثْلِهِ، أَوْ أَنْ يَرْمِيَ إِلَيْكَ بِحَصَاةٍ. يَنْظُرُ طَلِبَةُ الطَّلَبَةِ: 156 وَلِسَانُ الْعَرَبِ: مَادَةُ نَبْذِ.

[بيع حبل الحبلّة]

ومنها بيع حَبَلِ الحَبَلَةِ، قيل: هو الجنين، وهو مجهول الحياة والصفة، وقيل: حَمَلُ الجنين (1) وهو غير موجود، فهذا كُلُّه لا يجوز؛ وإن اختاره المشتري وظنَّ أنَّ المصلحة فيه، بل ((لا مصلحة إلَّا فيما اختاره الشرع))، لأن العبد لا يعلم ما يضرُّه ولا ما ينفعه، ورُبَّ شيء يظُنُّه نفعاً لنفسه وهو ضررٌ، وبالعكس، وأيضاً فإنَّ كُلَّ واحد منهما؛ إنَّما يحتاط لنفسه، ويظن نفعها والإضرار بصاحبه، وذلك مُؤَدِّ — بعد انكشاف الغيب — إلى الغِلِّ والعداوة، والشرعُ إنَّما ينظر بالمصلحة العامة نظر الوالد الرحيم إلى ولده.

[الجهالة في بيع السَّاج على الصِّفة]:

والسَّاج (2) [إحرام من إبرسيم] (3) لم يجز بيعه على الصِّفة في جرابه، وإن جَوَّزنا البَرْنَامَج (4) على الصِّفة، والفرق أنَّ في حَلِّ المتاع من شِدِّه أضراراً برَبِّه؛ لما فيه من شِدِّه ثانياً من المُوَنَةِ، فجاز على الصِّفة بَيْعُهُ، فإن وافق الصِّفة صحَّ، وإلَّا فلا، ولا كُفَّة في إخراج السَّاج من جرابه، وكذلك القُبَّاطِي (5) جمع قُبْطِيَّة، وهي ثياب تُعْمَل (بِمِصْر).

-
- (1) الحَبَل: الحمل، والحَبَلَةُ: الجنين. ينظر المنتقى شرح الموطأ: 21/5.
 - (2) السَّاج: هو الطيلسان الضخم الغليظ. ينظر لسان العرب، مادة سوج.
 - (3) ما بين المعكوفتين مفقود من (غ). وفي (و) إحرام من ابن سيم. كذا وردت. وإبرسيم: خيط الحرير، وكذلك الأبريسم، والأبريسم، والأبريسم، والإبريسم: مُعَرَّب وهو الحرير، أو الحرير المخلوط بالقطن، وخصَّه بعضهم بالخام. ينظر تاج العروس مادة: برسم، وتكملة المعاجم العربية: 66، 67/1.
 - (4) البَرْنَامَج: بفتح الباء وكسر الميم وفتحها، لفظ فارسي استعمله العرب، وهو دفتر فيه وصف للمبيع، أو هو الورقة الجامعة للحساب. ينظر القاموس المحيط: فصل الباء، ومواهب الجليل: 294/4.
 - (5) القُبَّاطِي: ثياب كتَّان بيض رقاق. ينظر لسان العرب، مادة قبط.

[المَزَابَنَة]

[أنواع المزابنة]:

والمَزَابَنَة ضربان: ففي الرَّبَوِيِّ بَيَّعَ المَعْلُومَ بالمَجْهُولِ من جنسه، كالرُّطْبِ بالتَّمْرِ، فَيَمْتَنَعُ لأمرين:

– أحدهما: للجهل بالتَّمَاتِلِ، لأنَّ الجهل بالتَّفَاضُلِ في ذلك كالعلم به حُكْمًا.

– وللغرر والمُغَابَنَة، لأنَّ كُلَّ واحدٍ يطلب غَبْنَ صاحبه.

وفي غير الرَّبَوِيِّ، كَوَيْبَة⁽¹⁾ من مَشْمَشٍ بِصُبْرَة⁽²⁾ منه؛ لا يجوز إلا أن يتَحَقَّقَ أَنَّ أَحَدَهُمَا أَكْثَرُ مِنَ الثَّانِي، لَأَنَّهُ مَعَ الْجَهْلِ بالتَّفَاضُلِ⁽³⁾ يَصِيرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُقَامَرُ صَاحِبَهُ، فَأَحَدُهُمَا يَظُنُّهُ أَكْثَرُ، وَالثَّانِي يَظُنُّهُ أَنْقَصُ، عِنْدَ انْكِشَافِ الْأَمْرِ يُؤَدِّي إِلَى اعْتِدَاءِ أَحَدِهِمَا عَلَى الثَّانِي، فَإِذَا تَحَقَّقَ زَالِ ذَلِكَ الْمَعْنَى، ((وَكُلُّ مَا جَازَ فِيهِ التَّفَاضُلُ جَازَ التَّمَاتِلُ، وَلَا يَنْعَكُسُ⁽⁴⁾))، فلهذا قال: ((وفيما لا ربا فيه لأجل التَّخَاطُرِ))⁽⁵⁾.

(1) كذا وردت في (و) وفُقدت من (غ)، والمعنى يحتمل أن تكون كَوَيْبَة أو كَوَيْمَة، فالكاف في الأولى للتشبيه، والْوَيْبَة مكيال من المكايل، كل ست وِثْيَات تساوي إردبًا واحدًا، والإردبُ يضم أربعة وعشرين صاعًا. ينظر لسان العرب: مادة ويب وردب. والْكَوَيْمَة من الْكُومَة وهي الصُّبْرَة من الطعام وغيره تباع بلا كيل ولا وزن كالْكَومَة والْكَدْس. ينظر المصدر السابق: مادة كوم، و صبر. وهي مفقودة من (غ).

(2) في (و) فَصُبْرَت، وفُقدت من (غ).

(3) بقدر الزيادة.

(4) لأن ما جاز فيه التَّمَاتِلُ، كالمشمش؛ لا يجوز فيه الجهل بقدر الفضل؛ كما هو عند النَّحْرِيِّ، إذ لا بد من تحقق الزيادة عند أحد الطرفين حتى يقل التَّخَاطُرُ.

(5) التفریع: 165/2. يعني لا يجوز بيع المزابنة فيما فيه الربا، وفيما لا ربا فيه. ينظر المصدر السابق.

باب بيع الغرر

[بيع الآبق والطير في الهواء والحوت في الماء غرر]:

قوله: (مَنْ ذَلِكَ)⁽¹⁾ أي مَنْ يَبِيعُ الغرر يَبِيعُ الآبق، وذلك إذا لم يكن في موضع معلوم، لأنَّه غير مقدور على تسليمه، كالطَّيْرُ المَعْيَّنُ في الهواء أو السَّمَكُ في الماء، وقد لا يجده المشتري؛ وهو إِنَّمَا يَظُنُّ وجوده، فإذا لم يجده، أو وجده على غير الصِّفَةِ التي يَعْلَمُ؛ أدركه النَّدَمُ، ولم يؤمن الإضرار منه بالبائع، فإن كان في موضع معلوم جاز بيعه؛ إن كان قد رآه قبل ذلك، أو على الصِّفَةِ، كبيع الغائب.

ويجوز السَّلَمُ في طَيْرٍ غير مُعَيَّنَةٍ، وحُوتٍ - كذلك - مَضْبُوطٍ بالصِّفَةِ.

[الصِّفَةِ المَعْدُومَةِ شرعا للمبيع غرر]:

ولا يجوز بيع الطائر على أَنَّهُ يَتَكَلَّمُ، لأنَّ ذلك لهوٌ لا كلامٌ، كبيع الجارية على أَنَّهَا مُغَنِّيَةٌ، وكذلك الدُّبُّ المَعْلَمُ، بل إذا قيل: إن السَّبْعَ لا تعمل الذِّكَاةَ فيه كالميتة؛ فلا يجوز بيعه البتَّةَ، لأنَّه لا منفعة فيه، وكذلك سائر السِّبَاعِ من الوحوش، وعلى القول بأنَّ الذِّكَاةَ تعمل في جلده وَيَطْهَرُ بذلك؛ فيجوز بيعه بجلده خاصة، فلو غُصِبَ شيءٌ من ذلك؛ كان عليه⁽²⁾ قيمةُ الطَّيْرِ المَعْلَمِ على أَنَّهُ طائرٌ من غير صفة، وكذلك الأَمَةُ المَغَنِّيَّةُ، وقيمة جلد السَّبْعِ المَعْلَمِ.

[بيع الجنين والثمار قبل طيها غرر]:

قوله: (وَبِيعُ الثَّمَارِ قَبْلَ بُدْوِ صَلَاحِهَا عَلَى الْبَقَاءِ)⁽³⁾، أمَّا بالنقد فلا خلاف في منعه، والمذهب منعه بالكالي، وقيل: يجوز، فإن سَلِمَتْ أَخَذَ الثَّمَنُ وإلا فلا، لأنَّه سَلِمَ من المحذور؛ وهو أن يكون الثَّمَنُ مَرَّةً ببيعاً ومَرَّةً سَلَفًا.

وكذلك الجنين⁽⁴⁾، لأنَّه لا يعلم أهو جنين أو نفخ، وهل يولد حيًّا أو ميتاً، وهل يكون سليماً أو لا، وتامًّا أو ناقصاً، وذكرنا أو أنثى؟.

(1) (من ذلك بيع الآبق والضالة)). المصدر السابق.
(2) كان على الغاصب قيمة هذه الأشياء مجردة عن الصفات المذكورة، لأنها غير معتبرة شرعا.
(3) (هذا وما أشبهه من الغرر)). المصدر السابق: 165/2، 166.
(4) إشارة لقول ابن الجلاب - مَنْ يَبِيعُ الغرر -: ((بيع الأجنَّة في بطون أمهاتها)). المصدر السابق: 165/2.

والغرز ضربان كما ذكر⁽¹⁾؛ فلا يجوز، وقيل: لا بد منه فيجوز، كأساس الحائط، وحشوا الجبة.

[حكم البيعتين في بيعه]:

قوله: (وَلَا يَجُوزُ بَيْعَتَانِ فِي بَيْعَةٍ) ⁽²⁾، لأنه قد نُهي عن ذلك ⁽³⁾.

[صور البيعتين في بيعه]:

ولها صورتان:

[الصورة الأولى وسبب منعها]:

إحدهما: أن يبيع سلعة بثمنين مختلفين، واختلافهما إما أن يكونا من نوعين⁽⁴⁾ كثوب وعبد، أو يكونا نوعا واحدا عينا، دراهم أو دنائير، لكن يختلفان بالنقد والأجل، فإن كانا نوعين فالامتناع، لأن الثمن يكون مجهولا عند البائع، لأنه لا يدري أيهما يختار المشتري، وإن كانا من نوع فيمتنع لذلك، ولأمر آخر، وذلك أن ((كُلَّ مُخَيَّرٍ يُعَدُّ مُتَنَقِّلًا))، فإذا باع منه بدينار نقدا، أو باثنين إلى أجل، وألزم نفسه ذلك، وجعل له الخيار خاصة، فإذا قال: اخترت أن يكون بدينارين إلى أجل، أمكن أن يكون غالبا؛ أنه اختاره أولاً بدينار، ثم انتقل إلى الدينارين، وإذا اختاره بدينار تعيّن قبله للبائع ذلك الدينار، ثم فسّخه في دينارين إلى أجل، وكأنه دفعه ليأخذ منه بدينارين وهو ممنوع.

وإن قال: اخترته بدينار نقدا، أمكن - أيضا - أن يختاره - أولاً - بدينارين إلى أجل، فقد تعيّن عليه، فإذا دفع له دينارا صار بمنزلة من دفع له دينارا ليأخذ منه دينارين، إلا أن أخذَه الدينارين عند الأجل من نفسه لنفسه، لأنه بدفع الدينار له صار بمنزلته، إذ لولا الدينار لأخذَهما منه عند الأجل، فتنزّل بذلك منزلته، فكأنه دفع دينارا لشخص؛ ليأخذ دينارين من شخص⁽⁵⁾، فتنزّل منزلة المدفوع، وهذا كمن دفع لرجل دينارا؛ ليأخذ دينارين من غريم المدفوع له عند أجلهما، فكأنه أخذها من نفس المدفوع له لتنزّله منزلته، ولذلك صار بمنزلة السلف، لأن حقيقته أن يدفع إلى شخص ولا يأخذ منه بعينه، كذلك صار هنا الدافع بمنزلة المدفوع له، فكأنه يأخذ ممن دفع له.

(1) ربما يريد بالضربين الغرز اليسير والكثير، والكثير لا يجوز بدليل قوله: ((كما ذكر)) يعني به ابن الجلاب عند ذكر المنع في بيع الطير والأبق.. إلخ. واليسير الذي لا بد منه يجوز، كحشو الجبة.. إلخ.

(2) المصدر السابق: 166/2.

(3) أخرج مالك في الموطأ: 663/2 حديث رقم 72 أنه بلغه ذلك، ونصّه ((نهى رسول الله - ﷺ - عن بيعتين في بيعه)) وأخرجه الترمذي: 524/2 حديث رقم 1231 من حديث أبي هريرة مرفوعا، وقال الترمذي: ((حديث حسن صحيح)).

(4) سقطت من (غ)، و في (و) عين؛ ولا يستقيم المعنى به، بدليل ذكره للثوب والعبد بعده.

(5) آخر مُحَال عليه من المُحِيل؛ وهو الشخص الأول.

[الصورة الثانية وسبب منعها]:

والصورة الثانية: أن يبيع إحدى سلعتين مختلفتين، لا يُعَيِّنهما بثمن معلوم، ويخيره في أخذ أيتهما شاء، فيكون البيع مجهولاً عند البائع، لأنه لا يدري أيتهما يأخذ، ويدخله التخاطر والقمار، لأنَّ البائع يرجو أن يأخذ الأذنون، والمشتري يقصد الأرجح.

[جواز بيع المَثْمَنَيْنِ الْمُتَّفَقَيْنِ بثمن واحد]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ ثَمَنَيْنِ⁽¹⁾ مُتَّفَقَيْنِ بِثَمَنٍ وَاحِدٍ)⁽²⁾ يعني إذا كانا متماثلين من كُلِّ وجه، كإردبين من بُرٍّ متساويين، فلا غرر في ذلك ولا محذور، كما لو باع منه إردباً من صُبْرَةٍ⁽³⁾ واحدة.

[جواز البيعتين في بيعة على الخيار]:

قوله: (فَإِنْ كَانَا جَمِيعًا بِالْخِيَارِ فِي الْأَخْذِ وَالتَّرْكِ جَازَ)⁽⁴⁾ إذا كان هذا؛ فلا يلزم منه ما لزم في الأول⁽⁵⁾، لأنه إذا اختار المشتري أحد الأمرين، فإن شاء البائع ذلك أمضى البيع، فصار إنشاء البيع من حينئذ على العلم بالثمن والمثمن، ولذلك كان القَوْلُ في بيع الخيار قَوْلَ من اختار الفسخ، لأنه لم ينتشر بينهما بعد، إذ هو موقوف على اختيارهما معا⁽⁶⁾.

(1) كذا وردت في (و)، وهو مخالف لما في الأصل، وفيه: ((ولا بأس ببيع أحد مَثْمَنَيْنِ مُتَّفَقَيْنِ بثمن واحد)) التقرير: 166/2.

(2) المصدر السابق.

(3) الصُبْرَة: هي ما يبيع من الطعام بلا كيل ولا وزن، كالْكَدْس والكُومَة. ينظر لسان العرب: مادة صبر.

(4) التقرير: 166/2.

(5) من الصُّورَتَيْنِ الممنوعتين سالفتي الذِّكْر.

(6) إلى هذا القدر - كما أشرت سابقاً - ما بين القوسين مفقود مقدار لوحة ونصف من النسخة (غ).

باب السَّوْمِ والنَّجْشِ

[بيع النَّجْشِ معناه وسبب منعه]:

النَّجْشُ: النَّقْصُ، وذلك موجودٌ في بيع الرَّجُلِ على بيع أخيه، وقد نُهي عن ذلك⁽¹⁾، وصورة ذلك عند مَالِكٍ ما قال في (الْكِتَابِ)⁽²⁾، لَأَنَّهُ إِذَا عُرِضَ عَلَى الْمُشْتَرِي سِلْعَةٌ أَرَخَصَ مِنَ الْأَوَّلِ مَثَلًا، فَهُوَ يَرُومُ أَنْ يَفْسِدَ عَلَى الْبَائِعِ الْأَوَّلَ وَيَنْقُصَهُ مِنَ الثَّمَنِ الَّذِي سُمِّيَ، وَفِيهِ حَمْلُ الْحَدِيثِ عَلَى الْمَجَازِ، لَا عَرْضَ السِّلْعَةِ⁽³⁾ عَلَى الْمُشْتَرِي؛ وَإِنْ رَكَنَ أَحَدُهُمَا إِلَى الثَّانِي لَيْسَ بِيْعًا، لِأَنَّهَا لَا تَلْزِمُهُ بِذَلِكَ حَتَّى يَقَعَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ، لَكِنَّ ذَلِكَ مُقَدِّمَةٌ لِلْبَيْعِ تَوَوَّلَ إِلَيْهِ، وَسُمِّيَ بِيْعًا لِمَالِهِ إِلَيْهِ، لِقَوْلِهِ - تَعَالَى -: ﴿إِنَّكَ مَيْتٌ﴾⁽⁴⁾ وَقَوْلِهِ - عَزَّ وَجَلَّ -: ﴿أَعَصِرْ خَمْراً﴾⁽⁵⁾.

وذهب الشَّافِعِيُّ إِلَى أَنَّ مَعْنَاهُ؛ النَّهْيُ عَنِ الْبَيْعِ فِي أَيَّامِ الْخِيَارِ بَعْدَ أَنْ بَاعَ مِنْ شَخْصٍ وَأَلْزَمَ نَفْسَهُ، وَجَعَلَ الْخِيَارَ لِلْمُشْتَرِي، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَهَا مِنْ غَيْرِهِ⁽⁶⁾، إِلَّا أَنَّ الْمَعْنَى الْأَوَّلَ أَكْثَرُ وَجُودًا بَيْنَ النَّاسِ.

[بيع السَّوْمِ معناه وسبب منعه]:

وَالسَّوْمُ: أَنْ يَسْوُمَ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ بَعْدَ رُكُونِ الْبَائِعِ إِلَيْهِ، لِأَنَّ ذَلِكَ يُؤَدِّي إِلَى الْفُسَادِ عَلَى الْمُشْتَرِي، وَقَدْ ذَهَبَ بَعْضُ الظَّاهِرِيَّةِ - بِثَمَنِ⁽⁷⁾؛ لَا يَعْتَدُ⁽⁸⁾ بِقَوْلِهِ: - إِلَى مَنْعِ الْبَيْعِ مُزَايَدَةً؛ لِاسْتِعْمَالِ عُمُومِ النَّهْيِ عَنِ السَّوْمِ عَلَى سَوْمِ الْغَيْرِ عَلَيْهِ، وَهَذَا الْقَوْلُ يُؤَدِّي إِلَى الْإِفْسَادِ عَلَى النَّاسِ، فَلَا بُدَّ مِنْ حَمْلِهِ عَلَى الرُّكُونِ، وَبِمَنْزِلَةِ ذَلِكَ أَنْ يَخْطُبَ عَلَى خُطْبَةِ أَخِيهِ.

- (1) أخرجه البخاري: 69/3 حديث رقم 2142 ومسلم: 1156/3 حديث رقم 1516 من حديث ابن عمر مرفوعاً ((نهى النبي - ﷺ - عن بيع النَّجْشِ)).
- (2) يريد به التفريع، بدليل المثال الذي ذكره بعد في هذه المسألة، وهو كما ذكره ابن الجلاب. ينظر التفريع: 166/2.
- (3) لأنَّ النهي الوارد في الحديث ليس بمجرد عرض السلعة على المشتري؛ بل الرُّكُونُ لَا يُعَدُّ بِيْعًا كَمَا قَالَ.
- (4) الزمر: 30.
- (5) يوسف: 36.
- (6) ينظر مختصر المزني: 186/8.
- (7) كذا وردت في (و) وطمس في (غ)، ولعلها محرفة عن (ممن)؛ أي (ممن لا يعتد بقوله) والله أعلم. ومراده: أَنَّ السَّوْمَ عِنْدَ بَعْضِ الظَّاهِرِيَّةِ؛ أَنْ يَسْوُمَ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ بِثَمَنِ مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ وَنَظَرٍ لِلرُّكُونِ مِنْ عَدَمِهِ، فَالْمَنْعُ عَلَى إِطْلَاقِهِ.
- (8) في (و) يعتده.

[حكم العقد الثاني المبني على السَّوَم الأول]:

وفي العقد الثاني من ذلك كُلِّهِ قولان:

- الفسخ للنَّهْي عن مُقَدِّمته، وإذا فسدت المُقَدِّمة فسد التَّابِع.

- وقيل: يَأْتُمُّ الفاعل ولا يُفْسَخُ العقد، لأنَّ النَّهْيَ خارجٌ، لأنَّه إنَّما صادف مُقَدِّمة العقد لا ذاته، وقد اخْتُلِفَ - أيضا - في النَّهْي؛ ((هل يدل على الفساد أو لا))؟ ((وَكُلُّ ما نُهِيَ عنه من العقود؛ ولم يقع خلافٌ في منعه، فإنَّه يُفْسَخُ اتفاقا، وما اخْتُلِفَ فيه؛ فيه قولان)).

وينبني على ذلك أنَّه إذا نادى على سلعة؛ فدفع له فيها تاجرٌ ثَمنا لم يرض به ربُّها، ثُمَّ لم يزد على ذلك؛ فإنَّها تلزمه بذلك الثَّمَن، وإنَّما الخيار من جهة البائع، فإذا زاد عليه غيرُه زال اللُّزومُ عن الأوَّل، وانتقل إلى الثَّاني، هكذا إلى آخرهم، ولو وقعت السلعةُ على شخص، فردَّها صاحبُها غير راضٍ بذلك، ثم غاب أيَّاما قليلة كالعشرة ونحوها، ثم أراد بَيْعَها من ذلك التَّاجر؛ فإنَّها تلزمه بذلك الثَّمَن، إلَّا أن تطول غيبته.

قوله: (وَلَا يَجُوزُ النَّجْشُ)⁽¹⁾ هذا أكثرُ إثْمًا ممَّا تقدَّم⁽²⁾؛ لأنَّه مع إفساده لا يقصد شراء السلعة، وهو مأخوذٌ من نجش الصائد في الشجر إذا استتر فيه.

(1) التفريع: 167/2.

(2) من بيع الشخص على بيع أخيه؛ وله رغبة حقيقية في شراء السلعة، وقد تقدم.

[تَلَقَّى السِّلْعَ وَبِيعَ الْحَاضِرَ لِلْبَادِي]

[سَبَبُ مَنْعِ تَلَقِّي السِّلْعِ وَالذَّكْلِيلِ عَلَيْهِ]:

ونهى الرَّسُولُ - ﷺ - عَنْ تَلَقِّي السِّلْعِ قَبْلَ أَنْ تَرُدَّ الْأَسْوَاقَ⁽¹⁾، وَإِذَا وَقَعَ فِي فِسْخِهِ قَوْلَانِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ ذَلِكَ؛ هَلْ هُوَ لِأَهْلِ الْأَسْوَاقِ - لِأَنَّ اخْتِصَاصَ هَذَا التَّلَقِّي يَضُرُّ بِهِمْ، وَالْكُلُّ أَشْرَاكَ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ، وَلِذَلِكَ مَنَعَ الْبَيْعَ يَوْمَ الْجُمُعَةِ بَعْدَ الْأَذَانِ، فَعَلَى هَذَا لَا يُفْسَخُ، لَكِنْ يُخَيَّرُ أَهْلُ السُّوقِ فِي مِشَارَكَتِهِ بِالْثَّمَنِ - أَوْ لِحَقِّ أَهْلِهَا⁽²⁾، لِأَنَّهُ خَرَجَ إِلَيْهِمْ وَهُمْ لَا يَعْرِفُونَ سَوْمَ السُّوقِ؛ غَبْنَهُمْ⁽³⁾، فَيُفْسَخُ عَلَى هَذَا؟

قوله: (وَلَا يَقْرُ الْغَشُّ فِي أَسْوَاقِ الْمُسْلِمِينَ)⁽⁴⁾ اخْتُلِفَ فِي السِّلْعَةِ يَعْشُ فِيهَا بِائِعُهَا، فَقِيلَ: يُتَصَدَّقُ بِهَا عَلَيْهِ، وَقِيلَ: تُبَدَّدُ عَلَيْهِ وَلَا يَنْتَفِعُ بِهَا أَحَدٌ، كَمَا فَعَلَ عُمَرُ⁽⁵⁾ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - إِذْ بَدَّدَ لِنَا مَخْلُوطًا بِالْمَاءِ⁽⁶⁾، لِأَنَّ فِي التَّصَدُّقِ بِهِ مَنْفَعَةً لِلْغَشِّ، فَرَأَى أَلَّا يَعُودَ عَلَيْهِ شَيْءٌ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ.

[مَعْنَى بَيْعِ الْحَاضِرِ لِلْبَادِي وَسَبَبُ مَنْعِهِ]:

قوله: (وَيُكْرَهُ أَنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ)⁽⁷⁾ لِلنَّهْيِ عَنْ ذَلِكَ⁽⁸⁾، وَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: ((دَعِ النَّاسَ يَرْزُقِ اللَّهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ))⁽⁹⁾، وَالْمُرَادُ بِهِ؛ مَا جَلَبَهُ الْبَادِي مِنَ الْأُمُورِ الْمُبَاحَةِ الَّتِي لَمْ يَشْتَرِهَا، كَالْحَطَبِ وَالْبَقْلِ، وَاللَّبَنِ وَالْغَنَمِ، لِأَنَّ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ يَسْهَلُ عَلَيْهِ بَيْعُهَا، فَرَخَّصَ فِيهَا، وَيَنْتَفِعُ مِنْ أَشْتَرَى مِنْهُ.

فَإِذَا بَاعَ لَهُ حَاضِرٌ؛ بَاعَ يَبِيعُ الْحَاضِرَ، وَمَا كَسَ الْمُشْتَرِي، فَلَمْ يَنْتَفِعْ أَحَدٌ. وَكَذَلِكَ لَا يَجُوزُ⁽¹⁰⁾ السَّبْقُ إِلَى الْبَادِي فَيُعْلَمَ بِالسَّعْرِ⁽¹⁾، وَلِذَلِكَ قَالَ: ((فَلَا يُبَاعُ لَهُمْ وَلَا يُشَارَ

(1) نهى رسول الله - ﷺ - عَنْ ذَلِكَ، فَقَالَ: ((لَا تَلَقُّوا الرُّكْبَانَ، وَلَا يَبِيعُ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ، وَلَا تَنَاجَشُوا، وَلَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ....)) أَخْرَجَهُ الْبَخَارِيُّ: 92/3 حَدِيثُ رَقْمِ 2150 مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ مَرْفُوعًا.

(2) أَهْلُ السِّلْعِ.

(3) غَبْنَهُمْ بِخُرُوجِهِ إِلَيْهِمْ.

(4) يَنْظُرُ التَّفْرِيعُ: 167/2. وَمَحَلُّ هَذَا الْقَوْلِ التَّقْدِيمُ فِي بَيْعِ النَّجَشِ، كَمَا وَرَدَ فِي التَّفْرِيعِ.

(5) عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ، ثَانِيُ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ، وَمِنْ الْعَشْرِ الْمُبَشِّرِينَ بِالْجَنَّةِ، شَهِدَ مَعَ الرَّسُولِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - الْمَشَاهِدَ كُلَّهَا، وَهُوَ أَوَّلُ مَنْ جَمَعَ الْقُرْآنَ فِي الصُّحُفِ، تُوْفِيَ سَنَةً 23 هـ. يَنْظُرُ الطَّبَقَاتُ الْكُبْرَى: 265/3 وَالْإِسْتِيعَابُ: 458/2.

(6) قَالَ ابْنُ تَيْمِيَّةَ: ((وَهَذَا ثَابِتٌ عَنْ عُمَرَ)). مَجْمُوعُ الْفَتَاوَى: 114/28، وَيَنْظُرُ تَارِيخُ دِمَشْقَ لِابْنِ عَسَاكِرَ: 252/70.

(7) التَّفْرِيعُ: 167/2.

(8) تَقْدِيمٌ، وَهُوَ تَتَمَّةٌ لِحَدِيثِ تَلَقَّى الرُّكْبَانَ الَّذِي أَخْرَجَهُ الْبَخَارِيُّ قَبْلَ قَلِيلٍ.

(9) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ: 1157/3، حَدِيثُ رَقْمِ 1522 مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ.

(10) فِي (و) يَجُوزُ، وَهُوَ خِلَافُ الْمُرَادِ.

عليهم)) (2)، أي لا يُعَلَّمون وجوه المكايسة.
وأما ما اشتروا من السِّلَع (3) فلا يمتنع ذلك فيها. وقد قيل: إنَّه عامٌّ (4) في البادي وغيره؛ من الواردة من سائر التُّجَّار من أي البلاد كان.
[شراء الحاضر للبادي]:
قوله: (وَلَا بَأْسَ بِالشِّرَاءِ لَهُمْ) (5) لأنَّه ليس العين الذي عنده بمنزلة الطَّعام الذي يُسَوَّق عنده (6)، بل يُحْتَاطُ له ويُطْلَبُ المكايسة فيه.

-
- (1) في (غ) البيع.
(2) التفريع: 167/2.
(3) بخلاف ما جلبوه بلا ثمن، أما ما اشتروه فلا يدخل في عموم النهي.
(4) النهي الوارد في الحديث المتقدم.
(5) المصدر السابق.
(6) لأنَّ الشراء له بالعين جائزٌ، بخلاف الشراء له بالسِّلعة التي يسوقها معه ويريد بيعها؛ لعدم النهي عن الشراء له بالنقد. ينظر مدونة الفقه المالكي وأدلتها: 139/4.

[التَّسْعِيرُ وَبَيْعُ الْإِحْتِكَارِ]

[حُكْمُ التَّسْعِيرِ]:

قوله: (وَلَا يَجُوزُ التَّسْعِيرُ)⁽¹⁾، لَأَنَّ ذَلِكَ ظُلْمٌ لَهُمْ، وَقِيلَ: إِلَّا أَنْ تَكُونَ مَجَاعَةً وَيُضَرَّ الْبَاعَةُ بِالنَّاسِ؛ فَيَجُوزُ أَنْ يُتَفَقَّدَ بَيْعُهُمْ وَشِرَاؤُهُمْ، وَيُعْمَلَ مَا هُوَ أَرْجَحُ لِلْفَرِيقَيْنِ؛ بِحَصُولِ النَّفْعِ بِالْمَشْتَرِيِّ، وَعَدَمِ الْإِضْرَارِ بِالْبَائِعِ.

[حُطُّ السَّعْرِ وَإِقَالَةُ مَنْ يَضُرُّ بِالسُّوقِ]:

قوله: (وَمَنْ حَطَّ سِعْرًا)⁽²⁾، مِثْلُ أَنْ يَجْلِبَ إِنْسَانٌ طَعَامًا مِنْ إِصَابَتِهِ، فَيُرْخِصَ فِي بَيْعِهِ حَتَّى يَضُرَّ بِأَهْلِ تِلْكَ السُّوقِ، لِأَنَّهُ لَا يَعْطَى جَمِيعُ النَّاسِ؛ فَيُجَوِّزُ لَهُ ذَلِكَ، بَلْ يَضُرُّ مَنْ بِتِلْكَ السُّوقِ، فَيَقَامُ مِنْهَا؛ إِلَّا أَنْ يَبِيعَ كَيْفَ بَاعُوا، وَلَوْ أَعْلَى لَمْ يُقَمْ، لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّ بِذَلِكَ غَيْرَهُ، بَلْ يَمْتَنِعُ النَّاسُ مِنْهُ.

[حُكْمُ احْتِكَارِ الطَّعَامِ وَغَيْرِهِ]:

قوله: (لَا يَجُوزُ احْتِكَارُ إِذَا أَضَرَّ بِالنَّاسِ)⁽³⁾، بَأَنْ لَا يَجِدُوا مَا يَشْتَرُونَ؛ فَهُوَ مَمْنُوعٌ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ مَعَ السَّعَةِ فَلَا بَأْسَ بِهِ، لِأَنَّهُ فِي حَقِّ النَّاسِ أَيْضًا، وَهَذَا إِنَّمَا هُوَ فِي الطَّعَامِ⁽⁴⁾، وَأَمَّا فِي غَيْرِهِ؛ فَيَجُوزُ مطلقًا.

[إِخْرَاجُ الطَّعَامِ وَجَلْبِهِ مِنْ بَلَدٍ لِبَلَدٍ وَقْتُ الْغَلَاءِ]:

قوله: (وَلَا يُجْبَرُونَ عَلَى إِخْرَاجِ الطَّعَامِ)⁽⁵⁾، لَأَنَّ كُلَّ أَحَدٍ أَحَقُّ بِمَا لَهُ، وَوَجْهُ الْجَبْرِ⁽⁶⁾ عَلَى إِخْرَاجِهِ إِحْيَاءُ رَمَقِ النَّاسِ، لَكِنْ يَبِيعُونَ بِمَا شَاءُوا. قوله: (خُلِّيَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ حِكْرَتِهِ)⁽⁷⁾، لَأَنَّ هَذَا لَمْ يَضُرَّ أَحَدًا مِنْ أَهْلِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ، فَيُخَلَّى بَيْنَهُ وَبَيْنَ طَعَامِهِ.

- (1) التفريع: 168/2.
- (2) ((ومن حط سعرا، أمر بإلحاقه سعر أهل السوق)). المصدر السابق.
- (3) ينظر المصدر السابق.
- (4) ابن الجلاب: في الطعام وغيره. ينظر المصدر السابق.
- (5) ينظر المصدر السابق.
- (6) على القول بالجواز. ينظر المصدر السابق.
- (7) وذلك فيمن ((جلب طعاما أو غيره إلى بلد...)). المصدر السابق.

[بيع الغُربان]

[معناه والدليل على منعه]:

ونُهي عن بيع الغُربان⁽¹⁾ لأنَّه أكلُ المال بالباطل، وذلك أن يشتري منه سلعة؛ ويدفع له من ثمنها بعضه، ثم يقول: إن اشتريتها وفَيْتُكَ الباقي، وإلاّ فما دفعتُ فهو لك، أويقول: خذ هذا الدِّينار؛ فإن اشتريتها دفعتُ لك بقية ثمنها؛ وإلاّ فهو لك.

(1) لفظ أَعْجَمِيٌّ أُعْرِبَ، والغُربانُ والغُربُونُ والعُربُونُ: كلُّه ما عُقِدَ به البَيْعَةُ من الثَّمَنِ. ينظر لسان العرب: مادة عرب.
وقد نَهَى رسول الله - ﷺ - في الموطأ: 609/2 حديث رقم 2 من حديث عمران بن شعيب عن جده مرفوعاً ((نَهَى عَنْ بَيْعِ الْغُرَبَانِ)).

[اجتماع البيع والسلف]

[حكم اجتماع البيع والسلف]:

قوله: (وَلَا يَجُوزُ بَيْعٌ وَسَلْفٌ)⁽¹⁾ للنهي عن ذلك⁽²⁾، وسواء كان السلف من المشتري أو من البائع، فإن وقع ذلك وألغيا السلف؛ فهل يصح البيع أو لا؟ قولان، والمذهب الصّحة، بخلاف ما إذا وقع البيع على عَرَضٍ وَخَمَرٍ ثُمَّ أُلْغِيَ الْخَمْرُ، فالعقد باطلٌ اتِّفَاقًا، والفرق أنَّ الفساد هنا⁽³⁾ في نفس العقد وَرُكْنُ المبيع، وهو في الأوّل من أجل السلف، وهو خارجٌ عن العقد، وليس من الأركان، وسواء قبض السلف أو لم يقبضه، أو غاب عليه أو لم يغب؛ القولان في ذلك، إلّا أنّه إذا غاب تقوى الفسخ، لأنّه يمكن أنّه انتفع به، فوقع المحذور في ذلك.

[وجه الصّحة والفساد في اجتماع البيع والسلف]:

وجه الصّحة أنَّ الانتفاع مَوْهُومٌ فلا عِبْرَةَ به، وَمَنْ عُلِّلَ ذلك⁽⁴⁾ بِأَنَّ السلف يُقَابِلُهُ جُزْءٌ من الثَّمَنِ؛ فيعود على جهل في الثَّمَنِ، أو بِأَنَّ ((النَّهْيَ يَدُلُّ عَلَى الْفَسَادِ))؛ يقول: بالفسخ مطلقا، وليس المذهب تعليله بذلك؛ بل بالنفع⁽⁵⁾، فإن وقع ذلك⁽⁶⁾ دون إلغاء السلف وفات المبيع فيُفْسَخُ، ويرجع إلى القيمة، لأنّه بيعٌ فاسدٌ، والمذهب أنّه يمضي بناء على أنّه ليس بفساد.

[الرُّجُوعُ بِالْقِيَمَةِ أَوْ الثَّمَنِ فِي اجْتِمَاعِ الْبَيْعِ وَالسَّلْفِ]:

فلا تعتبر القيمة مطلقا كالبيع الفاسد⁽⁷⁾، لكن إن كان السلف من البائع؛ فله الأقلُّ من القيمة أو الثَّمَنِ، فإن كانت القيمة أقلّ؛ فلائّه بيعٌ فاسدٌ، وفيه القيمة، وإن كان الثَّمَنُ

(1) التفريع: 169/2.

(2) ورد النهي عند الترمذي: 526/2 حديث رقم 1234 ((لا يَجُلُّ سَلْفٌ وَبَيْعٌ)) وقال الترمذي: ((حديث حسن صحيح)). وأخرجه أبو داود: 283/3 حديث رقم 3504، وصحيح ابن حبان: 161/10 حديث رقم 4321 كلهم من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص مرفوعا. والنسائي: 288/7 حديث رقم 4611، والحاكم في المستدرک: 21/2 حديث رقم 2185، وقال: صحيح ووافقه الذهبي. كلاهما من حديث عمرو بن شعيب مرفوعا.

(3) في بيع العرض مع الخمر.

(4) أي وَمَنْ عُلِّلَ المنع.

(5) والنفع المترتب على اجتماع البيع والسلف إذا وقع من غير شرط؛ بأن حصل اجتماعهما تطوعا جاز على الصحيح. ينظر مدونة الفقه المالكي وأدلته: 134/4.

(6) يريد على غير المذهب.

(7) هذا مذهب المدونة، ومقابل له لزوم القيمة مطلقا سواء كان المتسلف البائع أو المشتري. ينظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: 67/3.

أَقْلَ؛ فَلَأَنَّهُ قَدْ رَضِيَ بِهِ بِالنَّثْمِ عَلَى أَنْ يُسَلِّفَهُ، وَإِنْ كَانَ مِنَ الْمُشْتَرِي؛ فَلَهُ (1) الْأَكْثَرُ مِنَ الْقِيَمَةِ أَوْ النَّثْمِ، فَإِنْ كَانَتِ الْقِيَمَةُ أَكْثَرَ؛ فَلَأَنَّهُ بَيَّعَ فَاسِدًا، وَإِنْ كَانَ النَّثْمُ أَكْثَرَ؛ فَقَدْ رَضِيَ بِهِ عَلَى أَنْ يَزِيدَهُ السَّلْفُ، وَلَا بُدَّ مِنْ رَدِّ السَّلْفِ عَلَى كُلِّ حَالٍ (2).

وَقَالَ أَصْبَغُ (3): إِنْ كَانَ السَّلْفُ مِنَ الْمُشْتَرِي فَعَلَيْهِ الْأَكْثَرُ مِنَ الْقِيَمَةِ أَوْ النَّثْمِ؛ مَا لَمْ تَزِدْ الْقِيَمَةَ عَلَى النَّثْمِ، وَقُدِّرَ النِّفْعُ بِالسَّلْفِ، فَلَا يُلْزَمُهُ، لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ إِلَّا بِذَلِكَ.

[جواز البيع متوقَّفٌ على قبض السَّلْفِ:]

قوله: (مَا لَمْ يَقْبِضِ السَّلْفُ) (4) يريد وعُيِّبَ عَلَيْهِ وَانْتَفَعَ بِهِ (5).

[وقت تقدير القيمة بعد إتمام البيع والسَّلْفِ:]

قوله: (يَوْمَ الْفَوْتِ) (6) هذا لم أره لغيره، وَإِنَّمَا يَعْتَبَرُ أَبَدًا يَوْمَ الْقَبْضِ كَسَائِرِ الْبُيُوعِ الْفَاسِدَةِ، وَإِنَّمَا قُلْنَا: يَوْمَ الْقَبْضِ لَا يَوْمَ الْبَيْعِ، لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ بَيْنَهُمَا مُدَّةٌ، وَإِنَّمَا يَعْتَبَرُ وَقْتُ الْقَبْضِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ حِينُنْذُ يَكُونُ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي، وَلَمْ يَقُلْ أَحَدٌ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ: (إِنَّ الْقِيَمَةَ فِيهِ يَوْمَ الْفَوْتِ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ - وَجْهٌ هَذَا الَّذِي قَالَ ابْنُ الْجَلَّابِ - أَنْ حَكَمَهُ قَبْلَ الْفَوْتِ الرَّدُّ) (7)، وَإِنَّمَا سَبَّبَ الْقِيَمَةَ الْفَوْتُ، وَيُلْزَمُهُ أَنْ يَقُولَ ذَلِكَ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

قوله: (لَا يَوْمَ الْحُكْمِ) (8) فيحتمل - أيضا - أَنْ يَكُونَ قَوْلًا، لِأَنَّهُ حِينُنْذُ يَتَحَقَّقُ الْغُرْمُ، وَإِذَا بَاعَ وَتَمَّ الْبَيْعُ، ثُمَّ أَسْلَفَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ عَلَى قُرْبٍ مِنَ الْبَيْعِ، فَإِنَّهُمَا يُتَّهَمَانِ عَلَى أَنَّهُمَا قَصْدًا ذَلِكَ أَوَّلًا؛ فَيَمْتَنَعُ، وَهَذَا بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ صَرَفَ دِينَارًا بِدَرَاهِمِ فَضَّةً، ثُمَّ بَاعَ مِنْهُ الدِّينَارَ (9) بِسَوَادٍ فَلَا يَجُوزُ، لِأَنَّهُمَا يُتَّهَمَانِ عَلَى دَرَاهِمٍ بِدَرَاهِمٍ.

(1) للبائع.

(2) بل لو ردَّ السَّلْفُ لربه والسلعة قائمة صح العقد. المصدر السابق.

(3) أصبغ بن الفرج بن سعيد، أبو عبد الله المصري الفقيه، صاحب ابن القاسم وأشهب وابن وهب، وسمع منهم وتفقه معهم، وروى عنه البخاري، توفي سنة 225 هـ. ينظر ترتيب المدارك: 17/4، والديباج المذهب: 299/1.

(4) ((فمن فعل ذلك وترك الشرط ما لم يقبض السَّلْفُ فالبيع جائز)). التفریع: 169/2.

(5) بمعنى ولو عُيِّبَ عَلَيْهِ، بَأَنْ غَابَ الْمُتَسَلِّفُ غِيْبَةً تُمَكِّنُهُ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ؛ فَهُوَ جَائِزٌ طَالَمَا أَنَّهُ تَرَكَ الشَّرْطَ. ينظر الشرح الكبير: 67/3.

(6) عند اجتماع السلف والبيع يفسخ البيع، ويرجع إلى القيمة يوم الفوت؛ لا يوم الحكم كما سيأتي. ينظر المصدر السابق.

(7) ما بين القوسين سقط من (غ).

(8) ((وإن قبض السَّلْفُ فُسخ البيع، ورد السلعة إلى القيمة يوم الفوت... لا يوم الحكم)) المصدر السابق.

(9) العملية كلها في التحايل على بيع الفضة أو السَّوَادِ بِالدَّرَاهِمِ، وَالدِّينَارِ مَا هُوَ إِلَّا ذَرِيعَةٌ لِلتَّوَصُّلِ لِذَلِكَ، وَلَيْسَ مَقْصُودًا.

[حكم تقديم الثمن في الكراء كتقديمه في بيع العربون]:

قوله: (وَالْكَرَاءُ وَالْبَيْعُ فِي ذَلِكَ سَوَاءٌ)⁽¹⁾ يريد أن الإجارة كالبيع، لأنها بيع منافع، والبيع بيع أعيان.

[اجتماع السلف مع النكاح والشركة والقراض]:

ومثله النكاح والشركة والقراض، فإذا تزوجها على سلف فالحكم على ما تقدّم⁽²⁾، والفوت فيه بالدخول، كما أن الفوت في الإجارة باستيفاء المنافع، وإذا قارضه على سلف فالفوت أن يعمل برأس المال، فيكون الربح لربه، وللعامل أجره مثله أو قرض المثل.

(1) المصدر السابق.

(2) في حكم اجتماع البيع والسف.

[بيع الديون]

[بيع الدين وفسخه]:

بيع الدين بالدين لم يجز للنهي عنه⁽¹⁾، وهو بيع الكالئ بالكالئ، وذلك لما فيه من الغرر، لأنَّ إحدى الذمّتين أو كليتهما قد تخرب، وكذلك فسخ الدين في الدين، وهو أصل الرّبا، وهو السّبب في تحريمه، أعني قولهم: إمّا أن تُرَبّي أو تُقْضِي.

[تأخير رأس مال السّلم يودّي إلى بيع الدين بالدين]:

قوله: (بِعَشْرَةِ دَنَانِيرٍ إِلَى أَجَلٍ)⁽²⁾ هذا على مذهب العراقيين من أصحابنا في منع التّأخير⁽³⁾ في السّلم، والمذهب أنه يجوز تأخير ابتداء الثلاثة⁽⁴⁾ الأيام ونحوها، لأنَّ ذلك في حكم النّقد، وإنّما جاز ذلك، لأنّه في الحقيقة ليس ديناً بدين؛ إذ ليس ديناً ثابتاً قبل العقد، وإنما ثبت بالعقد، إلّا أن يكون أجل السّلم قريباً - كما جُوز في البلدين أن يكون ثلاثة أيام ونحوها - فإن ذلك غير جائز، لأنّه إنّما شرع الأجل في السّلم لينتفع به البائع، فإذا كان الأجل من الطرفين؛ فارق ما رُخص فيه من السّلم.

وأما في انتهائه⁽⁵⁾ ففي المذهب - أيضاً - قولان، إلّا أنّ المشهور أنّه لا يجوز التّأخير عكس المشهور في ابتدائه، وقد قيل: يجوز كالثلاثة الأيام قياساً على الابتداء، لأنَّ ذلك في حُكم المقبوض.

[فسخ دين في دين]:

قوله: (فِي شَيْءٍ يَتَأَخَّرُ قَبْضُهُ)⁽⁶⁾ هذا مثل قولهم: إمّا أن تُقْضِي وإمّا أن تُرَبّي، فإن كان المفسوخ طعاماً ففيه ((بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ))، وإن كان المدفوع⁽⁷⁾ من جنسه ((فهو سَلَفٌ بزيادة))، وإن كان من غير جنسه اعتبرت ثمنه⁽⁸⁾، فرجع إلى سَلَفٍ بزيادة.

(1) تقدم تخريجه من حديث الحاكم في المستدرک.

(2) وهي رأس مال السّلم، فلا يجوز تأخير مع المسلم فيه معاً في عقد السلم. ينظر التفریع: 169/2.

(3) منع تأخير رأس مال السّلم.

(4) في (و) الثلاث.

(5) المراد به؛ انتهاء استيفاء رأس مال السّلم بعد الشّروع في تسليمه.

(6) ((ومن كان له دينٌ على رجل؛ فلا يجوز أن يفسخه في شيء يتأخّر قبضه)). المصدر السابق.

(7) وكان أكثر من جنسه.

(8) لأن ثمن الشيء مع التّأجيل؛ له تأثيرٌ إمّا بالزيادة أو بالنقص، فكان سلفاً جرّ نفعا.

[فسخ دين في مُعَيَّن يتأخر قبضه]:

قوله: (مِثْلُ ثَمَرَةٍ يَجْتَنِّيْهَا)⁽¹⁾ هذا مُعَيَّن كمنفعة دار يسكنها أو ثوب يَخِيْطُهُ له، لأن منفعة المُعَيَّن والعمل فيه مُعَيَّن، ولذلك لا يجوز⁽²⁾ أن يُباع ذلك بثَمَنٍ إلى أجل؛ ولو اسْتَحَقَّ انفسخ البيع، لأنَّه ليس في الذِّمَّة، فهذا جَوَزُهُ أَشْهَبُ، ولأنَّ ((قَبْضَ الْأَوَائِلِ كَقَبْضِ الْأَوَاخِرِ))، وإنَّما منع ذلك ابنُ الْقَاسِمِ؛ لأنَّه لم يكن ممَّا يُسْتَوْفَى بالقَبْضِ، إلَّا أن كان مرغوبا عنه، فخاف أن يكون الذي عليه الدَّيْن يُغْبَن في ذلك، فيدفع فيه أكثر من ثمنه، بخلاف ما لا يتأخَّر قبضه، لأنَّه مرغوبٌ فيه؛ إن لم يأخذه المديان اشتراه غيره.

قوله: (فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَضَعَ عَنْهُ قَبْلَ الْأَجْلِ بَعْضُهُ وَيَتَعَجَّلَ بَعْضُهُ)⁽³⁾ هذا هو قولهم: ((ضَعَّ وَتَعَجَّلَ))، وحاصله ((سَلَفَ جَرَّ نَفْعًا))، لأنَّ ((مَنْ قَدَّمَ مَا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ فَهُوَ سَلَفٌ مِنْهُ))، كمن أخر ما يجب له الآن وقد انتفع بإسقاط البعض، وأيضا فإنَّ الدَّافِعَ؛ كأنَّه أسلف المدفوع إليه، ليأخذ عند الأجل عنه من نفسه لها أكثر من ذلك.

قوله: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ قَبْلَ الْأَجْلِ بَعْضُهُ عَيْنًا وَبَعْضُهُ عَرْضًا)⁽⁴⁾ لأنَّ العَرْضَ بَيْعٌ والعَيْنَ سَلَفٌ، فهو ((بَيْعٌ وَسَلَفٌ)).

قوله: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَعَجَّلَ قَبْلَ الْأَجْلِ بَعْضُهُ وَيُؤَخَّرَ بَعْضًا إِلَى أَجَلٍ آخَرَ)⁽⁵⁾ لأنَّه ((سَلَفٌ جَرَّ نَفْعًا))، وهو التَّأخير في الأجل.

قوله: (وَيُسْقِطُ بَعْضُهُ)⁽⁶⁾ لأنَّ ذلك معروفٌ ليس في مُقَابَلَتِهِ شيءٌ آخر، وكذلك تأخيره إلى أجل آخر.

(1) ذهب ابنُ الجَلَّابِ إلى أنَّه لا يجوز فَسْخُ الدَّيْنِ في ثَمَرَةٍ يَجْتَنِّيْهَا يتأخَّر قبضها. ينظر التفريع: 169/2.

(2) في (و) يجوز.

(3) وذلك ((فَإِذَا كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ إِلَى أَجَلٍ)) التفريع: 169/2.

(4) التفريع: 170/2.

(5) المصدر السابق.

(6) ((لَا بَأْسَ إِذَا حَلَّ الْأَجْلُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ بَعْضُهُ وَيُسْقِطَ بَعْضُهُ)). التفريع: 170/2.

باب بيع الصفات

[بيع الغائب على الصفة]:

لا يجوز بيع الغائب عند الشافعي⁽¹⁾، وأجاز بيع الصبرة⁽²⁾ من الطعام؛ وبلا شك أن داخلها غير [مرئي]⁽³⁾، لكن يستدل عليه بظاهرها، وكذلك أجاز بيع الجوز واللوز في قشرهما⁽⁴⁾، ويجوز عندنا بيع الغائب على الرؤية المتقدمة، فإن وجدته على ما رأى لزمه وعلى الصفة⁽⁵⁾، ويختار أن يكون الوصف غير البائع، لأن البائع قد يزيد في الصفة، وعند أبي حنيفة يكون مخيراً، واحتج بحديث ((من ابتاع من لم ير فهو بالخيار إذا رآه))⁽⁶⁾ ونحن نخصصه بالقسم الثالث: إذا لم يره ولا وُصف له، ويجوز من غير تقدم رؤية ولا صفة، لكن إذا كان مخيراً في التزامه بالثمن، وقيل: إن هذا القول مدسوس في المذهب من مذهب أبي حنيفة، لأنه ثبت في (الأسدية)⁽⁷⁾، وكان أسد بن الفرات⁽⁸⁾ يصاحب الحنفية.

[أنواع المبيع على الصفة]:

والمبيع الغائب ضربان: ما لا يسرع إليه التغير كالدَّار، فيجوز بيعها على تقدُّم

- (1) ينظر الأم: 40/3.
- (2) ينظر المصدر السابق: 68/3. والصبرة من الطعام وغيره تباع بلا كيل ولا وزن كالكومة والكُدس. ينظر لسان العرب: مادة كوم، و صبر
- (3) في (و) مُرْبِي، وفي (غ) طمس غير مقروء.
- (4) ينظر الأم: 52/3 والمجموع: 297/9.
- (5) أي ولزمه البيع على الصفة كذلك.
- (6) ينظر الدر المختار ورد المحتار: 593/4، 594، وبداية المجتهد: 174/3.
- (7) والحديث أخرجه الدار قطني في سننه: 382/3 حديث رقم 2803، قال: وفيه أبو بكر بن أبي مريم ضعيف. والبيهقي في سننه الصغير: 240/2 حديث رقم 1860 كلاهما من حديث مكحول مرسل، وقال البيهقي: ((فهذا مُنْقَطِعٌ، وَابْنُ أَبِي مَرْيَمَ هَذَا ضَعِيفٌ، وَرَوَاهُ عُمَرُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ الْكُرْدِيُّ بِأَسَانِيدٍ لَهُ مَرْفُوعًا، وَكَانَ مُتَّهَمًا بِوَضْعِ الْحَدِيثِ، وَإِنَّمَا رَوَى عَنْ الْحَسَنِ وَابْنِ سِيرِينَ مِنْ قَوْلِهِمَا، وَرَوَى عَنْ عَثْمَانَ وَطَلْحَةَ وَجُبَيْرِ بْنِ مُطْعِمٍ مَا دَلَّ عَلَى جَوَازِ بَيْعِ خِيَارِ الرُّؤْيَا، وَفِي إِسْنَادِ حَدِيثِهِمْ (إِرْسَالٌ)).
- (8) الأسدية هي اصل المدونة، وهي أسئلة ومساائل سمع أجوبتها أسد بن الفرات من ابن القاسم من سماعه عن مالك ومن رأيه في ما لم يبلغه عن مالك فيه شيء، كانت مختلطة الأبواب غير مرتبة، فكتب ابن القاسم إلى أسد أن يصلح كتابه على ما في كتاب سحنون فأبى، فبقيت ولم يشتغل بها الناس، ونال كتاب سحنون (المدونة) القبول. ينظر المقدمات: 45/1، ومصادر الفقه المالكي: 44.
- (8) أسد بن الفرات، أبو عبد الله، أصله من نيسابور، قدم تونس وتفقّه بأبي الحسن بن زياد، ورحل إلى المشرق، وسمع من الإمام مالك موطأه، ورحل إلى مصر فسمع من ابن القاسم، له كتاب الأسدية، وعنه أخذ أبو يوسف، مات وهو أمير للجيش في سنة 213 هـ. ينظر رياض النفوس: 254/1 وشجرة النور: 62/1.

الرؤية وعلى الصفة؛ وإن كانت بموضع بعيد، ويصح النقد بالشرط.
والثاني: يسرع إليه التغير، كالحیوان والثیاب؛ إن بعد موضع ذلك جدا امتنع العقد بشرط النقد، لأنه ((تارة يكون سلفاً وتارة بيعاً)) ، وإن قرب كالیومین والثلاثة؛ جاز العقد واشترط النقد.

قوله: (وَلَمْ يَكُنْ لِلْمُشْتَرِي خِيَارُ الرُّوْيَةِ)⁽¹⁾ تنبيه على قول المخالف⁽²⁾.

[تَلْفُ السِّلْعَةِ الْمَبِيعَةِ عَلَى الصِّفَةِ:]

قوله: (وَإِذَا تَلَفَتِ السِّلْعَةُ)⁽³⁾ في ذلك أربعة أقوال⁽⁴⁾:

هي من البائع حتى يمضي زمانٌ يمكن فيه القبض؛ وإن لم يقبض لأنه فرط، ووجهه أنه بمنزلة ما بيع من الطعام، لا يخرج عن ضمان البائع حتى يستوفيه المشتري، فذلك هذا فيه حقٌ توفية.

وقيل: من المشتري من وقت العقد، ووجهه أنه لا توفية فيها بخلاف الطعام، بل كسائر المبيعات التي من نوعها.

قوله: (إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ عَلَى الْمُبْتَاعِ)⁽⁵⁾ أي يقول⁽⁶⁾: بشرط أن ضمانها من وقت العقد عليك، وعكسه أن يقول المبتاع: ضمانها عليك حتى يمضي قدر ما يمكن فيه قبضها، وظاهر هذا الشرط أن لا يجوز، لأن من اشترط من ليس له فلا يجوز، بل يُعكّر ذلك على البيع بالفساد، ألا ترى أنه لو شرط بائع الطعام أن ضمانه من المشتري بالعقد؛ لم يجز، فوجه جواز هذا؛ إنما اشترط كل واحد منهما ما يجوز له أن يشترطه، وذلك بناء على الخلاف؛ هل ضمانه من البائع أو من المشتري؟ فذلك صح ذلك.

[خيار المجلس:]

قوله: (وَخِيَارُ الْمَجْلِسِ بَاطِلٌ)⁽⁷⁾ هذا تنبيه على قول الشافعي: إن الخيار لهما ما لم يفترقا بالأبدان، واحتج بظاهر الحديث ((البائع بالخيار ما لم يفترقا إلا بيع الخيار))

(1) التفريع: 170/2. وذلك إذا تطابقت الصفة مع المبيع.

(2) وهم أبو حنيفة وأصحابه كما تقدّم.

(3) ((ففيها روايتان)). المصدر السابق.

(4) ذكر المصنف القولين. والثالث: على البائع إلا إذا اشترطه المشتري، والرابع على المشتري إلا إذا اشترطه البائع. ينظر المصدر السابق.

(5) ((ففيها روايتان: إحداهما أنها من البائع، إلا أن يشترط ضمانها على المبتاع)). المصدر السابق.

(6) في (غ) ضمان.

(7) المصدر السابق.

(1) أي إلّا خيار الشرط؛ فإنه يبقى وإن افترقا.

[خيار الشرط وخيار المجلس وتوجيه الأقوال فيه]:

والخيار ضربان: بالمجلس، وشرطي، قال: والافتراق حقيقة في الافتراق بالأبدان، وهو عندنا بالقول، ودليلنا قوله - ﷺ -: ((المسلمون عند شروطهم))⁽²⁾، فما يشترطه كل واحد لازم له؛ وإن لم يبرح من ذلك الموضع، ويدلّ على أنّ ذلك ليس على عمومته، أنّ النكاح والصّرف كلاهما بيع، والخصم يُسلم أنّهما يلزمان وإن لم يكن افتراق بالأبدان، أمّا النكاح فلائّه لا خيار فيه البتّة، وكذلك الصّرف، ولدخول التأخير فيه.

وقد جاء الافتراق بالقول، قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِ﴾⁽³⁾، فلو وقع الطلاق ولم يفترقا عن المجلس لزم ولا بدّ، ومن فرق بين الافتراق والتفرّق فقوله ضعيف، وقولهم: لو كان الافتراق بالقول لم يكن للخيار فائدة، فلزمه مثله في الافتراق بالأبدان، لأنّ الخيار إنّما يراد لما بعد إفتراقهما، واحتجّ المخالف بأنّ ابن عمر - رضي الله عنه راوي الحديث - ((كان إذا باع شيئاً قام من مجلسه ليلزم البيع))⁽⁴⁾، فلو لزم بالقول ما احتاج إلى ذلك، وتأويل الراوي للحديث مقدّم على غيره، قلنا: لا يلزم من مخالفة الراوي لمّا قلنا أن لا يكون إلّا كذلك، وإنّما عدل مالك عن ظاهر الحديث، وتأول بعمل أهل (المدينة).

ولو كان الافتراق بالأبدان لكان أجلّ اللزوم مجهولاً⁽⁵⁾، لأنّه قد يطول المجلس ويقصر، ويلزم في المتبايعين في السفينة أن لا ينبرم بيع بينهما، وفي الوصي لمحجورين يشتري من أحدهما للثاني أن لا يصح ذلك، لأنّه لا ينفصل عن نفسه، ولأنّه قد زاد الثقة في الحديث ((ولا يجلّ له أن يفارقه خشية أن يستقبله))⁽⁶⁾، فلو لا أنه ينبرم بالقول ما قال يستقبله، لأنّ الاستقالة إنّما تكون بعد لزوم، ولما احتاج إلى القيام، وهذه الزيادة ثبتت في الصحيح، إلّا أن زيادة الراوي مختلف في قبولها.

(1) ينظر الأم: 4/3. والحديث أخرجه البخاري: 64/3 حديث رقم 2111، ومسلم: 1163/3 حديث رقم 1531 كلاهما نحوه من حديث ابن عمر مرفوعاً.

(2) أخرجه البخاري: 92/3 تعليقا بصيغة الجزم ورفع بلفظه. وأخرج أبو داود: 304/3 حديث رقم 3594 عن أبي هريرة، والترمذي: 626/3 حديث رقم 1352 من حديث ابن عوف المزني، وقال: حديث حسن صحيح. كلاهما بلفظ (على) مرفوعاً.

(3) النساء: 130.

(4) أخرجه البخاري: 64/3 حديث رقم 2107، من حديث ابن عمر نحوه مرفوعاً، ومسلم: 1163/3 حديث رقم 1531 من حديث ابن عمر بزيادة عزاها لنافع نحوه.

(5) في (و) ومجهولاً.

(6) أخرجه أبو داود: 273/3 حديث رقم 3456 من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص مرفوعاً. والترمذي: 542/3 حديث رقم 1247، وقال الترمذي: حديث حسن. والنسائي: 251/7 حديث رقم 4483 كلاهما من حديث عمرو بن شعيب مرفوعاً، وقال الألباني في تخريجه له: حديث حسن.

ونقل الباجي⁽¹⁾ عن ابن حبيب القول بخيار المجلس كقول الشافعي⁽²⁾، وقيل: إن الحديث منسوخٌ بحديث ((إذا اختلف المتبايعان تحالفا وتفاخرا))⁽³⁾، لأن الاختلاف يكون قبل الافتراق وبعده، وهذا ليس بشيء، لأن النسخ لا يُرجع إليه إلا عند تعذر الجمع، ويُمكن أن يُخصَّص الاختلاف بما بعد الافتراق، ويُحمَل الخيار على ما قبله. ثم نقول لو قال: أسقطت خيار المجلس لزمه البيع، فلو لم يلزم إلا بالمفارقة بالأبدان ما صحَّ هذا، لأنَّ السَّاقط لا يلزم، قالوا: يلزم بأمرين: المفارقة بالأبدان، وإسقاط خيار المجلس، وإذا ثبت ذلك فالبيع في الحديث محمولٌ على المُساومة، وإنَّما يكون بيعاً إمَّا بالمُفارقة بالقول وإمَّا بالأبدان.

[نقد الثَّمَن في المبيع على الصِّفَةِ:]

قوله: ((إِذَا كَانَتْ السِّلْعَةُ الْمَبِيعَةُ عَلَى الصِّفَةِ مَأْمُونَةً))⁽⁴⁾ مثل العقار والدُّور، فيجوز التَّقدُّ فيها بالشَّرْط، بخلاف غير المأمونة كالحيوان، فلا يجوز، لأنَّه ((تارة يكون بيعاً على تقدير السَّلَامَةِ، وتارة سَلْفاً))، وذلك جهلٌ؛ إذ لا يدري على أيِّهما يدخل، وكذلك الثُّوب وما يُغَاب عليه، لأنَّه تكثر آفاته.

[بيع البَرْنَامَج]

قوله: ((وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ الْبَرْنَامَج))⁽⁵⁾ وهو كتابٌ فيه وصفٌ ما في العَدْل⁽⁷⁾ من المتاع، وإنَّما جاز؛ وكان ينبغي ألاَّ يجوز حتى يُنْظَر إليه، لِمَا في فتحه وحَلِّ شِدِّهِ من الحَرَج والمشَقَّة على البائع، وتلويث المتاع، وما يلزمه من المأمونة في شِدِّهِ إن لم يرض به المشتري.

قوله: ((وَلَمْ يَكُنْ لَهُ خِيَارٌ))⁽⁸⁾ تنبيهٌ على قول أبي حنيفة: إنَّ له الخيار⁽⁹⁾.

- (1) سليمان بن خلف بن سعدون الباجي، أبو الوليد، رحل للمشرق والتقى بعدد كبير من العلماء، واستقر في شرق الأندلس، اخذ عنه أبو بكر الطرطوشي، له تصانيف مشهورة، منها المنتقى وكتاب الحدود، وغيرهما، توفي سنة 474 هـ. ينظر ترتيب المدارك: 117/8، والديباج: 377/1.
- (2) ينظر المنتقى: 55/5.
- (3) لم أجده مسنداً بهذا اللفظ، وأخرجه الدارمي: 1661/3 حديث رقم 2591، وابن ماجه: 237/2 حديث رقم 2186 وصححه الألباني عند تخريجه له. كلاهما من حديث ابن مسعود نحوه مرفوعاً.
- (4) ((فلا بأس بنقد ثمنها)). التفريع: 171/2.
- (5) البَرْنَامَج: بفتح الباء وكسر الميم وفتحها، لفظ فارسي استعمله العرب، وهو الورقة الجامعة للحساب، أو هو دفتر فيه وصفٌ للمبيع. ينظر القاموس المحيط: فصل الباء. ومواهب الجليل: 294/4.
- (6) التفريع: 171/2.
- (7) العَدْل: الغرارة تُوضع على البعير لحمل المتاع. ينظر لسان العرب: مادة عدل.
- (8) التفريع: 171/2. وذلك إذا وجد المشتري المبيع على الصِّفَةِ الَّتِي أَرَادَ.
- (9) وقد تقدَّم قبل قليل.

باب بيع الخيار

[الدليل على بيع الخيار]:

أصله قوله - ﷺ - للذي ذكر له أنه يُخدع في البيع: ((إذا بايعت فقل: لا خلافة⁽¹⁾) واشترط الخيار ثلاثاً))⁽²⁾.

[المدّة في بيع الخيار]:

فقال الشافعي وأبو حنيفة: لا يزيد الخيار على ذلك، لأنّه المشروع، كما لا يزيد الطلاق على الثلاث، (فلو وقع)⁽³⁾ الخيار على أزيد كان العقد فاسداً (عند الشافعي)⁽⁴⁾، ويصحّ عند أبي حنيفة إذا ألغى الزائد، ومالك نظر إلى المعنى، وأنّ المقصود من الخيار إمّا الاختبار⁽⁵⁾ وإمّا التروّي، وقد يجتمعان، واعتبار كل شيء على حسبه، فعلى الخيار يختلف باختلاف المبيع، ففي الدور ونحوها مما لا يُعلم عيوبه إلا بعد طول؛ الشهر ونحوه، وفي الدابة نحو ثلاثة أيام، وفي العبد نحو عشرة أيام، لمكان العقل منه؛ يُمكن منه إخفاء عيبه، وقد يكره البائع فيخفي العيوب، وبالعكس فيظهرها مع ما ليس فيه، وقد كان يكون مُبتاع الدار جاراً فلا يحتاج إلى اختبار⁽⁶⁾ بل⁽⁷⁾ للتروّي، وقد يكون بخلاف ذلك فيحتاج إلى الأمرين.

[انتقال الملك والضمان في بيع الخيار]:

واختلف في بيع الخيار، هل هو بنقل⁽⁸⁾ الملك أو لا، كالاختلاف في البيع الفاسد؟ ولا خلاف أنه لا ينقل الضمان، ولا يلزم من انتقال الملك انتقال الضمان، ألا ترى أنّ ما فيه حقّ توفية ينتقل ملكه دون ضمانه، وعليه النفقة وجميع المؤنة.

- (1) الخلافة: الخداع. ينظر لسان العرب مادة: خلب.
- (2) أخرجه البخاري: 65/3، حديث رقم 2117، ومسلم: 1165/3 حديث رقم 1533، كلاهما نحوه من حديث ابن عمر مرفوعاً. إلا أنّ لفظ (واشترط الخيار ثلاثاً) فقد في المجموع أنّ هذا اللفظ وقع في بعض كتب الفقه، فهو مُنكر لم يكن بهذا اللفظ في كتب الحديث. ينظر المجموع: 190/9.
- (3) في (و) فلو وقع.
- (4) ما بين القوسين سقط من (غ). ينظر المجموع: 190/9 وفيه ((إن زاد على ثلاثة أيام ولو لحظة بطل البيع)).
- (5) في (غ) الاختبار.
- (6) كذا وردت في (و). وفي (غ) طمس. ولعل الصحيح: (اختبار) لأنه مقصود في الخيار، وعطف التروّي عليه يؤكد المعنى المراد.
- (7) في (و) قال.
- (8) كذا وردت في (و) وسقطت من (غ). وهي محرفة عن (ينقل).

[الخلاف في لزوم بيع الخيار وانحلاله]:

واختلف أيضا هل هو على اللزوم، ولكن يفسخ بعد بالردِّ، أو على الجواز؛ ثم يصير لازما بإمضائه؟ قولان، أيضا وينبني على ذلك فروع.

[الخيار متوقَّف على رضا من اشترط الخيار]:

قوله: (وَإِنْ اخْتَارَ فَسَخَهُ بَطَلٌ) (1) لأنَّ العقد إنَّما شُرِّطَ في إمضائه رضاهُما معًا.

[سقوط الخيار مرتبط بنفاذ مدَّته أو إمضائه]:

قوله: (أَوْ يَنْفُذُ مَدَّةَ الْخِيَارِ) (2) المذهب أنَّ ما قَرُبَ من الانتهاء فله حُكْمُهُ ، لأنَّه قد يكون غُذْرٌ (3) يمنع من الوفاء في الوقت المعين ، وبعض اليوم بالنَّظر إلى الثلاثة يسير ، واليوم كثير ، وقيل: بتمام الأجل كالشَّرْط والمشروط، وإذا كان المبيع بيد البائع وتمَّ أمدُ الخيار انفسخ البيع؛ سواء كان الخيار له أو للمشتري، فيكون بالعكس من ذلك، وهو محلولٌ بالنَّظر إلى المشتري، إلَّا أن يشهد على نفسه عند انقضائه أنَّه أمضى البيع واختاره، فإن لم يفعل وادَّعى (4) بعد ذلك أنه أمضاه [.....] (5) لم يكن له ذلك، لأنَّه يكون مختارا في غير أمد الخيار.

وكذلك المشتري، لأنَّ تَرْكَهُ إيَّاه عند البائع إلى أن تمَّ أمدُ الخيار؛ يدلُّ على أنه اختار الفسخ، وإن كان عند المشتري فبتمام الأجل يلزمه، إلَّا أن يشهد قبل ذلك أنه لا يمضيه.

[بعض التصرُّف في المبيع يدلُّ على الاختيار]:

قوله: (أَوْ يَتَصَرَّفُ فِي السِّلْعَةِ تَصَرُّفَ اخْتِيَارٍ) (6) مثل أن يلبس الثَّوب اليوم ونحوه، أو يَطَأُ الأَمَّةَ أو ينظر إلى فَرْجِها، أو يَسِمُ الدَّابَّةَ بالنَّارِ، أو يَجُزُّ شعر عنقها. وركوبُ الدَّابَّةِ البَرِيدِ (7) ونحوه اختبار؛ لا اختيار.

[إدعاء البائع والمبتاع الفسخ والإمضاء]:

قوله: (فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ ادَّعَى الْفَسْخَ مِنْهُمَا) (8) إمَّا بالنَّظر إلى البائع فلاَّنه يدَّعي (9)

(1) ((وأيهما اشترط الخيار لنفسه انْتِظِرَ خياره، وإن اختار فسحه بطل)). التفريع: 171/2.

(2) ((ولا يسقط خياره إلا بإمضائه البيع أو بنفاذ مدة الخيار)). المصدر السابق.

(3) في (و) غدر.

(4) في (و) والدعي.

(5) ما بين المعكوفتين طمس مقدار سطر غير مقروء من النسخة (غ).

(6) المصدر السابق.

(7) البَرِيد: اثنا عشر ميلاً. ينظر لسان العرب، مادة: برد.

(8) وذلك إذا اشترط المتعاقدان الخيار لأنفسهما واختلفا. ينظر التفريع: 171/2.

(9) في (و) يدَّعيه.

بقاء ملكه، وذلك هو الأصل، وإمّا بالنظر إلى المبتاع فيدعي بقاء الثمن على ملكه وبراءة ذمته، وذلك الأصل.

[الاختلاف في عقد البيع على اللزوم أو على الخيار]:

وإن اختلفا هل انعقد البيع بينهما على اللزوم أو على الخيار، فالمذهب أنه على اللزوم، لأنَّ ((أصل العقود اللزوم))، فمن ادّعاه فعلى الأصل، وقيل: يُفسخ البيع بعد التحالف لقوله - ﷺ -: ((إذا اختلف المتبايعان تحالفاً وتفاسخاً))⁽¹⁾ وقيل: القول قول من ادّعى الخيار، لأنَّ الأصل بقاء السلعة على ملك ربّها، وبراءة ذمة المشتري.

[نقل الخيار إلى الورثة والغرماء]:

قوله: (قَامَ وَرَثَتُهُ مَقَامَهُ)⁽²⁾ لقوله - ﷺ -: ((مَنْ مَاتَ عَنْ حَقِّ فَلُورَثَتِهِ))⁽³⁾، وخالف أبو حنيفة في ذلك، فقال: لأنَّ الخيار وصفه للبائع؛ فبطل بموته⁽⁴⁾، وأجمعنا على أنّه لو ترك غرضاً ابتاع أحدهما⁽⁵⁾ بيع خيار، فاختره أحد الورثة في سهمه⁽⁶⁾؛ أن ذلك ليس له، والفرق أنّه لمّا اختاره الوارث، فهذا بيع ثان غير البيع الأول الذي انعقد على الخيار، وكذلك الغريم إذا اشترى سلعة على الخيار ثم مات، فإنّه لا حقّ لغرمائه في الخيار، لأنّه ليس عليهم أن يتجروا له، اتّفقنا على ذلك إلا أن تكون تلك السلعة من نوع ما لهم عليه، فيكون لهم حقّ الخيار، لأنّ دينهم يُقضى من عَيْنِهَا فتعلّق حقهم بها، فالحديث ليس على عمومه.

ونحن نحتجّ عليه بالردّ بالغيّب، فإنه وافق على أنه حقّ يرثه الورثة⁽⁷⁾، فكذلك هنا.

[ضمان المبيع بالخيار إذا تلف زمن الخيار]:

قوله: (فَضَمَانُهَا مِنْ بَائِعِهَا)⁽⁸⁾ إذا كانت في يده أو في يد غيرهما فبيّن، وأمّا إن كانت في يد المشتري، فإمّا أن تكون ممّا يُغاب عليه أو لا، فإن كانت ممّا لا يُغاب عليه فمن البائع أيضاً، وإن كانت ممّا يُغاب عليه فمن المشتري للثّمة، فإن قامت بينة

(1) تقدّم تخريجه قبل قليل.

(2) وذلك فيمن ((اشترى سلعة بالخيار، ثم مات قبل نفوذ مدة الخيار)). المصدر السابق.

(3) لم أجده مسنداً بلفظه، وأخرجه البخاري: 97/3 حديث رقم 2298، ومسلم: 1237/3 حديث رقم 1619 بلفظ ((من ترك مالا فلورثته)) كلاهما من حديث أبي هريرة مرفوعاً. وقال القرافي: ((والحقوق عندنا تنتقل كالأموال بالإرث)) الذخيرة: 36/5.

(4) ينظر بدائع الصنائع: 268/5، والدر المختار ورد المختار: 581/4، وبداية المجتهد: 212/2.

(5) كذا وردت في النسختين. ولعلها أحدها.

(6) سقطت من (ع).

(7) ينظر بداية المجتهد: 227/3.

(8) وذلك ((إذا تلفت السلعة المباعة بالخيار في أيام الخيار)). التفریع: 171/2.

على تلفها فلا يضمن على المذهب، لأن التهمة زالت، وعند أشهب يضمن، لأنه ضمان أصالة، وإن لم تقم بينة ضمن على القولين⁽¹⁾.

ومما يُغاب عليه السفن، بخلاف الحيوان، وقد ردّ المخالف ذلك، فقال: كيف يكون الديك لا يُغاب عليه والسفينة يُغاب عليها؟!، لأن الديك يُسمع صوته ولا يخفى، والسفينة يمكن نقضها والمغيب على أجزائها.

قوله: (على كل حال)⁽²⁾ أي كانت عنده أو عند غيره.

[دية الأمة في مدة الخيار]:

قوله: (فأرّش⁽³⁾ جنائتها لبائعها)⁽⁴⁾ هذا لما تقدّم من أن ضمانها على بائعها فخرأجها وغلّتها له، وإذا جنى عليها فذلك عيبٌ يُوجب الردّ، فإن اختار المبتاع الإمساك فالأرّش للبائع، لأنه كغلّته.

[الخلاف في تبعية الولد والتفريق بينه وبين أمه في بيع الخيار]:

قوله: (فولّدها لمشتريها)⁽⁵⁾ في هذا البيع أولاً خلافاً، لأن خيار الأمة سبعة أيام أو نحوها، فوقت عقد البيع كانت مقرباً، والحامل المقرب مريضة، وفي بيع المريض قولان:

أحدهما: أنه لا يصح؛ لما يخاف عليه من التلف.

والثاني: أنه يصح، لأنه حيٌّ.

فهذه المسألة مفرّعة على الصّحة، وقد تقدّم الخلاف في بيع الخيار، هل هو على اللزوم، أو منحل حتى يمضي؟ وهذا الثاني هو المذهب، فلذلك جعل ابن القاسم الولد للمشتري، لأن البيع الآن انبرم بعد الولادة عليهما معاً، إذ لا يصح استثناء الجنين، وقال أشهب: هو لبائعها لأن وقت⁽⁶⁾ الانبرام إنما صادف الأم وحدها، وبقي الولد على ملك بائعها لأنه مُفصل، لكن يجبر البائع على بيع الولد من المشتري، أو المشتري على بيع الأم من البائع، فإن أبيا بيع عليهما حتى لا يفرّق بينهما، وكونهما في ملكين

(1) إذا لم تقم له بينة على تلفها - تُزيل عنه التهمة فيما يُغاب عليه - ضمن على المذهب وعلى قول أشهب.

(2) (وإن كانت مما لا يُغاب عليه فضمنها على كل حال من بائعها)). المصدر السابق: 172/2.

(3) الأرّش: دية الجراحات، وهو ما يأخذه المشتري من البائع مقابل عيب في المبيع. ينظر طلبة الطلبة: 86، ولسان العرب، مادة: أرش.

(4) وهذا فيمن ((اشترى أمة بالخيار، ثم جنى عليها جناية... فاختار إمضاء بيعها)). التفريع: 172/2.

(5) وذلك إذا ((ولدت في أيام الخيار)). المصدر السابق.

(6) في (و) قت.

تفريق؛ وإن كانا في حَوْز واحد، إِلَّا أَنْ (1) ابْنُ الْقَاسِمِ نَقَضَ أصله في هذا بخلاف الحيوان غير العاقل، فجعل الأولاد للبائع، وفرَّق بأنَّه لا تجوز التَّفْرِقة في بني آدم بين الأمِّ وولدها، لِلنَّهي عنه (2).

ونقض - أيضا - أصله في الشُّفْعَة، فقال: إذا باع أحد الشَّرِيكين نصيبه على الخيار ثُمَّ أمضى البيع، ثُمَّ باع الثَّاني نصيبه على الْبَتِّ، فَإِنَّ الشُّفْعَة تجب لبائع الْبَتِّ، وهذا بناء على أَنَّ بيع الخيار على اللُّزوم كقول ابْنِ حَبِيب، وإلا فلو فَرَّع على أَنَّهُ مُنْحَلٌّ لكان بيع الْبَتَّات قبل بيع المخيَّر، فكانت الشُّفْعَة تجب للمخيَّر بعكس ما قال.

[تحديد الخيار بأكثر من ثلاثة أيام]:

قوله: (وَلَا بِأَسَ بِاشْتِرَاطِ الْخِيَارِ الْمُطْلَقِ) (3) أي غير المحدود، خلافا للشَّافِعِي (4) وأبي حَنِيفَةَ، لكون العقد على ذلك عندهما فاسدا، لأنه خلاف السُّنَّة.

قوله: (فِيمَا يَبْقَى وَلَا يَتَغَيَّرُ) (5) بخلاف الفاكهة والهَرِيسَة (6).

[توقف بيع السِّلْعَة على خيار ومشاورة أجنبي]:

قوله: (عَلَى خِيَارِ رَجُلٍ) (7) فيها قولان:

أحدهما: أنه لا بد من اختياره (8).

والثاني: له أن يمضيه دُونَهُ.

وجه الثاني أَنَّهُ وَكَّلَهُ على ذلك، فله عزله.

وجه الأول أَنَّهُ وإن كان وكِلا، فقد تعلَّق حقُّ البائع أو المشتري بذلك (9)، فلا يجوز له عزله، وإذا مات الْمُؤَقَّف ذلك على اختياره عاد الاختيار إلى الْمُؤَقَّف.

وأما المُشَاوَرَة فليست كذلك، فيجوز له أن يشاوره ويخالفه، كما في حديث النَّسَاء

-
- (1) سقطت من (و).
 - (2) ورد النهي عن ذلك عند الترمذي: 572/3 حديث رقم 1283 من حديث أبي أيوب مرفوعا، وقال الترمذي: حديث حسن غريب. والحاكم في المستدرک: 136/2 حديث رقم 2575 من حديث علي مرفوعا، على شرط الشيخين ووافقه الذهبي. ونصُّ المستدرک أن علياً - رضي الله عنه - ((فَرَّقَ بَيْنَ جَارِيَةٍ وَوَلَدِهَا، فَهَآءُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ ذَلِكَ وَرَدَّ النَّبِيعَ)).
 - (3) التفريع: 172/2.
 - (4) ينظر المجموع: 190/9.
 - (5) وفيه ((لا بأس باشتراط الخيار أكثر من ثلاثة أيام فيما يبقى ولا يتغير)). المصدر السابق.
 - (6) الهَرِيسَة: الحُبُّ أو البُرُّ بعد دقه وطبخه. ينظر لسان العرب مادة: هرس.
 - (7) ((ومن اشترى سلعة على خيار رجل غيره)). المصدر السابق.
 - (8) أي اختيار الوكيل.
 - (9) بذلك الوكيل؛ فالزَّم نفسه به.

((شَاوَرُوهُنَّ وَخَالَفُوهُنَّ))⁽¹⁾، والفرق أنه في الأولى ألزم نفسه الأخذ بقوله، وهنا لم يُلزم نفسه ذلك، إذ لا يلزم من مشورته إياه أن يعمل بأمره، والمؤامرة مُفَاعَلَةٌ من الأمر، كأنَّ أَحَدَهُمَا يأخذ أَمْرَ صاحبه، وهي المشاورة، وقيل: إنه يجري فيها الخلاف الذي في الأولى.

[اختلاط الشيء المبيع أو تَلَفُّه في بيع الخيار]:

قوله: (ثُمَّ اخْتَلَطَا)⁽²⁾ صورته أن يشتري ثوبا من رجل على الخيار، وثوبا آخر من رجل آخر على الخيار، ثم يَخْتَلِطَانِ عليه لتماتلتهما، فلا يعلم أيُّ ثوب هو لأحد الشخصين، ولا يعلم البائعان أيضا، فيلزم البيع لتعذر الرد، كما⁽³⁾ لو فاتا عنده.

قوله: (عَلَى أَنَّهُ بِالْخِيَارِ)⁽⁴⁾ لا يريد أن البيع انعقد على الخيار؛ ولكن على البتِّ، إلا أنه دفع له ثوبين متماثلين في الصِّفَةِ والثَّمَنِ أو مختلفين فيهما، وقال: اختر أحدهما بثمانه، فقد تمَّ البيع بينهما في أحدهما، وصار في ضمان⁽⁵⁾ المشتري، وصار أمينا على الثاني، فلذلك ضمن أحدهما ولم يضمن الآخر، وإن اختلفت قيمتهما لزمه ضمان نصف قيمة كُلِّ واحد منهما، لأنَّ لا ندري بقطع أيُّهما اختار.

قوله: (وَهَذَا عِنْدِي إِذَا قَامَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ)⁽⁶⁾ يريد لأنَّه ليس بضامن له بالأصالة ولا بالتهمة، فلم يحتج لقيام البَيِّنَةِ، وهذا مطابق لقول ابن القاسم، وقال أَشْهَبُ: عليه ضمانها وإن قامت بَيِّنَةٌ، ووجهه أنه أخذ الثَّوبَ الثاني بحَقِّه، وكلُّ ما قبضه القابض فضمائنها عنده لرَبِّه بالأصالة لا بالتهمة⁽⁷⁾.

(1) لم أجده مسندا. ذكره السخاوي، وقال: لم أره مرفوعا، ورُوي موقوفا عن عمر بمعناه، بل روي نحوه مرفوعا عن أنس وعائشة بسند ضعيف جدا، وحديث عائشة ذكره ابن الجوزي في الموضوعات، وورد بطرق كلها ضعيفة. ينظر المقاصد الحسنة: 400/1 حديث رقم 858.

(2) ((ومن اشترى ثوبين بالخيار من رجلين، ثم اختلطا)). التفريع: 173/2.

(3) في (و) كا.

(4) وهذا فيمن ((اشترى أحد ثوبين من رجل واحد على أنه بالخيار، فتلغا عنده)). المصدر السابق.

(5) في (و) ضمن.

(6) (وسواء قامت له بَيِّنَةٌ على تَلَفِّهِ... أم لا). المصدر السابق. وهو متعلق بالمسألة التي قبلها؛ إذ لا ضمان عليه في أحد الثوبين.

(7) وهذا مخالف لما ذهب إليه ابن القاسم وابن الجلاب، كما ذكره المصنف آنفا.

باب العيوب في الحيوان والعروض

[حُكْمُ الْمَبِيعِ الْمَعِيبِ وَالْأَرَشِ فِيهِ]:

قوله: (لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ عِنْدَهُ)⁽¹⁾ أي وجد به عيبًا يُقْطَعُ بِقَدَمِهِ، وَإِنَّمَا خَيْرُ الْمُشْتَرِي هُنَا فِي الْفَسْخِ أَوْ الْإِمْسَاكِ دُونَ أَرَشٍ، وَلَمْ يُخَيَّرِ الْبَائِعُ، لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ عَالِمًا فَهُوَ ظَالِمٌ، فَهُوَ أَحَقُّ بِالْحَمْلِ عَلَيْهِ، أَوْ غَيْرَ عَالِمٍ فَتُنْسَبُ إِلَى التَّقْصِيرِ فَيُلْحَقُ بِالْعَالِمِ. وقد قال الشَّافِعِيُّ: إِنْ أَمْسَكَ فَلَهُ الْأَرَشُ، لِأَنَّهُ بَاعَ مِنْهُ سَلِيمًا، وَكَأَنَّهُ بَاعَ مِنْهُ عَشْرَةَ أَجْزَاءَ فُوفَاهُ تِسْعَةً، فَيُلْزَمُهُ أَنْ يَرُدَّ قِيَمَةَ الْعَاشِرِ، وَعِنْدَنَا قَوْلُ آخَرٍ مِثْلَهُ، وَوَجْهُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ فِي الْحَقِيقَةِ إِنَّمَا بَاعَ هَذِهِ الْعَيْنَ الْمَبِيعَةَ لَا أَزِيدُ مِنْهَا، بِخِلَافِ أَنْ يَبِيعَهُ عَشْرَةَ أَثْوَابٍ فَيُوفِيهِ تِسْعَةً، وَفِي الْإِزَامِ الْبَائِعُ الْأَرَشَ إِضْرَارًا بِهِ، فَفَسَخُ الْبَيْعِ أَوَّلَى؛ إِذْ لَا يُنْظَرُ بِهِ أَحَدُهُمَا.

قوله: (مِمَّا يَحْدُثُ مِثْلُهُ عِنْدَ الْمُتَبَاعِ)⁽²⁾ أي وجد بها عيبًا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ قَدِيمًا أَوْ حَادِثًا، إِنَّمَا كَانَ الْقَوْلُ هُنَا قَوْلَ الْبَائِعِ، لِأَنَّ ((الْأَصْلَ فِي بَيُوعِ الْمُسْلِمِينَ السَّلَامَةَ)) وَأَنْ لَا غِشٍّ، وَكَذَلِكَ الْأَصْلُ أَنْ لَا عَيْبَ، فَصَارَ الْبَائِعُ مُدَّعَى عَلَيْهِ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ لَتَرْجُحَ جَانِبُهُ بِادِّعَاءِ الْأَصْلِ، وَصَارَ ذَلِكَ كَشَاهِدٍ لَهُ فَحَلَفَ مَعَهُ، إِلَّا أَنَّهُ إِنْ كَانَ عَيْبًا ظَاهِرًا لَا يَخْفَى مِثْلَهُ حَلَفَ عَلَى الْقَطْعِ أَنَّهُ لَمْ يَحْدُثْ عِنْدَهُ، وَإِنْ كَانَ خَفِيًّا حَلَفَ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ أَنَّهُ حَدَثَ عِنْدَهُ.

قوله: (وَإِنْ حَدَثَ عِنْدَ الْمُتَبَاعِ عَيْبٌ آخَرُ)⁽³⁾ وَإِنَّمَا كَانَ لَهُ هُنَا إِنْ أَمْسَكَ أَرَشُ الْعَيْبِ الْقَدِيمِ؛ بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى، لِأَنَّهُ هُنَاكَ لَا مَانِعَ لَهُ مِنَ الرَّدِّ؛ كَمَا يَمْنَعُهُ مِنَ الرَّدِّ هُنَا مَانِعُ الْعُرْمِ لِأَرَشِ الْعَيْبِ الْحَادِثِ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ الْبَائِعُ: أَنَا أَرَدْتُ الثَّمَنَ وَلَا أَخَذْتُ أَرَشَ الْعَيْبِ الثَّانِي؛ فَذَلِكَ لَهُ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ الْمُتَبَاعُ: أَنَا أَمْسَكْتُهُ دُونَ أَرَشٍ، فَكَذَلِكَ لَهُ، لِأَنَّهُ أَحَدُ⁽⁴⁾ الْأَمْرَيْنِ الْمَخِيرِ فِيهِمَا قَبْلَ حَدُوثِ الْعَيْبِ الثَّانِي، فَقَدْ دَارَ الْخِيَارُ لِلْمُبْتَاعِ⁽⁵⁾ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ بَعِيبٍ وَبَعِيبَيْنِ ثَلَاثَ مَرَاتٍ، فَإِنْ قَالَ الْبَائِعُ: أَسْقَطْتُ عَنْكَ أَرَشَ الْحَادِثِ، فَهَلْ يَسْقُطُ خِيَارُ الْمُبْتَاعِ الَّذِي وَجِبَ لَهُ فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى مِنَ الرَّدِّ أَوْ

-
- (1) ((من ابتاع سلعة... ثم وجد بها عيبًا؛ لا يحدث مثله عنده فهو بالخيار)). المصدر السابق.
(2) وهذا أيضا ((فيمن ابتاع سلعة... ثم وجد بها عيبًا... كان العيب مما يحدث مثله عند المتباع)). المصدر السابق.
(3) ((فهو بالخيار في رده)). المصدر السابق: 174/2.
(4) في (و) أحر.
(5) في (و) المتباع.

الإمساك ويلزمه الرد، أو لا يسقط؟ قولان.

ووجه سقوطه أن المانع له من الرد قد زال، وهو خوف الغرم فينبغي أن يردَّ.

ووجه الثاني أنه قد وجب له التخيير أولاً، فلا يسقط ما وجب له.

وصورة الرجوع بالأرّش في ذلك والرد له أن يقوم العبد صحيحاً، فكأنه ساوى مائة، ويقوم بالعيب الأول بثمانين، وبالعيبين بسنتين⁽¹⁾، فقد نقص من ثمنه للعيب الأول خمس الثمن، فإن أمسكه رجع على البائع بخمس ما دفع له فيه أولاً، ثم إن رده ردّ معه من الثمن قدر ما نقص من الثمانين للعيب الثاني، وذلك خمس الثمن الأول أيضاً، وإنما اعتبرنا الثمن الأول لأنه بيع صحيح، بخلاف الفاسد، وجعلنا القيمة الثانية معياراً ليُعلم ما يرجع به وما يُردُّ لا غير.

قوله: (وَالْآخَرُ مَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ)⁽²⁾ أي غير مقطوع أنّه حدث عند البائع أو عند المبتاع، بخلاف القديم، لأنّه مقطوع به أنّه حدث عند البائع، وإنّما كانت اليمين هنا على المبتاع، لأنّه لما وجب له الردّ بالقديم، فكأنّه مردود قبل الردّ حكماً، فصار الثاني كأنّه حدث عند البائع، وأيضاً إذا احتمل واحتمل⁽³⁾؛ ((فالأصل براءة الدّمة)).

[شراء العبد وعتقه أو موته أو بيعه قبل العلم بالعيب]:

قوله: (فَأَعْتَقَهُ قَبْلَ عِلْمِهِ بِعَيْبِهِ)⁽⁴⁾ لا خلاف في الموت أنّه يرجع فيه بالأرّش لتعذر الرد، ولما اشتراه سليماً فدفعه إليه معيّياً، فكأنّه أمسك جزءاً من المبيع، وأمّا إذا أخرج من ملكه فلا يخلو أن يُخرجه بعوض كالبيع، أو بغير عوض كالعتق والهبة، فإن كان بغير عوض فقولان:

أحدهما: يرجع بالأرّش لتعذر الرد، لأنّ العتق فوت شرعيّ، وكذلك الهبة فوت كالفوت الجسّي بالموت.

والثاني: أنّه لا يرجع به، لأنّه يقول له: أنت تصرّفت فيه بإخراجه عن ملكك، ولو كان باقياً لدفعت لك الثمن ولم يلزمني أرّش، وكذلك لا يلزمني الآن، بخلاف الموت، لأنّه لا عمل له فيه.

وأما البيع ففيه ثلاثة أقوال: المذهب منها أنه لا يرجع بشيء، لأنّه لا يخلو أن

-
- (1) سقطت من (غ).
 - (2) وذلك فيمن ((اشترى سلعة فوجد بها عيبين؛ أحدهما قديم والآخر مما يحدث مثله عنده)) المصدر السابق.
 - (3) واحتمل الأخيرة سقطت من (غ). ومعناها: احتمل حصول العيب عند البائع واحتمل حصوله عند المشتري.
 - (4) ((ومن اشترى عبداً معيّياً، فأعتقه قبل علمه بعيبه...؛ رجع على البائع)). المصدر السابق.

يكون قد عِلِمَ بالعيب ثُمَّ باعه، فذلك رضي به لتصرُّفه فيه بعد العلم، أو لا يعلم؛ فلا يخلو أن يبيعه بمثل الثمن الذي ابتاعه به منه، فلا كلام له، وإن كان أكثر فمن باب أخرى، وإن كان بأقلَّ فيقول: إنما نقص بحوالة السوق لا بالعيب، إذ لم يَطَّلِع عليه بعد، وقيل: يرجع بالأرش مطلقاً، وقيل: يرجع إن باعه بأقلَّ من الثمن، فيرجع بالأقل من تمام الثمن أو الأرش، مثل أن يكون الثمن الأول عشرة فيبيعه بثمانية ويكون الأرش ديناراً فيرجع بدينار.

[التصرُّف في المبيع بعد العلم بالعيب]:

قوله: (لَزِمَهُ عَيْبُهَا)⁽¹⁾ لَأَنَّهُ وَطَّئَهَا بعد العلم، وذلك رضا منه به، فهو قد أسقط عنه الرجوع به، فلا يرجع في ذلك، وإن لم يعلم رجوع بالعيب، وَرَدَّ ما نقص الوطء؛ ثَبِيًّا كانت أو بِكَرًّا إن اختار رَدَّهَا، هذا المذهب، وقد قيل: ليس له رَدُّهَا، لَأَنَّ ذلك [يُقْضَى]⁽²⁾ إلى عارية الفروج، فيلزمه بالوطء إمساكها ويأخذ الأرش، ووجه المذهب أَنَّهُ إِنَّمَا وَطَّئَهَا بِالْمَلِكِ، والرَّد بما جرت إليه الأحكام⁽³⁾، ويكون ذلك بمنزلة عيب قديم وحادث عند المشتري، وصَدَّقَ المشتري في أنه لم يعلم أَنَّ الأصل عدم علمه.

[الأرش في وطء الجارية المعيبة بكرا كانت أو ثَبِيًّا]:

قوله: (وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي وَطَّئِهَا إِذَا كَانَتْ ثَبِيًّا)⁽⁴⁾ هذا يختلف باختلاف الناس، قد يكون عيباً عند بعضهم فيما يُتَّخَذُ للتَّسْرِي⁽⁵⁾، وكانت العرب تكره التَّسْرِي، وإنما كانت الإماء عندهم للخدمة، وعلى هذا كلام الفقهاء المتقدمين في الإماء.

قوله: (فِي الْبُكَرِ فَتَقْصَّهَا)⁽⁶⁾ ظاهره أنه لا ينقص⁽⁷⁾، والغالب أَنَّهُ ينقص إلا في الإماء التي لا تراد إلا للخدمة؛ فقد لا ينقص، وسواء كان البائع عالماً بالعيب القديم أو لا، لَأَبَدُّ من الأرش؛ يلزم المشتري إن رَدَّ، لَأَنَّهُ انتفع بالوطء، وهذه مسألة فرق، لأنَّهم قالوا: إذا اشترى الثوب فقطعه فوجد به عيباً بعد القطع، فإن كان البائع عالماً بالعيب لم يكن على المبتاع أرش في القطع، وإن كان غير عالم فعليه الأرش، والفرق أَنَّهُ هنا لم ينتفع بالقطع، ومتى اطَّلَعَ المبتاع على العيب فلم يرجع به على الفور؛ سقط الرجوع به، وإن تعذر عليه الرجوع؛ فليشهد أَنَّهُ يختار الرَّد لكن منعه أمرٌ ما، بخلاف

(1) وهذا فيمن ((اشترى أمةً معيبة، ثم وطئها بعد علمه بعيبها)). المصدر السابق.

(2) في كلا النسختين: يقضى.

(3) بمعنى بعد الوقوع والنزول، ولم يدخل عليه.

(4) المصدر السابق: 175/2.

(5) التَّسْرِي: انخاذ الجارية سريةً للفراش والجماع. ينظر طلبة الطلبة: 91.

(6) ((وإن كانت بكراً فتقصها وطؤه لها...)) إلخ. التفریع: 175/2.

(7) على ما تقدم عادة أن الإماء عندهم للخدمة، بخلاف التي للتسري.

الأخذ بالشفعة، فإنه لا يسقط حقه بتركه، وقيل: هو كالرد بالعيب.

[التصرف في المبيع بعد العلم بالعيب]:

قوله: (لَمْ يَجْزُ لَهُ رَدُّهُ)⁽¹⁾ لا يريد أنه يحرم ذلك، ولكن يتوقف على رضا البائع، فإن شاء أقاله (في البيع)⁽²⁾.

[ركوب الدابة اضطرارا بعد الاطلاع على العيب]:

قوله: (فَرَكِبَهَا مُضْطَرًّا)⁽³⁾ وجهه أنه يرجع: أن ركوبه لما كان للضرورة - إذا لم يجد دابة يكرها ولا يقدر على المشي - فلا يُعْتَدُّ به⁽⁴⁾.

ووجه أن لا يرجع؛ أن التصرف في ملك الغير ممنوع، لا مع الضرورة ولا مع غيرها، وقال ابن حبيب: إن تصرف بالركوب في الحضر فله - أيضا - أن يرجع، لأن له ركوبها في مقابلة ضمانها، كما أن له ((الخراج بالضمان))⁽⁵⁾، وكما تجب عليه نفقتها. والمشهور في الحضر أنه لا يرجع إذا ركبها فيه.

[موت المشتري قبل رد المبيع المعيب]:

قوله: (كَانَ الْخِيَارُ لَوَرَثَتِهِ)⁽⁶⁾ لأنه - ﷺ - قال: ((مَنْ مَاتَ عَنْ حَقٍّ فَهُوَ لَوَرَثَتِهِ))⁽⁷⁾ وهذا إذا أطلع عليه ولم يرض به ولا تصرف، ولو لم يطلع الميت عليه واطلع ورثته؛ كان لهم الرجوع، لأنهم بمنزلته.

[استعمال المبيع قبل العلم بالعيب]:

قوله: (وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي اسْتِعْمَالِهِ)⁽⁸⁾، لحديث ((الخراج بالضمان))⁽⁹⁾، وإنما ورد في هذه الصورة - أعني البيع الصحيح - يُرْجَع فيه بالعيب، ثُمَّ قِيسَ عليه البيع الفاسد، لأنه في ضمان المشتري من يوم القبض، ((واللفظ عام وإن كان سببه خاصا)).

(1) وذلك ((من اشترى شيئا معيبا، ثم تصرف فيه بعد علمه بعيبه)). المصدر السابق.

(2) سقط من (و).

(3) إذا اشترى دابة معيبة فركبها مضطرا بعد علمه بالعيب. ينظر المصدر السابق.

(4) أي الركوب والاستعمال، لأنه ركب الدابة مضطرا، فهو كالعدم.

(5) قاعدة فقهية، أصلها حديث؛ أخرجه أبو داود: 284/3 حديث رقم 3508 وابن ماجه: 754/2 حديث رقم 2243 والترمذي: 573/3 حديث رقم 1285 وقال: حديث حسن صحيح، والعمل عليه عند أهل العلم. والنسائي: 254/7 حديث رقم 4490، والحاكم في المستدرک: 18/2 حديث رقم 2176 على شرط الشيخين ووافقه الذهبي. كلهم من حديث عائشة مرفوعا. واستعمله الفقهاء قاعدة فقهية في مثل هذا السياق.

(6) وذلك ((إذا ظهر على عيب بسلعة... ثم مات قبل رده إياها)). التفريع: 175/2.

(7) تقدم تخريجه.

(8) وذلك ((فيمن اشترى شيئا معيبا... واستعمله قبل علمه بعيبه)). المصدر السابق.

(9) تقدم تخريجه.

[أثر الهزال والسمن في رد المبيع المعيب]:

قوله: (وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِي هُزَالِهَا)⁽¹⁾ هذا عامٌ في الإماء؛ ما كان للتسري أو لغيره، فالسمن والضغف سواء، بخلافهما في الدواب، لأنها إنما تُراد للحمل والركوب، وهي تختلف في ذلك بالسمن والعجف، وقيل: بالفرق بين إماء التسري وغيرهن، فيكون في ذلك كالدواب، فالعجف عيبٌ يلزم المشتري أرضه كالدابة، ويكون في [السمن]⁽²⁾ الروايتان:

إحادهما: أنه فوتٌ يمنع الرد كالموت، لأنَّ اختلاف الصفة المقصودة كاختلاف الذات.

والثانية: أنه ليس فوتاً يمنع الرد، بل يكون كالعدم لأنه ليس زائداً على الذات، وإذا وُجدت الدابة رُدَّت. وكذلك تعلم الأمة الغزل ليس بصناعة يُرَجَّع بثمنها، لأنَّ التيساء كلهن كذلك، ولأنَّه لا مؤونة في تعلم ذلك، بخلاف غيره من الصناعات.

[قطع المشتري للثوب المعيب قبل العلم بالعيب]:

قوله: (وَمَنْ بَاعَ ثَوْبًا مَعِيْبًا)⁽³⁾ إذا كان البائع عالماً بالعيب؛ فقد سلَّط المشتري على أن يقطعه قطع مثله⁽⁴⁾، فليس يجب عليه أرضُ القطع، لأنَّه إنما يشتري لذلك، فإن قطعه غير قطع مثله فيلزمه أرضُ ذلك، لأنَّه وإن كان البائع ظالماً فلا يُحمَل عليه بالجملة، وأمَّا إن لم يكن عالماً فإنه يلزم المشتري⁽⁵⁾ في الموضعين إن رده.

[العيوب التي يُردُّ بها المبيع وأثرها في خيار الرد]:

والعسر: أن يعمل بيسراه.

والإفضاء: أن يرد مسلك الحيض والبول واحداً، وذلك يطرأ كثيراً لرقّة الجلد بينهما، بخلاف الذي بين ذلك وبين مسلك الغائط، ولذلك يُقْلُ فيه.

والزعر⁽⁶⁾؛ لا يكون على فرج المرأة شعراً وهو عيبٌ، لأنَّ الشعر يشدّ الفرج، وعدمه يدل على علة هناك من برودة.

وبياض الشعر عيبٌ؛ وإن كان مع الشباب، لأنَّ النفوس تعافه.

(1) وذلك فيمن ((اشترى أمة سميّة فهزلت عنده، ثم ظهر على عيب بها؛ فله ردها)). المصدر السابق: 176/2.

(2) في (و) السحق، وفي (غ) طمس، والسياق يؤيد أنها مصحفة عن (السمن) المقابل للعجف والهزال، والله أعلم.

(3) وهو ((يعلم بعيبه فقطعه المشتري قبل علمه بعيبه... فله رده)). التفريع: 176/2.

(4) ما يُقطع مثله عادة للمصلحة.

(5) يلزمه الأرض.

(6) في (و) والزعر، وهو بعيد عن هذا المعنى، والزعر: قلة الشعر. ينظر لسان العرب، مادة: زعر.

والْخِصَاءُ: نَقْصُ عُضْوٍ، فَكَانَ عَيْبًا؛ وَإِنْ سَاوَى أَكْثَرَ مِنَ الْفَحْلِ.
قوله: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَيْبًا لَا يُؤْمَنُ عَوْدُهُ)⁽¹⁾ مثل الجنون، أو يثبت ضرره، أي إذا لم يُزَلْ بِالْجُمْلَةِ.

وكالزوجة والزوج والولد⁽²⁾، ومن العيوب الدَّيْنُ والسَّرَقَةُ.
قوله: (لَمْ يَسْقُطْ خِيَارُهُ)⁽³⁾ لَأَنَّ النَّفْسَ تَمِيلُ إِلَيْهَا، وَكَذَلِكَ فِي الزَّوْجِ.

-
- (1) هذا استثناء لمن اشترى سلعة معيبة، ثم زال عيبها سقط خياره. ينظر التفريع: 177/2.
(2) سقطت من (غ). هذه العلاقات الثلاث؛ تعتبر عيبا في الأمة أو العبد إذا بيعا على أنهما من غير زوج أو ولد، ثم تبين خلاف ذلك. ينظر المصدر السابق.
(3) ((ومن اشترى أمة ذات زوج وهو لا يعلم.. فأراد ردها، فطلّقها الزوج قبل ردها؛ لم يسقط خياره)). المصدر السابق.

فصل في عُهْدَةِ (1) الرَّقِيقِ

[دليل مشروعيّتها والخلاف فيها]:

أصله قوله - ﷺ -: ((مَنْ بَاعَ عَبْدًا أَوْ وَلِيدَةً، فَعُهِدَتْهُ عَلَى بَائِعِهِ ثَلَاثًا أَوْ أَرْبَعًا)) (2)، وأخذ مالك بثلاث الذي صحَّ عنده، وفي ذلك ثلاثة أقوال، فقيل: هذا في كُلِّ مَوْضِعٍ في الرَّقِيقِ، وقيل: لا عُهْدَةٌ فِيهِ الْبَتَّةَ كَسَائِرِ الْمَبِيعَاتِ إِلَّا بِالْشَّرْطِ، وقيل: ذلك في مَوْضِعٍ يُتَعَارَفُ ذَلِكَ فِيهِ (كَالْمَدِينَةِ) (3)، وإنَّما الرَّقِيقُ؛ لأنَّ الْعِیُوبَ فِيهِ تَخْفَى لِمَكَانِ الْعَقْلِ، بخلاف غيره من الأشياء المبيعة.

[مدّة العهدة وأنواعها]:

والعُهْدَةُ ضربان: قليلة الزَّمن كثيرة الضَّمان، وهي عُهْدَةُ الثَّلَاثِ، لأنَّ الْبَائِعَ يَضْمَنُ فِيهَا كُلَّ عَيْبٍ يَحْدُثُ بِالرَّقِيقِ.

وطويلة الزمن قليلة الضَّمان، وهي عُهْدَةُ السَّنَةِ، لأنَّه لا يَضْمَنُ فِيهَا إِلَّا ثَلَاثَةَ عِیُوبٍ فَقَطْ، وإنَّما كان ذلك؛ لأنَّ هَذِهِ الثَّلَاثَةُ قَدْ يَتَقَدَّمُ سَبَبُهَا وَيَتَأَخَّرُ وَجُودُهَا، فَضُرِبَ لَهَا سَنَةٌ لَتَمْضِيَ عَلَيْهِ الْفُصُولُ الْأَرْبَعَةُ الْمُنَاسِبَةُ (4) لِلْأَخْلَاطِ.

[البيع بالعهدَة ينقل الملك دون الضَّمان]:

فهذا البيع ينتقل به الْمَلِكُ، لكن يبقى في ضمان البائع حتى تَتِمَّ عُهْدَةُ الثَّلَاثِ، وبعدها يرجع في ضمان مشتريه إلا من الْأَدْوَاءِ الثَّلَاثِ (5)، فلو أصاب العبد في الثَّلَاثِ سَبَبٌ حَدَثَ مِنْهُ بِهِ عَيْبٌ، فهل هو من البائع؛ لأنَّه أصله ذلك وهو في ضمانه، أو من المشتري؛ لأنَّه قد علم سببه؟.

(1) الْعُهْدَةُ: كتاب الشراء فيه ضمان التبعة كالعيوب على البائع. ينظر طلبية الطلبة: 218، وبداية المجتهد: 193/3، ولسان العرب مادة: عهد.

(2) لم أجده بلفظه، وأخرج نحوه ابن ماجه: 754/2 حديث رقم 2244 من حديث سمرة بن جندب مرفوعا، وقال الألباني في تحقيقه له: ضعيف، والدارمي: 1662/3 حديث رقم 2594، وأبو داود: 284/3 حديث رقم 3506، وقال الألباني في تخريجه له: ضعيف، والحاكم في المستدرک: 26/2 حديث رقم 2200، وقال: صحيح الإسناد غير أنه على الإرسال، ووافقه الذهبي. كلهم نحوه مرفوعا من حديث عقبة بن عامر. وقال البيهقي في السنن الكبرى: 528/5: ((مدار هذا الحديث على الحسن، عن عقبة بن عامر وهو مرسل)).

(3) المقصود بها مدينة الرسول - ﷺ - وما تعارف عليه الناس فيها وألفوه، وما اتصل عليه العمل بالمدينة، فهو عند مالك أصل يقدّمه على القياس. ينظر البيان والتحصيل: 285/8.

(4) في (و) الْمُسَمَّاةِ.

(5) وهي الْجُذَامُ وَالْجُنُونُ وَالْبَرَصُ. والأدواء: الأمراض، جمع داء. ينظر التفريع: 177/2، ولسان العرب مادة: دَوَأٌ.

أما لو قطع يده فيها انفسخ البيع، لأنه لا يقبضه حتى يندمل، ولا⁽¹⁾ يعلم كيف يندمل، وقد يسري إلى النفس فيكون من قبضه له مجهولا، وكذلك لو ضرب في السنة ضربة أذهبت عقله، فهل يكون ذلك من البائع أو من المشتري؟

وكذلك لو سقاه ما⁽²⁾ أجذمه أو أبرصه؛ قولان، وإذا قلنا: من البائع؛ فقال أصبغ: إن ذهب جميعه حتى يبقى لا يساوي شيئا، فيرجع⁽³⁾ بثمنه ويكون له الولاء، لأنه المعتقد، فإن مات عن مال أخذ منه البائع قدر الثمن، وكان الباقي لمعتقه، وإن لم يذهب جميعه ورث جميع ماله⁽⁴⁾، ولو أعتقه ثم جُنَّ أو أصابه عيب في الثلاث، فهل يرجع على البائع لأنه في زمن العهدين، أم لا؛ لأنه قد أسقط عنه ذلك بالتصرف فيه؟.

[الخلاف في دخول الثلاث في عهدة السنة]:

قوله: (ثُمَّ لَهُ بَعْدُ⁽⁵⁾ عُهُدَةُ السَّنَةِ)⁽⁶⁾ ظاهره أَنَّ الثَّلَاثَةَ زَائِدَةٌ عَلَى السَّنَةِ، وفي المذهب قولان: هذا⁽⁷⁾، والثاني أَنَّ الثَّلَاثَةَ مُحْسُوبَةٌ مِنَ السَّنَةِ، وفائدة ذلك تظهر بعد تمام السنة من أول عهدة الثلاث، ثُمَّ ظَهَرَ بِهِ جُذَامٌ أَوْ بَرَصٌ أَوْ جُنُونٌ.

[النَّقْدُ فِي عُهُدَةِ الثَّلَاثِ]:

قوله: (وَيُكْرَهُ النَّقْدُ فِي عُهُدَةِ الثَّلَاثِ بِشَرَطٍ)⁽⁸⁾ أي بجزم، كالنقد في بيع الخيار، والعلة واحدة، لأنه ((تارة يكون بيعا وتارة سلفا)).

قوله: (وَلَا بَأْسَ أَنْ يَتَطَوَّعَ الْمُشْتَرِي)⁽⁹⁾ فكأنه أسلفه على تقدير أن لا يبيع.

[النَّقْدُ فِي عُهُدَةِ السَّنَةِ]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ بِالنَّقْدِ فِي عُهُدَةِ السَّنَةِ)⁽¹⁰⁾ أي على الشرط، لأن هذه المدة طويلة، ولأن الغالب السلامة.

(1) في (غ) أولا.

(2) في (غ) ماء.

(3) المشتري.

(4) ورث المشتري جميع ماله. ومثل هذا القول لابن كنانة. ينظر الذخيرة: 119/5.

(5) في الأصل: ((بعد ذلك)). التفرع: 177/2.

(6) أي له عهدة السنة بعد انتهاء الثلاثة، وذلك يختص بالأدواء المخصوصة. ينظر المصدر السابق.

(7) وهو القول السالف الذكر.

(8) المصدر السابق.

(9) ((ولا بأس أن يتطوع المشتري بالنقد)). المصدر السابق.

(10) المصدر السابق.

[النَّفقة والخراج في عَهْدَةِ السَّنَةِ]:

وعلى البائع نفقته، وفي خَرَاجه إن رَدَّه بعيب قولان:

– أحدهما للبائع، لأن عليه الضَّمان.

– والمذهب أنَّه للمشتري، بخلاف الخيار فإنه هناك للبائع، والفرق أن المَلِكَ هنا قد انتقل للمشتري، فضعف الضَّمان مع ذلك، وفي الخيار، المذهب أنَّه لم ينتقل المَلِكُ فيه؛ فقوي الضَّمان، ولأَنَّا لا [نقول]⁽¹⁾ بعموم الخَرَاج في الضَّمان، بل أخرجنا منه صورا، مثل أن يشتري عبدا فيخرج حُرًّا، فله خَرَاجه ولا ضمان، لأنَّ ((الْحُرَّ لا يُضْمَنُ))، كذلك الخَرَاج هنا دون ضمان، وأيضا يجوز للمشتري هنا التَّصَرُّفُ في العبد بالبيع والعِثْق وغير ذلك، وفي الخيار إن كان للبائع لم يجز له التَّصَرُّف.

[الخلاف في العهدين على عقد السَّلَم والنكاح والخلع]:

وإذا أُسْلِمَ له⁽²⁾ في عبد، فهل يجري مجرى البيع في أنَّ عليه عَهْدَتَيْنِ أم لا؛ لأنَّ السَّلَمَ قد امتاز من البيع باسم آخر؟ وكذلك الخلاف في أن يُخَالَعَ على عَبْدٍ أو يَتَزَوَّجَ عليه⁽³⁾، لأن ذلك وإن كان مُعَاوَضَةً فله اسْمٌ آخر، خُلْعٌ وَنِكَاحٌ.

[العَهْدَةُ فِي الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْقَرْضِ]:

وَأَمَّا الْهَبَةُ وَالصَّدَقَةُ فَلَا عَهْدَةَ فِيهَا، لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ ببيعًا، وَأَجْزَوْا [الْقَرْضِ]⁽⁴⁾ مجراهما إذا اقترض عَبْدًا أو أَمَةً عَلَى الْقَوْلِ بِجَوَازِ قَرْضِ الْإِمَاءِ، لِأَنَّهُ مَعْرُوفٌ وَلَا يُقْصَدُ فِيهِ الْعَوَضُ⁽⁵⁾.

1 (و) نقوم، وفي (غ) طمس غير مقروء.

2 للبائع.

3 أي يجعله عوضا في النكاح والخلع.

4 في النسختين القراض، وما أثبتته يدل عليه ما بعده.

5 في (و) الْمُعَوَّض.

[استبراء الإمام في البيع]

[بيع الأمة يستوجب استبراءها على البائع والمشتري]:

قوله: (استَبْرَأَهَا بِحَيْضَةٍ)⁽¹⁾ إن كانت من ذوات الحيض كما تقدّم، وفي استبراء البائع قولان: واجبٌ كاستبراء المشتري، أو مُسْتَحَبٌّ؛ لأنَّ المشتري يجب عليه الاستبراء.

قال البرهان⁽²⁾: بل يجب على البائع اتّفاقاً مخافة من بيع أمِّ الولد، وإن كانت في مُعْظَمَ دمها جاز أن يبيعه دون استبراء منها.

[استحباب وضع الأمة مدّة الاستبراء عند امرأة أمينة]:

قوله: (عَلَى يَدِ امْرَأَةٍ)⁽³⁾، وقيل: امرأتين، بناءً على هَلْ هو من باب الْخَبَرِ أو الشَّهَادَةِ، وفائدته أن يَتَبَيَّنَ حَمْلُهَا أو لَا حَمْلَ، فإذا تَبَيَّنَ الْحَمْلُ كان عَيْباً يرجع به إن شاء، لأنَّه يُؤَدِّي إلى الْمَرَضِ الْمَانِعِ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي الْمَالِ، وإن التَّرَمَّهَ به انتقلت إلى ضمانه، كما لو اشتراها على أَنَّهَا حَامِلٌ؛ فَإِنَّهَا تَنْتَقِلُ حِينَئِذٍ إِلَى ضِمَانِهِ بَعْدَ الْعُهُدَةِ، وَلَا يَطُوهَا إِلَّا بَعْدَ الْوَضْعِ.

[ظهور الحمل يمنع بيع الأمة]:

قوله: (لَمْ يَتِمَّ بَيْعُهَا)⁽⁴⁾ يريد إذا كان الحمل من بائعها، وعلى ذلك تكلّم لقوله: (ومن وطئ أمة ثم أراد بيعها)⁽⁵⁾، فإذا كانت حاملاً فهي أُمٌّ وَلَدِهِ، وقد يَتِمُّ الاستبراء بتمام العُهدَةِ، وقد يَتِمُّ الاستبراء أَوَّلًا، وتبقى⁽⁶⁾ في ضمانه لِلْعُهُدَةِ، مثل لو حاضت إثر العقد يوماً على الخلاف في حيض الاستبراء والعِدَّةِ، أو وَضَعَتْ، وقد يكون بالعكس⁽⁷⁾ وهو الغالب، فتبقى في ضمانه حتّى يَتِمَّ الاستبراء، لأنه كالتَّوْفِيَةِ في بيع الطَّعام.

[ائتمان البائع للمشتري على استبراء الأمة]:

قوله: (جَازَ ذَلِكَ)⁽⁸⁾ قد كرهه مَالِكٌ، بخلاف الأجنبي⁽⁹⁾ الأمين.

(1) وذلك في ((من وطئ أمة ثم أراد بيعها)) المصدر السابق: 178/2.

(2) لم أتعرف عليه.

(3) ((يستحب أن توضع الجارية المُسْتَبْرَأَةُ للوطء على يدي امرأة)). المصدر السابق.

(4) هذا ((إن ظهر بها حمل)). المصدر السابق.

(5) المصدر السابق.

(6) في (و) يبقى.

(7) أي تَتِمُّ الْعُهُدَةُ أَوَّلًا.

(8) هذا إذا ((أمن البائع المشتري على استبرائها)). المصدر السابق.

(9) المراد به رجل آخر غير المشتري؛ تُوضَعُ عنده الجارية للاستبراء. ينظر المدونة: 373/2.

[موت المرأة في مدة استبراء مثلها ينقل الضمان]:

قوله: (يَكُونُ فِيهَا اسْتِبْرَاءٌ مِثْلُهَا)⁽¹⁾ كالشهر، لأنَّ الغالب أنَّ المرأة تطهر فيه وتحيض حيضة، فإذا لم تُعَلِّمْ براءتها رُجِعَ إلى استبراء مثلها.

[الجهل بموت الأمة قبل الاستبراء أو بعده]:

قوله: (فَفِيهَا رَوَايَتَانِ)⁽²⁾ وجه الأولى: أنَّها كانت في ضمان البائع، فلما أشكل خروجها من الضمان فتبقى على الأصل، وإن قلنا: إن البيع صحَّ وكان الأصل أن لا عُهْدَةٌ، ولما أشكل بَقَيْنَا على هذا الأصل، فهذان أصلان تعارضا.

[وطء البائع والمشتري للأمة في طهر واحد وأثر القافة في الاستلحاق والإرث]:

قوله: (فِي طَهْرٍ وَاحِدٍ)⁽³⁾ قد يكون غلطاً وعصيانياً، ولا تعتبر القافة⁽⁴⁾ في الحرَّة، وهل يُشْتَرَطُ واحدٌ لأَنَّهُ إِبْخَارٌ أو اثنان لأَنَّهُ شهادة، وهل يكون من (بَنِي مُدْلَجٍ)⁽⁵⁾ أو لا؟ بناءً على أن ذلك خاصٌّ بهؤلاء، أو عِلْمٌ يَصَحُّ تعلُّمه، وإذا قال الْقَائِفُ يشبههما⁽⁶⁾ معاً اعتُبرَ أَكْثَرُهُمَا شَبَهاً⁽⁷⁾، وإن استويا في ذلك لُحِقَ بهما عند سُخُونٍ⁽⁸⁾، بناءً على أَنَّهُ يكون الولد من أَكْثَرِ من (9) ماء واحد، ولا يعتبر قوله عند البلوغ، لأنَّ ذلك لا يُزِيلُ ما ثبت من الشَّيْءِ، فيرث⁽¹⁰⁾ من كُلِّ واحدٍ⁽¹¹⁾ نِصْفَ⁽¹²⁾ ميراثِ أَبٍ أو رُبْعَهُ إن كانوا أربعة، ويرث كُلُّ واحدٍ منهما منه نِصْفَ ميراثِ ابنٍ، وكذلك القرابات كنصف أخ.

(1) (وإن ماتت بعد مدة يكون فيها استبراء مثلها، كان ضمانها من مشتريها)). التفريع: 178/2.

(2) وذلك إذا ((ماتت ولم يُعَلِّمْ أَكان موتها قبل مدة الاستبراء أو بعدها)). المصدر السابق.

(3) ((وإذا وطئ الأمة بائعها ومشتريها في طهر واحد)). المصدر السابق.

(4) القافة: جمع قَائِف، وهو الذي يعرف الأثر. ينظر لسان العرب مادة قَوَف.

(5) قال النووي: ((بني مُدْلَج بضم الميم وإسكان الدال وكسر اللام، قال العلماء: وكانت الْقَيَافَةُ فيهم وفي بني أسد تعترف لهم العرب بذلك)). شرح النووي على مسلم: 41/10. وقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لعائشة رضي الله عنها: ((ألم تسمعي ما قال المُدْلَجِي لزيد وأسامة ورأى أقدامهما: إن بعض هذه الأقدام من بعض)) أخرجه البخاري: 189/4 حديث رقم 3555 من حديث عائشة مرفوعاً.

(6) في (و) يشبهها.

(7) وفي (غ) بياض، وفي هامش (و): أظنه شَيْعاً. وفي الذخيرة: 367/11 ((يؤخذ بأقواهم شبيهاً)) وهو قول ابن حبيب. والمعنى متقارب مع ما في الهامش: ((أكثرهما شيعاً)) أي أكثرهما وأمثلهما مثلاً. ينظر مختار الصحاح مادة: شيع.

(8) سحنون بن سعيد التنوخي، أبو سعيد، واسمه عبد السلام، أصله شامي من حمص، أخذ العلم بالقيروان عن علي بن زياد وغيره، ورحل إلى مصر لتلقِّي العلم، فسمع ابن القاسم وأشهب وغيرهما، والفقرُ خَالَ بَيْنَهُ وبين مالك رحمه الله، توفي سنة 240 هـ. ينظر ترتيب المدارك: 45/4، والديباج: 30/2.

(9) سقطت من (غ).

(10) الولد.

(11) ممن ألْحَقَ بهما.

(12) في (غ) نصف دينار.

وعلى قول ابن القاسم يُوقَفُ إلى البلوغ فيُوالى مَنْ شاء منهما، لأنَّه لا يكون إلا من ماء واحد، فإن مات قبلهما ورثاه بالسَّواء، وكذلك قرابته منهما يقتسمون بالسَّواء كالإخوة والجدا، وإن مات أحدهما قبله وقف ميراثه إلى البلوغ، فإن والى المَيِّت ورثه، وإلا رُدَّ ذلك إلى ورثته.

[البيع بالبراءة]

[الخلاف في بيع البراءة والأصناف التي تباع بها]:

قوله: (بِالْبَرَاءَةِ مِنَ الْعُيُوبِ)⁽¹⁾ فيه خمسة أقوال، قيل: لا يجوز مطلقاً لأنه غَرَرٌ، وقيل: يجوز مُطلقاً، لأنَّ البائع والمشتري يستويان في الجهل بذلك، فأنزله منزلته، وقيل: يجوز في الحيوان مُطلقاً، لأنَّهم يُخفون عيوبهم فيحتاج إلى ذلك فيه، بخلاف العروض لا يخفى ذلك فيها، فلا حاجة إليه، وقيل: يجوز في الحيوان الصَّامت فقط، لأنَّه يخفي عيوبه، لأنَّه لا عبارة له عما فيه من العيوب، بخلاف العاقل يقدر على ذلك، وقيل: يجوز ذلك في الحيوان النَّاطق فقط، لأنه تخفى فيه العيوب أكثر؛ إذ تحملهم الأغراض على كتمها أو إبداء ما ليس فيهم، وقيل: لا يجوز بيع البراءة إلا فيما باعه السُّلطان أو الوصيُّ من العبد، لأنَّهما بائعان على غيرهما، فكان بيعهما بيع براءة.

[بيع البراءة من العيوب عامَّة]:

قوله: (إِلَّا عَيْبًا مُعَيَّنًا)⁽²⁾ أي يتبرأ من عيب مُعَيَّن لا غير)⁽³⁾.
قوله: (إِلَّا مَا عَلِمَهُ الْبَائِعُ)⁽⁴⁾ لأنَّ ذلك غِشٌّ، ولم يجز مِلْكُ التَّبرِّي من العيوب في البيع، إلا إن كان المملوك قد بقي على ملكه مُدَّةً ليكون بصيراً به قَبْلُ، ثمَّ يخاف أن يكون فيه عيوب لم يعلمها فيبرأ منها، وأمَّا إن لم يبق في ملكه فلا يجوز له، لأنَّه لا فائدة في ذلك، بل يضرُّ به لنقص الثَّمَن.

(1) ((ولا يجوز بيع شيء... بالبراءة من العيوب، إلا عيباً معيناً)). التفريع: 179/2.

(2) المصدر السابق.

(3) ما بين القوسين سقط من (و).

(4) المصدر السابق. للبائع أن يبرأ من العيوب إلا ما علمه فكتمه. ينظر المصدر السابق.

[حكم مال العبد عند بيعه]

[أصل مال العبد]:

قوله: (فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ) (إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ) (1) (2) هذا حديث ((مَنْ ابْتِاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِبَائِعِهِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ)) (3) وهذا دليلنا على الشَّافِعِيِّ أَنَّ الْعَبْدَ يَمْلِكُ، لِأَنَّ مَعْنَى الْإِضَافَةِ: الْمِلْكُ حَقِيقَةً، وَمَنْ ادَّعَى الْمَجَازَ فَعَلِيهِ الدَّلِيلُ.

[مال العبد تابع له وصفة من صفاته]:

وهل له جزء من الثمن أو لا كالثمرة (4)؟ قولان فيهما، وينبغي على ذلك إذا انتزع ماله ثم رده بعيب [فإن] (5) قيل: له جزء من الثمن فيرد قيمة ماله؛ يُقَدَّرُ عَلَى أَنَّهُ لَا مَالَ لَهُ، وَعَلَى أَنَّ لَهُ مَالًا عَلَى قَدَرِ مَا كَانَ يُظَنُّ لَهُ وَقْتُ الْبَيْعِ، فَيُرَدُّ مَا بَيْنَهُمَا، وَكَذَلِكَ يُرَدُّ قِيَمَةُ الثَّمَرَةِ، وَهُوَ تَابِعٌ عَلَى الْوَجْهَيْنِ (6)، وَلِذَلِكَ لَمْ يُشْتَرَطْ فِيهِ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا، وَجَازَ بَيْعُ الْعَبْدِ بَعَيْنٍ وَإِنْ كَانَ مَالُهُ عَيْنًا، وَقَدْ تَقَدَّمَ أَنَّهُ لَا يَكُونُ مَالٌ رَبَوِيٍّ مِنَ الْجِهَتَيْنِ فِي الْبَيْعِ وَمَعَ أَحَدِهِمَا غَيْرُهُ، وَإِنَّمَا مَالُهُ بِمَنْزِلَةِ الْحَمْلِ فِي الْأَمَةِ وَهُوَ تَابِعٌ، وَإِلَّا لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ لَوْ كَانَ مَقْصُودًا لِمَالِهِ، بِمَنْزِلَةِ صِفَاتِهِ كَالْتِّجَارَةِ وَالْكِتَابَةِ.

[كيفية التصرف في المدبر وماله بعد موت سيده]:

ولذلك يُجْمَعُ (7) مع قيمة المدبر (8) - إذا مات سيده ثم يُعْتَقَ - مَا حَمَلَ ثُلُثُ التَّرَكَةِ مِنْ ذَلِكَ، مِثَالُهُ أَنْ يَتْرَكَ مُدَبِّرًا قِيَمَتَهُ مِائَةً، وَبِيَدِهِ خَمْسَةٌ وَثَلَاثُونَ، وَتَرَكَ خَمْسَةً وَعِشْرِينَ وَمِائَتَيْنِ، فَتُلْثُ التَّرَكَةُ مِائَةً وَعِشْرُونَ، وَقَدَرُهَا مِنْ قِيَمَتِهِ وَمَالِهِ ثَمَانِيَةٌ أَتْسَاعَ (9)، فَيُعْتَقَ مِنْ ذَلِكَ الْقَدْرَ مِنْ رَقَبَتِهِ، وَيَنْفَقَ مَا لَهُ بِيَدِهِ عَلَى أَنَّ لَهُ فِيهِ ثَمَانِيَةٌ أَتْسَاعَ، وَلِلْوَرَثَةِ بِمَنْزِلَةِ مَالٍ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ، لَا يَجُوزُ لَهُمْ أَنْ يَنْتَزِعُوا مِنْهُ شَيْئًا، فَإِذَا نَظُرَتْ قِيَمَةُ ثَمَانِيَةٌ أَتْسَاعَ - مَعَ تُسْعٍ مَا بِيَدِهِ - كَانَ ثُلُثُ جَمِيعِ التَّرَكَةِ، فَإِنْ أَتْلَفَ الْمَالُ

(1) ما بين القوسين سقط من (و).

(2) هذا إذا ((باع عبدا وله مال)). المصدر السابق.

(3) أخرجه أبو داود: 268/3 حديث رقم 3433، والترمذي: 538/3 حديث رقم 1244 وقال: حديث حسن صحيح، والنسائي: 297/7 حديث رقم 4636 كلهم من حديث سالم مرفوعا.

(4) ((فَالثَّمَرَةُ إِذَا اشْتَرِطَتْ بَعْدَ الْإِبَارِ بِمَنْزِلَةِ مَالِ الْعَبْدِ، إِذَا اشْتَرِطَ؛ أَمْرُهُمَا وَاحِدٌ)). المدونة: 361/3.

(5) في (و) ثان، وفي (غ) طمس. وما أتتبه يتفق مع السياق.

(6) مال العبد تابع له سواء كان لهذا المال جزء من الثمن أم لا.

(7) مال المدبر.

(8) المدبر: العبد الذي أُعْتِقَ عَنْ ذُبُرٍ، أي بعد موت المولى. ينظر طلبه الطلبة: 53.

(9) قيمة المدبر وماله مائة وخمسة وثلاثون، وثُلُثُ التَّرَكَةِ مِائَةً وَعِشْرُونَ؛ يُمَثِّلُ ثَمَانِيَةَ أَتْسَاعَ قِيَمَةَ الْمَدْبَرِ وَمَا بِيَدِهِ، وَبَقِيَ خَمْسَةُ عَشَرَ، وَهُوَ التُّسْعُ الْمَتَّبَقِي فِي ذِمَّتِهِ.

الَّذِي بِيَدِهِ أَتْبَعَهُ الْوَرِثَةُ (بثمانية أَسْعَاح) (1) مَا لَهُمْ فِي ذِمَّتِهِ، وَسَقَطَ (تُسْعُهُ) (2) لِأَنَّهُ (3) فِي مُقَابِلَةِ مَا يَمْلِكُونَ مِنْهُ.

[جناية العبد على السيّد وعلى الأجنبي]:

وليس على العبد في جنايته على سيّده شيء (4)، فإن جنى على أجنبي كان ثمانية أَسْعَاح الجناية فيما عتق منه أي في ذِمَّتِهِ، وتُسْعُهُا فِي تُسْعِ رَقَبَتِهِ، فَإِنْ شَاءَ الْوَرِثَةُ افْتَكُوا تُسْعَهُ بِأَرْشٍ... (5) الجناية، أَوْ أَسْلَمُوا تُسْعَهُ لِلْمَجْنِي عَلَيْهِ رَقِيقًا، وَلَمَّا كَانَ مَالُهُ صِفَةً مِنْ صِفَاتِهِ كَانَ تَبَعًا لَهُ، وَلَوْ كَانَ أَضْعَافَ قِيَمَتِهِ فَلَمْ يَكُنْ مَقْصُودًا لِنَفْسِهِ، وَفَرَقَ بَيْنَ أَنْ يَقُولَ: وَيُعْتَقُ الْعَبْدُ بِمَالِهِ، وَيُعْتَقُ الْعَبْدُ وَمَالُهُ، فِي هَذَا الثَّانِي يَكُونُ مَالُهُ مَبِيعًا بِالْقَصْدِ غَيْرَ تَابِعٍ، فَلَا بَدَّ أَنْ يَكُونَ مَعْلُومًا، وَأَنْ يُبَاعَ بِمَا يَصِحُّ بَيْعُهُ بِهِ عَلَى انْفِرَادِهِ.

[اشتراط المبتاع مال العبد]:

قوله: (وَأَقَرَّ فِي يَدَيْهِ) (6) يَعْنِي لَا يَشْتَرطُهُ إِلَّا لَهُ (7)، وَحِينَئِذٍ يَكُونُ تَابِعًا وَإِنْ انْتَزَعَهُ فِي ثَانِي حَالٍ.

[حُكْمُ بَيْعِ الْأَمَةِ دُونَ وَلَدِهَا]

[الفرق بين البيع والهبة في جمع الأمة وولدها في المِلْك والحِزْز]:

قوله: (وَمَنْ بَاعَ أَمَةً دُونَ وَلَدِهَا) (8) لَا بَدَّ مِنَ الْجَمْعِ فِي الْمِلْكِ (9) وَالْحِزْزِ مَعًا، إِلَّا فِي الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ إِذَا وَهَبَ أَحَدُهُمَا، فَيَكُونُ الْجَمْعُ فِي الْحِزْزِ، وَلَا يُشْتَرَطُ الْجَمْعُ فِي الْمِلْكِ كَالْبَيْعِ، لِئَلَّا يُؤَدِّيَ إِلَى فُسَادِ الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ، وَلَكِنْ لَا بُدَّ مِنَ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا فِي الْحِزْزِ.

- (1) كَذَا وَرَدَتْ فِي النُّسخَتَيْنِ. وَالسِّيَاقُ يَفِيدُ أَنَّ الْوَرِثَةَ يَتَّبِعُونَهُ بِتُسْعِ مَالِهِمْ فِي ذِمَّتِهِ، وَهَذَا الَّذِي بَقِيَ لَهُمْ.
- (2) كَذَا وَرَدَتْ فِي النُّسخَتَيْنِ. وَالَّذِي يَنْسَجِمُ مَعَ السِّيَاقِ هُوَ (بثمانية أَسْعَاح) وَهُوَ الْقَدْرُ الَّذِي يَمْتَلِئُ ثَلَاثُ التَّرَكَّةِ.
- (3) الضَّمِيرُ رَاجِعٌ إِلَى التُّسْعِ.
- (4) هَذَا بِخِلَافِ مَا عَزَاهُ ابْنُ الْجَلَابِ لِابْنِ الْقَاسِمِ مِنْ أَنَّ السَّيِّدَ يَخْتَدِمُهُ، وَيَقَاصُّهُ مِنْ أَجْرَتِهِ بِأَرْشِ الْجَنَائِيَةِ، وَمَعْلُومٌ أَنَّ الْمَدْبِرَ بِمَنْزِلَةِ الْعَبْدِ الْقَرْنِ فِي الْجِرَاحِ وَغَيْرِهِ مِنَ الْأَحْكَامِ؛ غَيْرَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ. يَنْظُرُ التَّفْرِيعُ: 10/2، 11.
- (5) مَقْدَارُ كَلِمَةِ مَطْمُوسَةٍ، أَقْرَبُ مَا يَكُونُ لِلْفَتْحِ: يَتَّبِعُ سَقَطَتْ مِنْ (غ).
- (6) ((وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ.. فَإِنْ اشْتَرَطَهُ الْمُبْتَاعُ تَبَعَ الْعَبْدُ وَأَقَرَّ فِي يَدَيْهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 179/2.
- (7) أَيُّ لِلْعَبْدِ.
- (8) ((فَبِيعَهُمَا بَاطِلٌ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 180/2.
- (9) سَقَطَتْ مِنْ (غ).

[دليل النهي عن بيع الأم دون ولدها عام في الإمام وغيرهم]:

والأصل في ذلك قوله - ﷺ -: ((مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَلَدِهَا؛ فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحَبَّتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ))⁽¹⁾ وقال - أيضا ﷺ -: ((لَا تُؤْلَهُ (2) وَالِدَةٌ عَلَى وَلَدِهَا))⁽³⁾ وهذا عام في الإمام وغيرهن، حتى قال به بعض العلماء في البهائم.

[دليل النهي عن التفريق خاص بالأم دون الأب]:

وذلك لإشفاق⁽⁴⁾ الوالدة وحُؤوها، بخلاف الأب، ولأنَّ النَّصَّ فيها جاء (لأب الأب)⁽⁵⁾، وهل ذلك حقُّ لله - تعالى - فلا يجوز البتَّة وإن رَضِيَتِ الأمُّ، أو حقُّ لها من أجل التَّوْلِيَةِ؛ فيجوز إن أَسْقَطَتْ حَقَّهَا⁽⁶⁾؟.

[الخلاف في بطلان بيع الأمة دون ولدها]:

قوله: ((فَبَيْعُهُ بَاطِلٌ وَإِنْ أَجَابَ))⁽⁷⁾ هذا على أن ((النَّهْيُ يَدُلُّ عَلَى الْفَسَادِ))، والمذهب أنه متوقَّفٌ على الإجابة إلى الجمع، سواء كان الجمع عند أحدهما أو عند أجنبيٍّ بأن يبيعهما منه، إلا أنَّه يَرُدُّ على المذهب إشكالٌ هنا، وذلك إذا لم يُجِيبَا إلى أن يكونا عند أحدهما؛ وأجابا إلى بيعهما من أجنبيٍّ، فيكون بيعهما في صَفَقَةٍ واحدة (...). ذلك أنه لا يجوز بيع أحدهما فَيُرَدَّ بِشَرَطٍ أن يشتري الثاني، لأنه يكون بيعا فاسدا للشرط.... في صفقة واحدة⁽⁸⁾ فيكون في ذلك كجمع الرَّجُلَيْنِ سلعتهما في عقد واحد، وينبغي أن لا يجوز ذلك، لأنَّه يكون ما يقابل كل واحد منهما من الثَّمَنِ حالة البَيْعِ مجهولا (لا... وأجاز ذلك ابن القاسم... وإن كان فيه... لأنه... نهى التفرقة بينهما وقد..... ويملكانه وإن كان مجهولا)⁽⁹⁾ في حال العقد؛ فهو معلوم في ثاني حال،

(1) أخرجه الترمذي: 572/3 حديث رقم 1283 من حديث أبي أيوب مرفوعا، وقال الترمذي: حديث حسن غريب. وأبو داود: 63/3 حديث رقم 2696 نحوه من حديث علي مرفوعا، وفيه انقطاع كما قال أبو داود. والدارمي: 1611/3 حديث رقم 2522 من حديث أبي أيوب مرفوعا. وابن ماجه: 756/2 حديث رقم 2250 نحوه من حديث أبي موسى. وحديث ابن ماجه إسناده ضعيف، وله شاهد من حديث علي أخرجه الترمذي، وقد ذكرته أنفا. ينظر مصباح الزجاجة: 32/3.

(2) في (و) تُؤْلَهُ: يُفَرَّقُ. ينظر لسان العرب مادة: وَلَى.

(3) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى: 8/8 حديث رقم 15767 من حديث أبي بكر رضي الله عنه مرفوعا بلفظ ((لَا تُؤْلَهُ وَالِدَةٌ عَنْ وَلَدِهَا)). وقال ابن حجر: أخرجه البيهقي بسند ضعيف، وأخرجه غيره بطرق فيها ضعف ونظر. ينظر التلخيص الحبير: 41/3 حديث رقم 1168.

(4) في (و) في إشفاق.

(5) كذا وردت في النسختين. ولعلها (لها، لا للأب) لأن الحديث ورد في الأم ولم يرد في الأب، حيث ورد في المعونة ما يدل على ذلك. ينظر المعونة: 87/2.

(6) سقطت من (غ).

(7) ((فبيعه باطل وإن أجاب المشتري إلى الجمع بينهما)). التفريع: 180/2.

(8) ما بين القوسين سقط من (و) وموضع النقاط في (غ) غير مقروء.

(9) ما بين القوسين سقط من (و) وموضع النقط كلام غير مقروء من (غ).

ولذلك أجازته غيره.

وإن لم يُجيبا إلى الجمع مطلقا؛ بطل البيع حينئذ.

[النهي عن التفرقة بين الأم وولدها مؤقت:]

واختلف في حدِّ التفرقة، فقيل الاتِّغار بالثَّاء وهو أن يُلقَى أسنانه، والاتِّغار⁽¹⁾ بالثَّاء هو أن تنبت أسنانه بعد سقوطها، ووجه هذا أنه في هذا الحدِّ يمكن أن يستغني عن أمه دون مشقة تلحقه، وقيل: إذا بلغ حد الضرب على الصلاة وهو عشر سنين، لأنه يكون مُمَيَّزا، وقيل: البلوغ، لأنه حينئذ يَعْرِف ما يضره وما ينفعه، وقيل: لا يُفَرَّق بينهما أبدا، لأنه لا ضَرَر في ذلك، وهو ظاهر الحديث.

[التفريق بين الأمة وصغير ادَّعت أنه ولدها]

قوله: (وَلَا يُفَرَّقُ بَيْنَ الْأَمَةِ الْمُسَيِّةِ وَوَلَدِهَا)⁽²⁾ يعنى إذا سُيِّتَ امرأةٌ ومعها صغير، وإن لم يُعْلَم أنها أمه، لكن الظاهر أنه ولدها فيقبل قولها في ذلك، ولا يُفَرَّق بينهما على الأقوال الأربعة⁽³⁾، ولا يثبت له بذلك نسبٌ منها ولا إِرْثٌ إلا ببيّنة من المسلمين.

(1) في (غ) الاتغار، وفي اللغة جاء الاتغار بمعنى النبات والسقوط. ينظر لسان العرب مادة: ثغر.

(2) التفريع: 180/2.

(3) سألفة الذكر في فقرة [النهي عن التفرقة بين الأم وولدها مؤقت].

[البيع الفاسد وما يترتب عليه]

[الخلاف في حقيقة البيع الفاسد]:

قوله: (وَمَنْ اشْتَرَى شَيْئًا بَيْعًا فَاسِدًا)⁽¹⁾ أبو حنيفة يُفَرِّق بين الفاسد والباطل، فما فسد بأصله باطلٌ، وما فسد بوصفٍ لا بأصله فاسدٌ⁽²⁾، وهما سواءٌ عند الشافعي ومالك، إلا أن تَفْرِيع المالكية يدلّ على أنهم يعتبرون تفصيل أبي حنيفة، لأنهم يُصَحِّحون بعض البيوع إذا وقعت مع منعها في الابتداء، ويبطلون بعضها.

وأما الشافعية فلا فرق عندهم⁽³⁾، فالبيع الفاسد عند الشافعي لا ينقل الملك البتّة، ولا يفوت ببيع ولا عتق ولا حوالة سوق، بل هو في كلّ ذلك على ملك بائعه، إلا أن يتعذّر بموت أو إباقٍ⁽⁴⁾ ونحوه، فيضمنه بالقيمة يوم قبضه⁽⁵⁾، لأنّه مُنْعَد على حقّ الله تعالى بقبضه، والتّعديّ تارة يكون على حقّ الأدمي كالغصب، وتارة على حقّ الله عزّ وجلّ.

[أنواع البيع الفاسد]:

والبيع ضَرْبَان: مكروه، وحرام.

فأما المكروه فلا يجوز ابتداء، فإذا وقع؛ فقليل: يمضي بالثمن ولا يُفسَخ، والمذهب أنه يُفسَخ ما لم يُفْت، فإذا فات مَضَى، قيل بالثمن وهو المذهب، وقيل بالقيمة.

وأما الحرام فضرَبَان:

مُجْمَع على تحريمه، كبيع أمّ الولد.

ومُخْتَلَف فيه، كبيع المُدَبَّر.

[الاختلاف في نقل الملك بالبيع الفاسد]:

والمذهب أن البيع الفاسد لا ينقل الملك، بل شبهة الملك، فلا يجوز للمشتري التصرّف، إلا أنه إن تصرّف ببيع أو عتق مضى تصرّفه، لأنّ البائع سلّطه على ذلك، ولكن يضمن القيمة، وإن وطئ فلا حدّ، لأنّه لمّا كان له شبهة التسلّيط أقمناها مقام الملك؛ فصَحَّ العتق، لأنّه لا يرد إلا على الملك، وسواء في ذلك المُجْمَع على تحريمه

(1) (فُسخ بيعه ورُدَّ المبيع على بائعه). المصدر السابق.

(2) ينظر المبسوط: 23/13، 24.

(3) في أصل نسخة (و) بينهم، وأثبتت ما في هامشها وما في (غ).

(4) الإباق: الهرب والفرار، أو هرب المملوك من مالكه. ينظر طلبية الطلبة: 169.

(5) ينظر مختصر المزني: 185/8.

والمُخْتَلَف فيه.

وقال أَشْهَب: إِنْ قُبِضَ الثَّمَنُ أَوْ الْبَيْعُ⁽¹⁾ نَقَلَ الْمَلِكُ، وَيُلْزَمُهُ عَلَى هَذَا، أَنْ لَا⁽²⁾ يردّه إذا لم يفت، وخالف سَحْنُونُ فِي الْمُجْمَعِ عَلَى تَحْرِيمِهِ، فَقَالَ: هُوَ فِي ضَمَانِ الْمُشْتَرِي كضمان الرّهان⁽³⁾، وَلَا يَخْرُجُ عَنْ مَلِكٍ بَائِعِهِ وَلَا عَنْ ضَمَانِهِ، وَلَا يَفُوتُ بَعْتُهُ وَلَا بَيْعٌ وَلَا حَوَالَةٌ سَوْقٍ، بَلْ يُرَدُّ عَلَى بَائِعِهِ إِلَّا أَنْ يَمُوتَ أَوْ يَتْلَفَ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ فَمِنْ بَائِعِهِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ؛ فَإِنْ قَامَتِ بَيِّنَةٌ لَمْ يَضْمَنْ⁽⁴⁾، وَإِلَّا⁽⁵⁾ ضَمَنَ كَالرَّهْنِ، وَيَنْبَغِي عَلَى هَذَا أَنْ يَكُونَ خَرَأْجُهُ لِلْبَائِعِ.

[الدليل على رد المثل أو القيمة في البيع الفاسد إذا فات المبيع]:

قوله: (وَجَبَ عَلَيْهِ رَدُّ مِثْلِهِ)⁽⁶⁾ ذوات الأمثال هي المكيل والموزون، والأصل في ذلك قوله - ﷺ -: ((طَعَامٌ بِطَعَامٍ))⁽⁷⁾، وقوله - ﷺ -: ((مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ))⁽⁸⁾ له في عبد قَوْمٍ عَلَيْهِ))⁽⁹⁾ ففقسنا على الأول ما في معناه مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ، وعلى الثاني ما في معناه مِمَّا لَا يُكَالُ وَلَا يُوزَنُ، وَالْمَعْدُودُ مِنَ الْأَوَّلِ، وَإِنَّمَا اعْتَبِرَ الْمِثْلُ فِيمَا لَهُ مِثْلٌ، لِأَنَّ الْأَصْلَ كَانَ رَجُوعَ الذَّاتِ بَعِينِهَا، فَلَمَّا تَعَذَّرَ ذَلِكَ رُجِعَ إِلَى (مَا هُوَ أَقْرَبُ إِلَيْهِمَا وَهُوَ الْمِثْلُ، لِقَوْلِ اللَّهِ - تَعَالَى -: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾⁽¹⁰⁾ فَاَلْمِثْلُ..... فإذا تعذر رجوع إلى⁽¹¹⁾ القيمة، لِأَنَّهُ قَدْ يُتَوَصَّلُ بِهَا إِلَى الْمِثْلِ، وَلَمْ يَعتَبَرِ الثَّمَنُ الْأَوَّلُ لِتَبْطُلَ ثَمَرَةُ الْبَيْعِ الْفَاسِدِ، فَلَوْ اعْتَبِرَ ذَلِكَ الثَّمَنُ كَانَ تَصْحِيحًا لثَمَرَتِهِ، وَلَمْ يَكُنْ بَيْنَ الْبَيْعِ الصَّحِيحِ وَالْفَاسِدِ فَرْقٌ، وَتَكُونُ الْقِيَمَةُ يَوْمَ الْقَبْضِ، لِأَنَّهُ يَوْمَ التَّعْدِي شَرْعًا، لَا يَوْمَ الْبَيْعِ وَلَا يَوْمَ الْفُوتِ.

(1) كذا وردت في (و) وطمس في (غ). ولفظ (المبيع) أقرب للمعنى وأوضح.

(2) في (و) لأن.

(3) المقصود عند سحنون أن الضمان في البيع الفاسد على البائع، وأن المشتري لا يضمن فيه إلا كما يضمن في الرّهان، حيث يضمن فيه ما يُغَابُ عَلَيْهِ، ولم تقم بيينة على هلاكه. ينظر الخرشي على مختصر خليل: 85/5.

(4) فإن قامت بيينة على عدم هلاك ما يُغَابُ عَلَيْهِ عند المشتري؛ لم يضمن البائع.

(5) بأن لم تقم بيينة على عدم هلاك ما يُغَابُ عَلَيْهِ عند المشتري؛ ضمن البائع.

(6) وذلك إن ((فات في يد المشتري)). التفريع: 180/2.

(7) الحديث: أهدت بعض أزواج النبي - ﷺ - إلى النبي - ﷺ - طعاما في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبي - ﷺ -: ((طَعَامٌ بِطَعَامٍ، وَإِنَاءٌ بِإِنَاءٍ)) أخرجه الترمذي: 632/3 حديث رقم 1359 من حديث أنس مرفوعا. وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

(8) الشُّرْكُ: الْحِصَّةُ وَالنَّصِيبُ، وَتَأْتِي بِمَعْنَى الشَّرْكَاءِ. ينظر طُوبَةُ الطُّلُبَةِ: 179، ولسان العرب مادة: شرك.

(9) أخرجه مسلم: 1139/2 حديث رقم 1501 من حديث ابن عمر مرفوعا.

(10) البقرة: 194.

(11) ما بين القوسين سقط من (و) وموضع النقاط كلام مبهم لم تتبين حروفه من النسخة (غ).

[من مَفَوِّتات المبيع الفاسد حوالة الأسواق]:

قوله: (وَحَوَالَةُ الْأَسْوَاقِ)⁽¹⁾ يعني أن تزيد قيمته وتنقص، وإنما كان ذلك فَوْتًا، لأنَّ الثمن من منافع المبيع ومن جُمْلَةٍ ما يُرَاد له، فلو رَدَّه نَاقِصَ الثَّمَنِ لم يَرُدَّه كامل المنافع (كما قبضه - وقد يكون للتجارة، فيمكن أن لا يرجع إلى القيمة الأولى، وأن يتغير قبلُ بتغير تلك السوق)⁽²⁾ - فيذهب مقصود البائع، وكذلك إذا زاد ثمنه يكون الحق للمشتري بالعكس.

[حوالة السوق في الدور والأراضي]:

ولا خلاف فيما يتغيّر، وأمّا الدور والأرضون فقولان:

- المذهب أنَّ حوالة الأسواق لا تكون فيها فَوْتًا، لأنَّ الغالب أنها لا تُشْتَرى للتجارة بل لِلْقَنِيَّةِ، ولذلك اِخْتَصَّتْ بِالشُّفْعَةِ دون العُروض والحيوان، لأنَّ ضرر الشَّرْكَة فيها دائمٌ لا ينفك، وما عداها لا يبقى ضررُ الشَّرْكَة فيه، لأنَّه مُعَرَّضٌ لأنَّ ينتقل عن المُلْك، وجرى مجرى الأرض شَجَرُها، فجازت الشُّفْعَةُ فيه حَمَلًا على أصله، ثُمَّ حُمِلَ عليه ثَمَرُهُ في الشُّفْعَةِ، فهو فَرْعُ الفرع.

- وقيل: إنَّ حوالة السوق فيها فَوْتٌ - أيضًا - كسائر المبيعات.

[أثر حوالة السوق في البيع الفاسد والبيع الصحيح]:

واعترض الشافعية على جعل حوالة السوق فَوْتًا، لأنَّ العَيْنَ باقيةً، قالوا وقد قلتم في الرَّدِّ بالعيب: إنها ليست فَوْتًا، قلنا الفرق: إنها في البيع الفاسد اجتماعاً⁽³⁾ على تعاطي المُحَرَّم، فوجب أن يُسَوَّى بينهما، فيفوت المبيع بنقص القيمة نظراً إلى حَقِّ البائع، وبالإضافة نظراً إلى حَقِّ المُشْتَرِي، بخلاف البيع الصَّحِيح، فإنه إذا وَجَدَ المُشْتَرِي به عيباً بعد أن حالت سوقُهُ، فلا يَمْنَعُهُ ذلك من رَدِّه، لأنَّه مُمَكِّنٌ أن يكون البائعُ أَطْلَعَ على العيب فَعُوْمَلُ بِنَقِيضِ مقصوده، ولم يكن ذلك فَوْتًا.

[أثر حوالة السوق على ردِّ المثل وتغير القيمة]:

واخْتَلَفَ في ذوات المِثْلِ إذا حالت السُّوقُ، هل يَرُدُّ المِثْلُ وإنْ نقصت القيمة، أو يَرُدُّ القيمة، لأنَّ للبائع أن يقول: أخذت مني مثلاً إِرْدَبًا من طعام يُساوي عشرة، ورددته يساوي خمسة، وكذلك العكس؟.

وأما إذا لم تحل سوقُهُ لا بزيادة ولا نقص فيردِّ مثله، وإذا فات المبيع في البيع

(1) ((والفَوْتُ: العتق... وحوالة الأسواق)). التفریع: 180/2.

(2) ما بين القوسين سقط من (و).

(3) في (و) أجمعنا.

الفاقد بالبيع وجب ردُّ القيمة، فإن دفعها فلا كلام، وإن لم يدفعها للبائع حتَّى رجع إليه المبيعُ بشراء، أو هبة أو ميراث ونحو ذلك؛ فهل يردُّه أو قيمته؟ قال ابن القاسم: إنَّه يردُّه، لأنَّ تعذرَّ الردِّ قد زال، والمَلِكُ الأوَّل هو الثَّاني، ومذهب أَشْهَب أنَّه لا يردُّه، لأنَّه قد وجب ردُّ قيمته، فلا يُنْقَل عن واجب إلى غيره.

وأما إذا حالت السُّوق فنقص ثمنه أو زاد فوجبَت القيمة، ثم رجع يساوي قيمته الأولى، فقال ابن القاسم: لا يردُّ إلا قيمته كقول أَشْهَب في الموضعين⁽¹⁾، والفرق على المذهب أنَّه أوَّلاً⁽²⁾ رجع إلى حاله بعينها، وفي الثَّانية أنه رجع إلى مثل القيمة الأولى، وهذا مُشْكِل، لأنَّه - أيضاً - في الأوَّل قد اختلف المَلِك بدليل اختلاف العُهدَة فيه.

[استحباب فسخ البيع المكروه]:

قوله: (اسْتَحَبَّيْنَا لَهُ فُسْخَهُ)⁽³⁾ هذا مثْلُ بيع الزَّرْع بعد بُدُو صلاحه على أن يأخذه يابساً، أو الثَّمَر بعد بُدُو صلاحه على أن يأخذه يابساً.

(1) في هذه المسألة والتي تقدّمت قبلها؛ إذا رجع إليه المبيع بهبة أو ميراث، فلا يجب فيه إلّا القيمة عند أَشْهَب.

(2) لأنَّه تمكّن من ردِّ المبيع بعينه، وقد زال العذر في المسألة المتقدّمة.

(3) ((ومن ابتاع بيعاً مكروهاً استحَبَّيْنَا لَهُ فُسْخَهُ قَبْلَ فَوْتِهِ)). المصدر السابق: 181/2.

[بيع المزايدة والمساومة والمراوحة]

[بيع المزايدة]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ بِالْبَيْعِ مُسَاوَمَةً وَمُرَابَحَةً)⁽¹⁾ وله قسم ثالث وهو بيع المزايدة، وذهب بعض المُحدِّثين إلى منعه، نظرا إلى عموم التَّهْي عن البيع على بيع الغير، كالخُطْبَة على خُطْبَة الغير، وهذا ليس بشيء، لأنه عندنا محمول على الرُّكُون، وإلَّا كان ضررًا على النَّاس، فإذا نادى على السِّلعة فَمَنْ دفع له فيها شيئاً لَزَمَهُ ذلك، وكان البائع مُخَيَّرًا، لأنَّه لم يُمَضَّ البيع، لأنَّه يرجو الزَّيادة، ولا يلزم البيع عند الشَّافعي إلَّا بالإيجاب والقبول، ولا إيجاب هنا، فإن زاد غيره على ذلك انتقل اللزوم إليه، فإن لم يزد عليه شيء أخذ البائع بذلك إن شاء، وهذا المذهب.

[بيع المساومة]:

والمُساوَمَة: أن يقول: هي بكذا، فيذكر رأس المال والربح جُمْلَةً.

[بيع المراوحة]:

والمُراوَحَة: أن يذكر رأس المال على جِدَة وربحه على حدة، وهي ضربان: أحدهما: أن يُضِيف إلى الثَّمَن ما لَزَمَهُ مِمَّا له عَيْنٌ في المَبِيع، فيحسبه من رأس المال - وإن لم يعلم المشتري - في الثَّمَن، أو ما ليس له شيء من ذلك⁽²⁾، ويذكر ربحا له أو لا يذكر، فهذا كله لازم⁽³⁾ للبائع إذا بيَّنه. والثَّاني: أن يُطْلَق، وهو الذي قَصَدَ المؤلِّف، ففي هذا القسم يُنْظَر إلى ما ناب المشتري عليه، فإن كان مِمَّا له أثرٌ في عَيْنِ السِّلعة كالصَّبغ والطَّرز والخياطة، فهذا يَضُمُّ ما لَزَمَهُ فيه إلى الثَّمَن، ويربح فيه على حسب ما شرط، لأنَّ ذلك صار جُزْءًا من المبيع.

[ما يَضُمُّ من تكلفة المبيع إلى الثمن وما لا يَضُمُّ]:

وإن لم يكن له أثرٌ في عينها، فإمَّا أن يزيد في ثمنها أو لا: فالأول: كالكِراء عليه من بلد إلى بلد، لأنَّ الغالب أنَّ ذلك يزيد في الثَّمَن، فهو بمنزلة ما له تأثيرٌ في زيادة، فهذا يَضُمُّ إلى الثَّمَن ولا ربح له.

(1) المصدر السابق.
(2) أي ليس له عين في المبيع.
(3) أي من حقه، ويلزم المشتري إذا بين له ذلك.

والثاني: لا يُضَمُّ إلى الثَّمَنِ البَتَّةُ⁽¹⁾، ككَرَاءِ الْبَيْتِ والدَّكَانِ، لأنَّ ذلك إنَّما أنْفَقَه فيما يحفظه عليه، لا⁽²⁾ فيما يُوَثَّرُ في عينه ولا يزيد في ثمنه فهو أَجْنَبِيٌّ من المبيع، كأجرة الطِّيِّ والنَّشْرِ، لأنَّه وإن حَسَّنَ الثَّوبَ فلا يزيد في ثمنه غالباً ولا في عينه، وهو مُحْتَاجٌ⁽³⁾ إليه ويقوم به كلُّ أحد، وليس صَنْعَةً، وكذلك نَفَقَتُهُ على الدَّابَّةِ والعَبْدِ، لأنَّه أنْفَقَه فيما يُنْقِيهِ على مِلْكِهِ ويحفظه له، وكذلك أَجْرَةُ السَّمْسَرَةِ، وهو الذي يَدُلُّه على السِّلَعِ والذي يشتريها له وهي الجَلَّاسَةُ⁽⁴⁾، لأنَّه كان ينبغي أن يَتَوَصَّلَ إلى ذلك بنفسه، فإنَّما أنْفَقَ ذلك في أَجْنَبِيٍّ من السلعة، بخلاف الدَّلَالَةِ⁽⁵⁾ وهي ما يعطيه لمن ينادي على السلعة، فهذا من جُمْلَةِ الثَّمَنِ يُؤْخَذُ.

قوله: (وَلَا يُحْسَبُ لَهُ رِبْحٌ)⁽⁶⁾، لأنَّه وإن التَّحَقَّ بما له تأثيرٌ في الذَّاتِ؛ فإنَّما ذلك حُكْمًا لا حِسًّا، فما له تأثير كسلعة أخرى، وهذا ليس كذلك، فلا يجوز له أن يُضَيِّفَهُ إلى رأس المال ويُعَرِّفَ المشتري (أنَّه الثَّمَنُ)⁽⁷⁾، لئلا يظنَّ أنه اشترى بكل ذلك، ولو علم بأنَّ بعضَ ثمنها من كِرَاءٍ عليها لَزَهْدٍ فيها.

[السِّلَعَةُ فِي الْمَرَابَحَةِ يَتَبَيَّنُ أَنَّ ثَمَنَهَا أَقَلُّ أَوْ أَكْثَرُ مِمَّا ذُكِرَ]:

قوله: (وَمَنْ بَاعَ سِلَعَةً مُرَابَحَةً)⁽⁸⁾ لها صورتان كما قال، مثالُ الأولى أن يبيعه إياها بمائة، ويشترط لكل عشرة درهما، ثم يقول: بل اشتريتها بثمانين ولا أرضى بالربح الأوَّل، بل أربح لكل عشرة درهمين، فيُقْبَلُ قوله، لأنَّه رجع من كثير إلى قليل، وكان للمشتري أن يقول: أنا لم أُرْبِحْكَ في كلِّ عشرة درهما إلَّا لما توهَّمت أنَّها كثيرة الثمن، وأمَّا إذا كانت قليلة الثمن فلا أرضى بذلك الربح الأوَّل، فيجوز تراضيهما على ما يَرَيَانِ، ويكون بيعا ثانيا، ويُفْسَخُ الأوَّلُ لاختلافهما.

فإن تلف المبيع في يد المشتري قبل ذلك، لزمته القيمة إذا كانت بين الثمن الأوَّل وربحه، والثمن الثاني وربحه، لا تنقص من الثاني ولا تزيد على الأوَّل، لأنه إن كانت القيمة أكثر من الأوَّل؛ قيل للبائع: قد رضيت أوَّلاً بهذا الثمن فلا تُرَادُّ عليه، وإن كانت

(1) في (غ) كذلك.

(2) في (و) إلَّا.

(3) في (غ) غير محتاج. فهو محتاج إليه في تحسين الثوب مثلاً؛ وإن لم يكن ضرورياً، ككَرَاءِ الدَّكَانِ والبيت أو فيما يحفظ فيه المبيع.

(4) كذا وردت في (و) وفي (غ) مطموسة. وقد تكون (الجلابة) من الذين يجلبون السلع والله أعلم.

(5) الدَّلَالَةُ: جُرْفَةُ الدَّلَالِ وهو الذي يجمع بين البَّيْعَيْنِ. ينظر لسان العرب، مادة: دَلَل.

(6) من ذلك ((نَقْلُ الْمَتَاعِ مِنْ بَلَدٍ إِلَى بَلَدٍ، وَلَا يُحْسَبُ لَهُ رِبْحًا إِلَّا أَنْ يُبَيَّنَ ذَلِكَ لِلْمُشْتَرِي)). التفرع: 181/2.

(7) ما بين القوسين سقط من (غ).

(8) ((ثم أخبر أن ثمنها أقل مما ذكره أوَّلاً)) المصدر السابق.

دون الثاني قيل للمشتري: قد رضى عنها أولاً بأكثر، فلا يكون لكل واحد منهما مقال.
ومثال الثانية⁽¹⁾: أن يبيعها بثمانين، وربح كل عشرة درهم، ثم يقول: بل اشتريتها بمائة، وأربح لكل عشرة كذا، فلا يقبل قوله هنا إلا ببينة، لأنه يئتم أنه قصد⁽²⁾ حال البيع، بخلاف الوجه الأول، فإن قامت له بينة وتراضيا على كل شيء كان بيعاً آخر.
فإن تلفت - أيضاً - قبل التراضي كان على المشتري القيمة؛ على أنها فيها بين الثمنين على ما تقدم، لا ينقص عن الأول ولا يزيد على الثاني، بعكس الأول.
ويرد على هذه الثانية إشكال، وذلك أنه لما باعها منه أولاً غالطاً بأقل، فقد سلطه على إتلافها، فكان ينبغي أن لا تلزمه زيادة، كما إذا باع منه ثوباً صحيحاً، ثم استحق الثوب بعد أن قطعه، (وأعطاه إياه)⁽³⁾ بدلاً عن ثوب كان له فلا شيء عليه في القطع، لأنه سلطه على ذلك، وكذلك لو وكله على شراء جارية بمائة فاشتراها بمائتين، ووجهها له فتلفت عنده، فلا يلزمه إلا المائة، وكذلك إذا طلق زوجة ببلد آخر ولم يصلها الطلاق، فأنفقت من ماله فلا يرجع عليها، لأنه سلطها بتفريطه.
وفي المذهب - أيضاً - ما يشبه ذلك، قالوا: تزوج رجلان امرأتين، فأدخلت على كل واحد امرأة الثاني غلطاً ودخلا بهما⁽⁴⁾، فعلى المذهب يلزم كل واحد ما سمي⁽⁵⁾ للتي دخل بها في صداقها، لأنها على ذلك دخلت، وإن كانت سلطته على ذلك غلطاً، وهو كالعمد⁽⁶⁾ سواء، وقيل: مهر المثل، وقيل: رُبْع دينار لئلا يخلو البضع⁽⁷⁾ عن شيء.

-
- (1) في (و) الثمانية.
 - (2) أي قصده وتعمده وقت عقد البيع.
 - (3) سقط من (غ).
 - (4) في (و) بها.
 - (5) ذكر ابن رشد ((في الأختين يتزوجهما أخوان، فتدخل امرأة كل واحد منهما على صاحبه؛ أنه ترد امرأة كل واحد منهما إليه، فيكون على كل واحد منهما صداقان: صداق لزوجته، وصداق للتي دخل بها؛ وهو يرى أنها زوجته)). البيان والتحصيل: 53/5.
 - (6) في (و) كالعهد. والمراد به أن الخطأ والعمد في أموال الناس سواء.
 - (7) البضع: الفرج أو الجماع. ينظر طلبة الطلبة: 80.

كتاب الإجارة

[بيع المنافع ضربان، جائز وممنوع]:

سُمِّيَ بيعُ المنافع إجارةً للفرق بين بيع الذوات وبيع المنافع، وهي على ضربين: جائزة، وممنوعة.

فالجائزة في كلِّ ما يصحَّ الانتفاع به مع بقاء عينه، فلا يكون في ضمان المستأجر.

والممنوعة فيما لا يصحَّ الانتفاع به إلا بذهاب عينه، وهي الدنانير والدراهم، فلو أنفقها صارت في ذمته مضمونة، بخلاف الإجارة، فلزمه ردُّ مثلها وزيادة الأجرة، فتؤول إيجارُها إلى سلفٍ جرَّ نفعاً، فلذلك قال: ((وإيجارُها قرضُها))⁽¹⁾، أي إذا وقع ذلك لزمه ردُّ المثل على أنَّه قرضٌ، وسقطت الأجرة لئلا يكون إتماماً للفساد، قال: وإنما يصحَّ فيها القرض⁽²⁾، أي السلف.

[الإجارة في القراض والمساقاة استثناء من الإجارة المجهولة]:

وفي بعض النسخ القراض⁽³⁾، لأنَّه ليس إجارةً للعين، وإنما هو إجارةٌ للعامل على العمل في المال، لأنَّه باع منافعه وخدمته في المال بجزء من الربح، إلا أنَّ في ذلك جهلاً بالأجرة، لأنَّه لا يعلم هل يكون فيه ربحٌ أو لا؟ وإذا حصل لا يعلم قدره، فكان ينبغي أن لا يجوز، لكنه استثنى من الإجارة المجهولة، وكذلك المساقاة إجارة العامل⁽⁴⁾ بجزء من الثمن مجهول.

[إجارة الصيرفيِّ الدنانير والدراهم]:

واختلف في إجارة الصيرفيِّ دنانير أو دراهم ليتجمل⁽⁵⁾ بها، ويرغب الناس في معاملته على أن لا يتصرف فيها، بل يجلس معه صاحبها⁽⁶⁾ تلك المدة يمنعه من التصرف فيها، فقيل: لا يجوز لما فيه من الغرور بالناس يظن أن ذلك المال له، وقيل: يجوز، لأنَّ المحذور الذي في إجارة العين قد زال، وعلى من عامله أن يتحرز منه

(1) التفریع: 183/2.

(2) ينظر المصدر السابق.

(3) ينظر المصدر السابق.

(4) في (غ) العالم.

(5) أي يتحسن ويتزین بها ويتظاهر بأنها له.

(6) في (و) صاحب.

بأن يسأل عنه.

[حكم الإجارة]:

والإجماع على جواز الإجارة، لاحتياج كلِّ النَّاس إليها وعَمَلِ السَّلَف لها قديما وحديثا، إلا جعلاً⁽¹⁾ فإنه منعها، لما فيها من بَيْع الْمَعْدُوم.

[الإجارة بالمُشَاهرة والمدة المعلومة]:

قوله: (وَإِنْ لَمْ يُقَدَّرْ لِلْإِجَارَةِ مُدَّةٌ مَعْلُومَةٌ)⁽²⁾ خلافا للشَّافعي، لا يجوز عنده إلا لمُدَّة معلومة الأوَّل والآخر، لئلا يكثر الجهل مع الْعَدَم إذا قال: أكرىها منك مُشَاهرة أو مِياومة أو مُسَاناة بكذا لكل شهر أو يوم أو سنة، وهو مجهول من الطرفين، وهذا ليس عندنا عقدا لازما، وإنما منعناه إن سَكِنَتْ أو اسْتُعْمِلَتْ فبحساب كذا لكل شهر، فذلك على الجواز ولكل واحد الخيار في الإمضاء أو الفسخ.

قوله: (فَلَهُ أَنْ يَخْرُجَ مَتَى شَاءَ)⁽³⁾ (لأنَّ قوله مشاهرة أو كل شهر بكذا، فإنما ذكرا حساب الكراء حسب الوقتين..... من يوم أو شهر أو عام، لزمه ذلك مِياومة ، ولئلا يدفع له شيئا... لأن... له أن يخرج متى شاء)⁽⁴⁾ ويُخْرِجُهُ متى شاء، وقال عَبْدُ الْمَلِكِ⁽⁵⁾: يلزمه كراء واحد⁽⁶⁾ بما يذكر، كالشَّهْر في المُشَاهرة واليوم في المِياومة⁽⁷⁾، ولو قال: سنة أو شهرا ولم يَحُدَّ أَوْلَهُمَا جاز عندنا، ولم يجز عند المخالف حتَّى يَحُدَّ أَوْلَهُمَا، لأنَّ سَنَةً نَكْرَةً، فلا تختصُّ بوقت دون وقت، وهو لا يقول بِالْعُرْفِ إلا في التَّقْد، ووجه قولنا إنه يُحْمَل على الابتداء من الآن قياسا على البيع، فكما أنَّه في البيع لا يحتاج أن يقول: من الآن، فكذلك في الإجارة، ولا فرق بين بيع المنافع والأعيان.

[الاستتجار بالمدة المعلومة مُلْزِم لكرائها]:

قوله: (سَكَنَ أَوْ لَمْ يَسْكُنْ)⁽⁸⁾ لأنَّه قد مكَّنه من الاستيفاء، وليس عليه أكثر من ذلك.

(1) كذا وردت، وقد يكون تصحيحا عن عَلِيٍّ ما، غير أن من أنكر الإجارة ومنعها هما الأصمُّ وابن عُليَّة. ينظر بداية المجتهد: 5/4.

(2) ((ولا بأس بإجارة الدَّور... مشاهرة)). التفريع: 183/2.

(3) ((ومن استأجر مشاهرة فله أن يخرج متى شاء)). المصدر السابق.

(4) ما بين القوسين سقط من النسخة (و) وفي بعضه طمس من النسخة (غ).

(5) عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله الماجشون، فقيه ابن فقيه، كان عالما فصيحا، دارت عليه الفتوى في زمانه بعد أبيه، روى عن مالك، كان ضريير البصر، توفي سنة 212 هـ. ينظر الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء: 57/1، والديباج: 6/2.

(6) شهر أو يوم أو سنة بما ذكر والتزم به.

(7) ينظر التفريع: 184/2، والبيان والتحصيل: 44/9.

(8) وذلك ((إن استأجر مدة معلومة لزمه كراء المدة كلها)). التفريع: 184/2.

[تقديم الأجرة في الإجارة]:

قوله: (وَلَا تَلْزِمُهُ الْأَجْرَةُ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ)⁽¹⁾ خلافا للشافعي يحيلها على البيع⁽²⁾، والفرق أنه في بيع العين يمكنه دفعها حينئذ، ولا يتأتى ذلك في المنافع.

قوله: (إِلَّا أَنْ تَكُونَ لَهُمْ سُنَّةً)⁽³⁾، يعني عُرْفاً جارياً، لَأَنَّ ((الْعُرْفَ كَالشَّرْطِ)) ، وإن لم يكن عُرْفٌ، فَفِي الدَّارِ وَالْعَبْدُ يَدْفَعُ كِرَاءَ كُلِّ يَوْمٍ أَوْ شَهْرٍ إِذَا اسْتَوْفَاهُ، وَلَا يَلْزِمُهُ فِي الْأَرْضِ كِرَاؤُهَا إِلَّا إِذَا انْتَفَعَ بِهَا⁽⁴⁾، وذلك بِالْأَزْدِرَاعِ⁽⁵⁾ واستغلال الزرع.

[تعذر الاستيفاء بغصب ونحوه مُسْقِطٌ للأجرة]:

قوله: (لَمْ يَلْزِمُهُ أَجْرُهَا)⁽⁶⁾ لَأَنَّ الْمَنَافِعَ الَّتِي بَدَلَ فِي مَقَابِلَتِهَا الْأَجْرَةَ قَدْ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاؤُهَا، فَلَمْ تَجِبِ الْأَجْرَةُ.

[الأجرة على أرض غرقت ولم ينبت زرعها]:

قوله: (فَغَرَقَتْ)⁽⁷⁾ يعني يدوم⁽⁸⁾ عليها الماء حتى يخرج إِبَّانَ الزَّرْعِ، وَأَمَّا إِنْ زَالَ فِي إِبَّانِهَا فَالْكِرَاءُ لَازِمٌ، زَرَعَ أَوْ لَمْ يَزَرَ.

قوله: (وَلَمْ يَنْبُتْ زَرْعُهَا)⁽⁹⁾ لا يسقط الكراء بذلك، لِأَنَّهَا مُصِيبَةٌ نَزَلَتْ بِهِ مِنْ غَيْرِ سَبَبِ الشَّرْبِ، وَكَذَلِكَ إِذَا سُرِقَ الزَّرْعُ بِأَنْ يَحْصِدَهُ لِصٌّ، أَوْ تَأْكُلَهُ الطَّيْرُ. وَرَوَى⁽¹⁰⁾ فَشَرَّقَ زَرْعُهُ أَيْ فَسَدَ بِالماء.

قوله: (مِنْ غَيْرِ جِهَةِ الشَّرَابِ)⁽¹¹⁾ أَيْ أَنَّ الشَّرْبَ الَّذِي دَخَلَ عَلَيْهِ؛ فَإِذَا تَعَذَّرَ، وَلَمْ يُمْكِنْ سَتِيفَاءُ الْمَنَافِعِ، فَسَقَطَ الْكِرَاءُ.

[تقديم الأجرة وتأخيرها في شيء مُعَيَّنٍ أو مضمون]:

قوله: (وَمَنْ اسْتَأْجَرَ شَيْئًا بِعَيْنِهِ بِنَفْدٍ أَوْ نَسِيئَةٍ)⁽¹²⁾ جاز لَأَنَّ إِذَا كَانَ أَحَدُ الطَّرَفَيْنِ مَعْلُومًا مَقْبُوضًا، أَوْ فِي حُكْمِ الْمَقْبُوضِ لَكُونِهِ مَنَفَعَةٌ مُعَيَّنَةٌ ، ((وَقَبْضُ الْأَوَائِلِ كَقَبْضِ

- (1) المصدر السابق.
- (2) عند الشافعي بمجرد قبض ما اكْتُرِيَ. ينظر الأم: 20/4، 30.
- (3) هذا استثناء من قوله: ((ولا تلزمه الأجرة... بمجرد العقد)). التفريع: 184/2.
- (4) حيث منعه مانع من الانتفاع بها، وإلا يلزمه كما سيأتي بعد قليل في الأرض الغرقة بالماء.
- (5) الأزديراع: من ازدراع أي احتُرث. ينظر لسان العرب مادة: زرع.
- (6) ((ومن استأجر داراً فانهدمت...)). التفريع: 184/2.
- (7) ((ومن استأجر أرضاً فغرقت سقط عنها كراؤها)). المصدر السابق.
- (8) في (و) يرم.
- (9) ((فإن زرعها وأمكنه شربها... لم تسقط عنه أجرتها)). المصدر السابق.
- (10) وكذلك إذا زرع ولم ينبت الزرع بسبب غَصِّهِ وإفساده بالماء.
- (11) إذا كانت الجائحة ((من غير جهة الشرب لم تسقط عنه أجرتها)). المصدر السابق.
- (12) المصدر السابق.

الأواخر)) جاز أن يكون الطرف الآخر كالتأ، وإنما منع ابن القاسم فسح الدين فيما لا يتأخر قبضه وإن كان منافع شيء معين؛ لما يتوقع في ذلك من غبن العريم وظلمه، لا يكون ذلك كالتأ بكالي، ومع ذلك فقد أجاز غير.

وإذا كانت الإجارة مضمونة فليست المنافع في حكم المقبوض، لأنها لم تنصف⁽¹⁾ إلى ذات معينة، فلم يجر بالكالي للنهي ((عن الكالي بالكالي))⁽²⁾، إلا أنه أجاز مالك ألا يمكّن الأكرى من الكراء، وإذا كان المستأجر مضمونا كشراء دابة غير معينة، وعلل ذلك بأنهم يأكلون أموال الناس بالباطل، وأجاز ذلك إضطرارا⁽³⁾ كما يجوز أكل الميتة للضرورة.

[موت الأجير المعين قبل تمام عمله]:

قوله: (حاسبه بقدر ما مضى من عمله)⁽⁴⁾ ينبغي أن لا تستوي الأوقات في التقدير، فيجعل للمدة التي تكون فيها خدمته فيها أكثر وأعلى بحساب ذلك من الأجرة، وكذلك كراء المواضع بحساب اختلاف الفصول.

[موت أحد المتعاقدين في الإجارة]:

قوله: (ولا تبطل الإجارة)⁽⁵⁾ بموت أحد المتعاقدين⁽⁶⁾ خلافا لأبي حنيفة، فإنه قال: يفسخ الكراء⁽⁷⁾ قياسا على النكاح، والجامع أنه عوض على منفعة، وأيضا فإذا مات رب الدار تبين أنه أكرى ماليس له، لأن الحق ينتقل للورثة⁽⁸⁾.

قلنا: إنما الفسخ في النكاح لأن استيفاء العين هناك ممنوع، فقياس الإجارة على البيع أولى بجامع صحة الاستيفاء، وأمّا الورثة فإنما انتقل إليهم المالك على هذه الصفة من الإجارة، فلا يجوز لهم نقض الإجارة.

[المستأجر يكرى العين المستأجرة لغيره وما يطرأ عليها بسببه]:

قوله: (فلا بأس أن يكرىها من غيره)⁽⁹⁾ لأنه قد ملك منافعتها، لا خلاف في هذا إذا

(1) كذا وردت في (و)، وفي نسخة (غ) غير مقروءة. ومعناه لم تُصَف وتُصَف بالذات المعينة.

(2) تقدم تخريجه.

(3) كما لو كان بمفازة وهلك الدابة المعينة قبل أن يتم مسيره، ولم ينقد أو نقد فاضطر إلى استئجار غيرها مضمونة. ينظر الفواكه الدواني: 113/2.

(4) هذا فيمن ((استأجر أجيرا بعينه مدة معلومة فمات قبل تمامها)). التفريع: 184/2، 185.

(5) في (و) الأجرة.

(6) المصدر السابق.

(7) سقطت من (غ).

(8) ينظر المبسوط: 153/15.

(9) هذا في ((من أكرى دارا)). التفريع: 185/2.

استوى الشخصان في كثرة المتاع وقِلَّتْه (وكثرة العيال)⁽¹⁾ وقِلَّتْهم، وأن يستوفي المنافع على حسب ما كان الأول يستوفيهما، إن سُكِنِي فسُكِنِي، وإن خَزَنُ فَخَزَنُ⁽²⁾.

وأما في الدابة وفي الثوب، فقولان: الجواز إذا حصل التماثل، والمنع، لأنه لا يتأتى التماثل في ذلك، إذ قد يكون الشخص أخفَّ من غيره، ولكنه لا يعرف الركوب؛ فيكون أضرَّ على الدابة، وكذلك في لبس الثوب، إلا أن تُضَمَّ ضرورة إلى ذلك، مثل أن يموت المستأجر فيتعيَّن كراؤها من غير التماثل له غالباً.

[التجاوز في كراء الدابة بزيادة الحمل عليها]:

قوله: (ضَمْنُهَا)⁽³⁾ بخلاف أن لا يزيد عليها ثم عَطِبَتْ فلا شيء عليه، وإن زاد وسلمت كان عليه الزيادة بين الكراءَيْن، وصِفَةُ ذلك على المذهب أن ينظر إلى قيمة كرائها لما اتَّفَق عليه أولاً، ثم ينظر قيمة كرائها لما حمل عليها ثانياً، فينظر ما بين الكراءَيْن، فيزاد على ما اتَّفَقا عليه من الكراء، وإنما قَوَّما كراءها ثانياً لما اتَّفَقا عليه ولم يُعْتَدَ بكرائها الأول، لاحتمال أن يكون بينهما في ذلك مُغَابَنَةٌ، فيكون اعتبار الزيادة به فاسداً، ثم رجعنا آخراً إلى الكراء الأول، لأن الإجارة صحيحة فَنُعْتَبَرُ أجرُها، بخلاف البيع الفاسد؛ لأنه إنما يعتبر فيه القيمة يوم القبض، كما يُعْتَبَرُ الثمن في الصَّحِيح يوم البيع.

وقيل: إِنَّمَا يُقَوَّم كراؤها لما حملت ثانياً، فما زاد على الكراء الأول غَرَمَهُ.

وقيل: لا يُقَوَّم ما حملته بجملته، بل يُقَوَّم قَدْرُ الزيادة على تقدير حملها زيادة على الحُمل، لأنَّ ذلك أشَقُّ عليها وأكثرُ ثمناً للزيادة من تقديرها في الجُمْلَةِ، فإذا عُرِفَ قدر الزيادة أضيفت إلى الكراء الأول.

فكذلك يفعل في الأرض يزرع فيها ما هو أضرُّ بها، فزراعة القُرْطِ أخفُّ من البُرِّ والشَّعِيرِ، والكَتَّانُ أضرُّ منهما⁽⁴⁾، ومعرفة ذلك على أهل الفلاحة.

وقال الشَّافِعِيُّ: بل عليه كِراءُ المِثْلِ لما حُمِلَ، لأنه لم يستوف المنافع التي اتَّفَقا عليها، وإنَّما استوفى غيرها فلم يُلْتَفَتْ للأوَّل، وفي هذا القول إبطالٌ للعقد الصحيح بالجُمْلَةِ، واعتباره هو الوجه كما تقدَّم.

(1) ما بين القوسين سقط من (غ).

(2) في (و) جزن فجزن.

(3) وذلك ((إذا استأجر دابة... فحمل عليها غيره فعطبت، فإن كان ما حمله عليها أضر بها مما استأجرها له ضمنها)). المصدر السابق.

(4) في (و) منها.

[كراء المكتري الدابة لغيره]:

قوله: (فَفِيهَا رَوَاتَانِ)⁽¹⁾ وَجْه الجواز المماثلة بينهما، وَوَجْه المنع تعذرهما من كل وجه، وإن كان المنع تحريماً ضَمِنَهَا إِنْ عَطِبَتْ، أو كراهة فلا يضمن.

[الجهالة في عقد الإجارة]:

قوله: (لَا يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ الْأَجْرَةُ فِي الْإِجَارَةِ مَجْهُولَةً)⁽²⁾ وليس من ذلك أجره الظَّن⁽³⁾ بطعامها والأجير بطعامه، لأنَّ ذلك كَلَّمَهُ معلومٌ بِالْعُرْفِ، كما رُجِعَ فِي هَبَةِ الثَّوْبِ ونكاح التَّفْوِيزِ إِلَى ثَمَنِ الْمِثْلِ وَصَدَاقِهِ.

[ضابط الأجرة الجائزة]:

قوله: (فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَجْعَلَ أَجْرَهُ)⁽⁴⁾ أَي وَلَا تَمْنًا.

قوله: (وَكُلُّ مَا جَازَ بَيْعُهُ جَازٌ أَنْ يَكُونَ أَجْرَهُ)⁽⁵⁾ هَذَا يُسْتَتَنَى مِنْهُ الطَّعَامُ، فَلَا يَجُوزُ كِرَاءُ الْأَرْضِ بِهِ، وَكَذَلِكَ بِكُلِّ مَا تُنْبِتُ لَا يَجُوزُ، لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَدْفَعَ قَلِيلاً وَيَأْخُذَ كَثِيراً مِنْ جِنْسِهِ، لِأَنَّ الْأَرْضَ تَزِيدُ عَلَى مَا يُزْرَعُ فِيهَا، فَعَلَى تَقْدِيرِ أَنْ يَزْرَعَ مِثْلَهُ وَقَعَ ذَلِكَ، وَإِلَّا فَقَدْ كَانَ مَتَمَكِّناً مِنْهُ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْخَشَبُ وَالْحَطَبُ، لِأَنَّهُ لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِكَرَاءِ الْأَرْضِ لَزَرْعِ ذَلِكَ⁽⁶⁾، وَأُجِزَ الشَّافِعِيُّ كِرَاءَهَا بِطَعَامٍ فِي الذِّمَّةِ أَوْ مَقْبُوضٍ إِلَّا بِمَا يَخْرُجُ مِنْهَا بَعِينَهُ⁽⁷⁾.

[أجرة النَّسَاجِ بنصف الثَّوْبِ أو بنصف الغزل]:

قوله: (بِنِصْفِ الثَّوْبِ)⁽⁸⁾ لِأَنَّ فِيهِ مُحْذُورِينَ:

أحدهما: الجهلُ بِالْأَجْرَةِ، لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي كَيْفَ يَخْرُجُ الثَّوْبُ.

والثاني: أَنَّهُ بَاعَ مِنْهُ نِصْفَ الْغَزْلِ وَهُوَ مُعَيَّنٌ عَلَى أَنْ لَا يَقْبِضَهُ إِلَّا بَعْدَ النَّسَجِ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ مَتَعِينَ يَتَأَخَّرُ قَبْضُهُ، لِأَنَّهُ يَبْقَى فِي ضَمَانِ الْبَائِعِ، وَفِيهِ ((ضَمَانٌ بِجُعْلٍ))، وَلِأَنَّهُ عَلَى تَقْدِيرِ التَّلَفِّ يَصِيرُ سَلْفاً لَا بَيْعاً.

قوله: (وَلَا بِقِيَمَتِهِ)⁽⁹⁾ لِأَنَّ قِيَمَتَهُ الْآنَ مَجْهُولَةٌ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَقُولَ لِحَانِكَ: أَشْتَرِي

(1) وذلك فيمن ((استأجر دابة... فأراد أن يكرئها غيره ممن هو مثله)). المصدر السابق.

(2) المصدر السابق.

(3) الظَّنُّ: الْمُرْضُوعَةُ لِلْوَلَدِ مِنَ النَّاسِ وَالْإِبِلِ. ينظر الكافي: 755/2، ولسان العرب مادة: ظُنَّ.

(4) وهو ((كل ما لا يجوز بيعه)). التفريع: 186/2.

(5) ينظر المصدر السابق.

(6) أي لا بأس بكراء الأرض بالحطب، فهو ليس كما تنبته الأرض.

(7) ينظر الأم: 14/4.

(8) ((ولا يجوز أن يستأجر الرجل نساجاً، فينسج له غزلاً بنصف الثوب)). التفريع: 186/2.

(9) ((ولا يجوز أن يستأجر الرجل نساجاً، فينسج له غزلاً بنصف الثوب ولا بقيمته)). المصدر السابق.

منك هذا الثوب الذي ابتدأت نسجه بكذا، على أن تُكْمَله، ويجوز أن يشتري من صانع [تَوْرًا]⁽¹⁾ من نحاس قد شرع في عمله على أن يُكْمَله، أو داراً ابتدأ بناءها على أن يُكْمَلها، والفرق أنه في الثوب إذا لم يُجَرَ على اختياره لم يُمكن نقضه وعمله ثانياً، ويُمكن ذلك في [التَّوْر]⁽²⁾ والبناء، فكان أقرب إلى العلم.

قوله: (بالتَّصْنِفِ الْآخِرِ)⁽³⁾ يعني إذا مكَّنه من نصف الغزل، ويعمل له من النصف ثوباً على حدة لا يشركه فيه، لأن المذهب أنه لا يجوز اجتماع شركة وبيع في عقد، لأنَّ حُكْمَ الشَّرْكَةِ أَنَّها معروفٌ، والبيع مُكَايَسَةٌ، فيبطل به قَصْدُها، وقيل: يجوز، وكذلك المذهب اجتماع البيع والإجارة، وقيل: لا يجوز لتنافي الأحكام، لأن البيع في الموجود والإجارة ببيع معدوم.

[تأخر قبض المبيع المعين للانتفاع به]:

وكذلك يمتنع تأخير قبض⁽⁴⁾ دَابَّةٍ مُعَيَّنَةٍ باعها، وفي معناه استثنائها بعد البيع لينتفع بها، فهذا إذا طال أمده امتنع، لأنه تعارض فيه وجهان:

أحدهما: يُجِيزُهُ، وهو أنه في المعنى بمنزلة من باع دَابَّةً ثُمَّ استأجرها لِمُدَّةٍ⁽⁵⁾، واجتماع البيع والإجارة جائزٌ، لأنه بمنزلة بيع سلعتين في صَفَقَةٍ.

والثاني: يمنعه، وهو أن يكون قد دفع له جُعْلاً على بقائها في ضمانه، فلما تعارضاً أمران مُجَوِّزٌ [وحاظراً]⁽⁶⁾، غالبنا الحَظَرُ احتياطاً، فإذا قَلَّ الأمدُ كاليومين صارت في حُكْمِ ما قُبِضَ، وضعف المانع وقوي المجوِّزُ فجازت.

قوله: (لَا يَجُوزُ أَنْ يُؤَاجِرَ الرَّجُلُ دَابَّتَهُ)⁽⁷⁾، لأنَّ الأجرة مجهولةٌ، وكذلك العمل في شيء مَجْهُولٍ من الطَّرَفَيْنِ، وحُكْمُ الإجارة أن تكون معلومةً من الطَّرَفَيْنِ، وإذا وقعت الإجارة فاسدةً رجعت إلى أَجْرَةِ الْمِثْلِ، وهي كَنَمْنِ الْمِثْلِ في البيع الفاسد.

قوله: (اعْمَلْ لِي عَلَى دَابَّتِي بِنُصْفِ الْكَسْبِ)⁽⁸⁾، هذا اللَّفْظُ يقتضي أَنَّ رَبَّ الدَّابَّةِ استأجر منافع الأجير على العمل عليها بأجرة مجهولة، فرجع إلى أَجْرَةِ الْمِثْلِ، وكان الكسبُ لِرَبِّهَا.

- (1) في (و) توزا وفي (غ) طمس غير واضح.
- (2) في (و) التَّوْر وفي (غ) طمس غير مقروء، وهي أقرب ما تكون للكوز وهو إناء معروف. والتور إناء يشرب فيه. ينظر لسان العرب مادة: تور.
- (3) ((ولا بأس أن يستأجره على نصف الغزل بالتَّصْنِفِ الْآخِرِ)). التفريع: 186/2.
- (4) سقطت من (و).
- (5) في (و) المدة.
- (6) في (و) حاضر، وفي (غ) بياض.
- (7) ((أو غلامه بنصف الكسب)). المصدر السابق.
- (8) المصدر السابق. وذكر هذا - أيضاً - في سياق عدم الجواز.

[الأجرة على تعلّم القرآن على الحِذَاق والطبيب على البرء]:

قوله: (عَلَى الْحِذَاقِ)⁽¹⁾ أي حين يعرف يَكْتُب وَيَتَهَجَّى وَيَسْتَخْرِج.

وقدّرُ العمل في ذلك مجهولٌ، فهذا من باب الْجَعَالَةِ، لأنَّ العمل فيها مجهولٌ والأجرة معلومة، وكذلك بُرءُ الطَّبيب، لا يُعْلَم متى يكون، وقد لا يَبْرَأ ولا يتعلَّم الصَّبِّي، فلا يكون له شيءٌ، ولذلك إنَّما تكون الأدوية من عند العليل لئلا يذهب عمله مجّاناً، وقيل: إنَّما جاز ذلك، لأنَّ الغالب من الطَّبيب معرفة العلة، وهل يبرأ منها أو لا، وفي كم يتأتَّى بُرؤه؟

وكذلك المُعلِّم الغالب منه اختبارُ الصَّبِّي ومعرفةُ ذكائه من جموده، فصار ذلك معلوماً بالعرف، وهذا ضعيفٌ لا يُعْلَم في الحال فهمُ الصَّبِّي وحالُ العليل، بل في ثاني حال، ولذلك⁽²⁾ قال: لا يجوز إلا أن يشترط مُدَّة معلومة⁽³⁾ يعلمه فيها ما يَرْزُقُه الله - عزَّ وجلَّ - ويداوي المريض فيها، وله أجرته على كُلِّ حال، ويجوز على هذا أن يكون الدَّواء من عند الطَّبيب.

[الأجرة على إمامة الصَّلَاة والأذان]:

وإذا انضمَّ إلى الصَّلَاة ما يجوز الاستئجار عليه، كالأذان والكنس والفَرَش؛ كانت الصَّلَاة تابعةً لذلك، وإلا لم تَجُز الإجارة.

قوله: (عَلَى أَنْ يَدْفَعَ الْأَجِيرُ لِلْمُسْتَأْجِرِ كُلَّ يَوْمٍ كَذَا)⁽⁴⁾ لما شرط عليه أن يدفع له بعض ما يعود عليه نظرا إلى ما خرج عن يده وما رجع، فإن دفع له دراهم رجع إليه أكثر منها، وذلك لا يجوز، وإن دفع دنانير فهو صَرَفٌ مُسْتَأْخَرٌ؛ فلم يَجُز، ولو قال: على أن تدفع كُلَّ ما يعود عليك كان قد اشترى منافعه، ثُمَّ تَصَرَّفَ بنفسه له، وذلك جائز، وكذلك ولو قال له بعد⁽⁵⁾ أن استأجره من نفسه مُدَّة معلومة، ثم قال له: اعمل مع النَّاس فما رجع إليك فهو لي، صَحَّ، لأنَّهما لم يقصدا محذورا.

[الاكتفاء بالمنفعة قبل المُدَّة والمسافة المتَّفَق عليها]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ أَنْ يَكْتَرِيَ الرَّجُلُ الدَّابَّةَ)⁽⁶⁾ ظاهر هذه المسألة مُشْكِلٌ، لأنَّ الجهل

(1) ((لأبأس بتعليم القرآن على الحِذَاق)) المصدر السابق.

(2) في (و) وكذلك.

(3) وفيه وقد قيل: لا يجوز... إلخ. ينظر المصدر السابق.

(4) لا يجوز للمستأجر أن يستأجر الأجير سنة بدنانير؛ على أن يدفع له ذلك كل يوم كذا. ينظر المصدر السابق.

(5) سقطت من (و).

(6) ((يكتري الرجل الدابة إلى مكان...، فإن وجد حاجته دون ذلك حاسبه.. بقدرها)). المصدر السابق: 187/2.

قد اكتنفها من الطَّرفين، لأنَّه لا يدري المُستأجر ما يلزمه من الأجرة ولا العمل معلومٌ، لكنَّها بمنزلة قوله: اكريت منك الدار مشاهرة بكذا، فإنَّما هذه المدَّة علم بحساب الكراء كالشهر هناك، ولا يتَّجه هنا قولُ عَبْدِ الْمَلِك (1)، لأنَّه قد يمشي أقلَّ من المسافة المعيّنة.

[الضَّمان في الإجارة]

[ضمان الأجير حمل الطَّعام]:

قوله: (وَمَنْ اسْتَوْجَرَ عَلَى حَمْلِ طَعَامٍ) (2)، إنَّما جُعِلَ الأجيرُ ضامنا في الطَّعام لأنَّه كثيرا ما يُسرَّع إلى أَكْلِهِ، للتَّهاون به والحاجة إليه، لا سيما في السَّفر، بخلاف العُرُوض والسِّلَع، وجعل ابن القاسم في ذلك الطَّعام كلَّه سواء ما يفتات غالبا، كالقمح والشَّعير، وما لا يُفتات غالبا كالترُّمُس (3) والجُلْبَان.

وفَرَّق ابن حَبِيب، فخصَّ الضَّمان من الطَّعام بالأربعة التي يكثر اقتياتها وحملُها، وهي القمح والشَّعير والسُّلْتُ والعَلَس، ومن الإدام بأربعة لكثرتها أيضا، وهي العسل والسَّمْن والخَلُّ والزَّيْتُ، وجعل ما عدا ذلك كالعُرُوض.

[ضمان الصُّنَّاع]:

وأما الصُّنَّاع المُؤَثَّرُون بِصِنَاعَتِهِمْ كَالخِيَّاطِ وَالصَّبَّاحِ، وهم الأجراء المُشْتَرَك فيهم، فهؤلاء يضمنون كلَّ ما غابوا عليه من ذلك، وبذلك قضت [الخلفاء] (4) احتياطا للفريقين، لأنَّه إذا علم الصَّانِعُ أَنَّهُ يضمن اجتهد في الجَفْظ، وانْتَدَب النَّاسَ إلى إجارته وانتفع، وهو أمينٌ عند الشَّافِعِيِّ (5)، وهل ضمان الصَّانِعِ بالتُّهْمَةِ أو بالأصالة؟ القولان المُتَقَدِّمان، وفائدة الفرق أنَّه يسقط الضَّمان بالبَيِّنَةِ إن كان للتُّهْمَةِ.

(1) لأنَّ قول عبد الملك بن الماجشون في من استأجر مشاهرة: يلزمه كراء شهر واحد، وهنا ربما يمشي أقلَّ من المسافة المعيّنة، كما قد يسكن أقلَّ من الشهر هناك، فلا يُلْزَم - خلافا لعبد الملك - بدفع كراء الشهر كله، وكذلك في هذه المسألة. ينظر المصدر السابق: 183، 184، 187/2.

(2) المصدر السابق: 187/2.

(3) التُّرْمُس: شجرة لها حبٌّ مُضَلَّعٌ محَرَّر. ينظر لسان العرب مادة: ترمس.

(4) في (و) الخلفاء، وفي (غ) سواد غير مقروء. وفي المقدمات: 245/2 ((وقال يحيى بن سعيد: ما زال الخلفاء يُضَمِّنُونَ الصُّنَّاعَ، ولم يكن الخلفاء لِيُضَمِّنُوهُمْ والصحابه متوافرون إلا بعد مشورتهم)).

(5) ينظر الأم: 38/4، 39 والمقدمات: 245/2.

[ضمان الرّاعي وباقي الأجراء]:

قوله: (فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ)⁽¹⁾ يعني الأجير الخاصّ، وهو غير الصّانع.

قوله: (إِلَّا أَنْ يَتَعَدَّى)⁽²⁾ لا فرق في⁽³⁾ التّعدي بين صانع وغيره.

قوله: (لَا ضَمَانَ عَلَى الرَّاعِي فِيمَا هَلَكَ)⁽⁴⁾ لأنّ الغنم كالغروض، ولا تأثير له في أعيانها، وقيل: يضمن حملاً على الصّانع المؤثّر، لأنّ الحاجة داعية إلى الفريقين، وتضمّنه عدلٌ بين الفريقين، وكذلك الخلاف في ضمان الحَمَامِيّ للثّياب والفُندُقاني، إلّا أن المذهب أن لا ضمان وإن كان أجيراً مُشْتَرَكاً.

قوله: (مَعَ يَمِينِهِ)⁽⁵⁾ ((كلُّ من كان القولُ قوله فإنّه يحلف، إلا المُودَع)) فإنّه لا يحلف إلا إذا اتّهم، ومن كان غير مُتّهم فلا يحلف مخافة أن يمتنع النّاس من الأمانات، فتضيع الأموال، وكذلك الوصيُّ في دعوى ما يُشبه من النّفقة.

قوله: (إِحْدَاهُمَا أَنَّهُ ضَامِنٌ)⁽⁶⁾ لأنّه اعترف بالتّعدي وهو الذّبْح، وادّعى الخوف فعليه البيان، ووجه أن لا ضمان، أنّه أمينٌ في الأصل فيتمسك بالأصل، وأمّا إن أكل منها فتتحقّق التّهمة بأنّه قصد الأكل، إذ لا بُدَّ (من ذلك)⁽⁷⁾ فيضمن.

قوله: (عَلَى رِعَايَةِ غَنَمٍ بِأَعْيَانِهَا)⁽⁸⁾ في تعيينها تحجيرٌ على ربّها، إلا أن يشترط الخلف ممّا ضاع، فيصير التّعيين كلاًّ تعييناً، ولو عيّنها ولم يشترط الخلف، لم يخل من أحد أمرين، إمّا أن يمنعه من التّصرف فيها ببيع أو هبة أو انتفاع، وذلك تحجيرٌ عليه في ملكه، أو لا يمنعه، فيؤدّي إلى أن يأخذ الأجرة عن بعض المنافع التي استؤجر لها، لكن إذا هلك الغنم أو بعضها؛ على المذهب فيأتي ربّها بمثلها، وإن لم يفعل لزمته الأجرة كلّها، لأنّ الأجير مُهيّئاً للرّعي كالدار يُمكن من سكناها فلا يفعل، ولا يتعيّن ما يُستوفى به المنافع، والغنم كلّها سواء على هذا.

ووجه الفسخ تعدُّر المماتلة من كلّ وجه، إذ ليست التي أنس بها (كألتى لا تأنس به)⁽⁹⁾.

- (1) وذلك في ((من استؤجر على غير الطعام)) التفريع: 187/2.
- (2) وهذا - أيضاً - في ((من استؤجر على غير الطعام... إلا أن يتعدّى فيضمن)). المصدر السابق.
- (3) سقطت من (و).
- (4) المصدر السابق.
- (5) ((ولا ضمان على الرّاعي فيما هلك... والقول.. قوله مع يمينه)). المصدر السابق.
- (6) وذلك - الرّاعي - إذا ((ذبح شاة... وادّعى أنه خاف عليها الذّنب)). المصدر السابق.
- (7) سقط من (و).
- (8) وذلك في ((من استؤجر على رعاية غنم بأعيانها مدّة معلومة، فهلك.. فله الأجرة كلّها)) المصدر السابق.
- (9) ما بين القوسين سقط من (و).

[موت الظئر أو الرضيع وأثره على الإجارة]:

وأما الظئر فبمنزلة دابة بعينها، تنفسخ الإجارة بموتها، إذ لا يماثلها غيرها، كموت الصبي إذ لا يماثلها غيره، بخلاف الغنم، ومثله الصبي يُعلمه المعلم فيموت، والدابة تكون لعروس تُزفُّ عليها فتموت، إلا أنه وقع في (المدونة) في مَنْ باع أمتَه واشترط رضاءها صبيًا، قال: فلا يجوز تعيينه⁽¹⁾، لأن ذلك يؤدي إلى غرر في البيع، ولكن يشترط مع ذلك الخلف حتى ينفي الغرر، ويصح البيع.

[هلاك العين المستأجرة السفينة والدابة وما حملا، وأثره على الإجارة]:

قوله: ((فَلَا أُجْرَةٌ عَلَيْهِ))⁽²⁾ وَلَا ضَمَانٌ عَلَيْهِ⁽³⁾، لأنَّ الكراء في السفينة لا في الدابة إنما هو على البلاغ إذا أُطلق، ولمَّا غرقت السفينة لم ينتفع ربُّ المتاع بشيء.

ولو غرقت عند مرسى البلد الذي صار إليه، فإن تعدَّى وتسبَّب في غرقها ضمن القيمة، (فإن كانت القيمة)⁽⁴⁾ في الموضع الذي يسافر منه فلا كراء، لأنَّه لم يحمل له شيئاً بعد، وإن قومه في موضع الغرق غرم من⁽⁵⁾ الكراء بقدر ما مشى، لأنَّ المتاع كان إلى حين الغرق على ملك ربه، فإن كانت في الموضع الذي أكرأها⁽⁶⁾ إليه لزمه الكراء كُلُّه.

قوله: (وَقِيلَ: لَهُ مِنَ الْأُجْرَةِ بِحَسَابِ مَا مَضَى)⁽⁷⁾ هذا قول ابن نافع⁽⁸⁾، وقاس ذلك على الدابة تعطب، وشتان بين الموضعين، لأن المتاع هنا باق لم يتلف، وقيل: إن كان مسحلا⁽⁹⁾ غرم بحساب ما مضى، لأنَّه قد انتفع، إذ كان له أن يبيع بموضع من

- (1) في (غ) يعينهما. وما في المدونة مسلط على تعيين الصبي. ينظر المدونة: 205/3.
- (2) في (و) فله أجره، وفي (غ) فله أجره مثله، وفي التفرع: فلا أجره عليه. وما أثبتته هو ما في الأصل، ويؤيده كلام الشارح بعده.
- (3) فيمن ((استأجر سفينة... فغرقت في بعض المسافة، فلا أجره عليه، ولا ضمان على صاحب السفينة)). التفرع: 188/2.
- (4) ما بين القوسين سقط من (غ).
- (5) سقطت من (و).
- (6) في (و) أكرأها.
- (7) في المسألة نفسها السابقة فيمن ((استأجر سفينة... فغرقت في بعض المسافة، فلا أجره عليه، ولا ضمان على صاحب السفينة)). المصدر السابق.
- (8) ينظر المدونة: 500/3، 503.
- (9) وابن نافع هو عبد الله بن نافع، أبو محمد، من أهل المدينة، المعروف بالصانع، تفقه عن مالك ونظرائه، وصحبه أربعين سنة لم يكتب عنه شيئاً وإنما حفظاً تحفظه، وكان مع أشهب يُعرفان بالأقران، توفي سنة 186 هـ. ينظر ترتيب المدارك: 128/3، والديباج: 409/1.
- (9) كذا وردت في (و) وفي (غ) مطموسة، ومسحل ربما تكون من السَّاحل وهو ريف البحر وشاطئه، وساحل بمعنى أتى السَّاحِل، وهو قريب من مراد المصنف، والله أعلم. ينظر لسان العرب مادة: سحل.

المواضع التي على السَّاحِل، وإن كان مشيه من داخل البحر فلا كراء، لأنَّه لا ينتفع بشيء.

قوله: (فِي الدَّابَّةِ تَهْلِكُ فِي بَعْضِ الطَّرِيقِ، وَعَلَيْهِ مِنَ الْأُجْرَةِ بِحَسَابِ مَا مَضَى)⁽¹⁾ لأنَّ الكراء فيها ليس على البَلاغ، بخلاف السَّفينة، لأنَّه في (الدَّابَّةِ قد انتفع بنقل المتاع وبقائه)⁽²⁾، والكراء هنا أَقلُّ وإن هلك في الصحراء لا في بلد، لأنَّه قد يجد في القافلة من يكري منه.

قوله: (وَيَتَخَرَّجُ فِيهَا قَوْلٌ آخَرُ)⁽³⁾ قياسا على السَّفينة، وإنَّما تُمَاتِلُهَا إذا سلمت السَّفينة وهلك المتاع، وقد يُمكن أن يُقال: له الكراء كُلُّه، وعلى المُكْترِي أن يأتي بمتاع آخر⁽⁴⁾، لأنَّ الدَّابَّةَ باقيةً، وما يُستوفى به المنافع لا يتعيَّن، لكن لما كان ذلك يتعدَّر في السَّفَر غالبا لم يعتبر ذلك.

قوله: (وَلَوْ ضَلَّتِ الدَّابَّةُ بِالْمَتَاعِ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ أُجْرَةٌ، وَلَا عَلَى رَبِّ الدَّابَّةِ ضَمَانٌ)⁽⁵⁾ ورأى أنَّها كما⁽⁶⁾ إذا غرقت السَّفينة وهلك هي والمتاع، فلم ينتفع المُكْترِي ولا تعدَّى الكَرْي⁽⁷⁾ ولا فَرَط.

[بيع العين المستأجرة من المُكْترِي ومن غيره لا يفسخ الإجارة]:

قوله: (وَمَنْ أَكْرَى دَارًا أَوْ أَرْضًا فَلَا بَأْسَ أَنْ يَبِيعَهَا)⁽⁸⁾ لا⁽⁹⁾ يمنع تقدُّمُ الْعَقْدِ من عَقْدٍ آخر بعده إذا بيَّن به، ولا يمنع من ذلك تأخيرُ الْقَبْضِ في مُعَيَّنٍ إذا كان ممَّا يُؤْمَنُ تَغْيِيرُهُ، كالدُّور والعقار، وأمَّا فيما يتغيَّر كالحيوان، فيجوز فيما قَلَّ، كالثلاثة الأيام ونحوها، لا فيما زاد، لأنَّه تارة يكون بيعا وتارة سلفا، فلا يدري على أيِّهما دخل، ومنع ذلك الشَّافِعِيُّ مُطْلَقًا، لأنَّ من شرط صحَّة البيع عنده التَّمَكُّن من التَّسْلِيم في الحال، ولا يقدر على ذلك هنا، وسواء كان البيع من مُسْتَأْجِرِهَا، أو من غيره، لأنَّها في قَبْضِ المُسْتَأْجِر لاستيفاء المنافع، فلا يقدر على دفع الرَّقْبة له بجميع منافعها الآن.

- (1) ينظر التفريع: 188/2.
- (2) ما بين القوسين مُثَبَّت من النسخة (غ) ومخالف لما في (و) وفيها: (السَّفينة قد انتقل بنقل المتاع وبقائه).
- (3) ((إذا هلك المتاع وبقيت الدابة، لم يكن عليه شيء)) المصدر السابق.
- (4) سقطت من (و).
- (5) المصدر السابق.
- (6) في (و) بخلاف ما.
- (7) في (غ) الكراء.
- (8) ((من مكترها قبل تمام المدة، ولا بأس أن يبيعه من غيره إذا أعلمه بالأجرة)). المصدر السابق: 188/2.
- (9) في (و) لكن.

وأجاز بيع الأمة المتزوجة من زوجها ومن غيره⁽¹⁾، وفرق بأن المنفعة المحجورة هنا واحدة، وهي البُضْع من دون سائر المنافع، فصَحَّ البيع لبقاء الرقبة وسائر المنافع.

وإذا لم يُعلمه بالكراء فهو عيبٌ، يكون للمشتري في الرَدِّ وأخذ الثمن أو الإمساك، لأنَّه اشترى ليقبض الآن أو يتأخر⁽²⁾ قبضه، فكان العقد الثاني لم يُصادف مَحَلًّا، ولا سبيل إلى فسخ الإجارة، لأنَّها انعقدت على صحَّة، فإن اختار الإمساك فالأجرة للبائع، فإن اشترطها المشتري جاز إن لم يؤدِّ إلى محذور كَوْن الرَّبَوِيِّ من الجهتين، ومع أحدهما غيره، مثل أن يبيع بدراهم ويستأجر بدراهم، فيكون قد خرج عن يد المشتري دراهم ليأخذ داراً ودراهم⁽³⁾، فلو كانت الإجارة بعرضٍ جاز، أو تُقدَّر الدَّار على أن يقبضها المشتري يوم البيع، وعلى أن يقبضها إلى تمام أمد الإجارة، ويردُّ إليه البائع من الثمن بقدر ما بينهما.

[خطأ الأجير وإتلافه لما أُذن له في حمله]:

قوله: (فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)⁽⁴⁾ الأصل في ذلك، أَنَّ كُلَّ مَنْ أُذِنَ⁽⁵⁾ له في حَمْل شيء أو تَقْلِيْبِهِ كَالْفَخَّارِ، يَأْذَنُ للمشتري في تَقْلِيْبِ أُنْيَةٍ، وَالرَّجُلُ يَأْذَنُ لِأَجِيرٍ فِي حَمْلِ أُنْيَةٍ فِيهَا رَيْثٌ، فَتَسْقُطُ مِنْ يَدِهِ، أَوْ يَعْثُرُ فَتَسْقُطُ⁽⁶⁾ وتتكسر، وَيَتَبَدَّدُ مَا فِيهَا، فَلَا ضَمَانُ عَلَيْهِ، إِذْ لَمْ يَتَعَدَّ، وَلَا أَجْرَةٌ لَهُ، لِأَنَّ الْمُسْتَأْجِرَ لَمْ يَنْتَفِعْ، وَإِذَا لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي ذَلِكَ⁽⁷⁾، فَانْكَسَرَتْ بِسَبَبِهِ عَمْدًا أَوْ خَطَأً، فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ، كَأَن تَسْقُطُ الْأُنْيَةُ الَّتِي أُذِنَ لَهُ فِي تَقْلِيْبِهَا عَلَى الْأُخْرَى، فَتَنْكَسِرُ السُّفْلَى، فَعَلَيْهِ ضَمَانُهَا، لِأَنَّهُ لَمْ يُؤْذَنْ⁽⁸⁾ له فِي تَقْلِيْبِهَا عَلَى الْأُخْرَى، وَكَذَلِكَ إِذَا كَسَرَهَا فِي طَرِيقِهِ مَارًّا عَلَيْهَا، وَلَمْ يَشْعُرْ بِهَا ضَمْنَهَا، لِأَنَّ ((الْعَمْدَ وَالْخَطَأَ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ سَوَاءٌ)).

[الخلاف في أجرة الكراء للحج وما ينفسخ منها وما لا ينفسخ]:

قوله: (وَلَوْ رَتَّيْهِ أَنْ يُكْرُوا مَكَانَهُ مِنْ مِثْلِهِ فِي خَفَّتِهِ)⁽⁹⁾ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ مَا تُسْتَوْفَى بِهِ الْمَنَافِعُ، وَإِنْ عَيَّنَ وَلَمْ يُخْتَلَفْ فِي هَذَا، لِأَنَّ الضَّرُورَةَ تُضَمُّ إِلَيْهِ، بِخِلَافِ الْحَيِّ، فِيهِ

(1) ينظر المهدَّب: 265/2.

(2) فِي (و) لِيَتَأَخَّرَ.

(3) فِي (و) أَوْ دِرَاهِمٍ.

(4) وَذَلِكَ فِي ((مَنْ اسْتَوْجَرَ عَلَى حَمَلٍ مَتَاعٍ، فَسَقَطَ مِنْهُ فَانْكَسَرَ)) التَّفْرِيعُ: 188/2.

(5) فِي (غ) كَانَ.

(6) سَقَطَتْ مِنْ (غ).

(7) فِي (و) تَقْلِيْبِهَا.

(8) فِي (و) يَأْذَنُ.

(9) فِيمَنْ ((تَكَارَى إِلَى الْحَجِّ فَمَاتَ الْمُكْتَرَى)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

الخلاف كما تقدّم، لأنّ المثل من كلّ جهة لا يوجد.

قوله: (فَأَخْلَفَهُ الْكَرِيُّ (1) حَتَّى فَاتَ الْوَقْتُ) (2) أو بَقِيَ منه ما لا يُمكن فيه إدراك الحجّ، فهذا ينفسخ، لأنّ له وقتاً معلوماً، بخلاف غيره إذا أكرى منه على أن يسافر به إلى بلد ما، مع رِفْقَةٍ مُعَيَّنَةٍ، فَأَخْلَفَهُ الْكَرِيُّ حَتَّى ذَهَبَتْ تِلْكَ الرِّفْقَةُ، فلا ينفسخ الْكَرَاءُ، وله حُمُولَتُهُ أي أَجْرُهُ ذلك، لأنّ هذا لا يرتبط بوقت، بخلاف الحجّ، وإنّ أَخْلَفَ (3) الْمُكْتَرِي فِي الْحَجِّ فَيُلْزِمُهُ الْكَرِيُّ أن يرفع أمره إلى الحاكم فيحكم له بالفسخ، ويكرى من غيره، وإن لم يفعل فلا شيء له، لأنّه فرط في أمره.

[غصب المنفعة والتّعدي في الإجارة]:

قوله: (وَمَنْ غَصَبَ سُكْنَى دَارٍ) (4) في ذلك أربعة أقوال:

أحدها: وهو المذهب أنّ عليه خَرَجَ كُلِّ ما غصب مُطلقاً لتعديبه.

الثاني: عَكْسُهُ، لأنّ ((الْخَرَجَ بِالضَّمَانِ)).

الثالث: التّفصِيلُ بين الْمَأْمُونِ كَالدُّورِ وَالْأَرْضِيِّينَ، فعليه خَرَجُهَا ، لأنّه لا يتحقّق الضَّمَانُ في ذلك لِأَمْنِهِ (5)، وبين غير الْمَأْمُونِ فلا خَرَجَ عليه، لأنّه يتحقّق في ذلك الضَّمَانُ لِعَدَمِ الْأَمْنِ.

الرّابع: الفرق بين غَصْبِهِ منافع الْأَعْيَانِ، فعليه قيمتها، وبين غَصْبِ الْأَعْيَانِ؛ فلا خَرَجَ عليه.

قوله: (وَمَنْ اسْتَعَانَ عَبْدًا) (6) وَجْهُهُ أَنَّ الْعَبْدَ لا يملك نفسه وماله، فهذا لمّا استعان به؛ فقد تصرّف في مِلْكٍ غيره تَعْدِيًا، فكان عليه الضَّمَانُ، ولا بُدَّ أن يكون ذلك العمل شاقًّا، وإلّا فَمِثْلُ حَمْلِ الْمَرْوَحَةِ يَهْلِكُ فيه فلا ضمان عليه، لأنّه لم تجر عادة بأنّ ذلك العمل يَهْلِكُ أحداً، وكذلك الصَّبِيِّ، وليس هذا بَغَصْبٍ، لأنّ الْغَصْبَ أن يأخذ مالَ غيره قَهْرًا.

قوله: (فَعَلَيْهِ ثَمْنُهُ) (7) يريد قيمته، وكذلك وقع في بعض النسخ.

قوله: (وَمَنْ اسْتَعَانَ صَبِيًّا) (8) وَجْهُهُ أَنَّ الصَّبِيَّ مَحْجُورٌ عليه في نفسه وماله، فإذا

(1) المراد به هنا المُكَارِي، وهو الذي يكرى دابّته. ينظر لسان العرب، مادة: كرا

(2) وذلك في ((مَنْ أَكْثَرَى إِلَى الْحَجِّ... انفسخ كراؤه)) التفريع: 189/2.

(3) في (غ) اختلف.

(4) المصدر السابق.

(5) لأمنه بطبيعته، ولُبْعُد طَرَوْ التّلف عليه، فلم يتحقّق ضمان الغاصب له، فعليه خراجها؛ إذ لم يضمّنه.

(6) في التفريع: 289/2 ((وَمَنْ اسْتَأْجَرَ عَبْدًا.. بغير إذن سيده)).

(7) في التفريع: 189/2 ((ومن استأجر عبدا... فعطب فيه لزمه ضمانه)).

(8) ((... فعطب فيه ضمن ديته)). المصدر السابق.

بلغ ملك نفسه، ولا يملك ماله حتى يُؤنس منه الرشد بعد البلوغ، لقوله تعالى: ﴿وَأَبْتَلُوا أَلْيَمَ﴾ (1) الآية، فوقف دفع المال بعد البلوغ على الرشد، واختلف في أفعال اليتيم الذي لا حرج عليه بعد البلوغ، هل هي على الرد حتى يرشده الحاكم، ومذهب غيره أنها على الإجازة حتى تُرد.

قوله: (وَحَمَلَتْهَا عَنْهُ عَاقِلَتُهُ) (2) لأن ذلك خطأ منه، لا بالقصد.

قوله: (فَتَلَفْتُ ضَمَنَهَا) (3) وهل يكون الضمان بنفس مجاوزة الموضع يسيرا، أو يُعتبر العرف في النزول؟ قولان (4)، ومما يُخير فيه بين القيمة وبين زيادة الكراء أن يمسكها بعد الأمد، ثم يردّها سائمة إلا إن قيمتها نقصت بحوالة سوق.

[تضمين الصنّاع]:

قوله: (وَالصَّنَّاعُ ضَامِنُونَ) (5)، خلافا للشافعي (6)، ودليلنا أن الخلفاء قضوا بتضمين الصنّاع، وقال عمر - رضي الله عنه: - ((لا يُصلح الناس إلا ذلك)) (7)، يريد أن ذلك عدل بين الفريقين، لأنه إذا علم أرباب المتاع ألا ضمان عليهم؛ خافوا على أموالهم، فضاعت أحوال الصنّاع، فإذا علموا أن الضمان عليهم، دفعوا إليهم المتاع، فانتفع الصنّاع، ولا ضرر يلحقهم في ذلك، ولا اعتداد بما يلحق نادرا من الصنّاع بغير الاختيار منهم، وأيضا لو علم الصنّاع ألا ضمان عليهم؛ تجرّؤوا على أموال الناس.

ومن جهة المعنى، أنه لا ياتمن رب المال الصنّاع على ذلك إلا لضرورة أنه لم يجد غيره (8)، وقد يتعدّر وجود أمين منهم، فلذلك كان ضامنا، بخلاف الوديعة لا يضمن، لأنه لم يضطر إلى مودع معين، فإن دفعها إلى غير أمين كان مفرطا، فلمّا لم ياتمن الصنّاع إلا اضطرارا ضمن إذا غاب، إلا أن تقوم بينة، فيسقط الضمان، أو لا يسقط على الخلاف بين ابن القاسم وأشهب؛ هل الضمان بالثهمة أو الأصالة، كالرّاهن والمستعير؟ وهو مبني على هل قبضوا لمجرد حقوقهم، أو لحقوقهم وحق المالك؟ فمن رأى أن المنفعة مشتركة؛ ألا ترى أن للرّاهن حقا في الرهن، وبذلك توصل إلى

(1) النساء: 6.

(2) وهذا في ((من استعان صبيا... فعطب فيه ضمن ديتة وحملتها عاقلته)). التفریع: 189/2.

(3) في من ((اكثرى دابة إلى مكان، فتعدى بها إلى أبعد منه)) المصدر السابق.

(4) سقطت من (غ).

(5) ((والصنّاع... ضامنون لما استؤجروا عليه)). المصدر السابق.

(6) ينظر الأمد: 38/4، 39 والمقدمات: 245/2.

(7) ذكره ابن رشد موقوفاً عن علي، وعزا لعمر - أيضا - تضمين الصنّاع. ينظر المقدمات: 245/2.

(8) في (و) غيرها.

مقصوده، وكذلك المُستَعِير⁽¹⁾ له حقُّ الثَّواب في الأجرة، وكذلك دافعُ السِّلعة للصَّانع ينتفع بذلك الشُّغل، فلمَّا كانت المنفعةُ بينهما ولم يقبضوا لأنفسهم، لم ينتقل الضَّمانُ عن المالك إلا على وجه التُّهمة.

ومن رأى أن المنفعة للقابض، لأنَّه إنما قبض لمنفعته، أو لأنَّ منفعته هي الجُلُّ، ومنفعة المالك تابعة، قال: انتقل الضَّمان إليهم.

وأما إذا لم يَغِب الصَّانع على المَتاع، وكان في بَيْت رَبِّ المَتاع⁽²⁾ فتَلَفَ بأمر من الله - تعالى - فلا ضمان عليه، قولاً واحداً، لأنَّه لم يَأْتِمْهُ على ذلك، وكان ينبغي له أن لا يفارقه، فهو مُفَرِّطٌ، وقيل: إن عَمِلَ بغير أَجرٍ فلا ضمان، وإن عَمِلَ بأجر ضَمِنَ، ولو تَعَدَّى الصَّانع في الموضعين ضَمِنَ بلا خلاف.

قوله: (المُؤَثِّرُونَ)⁽³⁾ تَحَرَّزَ من الأجير، لأنَّهم⁽⁴⁾ الَّذِينَ يُضْطَرُّ إِلَيْهِمْ.

قوله: (وَقَدْ قِيلَ: قِيَامُ الْبَيِّنَةِ لَا يُسْقِطُ الضَّمانَ)⁽⁵⁾ هذا قولُ أَشْهَبَ.

(1) في (و) البعير.

(2) في (و) المال.

(3) ((والصناع الذين يؤثرون في الأعيان... ضامنون)). التفریع: 189/2.

(4) الصَّاع.

(5) المصدر السابق.

باب الْجَعَالَةِ

[حكم الجعالة]:

ذهب أَبُو حَنِيفَةَ إِلَى مَنْعِهَا، لِمَا فِيهَا مِنَ الْجَهْلِ، وَأَجَازَهَا مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ⁽¹⁾، لثُبُوتِ الْعَمَلِ بِهَا وَلِلضَّرُورَةِ إِلَيْهَا.

وَقَدْ ثَبَتَ فِي شَرَعٍ مَنْ قَبْلُنَا، قَالَ اللَّهُ - تَعَالَى -: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾⁽²⁾ قَالُوا: وَلَا دَلِيلَ فِي هَذَا، لِأَنَّ مِنْ شَرْطِ الْجَعَالَةِ⁽³⁾ عِنْدَكُمْ أَنْ يَكُونَ الْجَاعِلُ جَاهِلًا بِمَوْضِعِ الشَّيْءِ التَّلَافِ، وَيُوسِفُ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - كَانَ عَالِمًا بِمَوْضِعِهِ، لِأَنَّهُ الَّذِي جَعَلَهُ فِي رَحْلِ أَخِيهِ، وَإِنْ قُلْتُمْ كَانَ الَّذِي نَادَى بِذَلِكَ لَا يَعْلَمُ، فَهُوَ نَائِبٌ عَنِ يُوسُفَ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - لِأَنَّهُ نَادَى بِأَمْرِهِ، فَهُوَ يَنْتَزِلُ مَنْزِلَتَهُ، فَكَأَنَّهُ الْمُنَادِي.

وَأَمَّا إِذَا عَلِمَ الْمَجْعُولُ لَهُ بِمَوْضِعِ الْأَبْقِ وَالشَّارِدِ، فَهَلْ تَصِحُّ الْجَعَالَةُ، وَيَكُونُ الْجُعْلُ عَلَى تَوْصِيلِهِ وَتَعْبِهِ فِي ذَلِكَ، أَوْ لَا تَصِحُّ لَهُ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ عَلَيْهِ أَنْ يَعْلَمَ رَبُّهُ بِمَوْضِعِهِ، فَيَمْضِي بِنَفْسِهِ أَوْ يَسْتَأْجِرَ عَلَيْهِ، وَلَا اعْتِبَارَ بِالظَّنِّ، لِأَنَّهُ جَهْلٌ؟.

[الفرق بين الجعل والإجارة]:

وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْجُعْلِ وَالْإِجَارَةِ أَنَّ الْعَمَلَ فِي الْجَعَالَةِ مَجْهُولٌ، لِأَنَّهُ لَا يَتَقَيَّدُ بِالْأَجَلِ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَلَّا يَجُوزَ لِلْغَرَرِ، إِلَّا أَنَّهَا مِمَّا اسْتُثْنِيَ مِنَ الْغَرَرِ لِمَصْلَحَةِ النَّاسِ، وَلَا بُدَّ فِي الْإِجَارَةِ مِنَ الْأَجَلِ، لِيَحْصَلَ الْعِلْمُ مِنَ الطَّرْفَيْنِ، وَلِهَذَا كَانَ اسْتِجَارُهُ عَلَى خِيَاطَةِ ثَوْبٍ أَوْ صَبْغِهِ أَوْ نَسْجِهِ - وَإِنْ كَانَ الْعَمَلُ مُقَدَّرًا - أَخَذَ بِطَرَفٍ مِنَ الْجُعْلِ، لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ فِيهِ ضَرْبُ الْأَجَلِ، لِإِمْكَانِ أَنْ يَفْرَغَ مِنْهُ قَبْلَ الْأَجَلِ، فَيُؤَدِّي إِلَى الْإِضْرَارِ بِالْأَجِيرِ، لِأَنَّهُ يَعْطِيهِ⁽⁴⁾ أَقْلًا مِنْ أَجْرَةِ الْعَمَلِ، أَوْ بَعْدَهُ فَيُؤَدِّي إِلَى الْإِضْرَارِ بِالْمُسْتَأْجِرِ، لِأَنَّهُ يَلْزَمُ أَنْ يُحَاسِبَهُ بِأَقْلٍ مِنْ أَجْرَةِ الْعَمَلِ.

وَمِنَ الْفَرْقِ - أَيْضًا - أَنَّ الْإِجَارَةَ عَقْدٌ لَازِمٌ مِنَ الطَّرْفَيْنِ، وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا فَسْخُوه، وَفِي الْجَعَالَةِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ: إِنَّهُ لَازِمٌ مِنَ الطَّرْفَيْنِ، وَإِنَّهُ جَائِزٌ مِنَ الطَّرْفَيْنِ، وَالتَّفْصِيلُ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ؛ فَإِنْ لَمْ يَشْرَعْ فِي الْعَمَلِ فَهُوَ جَائِزٌ مِنَ الطَّرْفَيْنِ، وَإِنْ شَرَعَ فَهُوَ لَازِمٌ مِنَ

(1) ينظر التنبيه: 126، والمجموع: 113/15.

(2) يوسف: 72.

(3) الجعالة والجعل: ما جعل للإنسان من شيء على شيء عمله. ينظر طلبه الطلبة: 107، 168،

ولسان العرب مادة: جعل.

(4) في (غ) لا يعطيه.

جهة الجاعل، جائز من جهة المَجْعُول له.

ومن الفرق أن الإجارة في كُلِّ ما يكون للمستأجر في العمل؛ إذا تركه العامل بعد الشروع فيه حق ومنفعة، وفي الجُعْل لا منفعة للجاعل فيما يعمل المَجْعُول قبل تمام العمل، كطَلَب الأبق قبل وجوده.

[تصيير الجعالة إجارة]:

وكلُّ جَعَالَةٍ يجوز تصييرها إجارة، وذلك بأن يضرب فيها الأجل، فيلزم من الطرفين، مثل أن يقول: اطلُبْ عَبْدِي الأبق شهرا بكذا، وجدته أو لم تجده، وكذلك إذا قال: احفر لي في هذه الجهة بئرا تعمل فيها شهرا بكذا، وجدته ماء أو لا، فهذه إجارة⁽¹⁾، ولا تجب الأجرة في الجُعْل إلا بالاثنيان بما اتفقا عليه، وإلا فلا شيء له، وذلك لأنه لو علم أن له أجرة وجد أو لم يجد، لم يكن منه جد في العمل، لأنه يقول: الأجرة لي وجدته أو لم أجد.

[لزم عقد الجعالة بالشروع فيها]

قوله: (فَإِذَا شَرَعَ فَلَيْسَ لَهُ الرُّجُوعُ)⁽²⁾ يعني الجاعل، وإلا فالمَجْعُول يجوز أن يترك على المذهب وإن شرع.

[جهالة الجُعْل والنقد في الجعالة]:

قوله: (مَجْهُولاً وَلَا غَرّاً)⁽³⁾ لئلا يكثر الغرر من الطرفين، ولا يجوز أن يكون أجرة ولا ثمناً ولا جُعْلاً إلا ما يصح بيعه، ولا يجوز فيها النقد، لأنه تارة يكون بيعاً، وتارة سلفاً، ويجوز على الطَّوع، وكأنه أسلفه ذلك، عمل أو لم يعمل، ولا يجوز أن يكون مُعَيَّناً، إلا أن يكون ممّا لا يتغيّر كالدار والأرض، لما في ذلك من تأخير قبض المُعَيَّن الذي يسرع تغييره.

قوله: (فَلَهُ نِصْفُهُ)⁽⁴⁾ كما لا يجوز بيع الأبق كله، فلا يجوز بيع بَعْضِهِ، فلو وقع ذلك كان بيعاً فاسداً، فإذا وجدته فقد قبض المبيع الفاسد، فإن أتى به ولم يتغيّر بعيب ولا حوالة سوق، رده إلى صاحبه، وكان له أجرة المثل أو جُعْل المثل، والفرق أن الجُعْل

(1) أجاز تحديد المدة هنا؛ ومنعها أنفاً في مسألة الاستئجار على خياطة الثوب وضرب الأجل فيها، ولعل مسوغ الجواز هنا - في حفر البئر وما أرفده عليها - علم الأجير بطبيعة الأرض وشدتها ولينها، وقرب الماء وبعده، وفي الأبق معرفته بالجهات وخبرته بهذا الشأن؛ ومما سيذكره لاحقاً في فقرة [الأجرة على حصاد الزرع وغيره بجزء منه].

(2) إذا شرع العامل في العمل فليس للجاعل الرجوع. ينظر التفرع: 190/2.

(3) ((ولا يجوز أن يكون الجُعْل في الجعالة مجهولاً ولا غرراً)). المصدر السابق.

(4) ((من جاءني بعبدٍ الأبق فله نصفه، فلا يجوز ذلك)). المصدر السابق.

يكون أكثر (1)، لأنه على تقدير إن وجد فله، وإلا فلا، بخلاف الأجرة.

وإن تغير فقد فات عنده، فيكون النصف الذي اشتري بقيمته يوم القبض، وله نصف أجرة المثل أو جُعْله في ذهابه، ثم له أجرة المثل في إتيانه للنصف الذي جعل على ملك الجاعل، والفرق بين أجرة المثل وجُعْله ما تقدم من أن المستثنى من الأصول الممنوعة إذا فسد؛ هل يرجع إلى الأصل الذي استثنى منه، وهو هنا الإجارة، فيكون له أجرة المثل، أو يُقال: إنه قد صار أصلاً، فإذا فسد ففيه جُعْلُ المثل؟.

[استحقاق الأبق من يد موجدِه]:

ولو جَعَلَ له جُعْلاً على أن يأتي بعبد الأبق، فلما أتى به استحق من يده، فإن استحق إلى عبودية، فقل: لا شيء له لأن الجاعل ما انتفع، والمستحق لم يأمره بذلك، وقد يأخذه من الجاعل، لأنه أدخله في العمل، وجاء بالعبد المذكور، والاستحقاق مُصِيبَةٌ نزلت بالجاعل، وإن استحق إلى حُرِّيَّة فلا شيء له، لأن الحر لا يَأْبَق، لأن الأرض كلها له.

[اختلاف الجعل وقدره باختلاف قدر العمل والألفاظ الدالة عليه]:

ومن قال: مَنْ أتى بعبد الأبق فله دينار، فإن أتى به مَنْ سَمِعَهُ فله ذلك مَنْ كان مِنَ السَّامِعِينَ، لأنَّ مَنْ تقتضي العموم، وإن أتى به مَنْ لم يسمعه، فقل: له أجرة المثل مُطْلَقاً، وقيل: ما لم ينقص عما جعل له من الدينار، لأنَّ الجاعل قد رضي بذلك، وما لم يزد عليه، لأنه لم يرض بأزيد، وهذا كله إن كان الأتي به مِمَّن يشتغل برِدِّ الأبق، وإن لم تكن جُرْفَتُهُ ذلك فلا شيء له، لأنه إنما فعله حِسْبَةً، إلا أن يكون سمع قوله: من يأتي بعبدٍ فله جُعْلٌ، لأنه قد عممه بلفظه.

قوله: (عَلَيْهِ أَكْثَرُ الْجُعْلَيْنِ) (2) لأنَّ الجاعل قد رضي بذلك، وقسمه على جُعْلَيْهِمَا عَدْلٌ بينهما، فلو كان جُعْلُ أحدهما ثوباً، والثاني خمسة، وكانت قيمة الثوب عشرة، فلصاحب الثوب ثلثاه (3)، وصاحب الخمسة مُخَيَّرٌ بين أخذ ثلث الثوب، أو قيمة ثلاثة وثلاث.

قوله: (وَالرَّوَايَةُ الْآخَرَى) (4) هذا قول ابن نافع، قالوا: وهي أحسن من الأولى التي

(1) ربما يكون لهذا معنيان: الجعل يكون أكثر غرراً للتقدير الذي ذكره، أو أن الجعل يكون أكثر قرباً في الحمل عليه من الإجارة.

(2) هذه إحدى الروايتين فيمن ((جَعَلَ في عبد له أبق جُعْلَيْنِ مختلفين لرجلين)). المصدر السابق.

(3) لأن قيمة ثوبه عشرة، وقيمة الثاني خمسة، وحاصلهما خمسة عشر، فالعشرة بينهما على نسبة الثلثين والثلث.

(4) وهي ((أن عليه لكل واحد منهما نصف جُعْله)). المصدر السابق.

هي المذهب⁽¹⁾، ووجهها أن كل واحد قد رضي في مجيئه بكل ما جعل له، وفي الحقيقة إنما أتى بنصفه، ولو جعل له على الإثنان بعدين ديناراً فأتى بأحدهما، ففيه خلاف، وقيل: له جعل المثل، وقيل: ينقسم الدينار على قيمتي العبدین، فيؤخذ من الدينار ما يقابل قيمة الذي أتى به، وقيل: له نصف الدينار، لأنه نصف العمل.

[الأجرة على حصاد الزرع وغيره بجزء منه]:

قوله: (ولا بأس بحصاد الزرع بنصفه)⁽²⁾ لأن الكل معلوم، فالتصف كذلك، وكما يجوز بيع كُله فكذلك بعضه، فلو اخترق الزرع قبل الحصاد وبعد العقد، كانت مصيبة التصف من المَجْعُول، لأنه قد صار في ملكه وفي ضمانه، ويلزمه أن يحصد للجاعل زرعاً مثل ذلك بغير أجرة، أو يرجع عليه الجاعل بأجرة حصاد مثله.

قوله: (ولا يجوز حصاد يوم بنصفه)⁽³⁾ لأن ذلك مجهول، وكذلك ما يسقط من نفض الزيثون - إذا لم يستوف نفص الجميع - مجهول، وأما الجميع فمعلوم، فيجوز بيع كُله وبعضه.

قوله: (ولا بأس باستخراج المياه)⁽⁴⁾ هذا أخذ بطرف من الجعل، لأن قدر العمل مجهول، ومن الإجارة لعلمهما بتلك الأرض وبُعْدِ الماء وقُرْبِهِ، ولو كانت الأرض مجهولة من كل وجه لم يجر الجعل، لكثرة الغرر، لأنه يؤدي إلى ذهاب عمله مجاناً، فلا بد أن يكون لها أمارات تغلب على ظنه صفتها، وكذلك طالب الأبق إذا لم يكن له خبيرة بذلك ولا بالجهات لم يجز ذلك، لكثرة الغرر، إلا أن يضرباً أجلاً للعمل، فيكون إجارة، وله الأجرة وجد أو لم يجد.

ولو شرع في العمل ثم تركه، فلا يخلو أن تكون البئر في أرضه أو لا، فإن لم تكن في أرضه فلا شيء له، لأنه لم ينتفع الجاعل، وإن كانت في أرضه فله بقدر ما عمل (لأنه قد انتفع بما عمل له)⁽⁵⁾.

[الجعالة والقراض والمساواة مستثنون من الإجارة الفاسدة والمجهولة]:

وكما أن الجعالة مستثناة من الإجارة الفاسدة، فكذلك القراض مستثنى من أصل ممنوع - أيضاً - وهو الإجارة المجهولة، لأنه لا يدري أكون فيه ربح أو لا، وإذا كان فلا يدري ما قدره؟ فقد استأجره رب المال بأجرة مجهولة والعمل مجهول، فالجهل من

(1) ينظر المدونة: 469/3، والذخيرة: 20/6.

(2) في الأصل: ((وجداد الثمر بنصفه)) التفریع: 190/2.

(3) أي لا يجوز الأجرة بنصف ما يحصد في ذلك اليوم. ينظر المصدر السابق: 191/2.

(4) (... بأجرة معلومة إذا عرفت الأجير والمستاجر بُعد الماء وقُرْبِهِ). المصدر السابق.

(5) ما بين القوسين سقط من (و).

الطرفين فيه.

وكذلك المُساقاة استأجره ربُّ الأرض - أيضا - بأجرة مجهولة، لا يدري هل تحصل له أو لا؟ وإذا حَصَلَتْ، فلا يدري قَدَرُها، وفيها - أيضا - بَيْعُ الثمر قبل بُدْوِ الصَّلَاح، لأنَّه استأجره بثمر لعلَّه لم يَبْدُ صلاحه، إلا أنَّه رُخِّصَ في ذلك كُلِّه لمكان المصلحة العامة، لأنَّه يكثر مِنَ النَّاسِ مَنْ لَهُ مَالٌ لا يقدر على تنميته بنفسه، فرُخِّصَ في أن يدفعه إلى غيره على هذا الوجه، ولم يُجْعَلْ للعامل أَجْرَةٌ معلومة يأخذها البتَّة، لئلا يحمله ذلك على التَّفْرِيط وتَرْكِ الْجِدِّ، ولم يُجْعَلْ - أيضا - الضَّمَانُ على العامل، لئلا يُؤدِّي إلى امْتِنَاعِهِ مِنْ أَخْذِهِ، فكان الْعَدْلُ للجميع، والأصل⁽¹⁾ أن يُجْعَلَ له جزءٌ من الرِّبْح، وأن لا يُكَلَّفَ ضمانُ المال.

وكان الْقِرَاضُ في الجاهلية، وأوَّلُ مَنْ أَقَرَّه في الإسلام عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(1) في (و) الأصلح.

كتاب الشركة⁽¹⁾

[الدليل على مشروعيتها]:

أصلها قوله: - تعالى -: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ﴾⁽²⁾ وَكَلَّوْهُ عَلَى أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُمْ عَلَى الشَّرْكَةِ، إِلَّا أَنَّهُ يُحْتَمَلُ أَلَّا شَرَكَةً، وَالَّذِي يَدُلُّ عَلَى صِحَّتِهَا، قوله - تعالى - فِي الْيَتَامَى: ﴿وَإِنْ خَالَطُوهُمْ فَارْحَمُوهُمْ﴾⁽³⁾ قِيلَ: نَزَلَتْ فِي الشَّرْكَةِ فِي الْإِنْفَاقِ، وَأَيْضًا الْإِجْمَاعُ⁽⁴⁾ عَلَى مَشْرُوعِيَّتِهَا.

[أنواع الشركة وحقيقتها]:

وهي على ثلاثة أضرب:

- بِالذِّمِّ، وهي باطلة، وهي أَنْ يَشْتَرِيَ⁽⁵⁾ شَيْئًا⁽⁶⁾ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا عَلَى ذِمَّتِهِمَا⁽⁷⁾ وَفِي ضَمَانِهِمَا، فَإِذَا بَاعَهَا فَالرَّيْحُ بَيْنَهُمَا، فَقَدْ اشْتَرَى كُلُّ وَاحِدٍ نِصْفَهُ بِالْأَصَالَةِ وَنِصْفَهُ عَلَى الْكَمَالَةِ⁽⁸⁾، وَهَذَا ضَمَانٌ عَلَى شَرْطِ الشَّرْكَةِ، وَالضَّمَانُ مَعْرُوفٌ، وَذَلِكَ يُخْرِجُهُ عَنْ بَابِهِ فَيُطْلَى، وَإِذَا بَطُلَ بَطُلَتِ الشَّرْكَةُ.

- وَبِالْمَالِ، وهي على ثلاثة أضرب: عَيْنٌ وَعَرْضٌ وَطَعَامٌ (.....)⁽⁹⁾.

فَالْعَيْنُ إِنْ كَانَتْ مِنْ نَوْعٍ وَاحِدٍ فَلَا خِلَافَ فِي جَوَازِهَا، وَكَانَ يَنْبَغِي عَلَى الْأَصُولِ أَلَّا تَجُوزَ، لِأَنَّ فِي ذَلِكَ بَيْعَ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ، وَالْوَرَقَ بِالْوَرَقِ غَيْرَ يَدٍ بِيَدٍ، وَذَلِكَ أَنَّهُ تَبَقَّى يَدُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا جَائِلَةً بِالتَّصَرُّفِ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ، وَحُكْمُ بَيْعِ⁽¹⁰⁾ الْمُنَاجَزَةِ أَنْ يَنْفَصِلَا، وَلَا يَبْقَى لِأَحَدِهِمَا حَقٌّ وَلَا تَصَرُّفٌ فِيمَا خَرَجَ عَنْ يَدِهِ، لَكِنَّهُ

(1) خالف المصنّف الترتيب الموجود في أصل التفريع، فكتاب الشركة ترتيبه بعد كتابي القراض والمُسَاقَاةَ، وهذا الكتابان قدمها الشارمساحي - أيضا - عن محلّهما المذكور من كتاب التفريع، حيث قدمهما وأتى بهما في آخر الجزء الأول من هذا المخطوط بعد (باب ما يحرم من الأشربة)، في حين أن ابن الجلاب أخرهما بعد الإجارة والجعالة. ينظر التفريع: 191/2، 201، 193، 205.

(2) الكهف: 19.

(3) البقرة: 220.

(4) في (و) الإرجاع.

(5) في (و) يشتري.

(6) في (و) أشياء.

(7) سقطت من (غ).

(8) كذا وردت في (و) ومضبية في (غ). فقد تكون محرفة عن لفظ (الوكالة) لأنه اشترى عن نفسه وعن غيره.

(9) ما بين القوسين مقدار أربع كلمات مضبية من (غ).

(10) في (و) بين.

سُومِحَ فِي ذَلِكَ لِلضَّرُورَةِ.

وقد اختلف في الشركة، هل هي ببيع؛ لأنه دخل على أن يأخذ جزءاً مما أخرج صاحبه عوضاً عن جزءٍ مما أخرج هو، أو معروف، لما قلنا من المحذور⁽¹⁾؛ وإذا اختلف النوع الواحد بأن يكون أحدهما تبرا والثاني مسكوكا، أو جيّداً أو رديئاً، أو سبغة أحدهما أجود من سبغة الآخر، فإن كانت الزيادة كثيرة لها بال لم يجر، لأنه ينضاف التفاضل إلى المحذور المذكور فيمتنع، وإن كان من نوعين ذهب وفضة، فقولان؛ بناء على أنها بيع فيمتنع، لأنه ينضاف إلى ذلك الصرف المستأخر، أو معروف وتعاون يجوز.

وأما العروض فتصح الشركة فيه بالقيمة، فيرجع إلى العين، ولا تصلح الشركة في عينه، لأنه ليس من ذوات الأمثال.

وأما الطعام، فمنعه مالك مطلقاً من نوع أو من نوعين⁽²⁾، لأنه أضيّق من العين، إذ لا يجوز بيعه قبل قبضه، وفيه بيع الطعام بالطعام غير يد بيد، لما تقدّم من بقاء أيديهما جائلة في الجميع، وجوّزه ابن القاسم في النوع الواحد⁽³⁾، لأنه لا يتحقّق فيه البيع، وهو من ذوات الأمثال، فتصح الشركة في عينه، كالذنانير والدرهم التي هي رؤوس الأموال وقيم المتلفات، وعند القسمة يرجع إلى كلّ واحد مثل ما خرج عن يده، بخلاف العرض؛ إذ لا مثل له، ولا يجوز بالقيمة على أن يرجعها إليها عند القسمة ويشتركا في عين الطعام، لأنه يؤدّي إلى التفاضل، مثل أن يخرج أحدهما إردب قمح بدينار، والثاني إردب شعير بنصف دينار، ثم يشتركان أثلاثاً، فقد دفع ثلث إردب قمح في ثلثي إردب شعير⁽⁴⁾، ولو كانا من عين جائز⁽⁵⁾.

[الربح والعمل على قدر المال]:

قوله: (لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمَالُ مَتَمَاتِلًا وَالرَّابِحُ مُتَفَاضِلًا، وَلَا عَكْسُهُ)⁽⁶⁾ لأنه يكون أحدهما قد شرط على الآخر ذلك، فينضاف إلى محذور الشركة هذا الشرط الفاسد، لأنه أكّل المال بالباطل، ولكن إن اختارا ذلك؛ فعلاه عند نضوض⁽⁷⁾ الربح لا في نفس العقد، وكذلك يكون عمل كلّ واحد على قدر ماله، لما في ذلك من اشتراط ما لا

(1) وهو امتناع التقابض يدا بيد.

(2) ينظر المدونة: 607/3.

(3) ينظر المصدر السابق.

(4) هذا إذا رجعا بما دفعاه إلى القيمة.

(5) اقتصر هنا على ذكر شركة الدّم وشركة المال، وأخر شركة الأبدان مكتفياً بقول ابن الجلاب: (ولا بأس بشركة الأبدان)؛ سيأتي ذكره.

(6) ينظر التقرير: 205/2.

(7) النضوض: المراد به هنا تيسر الربح واستنجاهه. ينظر لسان العرب، مادة: نضض.

يجوز.

قوله: (فَأَجْرَةُ الْمِثْلِ)⁽¹⁾ يعني أَنَّهُ عَمَلٌ فِي أَلْفٍ وَنِصْفٍ، وَإِنَّمَا كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يَعْمَلَ فِي أَلْفٍ فَقَطْ، فَيَأْخُذُ أَجْرَةَ عَمَلِهِ فِي نِصْفِ أَلْفٍ، وَهُوَ سُدُسُ الْعَمَلِ⁽²⁾.

[شركة الأموال]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ أَنْ يُخْرَجَ كُلُّ وَاحِدٍ ذَهَبًا وَوَرَقًا)⁽³⁾ أي إِذَا أَخْرَجَ صَاحِبُهُ كَذَلِكَ، فَيَقَابِلُ ذَهَبًا⁽⁴⁾ بذهب، وَوَرَقًا بَوَرَق، وَكَأْتَهُمَا شَرِكَتَانِ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ.

قوله: (لَا يَجُوزُ بِمَالَيْنِ مُفْتَرِقَيْنِ)⁽⁵⁾ لَأَنَّهُ إِذَا لَمْ تَكُنْ يَدُ أَحَدِهِمَا جَائِلَةً فِي الْمَالِ الثَّانِي، وَيَكُونَانِ فِي بَلَدٍ وَاحِدٍ؛ لَمْ يَحْصُلْ قَطُّ تَعَارُضٌ⁽⁶⁾ بَيْنَهُمَا، وَهُوَ الْمَقْصُودُ مِنْ شَرْعِ الشَّرِكَةِ.

قوله: (فِي كَيْسٍ وَاحِدٍ وَإِنْ لَمْ يَخْلُطَا)⁽⁷⁾ لَأَنَّهُ إِذَا كَانَتْ يَدُ كُلِّ وَاحِدٍ تَجُولُ فِيهِ مَتَى شَاءَ، فَهُوَ مَخْلُوطٌ حَكْمًا، وَلَا يَضُرُّهُ عَدَمُ الْإِخْتِلَاطِ الْحَسِّيِّ، وَقَدْ شَرَطَ ذَلِكَ سُخْنُونُ، فَمَنْعَ وَقُوعِ الشَّرِكَةِ إِذَا كَانَا مُفْتَرِقَيْنِ وَإِنْ كَانَا فِي خَرَجٍ وَاحِدٍ.

قوله: (وَلَا بَأْسَ أَنْ يَكُونَ ذَهَبٌ أَحَدُهُمَا أَجُودَ)⁽⁸⁾ يعني إِذَا كَانَا التَّفَاوُتَ بَيْنَهُمَا يَسِيرًا لَا بَالَ لَهُ، وَإِذَا كَثُرَ ذَلِكَ أَوْ تَفَاضَلَا فِي الْوِزْنِ فَلَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ، فَخَرَجَ عَنْ بَابِ الْمَعْرُوفِ.

[شركة الأبدان]:

قوله: (لَا بَأْسَ بِشَرِكَةِ الْأَبْدَانِ)⁽⁹⁾ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ⁽¹⁰⁾، فَإِنَّهُ قَالَ: يَنْبَغِي أَلَّا تَجُوزَ الشَّرِكَةُ أَصْلًا لَمَّا فِيهَا مِنَ الْمَحْذُورِ، فَجَازَتْ فِي الْأَمْوَالِ بِالْإِجْمَاعِ، وَبَقِيَ مَا عَدَا ذَلِكَ عَلَى الْأَصْلِ فِي الْمَنْعِ، وَدَلِيلُنَا قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ﴾⁽¹¹⁾ الْآيَةُ، لِأَنَّهُمْ اشْتَرَكُوا فِي الْعَمَلِ بِالْأَبْدَانِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْأَمْوَالِ وَالْأَبْدَانِ فِي قِصْدِ

(1) ((رجع صاحب الألف على صاحب الألفين بأجرة المثل في نصف الألف الزائد)) التفريع: 205/2، 206.

(2) وهو سدس المال - أيضا - حيث عمل مقابل هذا السدس ولم يشارك به.

(3) المصدر السابق: 206/2.

(4) في (و) بل ذهب.

(5) ((لا يجوز أن يشتركا بمالين مفترقين)) المصدر السابق.

(6) كذا وردت في (و) ومضبية من (غ). والمراد به التعاوض الحقيقي بين المالين، فقد تكون محرفة عن لفظ (تعاوض).

(7) لا بأس إذا اشتركا وجمعا المالين في كيس واحد، وإن لم يخلطاه. ينظر المصدر السابق.

(8) وذلك ((إذا استوى الذهبان)). المصدر السابق.

(9) المصدر السابق.

(10) ينظر المذهب في فقه الإمام الشافعي: 158/2.

(11) الأنفال: 41.

التَّعَاوُنَ بِهَا.

قوله: (وَلَا بُدَّ أَنْ تَكُونَ الصَّنْعَةُ وَاحِدَةً)⁽¹⁾ وحينئذ يحصل التَّعَاوُنُ وَيَتَّحِدُ الْمَوْضِعُ، وَإِلَّا إِذَا افْتَرَقَ فَلَا تَعَاوُنَ. وَإِنْ تَقَارَبَا فِي الصَّنْعَةِ فَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا يَعْمَلُ رَفِيعَ تِلْكَ الصَّنْعَةِ وَالْآخَرُ دَنِيَّهَا؛ صَارَتْ كَسَلْعَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْنِ.

قوله: (الْمُعَلِّمِينَ)⁽²⁾ تعليم الصِّبْيَانِ الْقِرَاءَةَ وَالْكِتَابَةَ.

قوله: (وَلَا بَأْسَ بِالتَّفَاضُلِ فِي الْعَمَلِ)⁽³⁾ أَي عَلَى التَّطَوُّعِ لَا عَلَى الشَّرْطِ.

(1) (مثل الخياطين والقصارين والحدادين)). التفريع: 206/2.

(2) ((ولا بأس بشركة المعلمين)). المصدر السابق.

(3) ينظر هذه الزيادة في بعض نسخ التفريع من هامش المصدر السابق.

كتاب القَسَامَةِ

[أصل القسامة وتعذر الإشهاد على القتل]:

أصلها حديث حُوَيْصَةَ وَمُحَيِّصَةَ (1) لما قتل أحدهما (2) وادَّعوا أن يهود خيبر (3) قتلوه، فقال رسول - الله ﷺ - لُولَاتِه: ((اَحْلِفُوا خَمْسِينَ يَمِينًا)) (4) وعينوا منهم واحدا فأبوا، فقال رسول الله - ﷺ -: ((قَتَبَرُكُمْ يَهُودُ بِخَمْسِينَ يَمِينًا)) (5) وهذا خارج عن قياس ما ثبت في الشرع من أن ((البينة على المدعي واليمين على من أنكر)) (6) لكن لما كان القتل إنما يُفعل في خفية تعذر الإشهاد فيه، وكان الدَّم خطيرا اكتفي فيه من جهة ولاية الدَّم باللَّوْث (7)، وذلك بشهادة عدل واحد بالقتل، فترجَّح فيه جانب المدَّعي فكانت اليمين من قبيله كما في سائر الحقوق، لأنَّ المدَّعى عليه يترجَّح جانبه بدعواه أصل البراءة فلم يُنْتَقَت إلى قول المدَّعي، ولذلك لا يحلف المدَّعى عليه بمجرَّد دعوى المدَّعي، خلافا للشَّافعي، فإنَّه يحلف المدَّعى عليه في طلاق أو عتق أو حقَّ يُدَّعى عليه لمجرَّد قول المدَّعي، وفي ذلك إدخال ضرر على النَّاس، فقال مَالِكٌ: لا بد من لَوْثٍ بخلْطَة (8) أو شهادة واحد؛ بذلك يترجَّح جانب المدَّعي فيكون اليمين من جهته، لأنَّ اليمين إنَّما تُشَرَّع من جهة من ترجَّح جانبه، وغلُظت في الدَّم بالعدد والمكان والزَّمان حتَّى لا يقوم عليها المبطل.

- (1) حُوَيْصَةَ بن مسعود بن كعب الأنصاري الحارثي، يكنى أبا سعيد، أخ مُحَيِّصَةَ لأبيه وأمه وأُسُّ منه، وكان مُحَيِّصَةَ أنجب وأفضل، وتقدَّم إسلامه عن أخيه، لهما قصة ابن عمهما المقتول مع رسول الله - ﷺ - في حديث القسامة، شهدا أحداً والخندق وسائر المشاهد مع رسول الله - ﷺ - ينظر الاستيعاب: 409/1، 1463/4، والإصابة: 124/2، 37/6..
- (2) لم يُقْتَل أو يُقْتَل أحدهما، وإنما قُتِل عبدُ الله بن سهل، ابن أخ حُوَيْصَةَ وَمُحَيِّصَةَ، كما في البخاري: 123/4 حديث رقم 3173 من حديث سهل بن أبي حنمة مرفوعا.
- (3) سقطت من (و).
- (4) أخرجه مسلم: 1291/3 حديث رقم 1669 من حديث سهل بن أبي حنمة ورافع بن خديج مرفوعا.
- (5) أخرجه مسلم: 1291/3 حديث رقم 1669 من حديث سهل بن أبي حنمة ورافع بن خديج مرفوعا.
- (6) تقدَّم تخريجه في أول كتاب البيوع.
- (7) اللَّوْث: شبه الدَّلالة على حدث من الأحداث ولا يكون بينة تامة، وقال ابن الحاجب: ما دل على قتل القاتل من غير بينة كاملة فيه أو في نفيه. ينظر معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية: 187/3.
- (8) بأن خالطه ببيع أو قرض أو شركة أو أي معاملة تكون دليلا على خلطته مع اليمين، وهي من أسباب رفع الدَّعوى على المدَّعى عليه. ينظر مدونة الفقه المالكي وأدلتها: 61/5، ومعجم المصطلحات والألفاظ الفقهية: 46/2.

[الشهادة التي توجب القسامة والتي لا توجبها]:

قوله: (وَشَهَادَةُ الْوَاحِدِ) (1) يعنى العَدْل.

قوله: (وَفِي شَهَادَةِ النِّسَاءِ رَوَايَتَانِ) (2) وجه أنها لوْثٌ؛ أن المقصود من اللّوْث غلبة الظن، ووجه أنها ليست لوْثاً؛ أنّهن ليس من جنس ما يتبث به القتل.

قوله: (وَكَذَلِكَ شَهَادَةُ الْوَاحِدِ غَيْرِ الْعَدْلِ وَالْجَمَاعَةِ) (3) أي في ذلك قولان، وكذلك الذّمّيون قولان، فوجه أنها لوْثٌ؛ أنّه يصلح الترجّح بها، ووجه أنها ليست لوْثاً؛ أنّهم ليسوا ممن يُقبَل في الشهادة.

[وجود القتل في قرية قوم ليس لوْثاً]:

ووجود المقتول بحارة عدوّه ليس لوْثاً عند مالك، لما في ذلك من سدِّ الذريعة؛ بأن يتوصل العدو إلى عدوّه بأن يرمي المقاتل في حارته، وليس في حديث خوِصّة دليل على أنّ وجوده إلى جانب يهود لوْثٌ، لاحتمال أن يكون ﷺ قد أوحى إليه في ذلك اللّوْث من تلويث الغرض.

قوله: ((وَيُقْرَبُهُ)) (4) رَجُلٌ (5) هذا لوْثٌ، لأنّه قرينة تدل على القتل.

[عدد وصفة الأيمان وولادة الدّم في قتل العمد]:

قوله: (خَمْسِينَ يَمِينًا) (6) هذا التّحديد تعبُّدٌ.

قوله: (مَا بَيْنَ خَمْسِينَ إِلَى رَجُلَيْنِ) (7) لأنّ الواحد لا يُقسِم في العمد، لأنّ هذه الأيمان أُقيمت مقام الشُّهود، ولذلك [بِدْي] (8) بالمدّعين، ولا يثبت الدّم بأقلّ من شاهدين، وأما في الخطأ فيحلف الواحد، لأنه مالٌ، فهو أهون، ولأنّ الحالف في الدّم يشبه الشّاهد.

قوله: (وَلَا تُقْسِمُ فِيهِ امْرَأَةٌ) (9) هذا المذهب، لأنّ الدّم إنّما يُستحقّق بالتّعصيب، لأنّه من باب التّناسر، وذلك مخصوص بالرجال، وهذا في العمد، وقيل: إنه يُقسِم فيه النِّسَاء وإن انفردن كالخطأ.

(1) (وشهادة الشاهد الواحد لوْثٌ تُوجب القسامة)) التفریع: 207/2.

(2) المصدر السابق.

(3) ((إذا لم يكونوا عدولاً)). المصدر السابق.

(4) في (و) ويُقرّ به، وفي (غ) طمس غير مقروء.

(5) ((إذا وُجد رجل مقتول وُجد بقُربِهِ رجل معه سيف)) المصدر السابق.

(6) ((ويبدأ في القسامة بالمدّعين... فيحلفون خمسين يميناً)). المصدر السابق: 208/2.

(7) ((وهذا إذا كان عددهم بين خمسين رجلاً إلى رجلين)). المصدر السابق.

(8) في (و) يرى، في (غ) طمس غير مقروء.

(9) المصدر السابق.

قوله: (يُقْتَصَرُ مِنْهُمْ عَلَى خَمْسِينَ) (1) لئلاَّ يَزَادَ فِي تَحْدِيدِ الشَّارِعِ ﷺ.
قوله: (يَحْلِفُونَ كُلُّهُمْ) (2) وَجْهُهُ أَنَّهُ قَدْ يَرْجِعُ بَعْضُهُمْ فَيَبْطُلُ الْقِصَاصُ بِنُكُولِهِ، فَهَذِهِ فائدة.

[نكول أحد ولادة الدَّم عن الحلف في قتل العمد]:

قوله: (فَفِيهَا رَوَايَتَانِ) (3) بناء على الخلاف في الواجب بالقتل، وهل الْعَمْدُ قَوْدٌ (4) كُلُّهُ فلا يؤخذ فيه إلا النَّفْس، أو الْوَلِيُّ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْقِصَاصِ وَالْدِّيَّةِ؟ فعلى التَّخْيِيرِ لَمَّا تَعَدَّرَ الْقِصَاصُ بِنُكُولِ بَعْضِ الْوَلَاةِ رَجَعَ إِلَى الدِّيَّةِ، وَمَتَى تَعَدَّرَ الْقَوْدُ فِي الْعَمْدِ فَيَرْجِعُ إِلَى الدِّيَّةِ، فَهَلْ تَكُونُ عَلَى الْعَاقِلَةِ كَالْخَطَا، أَوْ فِي مَالِ الْقَاتِلِ؟ قولان.
قوله: (لَا دِيَّةَ لَهُمْ) (5) هذا على أَنَّ الْعَمْدَ قَوْدٌ كُلُّهُ.

[عفو بعض الأقارب أو الأباعد من العصبية في العمد]:

قوله: (فَعَفَا عَنْهُ بَعْضُهُمْ) (6) فيه - أيضا - القولان الْمُتَقَدِّمَانِ، وَاقْتَصَرَ عَلَى ذِكْرِ أَحَدِهِمَا.

قوله: (وَهَذَا إِذَا كَانَ وُلَاةُ الدَّمِ بَنِينَ) (7) وجه ذلك أَنَّ الْعَاصِبَ الْقَرِيبَ مِنَ الْمَيِّتِ، كَالْأَبْنِ وَابْنِهِ وَالْأَخَ وَابْنَهُ تَطَرَّقَتِ التُّهْمَةُ إِلَيْهِمْ بِالْعَفْوِ، مَعَ أَنَّ شَأْنَ هَؤُلَاءِ التَّشْفِيٍّ مِنْ قَاتِلٍ وَلِيَّهِمْ، بِخِلَافِ الْعَمِّ وَبَنِيهِ لَا يُتُّهَمُونَ فِي الْعَفْوِ لِبُعْدِهِمْ، فَلِذَلِكَ جَازٌ فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ لِمَنْ بَقِيَ مِنْهُمْ أَنْ يُقْسِمُوا وَيَأْخُذُوا بِالْقِصَاصِ.

قوله: (وَيَتَخَرَّجُ عَلَى رَوَايَتَيْنِ) (8) هذا بناء على الخلاف هل الْعَمْدُ قَوْدٌ كُلُّهُ فَإِذَا تَعَدَّرَ فَلَا دِيَّةَ، أَوْ هَلِ الْوَلِيُّ مُخَيَّرٌ بَيْنَ الْقِصَاصِ وَالْدِّيَّةِ فَإِذَا تَعَدَّرَ الْقِصَاصُ رَجَعَ إِلَى الدِّيَّةِ؟

- (1) ((إذا كان ولادة الدَّم أكثر من خمسين)). المصدر السابق.
- (2) ((والرواية الأخرى أَنَّهُمْ يَحْلِفُونَ كُلُّهُمْ)). المصدر السابق.
- (3) إذا نكل أحد المدَّعين عن اليمين؛ هل يسقط حقهم في الدِّيَّةِ وَثَرَدَ الْإِيمَانُ عَلَى الْمَدَّعَى عَلَيْهِمْ، أَوْ يَحْلِفُ الْبَاقِي وَيَسْتَحِقُّونَ نَصِيْبَهُمْ، رَوَايَتَانِ. ينظر المصدر السابق.
- (4) الْقَوْدُ: الْقِصَاصُ. ينظر معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية: 256/1.
- (5) إذا نكل أحد المدَّعين، وهي إحدى الرَّوَايَتَيْنِ. ينظر التفریع: 208/2.
- (6) إذا أقسموا كلهم فوجب القود لهم، فعفا عنه بعضهم، سقط الدم ووجب لمن بقي.. الدِّيَّةُ)). المصدر السابق.
- (7) المصدر السابق. متعلق بالمسألة التي قبلها فيما إذا عفا بعضهم وسقط الدَّم .
- (8) يتخرج ذلك في ما إذا عفا بعض العصبية الأباعد وسقط القود، هل للباقي أَنْ يُقْسِمُوا وَيَسْتَحِقُّوا الدِّيَّةَ، أَمْ لَا قَوْدَ وَلَا دِيَّةَ لَهُمْ؟. ينظر المصدر السابق.

[حكم المدعى عليهم إذا نكلوا عن القسامة]:

قوله: (وَرَدَّتِ الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِمْ)⁽¹⁾ إن حلفوا فلا شيء عليهم، وإن نكلوا حبسوا، قيل: أبدا، لأنهم قادرون على الحلف، وقيل: إن طال حبسهم تركوا، ويضرب كل واحد مائة ويحبس سنة، وكذلك كل من قتل عمدا وتعذر القود بوجه ما، وهذا استحسان وتشبيه بالزاني إذا لم يثبت⁽²⁾ في حقه الرجم، فإنه يضرب مائة ويحبس سنة، فذلك اللوث هنا لا بد له من أثر إذا تعذر القود.

[اختلاف العصبية الأبعد مع الأم والبنت والأخت في القصاص والعفو]:

قوله: (وَلَا حَقَّ لِلْبَنَاتِ (مَعَ الْبَنِينَ)⁽³⁾)⁽⁴⁾ لأنهم استنوا في [القعد]⁽⁵⁾، وفصل الذكور بأنهم عصبية فحبسهم، وعلى القول الثاني يستون، أعني من يرث من النساء، لكنهم لا يحلفون في العمد، إلا في الخطأ لأنه مال.

قوله: (وَمَنْ قُتِلَ وَلَهُ عَصَبَةٌ)⁽⁶⁾ يريد أن النساء يدخلن مع العصبية البعاد، كالبنات والأم والأخت، فهؤلاء لقربهن يستون (مع العصبية فيقسمون)⁽⁷⁾ معهم، فإذا اختلفوا فدم العصبية لأنهم أحق بالدم، وقيل: يقدم من طلب الدم لخطارته، وقيل: من طلب العفو (لأنه مندوب إليه)⁽⁸⁾.

[تقسيم الدية بعد العفو عن القاتل ودخول الوصية فيها]:

قوله: (وَعُفِيَ عَنِ الْقَاتِلِ عَنِ⁽⁹⁾ الدية)⁽¹⁰⁾ إن وقع الصلح على شيء بعينه فذلك لهم، وإن وقع منهما⁽¹¹⁾ فالدية المحدودة شرعا.

قوله: (فَالِدِيَّةُ مَوْرُوثَةٌ عَلَى فَرَايضِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ)⁽¹²⁾ وقيل: لا يرثها إلا العصبية، وليس العمل عليه.

(1) وذلك إذا ((نكل المدعون للدم عن القسامة)). المصدر السابق: 209/2.

(2) في (و) يتب.

(3) سقطت من (غ).

(4) ((ولا حق في الدم للبنات مع البنين)). المصدر السابق.

(5) في (و) القعود، وفي (غ) سواد غير مقروء. والقعد: المرتبة والقرب. ينظر لسان العرب مادة: قعد، والإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام شرح ميارة: 507/2

(6) ((وله أم أو بنت أو أخت، واختلفوا)). التقرير: 209/2.

(7) سقطت من (غ).

(8) كذا في (غ) وفي (و) وقيل: من طلب الدم لخطارته.

(9) كذا وردت في النسختين ولم ترد كذلك في التقرير: 209/2. والمراد بها العفو عن القاتل مقابل الدية.

(10) ((إذا قبلت الدية... وعُفي عن القاتل... فهي موروثة)). المصدر السابق.

(11) كذا وردت في (و) وفي (غ) طمس. والأقرب أن تكون محرفة عن لفظ (عليها)، ((وإن وقع عليها فالدية المحدودة شرعا)).

(12) ((فهي موروثة... لجميع من يرث الميت)). المصدر السابق.

قوله: (وَيُقْضَى مِنْهَا دِيْنُهُ)⁽¹⁾ لَأَنَّهُ لَا مِيرَاثَ إِلَّا بَعْدَ الدَّيْنِ.

قوله: (وَلَا تَدْخُلُ فِيْهَا وَصِيَّتُهُ)⁽²⁾ لَأَنَّهُ مَالٌ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ، كَمَا لَوْ طَرَأَ لَهُ مَالٌ بَعْدَ مَوْتِهِ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ، فَلَوْ عَلِمَ بِهَا مِثْلُ أَنْ يَكُونَ هَذَا الَّذِي عَفَا عَنْ دَمِهِ إِلَى الدِّيَّةِ، أَوْ وَلِيُّهُ يَرْضَاهُ⁽³⁾.

[مَا تُوجِبُهُ الْقِسَامَةُ وَالْبَيِّنَةُ وَالْإِقْرَارُ مِنَ الْقَتْلِ]:

قوله: (لَا يُقْتَلُ بِالْقِسَامَةِ إِلَّا وَاحِدٌ)⁽⁴⁾ هَذَا لضعفها، وقيل: يُقْتَلُ بِهَا الْجَمَاعَةُ.

قوله: (وَيُقْتَلُ بِالْإِقْرَارِ وَالْبَيِّنَةِ الْجَمَاعَةُ بِالْوَاحِدِ)⁽⁵⁾ لَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ، وَفِي حَدِيثِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ((لَوْ تَمَالَأَ عَلَى قَتْلِهِ أَهْلٌ (صَنَعَاءَ) لَقَتَلْتُهُمْ بِهِ))⁽⁶⁾.

[اِخْتِلَافُ وَلَاةِ الدَّمِّ فِي دَعْوَى الْقَتْلِ]:

قوله: (وَوَجِبَ لَهُمْ دِيْنُهُ)⁽⁷⁾ لَأَنَّ الْقَوْدَ قَدْ تَعَذَّرَ لَأَنَّهُ لَا يَتَبَعَّضُ، وَإِذَا تَعَذَّرَ الْقَوْدُ فَيُرْجَعُ إِلَى الدِّيَّةِ.

قوله: (لَا عِلْمَ لَنَا بِقَتْلِهِ)⁽⁸⁾ أَي لَا نَعْلَمُ هَلْ قَتَلَهُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً، فَهَوْلَاءُ لَا يُحْكَمُ لَهُمْ بِشَيْءٍ فِيهِ⁽⁹⁾، كَمَنْ قَالَ: لِي عِنْدَهُ حَقٌّ لَا أَعْلَمُ مَا هُوَ؛ فَيَسْقُطُ قَوْلُهُ، وَالْبَاقُونَ⁽¹⁰⁾ لَا يَدْعُونَ إِلَّا الْقَوْدَ؛ وَقَدْ تَعَذَّرَ فَلَا دِيَّةَ لَهُمْ، بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي بَعْدَهَا، لِأَنَّ الْبَاقِينَ يَدْعُونَ⁽¹¹⁾ فَيَقْسِمُونَ خَمْسِينَ يَمِينًا، وَيَسْتَحِقُّونَ حَضَّهُمْ مِنَ الدِّيَّةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ لَهُ أَخْوَانٌ أَحَدُهُمَا غَائِبٌ وَقُتِلَ خَطَأً، فَلَا يَأْخُذُ الْحَاضِرُ حِظَّهُ حَتَّى يَحْلِفَ خَمْسِينَ يَمِينًا، لَأَنَّهُ لَا يَسْتَحِقُّ الدِّيَّةَ وَلَا شَيْءَ مِنْهَا إِلَّا بِخَمْسِينَ يَمِينًا، فَإِذَا جَاءَ الْغَائِبُ حَلَفَ خَمْسًا

(1) المصدر السابق.

(2) المصدر السابق.

(3) إِذَا رَضِيَ الْمَقْتُولُ بَعْدَ أَنْ نَفَذْتَ مَقَاتِلَهُ، وَقَبِلَ وَرَثَتُهُ الدِّيَّةَ وَعَلِمَ بِقَبُولِهِمْ لَهَا، فَإِنْ الْوَصِيَّةُ تَدْخُلُ حِينَئِذٍ فِي مَالِ الدِّيَّةِ. يَنْظُرُ مَدُونَةُ الْفَقْهِ الْمَالَكِيِّ وَأَدْلَتُهُ: 292/5.

(4) التفریع: 209/2.

(5) المصدر السابق.

(6) أَخْرَجَهُ بَلْفُظُهُ مَالِكٌ مَوْقُوفًا فِي الْمَوْطَأِ: 871/2 حَدِيثٌ رَقْمُ 13 مِنْ حَدِيثِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ مَرْسَلًا، وَابْنُ خَالٍ: 10/9 حَدِيثٌ رَقْمُ 6896 مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ نَحْوَهُ مَوْقُوفًا.

(7) فِي مَا إِذَا اِخْتَلَفَ وَلَاةُ الدَّمِّ فِي الْقَتْلِ عَمْدًا كَانَ أَمْ خَطَأً ((أَقْسَمُوا كُلُّهُمْ عَلَى قَتْلِهِ وَوَجِبَتْ لَهُمُ الدِّيَّةُ)). التفریع: 210/2.

(8) ((وَإِنْ قَالَ بَعْضُهُمْ: قُتِلَ عَمْدًا، وَقَالَ بَعْضُهُمْ: لَا عِلْمَ لَنَا بِقَتْلِهِ)). المصدر السابق.

(9) سَقَطَتْ مِنْ (و).

(10) الَّذِينَ قَالُوا: قُتِلَ عَمْدًا.

(11) يَدْعُونَ قَتْلَ الْخَطَأِ، وَبَعْضُهُمْ لَا عِلْمَ لَهُمْ بِقَتْلِهِ، وَهِيَ الْمَسْأَلَةُ الَّتِي بَعْدَهَا، وَهِيَ تَخْتَلَفُ؛ كَمَا أَشَارَ إِلَيْهَا. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

وعشرين بقدر ما يأخذ⁽¹⁾.

[الخلاف في حكم الدية إذا بذل القاتل نفسه للقصاص]:

قوله: (أَحَدُهُمَا أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْقَاتِلِ)⁽²⁾ ووجهه أن العمد قَوْدٌ كُلُّهُ، ولأنَّ للقاتل أن يقول: أنا أختار القتل حتى أنفي عني عذاب الله في الآخرة، وأترك لورثتي ذلك المال الذي أدفعه.

قوله: (الْخِيَارُ فِي ذَلِكَ إِلَى وَلِيِّ الْمَقْتُولِ)⁽³⁾ هذا مذهب أَشْهَبَ، ووجهه الحديث ((مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ [بخير]⁽⁴⁾ النَّظَرَيْنِ، إِنْ شَاءَ قَتَلَ وَإِنْ شَاءَ اسْتَحْيَا)⁽⁵⁾ وأخذ (الدية)⁽⁶⁾ وهذا الحديث ليس بذلك⁽⁷⁾، ووافق ابنُ الْقَاسِمِ أَشْهَبَ إذا كان القاتل عبداً والمقتول حُرًّا؛ فقال: وليُّ المقتول بالخيار، والفرق أنَّ العبد سواء قُتِلَ أو اسْتَحْيِيَ فهو مالٌ، فإن استحيوه صار القتل كجناية جناها، فيكون السَّيِّدُ⁽⁸⁾ مُخَيَّرًا بين إسلام رَقَبَتِهِ أو افتكاكه بالدية.

[منع القسامة في العبيد والإماء وأهل الذمة والجراح]:

قوله: (وَلَا قَسَامَةٌ فِي عَبْدٍ وَلَا ذِمِّيٍّ)⁽⁹⁾ لأنها إِنَّمَا شُرِعَتْ فِي الْمُسْلِمِ الْحُرِّ، لأنَّ دمه خطير. وَالْجَرَّاحُ دُونَ النَّفْسِ، فلا قسامة فيها مع أنها على خلاف الأصل⁽¹⁰⁾، فقلل بها حيث وردت، وبقي ما عداه على الأصل.

[حكم القسامة والقود في قتل قُتِلَ بين فئتين]:

قوله: (إِحْدَاهُمَا أَنْ لَا قَوْدَ فِيهِ)⁽¹¹⁾ لأنه لم يتعيَّن قاتله، كما لو قتل شخص آخر ثم اختلط بجماعة فلم يُعْلَمَ فتعدَّر القود، فيرجع إلى الدية على عَوَاقِلِهِمْ.

(1) لأن الأيمان يُقَسَّمُ بين الورثة على قدر مواريتهم، كما ورث الأخوان النصف لكل واحد منهما، فاقْتَسَمَا الأيمان بينهما.

(2) وذلك إذا بذل القاتل نفسه للقصاص ورفض الدية. ينظر المصدر السابق.

(3) وهي إحدى الروايتين من المسألة المتقدمة. ينظر المصدر السابق.

(4) في (و) يخير وفي (غ) طمس. وما أثبتته موافق لما في كتب السنة.

(5) الاستحياء: البقاء على الحياة. ينظر معجم لغة الفقهاء: 59/1.

(6) أخرجه البخاري 165/3 حديث رقم 2434، ومسلم: 988/2 حديث رقم 1355 كلاهما من حديث

طويل من غير ذكر (الاستحياء) عن أبي هريرة نحوه مرفوعاً.

(7) أي ليس بذلك التأويل، وإلا فالحديث صحيح كما تقدم تخريجه.

(8) سقطت من (غ).

(9) التفريع: 210/2.

(10) القصاص بالشاهد واليمين في الجراح هي: ((إحدى مسائل الاستحسان الأربع التي قال فيها مالك:

إنه لشيء أستحسنه وما علمت أن أحداً قاله قبلي)) شرح مختصر خليل للخرشي: 167/6، ومدونة

الفقه المالكي وأدلتها: 408/5.

(11) وذلك ((إذا اقتتل فتان ثم افترقا عن قتييل)) التفريع: 210/2.

قوله: (فَدَيْتُهُ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا)⁽¹⁾ لأنه إذا لم يكن فيهما فلا يتعين أن قاتله من أحد الفئتين، كما في المسألة الأولى: العلم⁽²⁾ بأن قاتله من الفئة الأخرى، وأنه قَتَلَهُ عَمْدًا. وفي هذه المسألة إنما قُتِلَ خطأ، وقد اختلط قاتله بالفئتين، فديته على عواقلهما. قوله: (وَجُودَهُ مَقْتُولًا بَيْنَهُمَا لَوْثٌ)⁽³⁾ وجهه حديث حُوَيِّصَةَ⁽⁴⁾ إذ أمر رسول الله - ﷺ - بتعيين واحد من اليهود والقسماء عليه.

[جَبَرُ الأِيْمَانِ وَالْكَسْرِ فِي قَتْلِ الْخَطَا وَقِسْمَتِهَا عَلَى الْوَرِثَةِ]:

قوله: (رَجَالُهُمْ وَنِسَاؤُهُمْ)⁽⁵⁾ (لأنه مالٌ)⁽⁶⁾. قوله: (جُبِرَتْ⁽⁷⁾ عَلَى الْيَمِينِ عَلَى مَنْ عَلَيْهِ أَكْثَرُهَا)⁽⁸⁾ يُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ الضَّمِيرُ عَائِدًا عَلَى الْإِيْمَانِ وَعَلَى كَسْرِهَا، وَفِي ذَلِكَ قَوْلَانِ، فَمِثَالُهُ⁽⁹⁾ أَنْ يَكُونَ ابْنٌ وَبِنْتُ، فَيَجِبُ عَلَى الْبِنْتِ ثَلَاثُ الْخَمْسِينَ، وَهُوَ سِتْ عَشْرَةَ وَثَلَاثَانِ، فَعَلَيْهَا أَكْثَرُ الْكَسْرِ، فَتُكْمَلُ عَلَيْهَا الْيَمِينُ، فَتَحْلِفُ سَبْعَةَ عَشَرَ⁽¹⁰⁾ يَمِينًا وَعَلَى أَخِيهَا أَكْثَرُ الْإِيْمَانِ، فَيَحْلِفُ عَلَى الْقَوْلِ الثَّانِي [أَرْبَعَةَ]⁽¹¹⁾ وَثَلَاثِينَ يَمِينًا⁽¹²⁾. قوله: (إِنْ كَانَ الْكَسْرُ مُتَسَاوِيًا)⁽¹³⁾ مِثْلُ أَنْ يَكُونُوا ثَلَاثَةَ بَنِينَ فَيَحْلِفُ الْجَمِيعُ وَاحِدَةً وَخَمْسِينَ يَمِينًا، لِأَنَّ الْإِيْمَانِ لَا تَنْجِزُ، وَفِي⁽¹⁴⁾ الْقَوْلِ الثَّانِي⁽¹⁵⁾، الْمُكْسِرُ عَلَى الْجَمِيعِ يَمِينَانِ، فَيَأْمُرُ الْحَاكِمُ اثْنَيْنِ مِنْهُمْ أَوْ وَاحِدًا أَنْ يَحْلِفَهُمَا حَتَّى لَا يَزَادَ فِي الْإِيْمَانِ الْمَحْدُودَةِ شَرْعًا.

(1) هذا إذا كان القتل بين الفئتين و((لم يكن منهما جميعاً)) المصدر السابق.

(2) وهي العلم بأن قاتله.. إلخ المسألة.

(3) هذه الرواية الأخرى؛ أن ((وجوده مقتولا بينهما لوثٌ يُوجب القسمات لولاته)). المصدر السابق.

(4) تقدّم تخريجه وترجمته في أول كتاب القسمات.

(5) وذلك ((إذا وُجِدَ اللَّوْثُ فِي قَتْلِ الْخَطَا... أَقْسَمُوا كُلُّهُمْ رَجَالَهُمْ..)) المصدر السابق.

(6) سقطت من (و).

(7) في (و) جزت، وما أثبتته موافق لما في الأصل. ينظر المصدر السابق.

(8) هذا ((إن كان في بعض الإيمان كسرٌ مختلف)). المصدر السابق: 211/2.

(9) في (و) مقاله.

(10) في (و) سبع عشرة.

(11) في النسختين: أربعا وثلاثين يمينًا.

(12) لأن عليها في القول الثاني ستة عشر يمينًا وعليه أكثر الإيمان، وعليها في القول الأول أكثر الكسر وهو الثلاثان بعد الستة عشر، فتحلف سبعة عشر يمينًا.

(13) إن كان كذلك ((جُبِرَتْ الْإِيْمَانُ عَلَيْهِمْ كُلُّهُمْ)). المصدر السابق.

(14) في (و) في.

(15) وهو قوله: ((ويُحْتَمَلُ أَنْ تُجْبَرَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ)). المصدر السابق.

[صفة اليمين ووقت القسامة]:

قوله: (مُعَلَّطَةٌ) (1) فيزيد عَالِمُ الغائب والشهادة ونحوه.

قوله: (بَعْدَ الصَّلَاةِ) (2) أي العصر، لأنَّ هذا الوقت تجتمع فيه الملائكة المتعاقبة بالأعمال.

[حكم التَّيْمِيَّة وكشف القتل عن قتل عمدا أو خطأ قبل موته]:

قوله: (كَانَ قَوْلُهُ لَوْثًا) (3)، خلافا للشافعي (4)، ودليلنا شرع من قبلنا، وذلك ما ذكره الله - تعالى - من إحياء الميِّت الذي تنازع بنوا إسرائيل في مَنْ قتلَه، فلمَّا أحياء الله - تعالى - وذكر مَنْ قَتَلَه فكان قوله لَوْثًا مُسْتَقِلًّا دون قسامة، وإِنَّمَا القسامة في شرعنا، فإن قيل: هذا تأييدٌ للمعجزة فلذلك اعتبر، فالجواب إِنَّمَا كان معجزة إحياءه فقط، لا إقراره، وكذلك لو تحدَّى نبيٌّ بإحياء ميِّت، فلما حيي كذَّبه في النبوءة لم يكن ذلك مُخْلًا بدعواه، لأنه لا يبعد أن يكون ذلك الميِّت كافرا، ولكن لو تحدَّى ذلك النبي بإحيائه وتصديقه إيَّاه كان مُخْلًا.

وإن كان القاتل عدوه فهل يكون قوله لَوْثًا؛ لَأَنَّهُ لا يُنْهَم مع قدومه على الله - عز وجل - بشيء ينتفع به غيره، أو لا يكون لَوْثًا للثَّهْم بالعداوة؟ قولان.

قوله: (إِحْدَاهُمَا أَنَّ قَوْلَهُ لَوْثٌ) (5)، لا بد في هذا من أن يكون عَدْلًا، لأنه شاهدٌ على وجوب الدِّية على العاقلة، فيستحقُّها الورثة بأيمانهم وشهادته.

قوله: (لَا يَكُونُ لَوْثًا) (6)، لَأَنَّهُ مُدَّع على غير تَعْمِيرِ ذِمَّتِهِ وشاهدٌ لنفسه، لأنَّ ذلك المال يُورَثُ عنه ومن أجله، ولَأَنَّهُ يُنْهَم على جَبْرِ المال لورثته.

[إقرار القاتل بعمده يُقْتَل به وبخطئه في الدِّية خلاف]:

قوله: (إِنْ قَتَلَ رَجُلًا عَمْدًا قُتِلَ بِهِ) (7) لا خلاف في ذلك.

قوله: (إِحْدَاهُنَّ أَنَّهُ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ) (8)، لأنَّ الدِّية في الخطأ على العاقلة، فلم يقرَّ على نفسه بشيء.

(1) ما بين القوسين سقط من الأصل، أو أنه من كلام الشارمساحي. ينظر المصدر السابق.

(2) ما بين القوسين سقط - أيضا - من الأصل، أو أنه من كلام الشارح. ينظر المصدر السابق.

(3) ((إذا قال رجل: قتلني فلانٌ عمدا، ثم مات)) المصدر السابق.

(4) ينظر المهذب: 429/3، والمجموع: 212/20.

(5) إذا ((قال: قتلني فلان خطأ)). التفريع: 211/2.

(6) وهي أخرى الروايتين فيما إذا ((قال: قتلني فلان خطأ)). المصدر السابق.

(7) المصدر السابق.

(8) وهذه إحدى أربع روايات في حالة ((إن أقرَّ أنه قَتَلَهُ خطأ)). المصدر السابق.

قوله: (وَلَا عَلَى الْعَاقِلَةِ) (1) لَأَنَّهُ مُقَرَّرٌ عَلَى غَيْرِهِ فَلَا يُلْتَفَتُ.
قوله: (يُقْسِمُ وَلَاهُ الْمَقْتُولِ) (2) لَا بُدَّ فِي هَذَا أَنْ يَكُونَ عَدْلًا حَتَّى يَكُونَ شَاهِدًا عَلَى الْعَاقِلَةِ.

قوله: (فِي مَالِهِ) (3) لَأَنَّهُ مَالٌ يُعْتَبَرُ إِقْرَارُهُ عَلَى عَاقِلَتِهِ كَانَ ذَلِكَ فِي مَالِهِ، إِذْ لَا بُدَّ لِلْخَطَا مِنْ دِيَّةٍ.

قوله: ([تَفَرُّضٌ] (4) عَلَيْهِ وَعَلَى عَاقِلَتِهِ) (5) أَيُجْعَلُ كَوَاحِدٍ مِنْهُمْ، وَقَدْ اخْتَلَفَ فِي دِيَّةِ الْخَطَا؛ هَلْ تَخْتَصُّ بِهَا الْعَاقِلَةُ وَلَا يَكُونُ شَيْءٌ مِنْهَا عَلَى الْقَاتِلِ؛ لِلْحَدِيثِ ((الدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ)) (6)، أَوْ يَدْخُلُ مَعَ الْعَاقِلَةِ، لِأَنَّ ذَلِكَ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى لَأَنَّهُ الْجَانِي، وَالْعَاقِلَةُ لَا جَنَايَةَ لَهُمْ؟.

[قَتْلُ الْعَبْدِ وَالذَّمِّيِّ عَمْدًا أَوْ خَطَاً لَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ]:

قوله: (عَمْدًا أَوْ خَطَاً) (7) لِأَنَّ الْعَمْدَ فِي قَتْلِ الْعَبْدِ كَالْخَطَا لِفَقْدَانِ التَّكَافُؤِ، وَكَذَلِكَ قَتْلُ الذَّمِّيِّ، وَأَبُو حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَقْتَضِي الْعَبْدَ وَالذَّمِّيَّ مِنَ الْحُرِّ، لِعُمُومِ قَوْلِهِ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿الْأَنفُسَ بِالنَّفْسِ﴾ (8) وَأَجْمَعَ مَعْنَا عَلَى أَنَّهُ لَا يَقْتُلُ بَعْدَ نَفْسِهِ (9) وَلَا بِمَنْ لَهُ فِيهِ جُزْءٌ، وَلَا بِالْمُعَاهَدِ، وَقَدْ وَقَعَ الْإِتْفَاقُ عَلَى تَخْصِيصِ الْآيَةِ بِذَلِكَ، وَالْقِيَاسُ يَخْصِصُ الْبَاقِي بِمَا ذَكَرْنَا، لِأَنَّ فِي الْقِصَاصِ مَفْسَدَةَ إِتْلَافِ الْأَعْلَى بِالْأَدْنَى، وَلَمَّا كَانَ عَمْدُ الْعَبْدِ كَالْخَطَا فِي عَدَمِ (10) الْقِصَاصِ رَجَعَ إِلَى الْقِيَمَةِ فِيهَا.

قوله: (بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ) (11) تَنْبِيهُ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ: إِنَّهُ إِنْ بَلَغَتْ قِيَمَتُهُ دِيَّةَ الْحُرِّ أَوْ زَادَتْ عَلَيْهَا نَقَصَ مِنْ دِيَّةِ الْحُرِّ رُبْعَ دِينَارٍ، فَوَجْهَ قَوْلِنَا: إِنَّهُ مَالٌ فَكَانَ فِي إِتْلَافِهِ الْقِيَمَةُ [كَالدَّابَّةِ] (12)، وَهُوَ يَقُولُ: إِتْلَافُ نَفْسٍ، فَكَانَتْ فِيهِ الدِّيَّةُ، لَكِنْ يَنْقُصُ مِنْهَا إِظْهَارُ

- (1) تكملة للرواية السابقة نفسها ((لا شيء عليه ولا على عاقلته)). المصدر السابق.
- (2) والرواية الثانية ((يُقْسِمُ وَلَاهُ الْمَقْتُولِ مَعَ قَوْلِ الْقَاتِلِ وَيَسْتَحِقُّونَ الدِّيَّةَ)). المصدر السابق.
- (3) والرواية الثالثة ((وإن أقر أنه قتله خطأ... أن الدِّيَّةَ كُلُّهَا وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ فِي مَالِهِ)). المصدر السابق.
- (4) كذا وردت في النسختين، وفي الأصل (تَفَرُّضٌ) وهو الأقرب للصواب. ينظر المصدر السابق.
- (5) والرواية الرابعة ((أن الدِّيَّةَ تُفَرِّضُ عَلَيْهِ وَعَلَى عَاقِلَتِهِ)) ينظر المصدر السابق.
- (6) أخرجه ابن ماجه: 879/2 حديث رقم 2633 من حديث المغيرة بن شعبه مرفوعاً، وقال الألباني في تحقيقه: حديث صحيح. والترمذي: 27/4 حديث رقم 1415 من حديث الضحاك، وقال الترمذي: ((حديث حسن صحيح والعمل على هذا عند أهل العلم)). وأخرج مسلم: 1311/3 حديث رقم 1682 بلفظ قريب منه فقال: ((...فَقَضَى عَلَى عَاقِلَتِهَا بِالدِّيَّةِ)) من حديث المغيرة.
- (7) ((ومن قتل عبداً أو خطأ فعليه قيمته)). التفریع: 211/2.
- (8) المائدة: 45.
- (9) ينظر المبسوط: 129/26، 130، والدر المختار وحاشية ابن عابدين: 533/6.
- (10) في (غ) مضببة أشبه ما تكون بلفظ (قصد).
- (11) ((ومن قتل عبداً... فعليه قيمته بالغة ما بلغت)) التفریع: 211/2.
- (12) في (و) كالدابة، وفي (غ) طمس.

الشَّرَفَ لِلْحُرِّ.

قوله: (وَيُسْتَحَبُّ لَهُ أَنْ يُكْفَرَ)⁽¹⁾ هذا مراعاة لقول بعض العلماء: إِنَّ فِيهِ الدِّيَّةَ لدخوله في عموم قوله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً﴾⁽²⁾ ودليله قوله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿وَدِيَّةٌ﴾⁽³⁾، وإِنَّمَا تَكُونُ الدِّيَّةُ - فِي الْحُرِّ - بِالِاسْتِحْبَابِ لِلْخِلَافِ. قوله: (وَيُضْرَبُ فِي الْعَمْدِ)⁽⁴⁾ لَأَنَّ ((كُلَّ قَتْلٍ عَمْدًا إِذَا تَعَذَّرَ فِيهِ الْقِصَاصُ فَيُضْرَبُ الْقَاتِلُ وَيُحْبَسُ))، وقد تَعَذَّرَ فِي الْعَمْدِ هُنَا، فَيُضْرَبُ وَيُحْبَسُ.

[قِيَمَةُ جِرَاحِ الْعَبْدِ]:

قوله: (فَعَلَيْهِ مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِهِ)⁽⁵⁾ خلافاً لِلشَّافِعِيِّ، لِأَنَّهُ يَقِيْسُهُ عَلَى الْحُرِّ، فَيَجْعَلُ فِي يَدِهِ⁽⁶⁾ نِصْفَ قِيَمَتِهِ، وَكَذَلِكَ فِي رِجْلِهِ أَوْ فِي عَيْنِهِ⁽⁷⁾، كَمَا فِي الْحُرِّ فِي ذَلِكَ نِصْفَ دِيَّتِهِ، وَدَلِيلُنَا أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْبَهِيمَةِ، فَلَيْسَ فِيهِ إِلَّا مَا نَقَصَ مِنْ قِيَمَتِهِ.

قوله: (وَفِي مَأْمُومَتِهِ)⁽⁸⁾ ⁽⁹⁾ حَدَّدَ الشَّارِعُ - ﷺ - فِي هَذِهِ الشَّجَاجِ⁽¹⁰⁾ شَيْئاً مَعْلوماً مِنَ الدِّيَّةِ، لِأَنَّ الْقَوْدَ مُتَعَذِّرٌ فِيهَا، وَمِنْ الْجِرَاحِ - أَيْضاً - مَا لَا يَتَأْتِي الْقِصَاصُ فِيهِ، فَجَعَلْنَا فِيهَا فِي الْعَبْدِ تِلْكَ النِّسْبَةَ مِنْ قِيَمَتِهِ، وَلَا حَدَّ فِيهِ كَكَسْرِ الْفَخَذِ، وَفِيهِ حُكُومَةٌ⁽¹¹⁾ بِخِلَافِ يَدِهِ وَرِجْلِهِ، لِأَنَّ النَّقْصَ مُتَحَقِّقٌ فِي هَذِهِ، فَلَا بُدَّ أَنْ يَتَعَيَّنَ فِيهَا شَيْءٌ مَعْلُومٌ لِنَقْصَانِ قِيَمَتِهِ مَعَهَا، وَلَا بُدَّ فِي هَذِهِ الشَّجَاجِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا شَيْءٌ مَعْلُومٌ لِأَمْكَانِ أَنْ تَبْرَأَ عَلَى غَيْرِ شَيْءٍ، فَلَا تَنْقُصُ قِيَمَتَهُ فَيَذْهَبُ عَمَلُهُ مَجَاناً بِخِلَافِ دِيَّةِ الْحُرِّ هِيَ مَعْلُومَةٌ لَا تَخْتَلِفُ.

قوله: (وَفِيْمَا سِوَى ذَلِكَ مِنْ جِرَاحِهِ)⁽¹²⁾ هَذَا كَالْحُرِّ سِوَاءً⁽¹⁾، لِأَنَّهُ - أَيْضاً - يُقَدَّرُ

(1) ((يُكْفَرُ كَفَارَةُ الْقَتْلِ فِي الْعَمْدِ وَالْخَطَا)). المصدر السابق: 212/2.

(2) النساء: 92.

(3) النساء: 92.

(4) فِي مَنْ ((قَتَلَ عَبْدًا عَمْدًا أَوْ خَطَاً... وَيُضْرَبُ فِي الْعَمْدِ مِائَةً)) المصدر السابق.

(5) فِي الْجَنَابَةِ عَلَى الْعَبْدِ؛ فَيَمْنُ ((قَطَعَ يَدَهُ أَوْ رِجْلَهُ أَوْ فَقَا عَيْنَهُ)) التَّفْرِيعُ: 212/2.

(6) أَيْ فِي قِطْعِ يَدِهِ.

(7) يَنْظُرُ الْأَمُّ: 53/6.

(8) الْمَأْمُومَةُ وَالْأَمَةُ: شَجَّةٌ تَبْلُغُ أَمَ الرَّأْسِ، لَا يَبْقَى بَيْنَهَا وَبَيْنَ الدِّمَاغِ إِلَّا جِلْدَةٌ رَقِيقَةٌ. يَنْظُرُ طُلُبَةُ الطَّلَبَةِ:

49، وَمَعْجَمُ لُغَةِ الْفُقَهَاءِ: 258/1.

(9) ((وَفِي مَأْمُومَةِ الْعَبْدِ ثَلَاثُ قِيَمَتِهِ)). التَّفْرِيعُ: 212/2.

(10) الشَّجَّةُ: بِالتَّحْرِيكِ وَاحِدَةُ شَجَاجٍ وَهِيَ: الْجِرَاحُ فِي الرَّأْسِ أَوْ الْوَجْهِ دُونَ غَيْرِهِمَا. طُلُبَةُ الطَّلَبَةِ: 298،

وَمَعْجَمُ لُغَةِ الْفُقَهَاءِ: 258/1.

(11) الْحُكُومَةُ: هِيَ مَا يَجِبُ فِي جَنَابَةٍ لَيْسَ فِيهَا مَقْدَارٌ مُعَيَّنٌ مِنَ الْمَالِ، وَهِيَ نَوْعٌ مِنَ الْأَرْشِ، فَالْأَرْشُ أَعَمُّ

مِنْهَا، مِثْلًا أَنْ يُقَوِّمَ الْعَبْدَ صَحِيحًا وَجَرِيحًا، فَمَا نَقَصَتْ الْجِرَاحَةُ مِنَ الْقِيَمَةِ مَعْتَبَرٌ مِنَ الدِّيَّةِ، فَإِنْ

نَقَصَتْ عَشْرَ الدِّيَّةِ يَجِبُ عَشْرُ الدِّيَّةِ. يَنْظُرُ مَعْجَمُ الْمَصْطَلَحَاتِ وَالْأَلْفَاظِ الْفَقْهِيَّةِ: 585/1.

(12) وَذَلِكَ مِثْلُ ((قَطَعَ عَضْوً مِنْ أَعْضَائِهِ، مَا نَقَصَ مِنْ ثَمَنِهِ)). التَّفْرِيعُ: 212/2.

سَلِيمًا كَأَنَّهُ عَبْدٌ، ثُمَّ بِالْعَيْبِ، وَيُنْظَرُ مَا بَيْنَهُمَا، فَيُؤْخَذُ ذَلِكَ الْقَدْرُ مِنْ دِيَّتِهِ.
 قوله: (وَإِذَا كَانَ فِي جَائِفَةٍ (2) الْعَبْدِ) (3) يعني وكذلك في مَأْمُومَتِهِ وَمُنْقَلَتِهِ (4)، لأنَّ الحكم واحدٌ، فوجه الزيادة أنَّ المحدود فيها جزءٌ قيمته (فهو قيمة) (5)، وهي تختلف بالزيادة والنقص، فكذلك جُزؤها، ووجه أن لا زيادة الحَمْلُ على الحُرِّ، لأنَّه لا يُزاد على ذلك فيها، لأنَّ جُزءَ الدِّيَةِ دِيَّةٌ، فلا تختلف بالزيادة والنقص.

-
- (1) في كيفية تقدير ما نقص من ثمنه.
 (2) الجائفة: مؤنث الجائف، النافذ إلى باطن الشئ وجوفه. ينظر معجم لغة الفقهاء: 157/1.
 (3) ((وإذا كان في جائفة العبد شين ففيها روايتان، إحداها أنه يُزاد على ثلث قيمته... والأخرى تُقتصر به على ثلث قيمته)). التفریع: 212/2.
 (4) المُنْقَلَة: وهي التي تكسر العظم وتنقله عن محلِّه. ينظر معجم لغة الفقهاء: 162/1.
 (5) سقطت من (غ).

كتاب الديّات

[دية التّغليظ والتّخفيف وتقسيمها على أهل الإبل في العمد والخطأ]:

الأصل في ذلك كتابُ عمرو بن حَزْم (1).

قوله: (وَالْخُمْسُ الزَّائِدُ بَنُو لُبُونٍ) (2) لَأَنَّ الْمَقْصُودَ التَّخْفِيفُ، وَقِيَمَةُ الذُّكُورِ أَقْلُ مِنْ قِيَمَةِ الْإِنَاثِ لِمَكَانِ النَّسْلِ، وَجُعِلَ فِي التَّغْلِيظِ الثَّلَاثُ أَرْبَعُونَ (3) خَلْفَةً (4) لَهُ (5)، لِأَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ ثَمَانِينَ (6)، وَلَا حَدَّ لِأَسْنَانِهَا، إِنَّمَا الشَّرْطُ كَوْنُهَا حَوَامِلَ.

قوله: (فِي قَتْلِ أَحَدِ الْوَالِدَيْنِ) (7) وَكَذَلِكَ الْجَدُّ وَالْجَدَّةُ أُمُّ الْأُمِّ، وَاخْتُلِفَ فِي أَبِي الْأُمِّ. قوله: (تَقَارِنُهُ الشُّبْهَةُ) (8) مِثْلُ أَنْ يَقْصِدَ تَأْدِيبَهُ، فَيَكُونُ ذَلِكَ شُبْهَةً عَمْدًا، وَلَوْ فَعَلَهُ الْأَجْنَبِيُّ كَانَ عَمْدًا مَحْضًا، وَالْأَصْلُ فِي ذَلِكَ قَضَاءُ عَمْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فِي الْمُدْلَجِيِّ (9) الْقَاتِلِ ابْنِهِ، وَأَمَّا لَوْ تَبَيَّنَ أَنَّ الْأَبَ قَصَدَ الْعَمْدِيَّةَ؛ بَأَن يَضْجِعَهُ وَيَذْبَحَهُ فَإِنَّهُ يُقْتَلُ بِهِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: لَا يُقْتَلُ بِهِ الْبَتَّةَ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ (10).

(1) الكتاب الذي كتبه رسول الله - ﷺ - لعمرو بن حزم، وهو كتاب جليل، فيه أنواع كثيرة من الفقه في الزكاة والديّات والأحكام، وذكر الكبائر والطلاق والعنق وأحكام الصلاة في الثوب الواحد والاحتباء فيه، وفيه مس المصحف.

والحديث أخرجه مالك في الموطأ: 489/2 حديث رقم 1 من حديث عمرو بن حزم مرفوعاً، وقال ابن عبد البر: لا خلاف عن مالك في إرساله، وقد روي مسنداً بوجه صالح، وهو كتاب مشهور عند أهل السير، معروف ما فيه عند أهل العلم معرفة تستغني بشهرتها عن الإسناد، لأنه أشبه التواتر في مجيئه لتلقي الناس له بالقبول والمعرفة، وذكر له طرقاً أخرى. ينظر التمهيد: 338/17، وشرح الزرقاني: 277/4.

وعمر بن حزم هو ابن لوزان الأنصاري، شهد الخندق وما بعدها، وكان عامل النبي - صلى الله عليه وسلم - على نجران، مات بعد سنة 50 هـ، وغلط من قال في خلافة عمر. ينظر شرح الزرقاني: 277/4.

(2) وذلك في دية الإبل ((والدية... أرباع في العمد... وفي الخطأ أخماس، عشرون من كل صنف...)) (3) التفريع: 212/2.

(3) في (غ) الثالث.

(4) خَلْفَةً واحدة الخلف وهي: الحوامل من النوق. ينظر لسان العرب مادة: خلف.

(5) سقطت من (و).

(6) في (غ) طمس مقدار كلمتين.

(7) ((والتغليظ في قتل أحد الوالدين ولدّه على وجه تقارنه الشُّبْهَة)). التفريع: 212/2.

(8) وذلك في ((قتل أحد الوالدين ولدّه على وجه تقارنه الشُّبْهَة)). المصدر السابق.

(9) واسمه قتادة المدلجي، أدرك النبي - ﷺ - ولم يره. ينظر شرح الزرقاني: 309/4.

وقصة المدلجي أخرجه مالك في الموطأ: 867/2 حديث رقم 10 من حديث عمرو بن شعيب موقوفاً عن عمر.

(10) ينظر الأم: 26/6.

[الدِّية وتغليظها على أهل الذهب والورق]:

قوله: (عَلَى الذَّهَبِ⁽¹⁾)⁽²⁾ هذا يختلف باختلاف الزَّمان، والمقصود أن يُؤخَذَ من كُلِّ واحد بما يَكْثُرُ عندهم من هذه الأنواع، وهذا التَّقْوِيمُ فعله عُمَرُ - رضي الله عنه - ووقع الإجماع عليه، ولا يرى الشَّافِعِيُّ ذلك أصلاً، بل تُقَوِّمُ عنده الإبل في كُلِّ وقت، ويؤخَذُ منها قيمتها، ودليلنا أن ذلك تَكَرَّرَ في زمان عُمَرُ - رضي الله عنه - فلو لم يكن ذلك التَّقْوِيمُ أصلاً مُجْمَعاً؛ لاختلف⁽³⁾ باختلاف تلك الأوقات.

قوله: (إِحْدَاهُمَا أَنَّهَا تُغْلَظُ)⁽⁴⁾ قياساً على دِيَةِ الإبل، ووجهُ أَنَّهَا لا تُغْلَظُ؛ أَنَّهَا بالتَّغْلِيظِ تتغيَّرُ عن الْحَدِّ المحدود فيها، وليست كذلك الإبل، لأنَّهَا لا يتغير⁽⁵⁾ عددها بذلك لاختلاف أسنانها، والزيادة في الأسنان لا تغيِّرُ العدد، وكذلك الحامل واحدة.

[دِيَةُ الْخَطَا عَلَى الْعَاقِلَةِ وَالْعَمْدِ عَلَى الْقَاتِلِ]:

قوله: (وَدِيَةُ الْخَطَا عَلَى الْعَاقِلَةِ)⁽⁶⁾ إِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ لِلرِّفْقِ بِهِ، وَأَنَّهُ مَعْدُورٌ، وَخُصَّ بِذَلِكَ عَاقِلَتُهُ، لِأَنَّهُمُ الْمَخْصُوصُونَ بِنُصْرَتِهِ، وَلَمْ يَكُنْ ذَلِكَ فِي الْعَمْدِ تَغْلِيظاً عَلَيْهِ؛ حَتَّى يَنْكَفَّ إِذَا عَلِمَ أَنَّهَا تُؤْخَذُ مِنْ مَالِهِ.

-
- (1) في (و) المذهب، وهو مخالف لما في التفریع.
 - (2) ((والدية على أهل الذهب... ألف دينار)). التفریع: 213/2.
 - (3) لا ختلف الحكم بالتقويم الذي فعله عُمَرُ رضي الله عنه.
 - (4) وهي إحدى الروايتين فيما ((إذا وجبت الدِّية المغلظة على أهل الذهب والورق)). المصدر السابق.
 - (5) في (و) يتغير.
 - (6) المصدر السابق.

باب دية الأعضاء

[ما تعقله العاقلة وما لا تعقله]:

قوله: (لَا تَحْمِلُ⁽¹⁾ عَبْدًا)⁽²⁾ لَأَنَّهُ مَالٌ، كما لو أتلَف شيئاً مُتَمَوِّلاً، فَإِنَّمَا ذَلِكَ فِي مَالِهِ، وَهَذَا لَشَرَفِ الْإِنْفُسِ.

قوله: (وَلَا عَمْدًا)⁽³⁾ لما قلنا من التَّغْلِيظِ عَلَيْهِ، وَرُوي ((وَلَا ضُلْحًا))⁽⁴⁾، وَهُوَ رَاجِعٌ إِلَى الْعَمْدِ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَكُونُ عَنْ عَمْدٍ.

قوله: (وَلَا اغْتِرَافًا)⁽⁵⁾ يعني أَنَّهُ إِذَا اعْتَرَفَ أَنَّهُ قَتَلَ خَطَأً، وَقَدْ تَقَدَّمَ لَهُ فِي ذَلِكَ أَرْبَعُ رَوَايَاتٍ⁽⁶⁾، فَهَذِهِ إِحْدَاهَا؛ أَنَّهُ فِي مَالِهِ كُلِّهَا، أَوْ مَا يَقَابِلُهُ، أَوْ لَا عَلَى⁽⁷⁾ مَالِهِ، وَلَا عَلَى عَاقِلَتِهِ⁽⁸⁾.

قوله: (وَلَا مَنْ قَتَلَ نَفْسَهُ عَمْدًا أَوْ خَطَأً)⁽⁹⁾ أَمَّا الْعَمْدُ فَيَبِينُ، وَأَمَّا الْخَطَأُ فَلاتِّحَادُ الْمُسْتَحِقِّ وَالْمُسْتَحَقِّ عَلَيْهِ، وَقِيلَ: عَلَى الْعَاقِلَةِ مِنَ الدِّيَةِ مَا يَقَابِلُ سَهَامَ مَنْ يَرِثُهُ، وَلَيْسُوا مِنَ الْعَاقِلَةِ كَالْأَمِّ وَالزَّوْجِ وَالْبِنْتِ.

[تَنْجِيمُ الدِّيَةِ وَالْقَدْرِ الَّذِي تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ]:

قوله: (وَتَحْمِلُ الْعَاقِلَةُ ثُلْثَ الدِّيَةِ)⁽¹⁰⁾ وَقِيلَ: لَا تَحْمِلُهُ، وَسَبَبُ الْخِلَافِ هَلِ الثُّلُثُ كَثِيرٌ أَوْ قَلِيلٌ؟ وَقَدْ ثَبَتَ فِيهِ شَرْعًا الْإِعْتِبَارَانِ، وَلَا خِلَافَ أَنَّهَا تَحْمِلُ مَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ وَأَنَّهَا لَا تَحْمِلُ مَا دُونَهُ، وَاخْتَلَفَ هَلْ يُعْتَبَرُ ذَلِكَ بِالنَّظَرِ إِلَى الْجَانِي لِأَنَّهُ الْمُحْتَمَلُ عَلَيْهِ فَقَطْ، أَوْ بِالنَّظَرِ إِلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ؟ وَهَذَا الثَّانِي الْمَذْهَبُ، مِثَالُهُ أَنْ يَقْطَعَ الرَّجُلُ مِنْ يَدِ امْرَأَتِهِ ثَلَاثَةَ أَصَابِعَ، ففِيهَا ثَلَاثُونَ مِنَ الْإِبْلِ، فَبِالنَّظَرِ إِلَى دِيَّتِهَا هِيَ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسَ،

(1) كذا وردت في النسختين، وهو مخالف لما في التفريع، وفيه (تَعْقِلُ). وما ورد معناه: لا تحمل العاقلة دية عبد.

(2) ((لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا اعترافا)) المصدر السابق.

(3) المصدر السابق.

(4) رُوي ذلك من حديث عبيد الله بن عبد الله بن عباس موقوفا ((لا تعقل العاقلة عمدا ولا ضلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك)) السنن الكبرى للبيهقي: 181/8 حديث رقم 16360.

(5) المصدر السابق.

(6) تقدم قبل قليل في [إقرار القاتل بعمده يُقتل به وبخطئه في الدية خلاف].

(7) سقطت من (غ).

(8) سقطت من (غ).

(9) ((لا تعقل العاقلة..... من قتل نفسه خطأ ولا عمدا)). المصدر السابق.

(10) ((ثلث الدية فما فوق)). المصدر السابق. والمراد به أن العاقلة تحمل دية ما يجب فيه ثلث الدية فما فوق.

وبالنَّظر إلى دِيَةِ الرَّجُل هي أَقْلُ من التُّلْت، وإذا قطع منها أربعا ففيها عشرون، لأنَّ المرأة تعاقل الرجل إلى ثلث الدِّيَةِ(1)، فإذا بلغت التُّلْت اعتُبر ذلك من ديتها(2)، فكَلَّمَا ازدادت مُصِيبَتُهَا قَلَّ عَقْلُهَا، و هذا تعَبُّدٌ.

قوله: (وَتُنَجَّمُ الدِّيَةُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ)(3) وقيل: في أربع، وفي ذلك وجهان، ثلثها في سنة وثلثاها في سنتين، وفي التَّصْفِ(4) روايتان، هل يُلْحَقُ بالثلثين، أو يأخذ الحاكم فيه بالاجتهاد، وكذلك الثلاثة الأرباع لأنها تقرب من الثلثين، أو يُنْظَرُ إلى زيادتها فَيُجْعَلُ لها أكثر من سنتين؟.

[العاقلة التي تحمل الدِّيَةَ]:

قوله: (قَرَّبُوا أَوْ بَعْدُوا)(5) المراد بالعاقلة كُلُّ مَنْ لو انْفَرَدَ حَازَ الْمَالَ، ومن شَرَطِهم أن يكونوا ذُكُوراً، أَحْرَاراً بِالْغَيْنِ عَقْلَاءَ حُضُوراً(6) موسرين، أمَّا العبد فلا مَالٌ له ولا اعتبار بنفسه في ذلك كالميراث، وكذلك الغائب المنقطع الغَيْبَةُ، والمعسر؛ لا شيء عليهما، وكذلك المجنون والصَّبِيُّ والمرأة يُعَقَّلُ عنهم ولا يَعْقَلُونَ، والمعتبر في ذلك يوم فَضَّتْهَا عليهم، لا يوم الْحُكْمِ ولا يوم الجناية، فلو بلغ الصَّبِيُّ وَأَيَسَرَ بعد إيساره، وَقَدِمَ المنقطع الغيبة بعد الْفَرَضِ، لم يلزمه شيءٌ وقيل: بل يُعْتَبَرُ يوم الْحُكْمِ.

[تقسيم الدِّيَةِ على العاقلة على قدر أحوالهم]:

قوله: (وَلَيْسَ لِأَمْوَالِهِمْ حَدٌّ)(7) تنبيهٌ على قول بعض العلماء: لا تجب إلا على من بلغ مَالَهُ حَدًّا سَمَاءً، وجعلها في نِصَابٍ معلوم كالزَّكَاةِ.

قوله: (وَلَا لِمَا يُؤْخَذُ مِنْهُمْ حَدٌّ)(8) بل تُفَرَّقُ على قَدَرِ أحوالهم، فَمَنْ كَثُرَ مَالُهُ جُعِلَ عليه بقدر مَالِهِ، وإن كان أَبْعَدَ العاقلة.

قوله: (يُؤْخَذُ دِرْهَمٌ أَوْ دِرْهَمٌ وَنِصْفٌ)(9) يعني إذا كانت لهم أموالٌ معلومة، مثل أن يكون لهم في الدِّيَّوَانِ شيءٌ معلومٌ، فَيُؤَرَّعُ على قَدَرِ مَا لَهُمْ من دِرْهَمٍ أَوْ دِرْهَمٍ وَكُسْرٍ على الدِّينَارِ حَتَّى يَكْمَلَ.

- (1) إن المرأة تساوي الرجل في الدية إلى أن تصل إلى ثلث ديتها.
- (2) (فإذا بلغت رجعت إلى ديتها، وهي التَّصْفِ من ديتها)). مدونة الفقه المالكي وأدلته: 360/5.
- (3) ينظر التفريع: 213/2.
- (4) أي ما يجب فيه نصف الدية روايتان في تنجييمه.
- (5) (والعاقلة هم العصبية، قَرَّبُوا أَوْ بَعْدُوا)). المصدر السابق.
- (6) أي ((حاضرين بالبلد وقت الإلزام بها)) مدونة الفقه المالكي وأدلته: 373/5.
- (7) (وليس لأموال العاقلة حَدٌّ إذا بلغوه عَقْلًا)). التفريع: 213/2.
- (8) المصدر السابق.
- (9) (يُؤْخَذُ مِنْ كُلِّ مَائَةِ دِرْهَمٍ دِرْهَمٌ، أَوْ دِرْهَمٌ وَنِصْفٌ)). المصدر السابق.

قوله: (لَا يُكَلِّفُ أَعْنِيَاؤُهُمُ الْأَدَاءَ عَنْ فَقَرَائِهِمْ)⁽¹⁾ لَأَنَّهُ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِمْ شَيْءٌ.

[الدِّية في حال انعدام العصبية]:

قوله: (فَعَقَّلَهُ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ)⁽²⁾ كما يَرِثُهُ يَعْقِلُ عَنْهُ.

قوله: (وَالْمَوَالِي بِمَنْزِلَةِ الْعَصْبَةِ)⁽³⁾ يعني الأعلين، لَأَنَّ الْوَلَاءَ كَالنَّسَبِ كما يرث به، واختُلِفَ فِي الْوَلِيِّ الْأَسْفَلِ هَلْ يَعْقِلُ عَنْهُ أَوْ لَا؟ وَإِذَا عَقَلَ وَكَانَ لِلْجَانِي قَرَابَةٌ أَعَانَهُمْ وَصَارَ مِنْ جُمْلَتِهِمْ.

[الاختلاف في دية المأمومة]:

قوله: (أَنَّهَا عَلَى الْعَاقِلَةِ)⁽⁴⁾ لَأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ الْقَوْدُ أَشْبِهَتْ الْخَطَأَ، فَكَانَتْ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَهَلْ تُغْلَظُ أَوْ لَا؟ قَوْلَانِ، وَقَدَّرْنَا عَلَى كُلِّ شَائِبَةٍ مُقْتَضَاهَا.

قوله: (فِي مَالِ الْجَانِي)⁽⁵⁾ لَأَنَّهَا عَمْدٌ.

قوله: (يُبْدَأُ بِمَالِ الْجَانِي)⁽⁶⁾ فَإِذَا اسْتَوْعِبَ رُجِعَ إِلَى الْعَاقِلَةِ بِمَا زَادَ، كَمَا إِذَا عُفِيَ عَنْ قَاتِلِ الْعَمْدِ عَلَى أَخْذِ الدِّيةِ مِنَ (الْعَمْدِ وَالْخَطَأِ)⁽⁷⁾.

قوله: (وَالدِّيةُ الْمُغْلَظَةُ عَلَى الْقَاتِلِ)⁽⁸⁾ لِيُنْكَفَ، لَأَنَّهَا فِي الْعَمْدِ أَوْ شِبْهِ الْعَمْدِ.

-
- (1) المصدر السابق.
 - (2) ((ومن لم تكن له عصبه فعقله في بيت المال)). المصدر السابق.
 - (3) المصدر السابق: 214/2. هو بمنزلة العصبية في العقل.
 - (4) ((وفي دية المأمومة ثلاث روايات، إحداهن أنها على العاقلة)). المصدر السابق.
 - (5) ثاني الروايات الثلاث ((أنها في مال الجاني خاصة)). المصدر السابق.
 - (6) وهي ثالث الروايات ((أنه يُبْدَأُ بِمَالِ الْجَانِي، فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْعَقْلِ كَانَ الْبَاقِي عَلَى عَاقِلَتِهِ)) المصدر السابق.
 - (7) كذا وردت في النسختين، ولعل مراد المصنف تشابه الدية في العمد الذي لا قصاص فيه، والدية فيه على العاقلة على أحد القولين، وفي الخطأ الذي تُلْزَمُ الْعَاقِلَةُ فِيهِ بِالْديةِ. ينظر الذخيرة للقرافي: 396/12.
 - (8) المصدر السابق.

باب ترتيب الدية

[الأعضاء التي تُوجب الدية وتوجب الحُكُومَة]:

اعلم أنَّ في الأدميِّ أشياء في كلِّ واحد منها الدية، وهي ستَّة عشر: العَقْل وجِلْدَةُ الرَّأْس، والدَّكْر والنَّسْل، والإنْعَاض، وفَرْجُ الْمَرْأَةِ، والدَّوْق واللِّسَان والصَّوْت، والصِّلْب، والأنف والشَّم، وإِفْضَاءُ⁽¹⁾ المرأة؛ لأنَّها عُضْوٌ واحدٌ له مسلكان، وكذلك إذا سَوَّدَهُ أو أَجْدَمَهُ أو أَبْرَصَهُ بدواء سقاه.

وفيه أشياء في كلِّ اثنين منها الدية، وهي عشرة: السَّمْع لأنَّه في عضوين، والأذنان، والبَصَر والعينان، واليدان والرِّجلان، وتُدْيَا المرأة وإِلْيَافُهَا، والشَّفَتَان.

قوله: (فِي الْعَيْنَيْنِ الدِّيَةُ)⁽²⁾ أي ذهاب البَصَر وخذه أو مع العينين، و قَطْعُ أَصَابِعِ الْيَدِ كَقَطْعِ كَفِّهَا أو قطع جميعها إلى الْمَنَكِبِ، وإن كانت شَلَاءً ففيها حُكُومَةٌ، ولا فرق بين الْيَدَيْنِ فِي الدِّيَةِ؛ وإن اختلفت منفعتُهما غالباً، وكذلك الرِّجْلَان.

قوله: (وَفِي الشَّفَتَيْنِ الدِّيَةُ)⁽³⁾ وذهب بعضُ العلماء إلى أنَّ فِي السُّفْلَى ثُلْثِي الدِّيَةِ، وفي العليا ثلثها، لأنَّ السُّفْلَى فيها ما فِي الْعُلْيَا، وتزيد بإمساك الطَّعَامِ وَ الشَّرَابِ.

قوله: (وَفِي الْأُنْثَيْنِ الدِّيَةُ)⁽⁴⁾ قيل: إِنَّ الْيُسْرَى لِلنَّسْلِ، وَ الْيُمْنَى لِلشَّعْرِ، وهذا بالتَّجَرِبَةِ لِمَنْ فَعَلَ بِهِ ذَلِكَ، وَنَظِيرُهُ (....)⁽⁵⁾ أن من كانت أسنانه ثمانية و عشرين يكون كَوْسَجًا⁽⁶⁾.

قوله: (وَفِي تَدْيِي الْمَرْأَةِ الدِّيَةُ)⁽⁷⁾ قَطْع [حَلَمَتِهَا]⁽⁸⁾ كَقَطْعِ جَمِيعِهِ، وَكَضَرْبِهِ؛ حَتَّى يَشِلَّ وَتَبْطُلَ مَنْفَعَتُهُ مِنَ الرِّضَاعِ.

قوله: (فِي الْحَاجِبَيْنِ حُكُومَةٌ)⁽⁹⁾ يعني الْجِلْدَ الَّذِي عَلَيْهِ الشَّعْرُ، ((وَكُلُّ مَا لَا تَقْدِيرُ

(1) الإفضاء: جعل مسلكها بالافتضاض واحدا. ينظر معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية: 250/1.

(2) التفريع: 214/2.

(3) المصدر السابق.

(4) المصدر السابق.

(5) كلمة مطموسة في (غ).

(6) الكُوسَج: القليل شعر اللحية والحاجبين، أو الذي لا شعر على عارضيه، ويطلق أيضا على الناقص الأسنان. ينظر القاموس المحيط: 203/1، 661، ومعجم المصطلحات والألفاظ الفقهية: 161/3.

(7) التفريع: 214/2.

(8) في النسختين: حلبته.

(9) المصدر السابق.

فيه شرعا ففيه حُكُومَةٌ))، كان ممّا يمكن فيه القصاص أم لا.
 قوله: (وَفِي أَجْفَانِ الْعَيْنَيْنِ)⁽¹⁾ يعني اللّتي عليها الشّعْر.
 قوله: (وَفِي أَشْرَافِ الْأَذْنَيْنِ)⁽²⁾ يعني العُضْوَيْنِ البارزين.
 قوله: (وَفِي شَعْرِ اللَّحْيَةِ حُكُومَةٌ)⁽³⁾ أي وإن نَبَتَ فيما بعد، وتُقَوِّمَ في الحال كأنّه عَبْدٌ (.....)⁽⁴⁾ معها⁽⁵⁾.
 قوله: (وَفِي حِجَاجِ الْعَيْنِ)⁽⁶⁾ يعني العَظْمَ المحيط بها في الوجه.
 قوله: (وَالْقِيَاسُ عِنْدِي)⁽⁷⁾ أَنْ يَكُونَ فِيهَا دِيَّتَانِ⁽⁸⁾ لأنّه لا يُوجَدُ أحدهما دون الآخر، لأن مَحَلَّ إدْرَاكِ الشَّمِّ في الدِّمَاغِ.
 قوله: (دِيَّةٌ وَحُكُومَةٌ)⁽⁹⁾ هذا على أحد الرّوَايَتَيْنِ أَنَّ فِي الْأَذْنَيْنِ حُكُومَةٌ.
 قوله: (وَفِي الصُّلْبِ الدِّيَّةُ)⁽¹⁰⁾ وذلك إذا أَبْطَلَ قِيَامَهُ أو فُعُودَهُ أو نَسَلَهُ، وفي بعضه بحسابه بالاجتهاد.
 قوله: (وَفِي الذَّكَرِ الدِّيَّةُ)⁽¹¹⁾ هذا إذا كان سالما، وإن كان قد عَلِمَ أَنَّهُ لا يَنْسُلُ كالعقيم أو الْحَصُورِ⁽¹²⁾ ففيه حُكُومَةٌ، وسواء قطع حَشَفَتَهُ أو جميعه، وَبَعْضُ الْحَشَفَةِ يُقَاسُ منها لا مِنْ كُلِّهِ، بخلاف قَطْعِ بعض المَارِنِ، هل يُقَاسُ مِنَ المَارِنِ⁽¹³⁾ أو مِنَ الْأَنْفِ كُلِّهِ؟ قولان.
 قوله: (سِوَاءِ قُطْعِ الذَّكَرِ قَبْلَ الْأُنْثَيْنِ أَوْ لَا)⁽¹⁴⁾ وقيل: أيهما قُطِعَ أَوَّلًا ففي الثَّانِي حُكُومَةٌ، لأنّه لا منفعة تبقى فيه، وقال ابنُ حَبِيبٍ: إن أذهب الْأُنْثَيْنِ أَوَّلًا ففي الذَّكَرِ

- (1) ((وفي أجفان العينين حُكُومَةٌ)). المصدر السابق.
- (2) ((وفي أشراف الأذنين روايتان، إحداهما أن فيها دية والأخرى حُكُومَةٌ)). المصدر السابق.
- (3) المصدر السابق.
- (4) كلمة مطموسة في (غ).
- (5) معها أي مع الجنائية، وصفة الحكومة أن يُقَوِّمَ المجني عليه لو كان عبدا سليما، ثم يُقَوِّمَ مع الجنائية، فما نقص من قيمته جُعِلَ جزاء من دِيَّتِهِ بالغاً ما بلغ. ينظر التلقيب: 191/2.
- (6) ذكره في سياق ما فيه حُكُومَةٌ. ينظر التفريع: 214/2.
- (7) عند الشيخ أبي بكر الأبهري، كما صرَّح به ابن الجلاب. ينظر المصدر السابق.
- (8) ((إذا ذهب الشَّمُّ والأنف جميعا، ففيهما دية واحدة، قاله ابن القاسم)). المصدر السابق.
- (9) القياس عند ابن الجلاب أن تكون فيهما دية وحكومة، أو ديتان، والروايتان ردُّ على قول ابن القاسم: ((إذا ذهب السَّمْعُ والأذن بضربة واحدة؛ ففيهما دية واحدة)). المصدر السابق.
- (10) المصدر السابق: 215/2.
- (11) المصدر السابق.
- (12) الْحَصُور: الذي لا إرْبَةَ له في النِّسَاءِ، أو لا يأتي النساء مع القدرة على ذلك. ينظر طلبه الطلبة: 76، ولسان العرب: مادة حصر.
- (13) المَارِن: ما لان من الأنف منحدرًا عن العظم. ينظر لسان العرب: مادة مرن.
- (14) ((إذا قُطِعَ الذَّكَرُ والأنثيين في دفعة واحدة؛ ففيهما ديتان)). التفريع: 215/2.

الدِّية، لأنَّه يُمكن به التَّلذُّذُ وَالْوَطْءُ، وإن كان بِالْعَكْسِ فِي الثَّانِي حُكُومَةً، وَيَعْنِي بَعْدَ الْمَلِكِ حَيْثُ ذَكَرَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ⁽¹⁾، وَهُوَ مَدَنِيٌّ.

قوله: (فِي عَيْنِ الْأَعْوَرِ الدِّيةُ)⁽²⁾ قالوا: لَأَنَّ نَظَرَ الْأُخْرَى يَنْتَقِلُ إِلَيْهَا، وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ أَنَّهَا كَالوَاحِدَةِ فِيهَا نِصْفُ الدِّيةِ⁽³⁾، وَالْإِجْمَاعُ عَلَى أَنَّهُ لَوْ فَقَّاهَا الصَّحِيحُ لَمْ يُفَقَّأْ بِهَا إِلَّا عَيْنُهُ الْوَاحِدَةُ يُمْنَى مِثْلَهَا أَوْ يُسْرَى، لَأَنَّ الْعَيْنَ بِالْعَيْنِ، كَمَا اسْتَوَتْ الْأَسْنَانُ فِي الدِّيةِ، وَكَذَلِكَ الْأَصَابِعُ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ مَنَافِعُهَا.

وقولهم: يَنْتَقِلُ إِلَيْهَا بَصَرُ الْأُخْرَى لَيْسَ بِشَيْءٍ، لَأَنَّ الْإِدْرَاكَ عَرَضٌ لَا يَبْقَى زَمَنَيْنِ وَلَا يَنْتَقِلُ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: إِذَا ذَهَبَ بَصَرُهُ مَعَ بَقَاءِ الْعَيْنِ فِيهِ الدِّيةُ، قَالَ فَإِنْ رَجَعَ بَصَرُهُ رَدَّ الدِّيةُ⁽⁴⁾، لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ لَمْ يَزَلْ، وَإِنَّمَا سَتَرَهُ سَاتِرٌ، وَقَالَ أَشْهَبُ: لَا يَرُدُّهَا لَأَنَّ الْبَصَرَ الثَّانِي غَيْرُ الْأَوَّلِ، وَهَذَا الْقِيَاسُ، وَيَلْزِمُ مِثْلُ ذَلِكَ فِي الْعَقْلِ لِأَنَّهُ عَرَضٌ، فَإِذَا صَارَ مُطَبَّقًا عَلَيْهِ أَبَدًا فِيهِ الدِّيةُ، وَإِنْ أَطْبَقَ عَلَيْهِ يَوْمًا وَلَيْلَةً مِنَ الشَّهْرِ فِيهِ [عَشْر] (5) ثَلَاثُ الدِّيةِ، أَوْ يَوْمًا (6) [أَوْ] (7) لَيْلَةً (8) فَسَدَسُ عَشْرَهَا.

فلو عفا الأعورُ عن الَّذِي أَذْهَبَ عَيْنَهُ، فَهَلْ يَكُونُ عَلَيْهِ (9) دِيَّةُ عَيْنِ الْأَعْوَرِ لِأَنَّهَا الَّذِي أَذْهَبَ، أَوْ عَيْنُ الصَّحِيحِ لِأَنَّهَا الَّتِي يَمْلِكُ الْأَعْوَرُ قَلْعَهَا الْآنَ.

وكذلك القولان، إِذَا قَتَلَ رَجُلٌ امْرَأَةً، فَهَلْ تَجِبُ عَلَيْهِ دِيَّةُ الْقَاتِلِ لَأَنَّ الْوَلِيَّ يَمْلِكُ قَتْلَهُ الْآنَ، أَوْ دِيَّةُ الْمَرْأَةِ لِأَنَّهَا الْمَقْتُولَةُ؟ وَكَذَلِكَ فِي الْعَكْسِ الْقَوْلَانِ.

قوله: (وَفِي الْجَائِفَةِ ثُلُثُ الدِّيةِ)⁽¹⁰⁾ هِيَ أَنْ تَصِلَ إِلَى الْجَوْفِ وَلَوْ كَانَتْ بِإِبْرَةِ، وَكَذَلِكَ الْمَأْمُومَةُ الْمُعْتَبَرُ وَصُولُهَا إِلَى الْجِلْدَةِ الَّتِي تَضُمُّ الدِّمَاغَ.

(1) ذكر ابن الجلاب ابنَ الماجشون وعزا إليه أن في قطع الأول من الذكر أو الأنثيين الدِّية، وفي الثاني حُكُومَةً، وَقَدْ تَقَدَّمتْ تَرْجُمَتُهُ. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقَ.

(2) الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(3) يَنْظُرُ الْأَمُّ: 132/6.

(4) يَنْظُرُ الْمَدُونَةُ: 564/4.

(5) فِي (و) ثَلَاثُ الدِّيةِ وَ(غ) ثَلَاثُ عَشْرَهَا. وَفِي مَنْحِ الْجَلِيلِ: 119/9 ((وإن ذهب عقله وقتنا ففيه من ديته بقدره، فإن ذهب يوماً وليلة من الشهر فله عشر ثلثها)).

(6) فِي النَّسَخَتَيْنِ (يَوْمٌ).

(7) فِي النَّسَخَتَيْنِ (وَلَيْلَةٌ). وَمَا أُثْبِتَ مُوَافِقٌ لِلْمُرَادِ وَهُوَ يَوْمٌ أَوْ لَيْلَةٌ.

(8) كَذَا وَرَدَتْ مِنْ غَيْرِ حَرْفِ الْعُطْفِ (أَوْ) وَالْمُرَادُ بِهِ وَاحِدٌ مِنْهُمَا، إِذَا جُنَّ فِي النَّهَارِ فَقَطُّ أَوْ اللَّيْلِ فَقَطُّ مَرَّةً فِي الشَّهْرِ، كَمَا وَرَدَ ذَلِكَ فِي الْفَوَاكِهِ الدَّوَانِي: 189/2 ((فلو فعل به فعلاً فصار يُجَنُّ فِي الشَّهْرِ يَوْمًا مَعَ لَيْلَتِهِ، فَإِنَّهُ يَجِبُ لَهُ مِنَ الدِّيةِ جُزْءٌ مِنْ ثَلَاثِينَ جُزْءًا، وَإِنْ كَانَ يُجَنُّ النَّهَارَ فَقَطُّ، أَوْ اللَّيْلَ فَقَطُّ مَرَّةً فِي الشَّهْرِ، فَإِنَّهُ يَكُونُ لَهُ جُزْءٌ مِنْ سِتِّينَ جُزْءًا)).

(9) أَيِ عَلَى الْجَانِي الَّذِي أَذْهَبَ الْعَيْنَ.

(10) التَّفْرِيعُ: 215/2.

وَالشَّجَاجُ عَشْرٌ لَيْسَ فِيهَا تَقْدِيرٌ إِلَّا فِي أَرْبَعٍ⁽¹⁾، وَ هِيَ: الْحَارِصَةُ تَحْرُسُ الْجِلْدَ أَيْ تَشْفُوهُ، ثُمَّ الدَّامِيَّةُ تُدْمِيهِ، ثُمَّ الْمَلْطَاةُ تُؤَثِّرُ فِي اللَّحْمِ، ثُمَّ الْبَاضِعَةُ تَبْضَعُ اللَّحْمَ، ثُمَّ السِّمْحَاقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْعِظَمِ قَشْرَةٌ رَقِيقَةٌ، ثُمَّ الْمُوضِحَةُ تُبْذِرُ وَاضِحَةً⁽²⁾، ثُمَّ الْهَاشِمَةُ تَهْشِمُهُ، ثُمَّ الْمُنْقَلَةُ يَخْرُجُ مِنْهَا مَعَ الدَّوَاءِ قَشْرُ الْعِظَمِ، ثُمَّ الْمَأْمُومَةُ وَ الْجَائِفَةُ، فَإِذَا طَعَنَهُ بِرُمَحٍ نَفَذَهُ إِلَى الْجِهَةِ الْأُخْرَى، فَهِيَ جَائِفَةٌ وَاحِدَةٌ، لِأَنَّهُ رُمَحٌ وَاحِدٌ، أَوْ جَائِفَتَانِ لِأَنَّهُ مِنْ كُلِّ جِهَةٍ بَلَغَ الْجَوْفُ؟ قَوْلَانِ.

قوله: (وَفِي السِّنِّ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ)⁽³⁾ وَ هَذَا حَدِيثٌ⁽⁴⁾، وَ هِيَ مُسْتَوِيَّةٌ⁽⁵⁾ كَالْأَصَابِعِ، وَ سَأَلَ رَبِيعَةُ⁽⁶⁾ ابْنَ الْمُسَيَّبِ⁽⁷⁾ عَنْ دِيَةِ أَصَابِعِ الْمَرْأَةِ فَقَالَ: ((فِي ثَلَاثٍ ثَلَاثُونَ، وَ فِي أَرْبَعٍ عَشْرُونَ، فَقَالَ: لَمَّا عَظَّمْتَ مُصِيبَتَهَا قَلَّ عَقْلُهَا⁽⁸⁾، قَالَ لَهُ: أَعَرَأَقِي أَنْتِ⁽⁹⁾؟ قَالَ: لَا، بَلْ عَالَمٌ مُسْتَنْبِتٌ أَوْ مُسْتَفْتٍ، فَقَالَ: هِيَ السُّنَّةُ يَا ابْنَ أَخِي))⁽¹⁰⁾، فَإِذَا اسْوَدَّ السِّنُّ فِيهَا الدِّيَةُ، وَ مُقْتَضَى الْحَدِيثِ ((فِي السِّنِّ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ))⁽¹¹⁾ أَنَّ ذَلِكَ فِي قَلْعِهَا، لَكِنْ قَاسَ ذَلِكَ مَالِكٌ عَلَى مَا إِذَا اسْوَدَّ جِلْدُهُ⁽¹²⁾، فَفِيهِ الدِّيَةُ، فَإِذَا [أَقْتَلَعَهُ]⁽¹³⁾ بَعْدَ ذَلِكَ فَفِيهِ دِيَةٌ

- (1) الأربعة التي فيها تقدير هي: الجائفة، والأمة، والمنقولة، والموضحة. ينظر مدونة الفقه المالكي وأدلته: 343/5، 344.
- (2) لعلها محرّفة عن (وضّحه) أي أنها كشفت عن العظم فتبذرت وضّحه. ينظر المقدمات: 323/3.
- (3) التقرير: 357/2.
- (4) أخرج ابن ماجه: 885/2 حديث رقم 2651 ((قضى في السنّ خمساً من الإبل)) من حديث ابن عباس مرفوعاً، وقال عنه البوصيري: ((هذا إسناد صحيح رجاله ثقات)) مصباح الزجاجة: 127/3، وأخرجه مالك في الموطأ: 489/2 حديث رقم 1 من حديث عمرو بن حزم مرفوعاً بدون لفظ (من الإبل) وقال ابن عبد البر: لا خلاف عن مالك في إرساله، وقد روي مسنداً بوجه صالح، وهو كتاب مشهور عند أهل السير، معروف ما فيه عند أهل العلم معرفة تستغني بشهرتها عن الإسناد، لأنه أشبه التواتر في مجيئه لتلقي الناس له بالقبول والمعرفة، وذكر له طرقاً أخرى. ينظر التمهيد: 338/17، وشرح الزرقاني: 277/4.
- (5) إذ لا فرق بين سنّ وسنّ، ففي كل واحد خمس.
- (6) ربيعة بن أبي عبد الرحمن، يكنى أبا عثمان، ويعرف بريبعة الرأي، أدرك بعض الصحابة، أخذ عن أنس بن مالك وعنه أخذ الإمام مالك، وكان بليغاً فصيحاً، توفي سنة 136 هـ. ينظر تذكرة الحفاظ لابن القيسراني: 157/1، وطبقات الفقهاء: 65 وشجرة النور: 46/1.
- (7) سعيد بن المسيّب بن حزن القرشي المخزومي، أبو محمد، أحد العلماء الأثبات الفقهاء الكبار، أدرك عدداً من الصحابة، قال ابن المديني: لا أعلم في التابعين أوسع علماً منه، توفي سنة 93 هـ وقد ناهز الثمانين. ينظر التاريخ الكبير: 510/3 وتقريب التهذيب: 181.
- (8) عقّلها: دبّثها.
- (9) يريد إعلامه بأنه مدني اعتمد على إجماع أهل المدينة، أو يريد - بعراقي - إذا كان لدى ربيعة أثر اعتمد عليه في ذلك، ونسب السنّة إليه. ينظر المنتقى: 78/7.
- (10) أخرجه مالك في الموطأ: 860/2.
- (11) تقدم تخريجه قبل قليل.
- (12) كذا وردت، ولم أر من أسند السواد للجلد، فأغلب كتب الفقه تناول الدية في سواد السنّ قبل قلعه، فقد تكون محرّفة عن معنى آخر، والله أعلم.
- (13) في (و) قتله، وفي (غ) طمس.

أخرى، لأنَّه أزال جَمَالَه، وفي [خُضْرَة]⁽¹⁾ السِّنُّ أو اصْفَرَّارها بقدر ما ذهب من جمالها، وبعضُ العلماء يفرِّق بينهما بالاجتهاد، وهو مذهب ابن المُسيَّب، ويجعل لما عَظُمَت منفَعَتُه من الدِّية أكثر.

وفي كل أنملة ثلاثٌ وثلاثٌ، واخْتُلِفَ في الإبهام من اليد، هل فيها أنملةٌ، ففي كل أنملة منها خَمْسٌ، أو فيها ثلاث إلا أن إحداها مُلصَّقة بالكفِّ؟ ويدلُّ على أنَّها من الأصبع أنَّها تتحرَّك بحركتها، ولا خلاف أن إبهام الرِّجل أنملةٌ، ففي كل واحدة خَمْسٌ، وإذا شلَّ [يد آخر]⁽²⁾ فإن أذهب [إحسانها]⁽³⁾ و بقيت كما هي وجبت الدِّية لزوال⁽⁴⁾ منفعتها، ثُمَّ فيها بعدُ حُكُومَةٌ⁽⁵⁾، كما لو أذهب نُورَ عينه وأبقاها كما هي، وهذا بخلاف السِّنِّ المُسَوَّدة بالضرب، لأنَّ منفعتها باقيةٌ بعدُ، وسواءً قطع أصابع اليد أو الكفِّ أو الكلِّ، كما أن قطع المَارِن وهو أرنبَةُ الأنف، وهو ما لأنَّ منه بمنزلة قُطْع جميعه، وإذا قُطِعَ بعضُ المَارِن؛ فهل يُقَاسُ من المَارِن أو من كلِّ الأنف؟ قولان.

وكان يلزم في قُطْع بعض الحَشَفَةِ مثْل ذلك، فيُحْتَمَل أن يكون توقيفُ مَنَعٍ مِنَ القياس، وإنَّما قامت الحَشَفَةُ مقامَ الذِّكْرِ لأنَّ الأحكام المُتَرَتِّبة موجودةٌ في الحَشَفَةِ، كالإحصان والصدَّاق، وتَحْلِيل المُطَلَّقة وغير ذلك، وإذا قُطِعَ بعضُ الحَشَفَةِ قام مقامُها على الباقي من الذِّكْرِ.

وإذا ذهب بعضُ السَّمْعِ والبَصَرِ تعذَّرَ القَوْدُ، لأنَّه لا يتأتَّى فِعْلُ ذلك البعض، ولكن يُنْظَرُ كم الآن⁽⁶⁾ يُبْصِرُ أَوَّلًا وَمِنْ أَيِّ غَايَةٍ كان يَسْمَعُ، ثُمَّ (من أين)⁽⁷⁾ يُبْصِرُ الآن أو يَسْمَعُ، ويُصَدَّقُ في ذلك كُلُّه، وإن اِخْتُمِلَ كَذِبُهُ لأنَّه شيءٌ لا يُعْلَمُ إِلَّا مِنْ قِبَلِهِ، ((والظَّالَمُ أَحَقُّ بِالْحَمْلِ عَلَيْهِ، وَالْمُخْطِئُ مَنْسُوبٌ إِلَى التَّقْرِيطِ)).

[كيفية تقويم الحُكُومَةِ]:

قوله: (يَقُومُ عَبْدًا)⁽⁸⁾ كما تُقَوِّمُ الخَمْرُ على تقدير⁽⁹⁾ أنَّها تُبَاعُ وَيُنْتَفَعُ بها.

قوله: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي الْوَجْهِ وَالرَّأْسِ)⁽¹⁾ لشرفهما، وقيل: الأنف ليس فيه ذلك

(1) في (و) خصرة، وفي (غ) طمس.

(2) في (و) يده.

(3) في (و) إحسانها وفي (غ) مطموسة.

(4) في (و) لزوالها.

(5) إذا أذهبها بعد.

(6) سقطت من (و).

(7) ما بين القوسين سقط من (و).

(8) ((والحكومة أن يَقُومَ المَجْنِي عليه عبداً صحيحاً، وَيَقُومَ عبداً معيباً)). التفريع: 215/2.

(9) سقطت من (و).

لُبْعُهُ مِنَ الدِّمَاغِ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ⁽²⁾ فِي مَا يَنْفِذُ جُرْحُهُ إِلَى الدِّمَاغِ، وَأَمَّا اللَّحْيُ الْأَسْفَلُ فَهُوَ بَعِيدٌ مِنَ الدِّمَاغِ وَمُنْفَصِلٌ فِي الْخِلْقَةِ، وَسُمِّيَتْ الْمُنْقَلَةُ بِذَلِكَ، لِأَنَّ فِيهَا إِنْتَقَالَ الْعِظَمُ عَنْ هَيْئَتِهِ، لِأَنَّهَا أَوَّلُ مَا تَكُونُ هَاشِمَةً تَهْشِمُ الْعِظَمَ، فَمَعَ الدَّوَاءُ يَخْرُجُ قِطْعٌ مِنَ الْعِظَمِ، وَيَنْتَقِلُ الْعِظَمُ عَنْ هَيْئَتِهِ.

[قِصَاصُ الْمَرْأَةِ مِنَ الرَّجُلِ وَدِيَّةُ جِرَاحِهَا]:

وَأَمَّا قَتْلُ الرَّجُلِ بِالْمَرْأَةِ فَمَحَافِظَةٌ عَلَى النَّفْسِ، وَكَذَلِكَ الْكَبِيرُ بِالصَّغِيرِ، وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿الْنَفْسَ بِالنَّفْسِ﴾⁽³⁾ وَاخْتِلَفَ⁽⁴⁾ فِي الدِّيَّةِ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ نِصْفُ الرَّجُلِ فِي الشَّهَادَةِ، وَتُعَاقِلُهُ فِي الْجِرَاحِ إِلَى ثَلَاثِ الدِّيَّةِ، فَلَوْ أَوْضَحَهَا مَوَاضِحُ عِدَّةٍ فِي ضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ فِي أَزْمَنَةٍ مُتَعَدِّدَةٍ، فَلَا فَرْقَ مَتَى بَلَغَ الْعَقْلُ إِلَى ثَلَاثِ دِيَّةِ الرَّجُلِ رَجَعَ إِلَى دِيَّتِهَا، وَسَوَاءٌ كَانَتْ فِي عُضْوٍ وَاحِدٍ أَوْ فِي أَعْضَاءٍ، وَكَذَلِكَ أَصَابِعُهَا إِذَا أَذْهَبَهَا فِي ضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ، وَأَمَّا إِذَا أَذْهَبَهَا مِنْ يَدٍ وَاحِدَةٍ فِي أَزْمَنَةٍ فَإِنَّهُ يُضَافُ الْأَخِيرُ إِلَى الْأَوَّلِ، فَإِنْ بَلَغَ ثَلَاثَ الدِّيَّةِ رَجَعَ إِلَى دِيَّتِهَا، وَسَوَاءٌ كَانَ الْجَانِي ثَانِيًا هُوَ الْأَوَّلُ أَوْ غَيْرُهُ⁽⁵⁾، فَإِذَا أَذْهَبَ مِنْ يَدِهَا أَصْبِعَهَا بَعْدَ ثَلَاثٍ فَفِيهَا خَمْسٌ⁽⁶⁾.

[الدِّيَّةُ أَوَالْفُؤْدُ فِي سِنِّ الصَّبِيِّ]:

وَأَمَّا إِذَا أَذْهَبَ سِنَّ صَبِيٍّ وَقَفَّ، فَإِنْ نَبَتَتْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا إِلَّا الْأَدَبُ فِي الْعَمْدِ، لِأَنَّهُ جَنَى عَلَى مَا شَأْنُهُ أَنْ يُقْلَعَ، فَإِنْ لَمْ تَنْبُتْ وَجِبَ الْفُؤْدُ أَوْ الدِّيَّةُ فِي الْخَطَأِ، وَإِنْ مَاتَ الصَّبِيُّ وَجِبَ ذَلِكَ أَيْضًا، لِأَنَّهُ جَنَى عَلَى مَا لَا يَنْبُتُ.

[دِيَّةُ ذَهَابِ الصَّوْتِ]:

وَالصَّوْتُ يَكُونُ بِالْحَلْقِ، وَإِذَا ذَهَبَ مِنَ اللِّسَانِ بَعْضُ الْحُرُوفِ وَزَرَعَتِ الدِّيَّةُ عَلَى حُرُوفِ الْمُعْجَمِ، وَقِيلَ: يُجْتَهَدُ فِي ذَلِكَ، لِأَنَّ الْحُرُوفَ تَخْتَلِفُ بِالْخِفَّةِ وَالثَّقَلِ، فَيَكُونُ فِي الثَّقَلِ أَكْثَرُ.

[دِيَّةُ غَيْرِ الْمُسْلِمِ]:

قَوْلُهُ: (وَفِي الْكِتَابِيِّ مَا فِي الْمَرْأَةِ⁽⁷⁾)⁽¹⁾ لِأَنَّهُ نَفْسٌ دَنِيَّةٌ، فَأَشْبَهَتْ الْمَرْأَةَ، وَقَالَ

(1) ((الموضحة ما أوضح العظم، ولا يكون فيها تقدير إلا أن تكون في الوجه والرأس)). المصدر السابق.

(2) أي الذي فيه تقدير.

(3) المائدة: 45.

(4) في (و) واختلفا.

(5) في (و) وغيره.

(6) خمسٌ في كل أصبع، وفي أربع عشرون.

(7) أي نصف دية الرجل كالمراة. ينظر متن الرسالة: 123/1.

الشَّافِعِيَّ فِيهِ ثَلَاثُ الدِّيَةِ، وَقَالَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ: مِثْلُ مَا فِي الْمُسْلِمِ⁽²⁾، لِأَنَّهَا نَفْسُ [مَعْصُومَةٍ]⁽³⁾، وَوَجْهُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ إِنْ كَانَ مِنْ قَالٍ بِالنِّصْفِ أَوْ بِالْكَلِّ قَالٍ بِالثَّلَاثِ؛ فَصَارَ إِجْمَاعًا. وَلَيْسَ بِشَيْءٍ، لِأَنَّ مَنْ قَالٍ بِالثَّلَاثِ أَوْ بِالْكَلِّ لَا يَجُوزُ الْاِقْتِصَارُ دُونَ ذَلِكَ، وَالْمَرْأَةُ⁽⁴⁾ عَلَى النِّصْفِ مِنْهُ كَالْمُسْلِمِينَ، وَفِي الْمَجُوسِيِّ [ثَلَاثًا]⁽⁵⁾ عَشْرُ الدِّيَةِ.

[قَتْلُ الْمُسْلِمِ بِالْكَافِرِ وَبِالْمُعَاهِدِ]:

قَوْلُهُ: (لَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ)⁽⁶⁾ لِلْحَدِيثِ: ((تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ، وَيَسْعَى بِذِمَّتِهِمْ أَدْنَاهُمْ، لَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ، وَلَا ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ))⁽⁷⁾، خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ، قَالَ: هَذَا خَبَرٌ آحَادٌ، وَلَأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ تَخْصِيصِهِ، أَيْ قِصَاصًا، وَأَمَّا لَوْ قُتِلَ الْمُسْلِمُ غِيلَةً كَقَاطِعِ الطَّرِيقِ، أَوْ بِحِيلَةٍ فَإِنَّهُ يُقْتَلُ بِهِ، إِلَّا أَنَّ هَذَا لَيْسَ قِصَاصًا، وَإِنَّمَا هُوَ حَدٌّ، وَلِأَنَّ قَوْلَهُ: ذُو عَهْدٍ فِي عَهْدِهِ يَقْتَضِي أَنْ لَا يُقْتَلُ بِذِمِّيٍّ، لِأَنَّ مَفْهُومَهُ وَلَا مُعَاهِدٍ - أَيْضًا - بِكَافِرٍ، لِأَنَّ الْحَدِيثَ سَبَقَ لِلْقِصَاصِ، وَأَنْتُمْ لَا تَقُولُونَ بِذَلِكَ.

قُلْنَا: قَاتِلٌ اخْتَصَّ بِفَضِيلَةِ الْإِسْلَامِ فَلَا يُقْتَلُ بِالْكَافِرِ، قِيَاسًا عَلَى الْمُعَاهِدِ، وَلَهُمْ فِي الْمُسْلِمِ بِالْمُعَاهِدِ رَوَايَتَانِ، فَيَقُولُ: قَاتِلٌ اخْتَصَّ بِالْإِسْلَامِ فَلَا يُقْتَلُ، قِيَاسًا عَلَى الذَّرَارِيِّ وَالنِّسَاءِ، وَهَذَا لَا خِلَافَ فِيهِ أَنَّهُ لَوْ تَعَمَّدَ مُسْلِمٌ قَتْلَ مَنْ السَّبْيِ صَبِيًّا أَوْ امْرَأَةً؛ فَلَا يُقْتَلُ بِذَلِكَ لِلشُّبْهَةِ بِقِيَامِ الْمُبِيحِ وَهُوَ الْكَفَرُ.

[قَتْلُ الْحُرِّ بِالْعَبْدِ وَكَيْفِيَّةُ إِثْبَاتِ قَتْلِ الْعَبْدِ لِلْحُرِّ]:

قَوْلُهُ: (بِعَبْدٍ نَفْسِهِ)⁽⁸⁾ فَلَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ، وَخَالَفَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي عَبْدٍ غَيْرِهِ، لِقَوْلِهِ

- (1) فِي التَّفْرِيعِ: 216/2 ((وَدِيَّةُ الْكِتَابِيِّ نِصْفُ دِيَةِ الْمُسْلِمِ)).
- (2) مِنْ هَؤُلَاءِ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ. يَنْظُرُ الْمَقْدِمَاتُ: 295/3.
- (3) فِي (و) مَعْصُومَةٌ فِي (غ) طَمَسَ. وَمَا أُثْبِتَ يَتَّفِقُ مَعَ عَصْمَةِ الدِّمِّ لِلْكِتَابِيِّ مِثْلُ عَصْمَةِ دَمِ الْمُسْلِمِ.
- (4) الْمُرَادُ بِهَا الْمَرْأَةُ الْكِتَابِيَّةُ، فَهِيَ عَلَى النِّصْفِ مِنْهُ مِنَ الْكِتَابِيِّ، كَالْمَرْأَةِ الْمُسْلِمَةِ لَهَا نِصْفُ دِيَةِ الرَّجُلِ الْمُسْلِمِ.
- (5) فِي (و) ثَلَاثٌ، وَفِي (غ) طَمَسَ. وَثَلَاثُ عَشْرِ الدِّيَةِ مِنَ الذَّهَبِ سِتَّةٌ وَسِتُّونَ دِينَارًا وَثَلَاثًا دِينَارًا، وَقَالَ الشَّيْخُ خَلِيلٌ: وَالْمَجُوسِيُّ وَالْمُرْتَدُّ ثَلَاثُ خَمْسِ دِيَةِ الْحُرِّ الْمُسْلِمِ، وَثَلَاثُ الْخَمْسِ مِنَ الذَّهَبِ سِتَّةٌ وَسِتُّونَ دِينَارًا وَثَلَاثًا دِينَارًا، وَهُوَ مَا يَعَادِلُ ثَلَاثِي عَشَرَ الدِّيَةِ. يَنْظُرُ الْفَوَاكِهُ الدَّوَانِي: 188/2، وَحَاشِيَةُ الْعَدَوِيِّ عَلَى كِفَايَةِ الطَّالِبِ: 301/2.
- (6) التَّفْرِيعُ: 216/2.
- (7) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ: 80/3 حَدِيثَ رَقْمٍ 2751 مِنْ حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ نَحْوَهُ مَرْفُوعًا، وَالنَّسَائِيُّ: 24/8 حَدِيثَ رَقْمٍ 4746 بَلْفُظِهِ مِنْ حَدِيثِ عَلِيِّ مَرْفُوعًا، وَأَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ فِي الْمُسْتَدْرَكِ: 153/2 حَدِيثَ رَقْمٍ 2623 بَلْفُظِهِ مَعَ زِيَادَةِ ((وَهُمْ يَدُّ عَلَى مَنْ سِوَاهُمْ)) مِنْ حَدِيثِ عَلِيِّ مَرْفُوعًا، وَقَالَ: هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ وَلَمْ يَخْرُجَاهُ، وَلَهُ شَاهِدٌ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ وَعَمْرِو بْنِ الْعَاصِ، وَسَاقَ الْحَدِيثَيْنِ، وَوَافَقَهُ الذَّهَبِيُّ.
- (8) لَا يُقْتَلُ حُرٌّ بِعَبْدٍ نَفْسَهُ، وَلَا بِعَبْدٍ غَيْرِهِ. يَنْظُرُ التَّفْرِيعُ: 216/2.

تعالى: ﴿الْأَنفُسَ بِالنَّفْسِ﴾⁽¹⁾ ودليلنا أَنَّ الرِّقَ أَثَرُ الكُفْرِ وشبهته، وهو يقوم مقامه في مواضع، فكَذلك هنا.

قوله: (إِذَا قَتَلَ عَبْدٌ حُرًّا)⁽²⁾ يعني إذا ثبت قَتْلُ العبد للحرِّ بشهادة أو بإقرار سيِّده، وأمَّا إذا أقرَّ العبدُ بذلك، فإن كان خطأ لم يُلْتَقَتْ إلى قوله لأنَّه أقرَّ على غيره، وإن كان عمدًا، فإن قَتَلَهُ وُلَاةُ المقتول زالت التُّهْمَةُ، وإن استحيوه سقط حقُّهم، لأنَّه يُنْتَهَمُ العبدُ أن يُدْخَلَ ضرراً على سيِّده بإدخاله في غُرْم، أو في إسلامه إلى وُلَاةِ المقتول فيخرج عن ملكه.

[قَطْعُ العبد والكتابي يَدَ الحُرِّ]:

وإذا قطع عبدٌ أو كتابي يَدَ حُرٍّ، فيه ثلاثُ روايات، الْقِصَاصُ وهو مذهب الشَّافِعِيِّ، وهو يَبِيْنُ، وأن لا قِصَاصَ بل الدِّيَّة، ووجهه الْقِيَاسُ على النَّفْسِ، لأنَّه كما لم يُسَاوِهِ في النَّفْسِ فَكَذلك في العُضْوِ، إلا أن في هذا إشكالا، وقيل: بالفرق بين الكتابي فيُقْتَصُّ منه، لأنَّه مثله في الحُرِّيَّة، وبين العبد فلا قِصَاصَ، رجاء أن يدفعه سيِّده في الجناية فيصير عبدا للمجني عليه.

[جناية الصبيِّ والسَّكران والمجنون]:

وعَمْدُ الصَّبِيِّ كالخطأ، فيكون على عاقِلَتِهِ، وفَرَّقَ الشَّافِعِيُّ بين عَمْدِهِ فَجَعَلَهُ في مَالِهِ⁽³⁾، لأنَّه يتأتَّى منه الْعَمْدُ والقَصْدُ، بخلاف المجنون لا قَصْدَ له، واخْتُلِفَ في السَّكران، هل تجري عليه الأحكامُ كالصَّاحي أَوْ لا؟ على قولين، وقيل: إنَّما الْخِلَافُ في الَّذي معه بَقِيَّةٌ مِنْ عَقْلِهِ، وأمَّا الَّذي لا يَعْرِفُ الْأَرْضَ مِنَ السَّمَاءِ؛ فلا يلزمه شيءٌ إِلَّا الصَّلَاةُ، فلا خِلَافَ أَنَّهُ يَقْضِيهَا، وليس ذلك من التَّكْلِيفِ، بل هو من باب الْوَضْعِ والإخبار، فَجُعِلَ تَرْكُهُ الصَّلَاةَ في حال سَكْرِهِ سَبَبًا لِقَضَائِهِ إِيَّاهَا إذا صَحَا، كما جُعِلَ فِعْلُ الصَّبِيِّ علامة على إخراج القيمة من ماله، والقَتْلُ كالصَّلَاةِ، ولأنَّه لا يُعْلَمُ هل ذهب عقله أم لا؟.

[القِصَاصُ مِنَ الْأَبْوَانِ لَوْلَهُمَا]:

قوله: (إِذَا ذَبَحَهُ)⁽⁴⁾ أي إذا تُيَقِّنَ مِنْهُمَا الْعَمْدِيَّةُ بِالْفِعْلِ الَّذِي يَطُولُ زَمَانُهُ، فلا يبقى معه حُنُوٌّ ولا إِشْفَاقٌ، بخلاف ضَرْبِهِ بِسَيْفٍ أو سِكِّينٍ وإن كان عمدًا؛ لكن يُعْلَمُ من

(1) المائدة: 45.

(2) ((إذا قتل عبدٌ حُرًّا فأولياءُ المقتول بالخيار، إن شاؤوا قتلوه..أو استحيوه)) التفریع: 217/2.

(3) ينظر مختصر المزني: 353/8.

(4) ((ويقتل الأبوان بولدهما إذا ذبحاه)). التفریع: 217/2.

حُؤُومَا بطرق الشَّكِّ في العَمْدِيَّةِ، ومذهب أَشْهَبَ كَالشَّافِعِيِّ أَنَّهُمَا لَا يُقْتَلَانِ بِهِ الْبَتَّةُ(1)، لَأَنَّهُمَا سَبَبٌ وَجُودُهُ، فَلَا يَكُونُ سَبَبًا لِإِعْدَامِهِ، كَالْعَبْدِ لَمَّا كَانَ سَيِّدُهُ سَبَبًا لَوْجُودِهِ فِي مَلِكِهِ؛ فَلَا يَكُونُ سَبَبًا لِإِعْدَامِهِ.

[قَتْلُ الزَّوْجِ وَالْمُعْلَمِ وَالْحَاكِمِ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ بِشِبْهَةِ التَّأْدِيبِ]:

قوله: (إِذَا تَعَمَّدَ قَتْلَهَا)(2) لَمَّا أُبِيحَ لَهُ ضَرْبُهَا - خِلَافُ الْأَجْنَبِيِّ - فَلَوْ ضَرْبُهَا بِمَا لَا يَقْتُلُ مِثْلَهُ غَالِبًا كَانَ خَطَأً لَا قِصَاصَ فِيهِ، وَكَذَلِكَ الْمُعْلَمُ مَعَ الصَّبِيِّ - بِخِلَافِ الْأَجْنَبِيِّ - إِذَا ضُرِبَ بِمَا لَا يَقْتُلُ مِثْلَهُ فَمَاتَ اقْتِصَصَ مِنْهُ، لِأَنَّهُ أَقْدَمَ عَلَى حَرَامٍ، وَكَذَلِكَ الْحَاكِمُ فِي التَّعْزِيرِ.

[التَّجَاوُزُ فِي الْقِصَاصِ]:

قوله: (وَلَا قَوْدَ فِي مَأْمُومَةٍ)(3) لِأَنَّهُ لَا يَتَأَتَّى فِعْلٌ مِثْلَ ذَلِكَ؛ فَرُجِعَ فِيهِ إِلَى الْأَرْضِ، وَكَذَلِكَ كُلُّ مَا يَقُولُ أَهْلُ الْمَعْرِفَةِ: إِنَّهُ لَا يَتَأَتَّى فِيهِ الْقِصَاصُ؛ يُرْجَعُ فِيهِ إِلَى الْأَرْضِ، فَإِنْ اقْتُصَّ فِي ذَلِكَ فَمَاتَ كَانَ فِيهِ الْقِصَاصُ، بِمَنْزِلَةِ مَنْ قُطِعَتْ يَدُهُ فَقُتِلَ الْقَاطِعُ، وَإِذَا اقْتُصَّ مِمَّا يَصِحُّ فِيهِ الْقِصَاصُ فَيَسْرِي ذَلِكَ إِلَى الْمَوْتِ فَلَا شَيْءَ فِيهِ، لِأَنَّهُ سَرَايَةُ الْقَوْدِ لَا شَيْءَ فِيهَا، لِأَنَّ ((الظَّالِمَ أَحَقُّ أَنْ يُحْمَلَ عَلَيْهِ)).

قوله: (وَاخْتُلِفَ)(4) سَبَبُ ذَلِكَ ((تَحْقِيقُ مَنَاطٍ)) (5) هَلْ يَتَأَتَّى الْقِصَاصُ أَوْ لَا؟.

[القِصَاصُ مِنَ الْقَاتِلِ فِي الْحَرَمِ]:

قوله: (وَمَنْ قَتَلَ فِي الْحَرَمِ)(6) لَا خِلَافَ أَنَّ هَذَا يُقْتَصُّ مِنْهُ فِي الْحَرَمِ، لِأَنَّهُ انْتَهَكَ حُرْمَتَهُ بِالْقَتْلِ فِيهِ أَوَّلًا، وَأَمَّا إِنْ قَتَلَ فِي الْحِلِّ وَلَجَأَ إِلَى الْحَرَمِ فَأَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ: لَا يُقْتَلُ فِي الْحَرَمِ، وَلَكِنْ يُلْجَأُ إِلَى أَنْ يَخْرُجَ بَأَنْ يُمْنَعَ عَنْهُ الطَّعَامُ وَالشَّرَابُ، أَوْ يُنْفَرَ حَتَّى يَخْرُجَ إِلَى الْحِلِّ(7)، وَدَلِيلُنَا الْقِيَاسُ عَلَى الْجِرَاحِ، لِأَنَّهُ لَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ يُقْتَصُّ مِنْهَا فِيهِ، لِأَنَّ حُرْمَتَهَا دُونَ النَّفْسِ، وَهُوَ أَحَدُ نَوْعِي الْقِصَاصِ، وَالنَّوْعُ الثَّانِي كَذَلِكَ.

(1) ينظر الأم: 26/6.

(2) ((ويُقْتَلُ الرَّجُلُ بِأَمْرِهِ إِذَا تَعَمَّدَ قَتْلَهَا)). التفريع: 217/2.

(3) المصدر السابق.

(4) ((واختُلِفَ... فِي قَوْدِ كَسْرِ غَيْرِ الْفَخْذِ مِنَ الْأَعْضَاءِ)). المصدر السابق.

(5) تحقيق المناط: ((التَّحْقِيقُ مِنْ وَجُودِ الْعِلَّةِ الثَّابِتَةِ بِنَصٍّ أَوْ إِجْمَاعٍ أَوْ اسْتِنْبَاطٍ فِي الصُّورِ الَّتِي يَنْتَظِمُهَا

(الحكم)) معجم لغة الفقهاء: 123/1.

(6) ((ومن قتل في الحرم... ثم نجا إلى الحرم قُتِلَ بِهِ)). التفريع: 217/2.

(7) ينظر الدر المختار وحاشية ابن عابدين: 547/6.

[المُثَلَّةُ بالجاني قبل القصاص منه]:

قوله: ((إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَثَلًا بِهِ))⁽¹⁾ مَثَلٌ أَنْ يَقْطَعَ يَدَهُ ثُمَّ يَقْتُلَهُ فَيُعْلَمُ أَنَّهُ قَصْدُ الْمُثَلَّةِ، بخلاف أَنْ يَضْرِبَهُ فِي مَوَاضِعٍ مِنْ جَسَدِهِ عَلَى امْتِنَاعِهِ لَهُ، فَلَمْ يَقْصِدِ الْمُثَلَّةُ؛ فَالْقَتْلُ يَأْتِي عَلَى ذَلِكَ، وَدَلِيلُ الْأَوَّلِ⁽²⁾ قَوْلُهُ عَزَّ وَجَلَّ: ﴿فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾⁽³⁾.

[المُسْتَحَقُّ لِلدِّيةِ]:

قوله: ((فَهِيَ مَوْرُوثَةٌ عَلَى فَرَائِضِ اللَّهِ))⁽⁴⁾ وَقِيلَ: يَخْتَصُّ بِهَا الْعَصَبَاتُ، لِأَنَّهَا أَحَقُّ بِالْأَمِّ، وَعَلَى هَذَا يَتَسَاوَوْنَ، الْبَعِيدُ وَالْقَرِيبُ كَالْقِسَامَةِ⁽⁵⁾، وَهَذَا بخلاف الخطأ، لِأَنَّهُ مَاتَ عَنْ مَالٍ فَيُخْرِجُ مِنْهُ وَصِيَّتَهُ، وَيَرِثُهُ جَمِيعُ وَرَثَتِهِ.

[الاختلاف في توريث القاتل]:

قوله: ((لَا يَرِثُ قَاتِلُ الْعَمْدِ))⁽⁶⁾ لَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ، وَاخْتَلَفَ فِي قَاتِلِ الْخَطَا، فَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ أَنَّهُ لَا يَرِثُ مِنْهَا لِلْحَدِيثِ ((الْقَاتِلُ لَا يَرِثُ))⁽⁷⁾، وَهَذَا عَامٌّ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَرِثُ⁽⁸⁾، وَقَالَ مَالِكٌ: يَرِثُ مِنَ الْمَالِ دُونَ الدِّيَةِ، لِأَنَّهَا وَإِنْ أُخِذَتْ مِنْ عَاقِلَتِهِ فَهُوَ سَبَبٌ، فَكَأَنَّهُ أُخِذَتْ مِنْهُ، فَلَا يَرْجِعُ فِي شَيْءٍ مِنْهَا بِالْإِثْرِ.

قوله: ((وَلَا يَرِثُ الْقَاتِلُ))⁽⁹⁾ مَخْصُوصٌ بِالْعَمْدِ، لِأَنَّهُ اسْتَعْجَلَ مَا يَتَأَخَّرُ، فَعُومِلَ بِنَقِيضِ مَقْصُودِهِ.

قَالَ الشَّافِعِيُّ: اللَّفْظُ عَامٌّ، وَتَخْصِيصُهُ بِمِثْلِ هَذِهِ الْعِلَّةِ الْمُسْتَنْبَطَةُ لَيْسَ بِشَيْءٍ، ثُمَّ إِنَّكُمْ لَا تَقُولُونَ بِهَذِهِ الْعِلَّةِ فِي مَوَاضِعٍ، مِثْلُ لَوْ قَتَلْتَ أُمَّ الْوَلَدِ سَيِّدَهَا فَتَخْرُجُ حُرَّةً عِنْدَكُمْ، وَلَا تُعَامَلُ بِنَقِيضِ مَقْصُودِهَا، وَفَائِدَةُ حُرِّيَّتِهَا - وَإِنْ وَقَعَ الْقِصَاصُ بَعْدَ أَنْ

(1) استثناء من قوله: ((وَمَنْ جَرَحَ رَجُلًا، ثُمَّ قَتَلَهُ؛ قُتِلَ بِهِ وَلَمْ يُجَرَّحْ بِهِ)). التفريع: 218/2.

(2) دليل المُثَلَّةِ بالجاني.

(3) النحل: 126.

(4) ((وَإِذَا قُبِلَتِ الدِّيَةُ فِي الْعَمْدِ فَهِيَ مَوْرُوثَةٌ عَلَى فَرَائِضِ اللَّهِ)). هامش التفريع: 218/2.

(5) فِي (و) كَالْقِسَامَةِ.

(6) الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(7) يَنْظُرُ الْأَمُّ: 36/6، وَالْمَهْذَبُ: 407/2. وَالحديث أخرجه ابن ماجه: 883/2 حديث رقم 2645، وَالتِّرْمِذِيُّ: 425/4 حديث رقم 2109 كلاهما من حديث أبي هريرة بلفظه مرفوعاً من طريق ابن أبي فروة، وَقَالَ التِّرْمِذِيُّ: ((هَذَا حَدِيثٌ لَا يَصَحُّ؛ لَا يُعْرَفُ إِلَّا مِنْ هَذَا الْوَجْهِ، وَإِسْحَاقُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي فُرُوهٍ قَدْ تَرَكَهُ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ، مِنْهُمْ أَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ، وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ أَنَّ الْقَاتِلَ لَا يَرِثُ كَانَ الْقَتْلُ عَمْدًا أَوْ خَطَاً)) وَأَشَارَ إِلَى قَوْلِ مَالِكٍ. وَأَخْرَجَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ: 867/2 حديث رقم 10 من حديث عمر مرفوعاً بلفظ ((لَيْسَ لِقَاتِلِ شَيْءٍ)).

(8) الْأَحْنَفُ يَفَرِّقُونَ فِي قَتْلِ الْخَطَا بَيْنَ الْقَتْلِ الْمُبَاشَرِ وَغَيْرِ الْمُبَاشَرِ، فَغَيْرِ الْمُبَاشَرِ لَا يُحْرَمُ قَاتِلُ الْخَطَا فِيهِ مِنَ الْمِيرَاثِ. يَنْظُرُ الْمَبْسُوطُ: 47/30.

(9) هَذَا لَفْظُ الْحَدِيثِ؛ تَقْدِمُ ذِكْرَهُ قَبْلَ قَلِيلٍ.

تموت حرة - حتى يرثها ورثتها، وكذلك لو كان عليه دينٌ إلى أجل فَقَتَلَهُ قبل الأجل، فَإِنَّهُ يَحِلُّ أَجْلُهُ عندهم بموته، وأمَّا الحاكم يشهد عنده بزنا ولده مُحْصَنًا فيقيم الحَدَّ فهل يرثه أولاً؟ قولان، بناءً على أَنَّهُ مقهور على قَبُولِ الشَّهَادَةِ، لأنَّه يجب عليه ذلك شرعاً، وعلى أَنَّهُ سبَّبَ بقبوله شهادتهم⁽¹⁾، ثم قولكم: تَعَجَّلْ مُوَخَّرًا باطلٌ، لأنَّ ما قُدِّرَ تأخيرُه لا يصح استعجاله في الحقيقة، وإنما هو في ظنه.

قوله: (وَيَحْجُبُ فِي الْمَالِ)⁽²⁾ أي حيث يرث، ولا يَحْجُبُ حيث لا يرث، لأنَّه لا يَحْجُبُ إِلَّا من يرث.

قوله: (وَرِثَ مِمَّا أُخِذَ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ)⁽³⁾ خلاف⁽⁴⁾، لأنَّه لم يكن هو في ذلك سبباً⁽⁵⁾.

-
- (1) في (و) شهادته.
 - (2) ((وقاتل الخطأ يرث من المال.... وَيَحْجُبُ فِي الْمَالِ)). التفريع: 218/2.
 - (3) إذا قتل وارثٌ وأجنبيٌّ مُوَرِّثُهُ، ثم دفعا الدِّيةَ؛ ورث الوارثُ مِمَّا أُخِذَ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ من الدِّية. ينظر المصدر السابق.
 - (4) سقطت من (و)
 - (5) حيث لم تكن الدِّية منه ولا من عاقلته، بل كان المال من أجنبي.

فصل [في كفارة القتل]

[الكفارة في قتل الخطأ والعمد ونوعها]:

قوله (1): (الْكَفَّارَةُ وَاجِبَةٌ) (2) لقوله - عز وجل -: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ (3) وهو خبرٌ في معنى الأمر، أي فليُحرَّرْ.

قوله: (لَا كَفَّارَةَ فِي قَتْلِ عَمْدٍ) (4) لأنَّ النَّصَّ على الخطأ، وقال الشَّافِعِيُّ: هذا من مَفْهُومِ الْمُوَافَقَةِ الَّذِي يُنَبِّهُ فِيهِ بِالْأَذْنَى عَلَى الْأَعْلَى، كقوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُلْ هُمَا أَفْـُٔفٍ﴾ (5) أو بالعكس، كذلك إذا وجبت الكفَّارَةُ في الخطأ فأُخْرِى في الْعَمْدِ (6)، وكذلك يقول في اليمين الغموس، ونحن نقول: الْعَمْدُ أعظم من أن يُكْفَرَ.

قوله: (وَلَا كَافِرٍ) (7) لأنَّ النَّصَّ على الإيمان ومفهومُه بالِصِّفَةِ، لأن لا كفارة في الكافر، ولأنَّه أعظمُ حُرْمَةً.

قوله: (وَلَا عَبْدٍ) (8) لقوله تعالى: ﴿وَدِيَّةٌ﴾ (9) ولا تكون الدِّية إلا في الْحُرِّ، وقال أبو حَنِيْفَةَ: فيه الكفَّارَةُ، لأنه داخل في المؤمنين.

قوله: (وَلَا يُجْزِيهِ الْإِطْعَامُ) (10) أي لا يُقَاسُ في ذلك على كفارة الظَّهَارِ وإن قسنا هناك (11) إيمان (12) الرِّقْبَةَ على إيمانها هنا.

واعلم أنَّ تسمية الكفَّارَةَ في اليمين بذلك تَعَبُّدٌ، لأنَّ ما حلف عليه يجوز له فعله قبلها، وقد ذهب بعضُ الظَّاهِرِيَّةِ إلى وجوب الكفَّارَةَ بنفس اليمين تَمَسُّكًا بظاهر الآية:

-
- (1) سقطت من (و).
 - (2) ((والكفَّارَةُ في قتل الخطأ واجبة)). المصدر السابق.
 - (3) النساء: 92.
 - (4) المصدر السابق.
 - (5) الإسراء: 23.
 - (6) ينظر مختصر المزني: 361/8، والمهذب: 248/3.
 - (7) ((لا كفارة في قتل.... عبد ولا كافر)) التفریع: 218/2.
 - (8) ((ولا كفارة في قتل.... عبد)). المصدر السابق.
 - (9) النساء: 92.
 - (10) وذلك في حالة عدم القدرة على الصيام، وعدم وجود الرِّقْبَةِ. ينظر التفریع: 218/2.
 - (11) حيث لم تذكر آية الظهار صفة الإيمان عند عتق الرقبة في كفارته.
 - (12) سقطت من (ع).

﴿ ذَٰلِكَ كَفَرَةٌ أَيَمَنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ﴾⁽¹⁾ ونحن نقول: تجب الكفارة باليمين مع الحنث، فيَقْدَرُ إذا حلفتُمْ وَحَنِثْتُمْ، وينبني على ذلك أنه إذا حلف (بِمَرَّكُش) بالمشي إلى اللَّيْتِ، ثم انتقل إلى (مِصْر) فَحَنِثَ بها، فهل يرجع إلى موضع الحلف ليمشي منه، لأنه تَبَيَّنَ أنَّ الوجوب من ذلك اليوم، أولا يرجع لأنَّ الوجوب من وقت الحنث به؟ وفي العكس لو حلف (بِمِصْر) ثم حَنِثَ (بِمَرَّكُش) فيلزمه المشي من موضع الحنث بلا خلاف.

[تعدد الكفارة دون الدية بتعدد الجناة]:

قوله: (إِذَا قَتَلَ جَمَاعَةً رَجُلًا)⁽²⁾ لا خلاف أنهم يُقْتَلُونَ به في العَمْد، وإِنَّمَا الخلاف في قطعهم يَدَهُ، فنحن نقيس ذلك على النَّفْس فيُقَطَّعُ الجميع، وأبو حَنِيفَةَ لا يقطع به إلا يد [أحدهم]⁽³⁾، لأنَّ النَّفْسَ أَخَصُّ، وفي الخطأ تكون الدِّية على عواقلهم، لأنَّ كُلَّ واحد قاتل بما قابله من الدِّية، كالدِّية الكاملة، وقال الشَّافِعِيُّ: هي في أموالهم إن كانوا أكثر من ثلاثة، لأنَّ العاقلة لا تحمل أَقْلَ⁽⁴⁾ الدِّية.

قوله: (وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ كَفَّارَةٌ)⁽⁵⁾ لأنه قاتل خطأ.

[دية الجنين]:

قوله: (وَفِي جَنِينِ الْحُرَّةِ غُرَّةٌ؛ عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ)⁽⁶⁾ للحديث ((في الجنين غُرَّةٌ عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ))⁽⁷⁾ وغُرَّةٌ كُلُّ شَيْءٍ أَوَّلُهُ وَأَعْظَمُهُ، فالمراد أن يكون خياراً⁽⁸⁾، فاستحسن مالك - رحمه الله - أن تكون قيمتها في الحُرَّةِ خمسين ديناراً، لأنها أَقْلُ دية محدودة شرعاً، وهي نصف العُشُر⁽⁹⁾، وذلك في السِّنِّ، ويرثها ورثة الجنين، وقيل: أمُّه، لأنه كعُضْوٍ منها جُنِيَ عليه، وقيل: أبواه.

ومذهب الشَّافِعِيِّ أَنَّ الجنين إذا لم يَتَصَوَّرْ ويتشكَّل فلا دية فيه، ولا تنقضي

(1) المائدة: 89.

(2) ((وإن قتل جماعة رجلاً خطأ فعلى عواقلهم دية واحدة)). التفريع: 218/2.

(3) في (و) و (غ) أحدهم. والمراد (بأحدهم) لو انفرد بالجناية، أما لو تمالأ جميعهم على قطع يد رجل، فلا يقطع به جميعهم؛ لانعدام المماثلة في المنفعة والقيمة. ينظر المبسوط: 69/24، والدر المختار وحاشية ابن عابدين: 557/6.

(4) سقطت من (و).

(5) إذا ((قتل جماعة رجلاً خطأ)). التفريع: 218/2.

(6) المصدر السابق.

(7) أخرجه الترمذي: 24/4 حديث رقم 1411 من حديث المغيرة بن شعبة مرفوعاً. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(8) بين دفع الغرّة أو قيمتها.

(9) وهي نصف العشر الدية الكاملة. ينظر مدونة الفقه المالكي وأدلته: 362/5.

بَوْضَعِهِ عَدَّتْهَا، وَلَا تَكُونُ بِهِ أُمٌّ وَلَدٌ، فَالْمُضْغَةُ عِنْدَهُ لَا أَثَرَ (1) لَهَا (2).

ومذهب ابنِ الْقَاسِمِ أَنَّ الدَّمَ - المَعْقُودَ حَمْلٌ، فِيهِ الدِّيَّةُ، وَتَنْقُضِي بِهِ الْعِدَّةَ، وَتَكُونُ بِهِ أُمٌّ وَلَدٌ - وَهُوَ الْعَلَقَةُ. وَأَمَّا جَنِينٌ يَكُونُ نُطْفَةً أَوْ أَمْسَاجًا، وَهُوَ الْمَاءُ الْمُنْعَقِدُ [المخلوط] (3)، بِالْحُمْرَةِ وَالصُّفْرَةِ مَا لَمْ يَصِرْ دَمًا مُنْعَقِدًا فَلَا أَثَرَ لَهُ، وَهَذَا إِذَا قَالَ الْقَوَائِلُ: إِنَّهُ حَمْلٌ لَا دَمَ فَسَادٍ، وَقَالَ أَشْهَبُ: لَا يَعْتَبَرُ مَا دُونَ الْمُضْغَةِ، وَهُوَ إِذَا صَارَ قِطْعَةً لَحْمٍ.

قوله: (وَفِي جَنِينِ الْأُمَّةِ مِنْ سَيِّدِهَا) (4) الْحُرُّ، لِأَنَّهُ..... (5) كَانَ بَيْنَهُمَا عَبْدًا كَانَ مِثْلَهُ (6).

قوله: () (وَفِي جَنِينِ الْأُمَّةِ) (7) مِنْ غَيْرِ (8) سَيِّدِهَا الْحُرُّ (9) لِأَنَّهُ يَتَّبِعُ أُمَّه فِي الرِّقِّ، فَفِيهِ عَشْرُ قِيمَتِهَا، كَمَا كَانَ فِي جَنِينِ الْحُرَّةِ عَشْرُ دِيَّتِهَا عَلَى الْإِسْتِحْسَانِ الْمُتَقَدِّمِ، لِأَنَّهَا لَا دِيَّةَ لَهَا، بَلْ قِيمَتُهَا تَكُونُ بِمَنْزِلَةِ الدِّيَّةِ.

قوله: (وَفِي جَنِينِ الْكِتَابِيَّةِ مِنَ الْمُسْلِمِ) (10) لِأَنَّهُ حُرٌّ.

قوله: (مِنْ زَوْجِهَا الْكَافِرِ) (11) لِأَنَّهُ يَتَّبِعُ أُمَّه فِي الْحَرِّيَّةِ، فَهُوَ حُرٌّ، ((وَكُلُّ جَنِينٍ حُرٍّ فَفِيهِ عَشْرُ دِيَّةِ أُمِّه))، أَوْ عَشْرُ قِيمَتِهَا إِنْ كَانَ عَبْدًا، وَلَا اعْتِبَارَ بِأَبِيهِ.

قوله: (فَاسْتَهْلَ) (12) عَمْدُهُ كَخَطِيئِهِ، لِأَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ الْعَمْدُ حَقِيقَةً، لِأَنَّهُ لَا يُقْصَدُ ضَرْبُهُ خُصُوصًا، بَلْ قُصِدَ ضَرْبُ الْأُمِّ فَيَتَعَدَّرُ الْقَوْدُ، وَتَكُونُ فِيهِ الدِّيَّةُ كَامِلَةً، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يُقْسَمُ الْوَرِثَةُ مِنَ الْوَجْهَيْنِ أَنَّهُ مَاتَ مِنْ ذَلِكَ الضَّرْبِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: لَا قِسَامَةَ فِي الْوَجْهَيْنِ، لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ أَنَّهُ إِنَّمَا مَاتَ مِنْ ذَلِكَ الضَّرْبِ، وَإِنَّمَا يَحْتَاجُ إِلَى الْقِسَامَةِ إِذَا عَاشَ الْمَضْرُوبُ بَعْدَ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مَاتَ مِنْ غَيْرِهِ.

قوله: (فَعَلَيْهِ غُرَّتَانِ) (13) وَكَذَلِكَ لَوْ كَانُوا عَشْرَةَ، فَإِنَّ الدِّيَّةَ تَتَعَدَّدُ بَعْدَهُمْ.

- (1) فِي (و) ثَر.
- (2) يَنْظُرُ الْأُمُّ: 115/6، 118.
- (3) فِي (و) الْمَتَخِيطُ وَفِي (غ) طَمَسَ.
- (4) ((مَا فِي جَنِينِ الْحُرَّةِ الْمُسْلِمَةِ)). التَّفْرِيعُ: 218/2.
- (5) كَلَامُ مَطْمُوسٍ مِنَ النُّسخَةِ (غ).
- (6) مَا بَيْنَ الْقَوْسَيْنِ مَفْقُودٌ مِنْ (و).
- (7) مَا بَيْنَ الْقَوْسَيْنِ سَقَطَ مِنْ (غ).
- (8) فِي (و) مِنْ سَيِّدِهَا، وَفِي (غ) مِنْ غَيْرِ سَيِّدِهَا، وَهُوَ مُوَافِقٌ لِلتَّفْرِيعِ.
- (9) ((... عَشْرُ قِيمَتِهَا)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
- (10) مِثْلُ ((مَا فِي جَنِينِ الْحُرَّةِ الْمُسْلِمَةِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 219/2.
- (11) ((وَفِي جَنِينِ الْكِتَابِيَّةِ مِنْ زَوْجِهَا الْكَافِرِ عَشْرُ دِيَّتِهَا)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
- (12) ((إِذَا طَرَحَ الْجَنِينُ فَاسْتَهْلَ صَارَ خَا فِيهِ دِيَّةٌ كَامِلَةً)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
- (13) ((وَمِنْ طَرَحَ جَنِينَيْنِ مَيِّتَيْنِ، فَعَلَيْهِ غُرَّتَانِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

قوله: (فَلَيْسَ عَلَيْهِ مِنْ جَنِينِهَا شَيْءٌ) (1) لَأَنَّهُ عَضُوُّ مِنْهَا، فَلَوْ أَلْقَتْهُ قَبْلَ مَوْتِهَا وَاسْتَهَلَ كَانَتْ فِيهِ الدِّيَّةُ، وَأَمَّا إِذَا أَلْقَتْهُ بَعْدَ مَوْتِهَا فَقَدْ دَخَلَ فِي جَمَلَتِهَا بِمَوْتِهَا.

قوله: (فَفِيهِ قِيمَتُهُ) (2) لَأَنَّهُ عَبْدٌ قُتِلَ، سُمِّيَ بَعْدَ انْفِصَالِهِ جَنِينًا بِاسْمِهِ الْأَوَّلِ، كَمَا سُمِّيَ الْعَنْبُ خَمْرًا بِالْمِثَالِ.

(1) وذلك في من قتل امرأة حاملا، ولم يفارقها الجنين في حياتها. ينظر المصدر السابق.

(2) (وإذا طرحت الأمة جنينا فاستهَلَ صار خا فمات، ففيه قيمته)). المصدر السابق.

كتاب الحدود

[شروط الإحصان الموجب للحد والأحكام المترتبة عليها]:

شروط الإحصان الإسلام، واختلف في الكافر إذا زنى بكافرة، المذهب أنه لا يُحدّ، وقيل: يُحدّ رفعا للنظام قياسا على قطعه في السرقة، والفرق على المذهب أنّ السرقة أعمّ فسادا.

ثم الحرّية والبلوغ، وفي المراهق والمراهقة قولان، وقال ابنُ القاسم: في نكاح من لا تطبق الوطأ من النساء أنه يُحصن.

ومنها العقل، وأن يكون وطؤه طوعا، وفي المُكرَه قولان، قيل: يُحدّ لأن الإكراه لا يسلب الاختيار والانتشار، والتلذُّد يدلّ على ذلك، والصحيح أنه لا يُحدّ، لأنّه بالإكراه سقط عنه حقُّ الله - تعالى - لقوله ﷺ: ((رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ))⁽¹⁾ وما يجده من الشهوة طبعي لا يُمكن الانفكاك عنه، وكذلك الالتذاذ بشرب الخمر؛ النفس بالطبع لا تنفك عنه، وإذا أُكْرِه على الزنى بامرأة فإن كان بقتل أو غيره فلا يُقدّم، لأنّه⁽²⁾ وإن سقط حقُّ الله - عزَّ وجلَّ - بالإكراه فبقي حقُّ الغير، فإن أُكْرِهَتِ المرأة على نفسها بغير القتل فلا يُقدّم، وبالقتل يجوز الإقدام، لأنّه في الزنا [حقان]⁽³⁾ لله - تعالى - وللمرأة، وقد سقط حقُّ الله - عزَّ وجلَّ - بالإكراه، والمرأة قد أسقطت حقّها.

ومنها أن تكون آدمية، وفي البهيمة قولان، وجه الحدّ أنه فرج مُشْتَهَى طبعاً بدليل أنه اشتهاه هذا.

ومنها أن تكون حيّة، وفي الميتة قولان، والصحيح أنه لا يُحدّ، كما لا صدق بلا خلاف.

قوله: (وَمَنْ تَزَوَّجَ تَزْوُجًا صَحِيحًا)⁽⁴⁾ لا بد في النكاح المحض من صحة العقد اتفاقا، (وكلّ نكاح فاسد يصحّ بعد الدخول فهو بمنزلة الصحيح)، لا فرق في ذلك،

(1) أخرجه ابن ماجه: 659/1 حديث رقم 2045، وأخرجه الحاكم في المستدرک: 216/2 حديث رقم 2801 وقال الحاكم: حديث صحيح على شرط الشيخين ووافقه الذهبي. كلاهما من حديث ابن عباس نحوه مرفوعا.

(2) سقطت من (و).

(3) في النسختين: حقّين.

(4) هذا من شروط الحصانة الموجبة للحدّ. ينظر التفريع: 221/2.

بخلاف النكاح في العدة ونكاح الشغار؛ يُفسخان أبدا.

قوله: ((وَطَأٌ مُبَاحًا))⁽¹⁾ هذا المذهب، وقيل: ما يعتبر الدُّخول الفاسد، بل يُحصن إذا صحَّ العقد، وينبني على ذلك إذا تزوّجها تزويجا صحيحا، ثم وطئ وطئا فاسدا كالحائض والمُحرمة، ثم طلقها؛ فعلى المذهب هو طلاق قبل البناء ولا رجعة له، وعلى القول الآخر تكون له الرجعة.

قوله: ((إِذَا كَانَتْ زَوْجَةً))⁽²⁾ لأنَّ النِّكَاحَ المَحْضَ إِنَّمَا هُوَ الَّذِي بِالْعَقْدِ لَا بِالْمِلْكِ، والثَّيِّبُ والشيخ شرعا من وطئ بالعقد.

قوله: ((تُحْصِنُ الْمُسْلِمُ))⁽³⁾ لأنها زوجة، ولا يُحصنها لأنها كافرة.

قوله: ((تُحْصِنُ الْبَالِغُ))⁽⁴⁾ قد تقدّم أَنَّ ابْنَ الْقَاسِمِ يقول - في الصغيرة التي لا تطيق الوطأ -: تُحصن.

قوله: ((وَلَا يُحْصِنُهَا))⁽⁵⁾ قد قيل: إن كانت مراقة حصنها.

قوله: ((تُحْصِنُ الْعَاقِلُ))⁽⁶⁾ لأنه زوج، ولا يُحصنها لأنها مجنونة.

قوله: ((وَالنِّكَاحُ الْفَاسِدُ لَا يُحْصِنُ))⁽⁷⁾ يعني العقد، وكذلك في الشِّرك، يعني إذا أسلم المشرك فزنى قبل أن تكون له زوجة في الإسلام؛ فهو على حكم البكارة شرعا.

قوله: ((لَمْ يَكُنْ وَاجِدٌ مِنْهُمَا مُحْصِنًا))⁽⁸⁾ لأنه مع قرينة إرخاء الستر تقول الزوجة إن ادّعت الوطء: أردتُ بذلك كمال الصّدّاق وكذبت، وإن كان الزوج فقد يقول: أردت بذلك أن تكون لي الرّجعة عليها، وذلك شبهة، والحدّ يسقط بها.

قوله: ((الْمُقَرَّرُ مِنْهُمَا بِالْوَطْءِ مُحْصِنٌ))⁽⁹⁾ أخذاه بإقراره الأوّل.

(1) من شروط الحصانة الموجبة للحد - أيضا - أن يوطأ زوجته ((وطأ مباحا)). المصدر السابق.

(2) ((والأمة تُحصن الحرّ إذا كانت زوجة له)) المصدر السابق.

(3) ((والكتابية تُحصن المسلم)). المصدر السابق.

(4) ((والصبية التي لم تبلغ الحلم..... تُحصن البالغ)) المصدر السابق.

(5) ((والصبية التي لم تبلغ الحلم..... تُحصن البالغ، ولا يحصنها)). المصدر السابق.

(6) ((والمجنونة تُحصن العاقل ولا يُحصنها)) المصدر السابق.

(7) المصدر السابق.

(8) وذلك ((إذا تناكح الزوجان... وتداخيا في الوطأ، فأقر احدهما وأنكر الآخر)) المصدر السابق.

(9) وهذا على قول ابن القاسم بالإحصان؛ إذا أقر أحد الزوجين بالوطء وأنكر الآخر. ينظر المصدر السابق: 222/2.

[حَدِّ الزَّانِي]

[حَدِّ زَنَى الْحَرِّ الْبَكَرِ وَالْثَّيِّبِ]:

قوله: (جَلْدُ مَائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ)⁽¹⁾ هذا الحديث ((الْبَكَرُ بِالْبَكَرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ، وَالْثَّيِّبُ جَلْدُ مِائَةٍ وَالرَّجْمُ))⁽²⁾، وبه أخذ الشَّافِعِيُّ فِي الْجَلْدِ مَعَ الرَّجْمِ⁽³⁾، وَلَمْ يَأْخُذْ مَالِكٌ بِقَوْلِهِ: الْجَلْدُ وَالرَّجْمُ، بَلْ أَخَذَ بِقَوْلِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - ((كَانَ مِمَّا يُتْلَى مِنَ الْقُرْآنِ الشَّيْخُ وَالشَّيْخَةُ إِذَا زَنِيَا فَارْجُمُوهُمَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ))⁽⁴⁾، وَهَذَا مِمَّا نُسِخَ تَلَاوُثُهُ وَبَقِيَ حُكْمُهُ، وَأَبُو حَنِيفَةَ لَا يَقُولُ فِي الْبَكَرِ بِالْثَّيِّبِ⁽⁵⁾، لِأَنَّهُ زِيَادَةٌ عَلَى نَصِّ الْقُرْآنِ ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا﴾⁽⁶⁾ ((وَالزِّيَادَةُ عِنْدَهُ عَلَى النَّصِّ نَسْخٌ))، ((وَلَا يُنْسَخُ الْقُرْآنُ بِخَبَرِ الْآحَادِ))، وَعِنْدَنَا لَيْسَ نَسْخًا، لِأَنَّ شَرْطَ النَّاسِخِ الْمُنَافَاةَ، وَلَا مُنَافَاةَ، وَلَكِنْ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ التَّقْيِيدِ وَالتَّخْصِيسِ وَالْبَيَانِ، كَتَقْيِيدِ السَّرْقَةِ بِنَصَابٍ مَعْلُومٍ، وَتَحْدِيدِ الْمَقْطُوعِ مِنَ الْيَدِ، قَالُوا: الْمُنَافَاةُ حَاصِلَةٌ، وَذَلِكَ أَنَّهُ قَبْلَ تِلْكَ الزِّيَادَةِ كَانَ الْجَلْدُ يَجْزِي الْاِقْتِصَارَ عَلَيْهِ، وَبَعْدَهَا لَا يَجْزِي، قُلْنَا: الْإِجْزَاءُ فِي ذَلِكَ لَمْ يُعْلَمْ بِنَصِّ الْكِتَابِ بَلْ مِنَ الْبَرَاءَةِ الْأَصْلِيَّةِ وَهُوَ مَظْنُونٌ، فَلَمْ نَرْفَعْ مُحَقَّقًا بِمَظْنُونٍ.

قوله: (وَحَبْسُهُ بِهِنَّ سَنَةً)⁽⁷⁾ أَيُ يَقِيمُ بِهِ غَيْرُ مَمْنُوعٍ مِنَ التَّصَرُّفِ.

[حَكْمُ التَّغْرِيبِ لِلْمَرْأَةِ وَالْعَبْدِ]:

قوله: (لَا تَغْرِيبُ عَلَى عَبْدٍ)⁽⁸⁾ لِأَنَّهُ لَا وَطْنَ لَهُ، لِأَنَّهُ تَابِعٌ لِسَيِّدِهِ حَيْثُ اسْتَوَطَنَ، وَلِأَنَّ تَغْرِيبَهُ إِضْرَارٌ بِسَيِّدِهِ؛ فَامْتَنَعَ لِحَقِّ الْغَيْرِ.

قوله: (وَلَا امْرَأَةً)⁽⁹⁾ لِأَنَّهَا لَوْ غُرِّبَتْ لِأَسْنَدِ الْعَارِ بِأَهْلِهَا، لِأَنَّهُ تَتِمَّكُنُ هُنَاكَ مِنْ

(1) وَهُوَ حَدُّ الزَّانِي الْحَرِّ الْبَكَرِ. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقَ.

(2) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَةٍ: 852/2 حَدِيثٌ رَقْمُ 2550 بِلَفْظِ (وَتَغْرِيبُ سَنَةٍ)، وَمُسْلِمٌ: 1361/3 حَدِيثٌ رَقْمُ 1690 بِلَفْظِ (وَنَفْيُ سَنَةٍ) كِلَاهُمَا مِنْ حَدِيثِ عِبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ مَرْفُوعًا.

(3) الْمُرَادُ بِهِ - وَاللَّهُ أَعْلَمُ - أَنَّ الشَّافِعِيَّ أَخَذَ بِمَا وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ بِجَلْدِ الْبَكَرِ وَرَجْمِ الثَّيِّبِ، لِأَنَّهُ لَا يَقُولُ بِرَجْمِ الثَّيِّبِ مَعَ الْجَلْدِ فِي حَدِّ وَاحِدٍ، وَهُوَ مَا صَرَحَ بِهِ حَيْثُ قَالَ: ((وَيُرْجَمُ الزَّانِي الثَّيِّبُ وَلَا يُجْلَدُ)) الْأَمُّ: 144/6.

(4) أَخْرَجَهُ ابْنُ حِبَّانٍ فِي صَحِيحِهِ: 274/10 حَدِيثٌ رَقْمُ 4429 مِنْ حَدِيثِ زُرِّ بْنِ حَبِيشٍ مَوْقُوفًا عَنْ أَبِي زِيَادَةَ لَفْظَ (الْبَيْتَةُ)، وَأَخْرَجَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ: 428/2 حَدِيثٌ رَقْمُ 10 مِنْ حَدِيثِ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، وَابْنُ مَاجَةٍ: 853/2 حَدِيثٌ رَقْمُ 2553 مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ وَصَحَّحَهُ الْأَلْبَانِيُّ فِي تَحْقِيقِهِ لَهُ، كِلَاهُمَا نَحْوَهُ مَوْقُوفًا عَنْ عُمَرَ.

(5) يَنْظُرُ الدَّرَ الْمُخْتَارَ وَحَاشِيَةَ ابْنِ عَابِدِينَ: 14/4.

(6) النُّورُ: 2.

(7) وَحُبْسُ سَنَةٍ بِالْمَكَانِ الَّذِي غُرِّبَ فِيهِ. يَنْظُرُ التَّقْرِيعُ: 222/2.

(8) الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(9) ((وَلَا تَغْرِيبُ عَلَى عَبْدٍ وَلَا امْرَأَةٍ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

الزَّنى، وقيل: تُغَرَّب في رفقة مأمونة، ويُوصَى بها قومٌ من أهل ذلك البلد يحفظونها.
[حدُّ زنى العبد والإماء]:

قوله: (جَلْدُ خَمْسِينَ)⁽¹⁾ لقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾⁽²⁾ والعبد في معناها لافرق، كما قيس عليه في العتق، لقوله - ﷺ -: (مَنْ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ)⁽³⁾.

قوله: (لَمْ يَكُنْ مُحْصَنًا)⁽⁴⁾ لأنَّ نكاح العبد لا يُحصِنُه حتَّى يَطأ حُرًّا⁽⁵⁾.
قوله: (فِي أُمِّ الْوَلَدِ فَعَلَيْهَا خَمْسُونَ)⁽⁶⁾ لأنَّها كالأمة، لو قُتِلَتْ أَخَذَ سَيِّدُهَا قِيَمَتَهَا، وكذلك الْمُكَاتَبَةُ⁽⁷⁾ في حكم الأمة من باب أخرى.

[ما يقع به الزنى وما لا يقع]:

قوله: (وَالْوَطْءُ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ)⁽⁸⁾ هذا لا يوجب صداقا ولا يوجب حدًّا، بل فيه التَّعْزِيرُ لأنَّه حرام، ((وليس كُلُّ حرام زنى)) ، ولا يُحِلُّ زَوْجَةً لزوجها.
قوله: (الْخِتَانَانِ)⁽⁹⁾ يريد حَشْفَةَ الرَّجُلِ، لأنَّها موضع الْخِتَانِ، وكذلك موضع الْخِفَاضِ مِنَ الْمَرْأَةِ، وهذا القدر يوجب الصَّدَاقَ وَيُحِلُّ الزَّوْجَةَ.

[الاختلاف في إفراد وتعدد الإقرار بالزنا الموجب للحد]:

قوله: (وَمَنْ أَقَرَّ بِالزَّنى)⁽¹⁰⁾ شرط أَبُو حَنِيفَةَ في الإقرار بالزنى أن يكون أربع مرات قياسا على إتيانه بالشَّهادة، واحتج بحديث مَاعِزٍ⁽¹¹⁾؛ لأنَّه ((أتى إلى رسول الله - ﷺ - من عن يمينه فقال: زَنَيْتُ فَطَهَّرْنِي بِالرَّجْمِ فَأَعْرَضَ عَنْهُ، فَجَاءَهُ عَنْ شِمَالِهِ فَأَعْرَضَ عَنْهُ، فَجَاءَ مِنْ خَلْفِهِ ثُمَّ مِنْ أَمَامِهِ، فَسَأَلَ قَوْمَهُ عَنْ عَقْلِهِ فَقَالُوا: إِنَّهُ عَاقِلٌ،

(1) وهو ((حدُّ العبد والأمة)). المصدر السابق.

(2) النساء: 25.

(3) تقدم تخريجه.

(4) وذلك إذا وطئ العبدُ زوجةً أو أمةً قبل عتقه. ينظر التفريع: 222/2.

(5) أي وهو حرٌّ.

(6) ((إذا زنت أُمُّ الْوَلَدِ فِي حَيَاةِ سَيِّدِهَا فَعَلَيْهَا خَمْسُونَ جَلْدَةً)). المصدر السابق.

(7) الأمة تكاتب على نفسها بثمن، فإذا أدته غُنِقَتْ. ينظر طلبه الطلبة: 116، ولسان العرب مادة: كتب.

(8) كذا ورد هذا القول في النسختين، ولم أجده في أصل التفريع، ربما نُسِبَ لابن الجلاب سهواً. والله أعلم. ينظر التفريع: 222/2.

(9) لم يكن - أيضا - موجودا في أصل التفريع لابن الجلاب، فلعله وقع سهواً. ينظر المصدر السابق.

(10) ((ومن أَقَرَّ بِالزنا مرة واحدة... وأقام على إقراره لزمه الحد)). المصدر السابق.

(11) ينظر المبسوط للسرخسي: 91/9، 92.

ومَاعِزٌ هُوَ ابْنُ مَالِكِ الْأَسْلَمِيِّ. أَسْلَمَ وَصَحِبَ النَّبِيَّ - ﷺ - وَهُوَ الَّذِي أَصَابَ الذَّنْبَ ثُمَّ نَدِمَ، فَأَتَى رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - فَاعْتَرَفَ عَنْهُ وَكَانَ مُحْصَنًا، فَأَمَرَ بِهِ فَرُجِمَ وَقَالَ عَنْهُ: ((لَقَدْ تَابَ تَوْبَةً لَوْ تَابَهَا طَائِفَةٌ مِنْ أُمَّتِي لِأَجَزَتْ عَنْهُمْ)). ينظر الطبقات الكبرى: 241/4.

فأمر برجمه وهو متماد على إقراره، فلما رأى الرّجم قال: ردوني إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فرجموه، فلما أخبروا رسول الله - ﷺ - بذلك قال - ﷺ -: هلاً رددتموه⁽¹⁾ وفي ذلك دليل على جواز الرجوع عن الإقرار بالزنا إلى شبهة وإلى غير شبهة.

ودلينا حديث الغامدية⁽²⁾ لما قال - ﷺ -: ((اغد يا أنيس⁽³⁾ على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها⁽⁴⁾))⁽⁵⁾ ولأنه كسائر الإقرارات؛ فلم يُشترط فيه التكرار، قال المخالف: الفرق أنه إقرارٌ يصح الرجوع عنه بخلاف غيره فناسب التكرار حتى يقوى، قلنا: لا يضرّ عدم التكرار مع تسويغ الرجوع، فإذا أقرّ ورجع عن إقراره، فهل يثبت إقراره بشاهدين، بخلاف الشهادة بالرؤية؟ والفرق أنه لا يجوز له الرجوع عما ثبت بالرؤية أو⁽⁶⁾ بأربعة شهداء⁽⁷⁾ قياساً على الشهادة بالرؤية⁽⁸⁾، وفائدة ذلك أنه قد رجع إلى غير شبهة على القول بأنه لا ينفعه، أو ينفي عن نفسه الإقرار بالزنا لأنّه فسق.

[شروط الشهود على الزنا والرؤية الموجبة للحد]:

قوله: ((إِذَا كَانُوا أَحْرَارًا عُدُولًا))⁽⁹⁾ كسائر الشهادات، وإنما يختص هذا باتّحاد من الشهادة والزنا المشهود به، وأن يكون زناً واحداً ويصفون الصّفة المعروفة، وقال ابن المأجشون: إن افترق⁽¹⁰⁾ الزّمان صح⁽¹¹⁾، مثل أن يشهدوا مفترقين على زنا واحد، أو

- (1) أخرج مسلم: 1323/3 حديث رقم 1695 نحوه مطولا من حديث عبد الله بن بريدة مرفوعا، البخاري: 205/8 حديث رقم 6815 نحوه من غير تصريح بما عزم من حديث أبي هريرة مرفوعا.
- (2) في (و) العامرية، والغامدية امرأة من غامد من الأزدي، كانت قد أقرت بالزنا على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - والحديث أخرجه مسلم: 1321/3 حديث رقم 1695 من حديث سليمان بن بريدة مرفوعا.
- (3) أنيس بن الضحاك الأسلمي، صحابي مشهور، وهو معدود في الشاميين، قال ابن عبد البر: هو أنيس بن مَرْثَد، والأول هو الصحيح المشهور. ينظر شرح النووي على مسلم: 207/11، وفتح الباري: 140/12.
- (4) في (و) فارجموها، وما أثبت موافق لما في البخاري ومسلم.
- (5) أخرجه البخاري: 167/8 حديث رقم 6827، ومسلم: 1324/3 حديث رقم 1697 كلاهما من حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني مرفوعا.
- (6) كذا وردت بحرف العطف، والمراد ((عما ثبت بالرؤية بأربعة شهداء)) أو ((بَلْ بأربعة شهداء)) حتى يستقيم المعنى، والله أعلم.
- (7) سقطت من (و).
- (8) المقصود، القياس على شهادة رَجُلٍ غَايِنَ الزّنا، بأن يشهد على شهادته أربعة شهود، وليس المقصود شهادة أربعة شهود على الزنا، لأن في ذلك قياس الشيء على نفسه ويلزم منه التكرار، والله أعلم.
- (9) يثبت حدّ الزنا بأربعة شهود ((إذا كانوا أحرارا عدولا)). ينظر التفريع: 223/2.
- (10) في (و) اقترن.
- (11) ينظر البيان والتحصيل: 10/10، 27.

كل واحد منهم على زنا، لأنه وإن تعدد الفعل⁽¹⁾ فيثبت من ذلك زناه كسائر الشهادة، ووافق الشافعي لابن الماجشون في تفريق الشهود، وشرط أن يكون المشهود به زناً واحداً⁽²⁾.

ودليلنا أن مقصود الشرع بذلك الإخفاء والستر، ولأن عمر - رضي الله عنه - حذّ الشهود حين رجع أحدهم، ولو لم يكن اتّحاد الزمان معتبراً في أداء هذه الشهادة؛ لأخّره إلى أن يأتوا برابع ولم يحدّ الثلاثة من فوره، بذلك يدلّ على أنه يصير بالرجوع قاذفاً، ويُفسّق فلا يزول عليه القذف إلا بأن يأتي بأربعة شهداء دونه، وكذلك الثاني والثالث، فلا بد من اجتماعهم لذلك.

وقد اختلف هل يُفسّق الشاهد بنفس شهادته إذا لم يستقلّ⁽³⁾، أو لا يُفسّق حتى لا يجد من يشهد له بالزنا؟ قولان، ينبني عليهما أنه إذا شهد على رجل بأنه طلق زوجته ثلاثاً ثم وطئها، فإن كان يُفسّق بنفس الشهادة فلا يقتل⁽⁴⁾ ويحدّ، وإن لم يُفسّق صحّ الطلاق، والمذهب أنه يُفسّق بالشهادة، فلا يُنظر أن يأتي بأربعة شهداء⁽⁵⁾، ويكون ذلك على مذهب ابن الماجشون والشافعي، ودليلنا فعل عمر رضي الله عنه.

ومن التشنيع على أبي حنيفة في هذا.....⁽⁶⁾ مسألة الزوايا، وكذلك مسألة البقرة⁽⁷⁾ وهي أن يشهد أحد الشاهدين بأنها بيضاء، والثاني بأنها سوداء، قال: يُحتمل أن تكون بقاءً⁽⁸⁾ ورأى أحدهما أحد اللونين.

- (1) سقطت من (و).
- (2) ينظر مختصر المزني: 368/8.
- (3) الظاهر أن يستقلّ هنا بمعنى يكتفي من الاكتفاء، وذلك بأن يستقل ويكتفي بالعدد المطلوب للشهادة، فإذا لم يتمكن من ذلك، فهل يُفسّق بالشهادة نفسها، أو يُنظر حتى يمكنه ذلك؟
- (4) في (و) يقتل وفي (غ) غير مقروءة. والمعنى لا يُقتل - رجماً - الرجل المشهود عليه بأنه طلق زوجته ثلاثاً ثم وطئها؛ لفسق الشاهد، ويحدّ الشاهد أيضاً لأجل ذلك. وقد تكون محرفة عن (يُقبل) والمعنى أنه لا تقبل شهادة الشاهد لفسقه، ويحدّ لأجله كذلك.
- (5) وهذا يخالف ما نقله ابن رشد عن مالك وأكثر أصحابه إلى أن شهادة القاذف جائزة حتى يُقام عليه الحدّ، وقال ابن رشد: وهو الصحيح، وإنما نهى الله عن قبول شهادتهم إذا لم يأتوا بأربعة شهداء، وللقاذف الإتيان بالشهادة ما لم يحدّ، فهذا يبيّن أن شهادته لا تسقط إلا بإقامة الحدّ عليه، وما لم يُقم عليه الحدّ فلم يبيّن فسوقه؛ لاحتمال أن يأتي بالشهداء أو يعفو عنه المقذوف أو يقر بما رماه به من الزنا، وهذا كله بيّن لا إشكال فيه. ينظر المقدمات الممهدة: 271/3.
- (6) طمس مقدار كلمتين من النسخة (غ).
- (7) مسألة الزوايا والبقرة عند الأحناف، هي الاختلاف في قبول الشهادة فيما لو اختلف شهود الزنا في وصف الزانيين؛ عند أي زاوية من زوايا البيت وقع الزنا، وكذلك في بيان وصف الشهود للون البقرة التي عُصبت، فلو سكنا عن بيان لونها لم يكلفهما القاضي بيان ذلك، ولهذا تبين أنه ليس من صلب الشهادة، والاختلاف فيما ليس من صلب الشهادة؛ إذا كان على وجه يمكن التوفيق لا يمنع قبول الشهادة، وههنا التوفيق ممكن بأن كان أحد جانبيها أبيض والآخر أسود، وتُسَمَّى البقاء. ينظر المبسوط للسرخسي: 163/9.
- (8) ألبق: اجتماع السواد مع البياض. ينظر لسان العرب مادة: بلق.

[ما يترتب على شك الشهود أو رجوعهم في شهادتهم]:

قوله: (وَحَدُّوا كُلُّهُمْ)⁽¹⁾ قالت الشافعية: قولكم يُحَدُّ الشُّهُود إذا لم يكملوا يؤدي إلى حَدٍّ (2) أربعة محافظة على حَدٍّ واحد، قلنا: قد يكون المشهود عليه الرِّجْم، وأيضا فالفسق بالكذب في الشهادة دونه بالزنا، فإذا وقع الْحَدُّ حُدَّ الرَّاجِع وَحَدَّه، لأنه قد ثبت نصاب الشهادة، وكان الرَّاجِع إذ ذلك عَدْلًا، ويحتمل رجوعه أن يكون كذبًا فلا يُقْبَل قوله، وقيل: يُحَدُّ الْكُلُّ، لأنه ثبت برجوعه الآن أنه كان فاسقًا وقت الأداء.

ونظيره بأن يشهد شاهدان بأنه طلق ثلاثًا ثم يكذبان أنفسهما، فيُحْكَم بِفِسْقِهِمَا، ولا تَحِلُّ له لاحتمال كذبهما في الرجوع، فَتَوَقَّر (3) على كُلِّ شائبة مقتضاها.

ولو شهد أربعة بالزنا، ثم اثنان بالحصانة فُقُتِل، ثم رجعوا، فقال: أَشْهَبُ يُقْتَل الشُّهُود كما يغرمون ماتلف بشهادتهم، لأنهم تسببوا بشهادتهم لذلك، كما لو سلب عليه سبعا عاديًا فقتله، وقال ابنُ الْقَاسِمِ: لَا يُقْتَلُونَ، لأنهم لم يباشروا القتل، وقد كان للحاكم أن يَقْبَلَهُمْ وَلَا يَقْبَلَهُمْ، فلم تتحقق الْعَمْدِيَّة، لكن يغرمون الدية في أموالهم، فتكون كُلُّهَا عنده على شهود الزنا لا غير، لأنهم لولا هم لم يكن لشهود الحصانة أثرٌ (4)، وهذا مُشْكِل على المذهب، وقيل: يغرم الْكُلُّ الدية، لأنهم سواء، وهل تكون عليهم أسداسًا، أو نصفها على شهود الزنا، والنِّصْف على شهود الإحصان؟ قولان.

قوله: (قَبْلَ اخْتِلَامِهِ وَقَبْلَ حَيْضَتِهَا)⁽⁵⁾ قد تقدّم اختلاف في المراهقين.

[دَرءُ حَدِّ الزَّنا بالشُّبهات]:

قوله: (وَمَنْ رَأَى)⁽⁶⁾ هذا اللَّفْظ ليس بشيء، لأن هذا ليس بزنا وإن كان حراما ((لأنَّ كُلَّ زَنِى حَرَامٌ وَلَا يَنْعَكُسُ))، والشُّبهة على ثلاثة أنواع، تارة يكون في الرَّجُل كالأب (7)، وتارة في المرأة كالأمَة (8)، وقد يجتمعان كأمة عبده، وتارة يكون في

(1) وذلك إذا ((شهدوا مجتمعين، ثم رجع أحدهم عن شهادته أو شك فيها قبل إمضاء الحد)). التفريع: 223/2.

(2) في (و) أخذ.

(3) كذا وردت في النسخة (و) ولم أميزها من النسخة (غ) لضبابيتها، والمراد أنه تستوفي وتتحقق لكل شائبة ما يناسبها، بمقتضى الشهادة الأولى وتكذيبها في الثانية، وهما شائبتان لعدم تمييز الصدق من الكذب، فبقي الاحتمال واردا، فَتَدَّر لكل منهما حكما يناسبه.

(4) ينظر الذخيرة: 303/10 وفيها لم يُعْزَر لأشهب سوى وجوب الدية على شهود الزنا وشهود الإحصان، إذ لم يُنسَب إليه قتلهم.

(5) أي لا حَدَّ على الغلام وعلى الجارية قبل حيضتها. ينظر التفريع: 223/2.

(6) ((ومن زنى بجارية ولده فلا حَدَّ عليه)). المصدر السابق.

(7) سقطت من (و).

(8) سقطت من (و).

الطرفين، وهذا مثل العقد الفاسد⁽¹⁾، ومثل أن يطاء أخته يظنّها زوجته.

فلأب شبهة في مال الولد، لأنّه تجب عليه نفقته إذا أعسر، وهو إذا كان غنيا يصلح له ذلك على تقدير العسر، وأيضا لقوله ﷺ: ((أنت ومالك لأبيك))⁽²⁾ فهذا لما زنا بها فقد حرّمها عليه، فتجب قيمتها عليه، سواء حملت أو لم تحمل، وليس له شبهة في مال أبيه وإن كان يرثه إن مات قبله، فهذا لا يعتبر بدليل جارية عمه وأخيه.

ووطء الشريك بعضه جلّ، وبعضه حرام، والوطء لا يتبعّض، فكان شبهة تدرأ الحد، فإن لم تحمل بقيت على حالها، وقيل: يقوم على الواطئ نصف شريكه خيفة أن يُقدّم...⁽³⁾ ثانيا هو أو شريكه، فيؤدي إلى عارية الفروج، ووجه الأول أن هذا يؤدي إلى اختصاص بالأمة، فمتى أراد الشريك الاختصاص وطئها، فعومل بنقيض مقصوده، وإن حملت لزمه قيمة نصيب شريكه.

وإذا وطئ أمة عبده؛ فإن قصد بذلك الانتزاع صارت له، وإلا فإن لم تحمل بقيت...⁽⁴⁾ على حالها، وإن حملت كانت أم ولد للسيد.

قوله: (وَمَنْ أَحْلَتْ لَهُ أَمَةٌ)⁽⁵⁾ يُقَالُ عَنْ عَطَاءِ بْنِ أَبِي رَبَاحٍ⁽⁶⁾، وهو تابعي: إنّه كان كريما، فإذا جاء له ضيف أحلّ له أمته فلم يُنكر ذلك عليه (بالمدينة)، فجعله مالك بشبهة تدرأ الحد، ولايجوز ذلك عنده، فإن وطئها قومت عليه حملت أو لم تحمل، لأنّ ذلك يُفضي إلى عارية الفروج وقد نُهي عنه، وغير مالك لا يرى ذلك شبهة، فهو زنا عنده.

فإذا زوج أمته رجلاً فقد حرّمها على نفسه، فإن حملت منه فهو زنا لايلحق به، فإن كان العبد أو الحرّ⁽⁷⁾ مُرسلاً⁽⁸⁾ عليها لحق بالزوج، لأنّه ذو نكاح صحيح، ((وإذا

(1) في (غ) زيادة: (ومثل العقد البائن).

(2) أخرجه ابن ماجه: 769/2 حديث رقم 2291 من حديث جابر بن عبد الله مرفوعا. قال البوصيري في مصباح الزجاجة 37/3: ((هذا إسناد صحيح رجاله ثقات على شرط البخاري، وله شاهد من حديث عائشة)).

(3) طمس مقدار كلمة من النسخة (غ).

(4) طمس مقدار كلمة من النسخة (غ).

(5) ((ومن أحلت له أمة فوطئها فلا حدّ عليه)). التفریع: 224/2.

(6) عطاء بن أبي رباح، واسم أبيه أسلم، أبو محمد القرشيّ المكيّ، ثقة فقيه فاضل، روى عن ابن عباس وغيره، قال أدركت مائتي نفس من أصحاب النبي - ﷺ - توفي سنة 114 هـ. ينظر التاريخ الكبير:

463/6 وتقريب التهذيب: 331.

(7) المراد بهما الزوج سواء كان عبدا أو حُرّا.

(8) لم يمنعه مانع من الوطأ كغيبه أو موت أو سجن.

اجتمع نكاحان صحيحٌ وفاسدٌ فالولد للصحيح))، ((والولد للفراش))⁽¹⁾، ولا يطؤها زوجها إلا بعد استبراء.

ويُذكر عن أبي حنيفة أنه إذا استأجر امرأة؛ فإنه يحلُّ له وطؤها بذلك، وتوجيهه أنه لما استأجر منافعها ومن ذلك بُضْعُها؛ فكأنه نكاحٌ بلفظ الإجارة⁽²⁾، ولو قال: استأجرتك على الزنا لم يصحَّ بلا خلاف⁽³⁾.

قوله: ((وهو عالمٌ بتحريمها))⁽⁴⁾، لأنه إذا كان غير عالم فلا حدَّ اتفاقاً، ومع العلم؛ قيل: لا يخلو أن يكون التحريم في ذلك بطريق مقطوع؛ من قرآن أو سنة متواترة أو إجماع، كالأخت والخامسة، فهذا يُحدُّ، ولا أثر للعقد، وإن كان بطريق مظنون، كالجمع بين المرأة وخالتها أو عمتها فلا يُحدُّ، لأنه إنما ثبت تحريمه بخبر الأحاد، (وقيل يحد مطلقاً)⁽⁵⁾، وقيل: في المقطوع لا يُحدُّ، لأنه قد روي عن مالك - في المسألة تتزوج الكافر عالمة بالحرمة - قولان في حدِّها، قال: ولا يُحدُّ الزوج، فيلحق به الولد فيكون كافراً، لأنه تابعٌ أباه في الدين وإن كانت أمه مسلمة، فدلَّ على أن العقد شبهةٌ مُطلقاً.

[حكم المُكره والمُكره على الزنا]:

قوله: ((فعلية الحدِّ والمهر))⁽⁶⁾، لأنَّ في ذلك حقاً لله - تعالى - وهو الحدُّ، وحقاً لأدمي وهو المهر، ولو كانت طائعة لسقط المهر، وفي الأمانة عليه من الحدِّ وما⁽⁷⁾ نقص من ثمنها، لأنَّها مالٌ، وقيل: عليه الصَّدَاق لئلاَّ يخلو البُضْع عن عَوْض. قوله: ((قُتِلَ))⁽⁸⁾، لأنه ناقضٌ للعهد، وليس يُحدُّ لأنه بكرٌ فلو كان حُرّاً جُلِدَ مائة⁽⁹⁾،

(1) هذا حديث أخرجه البخاري: 54/3 حديث رقم 2053، ومسلم: 1080/2 حديث رقم 1457، كلاهما من حديث عائشة مرفوعاً.

(2) ينظر المبسوط للسرخسي: 58/9.

(3) لكنه يدرأ الحدُّ؛ وذلك لما جاء في المبسوط للسرخسي: 58/9 حيث قال: ((ولو قال: أمهرتك كذا لأزني بك لم يجب الحد، فكذلك إذا قال: استأجرتك؛ توضيحه أن هذا الفعل ليس بزنا، وأهل اللغة لا يسمون الوطء الذي يترتب على العقد زناً، ولا يفصلون بين الزنا وغيره إلا بالعقد، فكذلك لا يفصلون بين الاستئجار والنكاح؛ لأن الفرق بينهما شرعي، وأهل اللغة لا يعرفون ذلك، فعرفنا أن هذا الفعل ليس بزنا لغة، وذلك شبهة في المنع من وجوب الحد حقاً لله تعالى، كما لا يجب الحد على المختلس؛ لأن فعله ليس بسرقة لغة)).

(4) ((ومن تزوّج امرأة ذات محرم له وهو عالم بتحريمها عليه؛ وجب عليه الحد)). التفريع: 224/2.

(5) ما بين القوسين سقط من (و).

(6) ((ومن استكره حُرّة على الزنا فعليه الحد والمهر)) المصدر السابق.

(7) في (و) ما.

(8) ((وإذا استكره النصراني حُرّة مسلمة قُتِلَ)) المصدر السابق.

(9) كذا وردت هذه العبارة في النسختين وظاهرها الغموض، والمراد بها أن النصراني قُتِلَ لنقضه العهد وليس من أجل الحد؛ إذ لو كان من أجل الحد وكان النصراني بكراً غير محصن وكان حُرّاً لجُلِدَ مائة، وأما لو كان مُحْصَنًا فلا فرق لأن مصيره القتل، إلا أن قتله هنا لنقضه العهد.

وفي الطائفة قولان: القتل، لأنه نَقَضَ العهد - أيضا - وقيل: إنما يكون النَقْضُ مع الاستكراه؛ فلا يقتل، لكن يُؤدَّب، وقيل: في الأمة - أيضا - إنه يُقْتَل⁽¹⁾، لأنه نَقَضَ عهدا - أيضا - لأنها مسلمة.

فصل

[حُكْمُ الحاكم بعلمه في الحُكْمِ وفي التَّجْريح والتَّعْدِيل]

لا يَحْكُمُ الحاكم بعلمه، لأنه يُتَّهَمُ فيما عِلِمَهُ قبل الحُكْمِ بين الخصمين، فلا خلاف أنه لا يَحْكُمُ به للثُّمَةِ، وأما ما أُقِرَّ به عند التَّحَاكُمِ أمامه فإنه يحكم بعلمه بذلك، لأنه لا خلاف أنه يجوز له أن يَحْكُمَ بقولهما من غير حضور شاهدين عنده، ولولا صِحَّةُ حُكْمِهِ بعلمه في ذلك ما جاز له الحُكْمُ إلَّا بحضور شاهدين، وفيه ثلاثة أقوال:

قيل: لا يَحْكُمُ بِعِلْمِهِ مُطْلَقًا، فعلى هذا لا يَحْكُمُ إلَّا بشاهدين معه، وقيل: يَحْكُمُ في مثل هذا بعلمه بناءً على إقرارهما، فإذا أَقَرَّا أمامه بشيء ثم أنكره أحدهما حَكَمَ بما عِلِمَ من ذلك، وقيل: بالتفصيل؛ فإن كان مُتَّهَمًا لم يَحْكُمَ بعلمه البتَّة، وإن لم يُتَّهَمَ حَكَمَ في هذه الصُّورَةِ الخاصَّةِ التي فيها الخلاف.

ولا خلاف أنه يَبْنِي على عِلْمِهِ في التَّجْريح والتَّعْدِيلِ، لأنَّ ذلك ليس بِحُكْمٍ، ويدلُّ على ذلك أنه لو شهد عنده شاهدان عَدْلَان عند حاكم آخر، وثبت تعديلها عنده لم يَجِبْ عليه أن يَحْكُمَ بشهادتهما، بل يجوز له، بخلاف أن لو شهد عنده بحق ثبت لشخص عند حاكم آخر؛ فيجب عليه الحُكْمُ به لمن ثَبَّتَ له، فدلَّ على أن ذلك ليس بِحُكْمٍ، وأيضًا لو كُفِّ في ذلك أن يحكم بالشَّهادة⁽²⁾ لأدَّى إلى التَّسْلُسِ وعدم [التَّحْمُلِ]⁽³⁾ لأنَّ الْمُزَكِّينَ لهما إمَّا أن يَعْلَمَهُمَا عُدُولًا أولًا، فإن علمهم⁽⁴⁾ لم يَجْزِ له أن يحكم بهم فيحتاجون إلى التَّعْدِيلِ ويتسلسل الأمر.

-
- (1) مقابله عليه العقوبة الشديدة وما نقص من ثمنها. ينظر المصدر السابق.
 - (2) أي لو كُفِّ الحاكم أن يحكم بشهادة المزكين، ولا يحكم بعلمه في التَّعْدِيلِ لأدَّى إلى التسلسل المذكور، وهو تزكية المُزَكِّين وهلم جرا.
 - (3) في (و) التَّحَصُّلُ وفي (غ) غير مقروءة.
 - (4) ((وله أن يقبل شهادة من علمه عدلا من غير حاجة إلى تزكيته، ويرد شهادة من علمه فاسقا)).
التلقين: 209/2.

[حكم السيّد على عبّده وأُمّته وإقامته الحدّ عليهما بعلمه]:

قوله: (في السيّد) (1) منع أبو حنيفة الحكم بالحدّ إلّا للحاكم، لقوله عزّ وجلّ: ﴿فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ مَلَّةٍ أَوْ أَرْبَعِينَ مَلَّةً وَلَا يَقْبَلُوا لَهُمْ مَالٌ وَلَا نِكَاحٌ﴾ (2) هذا خطابٌ للحاكم، فلا يجوز إلّا لهم أو لمن استنبأوا، وهذا وجه إحدى الروايتين (3)، ووجه الأخرى الحديث ((إذا زنت أُمّةٌ أحدكم فليجلدها (4) ثم إذا زنت فليجلدها (5)) (6) فجعل ذلك للسادات، قال: المخالف هذا خاصٌّ بمن حضر، فهم ثواب الإمام في ذلك، قلنا: خطاب الواحد في الأحكام خطابٌ للكُلِّ، وأيضا فكما يجوز للسيّد تأديب عبّده، فكذلك يجوز له أن يحذّه رجلا كان السيّد أو امرأة، وشرط الشافعيّ في جواز ذلك للسيّد أن يكون ممّن يصحّ كونه حاكما علما وعدالة، وذلك يتأتّى من المرأة (7)، وقد أجاز أن تكون قاضيا، وهو ممنوع بالخلافة العظمى. وأما حدّ السرقة فلا يجوز له، لأنّه يُنّهى أن يقصد المثلّة به ويدّعي أنّه سرق فرارا من العتق (8).

[من فوائد مشاهدة حدّ الزنا]:

قوله: (والطائفة أربعة) (9) فائدة ذلك؛ أنّه إذا قذفه أحد (10) بالزنا وجد القاذف من الشهود ما يفي عنه الحدّ.

قوله: (وكذلك للسيّد) (11) أي في إحضار طائفة.

[حكم اللواط]:

واللواط زنا عند الشافعيّ، فحكمه حُكْمُهُ في الإحصان وعَدَمِهِ (12)، وعندنا لا حاجة إلى الحصانة، بل فيه الرّجم مطلقا تغليظا، وقال أشهب كالشافعيّ (13)، وقال أبو

(1) كما لا يحكم الحاكم بعلمه؛ لا يحكم السيّد - أيضا - في عبده وأُمّته بعلمه، وفي حدّ السيّد عبده في الزنا بعلمه روايتان. ينظر التفريع: 224/2.

(2) النور: 2.

(3) ينظر المبسوط للسرخسي: 80/9، 81، والذخيرة: 85/12.

(4) في (و) فاجلدوها، وما أثبت موافق لما في البخاري ومسلم وما في (غ).

(5) في (و) فاليحدها، وما أثبت موافق لما في البخاري ومسلم وما في (غ).

(6) أخرجه البخاري: 83/3 حديث رقم 2234، ومسلم: 1328/3 حديث رقم 1703. كلاهما نحوه من حديث أبي هريرة مرفوعا.

(7) ينظر الأم: 191/7. المجموع: 34/20، 35، 36.

(8) كي لا يُعتق عليه.

(9) ((وينبغي للإمام أن يحضر حدّ الزنا طائفة... والطائفة أربعة فصاعدا)). التفريع: 224/2.

(10) إذا قذف قاذفٌ هذا المحدود بالزنا مرة أخرى، لم يُحدّ القاذف لثبوت المقدوف أنّه محدود في زنا بشهود هذه الطائفة. ينظر مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: 295/6.

(11) وكذلك ينبغي للسيد ((في عبده أو أُمّته)). التفريع: 224/2.

(12) وهو المشهور من مذهب الشافعي. ينظر المذهب: 339/3.

(13) ينظر التلقين: 199/2، والذخيرة: 65/12.

حَنِيفَةً: ليس فيه إلا التَّعْزِيرُ (1)، لَأَنَّهُ فَرَجٌ لَا يَحِلُّ بِالْعَقْدِ فَاشْبَهَ الْبَهِيمَةَ، وَرَوَى الشَّافِعِيُّ ((الفاعل والمفعول به زانيان)) (2).

[نكاح المرأة في الدُّبُر وما يترتب عليه من أحكام]:

وَأَمَّا نِكَاحُ الْمَرْأَةِ فِي الدُّبُرِ فَاخْتَلَفَ الْعُلَمَاءُ فِي جَوَازِهِ، فَعَلَى الْجَوَازِ تَحِلُّ بِالْعَقْدِ، وَهُوَ عِنْدَنَا زِنًا، وَقِيلَ: كَاللِّوَاطِ، لَأَنَّهُ عَلَى الْقَوْلِ بِالْمَنْعِ فَرَجٌ أَدْمِي لَا يَحِلُّ بِالْعَقْدِ، فَفِيهِ الرَّجْمُ، وَفِي مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ جَوَازُهُ (3) فِي الْمَلِكِ مِنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ بِنَاءً عَلَى تَعْمِيمِ قَوْلِهِ: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ (4) ذَكَرَهُ الْغَزَالِيُّ (5). وَيَلْزَمُ عَلَيْهِ نِكَاحُ ذَوَاتِ الْمَحَارِمِ بِمِلْكِ الْيَمِينِ، وَإِنَّمَا الْمَعْنَى مَلَكَتْ أَيْمَانَكُمْ مِمَّا يَصِحُّ وَطْؤُهُ.

[حُكْمُ إِتْيَانِ الْبَهِيمَةِ وَمَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ]:

وَأَمَّا الْبَهِيمَةُ فَالْمَذْهَبُ أَنَّ فِيهَا التَّعْزِيرَ، لِأَنَّهَا كَالْجَمَادِ، وَقِيلَ: هُوَ زِنًا بِجَامِعِ أَنَّهُ فَرَجٌ مُحَرَّمٌ مُشْتَبَهٌ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الزِّنَا، وَرَأَى الشَّافِعِيُّ قَتْلَ الْبَهِيمَةِ مَخَافَةَ أَنْ تَعْلُقَ مِنْهُ بَوْلَدٌ، فَيَكُونُ ذَلِكَ عَارًا عَلَى الْفَاعِلِ وَأَهْلِهِ (6)، قُلْنَا: لَمْ تَجْرُ (7) الْعَادَةُ بِالتَّيْتِاجِ مِنْ جَنْسَيْنِ (8) إِلَّا (9) فِي شَيْئَيْنِ الْبَغْلِ وَالسِّمْعِ (10)، ثُمَّ قَالَ: إِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا تُؤْكَلُ رُمِيَ بِهَا،

(1) ينظر المبسوط للسرخسي: 77، 78/9.

(2) ذُكِرَ هَذَا الْحَدِيثُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ فِي سِيَاقِ اسْتِدْلَالِهِمْ عَلَى حُدِّ اللِّوَاطِ، كَمَا ذُكِرَ فِي الْمَهْذَبِ: 339/3 بَلْفَظِ ((إِذَا أَتَى الرَّجُلُ الرَّجُلَ فَهُمَا زَانِيَانِ)). وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ فِي السَّنَنِ الْكُبْرَى: 406/8 حَدِيثَ رَقْمِ 17033 مِنْ حَدِيثِ أَبِي مُوسَى الْأَشْعَرِيِّ مَرْفُوعًا. وَقَالَ عَنْهُ حَدِيثٌ مَنكَرٌ بِهَذَا الْإِسْنَادِ. وَقَالَ عَنْهُ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِصِ الْحَبِيرِ 158/4 حَدِيثَ رَقْمِ 1752: ((أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ مِنْ حَدِيثِ أَبِي مُوسَى، وَفِيهِ مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ الْقَشِيرِيُّ؛ كَذَبَهُ أَبُو حَاتِمٍ، وَرَوَاهُ أَبُو الْفَتْحِ الْأَزْدِيُّ فِي الضَّعْفَاءِ، وَالطَّبْرَانِيُّ فِي الْكَبِيرِ مِنْ وَجْهِ آخَرَ عَنْ أَبِي مُوسَى، وَفِيهِ بَشْرُ بْنُ الْفَضْلِ الْبَجْلِيُّ؛ وَهُوَ مَجْهُولٌ، وَقَدْ أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ الطَّيَالِسِيُّ فِي مَسْنَدِهِ عَنْهُ)).

(3) وَفِي مَخْتَصَرِ الْمَزْنِيِّ: 276/8 ((قَالَ الشَّافِعِيُّ - رَحِمَهُ اللَّهُ -: ذَهَبَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا فِي إِتْيَانِ النِّسَاءِ فِي أَدْبَارِهِنَّ إِلَى إِحْلَالِهِ وَآخَرُونَ إِلَى تَحْرِيمِهِ))

(4) النِّسَاءُ: 3.

(5) مُحَمَّدُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْغَزَالِيُّ الطُّوسِيُّ، حَجَّةُ الْإِسْلَامِ، فَقِيهٌ فَيْلَسُوفٌ مُتَصَوِّفٌ، مِنْ مَصْنَفَاتِهِ الْكَثِيرَةِ الْإِحْيَاءُ وَالْمُسْتَصْفَى وَالْوَجِيزُ، مَوْلَدُهُ وَوَفَاتُهُ بِخَرَّاسَانَ، مَاتَ سَنَةَ 505 هـ. يَنْظُرُ طَبَقَاتُ الشَّافِعِيَّةِ: 191/6، 224 وَالْأَعْلَامُ: 22/7.

وَأَمَّا مَا عَزَاهُ الْمَصْنُفُ لِلْغَزَالِيِّ فَهُوَ مُخَالَفٌ - تَمَامًا - لِمَا نَصَّ عَلَيْهِ الْغَزَالِيُّ فِي كِتَابِهِ حَيْثُ قَالَ: ((وَأَمَّا الْإِتْيَانُ فِي الدُّبُرِ فَمَحْرَمٌ فِي الْمَمْلُوكِ وَالْمَمْلُوكَةِ وَالْمَنْكُوحَةِ، وَمَا يُحْكِي عَنْ بَعْضِ الْأَنْمَةِ مِنْ تَجْوِيزِهِ فِي الْمَنْكُوحَةِ؛ فَهُوَ اخْتِرَاعٌ)). الْوَسِيطُ: 184/5.

(6) يَنْظُرُ الْمَهْذَبُ: 340/3.

(7) فِي (و) تَجَزَّ.

(8) سَقَطَتْ مِنْ (و).

(9) سَقَطَتْ مِنْ (و).

(10) وَالسِّمْعُ: سَبْعٌ مُرَكَّبٌ، وَهُوَ وَلَدُ الذَّنْبِ مِنَ الضَّبْعِ. يَنْظُرُ لِسَانَ الْعَرَبِ: مَادَّةُ سَمْعٍ.

وإن كانت ممّا تُؤكّل لم تُؤكّل⁽¹⁾؛ لأنّه قد اختلط بها ما لا يُؤكّل، فاختلط الحلالُ
بالحرام.

(1) قال النووي: أصح الوجهين أنّها تُؤكّل إذا دُبِحَتْ. ينظر روضة الطالبين: 92/10.

باب حدّ القذف والخمر

[حدّ القذف وشروط المقدوف]:

قوله: (حُرّاً⁽¹⁾)⁽²⁾ لأنّ الرّقّ أنثر الكُفر، ومُسْلِماً، لأنّه المُردّ بالمُحصّنات في الآية، وعاقلاً، لأنّ المجنون لا يتعلّق به عارٌ لعدم عقله، وبَالِغاً، لأنّه الذي يتأتّى منه ذلك، وأمّا الصّغيرة إذا أمكن وطؤها فيُحدّ قاذفها، لأنّ تلك يلحقها العار، وفي المراهق قولان، وعَفِيفاً، لأنّه لو قذف من حدّ في الزّنا فلا يُحدّ⁽³⁾ وإن تاب لأنّه صادق.

قوله: (بِالزّنا)⁽⁴⁾ مُتعلّق بقذف، وهو الذي فيه النّصّ، واللّواط مقيسٌ عليه، لأنّه زناً وأفحشٌ منه.

قوله: (أَرْبَعِينَ)⁽⁵⁾ قال أشهب: بل ثمانين، لأنّ هذا أشدّ، لأنّه قذف حُرّاً، وكذلك الكافر أحقُّ بأن يُحدّ إذا قذف مسلماً.

[سقوط حدّ القذف]:

قوله: (لَا حَدَّ عَلَى مَنْ قَذَفَ عَبْدًا)⁽⁶⁾ لكنّه يُؤدّب، وإن كان سيّده لعموم قوله - ﷺ - ((مَنْ آذَى مُسْلِمًا أُدِّبَ))⁽⁷⁾.

قوله: (وَلَا خَصِيًّا)⁽⁸⁾ يريد مقطوع الذّكر، لأنّه لا يتأتّى منه الزّنا.

[حُكْمُ التّصْرِيحِ وَالتّعْرِيزِ وَنَفْيِ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ مِنْ نَسَبِهِمَا]:

قوله: (مِنْ أَبِيهِمَا)⁽⁹⁾ لأنّه حَمَلَ عَلَى أُمِّهِ غَيْرَ أَبِيهِ، وإذا نفاه من أُمِّهِ لم يُحدّ، لأنّ ذلك غيرُ قابل، وإنّما قُبِلَ التّفي من الأب لأنّه ابنه بالظّنّ فاحتمل المَعَرَّةَ، والتّعريض عندنا بالحدّ كصريحه، لأنّ عُمَرَ - رضي الله عنه - حدّ فيه⁽¹⁰⁾، وإنّما أُقِيمَ مَقَامُ الصّريح مُحَافَظَةً عَلَى الْعِرْضِ، كما قُطِعَتْ يَدُ السّارق مُحَافَظَةً عَلَى عِرْضِهِ، ولم تُقْطَعْ يَدُ

- (1) في (و) حدّ.
- (2) ((ومن قذف مسلماً حُرّاً... فعليه الحدّ)). التفریع: 225/2.
- (3) فلا يُحدّ القاذف بعد ما حدّ المقدوف في زنا، لأنّ القاذف في مثل هذه الحالة يُعدّ صادقاً.
- (4) ((ومن قذف مسلماً... بالزّنا... فعليه الحدّ)). المصدر السابق.
- (5) ((وإن كان عبداً جُلْدَ أربعين جلدة)). المصدر السابق.
- (6) المصدر السابق.
- (7) نُقِلَ مِنْ قَوْلِ مَالِكٍ فِي الْمَدُونَةِ وَفِي غَيْرِهَا، وَلَمْ أَرَهُ مَرْفُوعاً. ينظر المدونة: 501/4.
- (8) ((ولا حدّ على من قذف عبداً... ولا خصيًّا)). التفریع: 225/2.
- (9) ((ومن نفى رجلاً أو امرأة من نسبهما من أبيهما، فعليه الحدّ)). المصدر السابق.
- (10) أخرجه مالك في الموطأ: 829/2 من حديث عمرة بن عبد الرحمن أن عمر أقام حدّ القذف بالتّعريض.

الغاصب والمستلَب، لأنَّ فعلهما فَعَلَ الفحول، والسَّارِق خَسِيسُ النَّفْسِ دَنِيءُ الْهَمَّةِ، وليس القطع في مقابلة (ما أَخَذَ) (1) لأنه (2) يضمن ذلك من حين وضع يده عليه وان لم يخرج به من الحِرْز، فلا يَرُدُّ إشكال مَنْ قال من المِلْحَدَة: ما الجامع بين أنْ دِيَّتْهَا خمسمائة وبين قطعها في رُبْع دينار (3)؟! وأيضا في الدِّية صيانة لها، والقطع صيانة لمال الغير، وقد أَشْكَلَ على المذهب أنَّه يغرم ماأخذ إذا كان موسِرا، ولا يُتَّبَع بشئ إن كان مُعْسِرا، وكأنَّ الأول صان ماله بمال الغير.

[تكرار القذف وتعدّد المقدوفين]:

وتتداخل الحدود ((لاِتِّحَاد (4) المُوجِب والمُوجَب))، كما لو بَالَ مِرَاراً أو مَسَّ مرارا فعليه وضوءٌ واحدٌ، وإذا قذفت جماعةً فثلاثة أقوال، قيل: حَدٌّ واحدٌ (5) للتداخل، وقيل حدودٌ متعدّدة، وذلك أنَّ لكلَّ واحد حقًّا، وقيل: إن كان بكلمة، كقوله أنتم زناةٌ فحدٌّ واحدٌ، وإن كان بكلمات فحدودٌ، مثل أن يفرد كلَّ واحد بالقذف.

[تكرار ما يُجبِ الحدَّ مع اختلاف المُوجِب واتِّحاده]:

قوله: (سَرَقَ وَزَنَا فَعَلَيْهِ حَدَّانِ) (6) ((لَتَعُدُّ المُوجِب والمُوجَب))، وهذا يُشْكَلُ بما إذا جَامَعَ وَمَسَّ فيجزئه الغسل، لأنَّ الوضوء داخلٌ فيه؛ لأنَّه أَعَمُّ منه، كذلك حَدُّ القذف غير داخل في حَدِّ الزَّنا (7) مع أنَّهما حَقُّ الله عزَّ وجل.

قوله: (زَنَى وَقَذَفَ فَعَلَيْهِ حَدَّانِ) (8) لأنَّ أحدهما حَقُّ الله - تعالى - والثاني؛ وهو القذف حَقُّ لِلأَدَمِيِّ (9).

قوله: (قَذَفَ وَشَرِبَ فَعَلَيْهِ حَدٌّ وَاحِدٌ) (10) لاِتِّحَاد (11) المُوجِب (1)، ولأنَّ أحدهما

(1) في (و) أَخَذَ.

(2) في (و) لَا.

(3) قد يشير بذلك إلى ما قاله المعري:

يَذُّ بِخَمْسِ مِئِينَ عَسَجِدٍ فُدِيَتْ... مَا بِأَلْهَا قُطِعَتْ فِي رُبْعِ دِينَارٍ
ينظر الذخيرة: 85/12، ومدونة الفقه المالكي وأدلته: 566/5.

(4) في (و) لاِتِّحَاد.

(5) في (و) تكرار كلمة (واحد).

(6) ((وَمَنْ سَرَقَ وَزَنَا...)) إلخ. التفريع: 226/2.

(7) لتعدّد المُوجِب والمُوجَب كما سبق.

(8) المصدر السابق.

(9) وفيه حَقُّ الله تعالى؛ والحقّ الغالب فيه لِلأَدَمِيِّ وهو المقدوف، وهذا حتى لا يتعارض مع ما ذكره - في سياق التعليل قبل قليل - بأن القذف والزنا حق لله تعالى. ينظر مدونة الفقه المالكي وأدلته:

412/5.

(10) التفريع: 226/2.

(11) في (و) لاِتِّحَاد.

أصلُ الثَّانِي، لَأَنَّ حَدَّ الشُّرْبِ مَقِيسٌ عَلَى الْقَذْفِ، كَمَا قَالَ عَلِيٌّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: ((إِذَا شَرَبَ سَكِرَ، وَإِذَا سَكِرَ هَذَى، وَإِذَا هَذَى افْتَرَى، أَيْ قَذَفَ، فَأَرَى عَلَيْهِ حَدَّ الْمُفْتَرِي)) (2).

[الشَّفَاعَةُ وَالْعَفْوُ فِي الْحُدُودِ:]

قوله: (وَلَا شَفَاعَةٌ فِي حَدٍّ) (3) لِلْحَدِيثِ ((إِذَا بَلَغَ الْمَحْدُودُ لِلْحَاكِمِ فَلَعَنَ اللَّهُ الشَّافِعَ وَالْمُسْتَفْعَ)) (4) وفي حديث آخر لَمَّا سُرِقَ رِداءُ صَفْوَانَ (5)، ((فَأَمَرَ النَّبِيُّ - ﷺ - بِالْقَطْعِ، فَقَالَ صَفْوَانُ: هُوَ هِبَةٌ لَهُ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ -: فَهَلَّا قَبْلَ بُلُوغِهِ إِلَيْنَا)) (6).

قوله: (وَلَا بَأْسَ بِعَفْوِ الْمَقْدُوفِ قَبْلَ بُلُوغِ الْإِمَامِ) (7) وَأَمَّا بَعْدَ بُلُوغِهِ فَقَوْلَانِ، بِنَاءً عَلَى هَلْ ذَلِكَ حَقٌّ لِلَّهِ - تَعَالَى - فَلَا يَجُوزُ الْعَفْوُ عَنْهُ، أَوْ حَقٌّ لِأَدَمِيٍّ بِدَلِيلٍ أَنَّهُ يُورَثُ عَنْهُ؛ فَيُطَالَبُ وَلِيُّهُ بَعْدَهُ بِخِلَافِ الزَّنا؟ إِلَّا أَنْ يَخَافَ الْمَقْدُوفُ تَلَطُّخَ عِرْضِهِ بِالشَّهَادَةِ، أَوْ يَكُونَ دَنَسَ الْعِرْضِ (8)؛ فَيَجِبُ عَلَى الْإِمَامِ أَنْ يَعْفُو.

[الْأَسْمَاءُ الَّتِي تَحْمِلُ مَعْنَى الْخَمْرِ وَحُكْمَ شَارِبِهَا:]

قوله: (أَوْ شَرَابًا مُسْكِرًا) (9) لَا خِلَافَ فِي خَمْرِ الْعَنْبِ النَّبِيَّةِ أَنْ قَلِيلَهَا وَكَثِيرَهَا حَرَامٌ، وَإِنَّمَا الَّتِي تُطْبَخُ مِنْ عَصِيرِ الْعَنْبِ حَتَّى يَصِيرَ مُسْكِرًا؛ ففِي قَلِيلِهِ الْخِلَافُ، كَمَا فِيمَا لَيْسَ مِنَ الْعَنْبِ.

- (1) وهو العقوبة وإِتِّحَادُ الْقَدْرِ. قَالَ الْعَدَوِيُّ: ((وَحَاصِلُهُ أَنَّ الْحُدُودَ الْمُتَّجِدَةَ الْقَدْرُ يَكْفِي فِيهَا حَدٌّ وَاحِدٌ، وَالْمُخْتَلَفَةُ الْقَدْرُ يَجِبُ إِقَامَتُهَا)). يَنْظُرُ حَاشِيَةُ الْعَدَوِيِّ عَلَى كِفَايَةِ الطَّالِبِ الرَّبَّانِيِّ: 329/2.
- (2) أَخْرَجَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ: 1234/5 حَدِيثٌ رَقْمُ 3117 نَحْوَهُ مِنْ حَدِيثِ ثَوْرِ بْنِ زَيْدِ الدَّيْلِيِّ وَفِيهِ انْقِطَاعٌ، وَأَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ فِي الْمُسْتَدْرَكِ: 417/4 حَدِيثٌ رَقْمُ 8132 نَحْوَهُ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ مَوْقُوفًا عَنْ عُمَرَ. وَقَالَ الْحَاكِمُ: صَحِيحُ الْإِسْنَادِ عَلَى شَرَطِ الشَّيْخَيْنِ وَلَمْ يَخْرُجْهُ، وَوَافَقَهُ الذَّهَبِيُّ فِي التَّلْخِصِ.
- (3) ((إِذَا انْتَهَى إِلَى الْإِمَامِ)) التَّفْرِيعُ: 226/2.
- (4) أَخْرَجَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ: 1221/5 حَدِيثٌ رَقْمُ 3087 نَحْوَهُ مَوْقُوفًا عَنْ الزُّبَيْرِ بْنِ الْعَوَامِ، وَفِيهِ انْقِطَاعٌ. وَأَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ فِي مَصْنَفِهِ: 473/5 حَدِيثٌ رَقْمُ 28075 مِنْ حَدِيثِ الْفَرَّافِصَةِ الْحَنْفِيِّ نَحْوَهُ مَوْقُوفًا عَنْ الزُّبَيْرِ. وَقَالَ عَنْهُ الْحَافِظُ فِي الْفَتْحِ: 87/12: ((وَأَخْرَجَ الْمَوْطَأُ عَنْ رِبْعِيَّةَ عَنْ الزُّبَيْرِ نَحْوَهُ، وَهُوَ مَنْقُطَعٌ مَعَ وَقْفِهِ، وَهُوَ عِنْدَ ابْنِ أَبِي شَيْبَةَ بِسَنَدٍ حَسَنٍ عَنِ الزُّبَيْرِ مَوْقُوفًا)).
- (5) صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةَ بْنِ خَلْفٍ، أَسْلَمَ بَعْدَ وَقْعَةِ حَنْزَلٍ، كَانَ مِنَ الْفَصَحَاءِ، قُتِلَ أَبُوهُ كَافِرًا يَوْمَ بَدْرٍ، هَاجَرَ لِلْمَدِينَةِ، وَرَجَعَ إِلَى مَكَّةَ وَأَقَامَ بِهَا حَتَّى تَوَفَّى يَوْمَ مَقْتَلِ عُثْمَانَ، وَاخْتَلَفَ فِي وَفَاتِهِ. يَنْظُرُ الْإِسْتِيعَابُ: 718/2، وَالْإِصَابَةُ: 349/3.
- (6) أَخْرَجَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ: 1220/5 مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ صَفْوَانَ نَحْوَهُ مَرْسَلًا. قَدْ ذَكَرَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ طَرِيقًا لِهَذَا الْحَدِيثِ، وَقَالَ: ((هَكَذَا رَوَى هَذَا الْحَدِيثَ جَمْعُهُ أَصْحَابُ مَالِكٍ مَرْسَلًا)). التَّمْهِيدُ: 216/11. وَأَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ فِي الْمُسْتَدْرَكِ: 422/4 حَدِيثٌ رَقْمُ 8148 مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ نَحْوَهُ مَرْفُوعًا. وَقَالَ الْحَاكِمُ: حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرَطِ الشَّيْخَيْنِ وَلَمْ يَخْرُجْهُ، وَوَافَقَهُ الذَّهَبِيُّ.
- (7) يَنْظُرُ التَّفْرِيعُ: 226/2.
- (8) غَيْرُ عَفِيفٍ.
- (9) ((وَمَنْ شَرِبَ خَمْرًا أَوْ شَرَابًا مُسْكِرًا فَسَكِرَ مِنْهُ أَوْ لَمْ يَسْكِرْ؛ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

وَأَبُو حَنِيفَةَ يَقُولُ: لَا يَحْرَمُ قَلِيلُهُ، وَحَمَلَ قَوْلُهُ - ﷺ -: ((مَا أَسْكُرَ كَثِيرُهُ فَقَلِيلُهُ حَرَامٌ))⁽¹⁾ عَلَى الْقَلِيلِ الْمُسْكِرِ، أَيْ الَّذِي وَقَعَ بِهِ السُّكْرُ كَالْقَدْحِ الْخَامِسِ وَكُلِّ جُزْءٍ مِنْهُ حَرَامٌ⁽²⁾، وَهَذَا بِخِلَافِ الظَّاهِرِ، وَلِأَنَّ الْقَدْرَ الَّذِي يَقَعُ بِهِ السُّكْرُ لَا يَتَجَزَأُ، وَقَدْ قَالَ عُمَرُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: ((إِنَّ مِنَ الزَّبِيبِ خَمْرًا، وَإِنَّ مِنَ التَّمْرِ خَمْرًا، وَإِنَّ مِنَ الْعَسَلِ خَمْرًا، وَإِنَّ مِنَ الْجِنِطَةِ خَمْرًا))⁽³⁾ يَسْمَى ذَلِكَ كُلَّهُ خَمْرًا، لِأَنَّهُ يُخَامِرُ الْعَقْلَ، أَيْ يَخَالِطُهُ وَيَغْطِيهِ، وَأَيْضًا فَالْقِيَاسُ هُوَ خَمْرٌ، لِأَنَّ الْمَعْنَى - الَّذِي سُمِّيَتْ بِهِ الْخَمْرُ خَمْرًا - مُوجُودٌ فِيهِ، وَالصَّحِيحُ أَلَّا قِيَاسًا، أَلَّا تَرَى أَنَّ الْخَمَارَ مَخْصُوصٌ بِمَا غَطَّى، وَإِنْ كَانَ الَّذِي غَطَّى الْجَسَدَ لَا يُسَمَّى بِذَلِكَ⁽⁴⁾، وَلِأَنَّ مُخَامَرَةَ الْعَقْلِ بِذَلِكَ مُجَازٌ، لِأَنَّ التَّغْطِيَةَ وَالْمُخَالَطَةَ إِنَّمَا تَكُونُ فِي الْأَجْسَامِ، وَالْعَقْلُ عَرَضٌ.

قَوْلُهُ: ((ثَمَانُونَ))⁽⁵⁾ كَانَ الْحَدُّ فِي الْخَمْرِ فِي زَمَنِ رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - أَرْبَعِينَ بِاللَّعَلِّ، وَكَذَلِكَ فِي زَمَنِ أَبِي بَكْرٍ⁽⁶⁾ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَصَدْرًا مِنْ خِلَافَةِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - إِلَى أَنْ كَثُرَ الشُّرْبُ فَنَظَرَ فِي ذَلِكَ، فَقَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ⁽⁷⁾: ((إِذَا سَكِرَ هَذَى، وَإِذَا هَذَى افْتَرَى))⁽⁸⁾ فَرَأَى عَلَيْهِ حَدَّ الْمُفْتَرِي، وَتَابَعَهُ عَلَى ذَلِكَ عَلِيٌّ وَالصَّحَابَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

- (1) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ: 1125/2 حَدِيثٌ رَقْمُ 3393. وَالتِّرْمِذِيُّ: 292/4 حَدِيثٌ رَقْمُ 1865، وَقَالَ: ((حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ)). وَأَبُو دَاوُدَ: 327/3 حَدِيثٌ رَقْمُ 3681. كُلُّهُمِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ مَرْفُوعًا. وَالنَّسَائِيُّ: 300/8 حَدِيثٌ رَقْمُ 5607 مِنْ حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ مَرْفُوعًا.
- (2) يَنْظُرُ الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرْحَسِيِّ: 17، 16/24.
- (3) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ: 1121/2 حَدِيثٌ رَقْمُ 3379 مِنْ حَدِيثِ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ مَرْفُوعًا، وَأَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ: 297/4 حَدِيثٌ رَقْمُ 1874 مُوقُوفًا عَنْ عَمْرِو، وَقَالَ التِّرْمِذِيُّ: ((وَهَذَا أَصَحُّ مِنْ حَدِيثِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مَهَاجِرٍ، وَقَالَ عَلِيُّ بْنُ الْمَدِينِيِّ: قَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ: لَمْ يَكُنْ إِبْرَاهِيمُ بْنُ مَهَاجِرٍ بِالْقَوِيِّ))، وَأَخْرَجَهُ أَيْضًا مِنْ حَدِيثِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مَهَاجِرٍ عَنْ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ رَفَعَهُ: 297/4 حَدِيثٌ رَقْمُ 1872، وَقَالَ التِّرْمِذِيُّ: حَدِيثٌ غَرِيبٌ. كُلُّهُمِنْ بَزِيَاةٍ ((وَمِنْ الشَّعِيرِ خَمْرًا))، وَصَحَّحَ الْأَلْبَانِيُّ فِي تَحْقِيقِ لَهُ حَدِيثَ النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ.
- (4) مُرَادُهُ مِنْ ذَلِكَ أَنَّ الْخَمَارَ الْمَخْصُوصَ هُوَ مَا غَطَّى الرَّأْسَ فَقَطْ، وَأَنَّ مَا غَطَّى الْجَسَدَ لَا يُسَمَّى بِذَلِكَ، وَبِذَلِكَ بَطَلَ الْقِيَاسُ.
- (5) ((وَمَنْ شَرِبَ خَمْرًا.... فَعَلَيْهِ الْحَدُّ ثَمَانُونَ جَلْدَةً)). التَّفْرِيعُ: 226/2.
- (6) عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَثْمَانَ الْقُرَشِيُّ، أَبُو بَكْرٍ الصَّدِيقُ بْنُ أَبِي قَحَافَةَ، خَلِيفَةُ رَسُولِ اللَّهِ، وَلَدَ بَعْدَ الْفِيلِ بِسَنَتَيْنِ وَسِتَّةِ أَشْهُرٍ، صَحَبَ النَّبِيَّ - ﷺ - قَبْلَ الْبُعْثَةِ، وَسَبَقَ إِلَى الْإِيمَانِ بِهِ وَاسْتَمَرَ مَعَهُ طَوْلَ إِقَامَتِهِ بِمَكَّةَ، وَرَافَقَهُ فِي الْهَجْرَةِ وَفِي الْغَارِ وَفِي الْمَشَاهِدِ كُلِّهَا إِلَى أَنْ مَاتَ، تَوَفَّى سَنَةَ 13 هـ. يَنْظُرُ الْإِسْتِيعَابُ: 963/3 وَالْإِصَابَةُ: 169/4.
- (7) عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ، أَبُو مُحَمَّدٍ، وَلَدَ بَعْدَ الْفِيلِ بَعِثَرِ سَنَيْنِ، وَأَسْلَمَ مُبَكِّرًا، وَهَاجَرَ إِلَى الْحَبَشَةِ، وَشَهِدَ بَدْرًا، وَأُحُدًا، وَالْخَنْدَقَ، وَالْمَشَاهِدَ كُلِّهَا مَعَ رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - وَثَبِتَ يَوْمَ أُحُدٍ حِينَ وَلَّى النَّاسَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - تَوَفَّى عَامَ 32 هـ. يَنْظُرُ الطَّبَقَاتُ الْكُبْرَى: 124/3، وَالْإِسْتِيعَابُ: 844/2.
- (8) تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ قَبْلَ قَلِيلٍ، وَقَدْ عَزَاهُ غَيْرُ وَاحِدٍ إِلَى عَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - وَكَانَ مِمَّنْ اجْتَمَعَ فِي مَجْلَسِ عُمَرَ مِنَ الصَّحَابَةِ - حِينَ اسْتَشَارَهُمْ فِي مَسْأَلَةِ حَدِّ الْخَمْرِ - عَثْمَانُ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ، وَعَلِيٌّ، وَغَيْرُهُمْ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ. يَنْظُرُ الْمَهْذَبُ لِلشَّيْخِ الرَّازِيِّ: 371/3.

وهو عند الشافعي أربعون كما كان أولاً، ولم يأخذ باجتهاد الصحابة ولا بإجماع بعضهم، واحتج فيها بحديث عمر - رضي الله عنه - ((أنه حدّ فيها بنعلين أربعين))⁽¹⁾، ولا حجة فيه لأنه إذا حدّ بنعلين أربعين؛ فيجمع من ذلك ثمانون بالواحد.

[صفة الجلد]:

قوله: (بِسَوِّ لَيْنٍ)⁽²⁾ (3) ليس كما ((فعل - َ َ - في حدّ الزاني لما أوتي بسوط جديد، قال: دون هذا، فأوتي بسوط لَيْن فقال: فوق هذا، فأوتي بسوط وَسَط قد رُكِبَ بِهِ وَلَانَ⁽⁴⁾))⁽⁵⁾ أي ضُربَ به الفرس، يعني عوداً من [الكِبَاسَة]⁽⁶⁾.

قوله: (لَا تُجَرِّدُ الْمَرْأَةَ)⁽⁷⁾ لكن تُسْتَرَّ في ثوب رقيق، وتجلس في قُفَّة فيها رَمَادٌ مخافة البول وانكشافها.

[حُكْمُ حَدِّ الْمَرْأَةِ الْحَامِلِ]:

قوله: (لَمْ يُقَمْ عَلَيْهَا الْحَدُّ)⁽⁸⁾ لحديث عمر - رضي الله عنه - أنه ((أمر بحدّها، وقال عليّ: إِنَّ الْحَمْلَ مَا زَنَى، فقال لولا عليّ لهلك عمر))⁽⁹⁾ وإذا ادّعت أنها حاملٌ، فإن كان لها زوجٌ؛ فله أن يمنع من حدّها حتّى يتميّز أنها ليست بحامل لحقّ ولده، وإن لم يكن لها زوجٌ فتحدّ مالم يظهر لها حملٌ، لأن الأصل عدَمه.

(1) ينظر مختصر المزني: 373/8، والمجموع: 112/20.

(2) في (و) ليس.

(3) ((وَيُضْرَبُ الْمَحْدُودُ بِصَوْتِ لَيْنٍ)). التفريع: 227/2.

(4) رُكِبَ بِهِ وَلَانَ: قال ابن عبد البر يعني: ((نَالَتْهُ الْمَهْنَةُ وَلَيَّنَتْهُ)). التمهيد: 327/5.

(5) أخرجه مالك في الموطأ: 1205/5 حديث رقم 3048. وقال ابن عبد البر: ((روى هذا الحديث

مرسلاً جماعة الرّواة للموطأ، ولا أعلمه... بهذا اللفظ من وجه من الوجوه، ورواه معمر عن يحيى

بن أبي كثير عن النبي - صَلَّى الله عليه وسلم - مثله سواء)) التمهيد: 322/5.

(6) في النسختين: الكُنَاسَة، والأقرب أنه محرفة عن الكِبَاسَة، وهي العِذْق، وهو العُرجون من التمر

بمنزلة العنقود من العنب. ينظر لسان العرب، مادة: عرجن، وكبس.

(7) التفريع: 227/2.

(8) وذلك إذا ((وجب على المرأة... حدٌ وهي حامل حملاً ظاهراً)). المصدر السابق.

(9) ذكره ابن عبد البر نحوه في الاستيعاب: 1103/3 واقتصر على ((لولا عليّ لهلك عمر)) وذكره في

السياق نفسه، وفي سياق إقامة عُمر الحدّ على المرأة المجنونة؛ فقال له علي: ((رُفِعَ الْقَلَمُ عَنِ

المجنونة)).

باب السَّرَقَة

[المقدار الموجب لحدّ السَّرَقَة]:

قيل: يُقَطَّع في كُلِّ شيء ولو حَبَّة لظاهر الآية، وقيل: في نِصْف دينار، وهو أَقَلُّ ما يُؤْخَذ في الزَّكَاة، وقيل: دينار أو عشرة دراهم، وهذا قول أبي حَنِيفَةَ⁽¹⁾، وقيل خمسة دراهم، وهو مذهب عمر - رضي الله عنه - قال: ((لا أقطع الخُمُس الأصابع إلا في خمسة دراهم))⁽²⁾، وقيل: في دِرْهَم، وقيل: في رُبْع دينار، ودليلنا ((أنَّه ﷺ قَطَعَ في مَجَنٍّ⁽³⁾ قيمته ثلاثة دراهم))⁽⁴⁾، ورُوي ((لا قَطَعَ إلَّا في رُبْع دينار))⁽⁵⁾، والمذهب أنَّه لا فرق بين ثلاثة دراهم وبين رُبْع دينار وقيمتها، وقيل: بل الثلاثة هي الأصل، لأنَّ النَّص فيها جاء، فلو سَرَق نِصْف دينار لا يُساوي ثلاثة دراهم لم يُقَطَّع.

[الإخراج من الحِرْز سبب للقطع]:

قوله: (وَأَخْرَجَهُ مِنْ حِرْزِهِ)⁽⁶⁾ أَبُو حَنِيفَةَ يقطع بِوَضْع يَدِهِ عليه وإن لم يُخْرِجْهُ⁽⁷⁾، ونحن نقول القطع في مُقَابَلَة إخراجِه من الحِرْز، وإنَّما يجب - بوضع اليَد - الضَّمَانُ، كما لو أكله في الحِرْز. فلا بُدَّ من القطع من أَخْذِ نِصَابٍ كامل من حِرْز مثله، لا شُبْهَة له فيه.

- (1) ينظر بدائع الصنائع: 77/7.
- (2) أخرجه النسائي: 81/8 حديث رقم 4940 نحوه موقوفا عن سليمان بن يسار، وفيه انقطاع، وقال عنه السندي: ((وهذا لا يقابل المرفوع الصحيح)) حاشية السندي على سنن النسائي: 82/8. وذكره ابن حجر - بعد أن عزاه للنسائي - موقوفا عن عمر وقال: ((أخرجه ابن المنذر من طريق منصور عن مجاهد عن سعيد بن المسيب عنه)) فتح الباري: 107/12.
- (3) وقال ابن عبد البر: المَجَنُّ هو الثُّرْس. ينظر التمهيد: 375/14.
- (4) أخرجه البخاري: 200/8 حديث رقم 6795، ومسلم: 1313/3 حديث رقم 1686 كلاهما من حديث ابن عمر مرفوعا.
- (5) أخرجه مالك في الموطأ: 1230/5 حديث رقم 3107 من حديث أبي بكر بن حزم موقوفا عن عمرة بنت عبد الرحمن بلفظه. وأخرجه مسلم بلفظ قريب منه: 1312/3 حديث رقم 1684 من حديث عائشة مرفوعا.
- (6) ((فعليه القطع إذا سرقه من حِرْزِهِ، وأخرجه إلى غيره)). التقرير: 227/2.
- (7) هذا مخالف لما هو منصوص عليه عند الأحناف، ففي المبسوط للسرخسي: 147/9 ((وإن دخل الحِرْز وجمع المتاع، ولم يُخْرِجْهُ حتى أخذ لم يُقَطَّع؛ لأنَّ تمام السَّرَقَة بإخراج المال من الحِرْز، فمقصود السارق لا يتم إلَّا به، وقبل تتميم السَّبَب لا يلزمه القطع)) وفي بدائع الصنائع: 65/7 ((لو دخل الحِرْز، وأخذ متاعا فحمله، أو لم يحمله حتى ظهر عليه وهو في الحِرْز قيل أن يخرج؛ فلا قطع عليه؛ لأنَّ الأخذ إثبات اليد، ولا يتم ذلك إلا بالإخراج من الحِرْز؛ ولم يوجد)).

[صِفَةُ الْقَطْع]:

قوله: (الْيَدُ الْيُمْنَى)⁽¹⁾ لقوله تعالى: ﴿فَاقْطِعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾⁽²⁾ وقُرئ ((أَيْمَانَهُمَا)) ثمَّ الْيَدُ الْيُسْرَى⁽³⁾، لقوله - تعالى - في الْمَحَارِبِ: ﴿مَنْ خَلَفَ﴾⁽⁴⁾ ثم لا يقطع أبو حَنِيفَةَ بعد ذلك شيئاً، بل يكتفي بالتَّعْزِيرِ⁽⁵⁾، وإذا قُطِعَتِ الْأَيْدِي والأرجل فبعد ذلك الضَّرْبُ والحبس، وقال مُصَنَّبٌ⁽⁶⁾: يُقْتَلُ.

[تَقْدِيرُ قِيَمَةِ السَّرْقَةِ يَوْمَ الْأَخْذِ لَا يَوْمَ الْحَدِّ]:

قوله: (يَوْمَ أَخَذَهَا لَا يَوْمَ حَدَّهَا)⁽⁷⁾، فلو سَرَقَ ما يُسَاوِي رُبْعَ دِينَارٍ؛ فلم يُقَطَّعْ حَتَّى⁽⁸⁾ صار يُسَاوِي أَقْلًا - النَّقْصُ في ذاته، أُولَحوَالَةِ سَوْقٍ - قُطِعَ، لَأَنَّهُ قد وُجِدَ منه إِخْرَاجُ النَّصَابِ مِنَ الْجَرْزِ، وقال أَبُو حَنِيفَةَ: إِنْ كَانَ لِحَوَالَةِ سَوْقٍ لَمْ يُقَطَّعْ، لِأَنَّا لو قَطَعْنَا لَكَانَ الْقَطْعُ فِي أَقْلٍ مِنْ رُبْعِ دِينَارٍ، وَأَبُو حَنِيفَةَ يُرَاعِي يَوْمَ الْحَدِّ، قَالُوا: وَإِنْ كَانَ لِنَقْصٍ فِي ذَاتِهِ فَإِنَّمَا نَقْصٌ عَلَى ذِمَّتِهِ⁽⁹⁾؛ فمجموع ما بقى وما تلف نَصَابٌ فَقُطِعَ⁽¹⁰⁾.

[اسْتِشْكَالَاتُ مَبْنِيَّةٍ عَلَى تَقْدِيرِ النَّصَابِ يَوْمَ الْأَخْذِ لَا يَوْمَ الْحَدِّ]:

وقالوا ما قلتم في رَعْيِ يَوْمِ الْأَخْذِ؛ يَنْتَقِضُ عَلَيْكُمْ بِمَا إِذَا قَذَفَهُ وَلَمْ يُحَدِّ حَتَّى رَأَى الْمَقْدُوفَ، فَأَنْتُمْ لَا تُزَاعُوا يَوْمَ الْقَذْفِ، قُلْنَا: الْفَرْقُ أَنَّهُ لو حُدَّ لَكَانَ حَدُّهُ فِي غَيْرِ عَفِيفٍ، قَالُوا: وَيَنْتَقِضُ بَأَنَّهُ لو شَهِدَ عِنْدَكُمْ الشُّهُودُ بِالزَّيْنِ أَوْ الْقَتْلِ، فَحَكَمَ الْحَاكِمُ بِحَدِّهِ فَلَمْ يُحَدِّ إِلَى أَنْ رَجَعُوا، قُلْنَا لَنَا فِي ذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

- (1) أَوَّلُ مَا يُقَطَّعُ لِلسَّارِقِ الْيَدُ الْيُمْنَى. ينظر التفريع: 227/2.
- (2) المائدة: 38.
- (3) وهذا مذهب بعض أهل الظاهر وبعض التابعين أَنَّ الْقَطْعَ فِي الْيَدِ الْيُمْنَى، ثم الْيَدِ الْيُسْرَى، وَلَا يُقَطَّعُ مِنْهُ غَيْرُ ذَلِكَ. ينظر بداية المجتهد: 235/4. وفي التفريع: 228/2 ((ثم إن سرق قُطِعَتِ الْيَدُ الْيُسْرَى)).
- (4) المائدة: 33.
- (5) وذلك عند أبي حنيفة بعد قطع اليد الْيُمْنَى وبعدها الرَّجْلُ الْيُسْرَى وينتهي بعد ذلك إلى التعزير. ينظر بدائع الصنائع: 86/7، وبداية المجتهد: 236/4.
- (6) كذا وردت في النسختين، ويبدو - والله أعلم - أنه أبو مصعب، أحمد بن أبي بكر، ويعرف بكنيته، فقيه أهل المدينة، رَوَى عَنْ مَالِكِ الْمَوْطَأِ وغيره من قوله، وتفقه بأصحابه: المغيرة وابن دينار وغيرهما، وله كتاب مختصر في قول مالك الموطأ مشهور، توفي بالمدينة سنة 242 هـ. ينظر ترتيب المدارك: 347/3، والديباج المذهب: 141/1. وما يؤيد ذلك؛ أن ابن رشد ذكر قتل السارق بعد القطع، وقال: ((ولم يقل به أحد من أهل العلم إلا ما ذكره أبو المصعب في مختصره عن أهل المدينة، مالك وغيره، وهذا غير صحيح)). المقدمات الممهدة: 323/3.
- (7) ((والمراعاة في قيمة السرقة يوم أخذها لا يوم حدّه)). التفريع: 228/2.
- (8) في (غ) حين.
- (9) أي ضامن له في الجملة.
- (10) ينظر بدائع الصنائع: 79/7.

المذهب منها أنه يُحَدَّ لأنَّ نَصَابَ الشَّهَادَةِ قَدْ كَمُلَ، [ولأنَّ⁽¹⁾] من رجوعهم أن يكون كذبا، وقيل: لا يُحَدَّ، لأنَّ رُجُوعَهُمْ يُجَلَّ بِالْعَدَالَةِ، وقيل: إن كان ذلك في نفس لم يُحَدَّ، وإن كان في جُرْحٍ أو مالٍ حُدَّ، وأمَّا إذا لم يَحْكَمْ الْحَاكِمُ بِذَلِكَ، فلا يُحَدَّ اتفاقاً.

ونقض بعض أصحابنا عليه بما إذا سرق من جِرْزٍ؛ فلم يُقَطَّعَ حَتَّى اشْتَرَى الْجِرْزَ، فصار له شُبْهَةٌ فِي الْجِرْزِ، وهو شَرْطٌ فِي الْقَطْعِ كَالنِّصَابِ، فَإِنْ رَاعِيَتْ اسْتِمْرَارُ النَّصَابِ إِلَى الْحَدِّ فَلتَفْعَلْ كَذَلِكَ فِي الْجِرْزِ⁽²⁾، وقد زال الْجِرْزُ⁽³⁾ هنا، وانفصل بآئِهِ لَا يُشْتَرَطُ فِي الْقَطْعِ الْخُرُوجُ مِنَ الْجِرْزِ⁽⁴⁾.

[حَقِيقَةُ الْجِرْزِ وَمَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ:]

وَأَمَّا لَوْ هَدَمَ حَائِطَ الْبَيْتِ وَسَرَقَ مِنْهُ فَلَا يُقَطَّعُ، لِأَنَّهُ صَارَ بِهِدْمِهِ غَيْرَ جِرْزٍ، وَلَا يَصِيرُ بِالْكُوفَةِ يَحْدُثُهَا فِي الْحَائِطِ غَيْرَ جِرْزٍ، لِبَقَاءِ الْحَائِطِ، وَأَمَّا النَّبَاشُ فَلَا يُقَطَّعُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِسَارِقٍ، لِأَنَّ الْقَبْرَ عِنْدَهُ لَيْسَ بِجِرْزٍ⁽⁵⁾، لِأَنَّ مَعْنَى الْجِرْزِ مَا وُضِعَ فِيهِ الْمَتَاعُ لِيُحْفَظَ، وَلَيْسَ الْمَقْصُودُ مِنَ الْقَبْرِ حِفْظُ الْكَفَنِ، بَلْ لِلتَّلَفِ، فَيَصِيرُ كَمَنْ قَطَعَ يَدًا وَجَبَ قَطْعُهَا. أَمَّا لَوْ وُضِعَ الْمَيِّتُ عَلَى الْقَبْرِ أَوْ فِي الْقَبْرِ، وَلَمْ يُوَارَ بِالتُّرَابِ فَلَيْسَ بِجِرْزٍ⁽⁶⁾.

وَكَذَلِكَ الْبَذَرُ لَا يُقَطَّعُ سَارِقُهُ، لِأَنَّ كُلَّ حَبَّةٍ مِنْهُ فِي جِرْزٍ، وَالْمُرَاعَى فِي الْمَسْرُوقِ أَنْ⁽⁷⁾ يَتَّحِدَ⁽⁸⁾ جِرْزُهُ، فَلَوْ سَرَقَ رُبْعَ دِينَارٍ مِنْ أَمْلَاكٍ عِدَّةٍ أَوْ أَحْرَازٍ لَمْ يُقَطَّعْ.

[بَعْضُ الشُّبُهَاتِ لَا تَدْرَأُ الْحَدَّ:]

وَأَمَّا الْعَالُ⁽⁹⁾ فَيُقَطَّعُ وَإِنْ كَانَتْ لَهُ شُبْهَةٌ، لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ لَهُ شَيْءٌ يَأْخُذُ مِنْهُ، وَيَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ ذَلِكَ أَنَّهُ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ فِيهِ، مِثْلُ أَنْ يَشْهَدَ أَنَّ مَالًا هُوَ مِنَ الْغَنِيمَةِ، وَلَوْ كَانَ لَهُ أَوْ شَيْءٌ مِنْهُ مَا جَازَتْ شَهَادَتُهُ فِيهِ، وَكَذَلِكَ يَشْهَدُ لِبَيْتِ الْمَالِ⁽¹⁰⁾ فِي مَوْتِ شَخْصٍ لَا وَارِثَ لَهُ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ: لَا يُقَطَّعُ، لِأَنَّ لَهُ فِي كُلِّ شَيْءٍ مِنَ الْغَنِيمَةِ جُزْءً⁽¹¹⁾،

(1) فِي النِّسَخَتَيْنِ: وَلَأَنَّا.

(2) فِي (و) الْخَمْرِ.

(3) فِي (و) الْحَوْزِ.

(4) هَذَا عَلَى مَا نَسَبَهُ الْمُؤَلِّفُ لِأَبِي حَنِيفَةَ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ خَطَأٌ لِعَدَمِ صِحَّةِ نِسْبَةِ الْقَوْلِ لِأَبِي حَنِيفَةَ كَمَا سَبَقَ بَيَانُهُ.

(5) يَنْظُرُ الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرَخْسِيِّ: 159/9، 160، وَبِدَائِعُ الصَّنَائِعِ: 70/7.

(6) عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ وَكَذَلِكَ عِنْدَ الْأَحْنَافِ مِنْ بَابِ أَوْلَى، كَمَا تَقْدَمُ.

(7) فِي (و) إِلَّا أَنْ.

(8) فِي (و) يَتَّخِذُ.

(9) الْعَالُ: مِنَ الْغُلُولِ مِنَ الْغَنِيمَةِ، وَهُوَ الْخِيَانَةُ. يَنْظُرُ طَلِبَةُ الطَّلِبَةِ: 145، وَلِسَانُ الْعَرَبِ مَادَّةُ: غُلَّ.

(10) شَهَادَتُهُ جَائِزَةٌ مَعْتَبَرَةٌ؛ مِمَّا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ لَيْسَ لَهُ فِيهِ شَيْءٌ مَعْيَّنٌ.

(11) فِي (و) حَرَزَا.

وَالَّذِي يُعْطِيهِ الْإِمَامُ إِنَّمَا هُوَ فِي مُقَابَلَةٍ مَا لَهُ⁽¹⁾، ويلزم على هذا إذا كان في الغنيمة من يُعْتَق عليه⁽²⁾، لَأَنَّهُ مَلَكَ مِنْهُ جِزَاءٌ مَا، وقد قال بذلك، ولا يُعْتَق عليه على المذهب. وأَمَّا مَنْ سَرَقَ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ فَإِنَّهُ يُقَطَّعُ، لِأَنَّ شُبُهَتَهُ فِيهِ ضَعِيفَةٌ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يُورَثُ عَنْهُ حَظُّهُ⁽³⁾، وَيُورَثُ عَنْهُ فِي الْمَغْنَمِ.

وَمَنْ زَنَى بِكَافِرَةٍ فِي أَرْضِ الْحَرْبِ - مَنْ تَاجَرَ إِلَيْهَا - حُدَّ⁽⁴⁾، لَأَنَّهُ زَنَى بِفَرْجٍ مُحَرَّمٍ مُشْتَهَى، وَقِيلَ: لَا يُحَدُّ، لِأَنَّ الْعَدُوَّ مَالُهُ مُبَاحٌ شَرْعًا، فَمَا قَدَرَ عَلَيْهِ أَخَذَ، فَهَذَا قَدَرٌ عَلَى هَذِهِ الْمَنْفَعَةِ، فَلَهُ أَخْذُهَا، وَمَنْ زَنَى بِجَارِيَةٍ مِنَ الْمَغْنَمِ فَعَلَى الْمَذْهَبِ يُحَدُّ، وَعَلَى قَوْلِ ابْنِ الْمَاجِشُونِ: لَا يُحَدُّ لِلتُّهْمَةِ⁽⁵⁾.

[أداء الشهادة قبل الطلب]:

رُويَ ((سَرَّ الشُّهُودِ الَّذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَ، وَخَيْرُ الشُّهُودِ الَّذِي يَأْتِي بِشَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُسْأَلَ))⁽⁶⁾ ((7)) وَجْهٌ ذَلِكَ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا، فَيُحْمَلُ الْأَوَّلُ عَلَى حُقُوقِ النَّاسِ، وَالثَّانِي عَلَى حُقُوقِ اللَّهِ - عَزَّ وَجَلَّ - كَالطَّلَاقِ وَالْعِتَاقِ⁽⁸⁾، لِأَنَّ ذَلِكَ يُؤَدِّي إِلَى تَمَادِي الزَّنا وَاسْتِرْقَاقِ الْحُرِّ، وَلَيْسَ مِنْ ذَلِكَ رُؤْيَا الزَّنا، لَأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ تَمَادٍ عَلَى الْحَرَامِ.

[السَّرْقَةُ الَّتِي يَجِبُ فِيهَا الْقَطْعُ وَالَّتِي لَا يَجِبُ]:

قوله: (وَمَنْ سَرَقَ أَعْجَمِيًّا أَوْ صَبِيًّا)⁽⁹⁾ أَيُ كَبِيرًا أَوْ صَغِيرًا (إِنَّمَا شَرَطُ)⁽¹⁰⁾ فِي الْكَبِيرِ أَنْ يَكُونَ أَعْجَمِيًّا، لَأَنَّهُ بِذَلِكَ تَتَأْتِي سَرَقَتُهُ لَجَهْلِهِ، فَإِنْ كَانَ عَبْدًا فَهُوَ مَالٌ، وَإِنْ

- (1) يريد بابن الماجشون هنا عبد الملك. ينظر الكافي لابن عبد البر: 473/1.
- (2) العبارة بها غموض، والظاهر منها؛ لو أن له في الغنيمة نصيب، كمن يُعْتَق عليه: جارية كانت أو عَبْدًا، وأراد أن يعتقهما أو أحدهما قبل القسمة؛ فله ذلك على رأي ابن الماجشون. ينظر المدونة: 441/2.
- (3) في بيت المال بعد موته.
- (4) المراد مَنْ زَنَا بِكَافِرَةٍ فِي أَرْضِ الْحَرْبِ؛ وَالْحَالُ أَنَّهُ سَافِرٌ إِلَيْهَا لِلتَّجَارَةِ حُدَّ. ينظر المدونة: 546/4.
- (5) ينظر الكافي لابن عبد البر: 473/1.
- (6) مابين القوسين سقط من (و).
- (7) فقد أخرج الشطر الأول من الحديث البخاري: 171/3 حديث رقم 2651 من حديث عمران بن حصين رفعه، وقد أخرج الشطر الثاني منه مسلم: 1344/3 حديث رقم 1719 من حديث الجهني نحوه مرفوعاً.
- (8) توضيحه أن يعلم رجلاً طلق زوجته أو أعتق عبده، ولم يُطْلَبْ مِنْهُ الشَّهَادَةُ، فَإِذَا كَتَمَ شَهَادَتَهُ أَدَّى ذَلِكَ إِلَى زَنَا دَائِمٍ لَمْ يَنْقَطِعْ، وَإِلَى عِبُودِيَّةٍ حَقًّا أَنْ تُحَرَّرَ، وَذَلِكَ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى، وَسَكَوْتُهُ يُعَدُّ جُرْحَةً فِي حَقِّهِ، وَهَذَا مُتَعَلِّقٌ بِالشَّطْرِ الثَّانِي مِنَ الْحَدِيثِ: ((خَيْرُ الشُّهُودِ)). وَأَمَّا الشَّطْرُ الْأَوَّلُ مِنْهُ: ((سَرَّ الشُّهُودِ)) فَمُتَعَلِّقٌ بِحَقِّ الْعَبْدِ، وَهُوَ أَنْ يَحْرُسَ الشَّاهِدُ عَلَى أَدَاءِ شَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ تَطْلُبَ مِنْهُ فِي مَسْأَلَةٍ؛ الْحَقُّ فِيهَا يَكُونُ لِلْعَبْدِ، فَهِيَ بَاطِلَةٌ. ينظر شرح مختصر خليل للخرشي: 187/7.
- (9) ((وَمَنْ سَرَقَ أَعْجَمِيًّا أَوْ صَبِيًّا مِنْ حَرْزِهِمَا فَعَلَيْهِ الْقَطْعُ)). التفريع: 228/2.
- (10) مابين القوسين سقط من (غ).

كان حُرًّا فالقطع فيه مُشْكِلٌ، لأنَّه إنَّما يكون في مال وهذا⁽¹⁾ ليس مالاً، ودليلنا أنَّه - ﷺ - ((أُتِيَ بِرَجُلٍ يَسْرِقُ الصَّبَّيَّانِ فَقَطَعَهُ))⁽²⁾، ((وَتَرْتَبُّ الْحَكْمَ عَلَى ذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى أَنَّه عِلَّتُهُ))، وقال المخالف: يحتمل أن يكون قَطَعَهُ لأنَّه سَرَقَ مالاً. ولو سرق من ذِمِّي أو غيره حَمَرًا أو خَنْزِيرًا لم يُقَطَّع، لأنَّه ليس بمال مُحْتَرَم.

قوله: (مِنْ جِرْزِهِمَا)⁽³⁾ كدار ودكَّان، بخلاف الرُّقَّاق⁽⁴⁾.

قوله: (لَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ مُعَلَّقٍ)⁽⁵⁾ يعني إذا لم يكن عليه حائطٌ، أمَّا مع الحائط فذلك جِرْزُهُ.

قوله: (فِي الْجَرَيْنِ)⁽⁶⁾⁽⁷⁾ إن كان الجَريْن في موضع آخر، فلا يُقَطَّع من أخذ من تحتها⁽⁸⁾ شيئاً⁽⁹⁾، وإن كان جَريُّه تحتها فهو جِرْزٌ.

قوله: (قَبْلَ أَنْ يَخْرُجَ)⁽¹⁰⁾ لا قَطْعَ، لأنَّ القطع إنَّما هو إذا أخرجه من الجِرْزِ، خلافاً لأبي حَنِيفَةَ⁽¹¹⁾.

قوله: (فِيهَا مَنَازِلُ)⁽¹²⁾ كَالْخَانَ، إن كان من سَكَّانه فسرق شيئاً من أَحَد بيوته، فأخرجه إلى ساحته؛ قُطِعَ، لأنَّ السَّاحَةَ له⁽¹³⁾ كالرُّقَّاق ، وَالْجِرْزُ فِي حَقِّهِ الْبَيْتُ الَّذِي أُخِذَ مِنْهُ، لأنَّه أُبِيحَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي السَّاحَةِ.

- (1) سقطت من (و).
- (2) أخرجه الدار قطني: 279/4 حديث رقم 3462. وقال الدار قطني: ((تفرد به عبد الله بن محمد بن يحيى ، عن هشام ، وهو كثير الخطأ ، على هشام وهو ضعيف الحديث))، وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى: 465/8 حديث رقم 17232. وقال عنه ((هذا غير محفوظ عن هشام إلا من رواية عبد الله بن محمد بن يحيى عنه)). كلاهما من حديث عائشة مرفوعاً.
- (3) وساق القرافي أدلة أخرى غير الحديث المذكور، منها عموم الآية الدال على سارق الصغير الحر وغيره، وساق أدلة أخرى. ينظر الذخيرة: 147/12.
- (4) ((ومن سرق أعجمياً أو صيباً من حرزهما فعليه القطع)). التفريع: 228/2.
- (5) الرُّقَّاق: السَّكَّة والطريق. ينظر لسان العرب مادة: زقق.
- (6) التفريع: 228/2.
- (7) الْجَرَيْن: موضع يوضع فيه الحبَّ ويُجَفَّف. ينظر لسان العرب مادة: جرن.
- (8) ((إذا وُضِعَ الثَّمَرُ فِي الْجَرَيْنِ، فعلى من سرق منه قيمة ربع دينار القطع)). التفريع: 228/2.
- (9) لأنه ليس من الجرين، والمراد بقوله: (تحتها) أي تحت الشجرة، فالثمر الذي تحتها يشبه ما فوقها، فلا قطع فيه، وأما إذا كان الجرين تحتها فهو جِرْزٌ، وفيه القطع. ينظر الشرح الكبير وحاشية الدسوقي: 344/4.
- (10) سقط من (غ).
- (11) ((ومن دخل حرزا ليسرق منه، فأخذ فيه قبل أن يخرج منه، فلا قطع)). التفريع: 228/2.
- (12) تقدم التنبيه على أن هذا على غير ما هو عند الأحناف، بل نصوا على خلافه. ينظر المبسوط للسرخسي: 147/9 بدائع الصنائع: 65/7.
- (13) ((ومن سرق من بيت في دار فيها منازل متفرقة لناس شتى، فأخرجه إلى ساحة الدار؛ فعليه القطع)). التفريع: 228/2.
- (14) سقطت من (و).

وأما الأجنبيّ فإن أخرجهُ إلى السّاحة، فلا يقطع، لأنّ ذلك كلّهُ جِرْزٌ بالإضافة له⁽¹⁾، فلا يُقَطَّع حتّى يَخْرُجَ منه إلى الرُّقّاق، ولو أخرج مالا من صندوق إلى البيت الذي هو فيه؛ لم يُقَطَّع، لأنّه لم يَخْرُجْ بعدُ من الجِرْز، بخلاف الضّيف والمرأة يُخْرَجَان مالا من صندوق مُقَفَّل إلى البيت، فإنّهما يُقَطَّعَان، لأنّ الجِرْز في حقّهما ذلك الصندوق، لأنّه الجِرْز الذي لم يُؤدّن لهما في التّصرّف فيه، وقيل⁽²⁾: لا يُقَطَّعَان⁽³⁾ لأنّهما خائنان.

قوله: (أَدْخَلَ يَدَهُ)⁽⁴⁾ لا فرق بين أن يَخْرُجَ به، أو يُخْرَجَ بيده، أو بعصا، أو يرمي به إلى الرُّقّاق، وكذلك لو كان في البيت ماءً جَارٍ فجعله فيه حتّى أخرجهُ الماء؛ فيقطع، لأنّه سَبَبٌ، ومن حِيل السّارق، أن يبيع ما سَرَقَ قبل الخروج من الجِرْز من شخص آخر؛ حتّى يخرج به المشتري.

[حكم السّارقين أحدهما أسفل الجِرْز والآخر أعلاه]:

قوله: (وَأَحْسَبُ أَنَّ فِي الْأَسْفَلِ رَوَاتَيْنِ)⁽⁵⁾ هذا الخلاف صحيحٌ، فَوَجْهُ القطع، أنّه لولا ما رَفَعَهُ إلى الأعلى؛ ما توَصَّلَ إلى إخراجهِ، وَوَجْهُ الْأَقْطَع، أنّه لم يخرج به جسّا.

[حكم الجماعة إذا اشتركوا في السرقة]:

قوله: (فَعَلَى جَمَاعَتِهِمُ الْقَطْعُ)⁽⁶⁾ هذا المذهب، وَوَجْهُهُ بالقياس على القتل إذا قتل جماعةً واحداً، وقال المخالف: ليس مثله، فلا قياس، لأنّه لو لم يُقَنِّصْ منه من الجماعة بالواحد؛ لأدّى إلى أن يُتَوَصَّلَ إلى القتل بالاشتراك، ولا توجد صورة من الاشتراك إلّا كذلك، بخلاف السرقة لأنّ من صُوَرِهِ⁽⁷⁾ فيها ما يتعيّن فيه القطع، وذلك إذا أصاب كلُّ واحد قَدْرَ رُبْع دينار.

وأیضا فإنّ السرقة لا یصحّ فیها البناء، لو سرق الیوم درهماً، ثمّ غدا درهماً، ثمّ بعده درهماً، فلا یضاف شیءٌ من ذلك إلى ما قبله، بخلاف القتل، فإنّ فیهِ البناء، كما لو جَرَحَهُ الآن، ثمّ جَرَحَهُ بعدُ، ثمّ جَرَحَهُ جَرَحًا ومات، فإنّه یضاف بعضُ ذلك إلى

(1) سقطت من (و).

(2) في (و) ولا قيل.

(3) في (و) لا يقطع.

(4) (ومن أدخل يده إلى جِرْز، فأخرج منه نصابا، فعليه القطع)). المصدر السابق.

(5) وذلك إذا كان أحد السّارقين في الأسفل، والآخر في الأعلى، وناول الأسفل الأعلى متاعا، ففي الأسفل روايتان، إحداهما القطع. ينظر المصدر السابق: 229/2.

(6) وذلك ((إذا اشترك جماعة في سرقة، قيمتها ربع دينار فصاعدا)). المصدر السابق.

(7) أي صور الاشتراك في السرقة.

بعض.

وأیضا فإنَّ السَّرقة يُمكن فيها التَّجزئة، ولا یصحَّ ذلك في القتل، لأنَّه لا یتبعَّض، ودلیلنا المحافظةُ على الأموال كالنُّفوس، فلولا القطعُ في الاشتراك؛ توصَّل به النَّاسُ إلى أخذ أموال النَّاس.

قوله: ((وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ضَامِنٌ))⁽¹⁾ هذا في المُحاربين والسُّراق، مَنْ وُجِدَ مِنْهُمْ أُخِذَ بالجمیع، لأنَّ ((الظَّالَمُ أَحَقُّ بِالْحَمْلِ عَلَيْهِ))، ثُمَّ له الرُّجوع على أصحابه.

قوله: ((إِذَا كَانَتْ مِمَّا لَا يُمكنُ أَحَدُهُمُ الانْفِرَادَ بِهَا))⁽²⁾ لأنَّ الشَّركة في ذلك أليق، وهذا كالفعل الواحد، وقيل - أيضا - لا قَطْعٌ حَتَّى يُقَابَلَ كُلُّ وَاحِدٍ نِصَابٌ، ومثل ما يُمكن الانْفِرَادَ فيه: التَّوْبُ يَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ بِنَاحِيَةٍ مِنْهُ رَجَاءُ أَلَّا قَطْعَ عِنْدَ الْإِشْتِرَاكِ.

قوله: ((كُلُّ وَاحِدٍ ضَامِنٌ مِنْهُمْ))⁽³⁾ هذا أَصْلٌ مُطَّرَدٌ فِي السُّرَّاقِ وَالْمُحَارِبِينَ وَالْغُصَّابِ، كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ إِذَا وُجِدَ أُخِذَ مِنْهُ الْجَمِيعُ الْمَأْخُودُ، ثُمَّ يَرْجَعُ عَلَى أَصْحَابِهِ، ((لأنَّ الظَّالِمَ أَحَقُّ بِالْحَمْلِ عَلَيْهِ)).

[حكم السَّارق يرجع عن إقراره بالسَّرقة]:

قوله: ((إِلَى شُبْهَةٍ))⁽⁴⁾ لا خلاف فيه، وإن رجع إلى غير شُبْهَةٍ؛ فقولان:

أحدهما: أَنَّهُ يُقْبَلُ مِنْهُ بِحَدِيثِ مَا عِزَّ، أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ: ((هَلَّا رَدَدْتُمُوهُ))⁽⁵⁾.

والثَّانِي: لَا يُقْبَلُ، لِأَنَّهُ لَمْ يَأْتِ بِشُبْهَةٍ، ((وَإِنَّمَا تُدْرَأُ الْخُدُودُ بِالشُّبُهَاتِ))⁽⁶⁾، كما في الحديث.

[ضمان المال المسروق]:

قوله: ((رُدَّتْ عَلَى رَبِّهَا))⁽⁷⁾ لا خلاف فيه، إِنَّمَا الْخِلَافُ إِذَا تَلَفَتْ عِنْدَهُ، فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ مُطْلَقًا فِي الْيُسْرِ وَالْعُسْرِ⁽⁸⁾، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ تَلْزَمُهُ الْقِيَمَةُ مُطْلَقًا⁽⁹⁾،

(1) وذلك إذا سرقوا ((وكل واحد منهم ضامن لجميعها إذا وجب الغرم عليهم)). المصدر السابق.

(2) في هذه الحالة يلزمهم القطع؛ إذا بلغت قيمة السرقة رُبْعَ دينار فصاعداً.. ينظر المصدر السابق.

(3) كذا ورد في النسختين، وهذا تكرار من المتن والشرح. ينظر المصدر السابق.

(4) ((ومن أقر بسرقة، ثم رجع عن إقراره إلى شبهة؛ سقط القطع)). المصدر السابق: 230/2.

(5) تقدم تخريجه.

(6) لم أجده مسنداً بهذا اللفظ. وأخرج الترمذي: 33/4 حديث رقم 1424 بلفظ ((ادروا الحدود عن

المسلمين ما استطعتم، فإن كان له مخرج فخلو سبيله)) من حديث عائشة مرفوعاً، وقال الترمذي:

زياد بن زياد الدمشقي ضعيف. وقال ابن حجر، قال البخاري: أصح ما فيه الموقوف عن ابن مسعود

بلفظ ((ادروا الحدود بالشبهات)). ينظر التلخيص الحبير: 161/4.

(7) وذلك ((إذا قطعت يد السارق، ووُجدت السرقة عنده)). التفریع: 230/2.

(8) ينظر بدائع الصنائع: 84/7، 85، والمجموع شرح المذهب: 102/20.

(9) ينظر المجموع: 102/20.

وَمَالِكٌ يُفَصِّلُ بَيْنَ الْمُوسِرِ وَالْمُعْسِرِ، لِأَنَّهُ صَارَ بِذَلِكَ مَالَهُ⁽¹⁾، وَلَا يُلْزَمُ الْمُعْسِرُ، لِأَنَّهُ قَدْ قُطِعَ فَلَا تُجْمَعُ عَلَيْهِ مَصِيبَتَانِ، كَمَا يَقُولُ: الْحَنْفِيَّةُ، وَالْقِيَاسُ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، لِأَنَّهُ قَدْ ضَمِنَ بَوْضْعَ يَدِهِ عَلَى ذَلِكَ، وَدَلِيلُنَا أَنَّهُ إِذَا أَكْرَهَ امْرَأَةً عَلَى الزَّانَا حُدًّا، وَغَرِمَ الصَّدَاقَ.

وَإِذَا وَهَبَ لِلسَّارِقِ السَّرْقَةَ قَبْلَ الْقَطْعِ؛ فَلَا يَسْقُطُ الْقَطْعُ، لِأَنَّهُ فِي مُقَابَلَةِ تَلْطِيفِ عِرْضِهِ بِذَلِكَ الْفِعْلِ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لِأَنَّهُ مَالُهُ وَهُوَ يُرَاعِي وَقْتَ الْحُدُودِ⁽²⁾، وَدَلِيلُنَا حَدِيثُ صَفْوَانَ، حِينَ سُرِقَ رِدَاؤُهُ مِنْ تَحْتِ رَأْسِهِ نَائِمًا فِي الْمَسْجِدِ، فَجَاءَ بِالسَّارِقِ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - فَأَمَرَ بِقَطْعِهِ، فَقَالَ يَارَسُولَ اللَّهِ: هُوَ هِبَةٌ لَهُ، فَقَالَ - ﷺ -: ((هَلَّا قَبْلَ أَنْ تَأْتِيَنَا))⁽³⁾.

قَالَ الْحَنْفِيَّةُ: لَا دَلِيلَ فِيهِ لِأَنَّهُ مُخْتَلَفٌ فِي مَتْنِهِ، رُوِيَ ((هُوَ هِبَةٌ))، وَ((هُوَ صَدَقَةٌ عَلَيْهِ))، وَ((هُوَ لَهُ))، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَقْبَلِ الْهِبَةَ، وَشَرَطَ صِحَّةَ الْهِبَةِ الْقَبُولَ، وَأَيْضًا فَإِنَّهُمْ لَا يَقُولُونَ بِهِ، لِأَنَّهُ لَوْ وَهَبَهُ لَهُ وَقَبِلَهُ لَمْ يَسْقُطَ عِنْدَكُمْ الْحَدُّ⁽⁴⁾.

وَنَقَضَ عَلَيْهِ أَصْحَابُنَا بِمَا إِذَا زَنَى بِامْرَأَةٍ أَوْ بِأَمَةٍ، ثُمَّ اشْتَرَاهَا أَوْ تَزَوَّجَهَا وَهُوَ يُحَدُّ اتِّفَاقًا، وَعَلَى مُرَاعَاتِهِ وَقْتَ الْحَدِّ يَنْبَغِي أَلَّا يُحَدَّ، فَفُرِّقَ بَأَنَّ الزَّانَا قَدْ فَاتَ، فَلَا يُتَصَوَّرُ رَجُوعُهُ، وَهَذَا الْمَسْرُوقُ بَاقٍ وَقَدْ صَارَ لَهُ، قَلْنَا: وَكَذَلِكَ التَّلْطِيفُ الْوَاقِعُ لَا يُتَصَوَّرُ زَوَالُهُ.

[سُرْقَةُ شَيْءٍ مِنَ الْكَعْبَةِ أَوْ الْمَسَاجِدِ:]

قَوْلُهُ: (مِنْ حُلِيِّ الْكَعْبَةِ)⁽⁵⁾ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَحِيزُ بَحْرَزَ، إِذْ هِيَ مُبَاحَةٌ لِلنَّاسِ، ((وَكُلُّ مَوْضِعٍ تَعَدَّرَ فِيهِ الْقَطْعُ فَالْعُزْمُ ثَابِتٌ)).

قَوْلُهُ: (مِنْ فُرُشِ الْمَسْجِدِ)⁽⁶⁾ قِيلَ: يُقْطَعُ وَإِنْ أُخِذَ دَاخِلُهُ، وَإِنَّمَا جِرْزُهَا مَوْضِعُهَا مِنْهُ، وَجِرْزُ كُلِّ شَيْءٍ بِحَسَبِهِ، وَيَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ حَدِيثُ صَفْوَانَ، لِأَنَّهُ أَخَذَهُ فِي دَاخِلِ الْمَسْجِدِ. وَلَا دَلِيلَ فِيهِ، لِأَنَّهُ أَخَذَهُ مِنْ تَحْتِ رَأْسِهِ، فَهُوَ جِرْزُ، وَقِيلَ: يُقْطَعُ إِذَا خُرِجَ⁽⁷⁾ لِأَنَّهُ جِرْزُ، وَقِيلَ: لَا يُقْطَعُ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِبَحْرَزٍ، إِذْ هُوَ مُبَاحٌ لِلنَّاسِ، وَقِيلَ: هُوَ جِرْزُ بِاللَّيْلِ، لِأَنَّهُ لَا يُبَاحُ لَيْلًا، وَقِيلَ: هُوَ جِرْزُ إِذَا خِيطَتِ الْحُصُرُ بَعْضُهَا مَعَ بَعْضٍ.

(1) لِأَنَّ الْحُكْمَ بِالضَّمَّانِ يَجْعَلُ الْمَسْرُوقَ مَمْلُوكًا لِلسَّارِقِ، وَبِذَلِكَ يَسْقُطُ الْحَدُّ. يَنْظُرُ بَدَائِعُ الصَّنَائِعِ: 84/7، 85، وَمَدُونَةُ الْفَقْهِ الْمَالِكِيِّ وَأَدْلَتُهُ: 594/5.

(2) لِأَنَّهُ لَا يَحَدُّ عِنْدَهُ إِذَا وَهَبَ لَهُ الْمَسْرُوقَ قَبْلَ إِقَامَةِ الْحَدِّ، وَالْإِعْتِبَارُ عِنْدَهُ وَقْتُ الْحَدِّ لَا وَقْتُ السَّرْقَةِ.

(3) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ.

(4) عِنْدَ الْمَالِكِيَّةِ.

(5) ((وَمِنْ سُرْقِ شَيْئًا مِنْ حُلِيِّ الْكَعْبَةِ، فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ)). التَّفْرِيعُ: 230/2.

(6) ((وَمِنْ سُرْقِ شَيْئًا مِنْ فُرُشِ الْمَسْجِدِ..... فَلَا قَطْعَ عَلَيْهِ)) الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(7) فِي (و) حُرْزٍ. وَالْمُرَادُ بِهِ إِذَا أُخْرِجَ الشَّيْءُ الْمَسْرُوقُ مِنَ الْمَسْجِدِ؛ يُقْطَعُ عَلَى الْقَوْلِ بِإِعْتِبَارِهِ جِرْزًا.

[سرقة متاع الصبي أو خليه]:

قوله: (خَلَّالَ صَبِيٍّ) (1) وجهُ القَطْع أَنَّهُ في داره أو فَنَائِهِ في جِرْزٍ، وقيل: لا يُقْطَع لَأَنَّهُ ليس بِجِرْزٍ إذ (2) لم يُعَلَّق (3) عليه لِلْحِفْظِ.

قوله: (وَإِنْ كَابَرَهُ وَلَمْ يَسْتَسِرَّهُ) (4) (5) هذا مُسْتَلَبٌ، ولا قَطْعٌ، لَأَنَّهُ لم يُلَطِّخْ عِرْضَهُ بالفعل الخسيس كالسارق.

[سَرَقَةُ عَبْدٍ الزَّوْجِ مِنْ مَالِ امْرَأَتِهِ وَالْعَكْسُ]:

قوله: (عَبْدُ الرَّجُلِ مِنْ مَالِ امْرَأَتِهِ) (6) لَأَنَّهُ لا شُبْهَةٌ له في مَالِهَا، كَعَبْدِ الْمَرْأَةِ مِنْ مَالِ زَوْجِهَا، وَأَمَّا مِنْ مَالِ سَيِّدِهِ فَلَهُ (7) شُبْهَةٌ، لَأَنَّ له النِّفَقَةَ بِالْأَصَالَةِ فِيهِ، بخلاف نفقة الزَّوْجَةِ، لَأَنَّهَا على جِهَةِ الْعَوَضِ، فهي كالأجير، وإذا سُرِقَ من مال الأجير قُطِعَ.

[إقرار العبد بارتكاب ما يُوجب العقوبة]:

وإذا اعترف العبد بمالٍ في يده أَنَّهُ سرقه، فعند المُخَالَفِ لا يُقْطَع، ويكون المَالُ لِسَيِّدِهِ، وعندنا يُقْطَعُ والمَالُ لِسَيِّدِهِ، واعترض المُخَالِفُ بَأَنَّ القَطْعَ فَرْعٌ عن كونه (8) للغير، فينبغي إذا قُطِعَ أَنْ يُرَدَّ المَالُ للمسروق منه، وَوَجْهُهُ أَنَّ إقراره على نفسه يدلُّ على سرقة، وَكَوْنُ المال بيده يدلُّ على أَنَّهُ لِسَيِّدِهِ، فَأَعْطَيْنَا لِكُلِّ شَائِبَةٍ مُقْتَضَاهَا، كما لو اعترف بثوب أَنَّهُ لَزِيدٍ، وَأَنَّهُ رهنه عنده فَنُصِدِّقُهُ أَنَّهُ لَزِيدٍ، ولا نُصِدِّقُهُ في دَعْوَى أَنَّ له عنده مالاً.

وقيل: لا يُصَدَّقُ العَبْدُ من الحُدُودِ إِلَّا فيما عدا القَتْلَ والقَطْعَ، لَأَنَّ ذلك يضرُّ بسَيِّدِهِ، وليس له في نفسه ولا في أعضائه شيءٌ، وَوَجْهُ المذهب أَنَّهُ لا يُنْتَهَمُ عاقلٌ على إرادته قطعه، أو قطع يده نكاية لغيره، وكما نُصِدِّقُهُ إذا جَنَى على غيره بقتل أو قطع، فكذلك إذا جنى على نفسه، ويكون كلُّ ذلك في رَقَبَتِهِ.

(1) ((ومن سرق خَلَّالَ صَبِيٍّ... فيها روايتان: إحداهما أن عليه القطع إذا كان في دار أهله... والأخرى أنه لا قطع عليه)). المصدر السابق.

(2) في (و) إذا.

(3) في النسختين: يعلق.

(4) ولم يستسرّه: لم يحاول أن يأخذه خفية، ولذا سماه مستلباً. ينظر لسان العرب مادة: سرر.

(5) في الأصل ((فإن كابره ولم يستتر بسرقة، فلا قطع عليه)). التفریع: 230/2.

(6) ((وإذا سرق عبد الرجل من مال امرأته من جرز.... فعليه القطع)). الصدر السابق.

(7) في (و) فلا. فالأمر واضح ومعلوم ألا قطع في العبد إذا سرق من مال سيده، ولا يُنْتَبِعُ فيه بشيء. ينظر المدونة: 610/4. وقال ابن رشد ((القطع مُعَلَّقٌ بالضمان، ألا ترى أن العبد لما كان إذا سرق من مال سيده لم يُقْطَع فيه، من أجل أنه لا يضمّنه)) البيان والتحصيل: 215/16.

(8) عن كون المال للغير وليس للسيد، فينبغي أن القطع وجب من أجل ذلك، فلا يُقْطَعُ العبد في مال هو مملوك لمولاه، وهذا وجه الاعتراض.

قوله: (لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي ذَلِكَ)⁽¹⁾ لَأَنَّهُ يُتَّهَمُ عَلَى ذَلِكَ بِالْإِضْرَارِ لِسَيِّدِهِ.

(1) وإن أقرَّ العبدُ بجناية أو غصب، أو دين في ذمّته، أو مما يكون غرماً في رقبته؛ لم يُقْبَلْ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ. ينظر التفريع: 230/2.

باب حد الردّة

[أصل الردّة وما يبطل بسببها]:

الأصل في ذلك قوله - ﷺ -: ((مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ))⁽¹⁾ يريد دين الإسلام، ولو كان على ظاهره لدخل فيه مَنْ أَسْلَمَ، وفي استتابة المرتدّ ثلاثاً قولان: الإيجاب للعمل بذلك، والاستحباب، لأنّ ظاهر الحديث القتل دون استتابة، وينبغي على ذلك أن ماله لا يزول عنه بارتداده، بل يُوقَفُ حتّى يُسْتَتَابَ، وكذلك أمّ ولده لأنّها من ماله، فإن قُتِلَ عُنِقَتْ بموته، وأشهب يقول: يزول عنه ماله بارتداده، ولا يُردّ إليه إن تاب، وتُعْتَقُ أمّ ولده قياساً على زوجته، لا خلاف أنّهما يُفَرَّقُ بينهما، وهل بطلقة بائمة أو رجعية كالكافر الأصليّ؛ تُوقَفُ زوجته على رجوعه؟ قولان، فعند أشهب أمّ ولده لا تحلّ له بعد وإن تاب إلا بنكاح جديد.

[مَالُ الْمُرْتَدِّ]:

قوله: (مَالُهُ فَيْئًا)⁽²⁾ أي لا يرثه ورثته، وأبو حنيفة يقول: هو لورثته⁽³⁾، وكيف تمنعونه من ورثته وتورثونه لجماعة المسلمين؟! يريد أن بيت المال ليس⁽⁴⁾ وارثاً؛ كالكافر الأصليّ ماله لبيت المال.

قوله: (وَلَا مِنْ الْكَافِرِينَ)⁽⁵⁾ لعدم التساوي لأنّه لا يُقَرَّرُ⁽⁶⁾ ولا تُؤْكَلُ ذبيحته.

[حُكْمُ الْمُرْتَدَّةِ وَالْإِكْرَاهِ عَلَى الْكُفْرِ]:

قوله: (إِذَا أُكْرِهَ عَلَى الْكُفْرِ)⁽⁷⁾ هذا خاصٌّ بالمسلمين، ولم يُسَوَّغْ لأهل دين آخر، والمرتدة تُقْتَلُ لعموم قوله - ﷺ -: ((مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ))⁽⁸⁾ وأبو حنيفة يقول: لا تُقْتَلُ، ولكن تُسْتَتَابُ أبداً حتّى تموت⁽⁹⁾، لأنّ ((مَنْ)) تختصّ بالمذكّر، بدليل قولهم في الاستتابات:

- (1) أخرجه البخاري: 61/4 حديث رقم 3017 من حديث ابن عباس مرفوعاً.
- (2) في توبة المرتد ((وإن أبي ضربته رقبته، وكان ماله فينا لجماعة المسلمين)). التفریع: 231/2.
- (3) ينظر بدائع الصنائع: 138/7.
- (4) سقطت من (غ) ومقدار كلمتين بعدها مضبّب غير مقروء.
- (5) ((ولا يرثه ورثته، لا من المسلمين ولا من الكافرين)). التفریع: 231/2.
- (6) لا يُقَرَّرُ على ارتداده عن الإسلام ولو بالجزية، لأنّه لا يجوز ذلك بخلاف الكافر، وهذا معنى عدم التساوي بينهما.
- (7) ((ومن أكره على الكفر فلا شيء عليه)). المصدر السابق.
- (8) تقدّم تخريجه.
- (9) ينظر المبسوط للسرخسي: 108/10.

مُتُون وَمَنَات⁽¹⁾، ولأنَّ العَلَّةَ - الَّتِي قُتِلَ الْمُرْتَدُّ مِنْ أَجْلِهَا - المَحَارَبَةُ⁽²⁾؛ مفقودةٌ في المرأة، قياساً على الكافرة الأصلية.

[الحِكْمَةُ مِنْ قَتْلِ الْمُرْتَدِّ]:

وإنَّما قُتِلَ الْمُرْتَدُّ ولم يُقَرَّ، بخلاف الأصلِي، لأنَّ مفسدته على الإسلام أعظمُ لفتنة [ضَعْفٍ]⁽³⁾ المسلمين به، لأنَّه يقال⁽⁴⁾: لولا ما رأى من فساد الدِّين ما خرج منه.

[انتقال الكافر إلى مِلَّةٍ غير الإسلام]:

وإذا انتقل كافرٌ إلى كُفْرٍ آخر؛ قال الشَّافِعِيُّ: يُقْتَل، لَعُمُوم ((من بدل دينه فاقتلوه))⁽⁵⁾ وهم مُحَاطَبُونَ بالفروع عنده، قُلْنَا: ولو حُوطِبُوا بذلك لم يُقْتَل، لأنَّه انتقل من فساد إلى فساد؛ فيصير حُكْمُهُ حُكْمَ ما انتقل إليه في دينه وخَرَجَهُ وأحكامه، ولا يَرُثُهُ ورثته إن تحاكموا إلينا، لأنَّه لا يرثُ دينٌ ديناً، للحديث ((لا يتوارث أهل ملتين شتى))⁽⁶⁾ (7) لكن إن انتقل إلى غير دين، كمن لا يَعْتَقِدُ شيئاً من الْمُعْطَلَةِ⁽¹⁾؛ فقولان:

(1) المراد من الاستنبات هو التحقق ومحاكاة الخطاب عند الإخبار، فإذا قال قائل: جاء رجلٌ؛ قلت: مَنْ؟ وإذا جاءت امرأةٌ قلت: مَنْه؟ وهكذا، مُتُون لجماعة المذكر، وَمَنَات لجماعة المؤنث، وبناء عليه هذا استدل بعض الأحناف على تخصيص (مَنْ) للمذكر.

وفي حاشية العطار أثناء حديثه على (مَنْ) الشرطية؛ قال: ((هي إحدى صيغ العموم إذا وقعت شرطاً، وتتناول الذكور والإناث، ذهب إلى هذا أهل التحقيق من أرباب اللسان والأصول، وذهب شردمة من أصحاب أبي حنيفة - رحمه الله تعالى - إلى أنها لا تتناول الإناث، واستمسكوا بهذا المسلك في مسألة المرأة المرتدة، فقالوا في قوله - ﷺ - ((من بدل دينه فاقتلوه)) لا يتناول النساء، وإنما غَرَّهم ما طرق مسامعهم من قول بعض العرب: مَنْ وَمَنه ومان ومانون ومنتان ومَنَات،.... هذا من قول الأغبياء الذين لم يعقلوا من حقائق اللسان والأصول شيئاً، ولا خلاف في أنَّ مَنْ إذا أطلق بها شرطاً لم يختص بذكر أو أنثى جمع أو وحدان،... وما اغترَّ به هؤلاء من قول بعضهم مَنْ وَمَنان إلخ؛ فهذا أولاً مِنْ شِوَاذِ اللغة، وليس من ظاهر كلام العرب، وإنَّما أورده سيبويه في باب (الحكاية)). حاشية العطار على شرح الجلال المَحَلِّي على جمع الجوامع: 460/1.

(2) في (و) من المحاربة. والمراد أنَّ المرتدَّ يصير حربياً، وبذلك كان ماله فينا للمسلمين في بعض الأقوال. ينظر المبسوط للسرخسي: 100/10.

(3) ضعفاً، في كِلَا النُّسخَتَيْنِ.

(4) في (غ) لا يقال.

(5) تقدم تخريجه. وما عزاه المصنِّف للشافعي في قَتْلِ المنتقل من دينه لغير دين الإسلام، هو مخالف لما ذكره الشافعي في الأم، حيث قال: ((ومعنى، (مَنْ بَدَلْ قَتِل) يدلُّ على أنَّ مَنْ بَدَلْ دينه دينَ الحقِّ، وهو الإسلام، لا مَنْ بَدَلْ غير الإسلام، وذلك أنَّ مَنْ خرج من غير دين الإسلام إلى غيره مِنْ الأديان، فإنَّما خرج من باطل إلى باطل، ولا يُقْتَل على الخروج من الباطل، إنما يُقْتَل على الخروج من الحقِّ، لأنه لم يكن على الدِّين الذي أوجب الله - عزَّ وجلَّ - عليه الجنة وعلى خلافه النَّار، إنما كان على دين له النَّار إن أقام عليه)). الأم: 294/1.

(6) شَتَّى: بمعنى متفرِّقين. ينظر عون المعبود: 87/8.

(7) أخرجه أبو داود: 125/3 حديث رقم 2911، من حديث عمرو بن شعيب مرفوعاً بلفظه. وقال الصنعاني: رواه أبو داود من حديث عمرو بن شعيب بإسناد صحيح. ينظر فتح الغفار: 1374/3 حديث رقم 4142.

القتل، لأنَّه خرج إلى ما هو أَوْخَسُّ، فهو مُتْلَاعِبٌ.
وعدم القتل، لأنَّه انتقل من فاسد إلى فاسد.

[حُكْمُ الزَّندِيقِ]:

وأما الزَّندِيقُ⁽²⁾ فإن جاء تائباً قُبِلَتْ توبُّهُ، وإن ظهر عليه قَبْلَ التَّوْبَةِ لم تُقْبَلْ،
(لأنَّه....)⁽³⁾، ولأنَّه قد كان يُظْهِرُ الإسلامَ، فلا يتحدَّدُ⁽⁴⁾ له حَالٌ مُخَالِفَةٌ لِمَا كان عليه.

[حُكْمُ السِّحْرِ]:

وَعَمَلُ السِّحْرِ قالوا: لا يَتَأْتَى إِلَّا بالكفر، فيُقْتَلُ. واخْتُلِفَ في عِلْمِهِ⁽⁵⁾، فهل يجوز
أَوْ لَا؟ فقيل: بالجواز، لأنَّه يُتَحَرَّرُ بذلك منه، ولأنَّه ليس في أن يَعْلَمَ أن من قال: كذا؛
اتَّفَقَ له⁽⁶⁾ كذا شيءٌ⁽⁷⁾، وقيل: بالمنع سَدًّا لِلدَّرِيعَةِ، مخافة الإقدام على عمله.

[حُكْمُ مَنْ سَبَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ]:

ومن سَبَّ اللَّهَ أو رَسُولَهُ، فإن كان مُسْلِمًا قُتِلَ، لأنَّه مُرْتَدٌّ بذلك، وإن كان كافراً
فإن لم يُسْلَمَ قُتِلَ، لنقضه العهد، لأنَّه وإن كان يفعل ذلك سِرًّا⁽⁸⁾؛ فإنما عاهدناهم على
أَلَّا يُظْهِرُوهُ، فإن أسلم فقولان: قيل يُقْتَلُ كالمسلم، لأنَّ الإسلامَ إِنَّمَا يَجِبُ من حقوق الله
- عَزَّ وَجَلَّ - ما ليس بِحَدٍّ، لأنَّه لو زَنَى ثُمَّ تاب حُدًّا، أو سَرَقَ قُطِعَ، وقيل: لا يُقْتَلُ
لعموم الإسلام، يَجِبُ ما قَبْلَهُ، وليس من ذلك حقوقُ النَّاسِ

[أهل الأهواء وإنكارهم لما عليه أهلُ السُّنَّةِ]:

وَالْقَدَرِيَّةُ⁽⁹⁾ من الْمُعْتَزِّلَةِ⁽¹⁾، ومن كفر بِجَحْدٍ ما يُعْلَمُ من الدِّينِ بالنَّظَرِ كَالرُّؤْيَا⁽²⁾،

(1) عَدَّهم النووي في من لا كتاب لهم ولا شبهة كتاب، كعبدة الأوثان والزنادقة. ينظر روضة الطالبين: 135/7.

(2) قال ابن حجر: الزنديق ((أطلق الاسم على كل من أسرَّ الكفر وأظهر الإسلام)). فتح الباري: 271/12.

(3) ما بين قوسين سقط من (و) والفراغ مقدار كلمة مضرب من (غ).

(4) في (غ) يتجدد. والمعنى أنه لا تتميز حاله ويصعب معرفتها، ولا تُعَرَفُ توبُّهُ عن الحالة التي كان يخفي فيها كفره.

(5) أي في تعلُّمه.

(6) سقطت من (و).

(7) بمعنى اتفق له، أو تحقق غرضه بذلك القول.

(8) سقطت من (غ).

(9) يُطْلَقُ على المعتزلة أصحاب العدل والتوحيد، ويُلقبون أيضاً بالقدرية، وقد جعلوا اللفظ القدرية مشتركاً، وقالوا: ((لفظ القدرية يُطْلَقُ على من يقول بالقدر خيره وشره من الله تعالى، احترازاً من وصمة اللقب، إذ كان الذي به متفقاً عليه لقول النبي عليه السلام: ((القدرية مجوس هذه الأمة))) ((الملل والنحل: 43/1).

في تكفيره قولان: فَقَتْلُهُ بناء على تكفيره، وهو الظاهر، لأنَّ الجسم إنَّما يعتبر جسماً⁽³⁾، فلم يؤمن بالله قط، ويرثه ورثته للخلاف في تكفيره. والأبَاضِيَّةُ⁽⁴⁾ من أهل الأهواء، ومن كفر بما يُعَلِّم من الدِّين بالضرورة كافرٌ اتفاقاً.

[حُكْمُ الْمُحَارِبِ]:

قوله: (أَوْ دَاخِلُهُ)⁽⁵⁾ فيه خلافٌ، فالمذهب أنه لا خلاف بين الدَّاخل والخارج، وقيل: ليس بمُحَارِبٍ، وإنَّما هو مُسْتَلَبٌ أو غاصِبٌ، فَيُؤَدَّب ولا يُقَطَّع، واختلف في صَلْبِهِ، فقيل: يُصَلَّب ثُمَّ يُطْعَن⁽⁶⁾، ثُمَّ يُنْزَل وَيُغَسَّل، وَيُصَلَّى عليه وَيُدْفَن⁽⁷⁾، وقيل: يُقَتَّل أولاً، وَيُغَسَّل وَيُصَلَّى عليه، ثُمَّ يُصَلَّب، وتكون خَشْبَتُهُ قَبْرَهُ.

قوله: (وَالْحَبْسُ وَالتَّنْفِي وَالضَّرْبُ)⁽⁸⁾ أي هذه تجتمع، ونَفْيُهُ أن يُوجَّهَ إلى بلد آخر، فيكون هناك إلى أن يتوب، وقيل: يُحْبَس في بلده وَيُمنَع من التَّصَرُّف، وهو نَفْيُهُ من الأرض، ومفهوم قوله - تعالى -: ﴿مَنْ خَلَفَ﴾⁽⁹⁾ أن تُقَطَّع إحدَى يَدَيْهِ وإحدَى رِجْلَيْهِ، لأنَّ الخلاف في ذلك يكون.

قوله: (وَلَهُ قَتْلُهُ وَإِنْ لَمْ يُقَتَّلْ أَحَدًا)⁽¹⁰⁾، وقال الشَّافِعِيُّ: لا يُقَتَّلُ إِلَّا إِنْ قَتَلَ⁽¹¹⁾، ودليلنا الآية، وليس فيها قَتْلٌ، احتجوا بالحديث ((لا يَجَلَّ دَمُ امرئ مسلم إلا بأحد

(1) قال صاحب الفرق: ((وأما الْقَدَرِيَّةُ الْمُعْتَزَلَةُ عَنِ الْحَقِّ، فقد افْتَرَقَتْ عَشْرِينَ فِرْقَةً كُلُّ فِرْقَةٍ مِنْهَا تُكْفَرُ سائرُها..... فَهِيَ ثِنْتَانِ وَعِشْرُونَ فِرْقَةً، ثِنْتَانِ مِنْهَا لَيْسَتْ مِنْ فِرْقِ الْإِسْلَامِ وَهُمَا، الْحَايِطِيَّةُ وَالْحَمَارِيَّةُ)). الفرق بين الفرق: 18.

(2) ((المعتزلة اتَّفَقُوا على نفي رُؤْيَا اللَّهِ تَعَالَى بِالْأَبْصَارِ فِي دَارِ الْقَرَارِ)). الملل والنحل: 45/1.

(3) كذا وردت هذه العبارة، قد يكون معناها أن من ينسب لله جسماً ليس كالأجسام، فهو واقع في المحذور ولو قال: لا كالأجسام، لأنَّ الجسم إنما يعتبر جسماً، وفيه إشارة للمُجَسِّمَةِ الَّذِينَ يَقْبِسُونَ الْغَائِبَ عَلَى الْحَاضِرِ فِي نَفْيِ صِفَةِ الذَّاتِ، وأنَّ اللَّهَ قَادِرٌ بِنَفْسِهِ لَا بِقُدْرَةٍ، وَاللَّهُ نَصَّ عَلَى أَنَّ لَهُ قُدْرَةً، وَيَصَوِّرُونَ نَفْيَ صِفَةِ الذَّاتِ بِقَوْلِهِمْ: فَكَمَا لَا نَجِدُ فِيمَا بَيْنَنَا ذَا قُوَّةٍ إِلَّا جِسْماً، فَكَذَلِكَ الْغَائِبُ حَكَمَهُ حَكْمُ الشَّاهِدِ. سبحانه ليس كمثله شيء. والله أعلم. ينظر شرح صحيح البخاري لابن بطال: 406/10.

(4) ((أَجْمَعَتِ الْأَبَاضِيَّةُ عَلَى الْقَوْلِ بِإِمَامَةِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِيضٍ، وَافْتَرَقَتْ فِيمَا بَيْنَهُمَا فِرْقَانِ يَجْمَعُهُمَا الْقَوْلُ: بِأَنَّ كُفَّارَ هَذِهِ الْأُمَّةِ، يَعْنُونَ بِذَلِكَ مُخَالِفِيهِمْ مِنْ هَذِهِ الْأُمَّةِ بَرَاءً مِنَ الشِّرْكِ وَالْإِيمَانِ، وَأَنَّهُمْ لَيْسُوا مُؤْمِنِينَ وَلَا مُشْرِكِينَ، وَلَكِنَّهُمْ كُفَّارٌ، وَأَجَازُوا شَهَادَتَهُمْ وَحَرَّمُوا دِمَاءَهُمْ فِي السِّرِّ وَاسْتَحْلَوْهَا فِي الْعِلَانِيَةِ)). الفرق بين الفرق: 82.

(5) أي داخل البلد، فمن حارب داخله أو خارجه، فأُخِذَ قَبْلَ تَوْبَتِهِ؛ أُقِيمَ عَلَيْهِ حَدُّ الْمَحَارِبَةِ. ينظر التفريع: 232/2.

(6) سقطت من (غ).

(7) سقطت من (و).

(8) هذه - أيضاً - من عقوبات الْمُحَارِبِ. ينظر المصدر السابق.

(9) المائدة: 33.

(10) أي أَنَّ الْحَاكِمَ مُؤَكَّلٌ بِهِ إِلَى اجْتِهَادِهِ، فَلَهُ ((قَتْلُهُ وَإِنْ لَمْ يُقَتَّلْ أَحَدًا فِي حِرَابَتِهِ)). التفريع: 233/2.

(11) ينظر الأم: 312/4، 164/6.

ثلاث، كفر بعد إسلام، وزنا بعد إحسان، وقتل نفس بغير نفس))⁽¹⁾ قلنا: هذا خرج مخرج الغالب، لا على جهة الحصر، وإلا فمن ترك الصلاة جاحدا لها يُقتل اتفاقا.

[توبة المُحَارِبِ والاعتداء عليه]:

قوله: (وَإِذَا جَاءَ تَائِبًا)⁽²⁾ صِفَةُ ذَلِكَ أَنْ يَجِيءَ إِلَى مَسْجِدٍ فَيُظْهِرُ تَوْبَتَهُ لِلنَّاسِ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ يَجِيءُ لِلْإِمَامِ، فَإِنْ جَاءَهُ قَبْلَ ذَلِكَ⁽³⁾؛ فَقَدْ جَاءَهُ بَعْدَ الْقُدْرَةِ لَا قَبْلَ الْقُدْرَةِ، فَلَيْسَ بِتَوْبَةٍ، وَإِذَا حَبَسَهُ الْإِمَامُ قَبْلَ أَنْ يَنْظُرَ فِي أَمْرِهِ، فَجَاءَ رَجُلٌ فَقَطَعَ يَدَهُ، فَيُنْظَرُ فَإِنْ اخْتَارَ الْإِمَامُ قَتْلَهُ فَلَا قِصَاصَ، وَإِلَّا أُقْتَصَّ مِنْهُ.

[قَتْلُ الْمُحَارِبِ بِالْعَبْدِ وَالْكَافِر]:

قوله: (تَنَاهَى فَسَادِهِ)⁽⁴⁾ أَي لَا قِصَاصَ، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ قِصَاصًا لَشَرَطَ التَّسَاوِي، وَلَا يَجُوزُ حِينَئِذٍ لَوَرِثَةُ الْمَقْتُولِ الْعَفْوُ عَنْهُ، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ⁽⁵⁾، إِلَّا أَنْ⁽⁶⁾ تُقْبَلَ تَوْبَتُهُ فَيَسْقُطُ حَقُّ اللَّهِ، وَتَبْقَى حَقُوقُ النَّاسِ.

[قَتْلُ اللَّصِّ]:

قوله: (فَدَمُهُ هَذَرٌ)⁽⁷⁾ وَكَذَلِكَ إِذَا جَاءَ اللَّصُّ بِسِلَاحٍ، فَقَتَلَهُ صَاحِبُ الْبَيْتِ فَدَمُهُ هَذَرٌ، لِأَنَّهُ مُحَارِبٌ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَجْهُولَ الْعَيْنِ فَيُتَّهِمُ صَاحِبُ الْبَيْتِ عَلَى قَتْلِهِ، فَلْيَحْذَرُ مِنْ ذَلِكَ.

(1) أخرجه أبو داود: 170/4 من حديث عثمان بن عفان مرفوعا بلفظه، وأخرج البخاري: 5/9 حديث رقم 6878 نحوه من حديث ابن مسعود مرفوعا.

(2) (وَإِذَا جَاءَ الْمُحَارِبُ تَائِبًا قَبْلَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ؛ سَقَطَ عَنْهُ حَدُّ الْحَرَابَةِ)). التفريع: 233/2.

(3) أَي قَبْلَ أَنْ يُظْهِرَ تَوْبَتَهُ.

(4) ((وَمَنْ قَتَلَ فِي حَرَابَتِهِ عَبْدًا أَوْ كَافِرًا، قُتِلَ بِهِ لِنَتَاهِي فَسَادِهِ)). المصدر السابق.

(5) يقول الشافعي في الأم: بجواز العفو بعد التوبة إذا تاب قبل أن يُقْدَرَ عليه، ومفهوم المصنف أن ذلك قبل التوبة وبعد أن قُدِّرَ عليه، وهذا لم يقل به الشافعي، فإنه يقول: ((فَمَنْ تَابَ قَبْلَ أَنْ يُقْدَرَ عَلَيْهِ سَقَطَ حَقُّ اللَّهِ عَنْهُ، وَأُخِذَ بِحَقُوقِ بَنِي آدَمَ)). الأم: 164/6.

(6) فِي (و) الْآنَ.

(7) ((وَمَنْ لَقِيَهُ لَصٌّ... فَإِنْ قَتَلَهُ فَدَمُهُ هَذَرٌ)). التفريع: 233/2.

كتاب الشهادات

[شهادة الخصم والظنين والوالد لولده والعكس]:

قال رسول الله - ﷺ -: ((لا تجوز شهادة خصم، ولا ظنين، ولا جَارٍ لِنَفْسِهِ، ولا دافع (1) عنها)) (2) والظنين المُتَّهم (3)، وتارة يكون لمحبة أو بُغْض، وقد فُسِّرَ بالبخیل، لأنه لِبخله يُتَّهم في الشهادة على المال، ولا خلاف أنه لا تجوز شهادة الوالد لولده، ولا العكس، لما بينهما من المحبة غالباً، ولأن البُؤوة والأبوة شيء لا يرتفع، بخلاف الزوجية، وقد رُوِيَ حديثٌ ((لا تجوز شهادة (الولد لوالده) (4) ولا الوالد لولده)) (5) وإنما الخلاف، هل ذلك مُعَلَّل بالتُّهمة أو تَعَبُّدٌ، فمذهب سُخُنُون أنها تَعَبُّدٌ فلا يجوز مطلقاً، ومذهب ابن القَاسِم أنه مُعَلَّلٌ بالتُّهمة، فتجوز شهادة الوالد لأحد ابنيه على الثاني، لأنَّهما بالإضافة إليه كالأجنبي.

[شهادة الرَّجل لامراته ولابنها ولزوج بنته]

قوله: ((وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الرَّجُلِ لِمَرَاتِهِ، وَلَا الْعَكْسُ)) (6) خلافاً لِلشَّافِعِيِّ (7) لأنَّهما أَجَنِبَيَانِ، ودليلنا التُّهمة، وقد أجمعنا على أنه لا تجوز شهادته لابنها، لأنه في الحقيقة من أجلها، وعندنا في شهادته لزوج بنته قولان: أحدهما: تجوز، لأنه أجنبي.

والثاني: لا تجوز، لأنه لا بُنْتَه، وهذا كُلُّهُ في الْعَدْل (8)، وأمَّا غير الْعَدْل، فلم يوجد فيه ما يقتضي قبول الشَّهادة.

(1) معناها، ولا تجوز شهادة لنفسه تجر له نفعاً، ويدفع بها عن نفسه ضرراً. ينظر متن الرسالة: 133/1.

(2) أخرجه مالك في الموطأ: 1043/4 حديث رقم 2667 نحوه من حديث عمر موقوفاً، وفيه انقطاع. وقال ابن حجر: ليس له إسناد صحيح، ولكن له طرق يقوي بعضها بعضها. ينظر التلخيص الحبير: 490/4.

(3) في (و) التُّهم.

(4) سقطت من (غ).

(5) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه: 344/8 حديث رقم 15476 موقوفاً عن إبراهيم النخعي وعن شريح. وقال الزيلعي في نصب الراية 82/4 حديث غريب. وقال عنه ابن حجر في الدراية: 172/2: ((لم أجده ويُقال: إن الخصاف أخرجه بإسناده مرفوعاً))

(6) ينظر التقرير: 235/2.

(7) ينظر روضة الطالبين: 237/11.

(8) إذا كانوا عدولاً.

قوله: (وَلَا خَصْمٍ)⁽¹⁾ لَأَنَّهُ عَدُوٌّ، وَالظَّانِّينَ يَعُجُّ هَذَا كُلُّهُ، وَيُشْتَرَطُ فِي الْعَدَاوَةِ الْمَانِعَةِ⁽²⁾ أَنْ تَكُونَ دُنْيَوِيَّةً، بخلاف أن يُعَادِيَهُ مِنْ أَجْلِ مَعْصِيَةٍ، وَيَهْجُرُهُ فِي ذَلِكَ (لَوْجِهَ اللَّهِ تَعَالَى)⁽³⁾، وَحَدُّ الْعَدَاوَةِ أَنْ يَسُرَّهُ مَا يَسُوؤُهُ، وَيَسُوؤُهُ مَا يَسُرُّهُ.

[شهادة العبد وأصحاب الحرف الدنية]:

قوله: (لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ عَبْدٍ)⁽⁴⁾ لَأَنَّهَا مَنْصِبٌ، وَالرِّقُّ جُنَايَةُ الْكُفْرِ⁽⁵⁾، فَهُوَ كَالْكَافِرِ، وَهِيَ⁽⁶⁾ أَعْمُ⁽⁷⁾ مِنَ الْعَدَالَةِ، ((فَكُلُّ شَاهِدٍ (عَدْلٌ)⁽⁸⁾، وَلَيْسَ كُلُّ عَدْلٍ شَاهِدًا⁽⁹⁾))⁽¹⁰⁾ أَلَا تَرَى أَنَّ خَيْرَ⁽¹¹⁾ الْعَبْدِ وَالْمَرْأَةِ مَقْبُولٌ، وَفِي خَيْرِ الصَّبِيِّ قَوْلَانِ، وَذَلِكَ أَنَّ لِلشَّارِعِ - ﷺ - فِي الشَّهَادَةِ تَعَبُّدَاتٍ، كَقَوْلِهِ: أَشْهَدُ⁽¹²⁾ بِكَذَا.

وَمِنْ شَرْطِ الْعَدَالَةِ أَنْ يَكُونَ رِضًا، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾⁽¹³⁾ وَقَالَ تَعَالَى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾⁽¹⁴⁾، وَلِذَلِكَ يُقَالُ: فِي التَّرَكِيَةِ: هُوَ عَدْلٌ رِضًا، أَيْ أَرْضَاهُ لِنَفْسِي وَأَرْضَاهُ عَلَى نَفْسِي، وَالشَّافِعِيُّ لَا يَقْبَلُ أَهْلَ الْحَرْفِ الْخَسِيسَةِ⁽¹⁵⁾، مِثْلَ أَنْ يَجْزَّ⁽¹⁶⁾ الْمَيْتَةَ، وَيَنْقُلُ النَّجَاسَةَ وَيَتَصَرَّفُ فِيهَا، لِأَنَّ

(1) ((ولا تجوز شهادة خصم على خصمه)) التفريع: 235/2.

(2) فِي (و) وَالْمَانِعَةُ.

(3) مَا بَيْنَ الْقَوْسَيْنِ سَقَطَ مِنْ (و).

(4) ((ولا تجوز شهادة عبد في حق ولا حد)) المصدر السابق.

(5) ((العبودية أثر من أثر الكفر)). بداية المجتهد: 246/4.

(6) أَيْ الشَّهَادَةُ. وَفِي (و) وَهُوَ.

(7) كَذَا وَرَدَتْ فِي النُّسخَتَيْنِ. وَقَدْ تَكُونُ مُحَرِّفَةً عَنْ لَفْظِ (أَخَصَّ)، وَمَا بَعْدَهَا يَدُلُّ عَلَيْهَا، لَا سِيَّمَا أَنَّهُ ذَكَرَ فِي بَابِ الْوَصِيَّةِ - عِنْدَ كَلَامِهِ عَلَى شُرُوطِ الْوَصِيِّ - مَا يَفِيدُ أَنَّ الْعَدَالَةَ أَعْمُ مِنَ الشَّهَادَةِ، خِلَافَ مَا قَرَّرَهُ هُنَا؛ حَيْثُ قَالَ: ((وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْعَبْدُ وَصِيًّا؛ وَإِنْ لَمْ تَجْزِ شَهَادَتُهُ، لِأَنَّ الْعَدَالَةَ أَعْمُ مِنَ الشَّهَادَةِ، وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ تَكُونُ وَصِيًّا)) إلخ. يَنْظُرُ فِقْرَةٌ [مِنْ شُرُوطِ الْوَصِيِّ الْعَدَالَةَ]، وَسَتَأْتِي فِي بَابِ الْوَصِيَّةِ. فَكَأَنَّهُ يَرِيدُ أَنْ يَقُولَ: إِنْ الْعَبْدَ وَإِنْ لَمْ تَجْزِ شَهَادَتُهُ فَقَدْ يَكُونُ عَدْلًا؛ إِذْ لَيْسَ كُلُّ عَدْلٍ شَاهِدًا.

(8) كُلُّ شَاهِدٍ مُشْرُوطٌ بِالْعَدْلِ، أَوْ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ عَدْلًا مَوْصُوفًا بِالْعَدَالَةِ.

(9) كَالْعَبْدِ يَكُونُ عَدْلًا، وَعَلَى دَرَجَةٍ عَالِيَةٍ مِنَ النِّقَى، وَلَا يَكُونُ شَاهِدًا؛ لِنَقْصِهِ وَالْمَهَانَةِ الَّتِي تَلْحُقُهُ بِسَبَبِ الْعَبُودِيَّةِ.

(10) مَا بَيْنَ الْقَوْسَيْنِ سَقَطَ مِنْ (و).

(11) لِلتَّفَرِيقِ بَيْنَ الْخَيْرِ - وَهُوَ الرِّوَايَةُ، كَنْقُلُ الْأَحْكَامِ الَّتِي يَسْتَوِي فِيهَا الْمُخْبِرُ وَالْمُخْبَرُ وَغَيْرُهُمَا، وَهَذَا يَتَصَوَّرُ نَقْلَهُ بِالرَّجُلِ الْوَاحِدِ وَالْمَرْأَةِ الْوَاحِدَةِ - وَبَيْنَ الشَّهَادَةِ الَّتِي لَا تَتَّالِ الشَّاهِدُ أَوْ غَيْرُهُ، بَلْ تَلْزَمُ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ فَلَا تَتَّالِ غَيْرُهُ. يَنْظُرُ الْأَمُّ: 92/7.

(12) وَهُوَ كَذَلِكَ عِنْدَ الشَّافِعِيَّةِ، يَشْتَرِطُونَ لَفْظَ الشَّهَادَةِ عَلَى الْأَصَحِّ. يَنْظُرُ رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ: 136/11، وَمَنْحُ الْجَلِيلِ: 406/8.

(13) الطَّلَاق: 2.

(14) الْبَقَرَةُ: 282.

(15) قَالَ النَّوَوِيُّ: فِي قَبُولِ شَهَادَةِ أَهْلِ الْحَرْفِ الدُّنْيَةِ وَجِهَانٍ: أَصَحُّهُمَا الْقَبُولُ. يَنْظُرُ رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ:

233/11.

(16) فِي (و) يَجْزَّ.

الشَّاهِدُ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ نَزِيهَ النَّفْسِ.

[شهادة الابن لأبيه على أبيه والعكس]:

قوله: (لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْإِبْنِ لِأَبِيهِ عَلَى أُمِّهِ، وَلَا الْعَكْسُ) (1) لأنها شهادة لأحد أبويه.

قوله: (وَقَدْ قِيلَ: يَجُوزُ لِأُمِّهِ عَلَى أَبِيهِ فِي الْيَسِيرِ) (2) الفرق بين هذا وعكسه، أنَّ الولد غالبا يَخَافُ أباه وَيُنْحَاشُ إليه أكثر، فلم تَجُزْ للأب مُطْلَقًا، وجازت للمرأة في الْيَسِيرِ، لأنَّ التُّهْمَةَ هنا ضَعِيفَةٌ لِنَزَارَةِ المشهود (3) فيه، مع ما قابلها من خَوْفِ الابن - غالبا - من أبيه، فزادها ذلك ضَعْفًا، وإذا ضَعُفَتِ التُّهْمَةُ لم نُعْمَلْهَا، وإذا قويت أَعْمَلْنَاهَا، مثل أن لو كان المشهود فيه كثيرا، ولم يجز العكس (4)، لأنَّ التُّهْمَةَ قويت بما قابلها من خوف الابن من أبيه، فأَعْمَلْنَاهَا.

قوله: (فَإِنْ كَانَتْ أُمُّهُ مُدَّعِيَةً الطَّلَاقَ لَمْ يَجُزْ) (5) لأنها شهادة الابن لأحد أبويه، فلا تجوز، فإذا أنكرت الأم الطَّلَاقَ جازت شهادتهما، لأنها عليهما معا (6)، ((وكلُّ من لم تَجُزْ شهادته لشخص؛ فتجوز عليه))، لزوال التُّهْمَةِ.

[شهادة الوصي والصديق والسائل والأخ والقريب]:

قوله: (وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الْوَصِيِّ لِمَنْ يَلِي عَلَيْهِ) (7) لأنه يُتَّهَمُ بأن يَجُزَّ إلى وَلِيِّهِ مَالًا يَتَصَرَّفُ هو فيه بالسَّلْفِ وغيره، كأكْثَلِهِ منه بالمعروف لفقره. وَجْهُ جَوَازِ شهادته عليه، وهو المذهب، لأنه لا تُهْمَةُ.

ووجهُ المنع، أَنَّهُ يُتَّهَمُ بأن يكون كارها للنَّظَرِ له، [فَيُبْرِمُ] (8) تضييعَ ماله حتى يسقط النَّظَرُ عنه، وهذا ضعيف، كيف يُتَّهَمُ عَدْلًا على تضييع مال الغير، مع القُدْرَةَ على تعجيز نفسه عن النَّظَرِ له؟!.

قوله: (وَكُلُّ مَنْ لَمْ تَجُزْ شَهَادَتُهُ لِغَيْرِهِ) (9) كالأب، والابن.

قوله: (مَنْ لَمْ تَجُزْ شَهَادَتُهُ عَلَى غَيْرِهِ) (1) كالْعَدُوِّ، لأنه لا تُهْمَةُ فِي الْعَكْسِ (2)،

(1) ينظر التفريع: 235/2.

(2) ينظر المصدر السابق.

(3) في (و) الشهود.

(4) وهو شهادة الابن لأبيه على أمه.

(5) وذلك ((إذا شهد اثنان على أبيهما بطلاق أمهما)). المصدر السابق.

(6) لأن الاثنين أنكرا الطلاق.

(7) المصدر السابق.

(8) في (و) فيوم، وفي (غ) فيرم.

(9) ((وكل من لم تجز شهادته لغيره، فشهادته عليه جائزة)). المصدر السابق.

((وكل من جازت شهادته لشخص، فقد تجوز عليه، وقد لا تجوز)) وذلك في الأجنب.

قوله: (الصديق الملائم)⁽³⁾ لا يخلل مجرد الصداقة، لأن الغالب على المسلم أن له وازعاً من الدين يمنعه، فإذا ضعفت التهمة لم نعملها، وهذا بيان لعموم قوله: - ﷺ فيما تقدم: ((ولا ظنين))⁽⁴⁾ فإذا انضاف إلى الصداقة أن يكون في عياله وإحسانه إليه؛ قويت التهمة، فأعملناها، لأنه جُلبت القلوب على حب من أحسن إليها.

قوله: (لا تجوز شهادة السؤال)⁽⁵⁾ هذا فيه تفصيل، وهو أن الرجل إذا كان فقيراً ولا يسأل، لكن يقبل ما أُعطي فشهادته جائزة، ولا يخلل به قبوله ما أُعطي، للحديث ((ما أتاك من غير مسألة فخذ))⁽⁶⁾، وإن كان يسأل فلا تجوز شهادته، لأنه يصير راجياً لما عند الناس، موصولاً منهم (بما عندهم)⁽⁷⁾، والقلوب مجبولة على حب من أحسن إليها.

قوله: (وتجوز شهادة الأخ لأخيه)⁽⁸⁾ وقيل: لا تجوز، وهذا اختلاف في تحقيق المناط، وهو هل ما بينهما من النسب تثبت به المودة بينهما أو لا؛ لأن الغالب في الأخوة التنافي؟ وقيل: بالتفصيل بين أن تكون الشهادة فيما فيه عصبية فلا تجوز، كالشهادة على حد أو قذف، أو قتل أو جراح، لأن الغالب من القرابة المشاركة في ذلك والجدة⁽⁹⁾ فيه، ويرجع إلى دفع المعرة عن أنفسهم، أو لا يكون في ذلك فيجوز.

قوله: (إلا في النسب ودفع المعرة عنهم)⁽¹⁰⁾ هذا هو مذهب التفصيل، ويعني بالنسب: أن يشهد لأخيه بأنه شريف مثلاً، لأن ذلك يعود عليه، فكأنه شهد لنفسه.

وأما إذا ترك ابنتين فأقر أحدهما بثالث وأنكر الثاني، فلا يثبت نسبه، لأن الشهادة لم يكمل نصابها، لأنها إما شاهدان، وإما شاهد وسبب، وهو يمين أو نكول المدعى

-
- (1) ((وكل من لم تجز شهادته على غيره، فشهادته له جائزة)). المصدر السابق.
 - (2) لاتهمة في العكس، وهي الشهادة له.
 - (3) ((ولا تجوز شهادة الصديق الملائم لصديقه، إذا كانت تناله صلته ومعروفه)). المصدر السابق.
 - (4) تقدم تخريجه.
 - (5) ((الذين يطلبون صلة الناس ومعرفهم)). المصدر السابق.
 - (6) أخرجه النسائي: 103/5 حديث رقم 2605 بلفظ قريب منه وأخرجه البخاري: 123/2 حديث رقم 1473 نحوه، ومسلم: 723/2 حديث رقم 1045، كلاهما من حديث عمر مرفوعاً.
 - (7) ما بين القوسين سقط من (و).
 - (8) ((وتجوز شهادة الأخ لأخيه إلا في النسب)). التفریع: 236/2.
 - (9) في (غ) والحد. ومعناه الاجتهاد. ينظر لسان العرب مادة: جدد. والمراد به الاشتراك والاجتهاد في رد المعرة.
 - (10) هذا استثناء من قوله: ((وتجوز شهادة الأخ لأخيه)). التفریع: 236/2.

عليه، واليمين والكُلْ إنَّما يكونان في الأموال، فيعطيه⁽¹⁾ ثلث ما بيده أو نصفه على الخلاف، وإذا أقرأ به معا وهما عدلان ثبت نسبه، ونازع الشافعي في الأموال، لأنَّ المال فرعُ ثبوت النسب، فإذا لم يثبت نسب فلا ميراث⁽²⁾، قلنا: إنَّما أخذ بحكم الإقرار، لأنَّ المقرَّ يقول: إنَّ ذلك له.

قوله: (وَشَهَادَةُ ابْنِ الْعَمِّ جَائِزَةٌ)⁽³⁾ لأنَّ التَّهْمَةَ ضَعِيفَةٌ هُنَا لِبُعْدِ النَّسَبِ، وَمُقَابَلَةٌ وَازِعِ الدِّينِ لَهَا، وَقِيلَ: - أَيْضًا - بِالتَّفْصِيلِ الْمُتَقَدِّمِ فِي الْأَخِ، فَلَا يُقْبَلُ فِيمَا فِيهِ عَصِيَّةٌ وَدَفْعُ مَعَرَّةٍ.

[شهادة الرجل على الرجل بجزء من المال له]:

قوله: (وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الرَّجُلِ بِمَالٍ لَهُ بَعْضُهُ)⁽⁴⁾ لأنَّه لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ حَائِزٍ لِنَفْسِهِ، فَيُتَّهَمُ أَنَّهُ يَشْهَدُ مِنْ أَجْلِ نَفْسِهِ، وَهُوَ الْمَشْهُورُ، لِأَنَّ ((الشَّهَادَةَ لَا تَتَّبَعُ))، وَقَدْ اشْتَمَلَتْ عَلَى صَحِيحَةٍ وَفَاسِدَةٍ، فَفَسَدَ الْجَمِيعُ، كَمَا إِذَا جَمَعْتَ⁽⁵⁾ الصَّفَقَةَ⁽⁶⁾ حَلَالًا وَحَرَامًا، وَقِيلَ: تَصَحَّ شَهَادَتُهُ فِي نَصِيبِ غَيْرِهِ، وَتَبْطُلُ فِي نَصِيبِهِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ ((الشَّهَادَةَ تَتَّبَعُ)) أَوْ عَلَى أَنَّهَا شَهَادَةٌ اشْتَمَلَتْ عَلَى شَهَادَةٍ وَدَعَاوَى، فَبَطَلَتْ الدَّعَاوَى، وَصَحَّتِ الشَّهَادَةُ.

[شهادة الموصى له على الوصية]:

قوله: (فَفِيهَا ثَلَاثُ رَوَايَاتٍ)⁽⁷⁾ الفرق بينها وبين التي قبلها⁽⁸⁾، أَنَّ الْغَالِبَ فِي الْوَصِيَّةِ أَنَّهَا تَكُونُ فِي الْمَرِضِ، ([وَالْغَالِبُ]⁽⁹⁾ الْمَرِضُ)⁽¹⁰⁾ أَلَا يَحْضُرُهُ الشُّهُودُ، فَلَوْ أَبْطَلْنَا هَذِهِ الشَّهَادَةَ لَأَدَّى إِلَى إِبْطَالِ الْوَصِيَّةِ رَأْسًا، بَأَن يَمُوتَ الْمَرِضُ قَبْلَ مَجِيءِ الشُّهُودِ، وَإِذَا كَانَ نَصِيبُهُ كَثِيرًا قَوِيَّتِ التَّهْمَةُ فَأَعْمَلْنَا⁽¹¹⁾.

(1) يعطي المقرُّ للأخ الثالث وهو المقرُّ به ثلث ما يخصه أو نصفه.

(2) ينظر المهدب: 485/3.

(3) (وشهادة ابن العم لابن عمه جائزة)). التفريع: 236/2.

(4) ينظر المصدر السابق.

(5) في (و) اجتمعت.

(6) في (و) الصفة.

(7) وذلك ((إذا شهد رجل على وصية قد أوصى له فيها بشيء)). المصدر السابق.

(8) وهي شهادته لنفسه في قوله: ((لا تجوز شهادة الرجل بماله له بعضه)).

(9) في (و) وغالب.

(10) مابين القوسين سقط من (غ).

(11) أي التهمة، فإذا كان نصيب الموصى له في الوصية كثيرًا؛ بطلت الوصية، وهذا مفهوم الرواية الثانية. ينظر المصدر السابق.

[شهادة الأعمى]:

قوله: (وَشَهَادَةُ الْأَعْمَى عَلَى الْأَقْوَالِ جَائِزَةٌ) (1) بخلاف الأفعال (2)، وهذا إذا كان المشهود عليه قد أَلَفَهُ ولازمه كثيرا، حَتَّى يَتَحَقَّقَ كلامه، ويقطع به، ومنع الشَّافِعِيُّ ذلك، قالوا: لا تجوز الشَّهادة إلا بالعلم، كما قال (3): ((عَلَى مِثْلِ هَذَا فَاشْهَدْ، وَإِلَّا فَدَعْ، يعني مثل (4) ضَوْءِ الشَّمْسِ)) (5)، والأصواتُ تتشابه، قلنا: ألا ترى أَنَّهُ يجوز له وَطْءُ امرأته وليس إلا سماع كلامها، قالوا: الفرق أَنَّ الوطْءَ يَصِحُّ بغلبة الظَّنِّ، بخلاف الشَّهادة؛ إِنَّمَا تكون بما يُقْطَعُ به (6)، والأصل في ذلك أَنَّ الصَّحَابَةَ - رضوان الله عليهم - كانوا يسألون أزواج النَّبِيِّ - ﷺ - في مسائل من الفقه، فيسمعون منهم - رضي الله عنهم - ويعملون بأقوالهم، وذلك من وراء حُجُرَات، وليس إلا بمعرفة أصواتهم، وأيضا قوله (7) - ﷺ -: ((كُلُّوا واشْرَبُوا حَتَّى يُنَادِيَ ابْنُ أُمِّ مَكْتُومٍ)) (8) (9) ولم يكونوا يَرُونَهُ، بل كانوا يسمعون كلامه فقط، وقال - تعالى -: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافُ أَلْسِنَتِكُمْ وَالْوَنَكْمُ﴾ (10) معناه اختلاف اللُّغات، وقيل: الأصوات، فدلَّ على أَنَّ الأصوات تَتَمَيَّزُ باختلافها.

[شهادة الأخرس]:

قوله: (إِذَا فُهِمَتْ إِشَارَتُهُ) (11) (12) هذا لا يَتَأْتِي إِلَّا مِمَّنْ لَازِمُهُ وَعَرَفَ أَحْوَالَهُ.

[شهادة ولد الزنا]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ بِشَهَادَةِ وَلَدِ الزَّانَا) (13) لَأَنَّهُ لَا مَعَرَّةَ تَلْحَقُهُ فِي نَفْسِهِ بِذَلِكَ.

- (1) المصدر السابق.
- (2) المراد بها المرنيات. ينظر مدونة الفقه المالكي وأدلته: 132/5.
- (3) كما قال ﷺ، وقد سقطت من النسختين.
- (4) سقطت من (غ).
- (5) أخرجه الحاكم في المستدرک: 110/4 حديث رقم 7045، وقال الحاكم: حديث صحيح، وقال الذهبي: واه. ، وأخرجه البيهقي في الشعب: 349/13 حديث رقم 10469 كلاهما نحوه عن محمد بن سليمان من حديث ابن عباس رفعه. نقل الزَّيْلَعِيُّ تضعيف محمد بن سليمان بن مشمول عن النسائي والذهبي وغيرهما ، وأن عامة أحاديثه لا يتابع عليها إسنادا ولا متنا. ينظر نصب الراية: 82/4.
- (6) ينظر الأم: 48/7، 95، 96.
- (7) سقطت من (و).
- (8) عبد الله بن أم مكتوم القرشي، اسم أبيه عبد الله بن زائدة أو ابن قيس، أسلم مبكرا، وهاجر إلى المدينة، واستخلفه الرسول - ﷺ - فيها في أكثر غزواته، كان يؤذن مع بلال، توفي شهيدا في القادسية. ينظر الاستيعاب: 997/3، 1199، والإصابة: 180/4.
- (9) أخرجه البخاري: 127/1 حديث رقم 617 بلفظه، من حديث سالم بن عبد الله مرفوعا.
- (10) الروم: 22.
- (11) كذا وردت في النسختين، وفي الأصل ((شهادته)). ينظر التفريع: 236/2.
- (12) ((وشهادة الأخرس إذا فُهِمَتْ شهادته جائزة)). المصدر السابق: 236/2.
- (13) المصدر السابق.

قوله: ((إِلَّا فِي الزَّنا)) (1) لَأَنَّهُ يُتَّهَمُ عَلَى أَنَّهُ يَرِيدُ وَقُوعَ الزَّنا مِنَ النَّاسِ كَثِيرًا، كما قال عُمَرُ - رضي الله عنه -: ((وَدَّتِ الزَّانِيَةُ أَنْ يَزْنِيَ النَّسَاءُ كُلُّهُنَّ)) (2).

قوله: ((وَمَا أَشَبَّهَهُ مِنَ الْحُدُودِ)) (3) أَيِ مِنْ مُوجِبَاتِ الْحُدُودِ، وَأَرَادَ اللَّوْاطَ، لَأَنَّهُ الَّذِي يُشَبِّهِ الزَّنا، بَلْ هُوَ أَفَحَّشُ مِنْهُ.

[شَهَادَةُ الْعَبْدِ وَالصَّغِيرِ وَالْمُشْرِكِ وَالْفَاسِقِ]:

قوله: ((لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمْ)) (4) لَأَنَّهُ يَجُوزُ (5) زَوَالُ النَّقْصِ عَنْهُمْ، وَتَكْمِيلُ مَقاصِدِهِمْ بِتَنْفِيزِ شَهَادَتِهِمْ فِي حَالِ النَّقْصِ، فَلَمْ تُقْبَلْ لِلتُّهْمَةِ (6)، إِلَّا أَنْ يَكُونُوا لَمْ يُؤْثَرُوا فِي حَالِ النَّقْصِ؛ فَيُقْبَلُ فِي حَالِ الْكَمَالِ، لَأَنَّهُ لَا تُّهْمَةَ، وَلِأَنَّ الْإِسْلَامَ وَالْحُرِّيَّةَ وَالْعَدَالََةَ وَالْبُلُوغَ، لَيْسَتْ شُرُوطًا فِي التَّحْمُلِ، بَلْ فِي الْأَدَاءِ، فَيَجُوزُ التَّحْمُلُ فِي ذَلِكَ، وَلَا يَكُونُ الْأَدَاءُ إِلَّا بَعْدَ الْكَمَالِ، وَكَثِيرٌ مِنَ الصَّحَابَةِ - رضي الله عنهم - رَوَوْا فِي حَالِ الصَّغَرِ وَالْكِبَرِ (7)، وَأَدُّوا فِي حَالِ الْإِسْلَامِ وَالْكِبَرِ.

وقيل: بِالتَّفْصِيلِ بَيْنَ الصَّغِيرِ وَالْعَبْدِ، وَبَيْنَ الْفَاسِقِ وَالْكَافِرِ، فَيُقْبَلُ مِنَ الصَّغِيرِ وَالْعَبْدِ، لَأَنَّهُ لَا نَقْصَ يُلْحَقُهُمْ يَرُدُّ شَهَادَتَهُمْ، لَأَنَّهُمْ لَمْ يَبْلُغُوا حَالَ جُرْحَةِ الشَّهَادَةِ بَعْدَ، وَلَمْ يَرُدُّوا لَعَيْبٍ فِيهِمْ، بِخِلَافِ الْكَافِرِ وَالْفَاسِقِ، فَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا، لِأَنَّ كُفْرَهُمَا وَفِسْقَهُمَا مَعْرُوءٌ.

قوله: ((وَتَجُوزُ شَهَادَةُ الصَّبْيَانِ)) (8) قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ: لَا تَعْتَبَرُ شَهَادَتُهُمْ بِعَدَمِ الْبُلُوغِ، وَقِيلَ: تُقْبَلُ فِي الْجِرَاحِ وَالنُّفُوسِ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ، وَقِيلَ: فِي الْجِرَاحِ فَقَطْ، وَوَجْهُهُ أَنَّ الضَّرُورَةَ دَاعِيَةٌ إِلَى تَعْلِيمِهِمُ الطَّعْنَ وَالضَّرْبَ، لِيَتَدَرَّبُوا عَلَى ذَلِكَ، وَمِنْ ضَرُورَتِهِ وَقُوعُ الْجِرَاحِ وَالْقَتْلِ، فَإِنْ لَمْ نَأْخُذْ بِقَوْلِهِمْ أَدَّى إِلَى هَذَرِ الدِّمَاءِ مَعَ خَطَرِهَا، وَلِأَنَّ الْغَالِبَ مِنْهُمْ أَنْ يَعْتَرِفُوا بِالْحَقِّ فِيمَا بَيْنَهُمْ قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بَيْنَهُمْ كِبِيرٌ.

- (1) تجوز شهادة ولد الزنا ((إلا في الزنا وما أشبهه)). المصدر السابق.
- (2) ذكره القرافي في الذخيرة: 286/10 موقوفا عن عثمان، ومثله الخطاب في مواهب الجليل: 161/6 من غير إسناد.
- (3) تجوز شهادة ولد الزنا ((إلا في الزنا، وما أشبهه من الحدود)). التفریع: 237/2.
- (4) لم تُقْبَلْ شَهَادَةُ الصَّبِيِّ وَالْفَاسِقِ وَالْعَبْدِ وَالْمُشْرِكِ، إِذَا شَهِدُوا وَرُدَّتْ شَهَادَتُهُمْ، ثُمَّ شَهِدُوا مَرَّةً أُخْرَى بَعْدَ تَغْيِيرِ حَالِهِمْ. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقَ.
- (5) فِي (و) يَجُوزُ.
- (6) لَأَنَّهُمْ يُتَّهَمُونَ بِأَنَّهُمْ يَرِيدُونَ أَنْ يُزِيلُوا النَّقْصَ عَنْ أَنْفُسِهِمْ، وَرَدَّ اعْتِبَارُهُمْ بِتَكْمِيلِ مَقْصِدِهِمْ بِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ مَرَّةً أُخْرَى.
- (7) كَذَا وَرَدَتْ وَلَعَلَّهَا حُرِّفَتْ مِنْ (وَالْكَفْرِ) إِلَى (الْكِبَرِ)؛ وَالسِّيَاقُ يَفِيدُ الْمَقَابِلَةَ بَيْنَ الْإِسْلَامِ وَالْكَفْرِ وَبَيْنَ الصَّغَرِ وَالْكِبَرِ، فَقَدْ رَوَى بَعْضُ الصَّحَابَةِ أَحَادِيثَ تَحْمِلُهَا قَبْلَ الْإِسْلَامِ، وَأَدُّوا بَعْدَهُ. يَنْظُرُ مَدُونَةُ الْفَقْهِ الْمَالِكِيِّ وَأَدْلَتُهُ: 144/5.
- (8) وَذَلِكَ فِي ((بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ فِي الْقَتْلِ وَالْجَرَاحَاتِ خَاصَّةً)). التفریع: 237/2.

وَوَجْهُ الفرق بين الْجَرَّاحِ والْقَتْلِ، أَنَّ الْكَثِيرَ وَقَوْعُهُ مِنْهُمْ الْجَرَّاحُ، وَالْقَتْلُ يَنْدَرُ بَيْنَهُمْ، وَمَنْ لَمْ يَجْعَلْهُ نَادِرًا فَهُوَ كَالْجَرَّاحِ، وَيَشْتَرِطُ فِيهِمْ أَنْ يَكُونُوا اثْنَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ، أَحْرَارًا ذُكُورًا مُمَيِّزِينَ، مُجْتَمِعِينَ عَقْلًا، غَيْرَ مَجَانِينَ، وَفِيمَا بَيْنَهُمْ، لَا لِكَبِيرٍ⁽¹⁾، وَلَا لِصَبِيَّانِ آخَرِينَ لَيْسُوا مِنْ جَمَاعَتِهِمْ، وَقَبْلَ أَنْ يَتَفَرَّقُوا.

وَاخْتَلَفَ - أَيْضًا - هَلْ ذَلِكَ فِي الْجَوَارِي؟ وَسَبَبُ الْخِلَافِ، هَلْ يَنْدَرُ وَقُوعُ الْمُضَارَبَةِ مِنَ الْإِنَاثِ أَوْ لَا يَنْدَرُ؟ وَلِأَنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَى تَعْلِيمِهِنَ ذَلِكَ كَالذُّكُورِ.

وَإِنْ اخْتَلَفُوا فَقَالَ صَبِيَّانِ: هَذَانِ قَتَلَاهُ، وَقَالَ الْآخَرَانِ: بَلْ أَنْتُمَا، فَيَسْقُطُ وَيَكُونُ هَدْرًا لِلشَّكِّ، وَلَا يَلْزَمُ الْعَاقِلَةَ بِالشَّكِّ، وَقِيلَ: يَكُونُ عَلَى عَوَاقِلِهِمْ، كَمَا لَوْ شَهِدَ عَلَى رَجُلٍ بِالْقَتْلِ، وَأَنَّهُ دَخَلَ فِي جَمَاعَةٍ وَلَمْ يُعْرِفْ عَيْنَهُ، فَهَلْ يَكُونُ ذَلِكَ هَدْرًا، أَوْ عَلَى عَوَاقِلِ⁽²⁾ الْجَمِيعِ.

قَوْلُهُ: (فَلَا يَضُرُّ رُجُوعُهُمْ)⁽³⁾ وَهَذَا مُخَالَفٌ لِلْأَصُولِ، لِأَنَّ الَّذِي ثَبَتَ فِي الشَّهَادَةِ ((أَنَّ الْفَرْعَ لَا يَشْهَدُ عَلَى الْأَصْلِ إِذَا رَجَعَ عَنْ شَهَادَتِهِ))، وَإِذَا خَالَطَهُمْ كَبِيرٌ فَلَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُمْ⁽⁴⁾ لِأَنَّهُ يُخَيَّبُهُمْ⁽⁵⁾ وَلِأَنَّ دُخُولَ الْكَبِيرِ بَيْنَهُمْ نَادِرٌ، فَلَمْ يُعْتَدَّ بِهِ⁽⁶⁾. وَفَائِدَةُ شَهَادَةِ الصَّبِيِّانِ وَجُوبُ الدِّيَّةِ، لِأَنَّ الْقِصَاصَ مُتَعَذِّرٌ لِسُقُوطِ التَّكْلِيفِ.

[شَهَادَةُ النِّسَاءِ]:

قَوْلُهُ: (وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِي دَمٍ)⁽⁷⁾ لَا يَجُوزُ فِي حُقُوقِ الْأَبْدَانِ الْمَحْضَةِ، (وَإِنَّمَا تَجُوزُ فِي حُقُوقِ الْأَمْوَالِ الْمَحْضَةِ)⁽⁸⁾، وَأَمَّا حَقُّ الْبَدَنِ الْمُفْضِي إِلَى مَالٍ، كَالْوَكَالَةِ وَالْوِلَادَةِ، وَقَتْلُ الْخَطَا، أَوْ بِالْعَكْسِ، مِثْلُ أَنْ يُعْتَقَ عَبْدُهُ، ثُمَّ يَثْبِتَ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ أَنَّ عَلَيْهِ⁽⁹⁾ مَالًا لَزِيدٍ فَيَبْطُلُ الْعَتَقُ بِتَقَدُّمِ الدِّينِ لَهُ، وَقِيلَ: لَا يَبْطُلُ، لِأَنَّهُ لَا تَعْمَلُ فِيهِ الشَّهَادَةُ، لِأَنَّهَا يَمِينٌ وَشَاهِدٌ، وَكَذَلِكَ لَوْ حَلَفَ بِالطَّلَاقِ أَنَّهُ أَنْصَفَ غَرِيمَهُ فَيَلْزِمُهُ الطَّلَاقُ، ثُمَّ أَثْبَتَ بِيَمِينٍ وَشَاهِدٍ أَنَّهُ أَنْصَفَهُ، فَيَرْتَفِعُ الطَّلَاقُ أَوْ لَا يَرْتَفِعُ، قَوْلَانِ.

(1) تكون الشهادة فيما بينهم، لا لكبير على صغير، ولا لصغير على كبير. ينظر المدونة: 653/4، والتلقين: 214/2، ومدونة الفقه المالكي وأدلته: 151/5.

(2) في (غ) أقل.

(3) وذلك إذا افترق الصبيان، وشهد الكبار على شهادتهم قبل افتراقهم؛ فلا يضر رجوعهم. ينظر التفريع: 237/2.

(4) سقطت من (و).

(5) خبب: بمعنى خدع وأفسد. ينظر لسان العرب، مادة: خبب.

(6) لم يُعْتَدَّ بتبرير وجوده معهم؛ للثَّهْمَةِ.

(7) التفريع: 237/2.

(8) مابين القوسين سقط من (و).

(9) أي على سيد العبد مالاً لزيد، فيبطل العتق إذا لم يكن للسيد مالٌ غير العبد، يكون مقابل الدين، وأمّا إذا كان له غيره فلا يبطل العتق. ينظر المدونة: 411/2.

وكان الأصل ألا تجوز شهادتُهنَّ البتَّه، لِقَصَانِهِنَّ عن رُتْبَةِ الشَّهَادَةِ، لكن خرج بالنَّصِّ شهادتُهنَّ في الأموال، لقوله تعالى: ﴿فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾ (1) وَضَمَّتِ الضَّرُورَةُ إِلَيْهِنَّ فِيمَا لَا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ، كَعُيُوبِ النِّسَاءِ وَالْوِلَادَةِ، فَلَوْ لَمْ يُؤْخَذَ بِشَهَادَتِهِنَّ فِي ذَلِكَ لَأَدَّى إِلَى سَقُوطِ هَذِهِ الْحُقُوقِ.

قوله: (فِي حُقُوقِ الْأَمْوَالِ كُلِّهَا) (2) فَيُعَيَّنُ جَمِيعُ الْأَمْوَالِ عَلَى مَاورد فِيهِ شَهَادَتُهُنَّ، وَلَمْ تَجْزِ فِي حُقُوقِ الْأَبْدَانِ، لِأَنَّ حُقُوقَ الْأَمْوَالِ أَخْفَضُ رُتْبَةٍ مِنَ الْأَبْدَانِ، وَالْمَذْهَبُ عَلَى أَنَّهُ لَوْ اجْتَمَعَ مَائَةُ امْرَأَةٍ، فَهِنَّ كَرَجُلٍ وَاحِدٍ، وَذَهَبَ الْمُخَالَفُ (3) إِلَى أَنَّ كُلَّ امْرَأَتَيْنِ كَرَجُلٍ.

قوله: (وَتَجُوزُ شَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ مَعَ الْيَمِينِ فِي الْأَمْوَالِ) (4) لِأَنَّ الْيَمِينَ قَدْ صَارَ بِمَنْزِلَةِ شَاهِدٍ، فَكَمَا تَجُوزُ شَهَادَتُهُمَا (مَعَ الشَّاهِدِ) (5)، فَكَذَلِكَ مَعَ الْيَمِينِ.

قوله: (وَتَجُوزُ شَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ مُنْفَرِدَتَيْنِ) (6) وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ فِي الْمَذْهَبِ، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ (7). لَمَّا تَعَدَّرَ هُنَا شَهَادَةُ الرِّجَالِ صَارَتِ الْمَرْأَةُ الْوَاحِدَةُ فِي ذَلِكَ كَالرَّجُلِ، لِأَنَّهُنَّ أَصْلٌ فِيهِ، وَالشَّافِعِيُّ يَقُولُ: لَا بُدَّ مِنْ أَرْبَعٍ، لِأَنَّهُنَّ فَرَعٌ عَنِ الرِّجَالِ (8).

قوله: (وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِي تَعْدِيلِ الرِّجَالِ وَلَا الرِّجَالِ، وَلَا (9) فِي جَرِّهِمَا) (10) لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ حُقُوقِ الْأَبْدَانِ.

[شَهَادَةُ الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى]:

قوله: (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ النَّصَارَى، وَلَا الْيَهُودِ بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ) (11) وَلَا لِمُسْلِمٍ وَلَا عَلَيْهِ، لِأَنَّ مِنْ شَرْطِ الشَّهَادَةِ الْعَدَالَةَ، وَالْكَافِرُ لَا يُمْكِنُ مِنْهُ، فَشَهَادَتُهُ كَالْعَدَمِ، لَا تَوْثِرُ عَلَى مَنْ كَانَتْ، عَلَى مُسْلِمٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَإِذَا كَانَ الْحُكْمُ بَيْنَ مُسْلِمٍ وَكَافِرٍ؛ وَجِبَ عَلَيْنَا الْحُكْمُ بَيْنَهُمَا، لَكِنْ بِشَهَادَةِ الْمُسْلِمِينَ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ الْحُكْمُ بَيْنَ الْكَافِرِ وَتَرَافَعُوا

(1) البقرة: 282.

(2) ((وتجوز شهادة امرأتين مع رجل في حقوق الأموال كلها)). التفريع: 238/2.

(3) ذهب الشافعي إلى أن الذي يجيز شهادة المرأة وحدها، ينبغي له أن يجيز أربعا فيعطي بهن حقا، ولأن الله - عز وجل - لم يسمّ منهنّ أقل من اثنتين. ينظر الأم: 89/7، 90، 92.

(4) التفريع: 238/2.

(5) مابين القوسين سقط من (غ).

(6) وذلك ((في الولادة)). المصدر السابق.

(7) ينظر الأم: 92/7.

(8) ينظر المصدر السابق.

(9) سقطت من (و) وما أثبت موافق لما في الأصل.

(10) التفريع: 238/2.

(11) المصدر السابق: 237/2. ومحله التّقديم قبل شهادة النِّسَاءِ وشهادة الصِّبْيَانِ، كما ذكره ابنُ الجَلَّابِ في تفرّيعه.

إلينا، فلا بُدَّ أن يُثَبِّتُوا ذلك بشهادة المسلمين، وبعد ذلك يكون الحاكمُ مُخَيَّرًا بين أن يحكم بينهما، أو يترك، لقوله عزَّ وجلَّ: ﴿ فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾ (1) وإن حَكَمَ فلا يُحْكَمُ بشهادتهم، لأنها كَالْعَدَمِ.

[الحُكْمُ بِالشَّاهِدِ مَعَ الْيَمِينِ]:

قوله: (بِشَهَادَةِ الشَّاهِدِ مَعَ الْيَمِينِ) (2) خلافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ (3)، لأنها من جِهَةٍ واحدة (4)، ودليلُنا ما رُوِيَ من أَنَّهُ - ﷺ - ((قَضَى بِالْيَمِينِ مَعَ الشَّاهِدِ)) (5)، وهل هما جُزْءَانِ، وَالْيَمِينُ تَتِمَّةٌ لِلشَّاهِدَةِ وَكَمَالٌ؟ و يَنْبَنِي عَلَى ذَلِكَ إِذَا قُضِيَ لَهُ بِحَقِّ شَهِيدٍ وَيَمِينٍ، ثُمَّ رَجَعَ الشَّاهِدُ، فَهَلْ يَغْرَمُ جَمِيعَ الْحَقِّ، أَوْ نِصْفَهُ؟ قولان.

قوله: (وَلَا يُحْكَمُ بِهَا فِي شَيْءٍ مِنْ أَحْكَامِ الْأَبْدَانِ) (6) لِأَنَّ النَّصَّ إِنَّمَا وَرَدَ بِذَلِكَ فِي الْأَمْوَالِ، وَبَقِيَ مَا عَداها (7) عَلَى الْأَصْلِ.

[الحُكْمُ بِالشَّاهِدِ وَالنُّكُولِ]:

قوله: (وَيُحْكَمُ بِالشَّاهِدِ وَالنُّكُولِ) (8) (9) لِأَنَّهُ إِذَا جَازَ الشَّاهِدُ وَالْيَمِينُ وَهُمَا مِنْ جِهَةٍ واحدة، كَانَ أُخْرَى أَنْ يَجُوزَ الشَّاهِدُ وَالنُّكُولُ، لِأَنَّهُمَا مِنْ جِهَتَيْنِ، جِهَةُ الطَّالِبِ وَالْمَطْلُوبِ (10)، لِأَنَّ النُّكُولَ يَنْتَزِلُ مَنْزِلَةً إِقْرَارِ الْمَطْلُوبِ بِالْحَقِّ، وَتَصْدِيقِهِ الطَّالِبِ.

[الْقِصَاصُ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ]:

قوله: (أَنَّ رَجُلًا جَرَحَهُ) (11) يَعْنِي عَمْدًا أَوْ خَطَأً، وَجِهَ الْجَوَازُ أَنَّ مَوَاضِعَ الْجِرَاحِ غَالِبًا إِنَّمَا تَكُونُ فِي الْخُلُوةِ، فَلَوْ لَمْ يُحْكَمْ فِي ذَلِكَ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ؛ أَدَّى إِلَى هَذَرِ الدِّمَاءِ، وَلِأَنَّ الْجِرَاحَ مِنْ جِنْسٍ مَا لَا قِصَاصَ فِيهِ، كَالْمَأْمُومَةِ وَالْجَائِفَةِ (12)، وَلِأَنَّ الْقَتْلَ

(1) المائدة: 42.

(2) ((وَيُحْكَمُ بِشَهَادَةِ الشَّاهِدِ مَعَ الْيَمِينِ فِي الْأَمْوَالِ خَاصَّةً)). التفريع: 238/2.

(3) ينظر بدائع الصنائع: 225/6.

(4) جِهَةُ الْمُدَّعِي.

(5) أخرجه أبو داود: 309/3 حديث رقم 3610، وابن ماجه: 793/2 حديث رقم 2368، والترمذي: 619/3 حديث رقم 1343، وقال الترمذي حديث حسن غريب. كلهم من حديث ابن عباس بلفظه مرفوعاً. قال الحافظ في فتح الباري: 282/5: ((وهو عند أصحاب السنن، ورجاله مدنيون ثقات، ولا يضره أن سهيل بن أبي صالح نسيه بعد أن حدث به ربيعة، لأنه كان بعد ذلك يرويه عن ربيعة عن نفسه عن أبيه، وقصته بذلك مشهورة في سنن أبي داود وغيرها.

(6) المصدر السابق.

(7) في (و) ما عداها. والاستثناء منصب على الأموال.

(8) النكول: هو الامتناع عن اليمين. ينظر طلبة الطلبة: 81.

(9) ((وَيُحْكَمُ بِالشَّاهِدِ وَالنُّكُولِ فِيمَا يُحْكَمُ فِيهِ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ)). التفريع: 238/2.

(10) وهما المدعي والمدعى عليه.

(11) ((وَإِذَا ادَّعَى رَجُلٌ أَنَّ رَجُلًا جَرَحَهُ، وَأَتَى عَلَى ذَلِكَ بِشَهِيدٍ وَاحِدٍ)). المصدر السابق.

(12) لأن القصاص في مثل هذه الجراح ماله إلى المال.

قد حُكِمَ فيه بالإيمان في القَسَامَةِ، فجازت اليمينُ - أيضا - هنا، وَوَجَّهَ الْمَنَعُ أَنَّ الشَّاهِدَ واليمينَ إِنَّمَا وردَ الْعَمَلُ به - شَرَعًا - في الْأَمْوَالِ، فلم تُقَسَّ عليها الْأَبْدَانُ في الْقِصَاصِ.

[شهادة النساء بعضهم على بعض]:

قوله: (وَلَا تَجُوزُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ بَعْضُهُنَّ عَلَى بَعْضٍ، فِي الْمَوَاضِعِ الَّتِي لَا يَحْضُرُهَا الرَّجَالُ)⁽¹⁾ وَوَجَّهَ ذَلِكَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُنَّ الْاجْتِمَاعُ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ، فَمَا طَرَأَ عَلَيْهِنَّ فِيهَا هَدْرٌ، وَوَجَّهَ الْجَوَازَ أَنَّهُ لَوْ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُنَّ فِي ذَلِكَ، لَأَدَّى إِلَى إِسْقَاطِ الْحُقُوقِ.

(1) المصدر السابق. ومحل ذلك في شهادة النساء، كما جاء في التفريع، وقد تقدّم قبل قليل. ينظر المصدر السابق.

باب التَّعْدِيل⁽¹⁾

[الْعَدَالَةُ وَالرِّضَا شَرْطُ فِي قَبُولِ الشَّهَادَةِ]:

قوله: (وَالْعَدَالَةُ شَرْطُ فِي قَبُولِ الشَّهَادَةِ)⁽²⁾ لقوله - تعالى -: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾⁽³⁾ والعَدَالَةُ: هَيْئَةٌ رَاسِخَةٌ فِي النَّفْسِ تَدُلُّ عَلَيْهَا الْأَفْعَالُ الظَّاهِرَةُ، وَقِيلَ الْعَدْلُ: مَنْ لَا يَأْتِي الْكِبِيرَةَ، وَلَا يُصِرُّ عَلَى الصَّغِيرَةِ، وَلِذَلِكَ لَمَّا سُئِلَ الْجُنَيْدُ⁽⁴⁾ عَنِ الْوَلِيِّ، فَقَالَ: شُهُودُ الْقَاضِي.

قوله: (مِنْ أَهْلِ الرِّضَا)⁽⁵⁾ أي يَرْضَاهُ النَّاسُ لَهُمْ وَعَلَيْهِمْ، وَالْإِعْتِدَالُ: إِسْتِقَامَتُهُ فِي أحواله عَلَى طَرِيقَةِ الْحَقِّ وَالنَّزَاهَةِ، أَيْ يُنَزِّهُ نَفْسَهُ عَنِ مُخَالَطَةِ أَهْلِ الْفُسَادِ، وَعَنِ جَمِيعِ الْمُحَرَّمَاتِ فِي دِينِهِ، وَبَيْعِهِ وَمُعَامَلَتِهِ.

قوله: (وَالْتَوْقِي)⁽⁶⁾ أي يَكُونُ عَالِمًا بِوُجُوهِ الْحَيْلِ، حَتَّى لَا يَجُوزَ عَلَيْهِ مِنْهَا شَيْءٌ، وَلَا يَقْتَصِرُ عَلَى وَصْفٍ وَاحِدٍ، لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ الرَّجُلُ عَدْلًا وَلَا يُرْضَى بِهِ، لِأَنَّهُ لَيْسَ عَارِفًا بِالْحَيْلِ وَوُجُوهِ الْخَدِيعَةِ فِي الشَّهَادَةِ، وَقَدْ يَكُونُ مَرْضِيًّا بِهِ وَلَيْسَ عَدْلًا.

وَاخْتَارَ الشَّافِعِيَّةُ أَنْ يَقُولَ: هُوَ عَدْلٌ لِي وَعَلَيَّ⁽⁷⁾، كَمَا يُلْزَمُونَ فِي الشَّهَادَةِ أَنْ يَكُونَ بَلْفُظٌ: أَشْهَدُ⁽⁸⁾، وَفِي الْإِفْرَارِ بَلْفُظٌ: عِنْدِي، وَلَوْ قَالَ: لِي⁽⁹⁾ عِنْدَهُ كَذَا، فَقَالَ: نَعَمْ، لَمْ يَجُزْ عِنْدَهُمْ، كَمَا لَوْ قَالَ لَهُ الْحَاكِمُ: تَشْهَدُ بِكَذَا، فَقَالَ: نَعَمْ، لَمْ يَجُزْ، وَذَلِكَ عِنْدَنَا يُجْزِي.

[اِقْتِصَارُ الْحَاكِمِ عَلَى عِلْمِهِ فِي التَّرْكِيَةِ]:

قوله: (لَمْ يُطَالِبْهُ بِالشَّهَادَةِ عَلَى تَرْكِتِهِ)⁽¹⁰⁾ إِنَّمَا جَازَ لَهُ هُنَا الْحُكْمُ بِعِلْمِهِ، بِخِلَافِ

(1) التَّعْدِيلُ: التَّقْوِيمُ وَالتَّرْكِيَةُ، وَتَعْدِيلُ الشَّهَوْدِ أَنْ تَقُولَ: إِنَّمَا عُذُولُ. يَنْظُرُ لِسَانَ الْعَرَبِ، مَادَّةُ: عَدَلَ.

(2) التَّفْرِيعُ: 238/2.

(3) الطَّلَاقُ: 2.

(4) الْجُنَيْدُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْخَزَّازُ، مَلَقَّبٌ بِالْقَوَارِيرِيِّ، أَبُو الْقَاسِمِ، أَصْلُهُ مِنْ نِهَاوَنْدٍ، وُلِدَ وَنَشَأَ فِي الْعِرَاقِ، كَانَ

فَقِيهًا مِنْ أَهْلِ الْفَتْوَى، وَكَانَ إِمَامَ الطَّائِفَةِ الصُّوفِيَّةِ وَسَيِّدَهُمْ، وَقَدْ نَالَ قَبُولَ جَمِيعِ الْأَلْسِنَةِ. تَوَفِيَ سَنَةَ

297 هـ. يَنْظُرُ الرِّسَالَةُ الْقَشِيرِيَّةُ: 430 وَطَبَقَاتُ الصُّوفِيَّةِ: 155.

(5) ((وَوُصِفَهُ أَنْ يَكُونَ الشَّاهِدُ مِنْ أَهْلِ الرِّضَا)). التَّفْرِيعُ: 238/2.

(6) ((مَعْرُوفًا بِالطَّهَارَةِ وَالنَّزَاهَةِ وَالتَّوْقِي)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 239/2.

(7) يَنْظُرُ الْمَهْدَبُ: 388/3.

(8) يَنْظُرُ رَوْضَةُ الطَّالِبِينَ: 136/11، وَمَنْحُ الْجَلِيلِ: 406/8.

(9) سَقَطَتْ مِنْ (غ).

(10) وَذَلِكَ إِذَا ((عَرَفَهُ الْحَاكِمُ بِالْعَدَالَةِ وَالرِّضَا)). التَّفْرِيعُ: 239/2.

سائر الحقوق، لأنَّ الغالب في العدالة والجرح الشهرة بين النَّاس، فجاز للحاكم أن يقتصِر في ذلك على علمه، لأنَّ غَيْرَه يشاركه فيه، بخلاف سائر الحقوق، لأنَّها ممَّا يُمكن خفاؤه على النَّاس، فلو حَكَم بعلمه فيها اتُّهم، ولأنَّه لو كُلف في ذلك بالتركية لتسأل؛ ولم يحصل شيء منه، ولأنَّ الحُكْم بذلك ليس حُكْمًا بِحَقٍّ (1)، بدليل أنَّه لو شهد عند الحاكم بأنَّ شخصين مُركَّبان عند حاكم آخر، (له أن يحكم بشهادتهما) (2) حتَّى تصحَّ عنده تركيتهما (3)، ولو كان حُكْمًا بِحَقٍّ لزمه ذلك.

قوله: (وَلَا يَرْجِعُ بَعْدَ عِلْمِهِ فِيهِ إِلَى قَوْلِ الْمُرَكِّي) (4) لأنَّ غالب النَّاس إظهار ما يحسن، فلا تتقلَّ من العلم في ذلك إلى الظن.

[الْمُرَكِّي يُنصِّبُهُ الْقَاضِي لَتَفْقَدُ أَحْوَالُ الشُّهُود]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ أَنْ يَكُونَ لِلْقَاضِي رَجُلٌ وَاحِدٌ) (5) لأنَّه يجب على الحاكم تَقَقُّدُ أَحْوَالِ الشُّهُود، ولا يُمكنه ذلك بنفسه، فينبغي له أن يستنَّيب في ذلك غَيْرَه مِمَّنْ يُمكنه، وينبغي أن يكون عدلاً، لأنَّه مُخْبِرٌ أو مُشَاهِدٌ (6)، ومن شَرَطِهُمَا الْعَدَالَةُ، وينبغي - أيضاً - أن يُعْلِمَ النَّاسَ أنَّه نَائِبُ الْحَاكِمِ في ذلك، لئلا يُرْشِدَهُ النَّاسُ على ذلك، وهل يكفي في ذلك واحدٌ، أو لابدُّ من اثنين؟ قولان؛ بناءً على أن ذلك من باب الإخبار، أو من باب الشهادة.

وإنَّما قيل: في الخبر واحدٌ بخلاف الشهادة، لأنَّه رَوَى أَمْرًا لَا يَخْتَصُّ بِهِ، بل هو يَعْمُ النَّاسَ، بخلاف الشهادة، لأنَّها تَخُصُّ الْمَشْهُودَ لَهُ، فكانت أضيق، والتَّجْريحُ (7) أَمْرٌ عَامٌّ، لأنَّه إذا ثبت بالشَّهادة عَدَالَتُهُ أو تَجْريحُهُ، حَكَمَ الْحَاكِمُ بِذَلِكَ لَجَمِيعِ النَّاسِ، ولذلك لم يُتَّهَمَ في علمه بذلك، لأنَّه لَا يَخْتَصُّ بِذَلِكَ الشَّخْصُ الْمَشْهُودَ عَلَيْهِ، بل هو عَامٌّ.

[الِاكْتِفَاءُ بِالشَّاهِدِ أَوِ الشَّاهِدِينَ فِي مَسَائِلَ مُخْتَلِفَةٍ]:

ومثل ذلك مسألة الغائب هل يكفي فيه واحدٌ أو اثنان؟ ومسألة التَّرْجُمان إذا حكم على أعجميَّين لا يعرف لغتهما، فهل يحتاج إلى تَرْجُمان واحد أو اثنين؟ قولان، وكذلك إذا شهد عند الحاكم بتقويم ملك، هل يكفي في ذلك واحد، لأنَّه إخبارٌ عن القيمة، أو

- (1) في حقِّ من الحقوق التي لا يجوز له أن يحكم فيها بعلمه.
- (2) في (غ) لم يجز له أن يحكم بشهادتهما. وجه الجواز أن التزكية التي ثبتت عند الحاكم الأول ليست حكماً، إذ لو كانت حكماً لم يجز للحاكم الثاني أن يحكم بشهادتهما، وهو ما أكد عليه المصنف في هذا الموضع وغيره مما تقدم.
- (3) ولا يجب عليه ذلك. ينظر مبحث [حُكْمُ الْحَاكِمِ بِعِلْمِهِ فِي الْحُكْمِ وَفِي التَّجْريحِ وَالتَّعْدِيلِ] وقد تقدّم.
- (4) المصدر السابق.
- (5) وذلك ((ليخبره بأحوال الشُّهُود)). المصدر السابق.
- (6) كذا في (و) وفي (ش) مضببة غير واضحة. والمراد مُخْبِرٌ أو شَاهِدٌ.
- (7) في (غ) وكذلك الشهادة والتجريح.

لأبَد من اثنين، لأنَّه شهادة عن القيمة؟ وإذا زُكِّي رَجُلٌ على وجهه وهو حاضر، فهل يُعْمَل بذلك أو لا، حتَّى يسألهما الحاكم وهو غائب عن شهادتهما، فإن بقيا عليها عمل بها، وإلا فلا؛ لاحتمال أن يكون الشاهدان أثنيا عليه خوفا منه؟.

[النَّدْب لإجابة الدَّعوة للتركية]:

قوله: (وَإِذَا سَأَلَ رَجُلٌ رَجُلَيْنِ) (1) أي يُسْتَحَبَّ لِمَنْ علم عدالة شخص أن يشهد بها عند الحاكم، مُحَافَظَةً على حُقُوق الغير، وليس ذلك لِحَقِّ نَفْسِهِ.

قوله: (حَتَّى تَطُولَ مُدَّتُهُ) (2) لأنَّ الغالب على النَّاسِ إظهارُ الطَّاعات والنَّسْتُر بالمعاصي، فلا تُعرَف أحوالهم إلَّا بعد طول، لأنَّ المُسْتَعْمَلَ (3) لا يبقى غالبا.

[تعارض شهادتين واحدة بالتَّجريح وأخرى بالتَّعديل]:

قوله: (فَفِيهَا رَوَايَتَانِ) (4) وَجْهُ الحُكْم بالأعدل أنَّ الشَّهادة إنما تورث غلبة الظَّن، فحيث تكون الغلبة أقوى؛ فينبغي أن يَعْدِل إليها.

وَوَجْهُ الثَّانِي أن التَّجريح خَفِيٌّ، والعدالة ظاهرة، فمن شهد بها فَبِالظَّاهِر شَهِد، ومن شَهِد بالتَّجريح فإنَّما شَهِد بالباطن، فلا تَعَارُض، بل شهد بزائد، فينبغي أن يُقْبَلَ.

[الشَّهادة على شهادة الشُّهود]:

قوله: (وَتَجُوزُ الشَّهادة عَلَى الشَّهادة فِي الحُدُودِ) (5) خلافا لأبي حَنِيفَةَ، وكان ذلك مِنْ دَرءِ الحُدُود بالشُّبُهَات (6)، ولاخلاف في الحُقُوق لمكان تضييع الحقوق، مثل أن يكون عند رجل شهادة لآخر، فمرض أو سافر، أو يخاف من ذهاب عقله، فينبغي أن يُشْهَد على شهادته رجلين (7)، ولايجزئ رَجُلٌ واحدٌ، لأنَّه لا يثبت حَقٌّ إلَّا بشاهدين، وإذا شهد واحدٌ فكأنَّه أثبت بعض شهادته، فلا تَتَبَعَّض، وكما ثبت الحَقُّ بشاهدين فيصح نَقْلُ شهادتهما معا بشاهدين عليهما معا.

وأما في الرِّنَا، فالمذهب أنَّه يصحَّ نَقْلُ شهادتهم بأربعة على جميعهم، كما ثبت بأربعة، فتكون ثمانية، وقيل: باثنين على كُلِّ واحد، فيكون اثني عشر، وقيل: أربعة

(1) ((لِيُزَكِّيَاهُ عِنْدَ الْحَاكِمِ فَحَسَنٌ أَنْ يَفْعَلَ)). المصدر السابق.

(2) ((وَمَنْ جَاوَرَ قَوْمًا... فَسَأَلَهُمْ أَنْ يُزَكِّوهُ فَلَا يَفْعَلُوا حَتَّى تَطُولَ مُدَّتُهُ، وَيَخْتَبِرُوا عَدَالَتَهُ)). المصدر السابق.

(3) كذا وردت في النسختين. والمراد به التعامل معه لا يبقيه على حالة واحدة، وتظهر بذلك حقيقته غالبا.

(4) ((وَإِذَا عَدَلَ الرَّجُلَ رَجُلَانِ، وَجَزَّحَهُ آخَرَانِ فِيهَا رَوَايَتَانِ، إِحْدَاهُمَا أَنْ يَحْكُمَ بِأَعْدِلَ الْبَيِّنَتَيْنِ، وَالْأُخْرَى أَنْ الْجَرْحُ أَوْلَى)). المصدر السابق.

(5) وكذلك ((الحقوق كلها)). المصدر السابق: 240/2.

(6) ينظر المبسوط: 115/16.

(7) سقطت من (و).

على كل واحد، فيكون الجميع عشرين⁽¹⁾.

وَوَجْهٌ⁽²⁾ السِّتْر وتضعيف الحد ودرؤه بالشُّبُهَات.

وقيل: إذا كانوا مُجْتَمِعِينَ في الأداء، جاز أن يشهد عليهم أربعة، وأمّا إذا افترقوا فلا بُدَّ أن يشهد على شهادة كل واحد أربعة.

[سقوط الشهادة على الشهادة]:

قوله: (سَقَطَتْ شَهَادَةُ الشَّاهِدَيْنِ الْآخَرَيْنِ)⁽³⁾ لأنّه لما بطلت الأولى وهي الأصل، كان بُطْلان الفرع أولى⁽⁴⁾، ولأنّه لو صحّت شهادة الشَّاهِدَيْنِ الثَّانِيَيْنِ لأدّى إلى أن يحلف صاحبها معها، وقد يكون الأصل ثبت له بشاهدين هذين⁽⁵⁾، وذلك يُؤدّي إلى أن يستوجب حقّه بشاهد ويمينين، والسُّنَّة إنّما جاءت بشاهد ويمين واحدة.

[الرجوع عن الشهادة وما يترّب عليه]:

قوله: (لَمْ يَنْتَقِضِ الْحُكْمُ)⁽⁶⁾ إذا لم يُحْكَمْ بشهادتهما فلا يُفَسَّقَانِ بالرجوع، وإن حُكِمَ ولم يُنْفَذْ فثلاثة أقوال:

التَّنفِيز، لأنّه ثبت بعدلّين، وهما الآن فاسقان، فلا يُقْبَلُ قولهما، ولا ضرر يلحق بالتَّنفِيز، لأنّهما يغرمان ما تَلَفَ بشهادتهما.

وقيل: لا تُنْفَذ، لأنّهما قد بيّن رجوعهما فسقهما وقت الأداء.

وقيل: بالفرق بين النفوس وغيرها من الحقوق، والقطع⁽⁷⁾ فيما لا يُنْفَذ في النفوس لخطرهما.

وأمّا إذا نفذ الحكم بشهادتهما فيمضي قولاً واحداً، لأنّه وقع على ما ينبغي، فلم يجز نَقْضُهُ لتعلّق الحقّ فيه للمحكوم له، ولأنّهما يُتَّهَمَانِ في رُجُوعِهما أنّهما أرادا الإضرارَ بالمحكوم له، لعداوة بينهما طرأت بعد الأداء، لكن ماخرج عن يد المحكوم

(1) في (و) عشرون.

(2) وجه الأحناف في عدم القول بالشهادة على الشهادة في الحدود، هو طلب السِّتْر ودرؤه بالحدّ، لأن الخبر إذا تداولته الألسنة طرأت عليه الزيادة والنقصان. ينظر المصدر السابق.

(3) وذلك إذا ((أنكر الشاهدان الأوّلان الشَّهَادَةَ، أو نسيها أو رجعا عنها)). التفریع: 240/2.

(4) في (غ) أولاً.

(5) سقطت من (غ). والمراد به الثَّانِيَيْنِ، وهو تأكيد لبطلان الأولى، لأن رجوعهما يُعَدُّ جرحة فيهما، تمنعهما من الشهادة ثانياً، ولذلك عبّر بقوله: لو صحّت شهادة الثَّانِيَيْنِ... إلخ بمعنى لم تصحّ. أمّا كونه استوجب حقّه بيمينين، لأنّه حلف صاحب الحق في الأولى، فلو صحت الثانية لزمه أن يحلف فيها، وهذا بين فيما يثبت بالشاهد واليمين، ولا اعتبار للشاهد الثاني، لأنّ الحق يثبت بدونه، ولا اعتبار لليمين الزائدة التي طرأت لو صحت الشهادة الثانية.

(6) وذلك ((إذا شهد الشاهدان بشهادة وحُكِمَ بها ثم رجعا)). المصدر السابق.

(7) القطع هنا بمعنى الجزم، أي قطعاً لا ينفذ في النفوس لخطرهما.

عليه بشهادتهما، وقد اعترفا أنه تَلَفَ بشهادتهما، فيلزمهما الغُرم، ((والعَمْدُ والخطأ في أموال النَّاسِ سواء))، وإذا وجب ذلك عليهما في الغلط؛ فأُخْرِى في العَمْد.

وَوَجْهٌ قول عَبْدِ الْمَلِكِ: إِنَّهُ لَأَشْيءٌ عليهما في الغلط؛ أَنَّهُمَا لم يباشرا الإِتْلَافَ بأنفسهما، إِنَّمَا فعلا سَبَبَهُ، وهو الشَّهادة، فخالف ذلك ما يباشِرُ إِتْلَافَهُ الْمُخْطِئُ، لِأَنَّ السَّبَبَ غيرَ المُسَبَّبِ، ولأنَّ الغلطَ يعترى كثيرا، وفي الوجه الأول أُقِيمَ السَّبَبُ مَقَامَ المُسَبَّبِ، ولأنَّه مَنسُوبٌ إلى التَّفْرِيطِ، وأَمَّا في الكذب فيُلْتَحَقُ بِمَنْ أَتْلَفَ مَالَ غَيْرِهِ عَمْدًا.

قوله: (غَرَمَ نَصَفَ ماشَهَدًا بِهِ)⁽¹⁾ ولو كان ثالثا لم يغرم شيئا، لِأَنَّ الحقَّ يثبت بالبَاقِيَيْنِ، فلو رجع اثنان من ثلاثة غَرَمَا النِّصْفَ، وإن رجع الثالثُ غَرَمَ النِّصْفَ، ورجع بالسُّدُسِ عليهما حتَّى يكون الغُرمُ أَثْلَاثًا، ولو رجع واحدٌ من اثنين قَبْلَ الحُكْمِ أو بعده في المال، لم يغرم⁽²⁾، لأنَّه يحلف مع الباقي.

[الرجوع عن الشَّهادة بالقتل]:

قوله: (غَرَمَا الدِّيَّةَ وَكَانَتْ عَلَى الْعَاقِلَةِ)⁽³⁾ يعني في الخطأ، وقد ثبت ذلك في النُّسخة العتيقة، وأَمَّا في العَمْدِ فَإِنَّ الدِّيَّةَ عليه في ماله.

قوله: (لَمْ يَلْزَمْهُمَا الْقَوْدُ)⁽⁴⁾ لأنَّهما إِنَّمَا فعلا السَّبَبَ، ولم يُبَاشِرَا ذلك بأنفسهما، فلما ضَعُفَ السَّبَبُ لم تُعْمَلْ احتياطا على الدِّمَاءِ، وصار ذلك بمنزلة مَنْ أَمَرَ مَنْ لا تلزمه طاعته بقتل رجل، ففعل، فليس على الأمر شيءٌ، لأنَّه كان ينبغي للمأمور ألا يفعل.

وَوَجْهٌ قَوْلُ أَشْهَبٍ يُقْتَصَّرُ مِنْهُمَا في العَمْدِ، تَنْزِيلُ السَّبَبِ مَنْزِلَةَ المُسَبَّبِ، وَأَنَّ الحاكم يلزمه الحُكْمُ عند شهادتهما، فصار بمنزلة مَنْ أَمَرَ عَبْدَهُ، أو مَنْ تلزمه طاعته بقتل رَجُلٍ، فَإِنَّ الْقِصَاصَ على الأمر، ويصير المأمور بمنزلة آتَةٍ، كما لو أَعْرَى عليه سَبْعًا فقتله، وقيل: ليس عليهما شيءٌ في الغلط، لا قِصَاصَ ولا غُرمَ، لأنَّهما لم يُبَاشِرَا، فَضَعُفَ أَمْرُهُ.

[الرجوع عن الشَّهادة بالطلاق]:

قوله: (شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ طَلَّقَ)⁽⁵⁾ لم يكن عليهما شيءٌ، لِأَنَّ الصَّدَاقَ يجب لها

(1) وذلك إذا ((رجع أحدهما عن شهادته)). المصدر السابق: 241/2.

(2) لأنه زائد والحق ثبت بالشاهد الآخر، وكما هو معلوم أَنَّ الأموال تثبت بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق.

(3) ((ولو شهدا على رجل بالقتل فقتل... ثم رجعا عن شهادتهما... غرما الدِّيَّة)). المصدر السابق.

(4) إذا ((رجعا عن شهادتهما وأقرا بالكذب أو الغلط)). المصدر السابق.

(5) إذا شهدا على رجل بالطلاق ((ثم رجعا عن شهادتهما؛ فلا غرم عليهما)). المصدر السابق.

بالدُّخُول، فلم يُثْلَفَا عليه شيئاً إلاَّ الاستمتاع، وليس ذلك مَالِيَّةً، ثم يُمكنه أن يتزوَّجها بعدُ، بخلاف من وطئ أمة ابنه فإنه يجب عليه قيمتها، لأنَّه حرَّمها عليه للأبد، لأنَّها صارت من نساء أبيه، وقيل: يغرمان الصَّدَاق، لأنَّه سَبَبٌ لدوام الاستمتاع الذي أثلَّفاه، ولأنَّه قد يتعذَّر تزوُّجها ثانية، وإن لم يتعذَّر فلا بُدَّ فيه من صَدَاق ثانٍ.

ولابن القاسم قولٌ إذا شهدا بحرِّيَّة أمِّ الولد: أنَّهما يغرمان القيمة، ولم يُثْلَفَا إلاَّ الاستمتاع، وهو قادرٌ على تَلَافيه بنكاح جَدِيدٍ، والفرق أنَّه له في أمِّ الولد الجَنَائِيَّات وأرْشُها، بخلاف الزَّوجِيَّة، وله قولٌ ثانٍ في أمِّ الولد: لا يغرمان شيئاً، لأنَّ الجَنَايَةَ نادرةٌ، فلا يُعْتَدُّ بها.

[توبة الفاسق بتكذيب نفسه للشَّهادة]:

وإذا فسَّق الشَّاهد بالتَّكْذِيب لنفسه، فهل يُقْبَل إذا تاب أو لا؟ قولان، وعلى أنَّه يُقْبَل، فبشَرَط أن يَنْتَقِلَ إلى حالة أعظم من التي كان عليها، دِيْنًا وَوَرَعًا، ويفسُق بالرُّجُوع غالطاً، لأنَّه يُنسَب إلى التَّفْرِيط.

[الرُّجُوع عن الشَّهادة بالعِتْق]:

قوله: (وَإِذَا شَهِدَا عَلَيْهِ بِعِتْق عَبْدِهِ ثُمَّ رَجَعَا) (1) فقد أثلَّفَا عليه مَالِيَّةً، لأنَّ العِتْق لا يُنْقِض؛ لِحَقِّ الله وَحَقِّ العبد، واتَّهَم الشَّاهِدَيْنِ في الرُّجُوع، وتجب عليهما قيمته، كما لو قَتَلَاهُ جَسَماً، ((وَالْقَتْلُ الْجِسْمِيُّ كَالشَّرْعِيِّ))، وولأُوْهُ لِسَيِّدِهِ، لأنَّه الْمُعْتَق، فإن عَلِمَ الْعَبْدُ كَذِبَ الشَّاهِدَةِ؛ لم يجر له فيما بينه وبين الله تعالى (.....) (2) (وإن لم يعلم كان حُرًّا فيما بينه وبين الله - تعالى) (3) - كالظَّاهِر، وكذلك إن قَبِلَ سَيِّدُهُ الْقِيَمَةَ مِنَ الشُّهُود.

[الرُّجُوع عن الشَّهادة على حُرٍّ بِالرِّقِّ]:

وعَكْسُ ذلك، لو شَهِدَا على حُرٍّ أَنَّهُ رِقٌّ، وَحُكِمَ بِذَلِكَ، ثُمَّ رَجَعَا، فَإِنَّهُ يَكُونُ رِقًّا فِي الظَّاهِر، تجري عليه أَحْكَامُ الشَّرْعِ فِي ذَلِكَ، فهو حُرٌّ فيما بينه وبين الله - تعالى - فيجب على الشُّهُود (4) أن يدفعوا لِلْعَبْدِ ما يدفعه لسيِّده من (5) (...) (6) ومن أُرُوشِ جَنَائِيَّتِهِ، ويجوز له أن يتصرَّف في هذا الْمَالِ بما أَحَبَّ، مِنَ الْهَبَةِ وَغَيْرِهَا، ولكن لا يجوز أن

(1) إذا رجعا عن شهادتهما ((غرمًا له قيمته)). المصدر السابق.

(2) مقدار سطر سقط من (و) ومضئب من النسخة (غ).

(3) مابين القوسين سقط من (و).

(4) في (و) الشَّاهِدَانِ.

(5) سقطت من (و).

(6) مقدار كلمة مضئب من (غ) وسقطت من (و). وتقديري لها أن تكون (حكومته) أي من حُكُومَتِهِ، ومن أُرُوشِ جَنَائِيَّتِهِ.

يَتَزَوَّجُ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، لِأَنَّ ذَلِكَ ضَرَرٌ يَدْخُلُ عَلَى السَّيِّدِ.

وَإِذَا مَاتَ عَنْ مَالٍ مِنْ ذَلِكَ؛ فَلَا يَجُوزُ لِلْسَّيِّدِ أَنْ يَأْخُذَهُ، وَلَكِنْ يَرِثُهُ وَرَثَتُهُ الْأَحْرَارُ، لِأَنَّهُ إِمَّا أَنْ تَكُونَ شَهَادَةُ الشَّاهِدِينَ بِرَقِّهِ حَقًّا، فَلَيْسَ لَهُ مِنْ هَذَا الْمَالِ شَيْءٌ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَخَذَهُ مِنَ الشُّهُودِ عَلَى تَقْدِيرِ حُرِّيَّتِهِ، وَقَدْ أَخَذَ السَّيِّدُ مَا يُقَابِلُ الْجَنَائِيَّاتِ مِنَ الْعَبْدِ، وَإِنْ كَانَتْ كَذِبًا فَلَيْسَ لَهُ شَيْءٌ مِمَّا أَخَذَ⁽¹⁾، وَلَا مِنْ هَذَا، وَهَذَا عَبْدٌ لَهُ مَالٌ يَتَصَرَّفُ فِيهِ كَيْفَ شَاءَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ، وَلَا يَرِثُهُ سَيِّدُهُ.

[مَسَائِلُ فِي الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ بِالطَّلَاقِ وَالْعَتَقِ وَالْكِتَابَةِ]:

قَوْلُهُ: ((وَلَوْ شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ نَكَحَ امْرَأَةً أَجْنَبِيَّةً وَطَلَّقَهَا))⁽²⁾ يَرِيدُ إِذَا لَمْ يَعْتَرَفْ بِالنِّكَاحِ، وَأَمَّا إِذَا أَقَرَّ بِهِ فَقَدْ لَزِمَهُ بِالْإِقْرَارِ بِهِ الصَّدَاقُ، لِأَنَّهُ ثَبِتَ لَهَا بِالْعَقْدِ، فَلَمْ يُتْلَفَا عَلَيْهِ مَالِيَّةٌ، وَلَمْ يَغْرَمَا لَهُ شَيْئًا.

قَوْلُهُ: ((وَهُوَ مُقَرَّرٌ بِالنِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَمُنْكَرٌ لِلدُّخُولِ))⁽³⁾ وَإِنَّمَا كَانَ يَلْزِمُهُ نِصْفُ الصَّدَاقِ لَوْلَا شَهَادَتُهُمَا⁽⁴⁾، فَاتْلَفَا عَلَيْهِ بِهَا نِصْفَهُ فَغَرَمَاهُ.

قَوْلُهُ: ((أَنَّهُ أَعْتَقَ مُكَاتَّبَهُ))⁽⁵⁾ إِنْ قَالَ: إِنَّهُ أَعْتَقَهُ بَعْدَ أَدَاءِ الْكِتَابَةِ لَزِمَهُ⁽⁶⁾ غُرْمُ الْكِتَابَةِ بَعَيْنِهَا، وَإِنْ قَالَ: أَعْتَقَهُ قَبْلَ ذَلِكَ، لَزِمَهُمَا⁽⁷⁾ قِيمَةُ الْكِتَابَةِ أَوْ قِيمَةُ مَا بَقِيَ مِنْهَا، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَمْلِكُ قِيمَةَ الْكِتَابَةِ، إِذْ لَوْ أَرَادَ يَتَعَجَّلُهَا لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا ذَلِكَ.

وَإِذَا شَهِدَا أَنَّهُ كَاتَبَ عَبْدَهُ ثُمَّ رَجَعَا، فَقَدْ مَنَعَاهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِ؛ فَفِي ذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

— أَحَدُهَا لِابْنِ الْمَاجِشُونِ، قَالَ: يَغْرَمُ الشَّاهِدَانِ قِيمَتَهُ عَبْدًا لِسَيِّدِهِ نَاجِزَةً، وَتَصَحُّحُ الْكِتَابَةِ، وَيَقْتَضِيَانِ مِنْهُ قَدْرَ مَا دَفَعَا لِسَيِّدِهِ، وَمَا فَضَلَ كَانَ لِلْسَّيِّدِ، وَإِنْ سَاوَتْ الْكِتَابَةُ الْقِيَمَةَ فَبَيِّنٌ، وَإِنْ كَانَتْ أَقَلَّ خَسِرَا مَا نَقَصَ، وَإِنْ عَجَزَ الْعَبْدُ بَيْعَ مِنْهُ بِقَدْرِ الْقِيَمَةِ الَّتِي دَفَعَاها أَوْ مَا⁽⁸⁾ بَقِيَ، وَرَقُّ الْبَاقِي لِلْسَّيِّدِ، أَوْ يَدْفَعُ السَّيِّدُ لِهَمَا بِقَدْرِ ذَلِكَ، وَلَا يُبَايَعُ مِنْهُ

- (1) مِمَّا قَابِلُ الْجَنَائِيَّاتِ، وَلَا مِنْ هَذَا الْمَالِ الَّذِي مَعَهُ.
- (2) إِذَا ((طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ وَأَغْرَمَهُ الْحَاكِمُ نِصْفَ الصَّدَاقِ، ثُمَّ رَجَعَا... غَرَمَا لَهُ نِصْفَ الصَّدَاقِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
- (3) ((وَلَوْ شَهِدَا عَلَيْهِ... أَنَّهُ دَخَلَ بِهَا وَطَلَّقَهَا بَعْدَ الدُّخُولِ بِهَا، وَهُوَ مُقَرَّرٌ بِالنِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَمُنْكَرٌ لِلدُّخُولِ، ثُمَّ رَجَعَا... غَرَمَا لَهُ نِصْفَ الصَّدَاقِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
- (4) بِشَهَادَتِهِمَا لَزِمَهُ أَنْ يَدْفَعَ صَدَاقًا كَامِلًا، فِي حِينٍ أَنَّهُ مُنْكَرٌ لِلدُّخُولِ، فَحَقُّهُ أَنْ يَدْفَعَ نِصْفَهُ، فَاتْلَفَا عَلَيْهِ الْيُصْفَ الْآخَرَ، وَبِهِ وَجِبَ عَلَيْهِمَا الْغَرَمُ بَعْدَ رَجُوعِهِمَا.
- (5) ((وَلَوْ شَهِدَا عَلَيْهِ أَنَّهُ أَعْتَقَ مُكَاتَّبَهُ عَتَقًا نَاجِزًا، ثُمَّ رَجَعَا، غَرَمَا قِيمَةَ كِتَابَتِهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
- (6) يَلْزِمُ السَّيِّدُ غَرَمَ الْكِتَابَةِ، لِأَنَّ الشَّاهِدِينَ شَهِدَا عَلَيْهِ بِإِنْجَازِ الْعَتَقِ، وَإِنَّمَا أَدْيَاها بَعْدَ أَدَاءِ الْكِتَابَةِ.
- (7) أَيِ الشَّاهِدِينَ، لِأَنَّهُمَا شَهِدَا بِالْعَتَقِ النَّاجِزِ، وَإِنَّمَا أَدْيَا شَهَادَتَهُمَا قَبْلَ أَدَاءِ الْكِتَابَةِ، ثُمَّ رَجَعَا عَنْهَا.
- (8) سَقَطَتْ مِنْ (و).

شيء، وإن مات عن غير مالٍ خسرًا، وعن مالٍ أخذًا منه بقدر ما دفعًا، والباقي لسيده.
 - وقال ابنُ القاسم: تُوقَفُ القيمةُ، فإذا كمل [أديا] (1) الكتابةُ للسيّد، فإن كانت أكثر من القيمة أو مثَلها رُدَّت القيمةُ إليهما، أو أقلَّ رَجَعَ السيّدُ عليهما بذلك، وقال ابنُ المَوَاز: هذا ضعيفٌ، لأنَّه يُؤدِّي إلى (توقف القيمة وإلى) (2) إتلافها على السيّد وعلى الشهود، وغُرمَهما ثانيًا، ولو قلت بهذا القول لرأيت أن يُدفع إلى الشَّاهدين من القيمة الموقفة بقدر ما يقبض السيّد من الكتابة.

- وقيل: تُباعُ الكتابةُ، فإن ساوت قيمتها قيمة العبد أخذها السيّد نَاجِزَةً، وإلاَّ استوفى مِنَ الشَّاهدين.

قوله: (لَمْ [يَلْزَمْهُمَا] (3) غُرْمٌ) (4) يُعْتَزَّضُ عليها بمسألة، وهي إذا قَتَلَهَا رَجُلٌ فتجب عليه القيمةُ، وكان ينبغي على ما تقدّم ألاَّ يَغْرَمَ قيمتها، لأنَّه إنَّما أُلْفَ عليه اسْتِمْتَاعُهُ، والفرق أن الشَّاهدين لم يُتْلَفَا الاستِمْتَاعَ بِالْجُمْلَةِ، والقاتل أُلْفَهُ بِالْجُمْلَةِ، بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَطَّأَهَا أَبُوهُ أَوْ ابْنُهُ، فَتَجِبُ القيمةُ، لأنَّه حرَّمها عليه تَحْرِيمًا مُؤَبَّدًا، ولابن القاسم قولٌ ثانٍ، أنَّه يَغْرَمُ القيمةُ، لأنَّها مُعَرَّضَةٌ لِأَنْ تُقَتَلَ، فيأخذ قيمتها مع أَرْضِ الجَنَايةِ.

ولو شهدا أنَّه استولد أمةً، وأنَّ ولدها ابنه؛ لَحَقَّ نسبُه به، وصارت أمٌ وَلَدٍ له، ولزَمَهُما قيمةُ الأَمةِ، وولدها للسيّد، لأنَّهما أُلْفَاها عليه، ويخفف عنهما في التَّقويم، وتُقَوِّمُ أمةً فيها الاستِمْتَاعُ.

[رَدُّ شهادة الشَّاهد الواحد على العتق وما يترتب عليها]:

قوله: (فَلَمْ تُقَبَّلْ شَهَادَتُهُ) (5) لأنَّه لا يُقَبَّلُ في العتق إلاَّ شَاهِدَانِ، فلم يُنْفَذَ العِتْقُ، فَلَمَّا اسْتَنَراهُ الشَّاهدُ (6) نَفَذَ عِتْقَهُ على سيِّده الأوَّل الَّذي اعْتَرَفَ الشَّاهدُ (7) أنَّه أَعْتَقَهُ، وله يكون ولأوَّه، ولم يَجْزْ للشَّاهد تَمْلُكُهُ، لأنَّه قد شَهِدَ أنَّه حُرٌّ، وَالْحُرُّ لَا يَصِحُّ تَمْلُكُهُ.

فإذا مات هذا العبدُ عن مالٍ قَبْلَ مَوْتِ سيِّده الأوَّل؛ قَرَّرَ على عِتْقِهِ إِيَّاه، فإن اعترف به رَدَّ إلى هذا الشَّاهد قيمته، لأنَّه أخذها مَجَانًا، فترتبت دينًا عليه، وَوَرِثَ مَالَ عَبْدِهِ بِالْوَلَاءِ، فإن أنكر العِتْقَ أَخَذَ الْمُشْتَرِي مِنَ التَّرِكَةِ قَدْرَ مَا دَفَعَ، وَوَقَّفَ الباقي، فإن

(1) في (و) أدا وفي (غ) أدى إلى.

(2) ما بين القوسين سقط من (و).

(3) في (و) و (غ) يلزمها. وفي الأصل (يلزمهما). ينظر المصدر السابق: 242/2.

(4) وذلك إذا ((شهدا عليه أنه أعتق أم ولده، ثم رجعا)). المصدر السابق.

(5) وذلك ((إذا شهد شاهدٌ واحدٌ على رجلٍ أنه أعتق عبده)). المصدر السابق.

(6) في (غ) السيد.

(7) سقطت من (غ).

اعترف السَّيِّدُ الْأَوَّلُ بِالْعِتْقِ أَخَذَهُ، وَإِلَّا بَقِيَ مُوَقَّفًا، فَيَأْخُذُهُ وَرَثَتُهُ(1) الذُّكُورُ، لِأَنَّ الْمُعْتَرِفَ بِالْعِتْقِ مُقَرَّرٌ بِأَنَّ هَذَا الْمَالَ لَهُ وَلِوَرَثَتِهِ بَعْدَهُ، فَلَمَّا أَنْكَرَهُ السَّيِّدُ أَخَذَهُ وَرَثَتُهُ، لِأَنَّهُمْ يَقُولُونَ: لَا يَلْزَمُنَا مِنْ إِسْقَاطِهِ حَقُّهُ فِيهِ أَنْ يَسْقُطَ حَقُّنَا، وَإِنَّمَا وَقَفَ لِإِمْكَانِ أَنْ يَعْتَرِفَ بِهِ فَيَكُونُ لَهُ، وَإِذْ لَا حَقَّ لَوَرَثَتِهِ فِيهِ إِلَّا بَعْدَ مَوْتِهِ.

وإن مات الْعَبْدُ بَعْدَ مَوْتِ سَيِّدِهِ الْأَوَّلِ؛ أَخَذَ مَالَهُ وَرَثَتُهُ الذُّكُورُ بِالْوِلَاةِ(2) باعتراف الْمُشْتَرِي أَنَّهُ لَهُمْ، وَلَمْ يَجُزْ لِهَذَا الْمُعْتَرِفِ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ ثَمَنُ الْعَبْدِ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا تَرْتَّبَ ذَلِكَ فِي ذِمَّةِ السَّيِّدِ الْأَوَّلِ، وَالذَّيْنِ الَّذِي عَلَيْهِ إِنَّمَا يُؤْخَذُ مِمَّا مَلَكَهُ، وَهَذَا الْمَالُ لَمْ يَمْلِكْهُ بَعْدُ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ عَلَى السَّيِّدِ الْأَوَّلِ دَيْوْنٌ أُخِرَ لَمْ تُؤَدَّ عَنْهُ مِنْ ذَلِكَ الْمَالِ.

فإن رجع الشَّاهِدُ عَنْ شَهَادَتِهِ قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيَ الْعَبْدَ، وَأَكْذَبَ نَفْسَهُ؛ فَقِيلَ: يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَتَمَلَّكَ الْعَبْدَ، وَقِيلَ: بَلْ إِذَا تَمَادَى عَلَى تَكْذِيبِ نَفْسِهِ، وَشُهِدَ ذَلِكَ قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيهِ، وَقِيلَ: لَا يَخْلُو أَنْ تُرَدَّ شَهَادَتُهُ فِي الْعِتْقِ لِفُسْقه(3) أَوْ لِنُقْصَانِ النَّصَابِ، فَإِنْ كَانَ لِلْفُسْقى صَحَّحَ أَنْ يَمْتَلِكَهُ، لِأَنَّ شَهَادَتَهُ لَا أَثَرَ لَهَا، وَإِنْ كَانَ لِكُونِهِ وَاحِدًا لَمْ يَجُزْ أَنْ يَتَمَلَّكَهُ، وَغُتِقَ كَمَا تَقَدَّمَ.

(1) وَرَثَتُهُ السَّيِّدُ بَعْدَ مَوْتِهِ.

(2) سَقَطَتْ مِنْ (و).

(3) فِي (و) لِفُسْقَانِ.

كتاب الأقضية

[الدَّعْوَى مِنَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ بِدُونِ بَيِّنَةٍ]:

قوله: (وَإِذَا تَدَاعَى رَجُلَانِ شَيْئًا، وَلَا يَدَّ وَلَا بَيِّنَةَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا)⁽¹⁾ هذا لأنه لم يَتَرَجَّحْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلَى الثَّانِي بِشَيْءٍ، إذ ليس أحدهما أولى من الآخر، فأمرناهما بِالْتَحَالُفِ لِيُنْكَلَ أَحَدُهُمَا، فيستحقَّ الثَّانِي بالنُّكُولِ واليَمِينِ⁽²⁾، ولأنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّعٍ وَمُدَّعَى عَلَيْهِ، مُنْكَرٌ لِمَا يَقُولُ صَاحِبُهُ⁽³⁾، وقد قال - ﷺ -: ((الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ))⁽⁴⁾.

وَالشَّافِعِيُّ يَقُولُ: لَا يُحْكَمُ بِهِ لِهَمَا، وَلَا لِأَحَدِهِمَا، وَلَكِنْ يُوَقَّفُ حَتَّى يَأْتِيَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا بِبَيِّنٍ، بخلاف لو ادَّعاه واحد⁽⁵⁾ ولم يدَّعه غيره؛ فيُحْكَمُ لَهُ بِهِ، إذ لَا مُنَازَعٍ وَلَا مُدَّعِي سِوَاهُ.

وَنَحْنُ نَقُولُ: لَمَّا انْحَصَرَتِ الدَّعْوَى فِيهِمَا، وَلَمْ يَدَّعه سِوَاهُمَا وَاسْتَوِيَا؛ قُسِمَ بَيْنَهُمَا.

وَلَوْ كَانَ فِي يَدٍ ثَالِثٍ، فَإِنْ ادَّعَاهُ لِنَفْسِهِ كَانَ كوَاحِدٍ مِنْهُمَا⁽⁶⁾، وَإِنْ ادَّعَاهُ لِغَيْرِهِ كَانَ قَرِينَةً لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَدَّعه⁽⁷⁾ فَبِمَنْزِلَةِ عَدَمِ الْيَدِّ.

[الدَّعْوَى مَعَ حَوْزِ أَحَدِ الْمُتَدَاعِيَيْنِ]:

قوله: (فَإِنْ كَانَ فِي يَدٍ أَحَدِهِمَا، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ)⁽⁸⁾، لَأَنَّ الْحَوْزَ غَالِبُهُ لِلْمَلِكِ⁽⁹⁾، فَيَرْجَحُ جَانِبُهُ، فَأَمْرٌ بِالْحَلْفِ⁽¹⁰⁾، إِمَّا لِيَسْتَكْمَلَ بِهِ السَّبَبُ الَّذِي يَسْتَحِقُّهُ بِهِ، لَأَنَّ كَوْنَهُ فِي حَوْزِهِ بِمَنْزِلَةِ شَاهِدٍ، أَوْ لِيَرُدَّ بِهَا دَعْوَى الْآخَرِ، لَأَنَّ الْحَوْزَ وَإِنْ دَلَّ عَلَى الْمَلِكِ فَقَدْ يَكُونُ بَغِيرَ مَلِكٍ، كَالْعَارِيَةِ وَالْوَدِيعَةِ، وَنَحْنُ ذَلِكَ.

(1) إِذَا كَانَ كَذَلِكَ ((قُسِمَ بَيْنَهُمَا بَعْدَ أَيْمَانِهِمَا)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(2) بِنُكُولِ الْآخَرِ وَيَمِينِهِ هُوَ.

(3) فِي (و) يَقُولُ الْآخَرُ صَاحِبَهُ.

(4) تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ.

(5) سَقَطَتْ مِنْ (غ).

(6) كَانَ كوَاحِدٍ مِنْهُمَا كَمُدَّعِيٍّ وَتَجَرَّدَ دَعْوَاهُ عَنِ الْبَيِّنَةِ، وَإِلَّا فَالْحُكْمُ لَهُ بِالشَّيْءِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَعَ يَمِينِهِ لِلْحَوْزِ، وَإِنْ لَمْ يَدَّعه لِنَفْسِهِ كَانَ كوَاحِدٍ مِنْهُمَا، كَمَا أَشَارَ إِلَيْهِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ عَدَمِ الْيَدِّ. يَنْظُرُ شَرْحُ مُخْتَصَرِ خَلِيلٍ لِلخَرَشِيِّ: 232/7.

(7) إِنْ لَمْ يَدَّعه لِلْغَيْرِ فَلَا قَرِينَةَ لِلْغَيْرِ، وَإِنْ لَمْ يَدَّعه لِنَفْسِهِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ عَدَمِ الْيَدِّ.

(8) ((فَإِنْ كَانَ فِي يَدٍ أَحَدِهِمَا، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ)). التَّفْرِيعُ: 242/2.

(9) فِي (غ) الْمَلِكُ.

(10) فِي (و) بِالْتَحَالُفِ.

قوله: (فَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ حَلَفَ الْآخَرُ)⁽¹⁾ لَأَنَّ نُكُولَهُ يَتَنَزَّلُ مَنَزَلَةً شَاهِدَ لَصَاحِبِهِ أَنَّ ذَلِكَ لَهُ، وَهُوَ أَقْوَى مِنَ الْيَدِ، فَتَرْجَحُ جَانِبُ الثَّانِي، فَيَحْلِفُ لِيَسْتَحَقَّ بِنُكُولِ صَاحِبِهِ مَعَ يَمِينِهِ، لَأَنَّ الْحُقُوقَ الْمَالِيَّةَ تُسْتَحَقُّ بِذَلِكَ، وَالنُّكُولُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بِمَنْزِلَةِ الْإِقْرَارِ، فَلَا يَقُولُ: بَرَدَ الْيَمِينِ⁽²⁾.

قوله: (فَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ أَقَرَّ فِي يَدِ صَاحِبِ الْيَدِ)⁽³⁾ لَأَنَّهُ قَدْ اجْتَمَعَ لَهُ أَمْرَانِ، حَوَظُهُ إِيَّاهُ وَنُكُولُ صَاحِبِهِ، وَلَمْ يُكَلَّفْ أَنْ يَحْلِفَ هُنَا، لَأَنَّهُ قَدْ اجْتَمَعَ لَهُ مَا يَقُومُ مَقَامَ شَاهِدَيْنِ، وَهُمَا النُّكُولُ وَالْحَوَظُ، وَلَا يَحْلِفُ مَعَ شَاهِدَيْنِ، وَأَيْضًا فَإِنَّهُ قَدْ رَدَّ الْيَمِينِ أَوَّلًا عَلَى صَاحِبِهِ، ((وَالْيَمِينُ الْمَرْدُودَةُ لَا تُرَدُّ))، لَأَنَّهَُا لَوْ رُدَّتْ لَأَدَّى إِلَى التَّسْلُسِ، وَقِيلَ: يَحْلِفُ، لَأَنَّ نُكُولَ الثَّانِي قَدْ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ تَوَرُّعًا، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِكَوْنِهِ عَلَى بَاطِلٍ، فَلَمَّا احْتَمَلَ وَاحْتَمَلَ اخْتِيجَ إِلَى يَمِينِ هَذَا، لِيَنْفِي بِهَا احْتِمَالَ التَّوَرُّعِ.

[إقامة الدَّعْوَى بِالْبَيِّنَةِ وَتَعَارُضُ الْبَيِّنَتَيْنِ]:

قوله: (فَإِنْ كَانَتْ لِأَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ)⁽⁴⁾ يَعْنِي كَامِلَةً، أَيْ شَاهِدَانِ، لِقَوْلِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: ((الْبَيِّنَةُ الْعَادِلَةُ خَيْرٌ مِنَ الْيَمِينِ الْفَاجِرَةِ))⁽⁵⁾ وَلَأَنَّ الْحَوَظَ لَا يَدُلُّ عَلَى الْمَلِكِ قِطْعًا، فَإِذَا ثَبَتَ بِبَيِّنَةٍ أَنَّهُ لِأَحَدِهِمَا تَقَوَّى جَانِبُهُ، وَحُكِمَ لَهُ بِهِ.

قوله: (حُكِمَ بِأَعْدِلِ الْبَيِّنَتَيْنِ)⁽⁶⁾ وَتَصِيرُ الْمَرْجُوحَةُ كَالْعَدَمِ، لَا أَثَرَ لَهَا، وَالتَّرْجِيحُ كَالْعَدَالَةِ، هَذَا الْمَذْهَبُ، وَقِيلَ: بِالْعَدَدِ، لَأَنَّ كَثَرَتَهُ تُغَلِّبُ الظَّنَّ أَكْثَرَ، وَوَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يَعْتَبِرِ الْعَدَدَ مِشَاعَةً⁽⁷⁾ كِمِائَةِ عَبْدٍ وَمِائَةِ امْرَأَةٍ، وَإِذَا تَكَافَأَتَا وَتَعَارَضَتَا، فَهَلْ تَكُونَانِ كَالْعَدَمِ؟ وَفِي (الْمُدَوَّنَةِ) جَرَحَتْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى⁽⁸⁾، أَيْ لَا يُحْكَمُ بِهِمَا فِي هَذِهِ الْقَضِيَّةِ، لَا يَرِيدُ بِالتَّجْرِيحِ مُطْلَقًا، بَلْ يَقْبَلُ فِي غَيْرِ ذَلِكَ، أَوْ يُحْكَمُ بِهِمَا بِالْجَمْعِ بَيْنَهُمَا، فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا وَيُنْزَعُ مِنْ يَدِ الثَّلَاثِ⁽⁹⁾ إِنْ كَانَ، لَأَنَّهُمَا قَدْ اجْتَمَعَا عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ شَيْءٌ. قوله: (حُكِمَ بِهِ لِصَاحِبِ الْيَدِ)⁽¹⁰⁾ كَمَا لَوْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةُ الْبَتَّةِ.

(1) فَإِنْ نَكَلَ الَّذِي فِي يَدِهِ عَنِ الْيَمِينِ ((حَلَفَ الْآخَرُ وَانْتَزَعَهُ مِنْ يَدِهِ)). يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقَ.

(2) يَنْظُرُ الْمَبْسُوطُ: 34/17.

(3) التَّفْرِيعُ: 242/2. وَالْمُرَادُ بِهِ إِنْ نَكَلَ الَّذِي لَيْسَ فِي يَدِهِ شَيْءٌ عَنِ الْيَمِينِ، ثَبَتَ الشَّيْءُ فِي يَدِ صَاحِبِ الْيَدِ.

(4) إِنْ كَانَتْ كَذَلِكَ ((حُكِمَ لَهُ بِبَيِّنَتِهِ، كَانَتْ لَهُ عَلَيْهِ يَدٌ أَوْ لَا)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(5) مَنَقُولٌ عَنْ عُمَرَ وَغَيْرِهِ. يَنْظُرُ شَرْحُ صَحِيحِ الْبُخَارِيِّ لِابْنِ بَطَالٍ: 68/8، 69.

(6) وَكَذَا ((إِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةٌ)). التَّفْرِيعُ: 243/2.

(7) كَذَا وَرَدَتْ، وَسَقَطَتْ مِنْ (و)، وَقَدْ تَكُونُ بِمَعْنَى: لَمْ يَعْتَبَرِ الشَّارِعُ الْأَعْدَادَ الْمُشَاعَةَ غَيْرَ مَخْصَصَةً وَمُحَدَّدَةً بِالصِّفَاتِ الْمَعْلُومَةِ شَرْعًا، كَمَا فِي الشَّاهِدَيْنِ.

(8) يَنْظُرُ الْمُدَوَّنَةُ: 45/4.

(9) إِنْ كَانَ غَيْرَ مُكَافِئٍ لَهَا بِعَدَالَةِ الْبَيِّنَتَيْنِ وَالْحَوَظِ.

(10) وَكَذَا إِذَا ((تَكَافَأَتْ فِي الْعَدَالَةِ)). التَّفْرِيعُ: 243/2.

قوله: (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِيَدِ أَحَدِهِمَا، قُسِمَ بَيْنَهُمَا بَعْدَ أَيْمَانِهِمَا)⁽¹⁾ إِنَّمَا كَلَفْنَاهُمَا التَّحَالَفَ لِيُنْكَلَ أَحَدُهُمَا، كَمَا تَقْدَمُ.

قوله: (فَإِنْ نَكَلَا عَنِ الْيَمِينِ، تَرَكَا عَلَى مَا كَانَا عَلَيْهِ)⁽²⁾ لَأَنَّهُمَا لَمْ يَعِزَمَا⁽³⁾ عَلَى شَيْءٍ، فَيُوقَفُ الْحَاكِمُ حَتَّى يَأْتِيَ أَحَدُهُمَا بِوَجْهِ شَرْعِي يُسَوِّغُ لَهُ مِلْكَهُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَبْقَى؛ بَاعَهُ وَوَقَفَ ثَمَنَهُ.

[توجيه اليمين على المدعى عليه]:

قوله: (لَمْ يَخْلَفْ عَلَيْهِ)⁽⁴⁾ بِمُجَرَّدِ دَعْوَاهُ⁽⁵⁾ خلافا للشافعي لأنه يأخذ⁽⁶⁾ بظاهر الحديث ((اليمين على مَنْ أَنْكَرَ))⁽⁷⁾ ودليلنا ما روي في بعض الطرق من قوله - ﷺ -: ((لو صَدَّقَ النَّاسُ فِي دَعْوَاهُمْ لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ قَوْمٍ وَأَمْوَالَهُمْ، الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ))⁽⁸⁾ إذا كانت بينهما خلطة، وبذلك مضى العمل، إلا أن هذا لا يكون في الأشياء الْمُعَيَّنَةِ⁽⁹⁾، لَأَنَّ حُكْمَ الْمُعَيَّنِ قَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِيهِ، وَإِنَّمَا هُوَ فِيْمَا يَتَرْتَّبُ فِي الدِّمَةِ، فَلَا يَحْلَفُ فِيهِ بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى، لَأَنَّ ذَلِكَ يُؤَدِّي إِلَى الْإِضْرَارِ بِالنَّاسِ، وَتَكْلِيفِهِمُ الْيَمِينَ مِرَارًا، وَفِيهِ حَرَجٌ وَمَشَقَّةٌ، بِخِلَافِ الدَّعْوَى فِي مُعَيَّنٍ، لَأَنَّهُ لَا يَتَكَرَّرُ، وَلِأَنَّهُ يَقَعُ الْفَصْلُ فِيهِ بَيْنَهُمَا كَمَا تَقَدَّمَ⁽¹⁰⁾.

[صِفَةُ الْخُلْطَةِ الَّتِي تُشْتَرِطُ فِي تَوْجُّهِ الْيَمِينِ]:

وصفة الخُلْطَةِ أَنْ يُثَبِّتَ أَنَّ بَيْنَهُمَا خُلْطَةً مُتَكَرِّرَةً، لَا يُعْتَبَرُ وَقُوعُهَا مَرَّةً وَاحِدَةً، وَلَا يُعْتَبَرُ بَيْعُ النَّقْدِ، لَأَنَّ الدَّعْوَى فِيهِ لَا تَتَكَرَّرُ، وَقِيلَ: تُعْتَبَرُ، لَأَنَّهُ إِذَا بَايَعَهُ بِنَقْدٍ فَهُوَ

- (1) المصدر السابق.
- (2) ينظر المصدر السابق.
- (3) فِي (و) يَغْرِمَا. وَالْمَعْنَى أَنَّهُمَا لَمْ يَعِزَمَا عَلَى شَيْءٍ مِمَّا تَنَازَعَا عَلَيْهِ بِدَلِيلِ نَكُولِهِمْ وَتَرَدَّدِهِمْ.
- (4) كَذَا وَرَدَتْ فِي النُّسخَتَيْنِ. وَفِي الْأَصْلِ ((لَمْ يَحْلَفْ لَهُ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
- (5) وَذَلِكَ إِذَا ((ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ دَعْوَى)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
- (6) فِي (غ) لَا يَأْخُذُ.
- (7) قَالَ النَّوَوِيُّ: ((وَفِي هَذَا الْحَدِيثِ دَلَالَةٌ لِمَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ وَالْجُمْهُورِ مِنْ سَلَفِ الْأُمَّةِ وَخَلْفِهَا، أَنَّ الْيَمِينَ تَتَوَجَّهُ عَلَى كُلِّ مَنْ ادَّعَى عَلَيْهِ حَقٌّ، سَوَاءٌ كَانَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُدَّعِيِ اخْتِلَاطٌ أَمْ لَا، وَقَالَ مَالِكٌ وَجُمْهُورُ أَصْحَابِهِ، وَالْفُقَهَاءُ السَّبْعَةُ، فَقَهَاءُ الْمَدِينَةِ: إِنَّ الْيَمِينَ لَا تَتَوَجَّهُ إِلَّا عَلَى مَنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ خُلْطَةٌ)) شَرَحَ النَّوَوِيُّ عَلَى مُسْلِمٍ: 3/12.
- (8) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ فِي السَّنَنِ الْكُبْرَى: 427/10 حَدِيثٌ رَقْمُ 21201 بِلَفْظٍ قَرِيبٍ مِنْهُ، وَقَالَ الصَّنْعَانِيُّ: فِي فَتْحِ الْغَفَارِ: 2079/4 حَدِيثٌ رَقْمُ 6046: أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ بِإِسْنَادٍ صَحِيحٍ، وَأَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ: 1336/3 حَدِيثٌ رَقْمُ 1711 نَحْوَهُ، كِلَاهُمَا مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ مَرْفُوعًا.
- (9) كَانَ يَدَّعِي عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ بِأَنَّ السَّيَّارَةَ الَّتِي مَعَهُ هِيَ سَيَّارَتُهُ، لَا يُمْكِنُ إِخْفَاؤُهَا، وَلَا تَحْتَاجُ فِي إِثْبَاتِهَا لَخُلْطَةٍ. يَنْظُرُ مَدُونَةُ الْفَقْهِ الْمَالِكِيِّ وَأَدْلَتُهُ: 70/5.
- (10) لَأَنَّ الْمُعَيَّنَ لَا يَتَأَخَّرُ الْقَبْضُ فِيهِ كَثِيرًا، خَوْفًا مِنْ تَلْفِهِ؛ فَلَا يُمْكِنُ الْإِتْيَانُ بِهِ وَيَتَعَذَّرُ وَجُودُهُ، بِخِلَافِ الْمَوْصُوفِ فِي الدِّمَةِ.

خَلِيقٌ أَنْ يُبَايِعَهُ بِنَسِيئَةٍ، وَيُعْتَبَرُ أَنْ يَكُونَ مِثْلَهُ مِمَّنْ يُخَالِطُهُ، بخلاف أن يدَّعي رجُلٌ دَنِيَّةً جَاهِلٌ⁽¹⁾ على الحاكم، واللَّطْحُ⁽²⁾ في ذلك يسمع بالشاهد الواحد وبامراتين، واستثنائي من ذلك مواضع يُتَّهَمُ فِيهَا الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، فيحلف بِمُجَرَّدِ الدَّعْوَى، كَالصَّانِعِ، وَالْمُتَّهَمِ بِالسَّرْقَةِ أَوْ عَلَى إِخْفَاءِ الشَّيْءِ، وكذلك دَعْوَى الْغَرِيبِ أَنَّهُ أودع عند رجل مشهور بالصِّلَاحِيَّةِ، أَوْ فِي السَّفَرِ⁽³⁾، وكذلك الْمَرِيضُ، وكالدَّلَالِ وَالسِّمَّسَارِ.

قوله: (وَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ لَمْ يُحْكَمْ لَهُ بِمُجَرَّدِ النُّكُولِ)⁽⁴⁾ تنبيه على مذهب الْمُخَالِفِ⁽⁵⁾ أَنَّ النُّكُولَ بِمَنْزِلَةِ الْإِقْرَارِ، وَإِنَّمَا قُلْنَا ذَلِكَ، لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ نُكُولُهُ أَنْ يَكُونَ تَوَرُّعًا عَنِ الْيَمِينِ.

قوله: (فَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ لَمْ يُحْكَمْ لَهُ بِشَيْءٍ)⁽⁶⁾ لِأَنَّ نُكُولَهُ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ لَكُونُهُ مُبْطَلًا، وَيَنْبَغِي لِلْحَاكِمِ أَنْ يُعْلِمَ الْخَصْمَ أَنَّ لَهُ رَدُّ الْيَمِينِ عَلَى خَصْمِهِ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مِنْ تَعْلِيمِ الْحُجَّةِ، لِأَنَّ هَذَا مِمَّا يَتَوَقَّفُ⁽⁷⁾ الْحُكْمُ عَلَيْهِ.

[صِفَةُ الْيَمِينِ فِي الْحُقُوقِ]:

قوله: (بِإِلَهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ)⁽⁸⁾ جِيءَ بِالْيَمِينِ بِوَصْفِ الْوَحْدَانِيَّةِ عَلَى جِهَةِ التَّرْهيبِ، وَذَلِكَ يُغْنِي عَمَّا يُزَادُ مِنَ الصِّفَاتِ، لِأَنَّ اسْمَ اللَّهِ - تَعَالَى - مُغْنٍ عَنْ جَمِيعِهَا.

[تَغْلِيظُ الْيَمِينِ بِالْمَكَانِ وَالزَّمَانِ]:

قوله: (وَيَحْلِفُ النَّاسُ فِي الْمَسَاجِدِ)⁽⁹⁾ لِأَنَّهَا مَوَاضِعُ مُعَظَّمَةٍ، فَقُصِدَتْ لِلتَّرْهيبِ وَالتَّخْوِيفِ، فَإِذَا كَانَ الْحَقُّ مُهِمًّا كَرُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا؛ جَازَ أَنْ يَحْلِفَ فِيهِ فِي الْمَسْجِدِ الْجَامِعِ، لِأَنَّهُ أَرْهَبُ لِلْحَالِفِ، وَقَدْ أَحْلَفَ رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - بَعْدَ الْعَصْرِ، لِأَنَّهُ وَقْتُ صُعُودِ الْأَعْمَالِ.

قوله: (وَلَا يُحْلَفُ عِنْدَ مُنْبَرٍ مِنَ الْمَنَابِرِ)⁽¹⁰⁾ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لَشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ، بخلاف مُنْبَرِهِ - ﷺ - وَقَدْ قَالَ فِيهِ - ﷺ -: ((مَنْ حَلَفَ عِنْدَ مُنْبَرِي كَاذِبًا، فَلْيَتَبَوَّأْ مَقْعَدَهُ مِنْ

-
- (1) سقطت من (و).
 - (2) واللَّطْحُ: التُّهْمَةُ. ينظر فتح الباري: 183/1. والمراد به: تُّهْمَةُ الْخَلْطَةِ تَثْبِيتُ الشَّاهِدِ.
 - (3) بأن يدَّعي المسافر على رفقته بشيء أثناء سفره، فتُوجَّهُ لَهُمُ الْيَمِينُ.
 - (4) وذلك في نكول المدَّعي عليه. ينظر التقرير: 243/2.
 - (5) وهم الأحناف، لأن النُّكُولَ عندهم إقرار، وقد تقدَّم نسبته إليهم.
 - (6) فإن لم يحلف المدَّعي بعد نكول المدَّعي عليه، تُرِكَ كُلُّ مِنْهُمَا عَلَى مَا كَانَا عَلَيْهِ. ينظر المصدر السابق.
 - (7) في (و) بوقف.
 - (8) هذه صفة ((اليَمِينِ فِي الْحُقُوقِ كُلِّهَا)). المصدر السابق.
 - (9) المصدر السابق.
 - (10) ((إلا عند منبر رسول الله ﷺ)). المصدر السابق.

(النار))(1).

قوله: (إِلَّا عَلَى رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا)(2) لَأَنَّهُ مَوْضِعٌ مُحْتَرَمٌ شَرْعًا، فَلَمْ يَجُزْ اسْتِبَاحَةُ الْحَلْفِ فِيهِ إِلَّا فِي رُبْعِ دِينَارٍ، اعْتِبَارًا بِالْقَطْعِ فِي السَّرْقَةِ.

[خروج المرأة لأداء اليمين]:

قوله: (حَلَفْتُ لَيْلًا)(3) لَأَنَّ فِي خُرُوجِهَا فِي النَّهَارِ حَرَجًا وَمَشَقَّةً عَلَيْهَا، وَقَدْ قَالَ تَعَالَى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾(4)، وَإِذَا كَانَتْ مَمَّنْ تَخْرُجُ نَهَارًا فَلَا مَشَقَّةَ.

[صفة يمين اليهود والنصارى والمجوس وتغليظها عليهم بالمكان]:

وَالْبَيْعَةُ لِلْيَهُودِ بِمَنْزِلَةِ الْكَنِيسَةِ لِلنَّصَارَى، وَهُوَ الْمَوْضِعُ الَّذِي يُعَظِّمُونَهُ، وَكَذَلِكَ تَحْلِفُ الْمَجُوسُ فِي بَيْتِ نَارِهَا.

قوله: (وَلَا يَحْلِفُونَ إِلَّا بِاللَّهِ)(5) لَأَنَّهُمْ أَهْلُ الْكِتَابِ، فَهُوَ الْمُعَظَّمُ عِنْدَهُمْ، إِلَّا أَنَّهُ يُؤَمَّرُ الْيَهُودِيُّ بِأَنْ يَقُولَ: الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ، لَأَنَّهُ يَدَّعِي الْوَحْدَانِيَّةَ، بِخِلَافِ النَّصْرَانِيِّ، لَكِنَّهُ وَإِنْ ثَلَّثَ فَالْثَلَاثَةُ عِنْدَهُ رَاجِعَةٌ إِلَى شَيْءٍ وَاحِدٍ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُؤَمَّرَ بِذَلِكَ، وَيَحْلِفُ الْمَجُوسِيُّ بِاللَّهِ، لَأَنَّهُ يَعْتَقِدُ أَنَّ الَّذِي يَعْبُدُهُ مِنْ صَنَمٍ أَوْ نَارٍ، هُوَ الْإِلَهَ، كَمَا أَنَّ الْمُجَسِّمَ(6) يَعْتَقِدُ أَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْإِلَهَ، فَيَحْلِفُ بِذَلِكَ.

[توجه اليمين على المدعى عليه مع بيئته]:

قوله: (وَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ حَقٌّ بَيِّنَةٌ)(7) إِذَا ثَبِتَ لَهُ عِنْدَهُ حَقٌّ بَيِّنَةٌ أَوْ إِفْرَارُهُ، فَقَدْ صَارَ تَعْمِيرُ الذِّمَّةِ أَصْلًا(8)، فَإِذَا ادَّعَى الْقَضَاءُ(9) فَهُوَ مُدَّعٍ خِلَافَ الْأَصْلِ، لَكِنْ لَمَّا احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ قَوْلُ الْمُدَّعِي بَاطِلًا وَحَقًّا، كُفِّلَ الْمُتَكِرُّ الْيَمِينَ لِيَنْفِي بِهَا أَنْ دَعَوَاهُ حَقٌّ.

(1) أخرجه ابن ماجه: 779/2 حديث رقم 2325، وأخرجه الحاكم: 330/4 حديث رقم 7811، كلاهما بلفظ قريب منه من حديث جابر مرفوعا. وقال الحاكم: حديث صحيح على شرط مسلم، ووافقه الذهبي.

(2) وَلَا يُحْلِفُ عِنْدَ مَنْبَرِهِ - ﷺ - إِلَّا فِي رُبْعِ دِينَارٍ فَصَاعِدًا. ينظر التفريع: 244/2.

(3) وَذَلِكَ ((إِذَا وَجِبَتْ يَمِينٌ عَلَى امْرَأَةٍ؛ حَلَفَتْ فِي الْمَسْجِدِ لَيْلًا)). المصدر السابق.

(4) الحج: 78.

(5) وَهُمْ غَيْرُ الْمُسْلِمِينَ. وَفِي الْأَصْلِ ((وَلَا يَحْلِفَان)). التفريع: 244/2.

(6) نِسْبَةٌ لِلْمُجَسِّمَةِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ التَّعْرِيفُ بِهِمْ.

(7) ((فَادَّعَى الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ أَنَّهُ قَدْ قَضَاهُ إِيَّاهُ؛ حَلَفَ صَاحِبُ الْحَقِّ أَنَّهُ مَا اقْتَضَاهُ)). المصدر السابق.

(8) وَالْأَصْلُ عَدَمُ تَعْمِيرِهَا، لَكِنْ بِالْبَيِّنَةِ وَالْإِقْرَارِ صَارَ تَعْمِيرُهَا هُوَ الْأَصْلُ، فَلَوْ ادَّعَى الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ أَنَّهُ قَضَاهُ حَقَّهُ فَوُ مُدَّعٍ، لِأَنَّهُ خَالَفَ الَّذِي صَارَ أَصْلًا، وَلِذَلِكَ قَالَ بَعْدَ ذَلِكَ: ((فَإِذَا ادَّعَى الْقَضَاءُ فَهُوَ مُدَّعٍ خِلَافَ الْأَصْلِ)).

(9) أَيُّ قَضَاءِ الْحَقِّ.

قوله: (فَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ، حَلَفَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ)(1)(2) لَأَنْ نُّكُولَ هَذَا(3) بمنزلة شاهد للآخر، فيحلف معه ويسقط عنه الحق، لَأَنْ نُّكُولَهُ وَإِنْ(4) أَمْكَنَ أَنْ يَكُونَ تَوَرُّعًا، فيحتمل أَنْ يَكُونَ تَصَدِيقًا لِلْآخِرِ فِيمَا يَدَّعِيهِ، فامتناعه من اليمين مع علمه بسقوطه(5)؛ لا يخلوا أَنْ يَكُونَ تَصَدِيقًا فَهُوَ بَيِّنٌ، أَوْ تَوَرُّعًا فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ مَنْ أَسْقَطَ حَقًّا لَهُ، وَوَجْهَ التَّوَرُّعِ عَنِ الْيَمِينِ، قوله - عَزَّ وَجَلَّ - : ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ﴾(6) فهو مُثَابٌّ عَلَى ذَلِكَ، وَقِيلَ: لَا تُسْمَعُ دَعْوَاهُ أَنَّهُ قَضَاهُ حَتَّى يُنْصِفَهُ مِمَّا أَقَرَّ لَهُ بِهِ، ثُمَّ يُقَالُ لَهُ: أَثْبِتْ دَعْوَاكَ، وَوَجْهُهُ أَنَّهَا دَعْوَى أُخْرَى مُبَايِنَةٌ مِنَ الْأُولَى، وَقَدْ يَفْعَلُ ذَلِكَ مَطْلًا لَهُ بِحَقِّهِ وَتَغْنِيئًا.

[انتقال اليمين إلى ورثة المدعى عليه]:

قوله: (حَلَفَ وَرَثَتُهُ)(7) هذا إذا كانوا مِمَّنْ يُظَنُّ بِهِمْ عِلْمٌ ذَلِكَ، بخلاف الصِّغار والنِّسَاءِ، ويحلفون على الْعِلْمِ، كَالْغُرَمَاءِ فِي حَقِّ الْمُفْلِسِ، إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ الْغَرِيمُ حُضُورَ الْوَارِثِ عِنْدَ الْقَضَاءِ(8)، فيحلف على الْقَطْعِ، وَلَا يَجُوزُ الْحَلْفُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ إِلَّا عَلَى الْقَطْعِ(9)، فَإِنْ شَاؤُوا حَلَفُوا كَذَلِكَ، وَإِلَّا لَمْ يَسْتَحِقُّوا.

ولنا في الْعَيْنِ يدفعها فتخرج رديئة ثلاثة أقوال(10):

أحدها: أَنَّهُ يَحْلِفُ عَلَى الْعِلْمِ، أَنَّهُ مَا دَفَعَ لَهُ فِي عِلْمِهِ(11).

وقيل: عَلَى الْقَطْعِ، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ صَيَّرَ فَيَا حَلَفَ عَلَى الْقَطْعِ لِعِلْمِهِ بِالْجِدِّ وَالرَّدِيِّ، وَإِلَّا فَعَلَى الْعِلْمِ.

(1) وهو المدعى الذي ادعى أنه قضاه حقه، يحلف بعد نكول المدعى عليه.

(2) المصدر السابق.

(3) وهو المدعى عليه، فنكوله بمنزلة شاهد للمدعى، فيحلف المدعى مع الشاهد أنه قد قضاه حقه، ويسقط عنه الحق.

(4) سقطت من (و).

(5) أي سقوط حقه.

(6) البقرة: 224.

(7) ((ولو مات الذي له الحق حلف ورثته ما يعلمون أن مورثهم اقتضى حقه)). التفريع: 244/2.

(8) معناه أن الوارث يخاصم الغريم في مال الميت، فيحلف الغريم على القطع أنه ما اقتضى حقه، أو أن الوارث إن كان له دين على الميت، يحلف الغريم مع الشاهد أن الوارث اقتضى دينه أو تصالح مع الدائن على إسقاطه. ينظر البيان والتحصيل: 452/10.

(9) ليس هذا عند الشافعي على عمومته، وفيه تفصيل، فإذا كان في حق نفسه، أو فيما على نفسه حلف على البت، وإذا كان الحق لأبيه على غيره وورث أباه؛ حلف على علمه في أبيه ما علم أن أباه اقتضى حقه ولا أبرأه. ينظر الأم: 37/7.

(10) في الحطاب نقلا عن أبي الحسن: ((وظاهر المدونة أنه يحلف على العلم، سواء كان صيِّرفيًّا، أو غير صيِّرفي)). مواهب الجليل: 295/4.

(11) أي الذي علمه.

[الخلاف في تأخر البيّنة بعد حلف المدّعى عليه]:

قوله: (وَمَنْ حَلَفَ عَلَى دَعْوَى ثُمَّ وَجِدَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ) (1) فيها ثلاثة أقوال:
أحدها: أنه لا يُعمل (2) بالبيّنة.

الثاني: عكسه.

الثالث: التفصيل بين أن يكون عالما بها فيتركها، أو غير عالم.

وجه الأول: أن الحكم قد انعقد ومضى على صحّة، فلا يجوز نقضه، فإن كان عالماً فهو بمنزلة مَنْ أسقط حقاً له، وذلك يلزمه، ولأنّه اختار ذلك، وقد قال عمر - رضي الله عنه -: ((شاهدك أو يمينه)) (3) ولمّا اختار أحدهما ووقع الحكم بذلك؛ صار بمنزلة مَنْ اختار إحدى الخصال وأوقع الكفارة، فلا يجوز الرجوع.

وإن كان غير عالم، فالحكم إنّما انعقد على صحّة، لأنّ ما لا يعلم لم يُلتفت إليه.

وجه الثاني: أن له أن يقول: إنّما كلفته اليمين ظناً منّي أنّه لا يخلف.

وجه الثالث: أنّه إذا كان عالماً بها، فقد أسقط حقه فلزمه، وإن كان غير عالم؛ فله أن يقول: لو علمت بالبيّنة ما رضيت بحلفه.

قوله: (فإن كان له عُذر) (4) مثل عدم العلم بها، أو تكون غائبة بمكان بعيد، فيحكم له على الإرجاء، وإذا كان الموضع قريباً كالיום، فإنه يُوقف الحكم حتّى تصل.

[حكم الحاكم بعلمه قبل الولاية وبعدها]:

قوله: (وَلَا يَجُوزُ لِلْحَاكِمِ أَنْ يَحْكُمَ بِعِلْمِهِ) (5) لقوله - صَلَّى الله عليه وسلّم -: ((لو كُنْتُ أَرْجَمُ بَغِيرَ بَيِّنَةٍ لَرَجَمْتُهَا)) (6) يريد أنّه حصل له من الشبهة ومن غلبة الظن ما يحصل بالشهادة، ولأنّ ذلك سداً للذريعة، مخافة أن يكون بين الحاكم والمحكوم عليه عداوة، فما علمه قبل الولاية فلا يحكم به اتّفاقاً، وكذلك ما علمه بعدها، لكن في غير مجلس الحكم، وكذلك ما علمه في مجلسه، لكن قبل الشروع في التّحكّم، (وأما ما علمها عند الشروع وفي التّحكّم) (7) ففي الحكم به إذا أنكره أحدهما بعد الإقرار ثلاثة أقوال:

(1) إن كان له عُذرٌ حُكِمَ له بها، وإلا ففيها روايتان. ينظر التفريع: 245/2.

(2) في (و) بعلم.

(3) ورد مرفوعاً، أخرجه البخاري: 143/3 حديث رقم 2515 مرفوعاً من حديث الأشعث بن قيس. وأخرجه مسلم: 123/2 حديث رقم 138 مرفوعاً من حديث ابن مسعود.

(4) (فإن كان له عُذرٌ في تأخيرها، حُكِمَ له بها)). التفريع: 245/2.

(5) في ((حدّ ولا حقّ)). المصدر السابق.

(6) أخرجه مسلم: 1135/2 حديث رقم 1497 من حديث ابن عباس، بلفظ قريب منه.

(7) ما بين القوسين سقط من (و).

فقيل: يُحْكَم به، بدليل أنه لا يجب عليه أن يُجْلِس الشُّهُود في مجلس حُكْمِهِ(1)، ولكن يُسْتَحَب ذلك.

وقيل: لا يُحْكَم به، لأنه حَكَم بالعلم.

وقيل: إن كان مُتَّهَمَا لم يَحْكُم، وإلاَّ فيجوز.

[شَهَادَةُ الْحَاكِمِ عِنْد حَاكِمٍ آخَرٍ:]

قوله: (وَلَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ)(2) لا خلاف في جواز شهادته بذلك عند الحاكم الذي فوقه كالإمام، وأما الذي تحته مِمَّن استنابه، فقولان:

لا يشهد عنده، لأنه يُتَّهَم أنه يقبله خوفا من عُرْلَتِهِ.

وقيل: يشهد عنده، كما تحاكم عُمَرَ إِلَى مَنْ دُونَهُ مِنَ الصَّحَابَةِ رضي الله عنهم.

[استحباب حضور الشُّهُود لسماع الخصوم:]

قوله: (وَيَنْبَغِي)(3) أي هو مُسْتَحَبٌّ، لِأَنَّ الْمَحْكُومَ عَلَيْهِ قَدْ [يُقَرُّ](4) بشيء من حُقُوقِ خَصْمِهِ، فلا يُقْبَلُ قَوْلُ الْقَاضِي فِي ذَلِكَ(5)، وكذلك إِذَا حَكَمَ بِشَيْءٍ لَمْ يَثْبُتْ حُكْمُهُ بِهِ إِلَّا بِشَهَادَةِ عَلَيْهِ، وَيُقْبَلُ مِنَ الْمَحْكُومِ عَلَيْهِ إِنْكَارُهُ، فَلِحُضُورِ الشُّهُودِ مَعَهُ فَوَائِدُ.

[إِنْكَارُ الْحَاكِمِ لِحُكْمِهِ:]

قوله: (وَشَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَيْهِ بِحُكْمِهِ)(6) لم يبطل بإنكاره(7)، لأنه لَمَّا حَكَمَ بِهِ، وَثَبَتَ فِي دِيْوَانِهِ؛ صَارَ بِمَنْزِلَةِ أَجَنَبِيٍّ بِالنَّظَرِ إِلَى الْمَحْكُومِ لَهُ، وَالْحُكْمُ لَا يُنْقَضُ لِتَعْلُقِ(8) الْحَقِّ بِحُكْمِهِ لِلْمَحْكُومِ لَهُ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَثْبُتُ قِيَاسًا عَلَى الشَّهَادَةِ، إِذَا بَطُلَ الْأَصْلُ فَيَبْطُلُ الْفَرْعُ، وَهُوَ أُخْرَى بِالْبُطْلَانِ، لِأَنَّهُ كَيْفَ يَصْحُ الْفَرْعُ الْمَبْنِي عَلَى أَصْلٍ فَاسِدٍ، وَالْفَرْقُ أَنَّ الْحُكْمَ هُنَا اسْتَنَّدَ إِلَى شَهَادَةِ الْأَصْلِ، وَقَدْ رَجَعَ عَنْهَا وَاعْتَرَفَ بِكَذِبِهَا، وَحُكْمُ الْحَاكِمِ إِنَّمَا اسْتَنَّدَ إِلَى الشَّاهِدَيْنِ عِنْدَهُ، وَهُمَا غَيْرُهُ(9)، وَحُكْمُ(10) أَنْبَرَمَ عَلَى صِحَّةٍ لَمْ يُنْقَضْ.

(1) لسماع أقوال الخصوم لينقلوها إليه، وليحكم بشهادتهم لا بعلمه؛ وإن كان ممن يحكم بعلمه، لكن أخذه بالمتفق عليه أحسن. ينظر التفريع: 246/2، ومنح الجليل: 293/8.

(2) وذلك إذا علم الحاكم شيئاً ((له أن يشهد به عند غيره من الحكام)). التفريع: 245/2.

(3) ((وينبغي للحاكم أن لا يحكم بين المتنازعين إلا بحضرة الشهود)). المصدر السابق.

(4) في (و) نفر، وفي (غ) عر من غير إجماع.

(5) هذا على المشهور، وهو مذهب مالك وابن القاسم. ينظر منح الجليل: 295/8.

(6) تُقْبَلُ شهادتهما عليه بحكمه ويثبت الحُكْمُ؛ إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ بِحُكْمٍ، ثُمَّ أَنْكَرَهُ. ينظر التفريع: 246/2.

(7) في (و) بانكراره.

(8) في (غ) بتعلق.

(9) غير الشهادة في المسألة التي فسد فيها الفرع بفساد الأصل عند الشافعي.

(10) في (و) كلما، وفي (غ) ما أثبتته وهي مضببة إلى حد كبير.

[رَدُّ حُكْمِ الْحَاكِمِ بِانْكَارِ الْمَحْكُومِ عَلَيْهِ لِلْحُكْمِ]:

قوله: (وَأَنْكَرَ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ)⁽¹⁾ هذه لا شهادة فيها على الحاكم، فلم يُقْبَلْ قوله، لأنَّه حَكَمَ بِالْعِلْمِ وَيُتَّهَمُ⁽²⁾، وقال الشَّافِعِيُّ: يُسْمَعُ ذَلِكَ مِنْهُ بِنَاءٍ عَلَى جَوَازِ الْحُكْمِ بِالْعِلْمِ عِنْدَهُ، وَلَهُ فِيهِ قَوْلَانِ، قَالَ: وَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهِ عِنْدَ حَاكِمٍ آخَرَ، فَيَقُولُ: لَهُ هَذَا قَدْ حَكَمَ بِهِ حَاكِمٌ، يَعْنِي نَفْسَهُ، وَلَا يَسْمِيهَا، وَيَعْمَلُ بِقَوْلِهِ.

[سُقُوطُ شَهَادَةِ الْفَرْعِ بِشَهَادَةِ الْأَصْلِ]:

قوله: (سَقَطَتْ شَهَادَةُ الشَّاهِدَيْنِ الْآخَرَيْنِ)⁽³⁾ لا يخلو أن يحكم بتلك الشهادة⁽⁴⁾ أو لا، فإن لم يحكم فالسقوط بيّن، وإن حكم بها ثم رجع الأصل⁽⁵⁾ بَعْدُ فَقَوْلَانِ: يبطل الفرع ويُقْضَى الْحُكْمُ لِبُطْلَانِ الْأَصْلِ، لأنَّه اسْتَدَّ إِلَيْهِ. والثَّانِي: لَا يُنْقَضُ الْحُكْمُ، وَيَغْرَمُ الشَّاهِدَانِ الْأَصْلُ⁽⁶⁾، كَمَا لَوْ حَكَمَ بِشَهَادَتِهِمَا ثُمَّ رَجَعَا.

[كِتَابَةُ الْحَاكِمِ لِحَاكِمٍ آخَرَ فِي حُكْمٍ لَا تَثْبِتُ إِلَّا بَيِّنَةً]:

قوله: (وَإِذَا كَتَبَ حَاكِمٌ إِلَى حَاكِمٍ)⁽⁷⁾ كَانَ الْأَمْرُ فِي الزَّمَنِ الْأَوَّلِ الْاسْتِغْنَاءَ بِخَطِّ الْحَاكِمِ، فَلَمَّا كَثُرَ التَّزْوِيرُ اخْتِيجَ إِلَى الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ أَنَّهُ خَطَّهْ، وَهَلْ يَكْفِي فِي ذَلِكَ شَاهِدٌ وَاحِدٌ، لِأَنَّهُ خَبَرٌ أَوْ لَا؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الشَّهَادَةِ؟ وَهَلْ يُشْتَرَطُ أَنْ يَقْرَأَهُ عَلَيْهِمَا، أَوْ يَقُولُ: أَشْهَدُكُمَا بَأَنَّ مَا فِيهِ بِخَطِّي؟ وَإِذَا لَمْ يُشْهَدْهُمَا بِأَنَّهُ يَحْكُمُ بِذَلِكَ لَمْ يَجْزِ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ أَنْ يَحْكُمَ بِهِ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ⁽⁸⁾، وَيَجُوزُ عِنْدَنَا، وَلَكِنْ لَا يُلْزَمُهُ الْحُكْمُ بِهِ، فَإِذَا قَالَ: وَأَشْهَدُكُمَا أَنِّي حَكَمْتُ بِهِ لَزَمَهُ الْحُكْمُ بِهِ، وَسَبَبُ ذَلِكَ⁽⁹⁾ أَنَّهُ قَدْ يَثْبُتُ عِنْدَهُ وَلَا يَحْكُمُ بِهِ لِسَبَبٍ مَا. قوله: (يَشْهَدُ⁽¹⁰⁾ عَلَى كِتَابِهِ)⁽¹⁾ أَنَّهُ خَطَّهْ، وَأَنَّهُ حَكَمَ بِهِ.

- (1) لم يُقْبَلْ قَوْلُ الْحَاكِمِ إِذَا حَكَمَ بِحُكْمٍ، ثُمَّ أَنْكَرَ الْمَحْكُومُ عَلَيْهِ ذَلِكَ. ينظر المصدر السابق.
- (2) وهذا إذا سمع الحاكم إقرارَ المحكوم عليه، وحكم بإقراره دون الشهود، فقد ينكر المحكوم عليه إقراره، فقد ينفعه وقد لا ينفعه على الخلاف في ذلك.
- (3) ما بين القوسين سقط من الأصل المطبوع، ينظر المصدر السابق. وسياقه: ((وإذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين، ثم أنكر الشاهدان الأولان الشهادة، أو نسيها، أو رجعا عنها؛ سقطت شهادة الشاهدين الآخرين)). شرح الجلاب، مخطوط لابن ناجي، ورقة 137. واقتصر الشارمساحي على قوله المذكور ما بين القوسين أعلاه.
- (4) الشهادة الأولى.
- (5) في (غ) إلى الأصل. رُجِعَ فِي شَهَادَةِ الْأَصْلِ.
- (6) ما ترتب على شهادة الأصل.
- (7) لم يُحْكَمْ بِكِتَابَةِ حَاكِمٍ لِحَاكِمٍ آخَرَ بِحَقِّ إِلَّا بَيِّنَةً عَلَى كِتَابِهِ. ينظر التفريع: 246/2.
- (8) ينظر المذهب: 403، 404/3.
- (9) سبب عدم إلزام الحاكم الآخر الأخذ به.
- (10) كذا وردت في النسختين. وفي الأصل (تشهد) أي البيينة على كتابه. ينظر التفريع: 246/2.

[الشهادة على الخط، وكتاب الحاكم]:

قوله: (دُونَ لَفْظِهِ)(2) أي يقول: هو خَطِّي، ولا يكتفي بمعرفة أنه خَطُّه، وفي الحكم بِمَرَأَى الخطِّ خلافٌ، وذلك أَنَّهُ تعارض هنا أمران: أحدهما: أَلَّا يُحْكَمَ بِالخَطِّ، وذلك يُؤَدِّي إلى إسقاط الحقوق، لأنَّ الغريم قد يهرب من مَوْضِع إلى آخر.

والثاني: أَن يُحْكَمَ بِهِ، فَيُؤَدِّي إلى تَعْمِير الدِّمَم من غير أَمْرٍ مُحَقَّق، لأنَّ الخُطُوط يُمَكِّن الضَّرْبَ عليها، فكان العَدْل والأُخُوطُ للفريقين أن يشهد على الحاكم(3). وقيل: يُعْمَل بِمَرَأَى(4) الخطِّ مُطْلَقًا، لأنَّ غالب الخُطُوط(5) أن تتباين، والتَّمَاثُل فيها نادرٌ فلا يُعْتَدَّ بِهِ، ولأنَّه يُؤَدِّي المَنع(6) إلى تَضْيِيع الحُقُوق.

وقيل: عكسه. وقيل - في مسألة الحاكم، إذا دَفَعَ كِتَابَ الحُكْم إلى الشُّهُود الَّذِينَ أَشْهَدَهُم بِالْحُكْم؛ لم يحتج إلى شهادة على أَنَّهُ خَطُّه، وإن دَفَعَهُ إلى المَحْكُوم له، احتج إلى ذلك(7).

[التفصيل في الشهادة على الخط]:

قوله: (فَشَهِدَ لَهُ شَاهِدَانِ عَلَى خَطِّهِ)(8) للشهادة على الخطِّ صُورٌ أربع: أقواها هذه، وذلك أن يكتب لفلان عندي كذا، ثُمَّ يُنْكِر، وَيَشْهَدُ شاهدان بمعرفة خَطِّه، وإِنَّمَا كانت هذه أقوى، لأنَّه إِنَّمَا(9) يُضْرَب(10) غالبًا على شهادة المُبَرِّزين لمعرفة النَّاس بشهادتهم، فَوَجَّه قَبُولُهَا ذلك، وَأَنَّ الخُطُوط تُعَلِّمُ غَالِبًا، وَوَجَّه المَنع أَنَّهُ يُمَكِّن (أن لا يريد)(11) بذلك الإقرار(12)، بل يكتبه على جِهَةِ الاختبار لِلْقَلَم، أو

-
- (1) ((لم يُحْكَم بكتابه إلا ببينة تشهد على كتابه)). المصدر السابق.
 - (2) ولا تُقْبَل شهادة على كتاب الحاكم في خطِّه دون لفظه. ينظر المصدر السابق.
 - (3) أن يشهد على حُكْم الحاكم بأنه خطُّه وقد حكم به، كما أشار إليه المصنِّف أنفاً.
 - (4) في (غ) أقرب ما تكون إلى لفظ: مزكى.
 - (5) في (و) الحقوق.
 - (6) منع العمل بمَرَأَى الخطِّ.
 - (7) إلى الشهادة على أَنَّهُ خطُّه.
 - (8) إذا أنكر المُدْعَى عليه دعوى ((فشهد شاهدان على خطِّه دون لفظه، ففيها روايتان)). المصدر السابق.
 - (9) الظاهر أنها محرفة عن (لا) بدلالة السياق.
 - (10) الضرب في هذا السياق عند فقهاء المالكية يُرَاد به تزييف الخطوط، ويضرب هنا بمعنى يُدَلَّس ويُزَيَّف. ينظر تنبيه الحكام على مأخذ الأحكام: 162، ومنتخب الأحكام: 202/1، والمنتقى للباقي: 202/5، وينظر تكملة المعاجم العربية: 507/6 حيث ورد الضرب بمعنى تزييف العملة، ولم يُورد المعنى المشار إليه عند الفقهاء الخاص بتزييف الخط.
 - (11) في (و) أن يريد.
 - (12) في (و) إلا الإقرار.

المراد (1)، أو المزاج (2).

الثانية: شهادة الشاهد في واقعة على خطّه، فإن علم الواقعة فلا خلاف في قبولها، قال مالك: لا يشهد الشاهد وإن ميّز خطّه حتّى يذكّر النّازلة، وإن لم يعلمها فخمسة أقوال:

قيل: يؤدّيها للحاكم، ويقول: هذا خطّي إلا أنّي لا أذكر الواقعة، لكنّه لا (3) يُفيد ذلك المشهود له شيئاً.

وقيل يقول: هذا خطّي، ولا يقول: إنّه لا يعلم الواقعة، وفائدة أدائها، أنّه قد يكون الحاكم ممّن يعمل بالشهادة على الخطّ على أحد القولين.

وقيل: إن كان الكتاب كلّهُ بخطّه صحّت؛ لبُعد التّهمة.

وقيل: إن لم تكن ربيّة في الكتاب أو في الشهادة بمحو أو بشترٍ صحّت، وإلّا فلا.

وقيل: لا يؤدّيها.

والثالثة (4): الشّهادة على خطّ مَيّت، وهذه أضعف، لأنّه على تقدير أنّه خطّ المَيّت، قد يكون لا يشهد بها المَيّت لأمر ما علّمه بعدها، إلّا أنّ هذا بعيدٌ.

والرابعة: الشّهادة على خطّ الحاكم.

[الاختلاف والتعليل في الشهادة على الخطّ مع اليمين]:

قوله: (ففيها روايتان) (5) أي في اعتبارها (6) قولان، وإذا قلنا باعتبارها ففي استقلالها (7) قولان، وإن قلنا: إنّ الخطّ كالإقرار، فالشّهادة عليه كالشّهادة على الإقرار استقلّت، ولا حاجة إلى يمين، كما لا يحتاج إليها (8) مع شاهدين على الإقرار، وكذلك مع مائتزل منزّلة.

وإن قلنا: كشاهد (9) فلا بد من يمين لتستقلّ بها، أو لأنّه يُحتَمَل التّزوير على الخطّ، لكن لما تعارض أمران (10) أحدهما أقوى، وهو أنّ غالب الخطوط التّباین

(1) على احتمال أنه كتبه على جهة القصد المكتوب له.

(2) في (و) المزاج.

(3) سقطت من (و).

(4) من صور الشهادة الخطّ.

(5) وذلك فيمن ((شهد له شاهدان على خطّه دون لفظه، ففيها روايتان)). المصدر السابق: 247/2.

(6) أي الشهادة.

(7) أي استقلال الشّهادة عن اليمين والاستغناء عنها، بأن يُحكّم له بالشّهادة على الخطّ من غير يمين؛ قال: فيها قولان.

(8) أي اليمين.

(9) إذا اعتبرنا أن الخطّ كشاهد واحد.

(10) هما التوافق والتباين.

والثاني أضعف، وهو أَنَّ الخُطُوط قد تَنَقَّق، غَلَبْنَا أَقْوَاهَا، وَاحتِيجَ مع ذلك إلى ماينفي ذلك الاحتمال الضَّعِيف⁽¹⁾، وهو اليمين، فيحلف بالله أَنَّهُ خَطُّهُ، ولقد شهد شاهدٌ أي بِحَقِّ.

وفي اعتبار اليمين هنا مع الشَّاهد قولان: وَجْه الاعتِّبار أَنَّهَا آيَلَةٌ إلى المَال، وإذا فرَّغْنَا على الاعتبار والاستقلال، فشهد واحدٌ على خَطِّ، فهل يَحْلِفُ معه لِيَسْتَقِلَّ⁽²⁾ أَوْلا، لَأَنَّ اليمين والشَّاهد هنا لَا يُجْزَى؛ لَأَنَّهُ ليس بمال؟ وإذا حلف وكان له شاهدٌ آخر بالحقِّ فَبَيِّنٌ، وإن لم يكن له شاهدٌ آخر حلف مع ذلك يَمِينًا أُخْرَى لِيُكْمِلَ السَّبَب، وَصَحَّ يَمِينَانِ في حَقِّ واحد، لَأَنَّهُمَا على جهتين مختلفتين، لا على جهة واحدة⁽³⁾.

[عُقُوبَةُ الْحَبْسِ لِأَجْلِ الْمُطَاعَةِ فِي الْحُقُوقِ]:

قوله: (وَلِلْحَاكِمِ أَنْ يَحْبِسَ مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ حَقٌّ)⁽⁴⁾ الْأَصْلُ في ذلك قوله عَزَّ وَجَلَّ: ﴿إِلَّا مَا دُمَّتْ عَلَيْهِ قَائِمًا﴾⁽⁵⁾ أي مُلَازِمًا، وَالْمَحْبُوسُ مُلْزُومٌ لِرَبِّ الْحَقِّ، وَلَأَنَّ الدَّوَامَ على ذلك تَضْيِيقٌ عَلَيْهِ، كَمَا أَنَّ الْحَبْسَ تَضْيِيقٌ، وَلَأَنَّهُ لو لم يُحْبَسْ لَأَدَّى إلى سُقُوطِ الْحُقُوقِ، وفي الآية - أَيْضًا - دَلِيلٌ على ((مَفْهُومِ الْمُوَافَقَةِ))، وهو التَّنْبِيهِ، بِالْأَدْنَى⁽⁶⁾ على الْأَعْلَى⁽⁷⁾ (وَعَكْسُهُ بِالْأَعْلَى على الْأَدْنَى)⁽⁸⁾، وَمِنْ قَوْلِهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - ((مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ))⁽⁹⁾ ((يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ))⁽¹⁰⁾، قالوا: عُقُوبَتُهُ حَبْسُهُ، وَمَعْنَى الْعِرْضِ هُنَا النَّفْسُ، أَيِ يَسْبُتُهُ فِي نَفْسِهِ.

قوله: (عَنْ مُعَاوِضَةَ مَالٍ أَوْ غَيْرِهِ)⁽¹¹⁾ كَالصَّدَاقِ، وهو قبل الدُّخُولِ مِنْ غَيْرِ

- (1) وهو التوافق.
- (2) ليستقل بحقه ويجزئه.
- (3) كما هو الحال في الأموال؛ لثبوتها بالشاهد واليمين من جهة واحدة، كما تقدم.
- (4) وقد نقل مِيارَةَ في شرحه صِحَّةَ اليمينين في حق واحد وعزاه للشارمساحي وذكره بنصه. ينظر الإِتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام شرح ميارة: 105/1.
- (5) ينظر المصدر السابق.
- (6) آل عمران: 75.
- (7) في (و) فالأعلى.
- (8) وذلك بإتمام الآية المذكورة ((وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأَمَّنْهُ بِدِينَارٍ لَا يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ﴾ إلخ الآية التي ذكرها، وفيه ذكر المنطوق وهو الدِّينَار، وسكت عما هو أكثر من ذلك وهو الأوكد في عدم الأداء، وقد دخل بالأولى حيث نَبَّهَ بِالْأَدْنَى على الأعلى.
- (9) ما بين قوسين سقط من (و).
- (10) أخرجه البخاري: 94/3 حديث رقم 2287، ومسلم: 1197/3 حديث رقم 1564 كلاهما من حديث أبي هريرة مرفوعا.
- (11) هذا جزء من حديث آخر، أخرجه ابن ماجه: 811/2 حديث رقم 2427، وأبو داود: 313/3 حديث رقم 3628، والنسائي: 316/7 حديث رقم 4689. كلهم من حديث عمرو بن الشريد مرفوعا بلفظ ((لِيُ الْوَاجِدُ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ)). وقال الحافظ في الفتح: 62/5 بعد عزوه: ((إسناده حسن)).
- (11) مما يستوجب الحبس من الحقوق ((ما كان منها على معاوضة مال أو غير مال)). التفریع: 247/2.

عَوْض.

قوله: (وَلَا حَبْسَ عَلَى مُعْسِرٍ)⁽¹⁾ لقوله - تعالى -: ﴿فَنَظَرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾⁽²⁾.
قوله: (وَلَيْسَ لِلْمُحْبِسِ حَدٌّ مَخْدُودٌ)⁽³⁾ لأنه يختلف باختلاف أحوال الناس، وأجاز
سُخُونُ ضَرْبٍ مَنْ يُتَّهَمُ بِإِخْفَاءِ الْمَالِ لَدَا⁽⁴⁾.

[مُتَابَعَةُ الْحَاكِمِ لِحَالِ الْمُحْبُوسِينَ]:

قوله: (وَيَنْبَغِي لِلْحَاكِمِ أَنْ يَنْظُرَ فِي حَالِ الْمُحْبُوسِينَ)⁽⁵⁾ أي يسأل عن أحوالهم،
فمن ثبت عنده إغساره أخرجه، وقد يكون غريباً ليس له من يَنْظُرُ في أمره فيموت
هناك، وقال الشافعي: لا يَنْظُرُ له الْحَاكِمُ، لكن يَنْظُرُ هو لنفسه فيُنْثَبِتَ إغساره، وهذا
يضعف في حَقِّ الْغُرَبَاءِ.

[التزام الخصمين بحكم من حكماه بينهما]:

قوله: (وَإِذَا حَكَّمَ رَجُلَانِ رَجُلًا)⁽⁶⁾ لا يجوز عند الشافعي أن يحكم غير الحاكم⁽⁷⁾،
وعندنا يجوز، لأنَّ الْمُقْصُودَ مِنْ نَصْبِ الْحَاكِمِ الْإِعْلَامُ بِحُكْمِ اللَّهِ - عَزَّ وَجَلَّ - وهذا
موجودٌ مِنَ الْحَاكِمِ وَغَيْرِهِ، ومتى عَلِمَ أَحَدٌ حُكْمَ اللَّهِ - تعالى - في الواقعة لَزَمَهُ الْعَمَلُ
به، فإذا حَكَّمَا مَنْ لَهُ أَهْلِيَّةٌ أَنْ يَكُونَ حَاكِمًا - وَلَا بُدَّ لَهُ⁽⁸⁾ من هذا الشَّرْطِ - لَزِمَهُمَا
قَوْلُهُ⁽⁹⁾ بِنَفْسِ التَّحْكِيمِ، وقيل: بنفس الشُّرُوعِ فِي الْمُحَاكَمَةِ؛ وَقَبْلَ ذَلِكَ لهما الرُّجُوعُ عَنْ
قوله، وقيل: مالم يَحْكُمَا فلا يجوز.

[الفرق بين الحاكم المحتد والمقلد]:

ويجوز⁽¹⁰⁾ قَبْلَ الْحُكْمِ، ولا يخلو أن يكون مُجْتَهِدًا أَوْ مُقَلِّدًا لِإِمَامٍ مِنَ الْأَثَمَةِ، كَمَالِكٍ
وَالشَّافِعِيِّ، فَإِنْ كَانَ مُجْتَهِدًا فَبِأَيِّ حُكْمٍ لَزِمَهُمَا، وَإِنْ كَانَ مُقَلِّدًا لَمْ يَلْزِمَهُمَا إِلَّا مَا
فِي الْمَذْهَبِ لِإِمَامِهِ، لِأَنَّهُمَا عَلَى ذَلِكَ دَخَلَا، وَسَوَاءٌ حَكَّمَ بِمَشْهُورِ أَقْوَالِ الْمَذْهَبِ أَوْ لَا؛
فَإِنَّهُ لَزِمَ لهما.

- (1) المصدر السابق.
- (2) البقرة: 280.
- (3) التفريع: 247/2.
- (4) لأجل الخصومة. ينظر لسان العرب، مادة: لدد.
- (5) التفريع: 247/2.
- (6) وذلك ((إذا رضي أحدهما وسخط الآخر لزمه حُكْمُهُ)). المصدر السابق: 248/2.
- (7) هذا ليس على إطلاقه، فلا يجوز التَّحْكِيمُ عند الشَّافِعِيَّةِ فِي الْحُدُودِ فَقَطْ، أَمَا فِي غَيْرِ الْحُدُودِ فَهُوَ جَائِزٌ. ينظر روضة الطالبين: 121/11، 122.
- (8) في (و) لهما.
- (9) أي حكمه.
- (10) الرُّجُوعُ قَبْلَ الْحُكْمِ.

قوله: (مَالَمْ يَخْرُجْ عَنْ إِجْمَاعِ أَهْلِ الْعِلْمِ)⁽¹⁾ فينتقض حُكْمُهُ لِخَرْقِهِ الْإِجْمَاعَ.

[أثر تحكيم الشهادة وتحكيم غير القاضي في الحكم]:

قوله: (وَإِذَا حَكَّمَ رَجُلَانِ رَجُلًا فِي شَهَادَةٍ)⁽²⁾ مثاله أن يدَّعي شخص⁽³⁾ حقًا على آخر فيُنكره، فيقول: لي عليك فلان شاهد، فيقول: أنا راضٍ بما شهد به، فإذا شهد عليه بما عنده؛ لم ينفذ الحُكْمُ بينهما بتحكيمه في شهادته، بل يجوز للمشهود عليه أن يُنكر ذلك، ويقول لو علمت أنك تشهد ما أسندت الأمر إليك، ولذلك قال ابنُ الجَلَّاب: ((لم يلزمه شهادته بتحكيمه))⁽⁴⁾ أي لم يلزمه ذلك، كما لزمه في المسألة المتقدمة دون حُكْم آخر⁽⁵⁾.

والفرق بينهما أن الذي حَكَّمَاه قَبْلُ كان ماحَكَم به بينهما مَجْهُولًا عندهما قبل التحكيم، وكان الحق ثابتًا⁽⁶⁾، وهنا الحق غير ثابت، والذي استشهد به فيه معلوم عنده، فلم يتجدد عنده بذلك سوى ما كان، فلا ينفذ الحُكْمُ بينهما في هذه إلا عند حاكم آخر⁽⁷⁾ يتَرَافَعان إليه، ولا تبطل شهادة ذلك الشاهد، بل يؤدبها عند الحاكم، فإن كان ذلك الأمر مما يُحكَّم فيه بشاهدين لا غير؛ طالَبه بشاهد آخر، فإن كان مَالِكِيًا حَلَفَ مع شاهده، فلا يريد بقوله: ((لم تلزمه شهادته)) أنها تسقط، لأنه ليس للشهادة فائدة إلا مع الإنكار، ولو سقطت مع الإنكار لم يَكُنْ لها فائدة.

[توثيق الحقوق]:

قوله: (فَيَنْبَغِي أَنْ يُمْلَأَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ)⁽⁸⁾ هذا بالنَّصِ⁽⁹⁾.

قوله: (فَإِنْ أَمْلَأَ الَّذِي لَهُ الْحَقُّ)⁽¹⁰⁾ هذا لقوله تعالى: ﴿فَلْيَمْلِكْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾⁽¹¹⁾ أي وَلِيَّ الْحَقِّ⁽¹²⁾، ولا يَرْجِع على السَّفِيهِ وَالضَّعِيفِ⁽¹³⁾، وهو المجنون، والذي

(1) حُكْمُ غير القاضي يلزم الخصمين؛ مالم يخرج بحُكْمِهِ عن إجماع أهل العلم. ينظر التفريع: 248/2.

(2) إذا شهد على أحدهما وأنكرها المشهود عليه؛ لم تلزمه شهادته بتحكيمه. ينظر: المصدر السابق.

(3) في (غ) شخصين.

(4) المصدر السابق.

(5) بدون حاجة للترافع عند حاكم آخر، لأنَّ حُكْمَ ما ارتضياه لازم لهما.

(6) ثابتًا باستقلاله بالحاكم عنهما، وهنا لم يستقل بسبب علم أحدهما به.

(7) سقطت من (غ).

(8) وذلك إذا ((كان له على رجل حق وأراد أن يكتب به عليه)). المصدر السابق.

(9) لقوله تعالى: ﴿فَلْيَكُتِبْ وَلِيُّهُ عَلَى الْحَقِّ﴾. البقرة: 282.

(10) إن كان ذلك ((بحضرتة ورضاه فذلك جائز)). التفريع: 248/2.

(11) البقرة: 282.

(12) قال القرطبي: هذا ماذهب إليه الطبري، وهو ضعيف، والصحيح أن الضمير عائد على الذي عليه

الحق وهو المديون. ينظر الجامع لأحكام القرآن: 388/3.

(13) إشارة للسفيه والضعيف المشار إليهما في الآية التي قبلها: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْطِيعُ أَنْ يُمْلَأَ هُوَ فَلْيَمْلِكْ وَلِيُّهُ﴾. الخ الآية. البقرة: 282.

لا يستطيع كالأعجمي⁽¹⁾، لأنَّ هؤلاء لا تجوز الشهادة عليهم⁽²⁾.
قوله: (رَجُلٌ غَيْرُهُمَا)⁽³⁾ أي بحضرتيهما.

[أَجْرَةُ الْكَاتِبِ وَالْقَاسِمِ]

قوله: (فَأَجْرَةُ الْكَاتِبِ عَلَيْهِمَا فِي ذَلِكَ)⁽⁴⁾ أي بالسَّوَاءِ، لأنَّه بِالْكَتَابِ يَأْمَنُ مَنْ لَهُ الْحَقُّ مِنَ النَّقْصِ، وَالَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ مِنَ الزِّيَادَةِ.

قوله: (فَأَجْرَةُ الْكَاتِبِ عَلَيْهِمَا بِالسَّوِيَّةِ)⁽⁵⁾ أي يدفع الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ نِصْفَ الْأَجْرَةِ، ثُمَّ يُقَسِّمُ الْبَاقِي أَرْبَابُ الْحَقِّ عَلَى الْأَشْخَاصِ، لِاجْتِمَاعِهِمْ فِي مُجَرَّدِ الْاِئْتِفَاعِ، وَقِيلَ: بِالنِّسْبَةِ مِنْ حُقُوقِهِمْ، لِأَنَّ اِئْتِفَاعَ مَنْ كَثُرَ حَقُّهُ أَعْظَمُ، وَمِثْلُ ذَلِكَ أَجْرَةُ الْقَاسِمِ عَلَى الرُّؤُوسِ، لِأَنَّ تَعَبَ الْقَاسِمِ فِي تَمْيِيزِ الْحُقُوقِ سَوَاءٌ، بَلْ إِذَا دَقَّ الْجُزْءُ كَانَ أَصْعَبُ، وَقِيلَ: عَلَى قَدَرِ السِّهَامِ.

[الْحُكْمُ عَلَى الْغَائِبِ فِي سَائِرِ الْحُقُوقِ]:

قوله: (وَيُحْكَمُ عَلَى الْغَائِبِ)⁽⁶⁾، أَصْلُهُ حَدِيثُ هِنْدَ⁽⁷⁾ زَوْجِ أَبِي سُفْيَانَ⁽⁸⁾، إِذْ شَكَّنْهُ إِلَى النَّبِيِّ - ﷺ - بِأَنَّهُ رَجُلٌ شَحِيحٌ، لَا يُعْطِيهَا مَا يَكْفِيهَا وَبَنِيهَا، فَقَالَ: ((خُذِي⁽⁹⁾ مِنْ مَالِهِ مَا يَكْفِيكَ، وَيَكْفِي بَنِيكَ بِالْمَعْرُوفِ))⁽¹⁰⁾ فَحَكَمَ عَلَيْهِ وَهُوَ غَائِبٌ، وَأَيْضًا لَوْ لَمْ يُحْكَمْ عَلَى الْغَائِبِ؛ لَأَدَّى إِلَى سُقُوطِ الْحُقُوقِ بَأَن يَهْرَبَ مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ عِنْدَ أَجَلِهِ، وَمَنْعَ أَبُو حَنِيفَةَ الْحُكْمَ عَلَى الْغَائِبِ⁽¹¹⁾، قَالَ: لِأَنَّ مِنْ شَرْطِ سَمَاعِ الشَّهَادَةِ أَنْ يُنْكِرَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَذَلِكَ مُتَعَدِّرٌ فِي الْغَائِبِ، فَلَا تُسْمَعُ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ، ((فَيَتَعَدَّرُ الْمَشْرُوطُ لِعَدَمِ شَرْطِهِ))،

- (1) فِي (غ) الْأَعْمَى.
- (2) وَالْوَلَايَةُ عَلَيْهِمْ، هَذَا يُؤَيِّدُ الْقَوْلَ بِأَن الضَّمِيرَ فِي قَوْلِهِ: ((وَلِيَّتُهُ)) عَائِدٌ عَلَى وَلِيِّ الْحَقِّ وَهُوَ الدَّائِنُ، إِذْ لَا تُتَصَوَّرُ الْوَلَايَةُ عَلَى الْأَعْجَمِيِّ الْكَبِيرِ الْعَاقِلِ الرَّشِيدِ فِي مَالِهِ.
- (3) ((وَأَنَّ أَمْلَهُ رَجُلٌ غَيْرُهُمَا فَرَضِيَا بِهِ جَمِيعًا؛ فَذَلِكَ جَائِزٌ)). التَّفْرِيعُ: 248/2.
- (4) فَالْأَجْرَةُ عَلَى الدَّائِنِ وَالْمَدِينِ، وَذَلِكَ فِي كِتَابَةِ الْحَقِّ وَتَوَثُّقِهِ. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
- (5) وَذَلِكَ بَيْنَ الْجَمَاعَةِ الْمُشْتَرِكِينَ الَّذِينَ لَهُمُ الْحَقُّ، وَبَيْنَ الْوَاحِدِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ. يَنْظُرُ: الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 249/2.
- (6) ((وَيُحْكَمُ عَلَى الْغَائِبِ فِي الْحُقُوقِ كُلِّهَا)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
- (7) هِنْدُ بِنْتُ عَتَبَةَ بْنِ رَبِيعَةَ، أُمُّ مُعَاوِيَةَ، أَسْلَمَتْ عَامَ الْفَتْحِ بَعْدَ إِسْلَامِ زَوْجِهَا أَبِي سُفْيَانَ بْنِ حَرْبٍ، فَأَفْقَرَهُمَا رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - عَلَى نِكَاحِهِمَا، وَكَانَتْ امْرَأَةً لَهَا نَفْسٌ وَأَنْفَقَةٌ، شَهِدَتْ أَحَدًا كَافِرًا مَعَ زَوْجِهَا، تَوَفِّيَتْ فِي خِلَافَةِ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا. يَنْظُرُ الْاِسْتِيعَابُ: 1922/4، وَالْإِصَابَةُ: 346/8.
- (8) أَبُو سُفْيَانَ، وَاسْمُهُ صَخْرُ بْنُ حَرْبٍ، أَسْلَمَ يَوْمَ فَتْحِ مَكَّةَ، وَشَهِدَ حَنْبِنَا، وَأَعْطَاهُ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - مِنْ غَنَائِمِهَا مِائَةَ بَعِيرٍ وَأَرْبَعِينَ أَوْقِيَّةً، وَقِيلَ: اسْتَعْمَلَهُ عَلَى نَجْرَانَ، تَوَفَّى بِالْمَدِينَةِ سَنَةَ 30 هـ. يَنْظُرُ الْاِسْتِيعَابُ: 714/2، وَالْإِصَابَةُ: 332/3.
- (9) فِي (و) خَذَ.
- (10) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ: 1338/3 حَدِيثٌ رَقْمُ 1714 مَعَ تَقْدِيمٍ وَتَأْخِيرٍ فِي بَعْضِ الْفَافِظَةِ، وَأَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ: 65/7 حَدِيثٌ رَقْمُ 5364 نَحْوَهُ، كِلَاهُمَا مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ مَرْفُوعًا.
- (11) يَنْظُرُ الْمَبْسُوطُ: 185/5.

واعترض بالزوج فقال: الفرق أن القول قول الزوجة⁽¹⁾، فلا حاجة إلى إنكاره، واعترض بالحكم على الميت اتفاقاً، ففرق بأن الميت لا يتصور وجود الإنكار منه البتة، بخلاف الغائب، قلنا: هو⁽²⁾ في الحال كالميت.

قوله: (وقد كره الحكم على الغائب في الربع⁽³⁾ والعقار⁽⁴⁾) وجهه أنه تعارض ضرران:

أحدهما: تفويت ملك الغائب عليه.

والثاني: الإضرار برب الحق، فغلّبنا أقوى الضررين، فإن كان الموجود للغائب عرضاً، فليس - الغالب أن يُنتاع للقنية - كالعقار⁽⁵⁾، بل يسهل تملكه من اكتسابه في كل وقت كالعبد، فكان بيعه وإنصاف رب الحق من ثمنه أولى، وإن كان عقاراً فهو غالباً مما يكتسب للقنية، ولا يسهل تملكه في كل وقت، فكان تفويته على مالكه أضر، فاستؤني لما في تفويت الأصل من الضرر المحقق لضرر متوهم⁽⁶⁾، إذ يمكن رجوع الغائب على قُرب، فإذا طالت الغيبة قوي ضرر رب المال فقبلناه.

وجه قول أشهب: إن الغائب إنما دخل على أنه يؤدي عند حلول الأجل، فهو الذي أضر بنفسه إذ لم يؤكل من يدفع عنه.

وهذا إذا كانت الدعوى في حق لبيع فيه الربع، أما لو كان في عين الربع فلا يتوانى فيه، والفرق أنه إذا حكم بعين الربع لمستحقه، فإذا جاء صاحبه وأثبت خلاف ذلك، رجع فيه ونقض⁽⁷⁾ الحكم، كالمعني لها⁽⁸⁾، إذا جاء زوجها كان أحق بها مطلقاً، لأن الحكم استند فيها إلى الشهادة، وقد تبين كذبها.

وإذا باعه الحاكم في حق ثبت عنده، فالبيع صحيح لا ينقض، وللمشتري⁽⁹⁾ مَقَال⁽¹⁰⁾، لأنه استند ملكه إلى حكم صحيح لا ينقض، لأنه باعه على تجويز أن رب

(1) هذه المسألة أجاز الأحناف الحكم فيها على الغائب بالنفقة، فيما إذا ادّعت امرأة بأن لها زوجاً غائباً، له مال في يد رجل غائب، وتحتاج للنفقة فاعترف لها بذلك، فإن الحاكم يقضي عليه بالنفقة. وفي المسألة عندهم فرق بين أن يكون الدين للغائب كما في هذه المسألة وبين أن يكون عليه فلا يحكم. ينظر المبسوط: 197/5، والذخيرة: 115/10.

(2) أي الغائب.

(3) الربع: الدار. ينظر لسان العرب، مادة: ربع.

(4) التفريع: 249/2.

(5) فليس العرض كالعقار؛ حيث يُباع العقار غالباً للقنية.

(6) لرب المال.

(7) في (غ) نقص.

(8) المعني لها زوجها من النعي، وهو: خبر الموت. ينظر لسان العرب: مادة نعي.

(9) في (غ) المشتري.

(10) حجة ودليل.

الدَّيْنِ مَبْطُلٌ فِي دَعْوَاهُ⁽¹⁾، كَامِرَةً الْمَقْفُودَ، الدَّاخِلُ أَحَقُّ بِهَا مِنْ زَوْجِهَا الْأَوَّلِ إِذَا جَاءَ،
لَأَنَّهُ حُكِمَ بِتَزْوِجِهَا مَعَ تَجْوِيزِ حَيَاتِهِ، بِخِلَافِ الْحُكْمِ بِشَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ ثُمَّ يَرْجِعَانِ⁽²⁾،
لَأَنَّهُمَا يُتَّهَمَانِ فِي رُجُوعِهِمَا، فَلَا يُنْقَضُ الْحُكْمُ.

-
- (1) إِذَا جَاءَ الْمَدِينِ الْغَائِبَ بَعْدَ أَنْ تَمَّ الْبَيْعُ، وَطَلَبَ رَدَّ مَا بَاعَ عَلَيْهِ وَبَاطَلَ مَا دَعَاهُ الدَّائِنُ؛ لَا يُرَدُّ
بِالرَّغْمِ مِنْ اِحْتِمَالِ بَطْلَانِ دَعْوَى الدَّائِنِ عِنْدَ الْحَاكِمِ وَقْتُ الْبَيْعِ.
- (2) بِخِلَافِ الْمَسْأَلَةِ الْمَتَقَدِّمَةِ فِيمَا إِذَا حُكِمَ بِعَيْنِ الرَّبْعِ لِمُسْتَحَقِّهِ، فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُهُ وَأَثَبَتْ خِلَافَ ذَلِكَ، فَلَهُ
نَقْضُهُ بِإِثْبَاتِ خِلَافِهِ، بِخِلَافِ الرُّجُوعِ فِي الشَّهَادَةِ فَلَا يَنْقُضُ لِلتَّهْمَةِ.

كتاب التَّفْلِيس

إِذَا رَفَعَ أَحَدُ الْغُرَمَاءِ أَمْرَهُ إِلَى الْحَاكِمِ ففَلَّسَهُ⁽¹⁾، كَانَ ذَلِكَ حُكْمًا لِجَمِيعِ الْغُرَمَاءِ، كَمَا أَنَّ رَفَعَ إِحْدَى زَوَاجَاتِ الْمَفْقُودِ وَضَرَبَ الْأَجَلَ لَهَا ضَرْبٌ لِلْجَمِيعِ، وَإِذَا مَاتَ بَعْدَ الْأَجْلِ وَرَثَتُهُ فِي الْعِدَّةِ، وَبَعْدَ الْعِدَّةِ لَمْ تَرِثْهُ، لِأَنَّهَا قَدْ انْفَصَلَتْ عَنْهُ وَأُبِيحَتْ لِلْأَزْوَاجِ.

[خُضُورُ الْمُفْلِسِ وَغِيَابُهُ]:

فَإِنْ كَانَ الْمُفْلِسُ حَاضِرًا وَلَهُ مَالٌ بِمَوْضِعٍ آخَرَ، فَإِنَّهُ تَحِلُّ عَلَيْهِ دُيُونُهُ فِي هَذَا الْمَوْضِعِ الَّذِي بِهِ⁽²⁾، وَيَتَخَاصُّونَ فِي الْمَوْجُودِ، ثُمَّ يَتَّبَعُ كُلُّ وَاحِدٍ⁽³⁾ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ حَالًا مَتَى وَجِدَ لَهُ مَالٌ، وَفِيهِ إِشْكَالٌ، لِأَنَّهُ إِذَا صَارَ غَنِيًّا فَيَنْبَغِي أَلَّا يُعْجَلَ مَا كَانَ مُوَجَّلاً، لِأَنَّ الْعِلَّةَ مِنْ تَغْيِيبِ الذِّمَّةِ⁽⁴⁾ قَدْ زَالَتْ، لَكِنْ وَجْهٌ ذَلِكَ أَنَّهُ قَدْ حُكِمَ بِحُلُولِهِ، فَصَارَ كَالْحَالِّ بِالْأَصْلِ.

وَإِنْ كَانَ غَائِبًا، وَلَهُ - بَحِيثٌ هُوَ - مَالٌ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لَا يُفْلَسُ، وَقَالَ أَشْهَبُ: يُفْلَسُ، كَالْحَاضِرِ لَهُ مَالٌ بِمَوْضِعٍ آخَرَ، وَالْفَرْقُ أَنَّهُ إِذَا كَانَ حَاضِرًا فَقَدْ عَجَزَ عَنِ الْأَدَاءِ، بِخِلَافِ الْغَائِبِ لَهُ مَالٌ، فَهَذَا لَمْ يَعْجِزْ عَنِ الْأَدَاءِ، فَلَا يُعْجَلُ مَا هُوَ مُوَجَّلاً عَلَيْهِ. وَأَمَّا إِذَا كَانَ غَائِبًا، وَلَهُ مَالٌ بِغَيْرِ الْمَوْضِعِ الَّذِي هُوَ فِيهِ، فَهُوَ كَالْحَاضِرِ لِمَالٍ لَهُ، يُؤْفَى بِهِ مَا عَلَيْهِ.

[الدليل على حلول دين المفلِس والميت]:

وَإِنَّمَا حَلَّ دَيْنُهُ لِلْحَدِيثِ ((مَنْ أَفْلَسَ أَوْ مَاتَ فَقَدْ حَلَّ دَيْنُهُ))⁽⁵⁾ وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الْبَائِعَ مِنْهُ إِنَّمَا رَضِيَ بِذِمَّةِ سَلِيمَةٍ⁽⁶⁾ لَا مَعِيَّةَ، وَبِقَاوُهُ إِلَى الْأَجْلِ دُونَ مُخَاصَّتِهِ يُؤَدِّي إِلَى سُقُوطِ حَقِّهِ، إِذْ قَدْ لَا تَكُونُ لَهُ ذِمَّةٌ حِينَئِذٍ، وَهُوَ⁽⁷⁾ فِي الْمَيِّتِ أَوْلَى لِأَنَّ ذِمَّتَهُ قَدْ خَرِبَتْ بِالْمَوْتِ.

- (1) قضى بإفلاسه، ونادى عليه أنه أفلس. ينظر طلبية الطلبة: 254، ولسان العرب مادة: فلس.
- (2) في (غ) فلس به. والمراد المكان المقيم به بدليل قوله بعده: يتخاصون في الموجود، أي الحاضر.
- (3) سقطت من (و).
- (4) قبل الإفلاس كانت ذمته عامرة بالديون، ولما أفلس حلت، ولما استغنى عمرت ذمته مرة أخرى، فحقه عدم التعجيل، ومن هنا جاء الإشكال.
- (5) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه: 3/8 حديث رقم 14054 موقوفا عن الحسن وقتادة. ولم أجده مرفوعاً.
- (6) تلتزم بما عليها إلى حين حلول الأجل، وبعد حلوله قد تكون معيئة إما بالموت أو بالإفلاس، وتعجيل المدين بدفع ماله لأجل ديونه غرض صحيح، بدليل أن له أن يرفع للحاكم بتفليس نفسه عند الشافعية حرصاً على أداء ديونه، إذ قد يتعذر بعدئذ، أو يحول حائل يمنع الدائن من استيفاء حقه.
- (7) أي حلول الأجل وخراب الذمة.

[اختصاص البائع بسلعته الموجودة عند المفلس]:

قوله: (فَهُوَ بِالْخِيَارِ) (1) لِلْحَدِيثِ ((أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ سِلْعَتَهُ ثُمَّ أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي فَصَاحِبُ السِّلْعَةِ أَحَقُّ بِهَا)) (2) وهذا بخلاف المَيِّت، لأنه أَسْوَةٌ (3) الغرماء في ذلك، وكان الأصل في المَوْضِعِينَ ذلك، لأنَّ المُشْتَرِي قد مَلَكَ السِّلْعَةَ بالشِّراءِ وَ صَحَّ تَصَرُّفُهُ فِيهَا، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ بَاعَهَا لَمْ يَكُنْ لِبَائِعِهَا حَقٌّ فِيهَا، فَبَقِيَ الْمَوْتُ عَلَى الْأَصْلِ (4)، وَخَرَجَ الْفُلْسُ بِنَصِّهِ، وَيُظْهِرُ لَذَلِكَ مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى، أَنَّ الْمَيِّتَ قَدْ خَرَبَتْ ذِمَّتُهُ بِالْجُمْلَةِ (5).

وهذا (6) إِذَا لَمْ يُرَدِّ الْغَرْمَاءُ أَنْ يَدْفَعُوا لَهُ ثَمَنَ سِلْعَتِهِ، فَإِنْ اخْتَارُوا ذَلِكَ جُبِرَ الْبَائِعُ عَلَى اخْتِذِ ثَمَنِهَا، كَمَا أَنَّ لِلْغَرْمَاءِ أَنْ يَدْفَعُوا لِلْمُرْتَهِنِ حَقَّهُ (7) وَيُجْبَرُ عَلَى رَدِّ الرَّهْنِ، لِأَنَّهُمْ نَزَلُوا مَنْزِلَةَ الْمُفْلِسِ فِي ذَلِكَ (8)، وَخَالَفَ أَبُو حَنِيفَةَ فِي ذَلِكَ (9)، وَقَالَ: لَا دَلِيلَ فِي الْحَدِيثِ، لِأَنَّ (10) قَوْلَهُ: ((فَصَاحِبُهَا أَحَقُّ بِهَا)) (11) هُوَ حَقِيقَةٌ فِي الْمُشْتَرِي، وَمَجَازٌ فِي الْبَائِعِ بِمَعْنَى أَنَّهُ كَانَ صَاحِبُهَا، وَالْحَقِيقَةُ أَوْلَى، قُلْنَا: حَمْلُهُ عَلَى مَا قُلْنَا لَافَائِدَةً لَهُ، لِأَنَّهُ لَا (12) اخْتِصَاصَ فِي ذَلِكَ لِلْمُفْلِسِ، لِأَنَّ كُلَّ مُشْتَرٍ كَذَلِكَ، قَالُوا: يُنْتَقَضُ عَلَيْكُمْ بِمَا لَوْ بَاعَهَا الْمُفْلِسُ، ثُمَّ رَجَعَ فَاشْتَرَاهَا فَيَنْبَغِي عَلَى قَوْلِكُمْ أَنْ تَكُونَ لِلْبَائِعِ الْأَوَّلِ، لِأَنَّهُ صَاحِبُهَا وَأَنْتُمْ لَا تَقُولُونَ بِذَلِكَ، قُلْنَا: لِأَنَّ الْبَائِعَ (13) الثَّانِي أَقْرَبَ (14)، لِأَنَّ عُهْدَتَهَا (15) عَلَيْهِ لَوْ اسْتُحِقَّتْ، كَمَا كَانَتْ عُهْدَتُهَا عَلَى الْبَائِعِ الْأَوَّلِ لَمَّا بَاعَهَا، ثُمَّ عَلَى الْمُفْلِسِ لَمَّا بَاعَهَا.

- (1) وذلك إذا وجد البائع سلعته عند المشتري، وأفلس المشتري قبل أن يدفع ثمنها للبائع، فالبائع بالخيار في أخذها بثمنها أو حاص بها الغرماء. ينظر التفريع: 249/2.
- (2) أخرجه ابن ماجه: 790/2 حديث رقم 2359 من حديث أبي هريرة رفعه نحوه، وقد صححه الألباني في تخريجه. وأبو داود: 286/3 حديث رقم 3520 من حديث أبي بكر بن عبد الرحمن رفعه، وفيه انقطاع. وقال: الصنعاني في فتح الغفار: 1233/3 حديث رقم 3754: رواه أبو داود مرسلًا، وقد أسنده من طريق آخر.
- (3) أسوة الغرماء: بينهم بالسوية. ينظر طلبة الطلبة: 235.
- (4) وهو محاصصة الغرماء.
- (5) وتعلق المال بالورثة بعده. ينظر مدونة الفقه المالكي وأدلتها: 493/4.
- (6) أي حق الخيار للبائع في أخذ سلعته، متعلق بما إذا لم يُفد الغرماء بالثمن المطلوب من المفلس، وإلا فلا حق له.
- (7) بدفع ما رُهنَتْ به.
- (8) في التَّصَرُّفِ فِي فَكِّ الرَّهْنِ.
- (9) خالف في أن يأخذ البائع عين سلعته من المشتري المفلس. ينظر بدائع الصنائع: 252/5.
- (10) سقطت من (غ).
- (11) الحديث المتقدم.
- (12) سقطت من (و).
- (13) في (و) البيع.
- (14) بمعنى أولى وأحق بها.
- (15) تبعات البيع من عيوب وغيرها على البائع. ينظر طلبة الطلبة: 218.

قوله: (وَلَا يُحِطُّ عَنْهُ شَيْءٌ⁽¹⁾ لِنَقْصِهَا)⁽²⁾ بضعف أو عيب، لأنه كان ينبغي أن يكون أسوة الغرماء، لأنه بيع قد تم، فما زاد على المخاصة فضل من الله - تعالى - غير أنه يمكن⁽³⁾ أن يقال: يتبعه بقدر العيب في ذمته، وجوابه أنه بالرد فسخ البيع الأول، فكان العيب عنده حديثاً.

قوله: (إِلَّا أَنْ يَضْمَنَ الْغَرْمَاءُ لَهُ ثَمَنَهَا)⁽⁴⁾ أي فلا يكون له أخذها، لأنهم أحق بها، وإن لم يشاؤوا ذلك؛ لم تلزمه قيمة الزائد، لأنه كأنه نشأ عنده إذ كأنها لم تزل عن ملكه.

قوله: (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ بَعْضَهَا بِمَا بَقِيَ مِنْ ثَمَنِهَا)⁽⁵⁾ لأن في ذلك إضراراً بالغرماء، لأن قيمة النقص⁽⁶⁾ أقل من قيمة غيره، فلا يجوز له أن يدخل عليهم الضرر، فإن رد جميع ما أخذ صح له أخذ جميعها، لأنه لا ضرر عليه في ذلك، إذ قد رجع إليه ما باع.

قوله: (كَانَ لِلْبَائِعِ أَخْذُ مَا وَجَدَهُ مِنْهَا بِحِسَابِهِ)⁽⁷⁾ لأن المفسد هو الذي أدخل الضرر، لا هذا، فصار ما بقي منها غير مبيع بمنزلة سلعة كاملة، فله أن يأخذه بحسابه، ويتبع بسائر الثمن يخص به.

[قبض البائع جزءاً من ثمن عبيدين وإفلاس المشتري بعد فوت أحدهما]:

قوله: (رَدَّ خَمْسَةَ مِنَ الْعَشْرَةِ)⁽⁸⁾ وجهه أنه لما اشترى منه عبيدين كل واحد بعشرة، ثم دفع له عشرة من ثمنها، كان المدفوع من جميع الثمن نصف ثمن كل واحد منهما⁽⁹⁾، فلما باع أحدهما صار بائعه الأول قد قبض من ثمنه خمسة لا غير، فيلزم أن يخص بسائر ثمنه، وقبض من⁽¹⁰⁾ ثمن الذي بقي خمسة، فإن شاء أخذ الباقي⁽¹¹⁾ ردَّ الخمسة التي قبض من ثمنه وأخذ جميعه، أو أمسك ما عنده من ثمنه وحاص بسائر

- (1) لا ينقص الغرماء من ثمن السلعة، إذا أرادوا دفع الثمن له بسبب العيب الذي فيها.
- (2) وذلك إذا وجد البائع سلعته عند المفسد ((ناقصة في سوقها أو بدنها؛ فله أخذها)). التفرع: 250/2.
- (3) في (غ) لا يمكن.
- (4) إذا وجد البائع سلعته ((زائدة في بدنها أو سوقها، فله أخذها إلا أن يضمن الغرماء له ثمنها)). المصدر السابق.
- (5) المصدر السابق.
- (6) قيمة السلعة وهي ناقصة أقل من قيمتها كاملة.
- (7) وذلك لو باع المشتري المفسد بعض السلعة، وبقي عنده بعضها. ينظر المصدر السابق.
- (8) وذلك إذا ((باع عبيدين بعشرين ديناراً، فاقتضى عشرة من ثمنهما، وباع المشتري أحدهما، وبقي الآخر عنده ثم أفلس، فأراد البائع أخذ العبد الباقي...)). المصدر السابق.
- (9) نصف كل واحد خمسة، وثمان كل واحد عشرة.
- (10) سقطت من (غ).
- (11) أي أخذ العبد الباقي.

ثَمَنَهُ وَلَمْ يَأْخُذْهُ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقُولَ: إِنَّمَا قَبَضْتُ ثَمَنَ الَّذِي بَاعَ الْمُفْلِسُ فَأَخَذُ الْبَاقِيَ فِيمَا بَقِيَ لِي.

ولو كان أحدهما بخمسة عشر، والثاني بخمسة، ثم قبض منه عشرة من (1) ثمنيهما؛ لكان قد قبض من ثمن الذي بخمسة عشر نصفها، سبعة ونصف، فإن كان هو المبيع أنبغ [بسبعة ونصف] (2) بقية ثمنه، ثم رد ما قبض من ثمن الثاني، وذلك ديناران ونصف، وأخذه إن شاء. ولو باع الذي بخمسة لحاص نصف ثمنه، ورد سبعة (3) ونصفًا، وأخذ الباقي إن شاء.

[للبائع الثمن كله في بيع أمة ولدت عند المشتري فماتت أو مات الولد]:

قوله: (كان له أخذه بالثمن كله) (4) لأنه لما (5) لم يعتد في ذلك بالبيع صارت الأمة كأنها لم تنتقل عن ملك بائعها، وكأنها ولدت ثم ماتت عنده، وكذلك إذا مات الولد وبقيت الأم، فكان الولادة والموت كانا عنده، لأن المفلس لم ينتفع في شيء من ذلك، لأن الموت أمر من قبل الله - تعالى - وكذلك لو باعها حاملاً.

[حكم البائع في أخذ أمته أو ولدها حال الموت أو البيع]:

قوله: (ولو باع المفلس الأم أو الولد) (6) لأنه هنا قد انتفع بما باع فيفض (7) الثمن عليهما، وذلك بأن ينظر قيمة المبيع وقيمة الباقي، ثم يفيض الثمن الذي على المفلس على هذين الثمنين، فما قابل الباقي (8) أخذه به، وحاص بالباقي.

[اختلاط الدنانير بمثلها عند المفلس قبل نقد الثمن للبائع]:

قوله: (ومن ابتاع من رجل دنانير) (9) مثاله أن يشتري منه دنانير بعرض ويقبض الدنانير، ولم يدفع له العرض وأفلس، ثم قيم عليه على قرب، فصاحب الدنانير أحق بها، لأنه لم يتصرف فيها بعد، وهي كالسلعة، وقال: المخالف: ليست الدنانير والدرهم كالسلع، لأنها لا تتميز أعيانها، فقبضها تفوت، ورأى مالك أنها وإن اختلطت بدنانير مثلها فلا تفوت بذلك، لأن العين لا تراد لأعيانها، بل لمنفعتها، فهي وأمثالها سواء،

(1) سقطت من (و).

(2) في (و) و (غ) بدنانيرين ونصف.

(3) في (و) تسعة.

(4) وذلك إذا باع البائع أمة فولدت عند المشتري، ثم ماتت وبقي الولد. ينظر المصدر السابق.

(5) سقطت من (و).

(6) في هذه الحالة ((كان له أخذ الباقي منهما بحسابه من الثمن)). المصدر السابق: 251/2.

(7) يفرق ويكسر. ينظر لسان العرب، مادة: فضض.

(8) الموجود.

(9) وذلك إذا خلطها المشتري في كيسه ولم ينقده ثم أفلس، فالبايع أحق بمقدارها من سائر غرمائه. ينظر المصدر السابق.

فَيَجْعَلُهُ (1) إِيَّاهَا فِي كَيْسِهِ وَإِخْتِلَاطِهَا بِمِثْلِهَا؛ لَا تَقُوتُ إِلَّا بِخَلْطِهَا بِرَدِيئَةٍ، وَلَا تَتَمَيَّزُ عَنْهَا، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى الْمُحَاصَّةِ.

ويمكن أن يُرِيدَ بَبَيْعِ الدَّنَائِيرِ الصَّرْفَ، وَصُورُهُ ذَلِكَ أَنْ يَتَعَاقَدَا عَلَى مَا يَنْبَغِي مِنَ الْمُنَاجَزَةِ، فَجَعَلَ الصَّيْرَفِيُّ الدَّنَائِيرَ وَخَلَطَهَا خَطًّا، ثُمَّ فِي الْحَالِ فَلَسَ، فَهَذَا أَحَقُّ بِدَّنَائِيرِهِ، وَلَا يَضُرُّ خَلْطُهَا، لِأَنَّهَا (2) مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ، وَالْمِثْلِي (3) يَقُومُ مَقَامَ الْمِثْلِي (4)، وَكَذَلِكَ جِرَار (5) الزَّيْتِ.

وَقَالَ أَشْهَبُ: هَذَا صَرْفٌ فَاسِدٌ، لِأَنَّهُ يَتَأَخَّرُ وَإِنْ لَمْ يَدْخُلَا عَلَيْهِ، فَصَارَ الصَّيْرَفِيُّ بِوَضْعِ يَدِهِ عَلَى الدَّنَائِيرِ مُتَعَدِّيًّا، فَصَارَتْ فِي ذِمَّتِهِ، فَلَزَمَهُ غُرْمُهَا.

[إِخْتِلَاطُ الزَّيْتِ عِنْدَ الْمُفْلِسِ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ لِلْبَائِعِ:]

وَكَذَلِكَ إِذَا اشْتَرَى زَيْتًا فَجَعَلَهُ فِي جِرَارٍ، وَخَلَطَهُ مَعَ زَيْتِ مُمَاتِلَةٍ، فَإِنَّ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ كُلَّهَا سِوَاهُ، إِلَّا أَنْ يَخْلُطَهُ بِزَيْتٍ [مَخَالَفَ] (6) لَهُ طَيِّبًا وَلَوْ نَا، فَإِنَّهُ يَفُوتُ بِذَلِكَ، وَيَرْجِعُ إِلَى الْمُحَاصَّةِ.

[التَّفَرُّقَةُ فِي الْحَدِيثِ بَيْنَ الْمُفْلِسِ وَالْمَيِّتِ بِوُجُودِ السَّلْعَةِ عِنْدَهُمَا:]

وَمَعْنَى أُسْوَةِ الْغُرَمَاءِ: أَنَّهُ يَتَأَسَّى بِهِمْ وَيَتَأَسَّوْنَ بِهِ فِي الْمُحَاصَّةِ، وَالْفَرْقُ الْحَدِيثُ (7)، وَهُوَ فِي الْمَوْتِ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ، وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى خَرَابُ [ذِمَّة] (8) الْمَيِّتِ بِالْجُمْلَةِ، بِخِلَافِ الْحَيِّ، لِأَنَّ الْحَيَاةَ مَظْنَّةَ التَّكْسُّبِ الَّذِي هُوَ مَظْنَّةُ الْمَالِ.

[وُجُودُ مَالِ الْمُقْرِضِ عِنْدَ الْمُقْتَرِضِ الْمُفْلِسِ:]

لَوْ أَقْرِضَهُ عَيْنًا ثُمَّ أَفْلَسَ، ثُمَّ وَجَدَ ذَلِكَ الْعَيْنَ، فَإِنْ قِيلَ: إِنَّ الْقَرْضَ بَيْعٌ لِأَنَّهُ نَقْلُ مِلْكٍ إِلَى مِلْكٍ بِعَوَضٍ (9)؛ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ، وَإِلَّا فَهُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ.

(1) فِي (و) فَيَجْعَلُهُ.

(2) فِي (و) لِأَنَّهُ.

(3) فِي (و) الْمِثْلُ.

(4) فِي (و) الْمِثْلُ.

(5) فِي (و) جِرَاتِ.

(6) وَرَدَتْ (مَخَالَفَا) فِي النُّسخَتَيْنِ.

(7) الْحَدِيثُ الْمُتَقَدِّمُ ((أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ سِلْعَتَهُ ثُمَّ أَفْلَسَ الْمُشْتَرِي فَصَاحِبُ السِّلْعَةِ أَحَقُّ بِهَا)). وَقَدْ تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ. وَالْفَرْقُ فِيهِ بَيْنَ مَنْ يَجِدُ سِلْعَتَهُ عِنْدَ الْمَيِّتِ وَلَا وَفَاءَ فِي مَالِهِ، وَبَيْنَ مَنْ يَجِدُهَا عِنْدَ الْمُفْلِسِ.

(8) فِي (و) دِيَّةٌ، وَفِي (غ) مُضْطَبَّةٌ.

(9) فِي (غ) بَغِيرِ عَوَضٍ.

[حقُّ البائع في سلعته عند المشتري وإن لم يقبضها حتى مات المشتري]:

قوله: (فَلَهُ أَخْذُهَا بَعْدَ مَوْتِهِ)⁽¹⁾ لَأَنَّهَا لَمَّا حُكِمَ لَهَا بِهَا تَعَيَّنَ عَلَيْهِ أَخْذُهَا، وَعَلَى الْغَرْمَاءِ دَفْعُهَا لَهُ، وَإِنَّمَا تَرَكَهَا أَمَانَةً عِنْدَهُ، لِأَنَّهَا بِالْحُكْمِ صَارَتْ تَحْتَ ضَمَانِهِ، وَهَذَا بِخِلَافِ الْهَبَةِ يَتْرُكُهَا عِنْدَ وَاهِبِهَا حَتَّى يَمُوتَ الْوَاهِبُ، فَإِنَّهَا تَبْطُلُ، لِأَنَّ الْوَاهِبَ يُتَّهَمُ أَنْ يَكُونَ⁽²⁾ أَرَادَ بِالْهَبَةِ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَذَا الْمَالِ فِي حَيَاتِهِ، وَيَرْوِيهِ⁽³⁾ عَنِ الْوَرِثَةِ بَعْدَ مَوْتِهِ أَيْ⁽⁴⁾ يَجْعَلُهُ وَصِيَّةً⁽⁵⁾؛ فَلَا يَصِحُّ لَا فِي رَأْسِ مَالِهِ، لِأَنَّهُ لَمْ يُنْفِذْهُ فِي حَالِ حَيَاتِهِ، وَلَا فِي ثَلَاثِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ أَنْ يَكُونَ فِي ثَلَاثِهِ.

[الاختلاف في ضمان مال المُفلس قبل بيعه وبعده]:

قوله: (فَعَلَى الْمُفْلِسِ ضَمَانُهُ)⁽⁶⁾ لِأَنَّ الْحَاكِمَ إِنَّمَا يَبِيعُ عَلَى الْمُفْلِسِ بِالنِّيَابَةِ عَنْهُ، فَإِذَا تَلَفَ فِي يَدِهِ قَبْلَ النِّبْعِ فِيمَنْزِلَةِ تَلَفِهِ عِنْدَ وَكِيلِهِ، وَيَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَبِيعُهُ عَلَى مَلِكِ الْمُفْلِسِ، أَنَّ لَهُ مَا زَادَ فِيهِ، وَعَلَيْهِ مَا نَقَصَ، وَلَوْ طَرَأَ لَهُ مَالٌ آخَرَ دَفَعَ مِنْهُ وَرَدَّ ذَلِكَ. وَإِذَا بَاعَهُ فَتَلَفَ ثَمَنُهُ⁽⁷⁾ فِي ذَلِكَ خِلَافٌ، وَهُوَ فِي ((تَحْقِيقِ مَنَاطٍ))؛ وَهُوَ هَلْ قَبِضُهُ لِثَمَنٍ مَا بَاعَ بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عَنِ الْبَائِعِ، لِأَنَّ الْقَبْضَ سَبَبُهُ الْبَيْعُ، فَكَأَنَّهُ يَقْبِضُ عَنْهُ أَوَّلًا، ثُمَّ يَدْفَعُ إِلَى الْغَرْمَاءِ فِي ثَانِي حَالٍ، أَوْ هَلْ قَبِضُهُ لِثَمَنٍ مَا بَاعَ بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عَنِ الْغَرْمَاءِ؟ فَإِنْ كَانَ عَنْهُمْ فَكَأَنَّهُ وَكَّلُوهُ عَلَى ذَلِكَ، وَتَلَفَ فِي يَدِ وَكِيلِهِمْ، فَيَكُونُ مِنْهُمْ عَلَى هَذَا.

قوله: (إِذَا كَانَ مَالُهُ ذَهَبًا)⁽⁸⁾ معناه أن يكون لهم عليه⁽⁹⁾ مائة دينار وألف درهم، وَيُبَاعَ لَهُ بِخَمْسِينَ دِينَارًا، أَوْ بِخَمْسِ مِائَةِ دَرَاهِمٍ، فَيَتَعَلَّقُ حَقُّ مَنْ لَهُ الْعَيْنُ بِالْعَيْنِ، وَمَنْ لَهُ الْوَرَقُ بِالْوَرَقِ سَاعَةَ الْقَبْضِ وَقَبْلَ⁽¹⁰⁾ الدَّفْعِ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَدْفَعُ لِرَبِّ الْعَيْنِ عَيْنٌ، وَلِرَبِّ الْوَرَقِ وَرَقٌ، فَإِنْ تَلَفَ الذَّهَبُ عِنْدَ الْحَاكِمِ فَتَلَفُهُ مِمَّنْ لَهُ ذَهَبٌ، وَيَأْخُذُ مَنْ لَهُ الْوَرَقُ الْوَرَقَ، وَكَذَلِكَ الْعَكْسُ، وَهَذَا يَرِيدُ ابْنُ الْجَلَابِ، أَعْنِي أَنْ يَكُونَ قَدْرُ الذَّهَبِ الَّذِي نَضَّ

(1) وذلك إذا وجد البائع سلعته عند المشتري بعد إفلاسه ولم يقبضها حتى مات المشتري فله أخذها. ينظر المصدر السابق.

(2) في (غ) يبين.

(3) زوى: جمع وقبض. ينظر لسان العرب مادة: زوى.

(4) في (و) أن.

(5) وصية للموهوب له.

(6) وذلك ((إذا جمع الحاكم مال المُفلس لبيعه لغرمائه، فتلف قبل بيعه)). المصدر السابق.

(7) باعه الحاكم وتلف ثمنه بعد البيع.

(8) إذا كان مال المُفلس ذهباً ودينه كذلك، وتلف بعد جمعه؛ فضمانُ الذهب ممَّنْ له مِنَ الغرماء على المُفلس الذهب. ينظر المصدر السابق: 252/2.

(9) سقطت من (و).

(10) في (و) وقيل.

للمُفْلِسِ مثل ما عليه منه، (وَمِنْ الْوَرَقِ مِثْلُ مَا عَلَيْهِ مِنْهُ)⁽¹⁾.

وأما لو كان عليه من الدنانير مائة وخمسون ديناراً والمسألة بحالها، ثُمَّ تَلَفَ الذَّهَبَ؛ كان⁽²⁾ من أهل الذَّهَبِ، فيسقط عن المُفْلِسِ ثُلُثُ ما لهم من الذَّهَبِ عليه⁽³⁾، ثم يأخذ أهلُ الْوَرَقِ ما يُقَابِلُ ثُلُثَ ما لهم عليه من الْوَرَقِ، ويبقى ثُلُثُ الْوَرَقِ الَّذِي نَصَّ لِلْمُفْلِسِ يَتَخَاصُّ فِيهِ أَهْلُ الذَّهَبِ وَالْوَرَقِ، فلو تَلَفَ هذا الباقي؛ كان ما يُقَابِلُ أَهْلَ⁽⁴⁾ الْوَرَقِ مِنْهُ سَاقِطاً مِنْ دَيْنِهِمْ⁽⁵⁾ لَأَنَّهُ [مِنْهُمْ]⁽⁶⁾ على ما تَقَدَّمَ لا يرجعون به، وما يُقَابِلُ أَهْلَ الذَّهَبِ مِنْهُ بِمَنْزِلَةِ سِلْعَةٍ يَحْتَاجُ الْحَاكِمُ بَعْدُ إِلَى تَصْرِيْفِهِ، لِيَدْفَعَ لَهُمْ ثَمَنَهُ، فيكون تَلْفُهُ مِنَ الْمُفْلِسِ.

[توجيه اختلاف الروايات في ضمان مال المُفْلِسِ]:

قوله: (وَإِذَا وَقَفَ الْإِمَامُ مَالَ مُفْلِسٍ لِيَقْضِيَهُ غُرْمَاءَهُ⁽⁷⁾)⁽⁸⁾ هذه المسألة ثبتت في بعض النسخ، وقيل: إنها تَكَرَّرَ (لِلْمُتَقَدِّمَةِ⁽⁹⁾) وقيل: ليست تَكَرَّرَ⁽¹⁰⁾ وإنما الْمُتَقَدِّمَةُ أن يكون الْمَوْجُودُ لِلْمُفْلِسِ غُرُوضاً يَحْتَاجُ إِلَى بَيْعِهَا وَدَفْعِ ثَمَنِهَا إِلَى أَرْبَابِ الدُّيُونِ. وهذه معناها: أن يُوجَدَ لِلْمُفْلِسِ مِثْلُ ما عليه مِنَ الْأَنْوَاعِ، مِثْلُ أن يكون عليه دراهم ودنانير وغُرُوض في ذمته موصوفة مِنْ سَلَمٍ، ويوجد له مثل ذلك، فلا يحتاج الحاكم إلى بَيْعِ شيء منها، ولكن يَدْفَعُ لِكُلِّ غَرِيمٍ مِثْلَ ما له عليه.

فَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى⁽¹¹⁾ - إنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ مِنْ مَالِ الْمُفْلِسِ - ما قُلْنَا: من أنَّ الحاكم نَائِبٌ عَنِ الْمُفْلِسِ فِي الدَّفْعِ عَنْهُ لَغُرْمَائِهِ، فما هلك عند الحاكم من ذلك فَعَلَى ضِمَانِ الْمُفْلِسِ.

وَوَجْهُ الثَّانِيَةِ - إنَّ ذَلِكَ كُلَّهُ مِنَ الْغُرْمَاءِ - أَنَّهُ نَائِبٌ عَنْهُمْ فِي الْإِثْرَاعِ مِنْ يَدِ الْمُفْلِسِ وَالدَّفْعِ عَنْهُمْ، فهو مالٌ هَلَكَ بِيَدِ وَكِيلٍ مَنْ هُوَ لَهُ.

(1) ما بين القوسين سقط من (و).

(2) الضمان.

(3) في (غ) عليهم.

(4) في (غ) كان أهل.

(5) في (و) ديتهم.

(6) في (و) متهم، وفي (غ) مضبية.

(7) في (و) عرماه.

(8) كما قال المصنف: هذا ليس موجوداً في جميع النسخ، كما أنه ليس في المتوفّر المطبوع. ينظر

التفريع: 252/2.

(9) المراد بها المسألة المتقدمة التي فيها تضمين مال المُفْلِسِ، والتي ذكرها قبل قليل.

(10) ما بين القوسين سقط من (و).

(11) توجد ثلاث روايات في المذهب. ينظر المصدر السابق.

وجهه الثالثة - إنَّ العُرُوض من المُفْلِس، والعَيْن من الغَرَماء - ما قلنا: مِن أَنَّ (1) العُرُوض تَحْتَاجُ إِلَى بَيْعٍ، فلا يَتَعَلَّقُ للغَرَماء حَقٌّ فِي أَغْيَانِهَا، بل (2) فَمَهُمَا... (3) لم يَبِيعْهَا فَهِيَ عَلَى ذِمَّةِ المُفْلِس، والعَيْن لا تَحْتَاجُ إِلَى بَيْعٍ، فَقَدْ تَعَلَّقَ حَقُّ الغَرَماء بِهِ بِنَفْسِ انْتِزَاعِهِ مِنَ المُفْلِس.

[الصَّانِعُ كَالْبَائِعِ أَحَقُّ بِسِلْعَتِهِ مِنَ الغَرَماء بِالموت أو الإفلاس]:

قوله: (فَالصَّانِعُ أَحَقُّ بِالسِّلْعَةِ) (4) لَأَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ رَهْنٍ بِيَدِهِ فِي الْأَجْرَةِ، وَكَمَا أَنَّ الْمُرْتَهِنَ أَحَقُّ بِالرَّهْنِ، فَكَذَلِكَ هَذَا، وَأَيْضًا فَالصَّانِعُ بَاعَ مِنْ رَبِّ السِّلْعَةِ مَنَافِعَ، وَتِلْكَ الْمَنَافِعُ الَّتِي بَاعَ مَوْجُودَةً فِي الثَّوْبِ، فَكَأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ سِلْعَةٍ بَاعَهَا (5) مِنْ مُفْلِسٍ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا مِنَ الغَرَماء.

[صاحب الأرض أَحَقُّ بِالزَّرْعِ مِنَ الغَرَماء بِالموت أو الإفلاس]:

قوله: (فَرَبُّ الْأَرْضِ أَحَقُّ بِالزَّرْعِ) (6) لِأَنَّهُ لَمَّا اكْتَرَى مِنْهُ مَنَافِعَ الْأَرْضِ، وَجَعَلَ فِيهَا سِلْعَةً حَازَتْ الْأَرْضُ تِلْكَ السِّلْعَةَ وَحَوَّثَهَا، وَهِيَ عَلَى مِلْكِ رَبِّهَا، فَكَانَ الزَّرْعُ الْمُودَعُ فِيهَا تَحْتَ حَوْزِ رَبِّهَا، وَكَأَنَّهُ بَاعَ مِنْهُ تَنْمِيَةَ الزَّرْعِ فِيهَا بِثَمَنٍ مَعْلُومٍ، وَرَهْنٌ عِنْدَهُ هَذِهِ السِّلْعَةُ فَهُوَ (7) أَحَقُّ بِهَا، وَكَأَنَّهُ يُنَمِّي لَهُ الزَّرْعَ بِيَدِهِ بِمَنْزِلَةِ صَنْعَةٍ لَهُ، فَكَانَ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ السِّلْعَةِ عَمَلٍ فِيهَا عَمَلًا لَهُ أَثَرٌ.

فَإِنْ كَانَ الزَّرْعُ لَمْ يَبْدُ صِلَاحُهُ وَقَدْ مَحَاصَّةً، أَوْ كَانَ الرَّهْنُ ثَمَرًا لَمْ يَبْدُ صِلَاحُهُ؛ فَإِنَّهُ يَدْخُلُ مَعَهُمْ فِي الْمَحَاصَّةِ، مَخَافَةَ أَنْ يُصِيبَ الزَّرْعُ أَوْ الثَّمَرُ جَائِحَةً فَيَتَلَفُ، وَمَا بَقِيَ لَهُ يَنْتَظَرُ بِهِ بُدْؤَ الصِّلَاحِ فَيَسْتَكْمِلُ مِنْهُ مَالَهُ، وَيَرُدُّ الْبَاقِي عَلَى الغَرَماء.

[رَبُّ الدَّارِ أَحَقُّ بِبَاقِي الْأَجْرَةِ بِمَوْتِ الْمُكْتَرِي أَوْ إِفْلَاسِهِ]:

قوله: (فَرَبُّ الدَّارِ أَحَقُّ بِمَا بَقِيَ مِنْ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ) (8) لِأَنَّهُ بَاعَ مِنْهُ مَنَافِعَ يَسْتَوْفِيهَا

- (1) سقطت من (و).
- (2) سقطت من (و).
- (3) مقدار كلمة مضرب من (غ) وسقط من (و). والكلام فيه بتر إلا أن المعنى مفهوم من السياق؛ وهو أن العروض لا تتعلق بها ذمة الغرماء طالما لم يبيعه.
- (4) ((ومن استؤجر على صناعة في سلعة... ثم أفلس رب السلعة؛ فالصانع أحق بالسلعة حتى يقبض أجرته)). المصدر السابق.
- (5) والبائع أحق بسلعته من غيره كما تقرر سابقاً، وثبت بالحديث المتقدم.
- (6) في مكثري الأرض للزراعة إذا ((مات أو أفلس قبل أن ينقد أجرته)). المصدر السابق.
- (7) أي المرتهن، وهو هنا صاحب الأرض.
- (8) وذلك ((إذا استأجر داراً سنة ولم ينقد أجرته وسكنها بعض السنة، ثم أفلس أو مات)). المصدر السابق: 253/2.

شيئاً شيئاً، فما استوفى منها حاصَّ بَثْمِهِ، وما بقي بمنزلة سلعة له⁽¹⁾ وجدها عنده، فهو أحقُّ بها، فيأخذها بحساب الكراء، وإن تفاضل كراء الشهور فينظر قيمتها متفرقة، ويعلم كم يجب لما بقي من كرائها، وإن أكرهاها منه لسنة باثني عشر، قبض منها سنة، ثم أفلس بعد مضي سنة أشهر، فإن شاء حاصَّ بالسنة الباقية، وإن شاء⁽²⁾ ردَّ له ثلاثة ممَّا قبض وأخذ باقي⁽³⁾ المدة، و حاصَّ بالثلاثة التي ردَّ، لأنَّ السنة التي قبض ليست أجره نصف العام الذاهب، بل لكل شهر نصف، كمسألة العبدَيْن المتقدِّمة⁽⁴⁾.

[الفرق بين الحَمَال والصَّانِع وبين الرَّاعي والحارس في إفلاس ربِّ المال]

قوله: (وَمَنْ اسْتَوْجَرَ عَلَى رَعِي غَنَمٍ أَوْ حَفِظَ مَالًا)⁽⁵⁾ الفرق بين هذا وبين الصَّانِع، أنَّ هذا⁽⁶⁾ عَمِلَ في المَتَاع صنعة لها تأثير، وهي بمنزلة سلعة، فكان أحقُّ بها من سائر الغرماء، وكذلك الَّذي يَحْمِلُ المَتَاع على دابَّته إلى بلد آخر، لأنَّ الغالب فيما ينتقل من المَتَاع إلى البُلْدَان أن يزيد ثمنه، فصار كأنه أثر في عينه، فكان أحقَّ يد من الغرماء، والرَّاعي لم⁽⁷⁾ يؤثِّر في الغنم، وإنَّما المرادُ منه جفُظُها خاصَّة، ورعيُّها فعلٌ لها، لا من فعل الرَّاعي، فلم يكن أحقُّ بها، وكذلك المَتَاع الَّذي يحفظه بنفسه أو في منزله وإن حازه، لأنَّه لا تأثير له فيه، فلا يكون أحقُّ به.

[حُكْم الصَّدَاق إذا أفلس الزوج أو مات:]

قوله: (وَلِلْمَرْأَةِ أَنْ تُحَاصَّ غُرْمَاءَ زَوْجِهَا)⁽⁸⁾ وَجْهٌ أَنَّهَا تُحَاصِّهِمْ مُطْلَقًا⁽⁹⁾ بَيِّنٌ، لأنَّ صَدَاقَهَا دَيْنٌ في ذِمَّتِهِ كسائر الديون، وهذا القول إنما وَقَعَ في (المُدَوَّنَةِ) لِابْنِ الْقَاسِمِ فيكون له في المسألة قولان، ونسبه ابنُ الجَلَّابِ لغيره⁽¹⁰⁾ يُريدُ به أَشْهَبُ. وَجْهُ الفَرْقِ بين الموت والفلس⁽¹¹⁾، أنَّ الغرماء يقولون لها: نحن أحقُّ بماله

- (1) سقطت من (و).
- (2) أي أراد باقي المدة من غير محاصصة، ردَّ ثلاثة التي قبض مُقَابِلِ السَّنةِ الأشهر الأولى، لكل شهر نصف، إذا قسمت السَّنة التي استلمها على السَّنة.
- (3) في (و) بقي.
- (4) تقدَّمت قبل قليل في فقرة سابقة بعنوان [قبضُ البائع جزءاً من ثَمَنِ عبيدين ثم أفلس المشتري بعد فوت أحدهما].
- (5) ((فالأجير أسوة غرمائه، ولا سبيل له إلى الغنم أو المتاع)). المصدر السابق.
- (6) أي الصَّانِع.
- (7) سقطت من (غ).
- (8) ((وللمرأة أن تحاصَّ غرماء زوجها إذا أفلس بصداقها)). المصدر السابق.
- (9) في الفلس والموت.
- (10) ينظر المصدر السابق.
- (11) في (و) المفلس.

منك، لأنَّ هذا المَالَ الَّذِي بيده، إمَّا أن يكون عَيْنُ أموالنا، أو عَوْضًا مِنْ مَالِنَا نَشَأُ عنها، وأنتَ لا شيء لك فيه بوجهٍ. وحاصَّت في المُفْلِس، لأنَّ الذِّمَّة لم تخرب⁽¹⁾ بالجُمْلَة.

وفيها قولٌ ثالثٌ: لا تحاصُّ فيهما⁽²⁾، لأنَّ الصَّدَاق إنَّما هو التِّزَام عن غير عَوْض، وإلَّا فالْبُضْع⁽³⁾ يَحِلُّ بِرُبْع دينار، وقد يكون قبل الدُّخُول⁽⁴⁾، وكذلك يكون الحُكْم في أرش الجَنَاية⁽⁵⁾.

[حكم إقرار المُفْلِس بإدخال دائن على الغرماء بعد فلسه]:

قوله: (لَمْ يُقْبَلْ ذَلِكَ عَلَى غَرْمَائِهِ)⁽⁶⁾ لأنَّه يُتَّهَم أن يزوي بعض مَالِه عنهم، غير أنَّه لا يبطل إقراره، لأنَّه (لا يُتَّهَم)⁽⁷⁾ على تَعْمِير ذِمَّتِه، فيَتَّبَعُه المُقَرُّ له بما أَقَرَّ له به، فإن طرأ له مَالٌ ثانٍ غير هذا الَّذي اتُّهَم فيه؛ أُخِذَ منه.

[بيع المُفْلِس بعد إفلاسه وقبل الحَجْر عليه]:

قوله: (وَبِيعَ المُفْلِسُ وَابْتِئَاعُهُ جَائِزٌ)⁽⁸⁾ يعني هنا بالمُفْلِس الَّذي اسْتَعْرِفَت الدُّيُون مَالَه، وظَهَرَت أَمَارَاتُ الفَلْس عليه، ولكنَّه مع ذلك لم يُحَجَّر⁽⁹⁾ عليه، وكذلك لو رُفِع أمرُه إلى الحاكم ولم يحكم بالحَجْر بَعْدُ، فسَمَّاه مُفْلِسًا بما يُوَوِّلُ إليه، كقوله تعالى: ﴿فَقَدْ رَأَيْتُمُوهُ وَأَنْتُمْ تَنْظُرُونَ﴾⁽¹⁰⁾ يعني أسباب الموت من القَتْل والجَرْح⁽¹¹⁾، وإنَّما قلنا ذلك؛ لأنَّه إذا حُجِر عليه فلا يجوز له أن يتصرَّف في ماله البتَّة.

قوله: (إِذَا لَمْ يُحَابِ)⁽¹²⁾ (13) لأنَّه يُؤدِّي ذلك إلى إتلاف حُقُوق الغرماء.

[هبة المُفْلِس وصدقته وعتقه]:

قوله: (وَلَا تَجُوزُ هِبَتُهُ)⁽¹⁾ أي لا تجوز أن يتبرَّع بشيء من غير عَوْض، لئلا

(1) ذِمَّة المُفْلِس تكون مَعِيْبَةً، ولا تخرب بالإفلاس، وإنَّما تخرب بالموت.

(2) لا في الفلْس ولا في الموت.

(3) في (و) المبضوع.

(4) في (غ) الدخول. قد يكون الإفلاس أو الموت قبل الدُّخُول.

(5) يكون كالقول في الصداق إنَّه بغير عَوْض.

(6) وذلك ((إذا أَقَرَّ المُفْلِس بدين بعد فلسه.... ووجب ما أَقَرَّ به في ذِمَّتِه)). ينظر المصدر السابق: 254/2.

(7) في (غ) يتهم.

(8) المصدر السابق.

(9) يُمنَع من نفاذ التصرُّفات القولية. ينظر طُلُبة الطلبة: 292.

(10) آل عمران: 143.

(11) في (و) والجرح.

(12) في (و) يجاب.

(13) ((وبيع المُفْلِس... جائزٌ على غرمائه؛ إذا لم يحاب في بيعه وشرائه)). التفريع: 254/2.

يُتْلَف جميع ماله، فيؤدِّي إلى إبطال حُقوق الغُرَماء.

[عَتَقُ وَهَبَهُ وَصَدَقَهُ الْمَدْيَانُ]:

قوله: (وَكَذَلِكَ الْمَدْيَانُ الَّذِي لَمْ يُفْلَسْهُ غُرَمَاؤُهُ)⁽²⁾ يعني الَّذِي اسْتَعْرِقَتْ الدُّيُونُ مَالَهُ، لكن لم تَظْهَر أَمَارَاتُ الْفُلْسِ فيه، مثل أن يكون تَجَرُّهُ قَوِيًّا وَرُبْحُهُ قَانِمًا، فَإِنَّهُ هُوَ بَصَدْدُ أَنْ يُؤَدِّي مَا عَلَيْهِ⁽³⁾، بخلاف ما إِذَا ضَعُفَ تَجَرُّهُ، وتَوَالَتْ الْخَسَارَةُ عَلَيْهِ، فهذا وَإِنْ لَمْ تَظْهَر أَمَارَاتُ الْفُلْسِ فيه؛ فهو مع ذلك يُمْنَعُ مِنَ التَّبَرُّعَاتِ بِغَيْرِ عَوَضٍ، لِأَنَّ حُقُوقَ الْغُرَمَاءِ مُتَعَلِّقَةٌ بِمَالِهِ.

[حُكْمُ رَهْنِ الْمُفْلِسِ وَقَضَاءُ بَعْضِ الْغُرَمَاءِ]:

قوله: (وَفِي رَهْنِ الْمُفْلِسِ رَوَايَتَانِ)⁽⁴⁾ يعني الَّذِي لَمْ يُحْجَرِ عَلَيْهِ بَعْدُ، وَلَكِنَّهُ ظَهَرَتْ الْأَمَارَاتُ فِيهِ، وَأَرَادَ هُنَا أَنْ يَرَهْنَ بَعْضَ⁽⁵⁾ غُرَمَائِهِ، فَوَجْهُ الْجَوَازِ أَنَّهُ يُقَلَّلُ مَا عَلَيْهِ مِنَ الدَّيْنِ، وَتَبَرُّراً ذِمَّتُهُ مِنْ ذَلِكَ.

وَوَجْهُ الْمَنْعِ أَنَّ فِي رَهْنِهِ ذَلِكَ تَعْوِيقًا لِذَلِكَ الْمُرْتَهَنِ، لِأَنَّهُ يُوقَفُ فَلَا يَكُونُ فِيهِ رِبْحٌ، وَهُوَ - أَيْضًا - بَصَدْدُ أَنْ يَتْلَفَ عِنْدَ الْمُرْتَهَنِ، وَتَقُومَ بَيِّنَةٌ عَلَى تَلْفِهِ فَيُؤَدِّي إِلَى خَسَارَتِهِ، وَأَمَّا لَوْ رَهْنَ رَجُلًا مِنْ غَيْرِ الْغُرَمَاءِ لِحَقِّ تَعَيَّنِ عَلَيْهِ مِنْ شِرَاءٍ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ، لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا يُتَمَيِّ مَالَهُ، إِذْ يَبْتَغِي بِهِ النَّظَرَ فِي مَالِهِ.

قوله: (وَلَيْسَ لَهُ بَعْدَ الْفُلْسِ أَنْ يَقْضِيَ بَعْضَ غُرَمَائِهِ)⁽⁶⁾ أَي بَعْدَ الْحَجْرِ، لِأَنَّهُ قَدْ تَعَلَّقَ حُقُوقُ جَمِيعِ الْغُرَمَاءِ فِي مَالِهِ، فَلَا يَكُونُ بِهِ بَعْضُهُمْ أَحَقَّ مِنْ بَعْضٍ، وَأَمَّا قَبْلَ التَّحْجِيرِ فَيَجُوزُ، لِأَنَّهُ يُقَالُ بِذَلِكَ الدُّيُونِ الَّتِي عَلَيْهِ.

[حُكْمُ مُحَاصَّةِ السَّيِّدِ غُرَمَاءَ عَبْدِهِ إِذَا أَعْتَقَهُ عَلَى مَالِ فَاؤُلُسِ]:

قوله: (لَمْ يُحَاصَّ السَّيِّدُ بِدَيْنِهِ غُرَمَاءَهُ)⁽⁷⁾ لِأَنَّهُمْ يَقُولُونَ لَهُ: الْمَالُ الَّذِي بِيَدِهِ إِمَّا أَنْ يَكُونَ عَيْنَ أَمْوَالِنَا، أَوْ بَقِيَّةً مِنْهَا، أَوْ نَشَأَ عَنْهَا، وَمَالُكَ عَلَيْهِ لَيْسَ كَذَلِكَ، وَلِأَنَّهُ لَيْسَ

(1) لَا تَجُوزُ هَبَةُ الْمُفْلِسِ ((وَلَا عِتْقُهُ وَلَا صَدَقَتُهُ إِلَّا بِإِذْنِ غُرَمَائِهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(2) حَكَمَهُ فِي ذَلِكَ حُكْمُ الْمُفْلِسِ ((فِي عِتْقِهِ وَصَدَقَتِهِ وَهَبَتِهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(3) يَظْهَرُ مِنْ هَذَا التَّقْسِيمِ، أَنَّ النَّوْعَ الْأَوَّلَ - الَّذِي تَجَارَتُهُ قَائِمَةٌ - يَخْتَلِفُ حُكْمُهُ عَنِ الْمَدْيَانِ الَّذِي بَعْدَهُ، وَفِي التَّفْرِيعِ لَمْ يُفَرَّقْ، وَقَالَ: لَا تَجُوزُ هَبَتُهُ وَلَا صَدَقَتُهُ. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقُ. وَفِي الْمَدُونَةِ: 411/2 فِيهَا مَا يُوَافِقُ الْقِسْمَ الْأَوَّلَ الَّذِي ذَكَرَهُ الْمَصْنُفُ، قَالَ مَالِكٌ - رَحِمَهُ اللَّهُ -: ((إِذَا كَانَ عَلَى الرَّجُلِ دَيْنٌ، وَكَانَ عِنْدَهُ كِفَافٌ دَيْنُهُ سِوَى عَبْدِهِ، فَأَعْتَقَ عَبْدَهُ؛ جَازَ عِتْقُهُ)). وَجْهُ الشُّبْهِ بَيْنَهُمَا أَنَّهُمَا قَادِرَانِ عَلَى أَنْ يُؤَدِّيَا مَا عَلَيْهِمَا.

(4) الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(5) أَنْ يَرَهْنَ بَعْضَ غُرَمَائِهِ سَلْعَةً أَوْ أَيِّ شَيْءٍ آخَرَ.

(6) الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(7) وَذَلِكَ إِذَا أُعْتِقَ سَيِّدٌ ((عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ، ثُمَّ أَفْلَسَ الْعَبْدُ قَبْلَ أَدَائِهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

كالديون، لأنه كان لك أن تعتقه دون أن تشتري عليه مالا، وكان لك أن تلزمه ذلك المال دون عتق، فقد خرج عن حكم الديون، فلا يدخل معهم في المحاصة، وكذلك لا يخاصهم بالكتابة⁽¹⁾ لذلك المعنى، وما بقي للغرماء قبله⁽²⁾ اتبعوه به، فإذا فرغت ديونهم اتبعه السيد بماله.

[المقترض لإحياء الزرع أولى به من باقي الغرماء إذا أفلس المقترض]:

قوله: (فَالثَّانِي أَحَقُّ بِالزَّرْعِ مِنَ الْأَوَّلِ)⁽³⁾ لأنه إنما حيي بماله، ولولاه يبس، فإذا انتصف⁽⁴⁾ كان الأول أحق بما بقي من الزرع من سائر الغرماء، لأنه - أيضا - قد حيي قبل⁽⁵⁾ ماله، وعلى هذه المسألة⁽⁶⁾ خرجت الرواية⁽⁷⁾ الثالثة في باب الزكاة، فيما سقي سقيا⁽⁸⁾ ونضحا⁽⁹⁾ واختلف سقياه⁽¹⁰⁾، فقد تقدم هناك أنه ينظر إلى الذي حيي به الزرع، فيعمل عليه، وقيل: يؤخذ منه على النسبة، وقيل: ينظر الأكثر، فيؤخذ بحسابه.

[تعدد الإفلاس وتعدد الغرماء]:

قوله: (فَالْغُرْمَاءُ الْآخَرُونَ أَحَقُّ بِمَالِهِ)⁽¹¹⁾ - الحاصل من معاملة الآخرين - من الأولين، لأن الآخرين يقولون: هذا المال الذي بيده، إنما هو بقايا أموالنا أو نشأ عنها، ثم كذلك إن عامل آخرين يختصمون بموجوده⁽¹²⁾ إلى⁽¹³⁾ ما لا نهاية له، فإذا طرأ له مال من وجه آخر؛ استوفى الجميع فيه.

- (1) لا يخاص السيد غرماء مكاتبه إذا أفلس وعجز عن الأداء.
- (2) قبله: عنده. ينظر لسان العرب، مادة: قبل. والمراد ما بقي للغرماء في ذمته.
- (3) فالثاني أحق من المقترض الأول، إذا لم يكتف الزرع بما اقترضه الزارع أولا، ثم أفلس. ينظر المصدر. ينظر التفريع: 255/2.
- (4) أي النفع الذي كان له أثر في الزرع وحيي به، والنظر في ذلك للأول والثاني، وأيهما كان ماله أنفع، وله أثر أكبر في الزرع، فإذا انتصف ذلك؛ فالأول أحق بما بقي من الزرع من سائر الغرماء، كما قال المصنف.
- (5) أي حيي الزرع ونمي عند أداء مال الأول.
- (6) في (و) الرواية.
- (7) في (و) المسألة.
- (8) السقي: هو الماء الظاهر الذي يفيض ويجري على وجه الأرض. ينظر طلبة الطلبة: 40، 275 ولسان العرب: مادة سقي.
- (9) في ما كان سقيه عن طريق السانية، وهي الناضحة: البعير أو الناقة يستسقى بهما. ينظر طلبة الطلبة: 41، 42.
- (10) ينظر المدونة: 377/1.
- (11) وذلك ((إذا أفلس فانتزع غرماؤه ماله، ثم دأب الآخرين)). التفريع: 255/2.
- (12) كذا وردت في (و) وفي (غ) مضببة. والمعنى: الموجود من ماله.
- (13) في (و) إلا.

وعند الشافعي يصير كالسفيه⁽¹⁾، مَنْ عَامَلَهُ خَسِرَ، وَحَجَرُ الْفُلْسِ عِنْدَهُمْ كَحَجَرِ السَّفْهِ إِلَى أَنْ يَصْلُحَ حَالُهُ صَلاَحًا عَظِيمًا، فَحِينَئِذٍ تَجُوزُ مُعَامَلَتُهُ.

[تجارة العبد بإذن سيده وإتباع الغرماء له بالإفلاس]:

قوله: (إِذَا اتَّجَرَ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ)⁽²⁾ لَأَنَّهُ إِذَا فَعَلَ ذَلِكَ فَقَدْ أَدْخَلَ عَلَى السَّيِّدِ ضَرَرًا، لِأَنَّ الدَّيْنَ عَلَى الْعَبْدِ عَيْبٌ يَرْجِعُ بِهِ، فَكَانَ لَهُ أَنْ يُعَامِلَهُ بِنَقِيضِ مَقْصُودِهِ، وَيُسْقِطُ الدُّيُونَ عَنْهُ⁽³⁾، وَيَكُونُ ذَلِكَ مُصِيبَةً نَزَلَتْ بِهِمْ إِنْ عَامَلُوهُ دُونَ إِذْنِ سَيِّدِهِ، وَلَا غُذْرَ فِي ذَلِكَ بِجَهْلٍ.

وإن لم يُسْقِطْهُ عَنْهُ بِشَهَادَةٍ - مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: أَشْهَدُكُمْ أَنِّي قَدْ أَسْقَطْتُ الدَّيْنَ عَنْ عَبْدِي - فَإِنَّهُمْ يُتَّبَعُونَ⁽⁴⁾ بَعْدَ الْعِتْقِ بِذَلِكَ، وَلَا يُتَّبَعُونَ بَعْدَ عِتْقِهِ إِنْ أَسْقَطَهُ عَنْهُ، فَإِنْ أَعْتَقَهُ قَبْلَ الْعِلْمِ بِهَا لَزِمَتْ ذِمَّتُهُ، كَمَا يَصِحُّ تَرْوُجُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ إِذَا أَعْتَقَهُ قَبْلَ الْعِلْمِ.

وَأَمَّا إِنْ أَدِنَ لَهُ فِي التَّجَارَةِ فِي مَالِهِ، فَإِنَّهُ يُمْنَعُ مِنْ انْتِزَاعِ مَالِهِ، لِأَنَّ حُقُوقَ الْغُرَمَاءِ قَدْ تَعَلَّقَتْ بِهِ، وَتَكُونُ الدُّيُونَ فِي مَالِ الْعَبْدِ، لَا فِي رَقَبَتِهِ، بِخِلَافِ جِنَايَتِهِ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَبَاحَ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ⁽⁵⁾ فِي مَالِهِ، لَا فِي رَقَبَتِهِ الَّتِي هِيَ مَالُ السَّيِّدِ، وَالْعَبْدُ عِنْدَنَا يَمْلِكُ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: ((مَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ تَبَعَهُ مَالُهُ إِلَّا أَنْ يَسْتَنْتِيهَ))⁽⁶⁾، وَالْأَصْلُ الْحَقِيقَةُ⁽⁷⁾ حَتَّى يَنْبُتَ دَلِيلٌ عَلَى الْمَجَازِ، ثُمَّ لَا يَكُونُ لَهُمْ مِنْ أَخْذِ خَرَاجِهِ شَيْءٌ.

وإن طرأ له مالٌ بهبةٍ أو غيرها، فهل يَخْتَصُّ بِهِ السَّيِّدُ، لَأَنَّهُ إِنَّمَا أَدِنَ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي ذَلِكَ الْمَالِ الْأَوَّلِ، وَإِنَّمَا يَأْخُذُونَ مِنْهُ⁽⁸⁾ إِذَا عَتَّقَ، أَمْ يَتَّبَعُهُ بِهِ الْغُرَمَاءُ، لَأَنَّهُ مَالُهُ، وَقَدْ تَضَمَّنَ إِذْنُهُ لَهُ فِي التَّجَارَةِ تَعَلُّقَ حُقُوقِ الْغُرَمَاءِ بِكُلِّ مَا يَمْلِكُهُ مِمَّا هُوَ مَالٌ لَهُ؟ قَوْلَانِ.

(1) فِي (و) كَالسَّافِينَةِ. وَفِي الْأَمِّ لِلشَّافِعِيِّ خِلَافٌ مَا قَالَ الْمُصَنِّفُ، فَإِذَا طَرَأَ لَهُ مَالٌ بَعْدَ دَفْعِهِ لِلْغُرَمَاءِ، وَأُحْدِثَ بَعْدَ ذَلِكَ دِينًا آخَرَ لْغُرَمَاءٍ آخَرِينَ، فَإِنَّهُمْ جَمِيعًا فِيهِ سَوَاءٌ، الْأَوَّلِينَ وَالْآخَرِينَ، وَلَا يُحَجَرُ عَلَى الْمُفْلِسِ مَرَّةً أُخْرَى، لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنِ الْحَجَرُ عَلَيْهِ لِسَفْهِ، وَانْتَهَى بِوَقْتِ الْبَيْعِ. يَنْظُرُ الْأَمُّ: 211/3.

(2) إِذَا كَانَ كَذَلِكَ ((فَلِلَّسَّيِّدِ أَنْ يُسْقِطَ الدَّيْنَ عَنْهُ)). التَّقْرِيعُ: 255/2.

(3) يَفْسُخُهَا؛ لِأَنَّ لِلَّسَّيِّدِ أَنْ يَفْسُخَ عَنِ الْعَبْدِ مَا أَدَانَهُ بِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ. يَنْظُرُ الْكَافِي: 831/2.

(4) فِي (و) يَتَّبَعُوهُ. فَإِنَّهُمْ يَتَّبَعُونَ ذِمَّةَ الْعَبْدِ مَتَى مَا عَتَّقَ. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(5) فِي (و) يَتَصَرَّفُهُ.

(6) أَخْرَجَهُ الدَّارُ قُطْنِي: 235/5 حَدِيثٌ رَقْمٌ 4244 بَلْفَظٍ قَرِيبٍ مِنْهُ. وَأَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَةٍ: 845/2 حَدِيثٌ رَقْمٌ 2529، وَأَبُو دَاوُدَ: 28/4 حَدِيثٌ رَقْمٌ 3962. كِلَاهُمَا نَحْوُهُ، وَكُلُّهُمَا مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَمْرِو رَفَعَهُ. وَقَالَ الْحَافِظُ ابْنُ حَجَرٍ: إِسْنَادُهُ صَحِيحٌ. يَنْظُرُ فَتْحُ الْبَارِي: 171/5.

(7) أَيُ حَقِيقَةُ الْمُلْكِ لِلْعَبْدِ، وَلَيْسَ اللَّامُ فِي (لَهُ) مَجَازًا أَيْ فِي يَدِهِ، فَالاعتبارُ اعتبارُ الْمُلْكِ لَا اعتبارُ الْيَدِ. يَنْظُرُ حَاشِيَةُ السَّنَدِيِّ عَلَى ابْنِ مَاجَةٍ: 108/2.

(8) فِي (و) بِهِ.

وإذا أراد بَيْعَهُ يُبَيِّنُ أَنَّ عَلَيْهِ دَيْنًا، فيقول: مَنْ يَشْتَرِي عَبْدًا عَلَى أَنَّ عَلَيْهِ دَيْنًا كذا؟.
[مُدَايِنَةُ السَّيِّدِ لِلْعَبْدِ وَأُسْوَتُهُ لِلْغَرَمَاءِ بِإِفْلَاسِ الْعَبْدِ]:
قوله: (فَهُوَ أُسْوَةٌ غُرْمَائِهِ)⁽¹⁾ لَأَنَّ السَّيِّدَ بِمَنْزِلَةِ أَجْنَبِيٍّ مِنْهُ فِي ذَلِكَ، وَهَذَا إِذَا ثَبِتَ
أَنَّهُ عَامِلُهُ بِعَوَضٍ صَحِيحٍ، وَإِلَّا اتُّهِمَ عَلَى ذَلِكَ.

(1) وذلك إذا دَايَنَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ. ينظر التفريع: 255/2.

كتاب الرهن⁽¹⁾

[لا يتعلق الرهن بحقوق الأبدان]:

قوله: (في البيع والقرض والحقوق كلها)⁽²⁾ يعني الحقوق المالية، وأما حقوق الأبدان فلا يجوز الرهن فيها، لأن فائدته أن يستوفي الحق منه عند تعذر أخذه من الغريم، وهذا إنما يتأتى في الحقوق التي في الذمم، وأما في حقوق الأبدان، كالجرح والقتل الذي فيه القود والحدود، فلا يجوز فيها الرهن.

[اشتراط الرهن في البيع وتقدمه عليه]:

قوله: (ومن باع بيعاً واشتراط رهنًا)⁽³⁾ يجوز عندنا الرهن مقارناً للبيع، فيقَعان معاً، ويجوز تقدم الرهن على أن يبيع منه بعد ذلك، ولا يجوز عند الشافعي إلا بعد البيع⁽⁴⁾، لأنه يقتضي (من هو فيه)⁽⁵⁾، فلا بُدَّ من تقديمه.

[لزوم المشتري دفع الرهن إذا اشترط عليه بعينه]:

قوله: (لزم المشتري دفعه إليه)⁽⁶⁾ لقوله - ﷺ - ((المسلمون عند شروطهم))⁽⁷⁾ ولأن الغالب من الرهن أن يضع المرتهن في مقابله من الثمن، كما أن البيع بالنقد أقل ثمنًا منه في النسيئة، لما في الأجل من العَرَر، فيزيد في الثمن في مقابلة ذلك العَرَر، وإذا كان كذلك⁽⁸⁾ فقد تعيّن للمرتهن حق في الرهن⁽⁹⁾.

[حكم إجبار المشتري على دفع الرهن المطلق]:

قوله: (رهنًا مطلقًا)⁽¹⁰⁾ أي غير مُعيّن، ولم (يُجبر المشتري)⁽¹¹⁾ هنا على دفع

(1) محله في الأصل بعد باب الحجر، وقد قدّمه المصنف هنا وخالف الأصل. ينظر المصدر السابق: 256/2، 258.

(2) ((والرهن في البيع والقرض... جائز)). المصدر السابق: 258/2.

(3) ((ومن باع... واشتراط رهنًا بعينه، لزم المشتري دفعه)). المصدر السابق.

(4) يجوز عنده معه أو بعده، لا قبله. ينظر مختصر المزني: 191/8.

(5) كذا وردت في (و) وفي (غ) مضببة. والأقرب أنها (منه ثمنه).

(6) وذلك إذا ((باع بيعا واشتراط رهنًا بعينه)). المصدر السابق.

(7) ذكره البخاري: 92/3 تعليقاً بصيغة الجزم، ورفع بلفظه. وأخرجه أبو داود: 304/3 حديث رقم 3594 من حديث أبي هريرة. والترمذي: 326/3 حديث رقم 1352 من حديث ابن عوف المزني، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح. كلاهما بلفظ (على شروطهم).

(8) إذا كان في الغالب أنه من أجل الرهن يضع المرتهن من الثمن للمشتري، فللمرتهن الحق في أن يشترط رهنًا بعينه، وإلزام المشتري بدفعه.

(9) أي في عينه.

(10) ((فإن اشترط رهنًا مطلقًا، فامتنع المشتري من دفعه إليه؛ فالبائع بالخيار في إمضاء البيع بغير رهن وفي فسخه)). التفریع: 258/2.

(11) في (و) يجز للمشتري.

الرَّهْن، بخلاف الْمُعَيَّن، لَأَنَّهُ قَدْ تَعَيَّنَ حَقُّ الْمُرْتَهَنِ فِي عَيْنِ الرَّهْنِ إِذَا كَانَ مُعَيَّنًا، وَفِي الْمُطْلَقِ هُوَ عَلَى الْأَصْلِ قَبْلَ الرَّهْنِ، فَلَهُ أَنْ يَفْسَخَ الْبَيْعَ، وَيَقُولُ (1): إِنَّمَا رَضِيتُ بِذِمَّتِكَ بِالرَّهْنِ، لَا دُونَهُ، وَفِي (الْمُدَوَّنَةِ) أَنَّ الْمُشْتَرِي يُجْبَرُ (2) عَلَى الرَّهْنِ وَلَا يَفْسَخُ الْبَيْعَ، لَأَنَّهُ عَقْدٌ صَحِيحٌ.

[رَهْنُ السِّلْعَةِ الْمُبَاعَةِ]:

قوله: (وَاشْتَرَطْتُ أَنَّهَا رَهْنٌ إِلَى أَجَلٍ تَمْنِيهَا) (3) سواء كان له أجل، أو كان حالاً، وفي ذلك ثلاثة أقوال:

الْمَنْعُ مُطْلَقًا، لَأَنَّهُ مَنَعَهُ التَّصَرُّفَ فِي الْمَبِيعِ، وَلِأَنَّ الْمُعَيَّنَ إِذَا تَأَخَّرَ قَبْضُهُ لَا يَذَرِي كَيْفَ يَقْبِضُهُ.

وَالْجَوَازُ مُطْلَقًا، كَمَا قَبِضَهُ ثُمَّ رَدَّهُ إِلَيْهِ رَهْنًا فِي الثَّمَنِ.

وَالثَّلَاثُ: التَّفْصِيلُ بَيْنَ مَا لَا يَتَغَيَّرُ سَرِيعًا، كَالدَّارِ وَالْأَرْضِ، فَيَجُوزُ، وَبَيْنَ مَا يَسْرَعُ إِلَيْهِ التَّغْيِيرُ كَالْحَيَوَانِ، فَلَا يَجُوزُ، وَهَذَا الْمَذْكُورُ فِي (الْكِتَابِ) (4).

[ضَمَانُ الرَّهْنِ]:

قوله: (وَالرُّهُونُ عَلَى ضَرْبَيْنِ، مَضْمُونَةٌ وَغَيْرُ مَضْمُونَةٍ) (5) يعني أَنَّهَا عَلَى ضَرْبَيْنِ: مَا يُغَابُ عَلَيْهِ، وَمَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ، فَالَّذِي لَا يُغَابُ عَلَيْهِ، كَالْحَيَوَانِ، لَأَنَّهُ لَا يَخْفَى غَالِبًا، وَكَذَلِكَ الْأَرْضُ وَالشَّجَرُ.

وَالَّذِي يُغَابُ عَلَيْهِ، الْعُرُوضُ كُلُّهَا، وَلَا يُعْتَدُّ فِي ذَلِكَ بِصُورَةٍ نَادِرَةٍ، لِأَنَّ الْحُكْمَ لِلْغَالِبِ (6).

وَفِي ضَمَانِ الرَّهْنِ، لِلْعُلَمَاءِ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

قِيلَ: هُوَ مِنَ الرَّاهِنِ مُطْلَقًا، وَهَذَا لِلشَّافِعِيَّةِ (7)، وَجَهُّهُ قَوْلُهُ - ﷺ -: ((الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ، عَلَيْهِ غُرْمُهُ وَلَهُ غُنْمُهُ)) (8).

(1) البائع.

(2) في (و) يجر.

(3) لا بأس إذا باع سلعة واشترط أنها رهْنٌ بحقه إلى أجل ثمنها. ينظر المصدر السابق.

(4) يريد به التفريع، ينظر المصدر السابق. وينظر المدونة: 149/4.

(5) التفريع: 259/2.

(6) في (و) الغائب.

(7) ينظر الأم: 170/3.

(8) ذكره ابن حجر في التلخيص الحبير: 94/3 حديث رقم 1232 بلفظه مرفوعاً ((لا يُغْلَقُ الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ...)) إلخ الحديث، وعزاه لابن حبان وغيره. وأخرج نحوه ابن حبان في صحيحه: 258/13 حديث رقم 5934، والحاكم نحوه بلفظ قريب جداً في المستدرک: 59/2 حديث رقم 2318 كلاهما من حديث أبي هريرة مرفوعاً. واختلف في رفع قوله ((له غنمه وعليه غرمه)) وأنها من قول سعيد بن

وقال أبو حنيفة: من المرتهن مطلقاً.

ومالكٌ يَفْصِلُ، فما يُغَاب عليه، فضمَّنه من المرتهن، وما لا يُغَاب عليه من الرَّاهِن.

والأصلُ في ذلك قوله - ﷺ - في الأذرع التي استعارها: ((عَارِيَّةٌ مَضْمُونَةٌ))⁽¹⁾ فَحَمَلَهُ الشَّافِعِيُّ عَلَى ظَاهِرِهِ مِنَ الْعُمُومِ، وَقَاسَ عَلَيْهِ الرَّهْنُ⁽²⁾.

ومالكٌ - رَحِمَهُ اللَّهُ - يُخَصِّصُهُ بِمَا يُغَابُ عَلَيْهِ، لِأَنَّهُ ((لَفْظٌ مُطْلَقٌ فِي سَبَبٍ خَاصٍّ)) وَقَاسَ عَلَيْهِ الرَّهْنُ، وَأَبْقَى مَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ مِنَ الرَّاهِنِ وَالْمُودِعِ.

وما يُقْبَضُ مِنْ أَمْلاكِ الْغَيْرِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرُبٍ: إمَّا أَنْ يَكُونَ لِمَنْفَعَةِ الْقَابِضِ لَا غَيْرَ، فَالضَّمَانُ عَلَيْهِ كَالْعَارِيَةِ. أَوْ لِمَنْفَعَةِ الدَّافِعِ، فَضَمَّانُهُ مِنْهُ كَالْوَدِيعَةِ. وَإِمَّا لِمَنْفَعَتِهِمَا، كَالْإِجَارَةِ وَالرَّهْنِ وَالْقِرَاضِ، فَيُنْظَرُ إِلَى أَقْوَاهُمَا، وَالْمُرْتَهِنُ أَقْوَى مَنْفَعَةً، فَعَلَيْهِ الضَّمَانُ، وَرَبُّ الْمَالِ أَقْوَى مَنْفَعَةً، لِأَنَّ الْعَامِلَ إِنَّمَا قَبَضَهُ لِمَنْفَعَةٍ مَوْهُومَةٍ، وَكَذَلِكَ رَبُّ الْمَلِكِ الْمُسْتَأْجِرُ أَقْوَى مَنْفَعَةً، لَكِنْ ضَمَانُ الْمُرْتَهِنِ لِمَا يُغَابُ عَلَيْهِ، إِنَّمَا هُوَ لِأَجْلِ التُّهْمَةِ لَا⁽³⁾ بِالْأَصْلِ، بخلاف قول أبي حنيفة، ومثله يقول⁽⁴⁾ أَشْهَبُ، لَكِنْ فِيهَا يُغَابُ عَلَيْهِ، وَهُوَ أَوْفَقُ لِمُقْتَضَى الْحَدِيثِ فِي الْوَدِيعَةِ⁽⁵⁾.

قوله: ((وَمَنْ ارْتَهَنَ مَا⁽⁶⁾ لَا يُضْمَنُ عَلَى أَنَّهُ ضَامِنٌ لَهُ لَمْ يَلْزَمُهُ))⁽⁷⁾ لقوله - صلى الله عليه وسلم -: ((كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ))⁽⁸⁾ أَي لَا يُؤَافِقُ كِتَابَ اللَّهِ -

المسيب، واختلف في وصله وإرساله ورفع ووقفه. ينظر التلخيص الحبير: 96/3، وعون المعبود: 321/9.

(1) أخرجه أبو داود: 321/3، حديث رقم 3564 من حديث صفوان بن أمية مرفوعاً. وأخرجه الحاكم في المستدرک: 51/3 حديث رقم 4369، من حديث جابر مرفوعاً، وقال الحاكم: حديث صحيح الإسناد، ووافقه الذهبي.

(2) ينظر الأم: 170/3، 250.

(3) سقطت من (و).

(4) يقول بقول أبي حنيفة: إن الضمان على المرتهن بالأصالة وليس بالتُّهْمَةِ، كما سيذكره في الفقرة التالية (في من قامت له بينة على تلف رهن باطن).

(5) لأنه كما تقدّم أَنَّ مَالِكاً - رحمه الله - خَصَّصَ الْعَارِيَةَ الْمَضْمُونَةَ فِيهَا يُغَابُ عَلَيْهِ، وَأَنَّهُ أَبْقَى مَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ فِي الرَّاهِنِ وَالْمُودِعِ، أَمَّا مَا يُغَابُ عَلَيْهِ فَمِنَ الْمُرْتَهِنِ وَالْمُودِعِ إِذَا اتَّهَمَ، خِلَافاً لِأَبِي حَنِيفَةَ وَأَشْهَبَ فِي لَزُومِ الضَّمَانِ بِالْأَصَالَةِ؛ لِلْحَدِيثِ ((عَلَى الْيَدِ ضَمَانٌ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تَرُدَّهُ)). وَسَيَأْتِي تَخْرِيجُهُ.

(6) سقطت من (غ).

(7) التفریع: 259/2.

(8) أخرجه ابن ماجه: 842/2 حديث رقم 2521. والنسائي: 164/6 حديث رقم 3451 كلاهما من حديث عائشة مرفوعاً. وقال الحافظ ابن حجر: حديث متفق عليه. ينظر فتح الباري: 248/13.

تعالى - وقيل: يجوز له ذلك، لأنَّ هذا ليس مِنْ حُقُوقِ الله - تعالى - بخلاف الْوَلَاءِ، لو اشْتَرَطَ الْبَائِعُ أَنْ يَكُونَ لَهُ لَمْ يَجْزُ، لِأَنَّ الْوَلَاءَ كَالنَّسَبِ، فلا يجوز نَقْلُهُ، وَأَمَّا هَذَا فَإِنَّمَا هُوَ مِنْ حُقُوقِ الرَّاهِنِ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ تَلَفَ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ وَلِزِمَهُ ضَمَانُهُ، ثُمَّ أَسْقَطَ عَنْهُ ذَلِكَ الرَّاهِنُ لَجَازَ.

قوله: (وَمَنْ قَامَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ عَلَى تَلَفِ رَهْنٍ بَاطِنٍ)⁽¹⁾ أي يُغَابِ عَلَيْهِ، ففيها روايتان، وَجْهُ الْخِلَافِ، هل الضَّمانُ على الْمُرتَهِنِ بِالْأَصَالَةِ؟ وهو قول أَشْهَبَ - ويحتجُّ بقوله - ﷺ -: ((عَلَى الْيَدِ ضَمَانٌ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تَرُدَّهُ))⁽²⁾ فعلى هذا لا تفيد الْبَيِّنَةُ، ((لأنَّ الْعَمْدَ وَالْخَطَأَ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ سَوَاءٌ))، أو هل عليه الضَّمانُ⁽³⁾ بِالْتُّهْمَةِ؟ وهو قول ابْنِ الْقَاسِمِ، فيسقط بِالْبَيِّنَةِ.

[ما يندرج في الرهن بشرط وبغير شرط]:

قوله: (وَنَسَلُ الْحَيَوَانِ رَهْنٌ مَعَ أُمَّهَاتِهِ)⁽⁴⁾ لقوله - صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: ((كُلُّ ذَاتِ رَحِمٍ فَوَلَدُهَا بِمَنْزِلَتِهَا))⁽⁵⁾ ولأنَّهم قد أَجْمَعُوا على أَنَّ كُلَّ حُكْمٍ ثَبَتَ فِي الْأُمَةِ ثَبَتَ مِثْلُهُ فِي وَلَدِهَا، كَالْمُكَاتِبَةِ وَالْمُدَبَّرَةِ وَالْمُعْتَقَةِ إِلَى أَجَلٍ، وهذا كُلُّهُ إِذَا يَكُونُ - بعد وُجُودِ ذَلِكَ⁽⁶⁾ - الْحُكْمُ⁽⁷⁾، أو كانت حَامِلًا لِأَنَّ الْحَمْلَ جُزْءٌ مِنْهَا، وَأَمَّا إِنْ كَانَ قَبْلَهُ⁽⁸⁾ فلا يَدْخُلُ معها إِلَّا بِالشَّرْطِ، ((فَكُلُّ مَا دَخَلَ فِي الْبَيْعِ بِغَيْرِ شَرْطٍ دَخَلَ فِي الرَّهْنِ، وَمَا لَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ إِلَّا بِالشَّرْطِ؛ فَكَذَلِكَ فِي الرَّهْنِ)).

قوله: (وَفِرَاحُ النَّخْلِ وَالشَّجَرِ رَهْنٌ مَعَ أَصُولِهِ)⁽⁹⁾ لأنَّه من باب الْوِلَادَةِ أَيْضًا⁽¹⁰⁾، وهذا - أَيْضًا - إِذَا وُجِدَ بعد الرَّهْنِ، لَا قَبْلَهُ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ لَمْ يَدْخُلْ إِلَّا بِالشَّرْطِ.

- (1) ((ففيها روايتان... سقوط الضمان عنه، والأخرى وجوبه)). التفريع: 259/2.
- (2) أخرجه ابن ماجه: 802/2 حديث رقم 2400. والترمذي: 557/2 حديث رقم 1266، وقال الترمذي: حديث حسن. وأبو داود: 296/3 حديث رقم 3561. والحاكم في المستدرک: 55/2 حديث رقم 2302 كلهم نحوه من طريق الحسن من حديث سمرة مرفوعا. وقال الحافظ في التلخيص: 128/3: ((والحسن مُخْتَلَفٌ فِي سَمَاعِهِ مِنْ سَمَرَةٍ)).
- (3) في (و) للضمان.
- (4) التفريع: 260/2.
- (5) لم أجده إِلَّا في الموطأ: 810/2 حديث رقم 1 موقوفا عن مالك. وذكر في بعض كتب الفقه من غير إسناد مرفوعا. وسيأتي ذكره في فقرة [وطء المرتهن للأمة المرهونة] وقال عنه المصنّف هناك: ((هذه قاعدة مذهبية؛ أجمع الفقهاء على صحتها)).
- (6) إذا كان ذلك بعد وجود عقد الرهن.
- (7) الحكم باندرج الولد أو النسل مع أمه.
- (8) قبل عقد الرهن.
- (9) التفريع: 260/2.
- (10) سقطت من (و).

قوله: (وَيْتَمَارُ النَّخْلِ⁽¹⁾ وَالشَّجَرُ لَا تَدْخُلُ فِي رَهْنِهَا)⁽²⁾ لِلْحَدِيثِ ((لَهُ غُثْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ))⁽³⁾ ويعني بالغُثْمِ الغَلَّةُ، وبالغُرْمِ النَّفَقَةُ⁽⁴⁾، وكان الأَصْلُ ألا يدخل شيء من ذلك في الرهن، لأنَّ الحَقَّ إِنَّمَا تَعْلَقُ بِعَيْنِ الرَّهْنِ، لا بما زاد عليه من نَسْلِهِ، لكن خرج⁽⁵⁾ الولد بالنَّص⁽⁶⁾، وبقي ماعداه على الأَصْل، والفرق بينهما أَنَّ الولد من جنس الأمهات، فليس بغَلَّةٍ، لأنَّ الغَلَّةَ ليست من جنسها⁽⁷⁾، ويدلُّ على ذلك أَنَّهُ إِذَا رَدَّ الْأَشْجَارَ بِعَيْنٍ لَمْ يَرُدَّ مَعَهَا الثَّمَرَةُ، لأنَّ⁽⁸⁾ ((الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ))⁽⁹⁾.

قوله: (وَأَلْبَانُ الْإِبِلِ وَالْغَنَمِ وَأَصْوَافُهَا)⁽¹⁰⁾ لَأَنَّهَا غَلَّةٌ، وقيل: إن كانت الأصواف قد كَمَلَتْ نَبَاتُهَا واحتاجت إلى الْجَزْءِ؛ فهي رَهْنٌ مع الْغَنَمِ، لَأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي تَخْلِيَّتِهَا عَلَيْهَا، وَأَمَّا إِنْ كَانَتْ لَمْ يَكْمُلْ نَبَاتُهَا فَلَا تَدْخُلُ فِي الرَّهْنِ، لَأَنَّهُ إِنَّمَا تَرَكَّهُ عَلَيْهَا لِلضَّرُورَةِ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ نَزْعُهَا غَيْرَ كَامِلَةٍ، قالوا: وكذلك الْأَلْبَانُ إِذَا كَانَتْ فِي الضَّرْوِعِ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَخْلِبَهَا الْمُرْتَهِنُ وَيَجْعَلَ ثَمَنَهَا مِنَ الرَّهْنِ، وقيل: لَا يَدْخُلُ اللَّبَنُ فِي ذَلِكَ وَإِنْ كَانَ فِي الضَّرْوِعِ، لَأَنَّهُ لَا يَتَمَيَّزُ كَالصُّوفِ، لَأَنَّهُ أَبَدًا يَنْجَذِبُ⁽¹¹⁾ مِنْ دَاخِلٍ فَيَنْضَافُ إِلَيْهِ غَيْرُهُ. وقد قِيسَ عَلَى الصُّوفِ الْمُتَكَامِلِ النَّبَاتِ الثَّمَرَةُ الَّتِي يَبْسُتْ عَلَى رُؤُوسِ الشَّجَرِ، فَتَدْخُلُ - أَيْضًا - فِي الرَّهْنِ، لَأَنَّهُ لَا ضَرُورَةَ تُضَمُّ إِلَى إِبْقَائِهَا عَلَى الشَّجَرِ.

[حُكْمُ رَهْنِ الْغَرَرِ:]

قوله: (وَلَا بَأْسَ بِرَهْنِ الْغَرَرِ)⁽¹²⁾ هذا ليس على ظاهره، وإِنَّمَا يَجُوزُ إِذَا انْفَصَلَ عَنِ الْعَقْدِ، وَذَلِكَ أَنْ يَتِمَّ الْعَقْدُ صَحِيحًا، ثُمَّ يَرَهْنُهُ بَعْدَ ذَلِكَ، فَيَسْلَمَ الْعَقْدُ عَنِ الْغَرَرِ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ فِي قَرْضٍ، لَأَنَّهُ لَا غَرَرٌ - أَيْضًا - فِيهِ⁽¹³⁾، وَأَمَّا إِنْ كَانَ الرَّهْنُ فِي نَفْسِ

- (1) في (غ) الرهن.
- (2) المصدر السابق.
- (3) تقدم تخريجه قبل قليل.
- (4) وهذا متعلق بالرَّاهِنِ، فَلَهُ وَعَلَيْهِ كَمَا فِي الْحَدِيثِ.
- (5) خرج من الأَصْلِ فَتَبِعَ أُمَّهُ أَيْنَمَا كَانَتْ.
- (6) إشارة لما تَقَدَّمَ: ((كُلُّ ذَاتِ رَجْمٍ فَوَلَدُهَا بِمَنْزِلَتِهَا)).
- (7) بمعنى على غير صورتها وخلقها.
- (8) في (و) كان.
- (9) الحديث تقدم تخريجه، وهو في سياق مخالف لما بين الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ مِنَ الرَّهْنِ، إِذْ ضَمَانُهُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ فِيمَا يَغَابُ عَلَيْهِ كَمَا تَقَدَّمَ، فَلَيْسَ لَهُ حَقٌّ فِي الثَّمَرَةِ إِلَّا بِالضَّمَانِ، وَالْحَدِيثُ يَدُلُّ عَلَى ضَمَانِ الْمُشْتَرِي لِلشَّيْءِ الَّذِي وَجَدَهُ مَعِيًّا، فَيَرُدُّ الشَّجَرَةَ دُونَ الثَّمَرَةِ، لِأَنَّ ضَمَانَ الْأَوَّلَى عَلَيْهِ فُخْرَاجُهَا لَهُ، وَإِنَّمَا سَاقُ الْمُصَنَّفِ هَذَا الْحَدِيثُ لِيَدُلَّ عَلَى مَا ذَكَرَهُ مِنْ أَنَّ الْغَلَّةَ غَيْرُ الشَّجَرَةِ، وَأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ جِنْسِهَا فِي سِيَاقِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ.
- (10) ((غَيْرُ دَاخِلَةٍ فِي رَهْنِهَا إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ ذَلِكَ مُرْتَهِنُهَا)). المصدر السابق.
- (11) يذهب صاعداً، والنَّاقَةُ الَّتِي ذَهَبَ لِبْنُهَا تُسَمَّى جَاذِبٌ. ينظر لسان العرب مادة: جذب.
- (12) التفريع: 260/2.
- (13) لأنَّ القرض مبنًى على المعروف.

العقد وكان غير قرض؛ فإنه يجعل في مقابله جزءاً من الثمن فيفسده، وإنما هو توثقة قفط(1).

قوله: (والأجنة في بطون أمهاتها)(2) سوى ابن الجلاب بين الجنين وغيره، وفرق في (المدونة) بين الجنين وسائر الغرر، والفرق أن الجنين لم يتقدم له وجود، فلا يوثق بكونه حملاً، بل يحتمل أن يكون ريحاً، فلا يجوز في العقد ولا دونه؛ لكثرة الغرر فيه.

[نفقة الرهن وحكم اشتراط الانتفاع بالرهن]:

قوله: (ونفقة الرهن على رآهيه)(3) لقوله - ﷺ -: ((له غنمه وعليه غرمه))(4).

قوله: (واشترط الانتفاع بالرهن)(5) لأن ذلك يكون بمنزلة أن يبيع منه سلعة ومنافع الرهن بثمن معلوم، واجتماع الإجارة والبيع في عقد واحد جائز، لاستوائهما في الأحكام، لأن البيع معلوم من الطرفين، وكذلك الإجارة معلومة من الطرفين، ومنع ابن القاسم هذه المسألة، فإن كانت العلة في منعها تنافض الأحكام، وذلك أن المستأجر مضمون على ربه(6)، والرهن(7) الذي يغاب عليه من المرتهن، فيلزمه أن يجيز ذلك فيما لا يغاب عليه كالحَيوان، وإن كانت العلة أنه لا يدري كيف ترجع إلى ربه؛ فيلزمه أن يمنع إجارة الثياب والحيوان.

قوله: (فلا يجوز ذلك)(8) لأنه سلف جر منفعة، وقد نهي عنه، وقد منع مالك أن يرهن عنده في قرض كتاباً، فينظر فيه المرتهن، لأنه سلف جر نفعاً.

[حكم اندراج مال العبد معه في الرهن]:

قوله: (لم يكن ماله رهناً معه)(9) لأن فائدته أن يستوفي الحق منه، فهو بصدد البيع، وكما للسيد إذا باع العبد أن يستثنى ماله، ولا يكون للمشتري ماله إلا بالشرط، فكذا لا يكون رهناً إلا به.

- (1) مابين القوسين قدر خمسة أسطر سقط من (غ).
- (2) ((ولا بأس برهن الغرر مثل... والأجنة في بطون أمهاتها)). المصدر السابق.
- (3) المصدر السابق.
- (4) تقدم تخريجه.
- (5) ((ومن ارتهن... واشترط الانتفاع بالرهن في أجل الثمن فلا بأس)). المصدر السابق.
- (6) بمعنى أن العين المستأجرة في ضمان ربه.
- (7) في (غ) المرتهن.
- (8) إذا كان الرهن في قرض ((واشترط المرتهن الانتفاع بالرهن مدة أجل القرض)). المصدر السابق.
- (9) وذلك في من ((ارتهن عبداً له مال)). المصدر السابق: 261/2.

[الْمُرْتَهَنُ أَحَقُّ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ مِنْ غَرَمَاءِ سَيِّدِهِ:]

قوله: (كَانَ الْمُرْتَهَنُ أَوْلَى بِرَقَبَتِهِ) (1) كسائر الرُّهُونِ.

قوله: (كَانَ أَسْوَةٌ الْغُرَمَاءِ فِي مَالِ الْعَبْدِ) (2) لَأَنَّهُ بِذَلِكَ الْقَدْرُ غَرِيمٌ لَا رَهْنَ لَهُ، وَكَذَلِكَ لَوْ بَقِيَ مِنْ رَقَبَةِ الْعَبْدِ شَيْءٌ كَانَ لِسَيِّدِهِ.

[وَطَّءَ الْعَبْدُ لَأَمَتِهِ الَّتِي رَهْنَهَا سَيِّدُهُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهَنِ وَبِدُونِهِ:]

قوله: (لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ وَطْؤُهَا) (3) لِأَنَّ أَمَةً الْعَبْدِ مَالٌ لَهُ، فَللسَّيِّدِ انْتِزَاعُهَا وَالتَّصَرُّفُ فِيهَا، فَإِذَا رَهْنَهَا فَقَدْ انْتَزَعَهَا عَنْ مِلْكِهِ، فَلَمْ يَجْزُ لِلْعَبْدِ وَطْؤُهَا، لِأَنَّ الْوَطْءَ تَصَرُّفٌ فِي الرَّهْنِ يُبْطِلُهُ، فَإِذَا أَدَّى الدَّيْنِ، فَهَلْ يَحْتَاجُ إِلَى تَمْلِيكِه إِيَّاهَا تَمْلِيكًا مُسْتَأْنَفًا، لَأَنَّهُ قَدْ انْتَزَعَهَا أَوَّلًا (4)، أَوْ لَا يَحْتَاجُ وَهُوَ الْمَذْهَبُ؟ لِأَنَّ ذَلِكَ عِنْدَهُ لَيْسَ بِانْتِزَاعٍ، وَإِنَّمَا مَنَعَهُ مِنْ وَطْئِهَا مَانِعٌ، وَقَدْ زَالَ فَصَارَتْ لَهُ كَمَا كَانَتْ.

وَكَذَلِكَ إِذَا رَهْنَهُ هُوَ وَأَمَتُهُ، فَقَدْ انْتَزَعَ الْأَمَةُ عَنْ مِلْكِهِ إِذْ (5) عَلِقَ بِهَا حَقُّ الْمُرْتَهَنِ، فَلَا يَجُوزُ لِلْعَبْدِ وَطْؤُهَا، وَلَوْ أَبَاحَ لَهُ الْمُرْتَهَنُ ذَلِكَ؛ فَسَدَ الرَّهْنُ فِيهَا إِذَا تَصَرَّفَ (6) فِيهِ مَالِكُهُ، فَيَكُونُ قَدْ أَسْقَطَ حَقَّهُ الَّذِي جَعَلَ لَهُ السَّيِّدُ فِيهَا.

[وَطَّءَ الرَّاهِنُ لَأَمَتِهِ الْمَرْهُونَةَ بِإِذْنِ الْمُرْتَهَنِ وَبِدُونِهِ:]

وَإِذَا وَطَّئِ الرَّاهِنُ أَمَتَهُ، فَلَا يَخْلُو أَنَّ يَكُونُ ذَلِكَ بِإِذْنِ الْمُرْتَهَنِ أَوْ لَا، فَإِنْ كَانَ بِإِذْنِهِ بَطُلَ الرَّهْنُ، وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، فَإِنْ لَمْ تَحْمِلْ فِيهِ رَهْنٌ بِحَالِهَا، لَكِنْ تُجْعَلُ عَلَى يَدِ أَمِينٍ مَخَافَةَ أَنْ يَعُودَ لِذَلِكَ، فَإِنْ حَمَلَتْ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا لِرَمَاهِ غَرْمُ الدَّيْنِ نَاجِزًا، لَأَنَّهُ لَمَّا وَطَّئَهَا فَقَدْ أَلْزَمَ نَفْسَهُ حُكْمَ التَّعْجِيلِ، وَقَدْ تَعَلَّقَ حُكْمُ الْمُرْتَهَنِ بِعَيْنِ هَذِهِ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَى رَهْنٍ آخَرَ، وَقِيلَ: يَأْتِي بِرَهْنٍ آخَرَ، لِأَنَّ التَّوَثُّقَ مَوْجُودَةً فِيهِ أَيْضًا.

وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَإِنْ عَلِمَ ذَلِكَ بَعْدَ الْوَضْعِ بَيَّعَتْ فِي الدَّيْنِ أَوْ مَا يُقَابِلُهُ مِنْهَا، وَلَا يُفَرِّقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْوَلَدِ فِي الْحَوْزِ حَتَّى تُكْمَلَ رَضَاعُهُ، وَنَفَقَتُهُ عَلَى أَبِيهِ، وَإِنْ عَلِمَ قَبْلَ الْوَضْعِ وَقَفَّتْ إِلَى أَنْ تَضَعَ، لِأَنَّ بَيْعَهَا حِينَئِذٍ يُؤَدِّي إِلَى أَحَدِ أَمْرَيْنِ:

إِمَّا أَنْ يُبَاعَ الْحَمْلُ مَعَهَا، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْخُرِّ.

وَالثَّانِي أَنْ يُسْتَنْتَنَى، وَاسْتِثْنَاءُ الْأَجِنَّةِ مَمْنُوعٌ، لَأَنَّهُ غَرَرٌ، إِذْ لَا يُعْلَمُ أَهْوَاؤُ حَمَلٍ

(1) ((إِذَا أَفْلَسَ رَبُّ الْعَبْدِ كَانَ الْمُرْتَهَنُ أَوْلَى بِرَقَبَتِهِ مِنْ غُرَمَاءِ سَيِّدِهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(2) وَذَلِكَ إِذَا أَخَذَ الْمُرْتَهَنُ رَقَبَةَ الْعَبْدِ ((وَفَضَّلَ مِنْ حَقِّهِ شَيْءٌ؛ كَانَ أَسْوَةٌ الْغُرَمَاءِ فِي مَالِ الْعَبْدِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(3) وَذَلِكَ فِي ((مَنْ رَهْنُ أَمَةٍ لِعَبْدِهِ، لَمْ يَكُنْ لِلْعَبْدِ وَطْؤُهَا حَتَّى يَفْكَهَا سَيِّدُهُ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(4) سَقَطَتْ مِنْ (و).

(5) فِي (و) إِذَا.

(6) فِي (و) صَرَفَ.

أَوْفَعُ، أَوْ حَيٌّ أَوْ مَيِّتٌ؟ فَإِذَا وَضَعْتَ بَيْعَتَ، فَإِنْ بَقِيَ مِنْهَا جُزْءٌ فَعَلَى حُكْمِ أُمِّ الْوَلَدِ، وَهَلْ يَتَجَزَّ عِتْقُ ذَلِكَ الْجُزْءِ لَتَعْدُرَ اسْتِمْتَاعُهُ بِهَا، لَمَا فِيهَا مِنْ مِلْكٍ الْغَيْرِ؟ وَإِنَّمَا تَأْخُرُ عِتْقُ أُمِّ الْوَلَدِ لِفَائِدَةِ الْاسْتِمْتَاعِ، وَقِيلَ: لَا تُعْتَقُ رَجَاءً أَنْ يَمْلِكَ ذَلِكَ الْمَبِيعَ مِنْهَا، فَيَكْمُلَ لَهُ فِيهَا الْاسْتِمْتَاعُ، وَإِذَا مَلَكَهَ لَمْ تَصِرْ أُمٌّ وَلَدَ كُلَّهَا إِلَّا بِحَمْلٍ آخَرَ.

[وَطْءُ الْأُمَّةِ الْمَرْهُونَةِ غَيْرِ الْمَمْنُوعَةِ مِنَ التَّصَرُّفِ]:

وإن كانت غير ممنوعة (1) من التصرف فوطئها بغير إذنه، فقولان: يَبْطُلُ الرَّهْنُ، لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَمْنَعْهَا مِنَ التَّصَرُّفِ كَأَنَّهُ سَلَّطَهُ عَلَيْهَا، وَالثَّانِي: لَا يَبْطُلُ كَالْغَاصِبِ.

[وَطْءُ الْمُزْتَهِنِ لِلْأُمَّةِ الْمَرْهُونَةِ]:

قوله: (فَوَطِئَهَا الْمُزْتَهِنُ فَهُوَ زَانٍ) (2) لِأَنَّ الْوَطْءَ إِنَّمَا يَكُونُ بِنِكَاحٍ أَوْ مِلْكٍ يَمِينٍ، وَلَا وَاحِدَ مِنْهُمَا هُنَا، فَوَجِبَ الْحَدُّ، وَلَمْ يُلْحَقِ الْوَلَدُ وَكَانَ رَهْنًا، لِأَنَّ ((كُلَّ ذَاتِ رَجَمٍ فَوَلَدُهَا بِمَنْزِلَتِهَا)) (3) إِلَّا الْأُمَّةَ (4) مِنْ سَيِّدِهَا)) (5)، وَهَذِهِ قَاعِدَةٌ مَذْهَبِيَّةٌ، أَجْمَعَ الْفُقَهَاءُ عَلَى صِحَّتِهَا، وَلِذَلِكَ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ كُلَّ حُكْمٍ ثَبَتَ فِي الْأُمِّ ثَبَتَ مِثْلُهُ فِي وَلَدِهَا.

[حُكْمُ إِحْلَالِ السَّيِّدِ أَمَتَهُ لِلْمُزْتَهِنِ وَمَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ]:

قوله: (وَأَحْلَاهَا لَهُ) (6) جَعَلَ مِلْكُ الْإِحْلَالِ شُبْهَةً تَدْرَأُ الْحَدَّ وَتُلْحِقُ الْوَلَدَ، مُرَاعَاةً لِقَوْلِ الْمُخَالِفِ أَنَّهُ يَجُوزُ لِسَيِّدِ الْأُمَّةِ أَنْ يَمْلِكَ بُضْعَهَا لِمَنْ شَاءَ مُدَّةً، كَمَا يَجُوزُ لَهُ ذَلِكَ فِي سَائِرِ مَنَافِعِهَا، لِأَنَّ الْبُضْعَ مِنْ جُمْلَةِ الْمَنَافِعِ، إِلَّا أَنَّهُ أَلْزَمَهُ قِيَمَتُهَا لِتَتَكَمَّلَ الشُّبْهَةُ، فَيَكُونُ قَدْ وَطِئَهَا بِالْمِلْكِ، وَلَتَخْرُجَ عَنْ عَارِيَةِ الْفُرُوجِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ ثَمَنُهَا بِقَدْرِ الدَّيْنِ بَرَأَ سَيِّدُهَا، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ؛ تَبَعَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ بِالْبَاقِي.

قوله: (دُونَ قِيَمَةِ وَلَدِهَا) (7) لِأَنَّ الْوَلَدَ حُرٌّ، لِأَنَّهُ انْعَقَدَ عَلَى مِلْكِهِ، وَالْمُخَالِفُ لَا يَرَى ذَلِكَ شُبْهَةً، فَيُلْزِمُهُ الْحَدَّ وَلَا يُلْحِقُ بِهِ الْوَلَدَ، بَلْ يَكُونُ مِلْكًا لِلرَّاهِنِ زَمَنَ الرَّهْنِ أَيْضًا، وَفِي الْمَذْهَبِ قَوْلٌ بِالتَّفْصِيلِ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمُزْتَهِنُ مِمَّنْ يُمَكِّنُ مِنْهُ الْجَهْلُ بِأَنَّ ذَلِكَ يَجُوزُ، فَهَذَا هُوَ الَّذِي مَضَى فِيهِ الْكَلَامُ، أَوْ يَكُونُ مِمَّنْ لَا يَخْفَى عَلَيْهِ امْتِنَاعُ ذَلِكَ، فَإِنَّهُ

- (1) مِنْ قِبَلِ الْمُزْتَهِنِ، إِذْ عَدِمَ مَنْعُهُ لَهَا كَالْإِذْنِ لَهَا.
- (2) وَذَلِكَ إِذَا وَطِئَهَا الْمُزْتَهِنُ بغيرِ إِذْنِ الرَّاهِنِ وَلَمْ يُجْلَهَا لَهُ. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقَ.
- (3) فِي الرَّهْنِ وَغَيْرِهِ كَالْعِتْقِ وَغَيْرِهِ.
- (4) كَذَا وَرَدَّتْ، وَالْمُرَادُ مِنْهُ: إِلَّا وَلَدَ الْأُمَّةِ مِنْ سَيِّدِهَا. يَنْظُرُ الذَّخِيرَةُ: 130/11.
- (5) تَقْدِمُ.
- (6) وَذَلِكَ فِي الْمَرْتَهِنِ إِذَا وَطِئَ الْأُمَّةَ ((بِإِذْنِ الرَّاهِنِ وَأَحْلَاهَا لَهُ)). التَّفْرِيعُ: 261/2.
- (7) وَذَلِكَ إِذَا حَمَلَتِ الْأُمَّةُ مِنَ الْمُزْتَهِنِ ((كَانَتْ لَهُ أُمٌّ وَلَدَ، وَلِزِمَتْهُ قِيَمَتُهَا دُونَ قِيَمَةِ وَلَدِهَا)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

يُحَدُّ وَلَا يُلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ.

[رَهْنُ الدَّارِ الْمُؤَجَّرَةِ]:

قوله: (وَمَنْ أَجَرَ دَارَهُ مِنْ رَجُلٍ ثُمَّ رَهْنَهَا) (1) إِنَّمَا صَحَّ هَذَا، لَأَنَّ الْإِجَارَةَ إِنَّمَا تَتَعَلَّقُ بِمَنَافِعِ الدَّارِ لَا بِذَاتِهَا، وَالرَّهْنُ تَعَلَّقَ بِذَاتِهَا، فَلَمَّا اخْتَلَفَ الْمُتَعَلِّقُ لَمْ يَتَنَاقَضْ اجْتِمَاعُ الْأَمْرَيْنِ، وَيَكُونُ حَوْزُهُ إِيَّاهَا لَا سَتِيفَاءَ الْمَنَافِعِ مُغْنِيَا عَنْ حَوْزِهِ لَهَا بِالرَّهْنِ، لَكِنْ بَعْدَ الْقَبْضِ بِالْإِشْهَادِ وَالْحَوْزِ لِلرَّهْنِ، وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ قَدْ حَازَهَا أَوَّلًا بِالْإِجَارَةِ، فَلَا تُحَازُ حَوْزًا آخَرَ، لَأَنَّ الْمَحْوزَ لَا يُحَازُ حَتَّى تَزُولَ يَدُهُ عَنْهَا بِالْحَوْزِ الْأَوَّلِ، وَحِينَئِذٍ يُصَادِفُ الْحَوْزَ الثَّانِي مَحَلًّا.

قوله: (ثُمَّ رَهْنَهَا مِنْ غَيْرِهِ) (2) هَذَا - أَيْضًا - عَلَى الْمَذْهَبِ، لَأَنَّ الْإِجَارَةَ تَعَلَّقَتْ بِشَيْءٍ، وَالرَّهْنُ بِشَيْءٍ آخَرَ، غَيْرَ أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى الْمُرْتَهِنِ أَنْ يُعْلِمَ الْمُسْتَأْجِرَ (3) بِذَلِكَ حَتَّى يَحْوزَ لَهُ نَائِبًا عَنْهُ (4)، وَلَا بُدَّ مِنَ الْإِشْهَادِ بِالْحَوْزِ وَالْقَبْضِ، وَيَكُونُ الْمُرْتَهِنُ هُوَ الَّذِي يَقْبِضُ كِرَاءَهَا مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ، وَيُدْفَعُهُ الرَّاهِنُ (5)، لِأَنَّهُ إِنْ تَصَرَّفَ الرَّاهِنُ فِي الرَّهْنِ بَعْدَ قَبْضِ الْمُرْتَهِنِ لَهُ وَحَوْزِهِ فَسَدَ الرَّهْنُ، وَإِنَّمَا طُلِبَ الْقَبْضُ مِنْهُ لِيَمْتَّازَ بِهِ الْمُرْتَهِنُ عَنِ سَائِرِ الْغُرَمَاءِ، فَإِذَا تَصَرَّفَ الرَّاهِنُ فِيهِ كَانَ الْمُرْتَهِنُ قَدْ أَسْقَطَ حَقَّهُ مِنْهُ وَرَدَّهُ إِلَى الرَّاهِنِ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْمُسْتَأْجِرُ بِذَلِكَ حَتَّى قَامَ الْغُرْمَاءُ بِطَلِّ الرَّهْنِ (6)، وَكَانَ الْمُرْتَهِنُ أَسْوَأَ الْغُرَمَاءِ إِذَا لَمْ يَتَّصِلْ حَوْزُهُ لَهُ مُبَاشَرَةً وَلَا بِوَاسِطَةٍ، وَفِيهَا قَوْلٌ بِعَدَمِ الْحَوْزِ - أَيْضًا - لَأَنَّ الْحَوْزَ انْجَازٌ (7).

[رَهْنُ الْمُشَاعِ]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ بِرَهْنِ الْمُشَاعِ) (8) هَذَا تَنْبِيهُ عَلَى قَوْلِ الْمُخَالِفِ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ، لَأَنَّ مِنْ شَرْطِ الرَّهْنِ الْقَبْضَ وَالْحَوْزَ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يَنَائِي فِيْمَا يَتَمَيَّزُ وَيَتَعَيَّنُ (9)، وَدَلِيلُنَا الْإِجْمَاعُ عَلَى جَوَازِ بَيْعِهِ، وَعَلَى أَنَّ ((مَا لَا يَصِحُّ قَبْضُهُ لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ))، فَكَمَا صَحَّ فِي الْبَيْعِ فَلْيُجْزَ فِي الرَّهْنِ، وَمَنْعَهُ سُحْنُونَ - أَيْضًا - وَلَيْسَ (10) كَالْبَيْعِ لِأَنَّهُ يَصِحُّ

(1) ((فَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 262/2.

(2) ((وَكَذَلِكَ لَوْ أَجَرَهَا مِنْ رَجُلٍ، ثُمَّ رَهْنَهَا مِنْ غَيْرِهِ فَلَا بَأْسَ بِهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(3) أَيْ الْمُسْتَأْجِرَ لَهُ.

(4) لِأَنَّهُ كَمَا تَقْدُمُ حَوْزُ الْمُسْتَأْجِرِ بِاسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ مُغْنِيَا عَنْ حَوْزِهِ لَهَا بِالرَّهْنِ، فَكَذَلِكَ هُنَا، فَحَوْزُهُ يَكُونُ بِالنِّيَابَةِ عَلَى الْمُرْتَهِنِ بِاسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ.

(5) كَذَا وَرَدَتْ فِي (و) وَمُضْبِيَّةٍ فِي (غ). وَالْمُرَادُ: يُدْفَعُهُ الْمُرْتَهِنُ لِلرَّاهِنِ.

(6) لِعَدَمِ عِلْمِ الْمُسْتَأْجِرِ لَهُ بِالْإِسْتِنَابَةِ وَالْحَوْزِ، لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنِ الْمُرْتَهِنِ فِي الْحَوْزِ.

(7) يَتِمُّ بِالْمُنَاجَزَةِ، وَالتَّأْخِيرِ يَبْطُلُ بِهِ الرَّهْنُ وَيَكُونُ الْمُرْتَهِنُ أَسْوَأَ الْغُرَمَاءِ بِذَلِكَ.

(8) الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(9) يَنْظُرُ الْمَبْسُوطُ: 68/21، 69.

(10) وَلَيْسَ الْمَشَاعُ فِي الرَّهْنِ كَالْمَشَاعِ فِي الْبَيْعِ.

دون قَبْض، بخلاف الرَّهْن، لا يصحُّ إِلَّا مع (1) الْقَبْض، وكذلك الْخِلَاف في الْمَسَائِل بعدها.

قوله: (فَرَهْنَ سَهْمًا مِنْهَا) (2) لَمَّا كَانَ السَّهْمُ شَائِعًا فِي جَمِيعِ أَجْزَائِهَا؛ لَمْ يُمْكِنْ قَبْضُهُ إِلَّا بِقَبْضِ جَمِيعِ الدَّارِ، لِأَنَّهُ لَوْ قَبِضَ الْبَعْضُ (مع بقاء البعض) (3) فِي تَصَرُّفِ الرَّاهِنِ؛ بَطَلَ الْحَوْزُ لِلرَّهْنِ، لِأَنَّ يَدَ الرَّاهِنِ جَائِلَةٌ فِي جَمِيعِ أَجْزَائِهَا، فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْمُرْتَهِنُ يَتَصَرَّفُ فِي جَمِيعِهَا، وَأَمَّا إِذَا كَانَ لِلرَّاهِنِ سَهْمٌ فِي دَارٍ، فَإِنَّ الْمُرْتَهِنَ إِذَا حَلَّ فِي مَحَلِّهِ (4) مَعَ الشُّرَكَاءَ صَحَّ قَبْضُهُ لَهُ.

[حُكْمُ مُسَاقَاةِ الْحَائِطِ ثُمَّ رَهْنِهِ:]

قوله: (وَمَنْ سَاقَى حَائِطَهُ مِنْ رَجُلٍ، ثُمَّ رَهْنَهُ مِنْ غَيْرِهِ) (5) إِنَّمَا صَحَّ ذَلِكَ، لِأَنَّ الْمُسَاقَاةَ إِنَّمَا تَعَلَّقَتْ بِالثَّمَرَةِ، وَالرَّهْنَ بِالْأَرْضِ مَعَ الشَّجَرِ، فَاخْتَلَفَ الْمُتَعَلِّقُ فَصَحَّ (6)؛ إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ هُنَا الْمُرْتَهِنُ أَنْ يَجْعَلَ مَعَ الْعَامِلِ رَجُلًا آخَرَ يَتَوَلَّى اسْتِدَامَةَ الْحَوْزِ لَهُ، لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِي ذَلِكَ عَلَى الْعَامِلِ، بَخِلَافِ الدَّارِ، لَا يُمَكِّنُ فِيهَا ذَلِكَ لِلتَّطَلُّعِ عَلَى عِيَالِ مُسْتَأْجِرِهَا، وَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَنْتِيبَ الْعَامِلَ فِي الْحَوْزِ لَهُ، كَمَا تَقَدَّمَ فِي الدَّارِ (7).

[قِسْمَةُ الرَّهْنِ بَيْنَ حَقَّيْنِ وَتَقَدُّمُ الْأَوَّلِ عَلَى الثَّانِي:]

قوله: (ثُمَّ أَرَادَ رَهْنَ فَضْلِهِ مِنْ آخَرَ) (8) مِثَالُهُ أَنْ يَرَهْنَ مَا يُسَاوِي عِشْرِينَ فِي عِشْرَةٍ، ثُمَّ يَرَهْنَ الْفَضْلَ عِنْدَ مُرْتَهِنٍ آخَرَ، ففِي ذَلِكَ قَوْلَانِ، هَلْ يَحْتَاجُ إِلَى إِذْنِ الْمُرْتَهِنِ الْأَوَّلِ أَوْ لَا؟.

فَوَجْهُ أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ، لِأَنَّ الْمُرْتَهِنَ إِنَّمَا تَعَلَّقَ حَقُّهُ بِبَعْضِ الرَّهْنِ، وَأَمَّا سَائِرُهُ فَلَا حَقَّ لَهُ فِيهِ بِوَجْهِهِ، فَجَازَ لِلرَّاهِنِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ، وَغَايَةُ مَا فِي ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ الْفَضْلُ غَيْرَ مَعْلُومٍ، إِذْ قَدْ يُمَكِّنُ أَنْ يُفْضَلَ مِنْ ثَمَنِ الرَّهْنِ قَلِيلٌ أَوْ كَثِيرٌ، وَأَنْ لَا يُفْضَلَ مِنْهُ شَيْءٌ، لَكِنَّهُ يَكُونُ بِمَنْزِلَةِ مَنْ رَهْنَ غَرَّرَا كَعَبْدٍ أَبَقِيَ أَوْ ثَمَرَةٍ قَبْلَ بُدْوِ صِلَاحِهَا، وَقَدْ

(1) فِي (و) بَعْدَ.

(2) مِنْ رَهْنِ سَهْمًا مِنْ دَارٍ ((لَمْ يَصَحَّ... حَتَّى يُسَلِّمَ الدَّارَ كُلَّهَا لِلْمُرْتَهِنِ)). التَّفْرِيعُ: 262/2.

(3) مَا بَيْنَ الْقَوْسَيْنِ سَقَطَ مِنْ (و).

(4) فِي مَحَلِّ الرَّاهِنِ وَتَصَرُّفِ الْمُرْتَهِنِ فِي سَهْمِ الرَّاهِنِ.

(5) إِذَا كَانَ كَذَلِكَ ((فَلَا بَأْسَ بِهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(6) سَقَطَتْ مِنْ (و).

(7) يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَسْتَنْتِيبَ الْمُسْتَأْجِرَ لَهُ.

(8) إِذَا ((رَهْنٌ رَهْنًا عَلَى أَقَلِّ مِنْ قِيَمَتِهِ، ثُمَّ أَرَادَ أَنْ يَرَهْنَ فَضْلَتَهُ مِنْ آخَرَ؛ فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ إِلَّا بِإِذْنِ مُرْتَهِنِهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

تَقَدَّمَ جَوَازُهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي نَفْسِ الْعَقْدِ، أَوْ كَانَ فِي قَرْضٍ⁽¹⁾، وَيَكُونُ مَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ إِنْ وَجَدَ الْعَبْدُ، أَوْ بَدَأَ صَلاَحُ الثَّمَرَةِ وَحَازَ هُمَا الْمُرْتَهَنُ، وَذَلِكَ قَبْلَ قِيَامِ الْغَرْمَاءِ؛ فَهُوَ أَحَقُّ بِذَلِكَ، وَإِنْ قَامَ الْغَرْمَاءُ قَبْلَ ذَلِكَ بَطَلَ الرَّهْنُ، لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ حَوَظُ بَعْدُ، وَكَانَ أَسْوَةً الْغَرْمَاءِ، فَكَذَلِكَ مَسْأَلَتُنَا.

وَوَجْهُهُ أَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى إِذْنِهِ، أَنْ يَكُونَ الْمُرْتَهَنُ الْأَوَّلُ قَدْ تَوَلَّى الْحَوَظَ لِلْمُرْتَهَنِ الثَّانِي فِي الْفَضْلَةِ عَلَى تَقْدِيرِ وُجُودِهَا عِنْدَ بَيْعِ الْبَعْضِ⁽²⁾، وَفِيهِ رَوَايَتَانِ كَمَا قَالَ⁽³⁾، فَوَجْهُهُ الصَّحَّةُ أَنَّ الْمُرْتَهَنَ الْأَوَّلَ قَدْ حَازَ جَمِيعَ الرَّهْنِ، فَإِذَا التَزَمَ حَوَظَ الْفَضْلَةِ لِلثَّانِي حَصَلَ حَوَظُهَا لَهُ، وَكَانَ أَحَقَّ بِهَا.

وَوَجْهُهُ الْبُطْلَانُ، أَنَّ ذَلِكَ الْفَضْلَ فِي حَيْزِ الرَّهْنِ الثَّانِي غَيْرُ مُحَقَّقٍ الْوُجُودَ، فَقَدْ تَعَلَّقَ الْحَوَظُ بِمَا لَا يُعْلَمُ صِحَّةُ وُجُودِهِ، فَلَمْ يُفِدْ، وَلِأَنَّ حَوَظَ الْأَوَّلِ لِلثَّانِي إِبْطَالٌ لِحَوَظِهِ، لِأَنَّهُ لَا يَتَّبَعُ، وَقِيلَ: لَا يَبْطُلُ، كَمَا لَوْ ابْتَدِئَ كَذَلِكَ بَيْنَهُمَا.

وَفَائِدَةُ الْخِلَافِ أَنْ يَقُومَ الْغَرْمَاءُ قَبْلَ تَعْيِينِ الْفَضْلَةِ، فَهَلْ يَخْتَصُّ بِهَا الْمُرْتَهَنُ الثَّانِي، أَمْ يَكُونُ أَسْوَةً الْغَرْمَاءِ؟ وَوَجْهُهُ اخْتِصَاصُ الْمُرْتَهَنِ بِالرَّهْنِ دُونَ الْغَرْمَاءِ، أَنَّهُ لَمَّا أَسْقَطَ فِي مُقَابَلَةِ الرَّهْنِ بَعْضَ الثَّمَنِ، صَارَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ بَاعَ مِنَ الْمُفْلِسِ سِلْعَةً، ثُمَّ وَجَدَهَا بِعَيْنِهَا.

قَوْلُهُ: (ثُمَّ حَلَّ الْحَقَّانِ)⁽⁴⁾ هَذِهِ فَرَعُ الْأُولَى⁽⁵⁾، وَإِنَّمَا قَدَّمَ الْأَوَّلَ، لِأَنَّ الثَّانِي عَلَى ذَلِكَ دَخَلَ، فَمَا بَقِيَ فَهُوَ لَهُ.

قَوْلُهُ: (ثُمَّ رَهْنٌ نِصْفُهُ مِنْ رَجُلٍ آخَرَ)⁽⁶⁾ إِذَا حَلَّ الْحَقَّانِ مَعًا⁽⁷⁾ بَيْعَ الرَّهْنِ، فَاسْتَوْفَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ ثَمَنِهِ نِصْفَهُ، فَإِنْ حَلَّ أَجْلُ أَحَدِهِمَا بِبَيْعٍ - أَيْضًا - جَمِيعُهُ، وَاسْتَوْفَى أَحَدُهُمَا مِنْ نِصْفِهِ وَحَلَّ - أَيْضًا - حَقُّ الثَّانِي، لِأَنَّهُ لَفَائِدَةٌ فِي تَوْقِيفِ ثَمَنِ النَّصْفِ الثَّانِي، لِأَنَّهُ تَعْرِيزٌ لِلتَّلَفِ، فَيَعُودُ الضَّرَرُ عَلَى الرَّاهِنِ، وَلَا يُبَاعُ نِصْفُ الرَّهْنِ خَاصَّةً، لِأَنَّ بَيْعَ جَمِيعِهِ أَحْسَنُ لِرَبِّهِ، لِأَنَّ تَشْقِيقَ⁽⁸⁾ الْمَبِيعِ يُقَلِّلُ ثَمَنَهُ، وَهَذَا كُلُّهُ

(1) اختصاص المنع بالبيع دون القرض، بناء على أن للرهن حظًا من الثمن. ينظر الإلتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام شرح ميارة: 178/1.

(2) بعض الرهن.

(3) التفريع: 262/2.

(4) (ومن ارتهن فضل رهن بإذن مرتتهنه، ثم حل الحقان... بُدِئَ بالأول... ثم كان الباقي لمن ارتهن فضله). المصدر السابق.

(5) إذا أذن المرتهن للراهن بأن يرهن فضله، فإن في ذلك روايتين: الأولى بالصحة، والثانية بالبطلان، وهذه فرع الأولى. ينظر المصدر السابق.

(6) إذا كان كذلك ((فحلَّ الحقان... كان لكل واحد منهما نصف ثمنه)). المصدر السابق: 263/2.

(7) في (و) مع.

(8) التشقيق: تقطيع الشيء إلى قطع وأجزاء. ينظر لسان العرب مادة: شقص.

إذا كان الرهن مما لا ينقسم، وأما إن كان مما ينقسم فيقسم، ويبقى حظ الذي لم يحل أجله هنا بحاله.

[تمام الرهن بالقبض والأولوية للغرماء بانقطاع الحيابة]:

قوله: (وَمِنْ شَرْطِ الرَّهْنِ اتِّصَالُ حَيَازَتِهِ وَقَبْضُهُ)⁽¹⁾ كان ينبغي أن يقول قَبْضُهُ وَاتِّصَالُ حَيَازَتِهِ، لأنَّ اتِّصَالَ الْحَيَازَةِ يَتَضَمَّنُ تَقَدُّمَ الْقَبْضِ، لَأَنَّهُ إِنَّمَا يَقْبِضُ أَوَّلًا ثُمَّ تَتَّصِلُ الْحَيَازَةُ، وَإِنَّمَا قُلْنَا ذَلِكَ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فَرَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾⁽²⁾ فَوَصَفَهُ بِالْقَبْضِ، وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ مَا دَامَ رَهْنًا فَلَا بُدَّ مِنْ وَصْفِهِ بِالْقَبْضِ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: مَقْبُوضَةٌ عِنْدَ الرَّهْنِ، ثُمَّ يَجُوزُ عِنْدَهُمْ أَنْ يَرُدَّ إِلَى صَاحِبِهِ يَتَصَرَّفُ فِيهِ وَلَا يَبْطُلُ⁽³⁾، وَلَا بُدَّ عِنْدَنَا مِنْ اتِّصَالِ ذَلِكَ، لِأَنَّ فَائِدَةَ الْقَبْضِ إِنَّمَا يَمْتَّازُ بِهِ الْمُرْتَهِنُ عَنِ الْغُرَمَاءِ، وَمَتَى رَدَّ إِلَى الرَّاهِنِ⁽⁴⁾ بَوَاحٍ بَطَلَ الْاِخْتِصَاصُ.

وَلَا بُدَّ مِنْ حَوَظِهِ بِالْحِسِّ، كَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ، يَقِفُ الشُّهُودُ عَلَيْهِمَا، وَيُدْفَعُ مِفْتَاحُهَا إِلَيْهِ، فَإِنْ قَامَ الْغُرَمَاءُ قَبْلَ الْقَبْضِ الْحِسِّيِّ، أَوْ التَّصَرُّفِ فِيهِ بِكَرَاءٍ وَنَحْوِهِ دَخَلُوا مَعَهُ، وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يَصْحُحُ الْإِقْرَارُ دُونَ مُشَاهَدَةِ قَبْضِ⁽⁵⁾، وَعِنْدَنَا يَكُونُ بِالْإِقْرَارِ جَائِزًا، وَلَا يَلْزَمُ إِلَّا بِالْقَبْضِ الْحِسِّيِّ، وَيُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ.

[رَدُّ الرَّهْنِ لِرَبِّهِ بَعَارِيَّةً أَوْ إِجَارَةً يُبْطِلُ الرَّهْنَ]:

قوله: (رَدُّ بَعَارِيَّةً)⁽⁶⁾ إِنْ أَعَارَهُ إِيَّاهُ عَارِيَّةً مُطْلَقَةً لَغَيْرِ أَجَلٍ بَطَلَ، وَإِنْ كَانَتْ إِلَى أَجَلٍ؛ فَإِنْ قَامَ الْغُرَمَاءُ قَبْلَ الْأَجَلِ دَخَلُوا مَعَهُ، وَإِنْ تَمَّتِ الْمُدَّةُ وَجَبَ عَلَيْهِ رَدُّهُ إِلَيْهِ، وَجُبِرَ عَلَى ذَلِكَ، وَكَذَلِكَ الْإِجَارَةُ⁽⁷⁾، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى رَدِّهِ فِي الْإِطْلَاقِ، لَأَنَّهُ قَدْ أَسْقَطَ حَقَّهُ.

قوله: (وَمِنْ اسْتَأْجَرَ دَارًا)⁽⁸⁾ يَعْنِي أَنْ يَسْتَأْجِرَهَا مِنْ رَبِّهَا، ثُمَّ يَرَاهَا⁽⁹⁾ مِنْهُ فِي حَقِّ، ثُمَّ يَرْجِعُ فَيُؤْجِرُهَا مِنْ رَبِّهَا، أَيْ يُكْرِيهَا مِنْهُ، كَأَنَّهُ يُقَاصُّهُ⁽¹⁰⁾ بِكَرَائِهَا فِي دَيْنِهِ فَيَبْطُلُ الرَّهْنُ، لِأَنَّ رَبَّهُ تَصَرَّفَ فِيهِ، لَكِنْ لَيْسَ هَذَا عَلَى إِطْلَاقِهِ، بَلْ إِنْ قَامَ الْغُرَمَاءُ

(1) التفريع: 263/2.

(2) البقرة: 283.

(3) ينظر الأم: 142/3.

(4) فِي (و) الرَّهْنِ.

(5) ينظر المصدر السابق: 144/3.

(6) ((وَمِنْ ارْتَهَنَ رَهْنًا ثُمَّ رَدَّهُ بَعَارِيَّةً... بَطَلَ رَهْنُهُ)). ينظر التفريع: 263/2.

(7) حكمها حكم العارية، إعارَةُ الْمُرْتَهِنِ الرَّهْنَ لِرَبِّهِ كِإِجَارَتِهِ فِي الْإِطْلَاقِ وَغَيْرِهِ.

(8) ((ثُمَّ ارْتَهَنَهَا، ثُمَّ أَجَرَهَا مِنْ رَبِّهَا بَطَلَ رَهْنُهُ)). المصدر السابق.

(9) يَرْتَهِنُهَا الْمُسْتَأْجِرُ لَهُ عَلَى حَقِّ لَهُ مِنْ رَبِّهَا.

(10) فِي (و) يَقَاصِيهِ.

وهي عند ربِّها لم تَتَمَّ مُدَّةُ الإِجَارَةِ بَعْدُ؛ فهو أَسْوَأُ الْغُرَمَاءِ، ولو رَدَّها إليه بِعَارِيَةِ مُطْلَقَةٍ⁽¹⁾ بَطَلَ الرَّهْنُ مُطْلَقًا، لِأَنَّهُ صَارَ يَتَصَرَّفُ فِيهَا وَهِيَ مِلْكُهُ، بخلاف أن يُعِيرَهَا الْأَجْنَبِيَّ عَارِيَةِ مُطْلَقَةٍ، فَإِنَّهَا تَكُونُ لِمُدَّةِ يُسْتَعَارُ مِثْلُهَا فِيهَا، ثُمَّ يَرُدُّهَا.

[قِيَمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرُ أَوْ أَقَلُّ مِنَ الْحَقِّ يَتَلَفُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ]:

قوله: (بِدُونِ مَا تُسَاوِي)⁽²⁾ يَعْنِي أَنْ تَكُونَ لَهُ عَلَيْهِ عَشْرَةٌ، فَيَرْهَنَهُ فِيهَا مَا يُسَاوِي عَشْرِينَ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ، فَيُضْمَنُ قِيَمَةَ جَمِيعِهِ، لِأَنَّهُ قَبَضَهُ عَلَى حُكْمِ الرَّهْنِ، بخلاف ما إِذَا ارْتَهَنَ نِصْفَهُ، فَإِذَا تَلَفَ إِنَّمَا يَغْرَمُ قِيَمَةَ نِصْفِهِ، لِأَنَّهُ فِي النِّصْفِ الثَّانِي أَمِينٌ لَمْ يَقْبُضْهُ بِحَقِّهِ⁽³⁾، وَلَا يَخْلُو الرَّهْنُ التَّالِفَ (أَنْ تَكُونَ)⁽⁴⁾ قِيَمَتُهُ مِثْلَ الْحَقِّ فَيَتَقَاصَّانَ⁽⁵⁾، أَوْ أَكْثَرَ أَوْ أَقَلَّ، فَيَتَبَعُ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ بِالزَّائِدِ.

[تَدَاعَى الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ فِي رَدِّ الرَّهْنِ وَاسْتِبْدَالِهِ]

قوله: (فَذَكَرَ أَنَّهُ غَيْرُ رَهْنِهِ)⁽⁶⁾ لَمَّا دَفَعَهُ إِلَيْهِ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ صَارَ قَدْ انْتَمَنَ عَلَيْهِ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ، وَلِأَنَّهُ غَارِمٌ وَمُدَّعَى عَلَيْهِ، وَاسْتَظْهَرَ بَيِّنَتَهُ عَلَى دَعْوَى الرَّاهِنِ.

قوله: (وَلَوْ ادَّعَى الْمُرْتَهِنُ أَنَّهُ رَدَّهُ لَمْ يُقْبَلْ ذَلِكَ مِنْهُ)⁽⁷⁾ لِأَنَّهُ قَدْ اعْتَرَفَ بِقَبْضِهِ وَهُوَ فِي ضَمَانِهِ، فِدَمَتُهُ مَعْمُورَةٌ بِذَلِكَ، فَيُتَّبَعُ أَنْ يَكُونَ أَرَادَ إِبْرَاءَ ذِمَّتِهِ مِنَ الضَّمَانِ، وَتَعْمِيرُ الذِّمَّةِ هُنَا هُوَ الْأَصْلُ، فَمَنْ ادَّعَى خِلَافَهُ فَهُوَ الْمُدَّعَى، وَمَنْ ادَّعَى الْأَصْلَ فَهُوَ الْمُنْكَرِ.

وَكَذَلِكَ إِذَا ادَّعَى رَجُلٌ أَنَّهُ دَفَعَ لِرَجُلٍ دَيْنًا كَانَ لَهُ عَلَيْهِ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ، لِأَنَّ الْأَصْلَ هُنَا بِالْاعْتِرَافِ تَعْمِيرُ الذِّمَّةِ، فَالدَّافِعُ يَدَّعِي خِلَافَ الْأَصْلِ، وَكَذَلِكَ لَوْ ادَّعَى تَلَفَ الرَّهْنِ لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ، وَهَذَا كُلُّهُ فِيمَا يُغَابُ عَلَيْهِ، وَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيمَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ فِي دَعْوَى الرَّدِّ، لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ فِي ضَمَانِهِ إِلَّا أَنَّهُ إِنْ كَانَ قَبَضَهُ بِبَيِّنَةٍ لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ، لِأَنَّهُ لَمْ يَأْتِمُنْهُ عَلَيْهِ إِلَّا بِالْبَيِّنَةِ.

وَكَذَلِكَ فِي الْوَدِيعَةِ، يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي الرَّدِّ إِلَّا أَنْ يَقْبِضَهَا بِبَيِّنَةٍ، وَأَمَّا إِذَا ادَّعَى التَّلَفَ فِي ذَلِكَ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ، إِلَّا أَنَّهُ فِي الرَّهْنِ تَلَزُّمُهُ الْيَمِينِ، لِأَنَّهُ قَبَضَ لِمَنْفَعَتِهِ، بخلاف

(1) من غير أجل مُحدد.

(2) ((ومن ارتهن رهنًا بدون ما يساوي، فتلف في يده؛ ضمن القيمة كلها)). المصدر السابق.

(3) أي بسبب الحق أو الدين.

(4) سقط من (و).

(5) في (و): فَيَتَقَاصَّانَ أَنْ يَكُونَ لَعْلَةً.

(6) ((ومن ارتهن رهنا فأخرجه إلى ربه، فذكر أنه غير رهنه؛ فالقول... قول المرتهن مع يمينه)).

(7) المصدر السابق: 264/2.

(7) ينظر المصدر السابق.

الوديعة، ويقول في يمينه: ما ضيَّع ولا فَرَط، ويزيد المُنْتَهَم: ولا غَيَّبْتُهُ. وبمنزلة الرهن، من استأجر ثوباً ليلبسه فيدَّعي التَّلَف (1)، لأنَّه قد قَبَضَ لِمَنْفَعَةٍ له مُحَقَّقة، وبمنزلة المودع المُقَارَض (2)، لا يَحِلُّ في التَّلَف، لأنَّه قَبَضَ لِمَنْفَعَةٍ مَوْهُومَةٍ.

[حُوز السِّلْعَةِ وَإِدْعَاءُ رَهْنِهَا مَعَ انْكَارِ صَاحِبِهَا]:

قوله: (لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُ الَّذِي فِي يَدِهِ السِّلْعَةُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ) (3) لأنَّه يدَّعي خلاف الأصل، وهو بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ، فَمَنْ ادَّعى تَعْمِيرَها فعليه البَيِّنَةُ، وَالْقَبْضُ لا يَدُلُّ على الرهن قطعاً، لأنَّه قد يكون بوجه آخر، كالوديعة والعارية.

[إِدْعَاءُ تَلَفِ الرَّهْنِ وَالِاخْتِلَافُ فِي صِفَتِهِ وَقِيَمَتِهِ]:

قوله: (فَاخْتَلَفَا فِي تَلَفِهِ وَصِفَتِهِ وَقِيَمَتِهِ) (4) إِنَّمَا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُرْتَهِنِ، لِأَنَّهُ لَمَّا (5) لَمْ يَشْهَدْ عَلَيْهِ بِالرَّهْنِ وَصِفَتِهِ؛ فَقَدْ انْتَمَنَ، وَلِأَنَّهُ يَلْزِمُهُ الْغُرْمُ بِالتَّلَفِ فِيمَا يُغَابُ عَلَيْهِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَارِمِ، وَأَيْضاً فَإِنَّ الْمُرْتَهِنَ يَدَّعي بِالتَّلَفِ بَرَاءَةَ ذِمَّتِهِ مِنْ قَبْلِ الرَّاهِنِ وَإِنْ لَزِمَهُ الْغُرْمُ، لِأَنَّ ذَلِكَ عَلَى الْمَذْهَبِ مِنْ أَجْلِ التُّهْمَةِ، فَهُوَ يَدَّعي الْأَصْلَ مِنْ بَرَاءَةِ الذِّمَّةِ، وَالرَّاهِنُ يَدَّعي - بكونه غَيَّبَ - تَعْمِيرَ ذِمَّتِهِ (6)، وَمَنْ ادَّعى خِلَافَ الْأَصْلِ فعليه (7) البَيِّنَةُ، وَإِذَا حَلَفَ عَلَى تَلَفِهِ وَصِفَتِهِ قُومَ عَلَى الصِّفَةِ، وَيَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ ذَلِكَ قَوْلُهُ - ﷺ -: ((لَا تَنْتَعِثُ الْمَرْأَةُ الْمَرْأَةَ لَزَوْجِهَا حَتَّى كَأَنَّهُ يَنْظُرُ إِلَيْهَا)) (8) فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ نَعْتَ الْغَائِبِ يُتَوَصَّلُ بِهِ إِلَى حُكْمِ الْمُشَاهَدَةِ (9).

[الْجَهْلُ بِقِيَمَةِ الرَّهْنِ]:

قوله: (وَإِنْ جَهِلَ قِيَمَتَهُ حَلَفَ رَبُّ الرَّهْنِ) (10) لِأَنَّ ذَلِكَ أَقْصَى مَا يُمَكِّنُ، وَكَأَنَّهُ (11) رَدَّ الِیْمِینِ عَلَيْهِ بِالنُّكُولِ، وَإِنْ جَهِلَا مَعًا وَقِفَ الرَّهْنُ إِلَى أَنْ يَأْتِيَ أَحَدُهُمَا بِمَا يَدُلُّ عَلَى

- (1) يُقْبَلُ قَوْلُهُ مَعَ الْيَمِينِ.
- (2) الْمُرَادُ بِهِ الْعَامِلُ فِي الْقَرَاظِ، لِأَنَّهُ أَمِينٌ. يَنْظُرُ مَدُونَةُ الْفَقْهِ الْمَالِكِيِّ: 297/4، 299.
- (3) إِذَا ادَّعى الَّذِي بِيَدِهِ السِّلْعَةُ ((أَنَّهَا رَهْنٌ عِنْدَهُ وَأَنْكَرَ ذَلِكَ رَبُّهَا؛ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُ الَّذِي فِي يَدِهِ السِّلْعَةَ)). التَّفْرِيعُ: 264/2.
- (4) الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُرْتَهِنِ مَعَ يَمِينِهِ، إِذَا اخْتَلَفَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ فِي تَلَفِ الرَّهْنِ. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقَ.
- (5) سَقَطَتْ مِنْ (ع).
- (6) يَرِيدُ تَعْمِيرَ ذِمَّةِ الْمُرْتَهِنِ بَعْدَ أَنْ غَيَّبَ الرَّهْنِ.
- (7) فِي (و) عَلَيْهِ.
- (8) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ: 38/7 حَدِيثَ رَقْمِ 5240 نَحْوَهُ بِلَفْظِ ((لَا تَبَاشِرُ الْمَرْأَةَ)). إلخ من حديث ابن مسعود رفعه. وَذَكَرَهُ ابْنُ حَجَرٍ بِلَفْظِهِ فِي التَّلْخِصِ: 14/3 وَعَزَاهُ لِلْبُخَارِيِّ.
- (9) قَالَ الْحَافِظُ ابْنُ حَجَرٍ فِي التَّلْخِصِ: 14/3 عَلَى دَلَالَةِ هَذَا الْحَدِيثِ: ((يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْوَصْفَ يَقُومُ مَقَامَ الْعِيَانِ، قُلْتُ وَأَخَذْتُ هَذَا مِنْ هَذَا فِي غَايَةِ الْبُعْدِ وَاللَّهِ أَعْلَمُ)).
- (10) وَإِنْ جَهِلَ الْمُرْتَهِنُ ((قِيَمَتَهُ حَلَفَ رَبُّ الرَّهْنِ عَلَى صِفَتِهِ)). التَّفْرِيعُ: 264/2.
- (11) وَكَأَنَّ الْمُرْتَهِنَ بَجْهَلِهِ بِالْوَصْفِ وَالْقِيَمَةِ، نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ؛ فَزِدَّتْ عَلَى الرَّاهِنِ.

قوله.

[اختلاف الرّاهن والمرتهن في قدر الحق]:

قوله: (وَاخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْحَقِّ) (1) مَثَلُ أَنْ يَقُولَ الرَّاهَنُ: خمسة عشر، والمرتهن: عشرين، وقيمة الرّهن ستّة عشر، والغالبُ من الرّهن (2) أَنْ يُرْهَنَ فِي مِثْلِ قِيَمَتِهِ، فصار ذلك بمنزلة شاهد للمرتهن على قدر الحق، وهو قيمة الرّهن، فيحلف مع شاهده ويستحق (3)، وهل هو شاهد على نفسه أو على غيره (4)؟

فإن قلنا: على نفسه، فهو بمنزلة العبد يجني جناية فيكون ربّه مُخَيَّرًا بين افْتِكَاحِهِ وإِسْلَامِهِ، فكذلك الرّهن على هذا، لربّه إِسْلَامُهُ فِي الْحَقِّ وَافْتِكَاحُهُ، وعلى هذا يكون شاهدا للمرتهن، سواء تَلَفَ أو لم يَتَلَف (5)، وإن قلنا: على غيره، وهو ذِمّة الرّاهن، فَيُؤْخَذُ مِنْهَا قِيَمَتُهُ، ولا يلزم المرتهن أخذ الرّهن فيما له عليه إِلَّا بِاخْتِيَارِهِ، وعلى هذا لو تَلَفَ الرّهن لم يكن شاهدا، لأنّ الشّاهد على غيره لا بد من حُضُورِهِ، إِلَّا أَنَّهُ اخْتَلَفَ، هل يحلف على جميع ما ادّعى، أو على ما شهد له به الرّهن خاصّة؟ قولان:

فَوَجْهُ الْأَوَّلِ: أَنَّ يَمِينَهُ عَلَى بَعْضِ مَا ادّعاه تكذيبا لنفسه في الدّعوى الأولى، لأنّه إذا قال والله لقد رهنته عندي في ستّة عشر، فهذا يُنَاقِضُ دَعْوَاهُ أَنَّهُ رَهَنَ فِي عَشْرِينَ، ولأنّه إذا حَلَفَ عَلَى الْبَعْضِ فَإِنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَحْلِفَ ثَانِيًا عَلَى مَا بَقِيَ، وتقليلُ الْأَيْمَانِ مَا قَدَرَ أَوَّلَى.

وقيل: بل (6) يحلف على ما شهد له به الرّهن لا غير، لأنّ يَمِينَهُ عَلَى عَشْرِينَ تَكْذِيبٌ لَشَاهِدِهِ، كما أنّه إذا كان له شاهدٌ على بعض حقّ ادّعاه على رَجُلٍ فِي مَجْلِسٍ وَاحِدٍ، لا يحلف على الكلّ، لأنّ فيه تكذيبا لشهادته، ولو ادعى عليه حَقَّانِ فِي مَجْلِسَيْنِ وَمُعَامَلَتَيْنِ، فشهد له بأحدهما جاز له أَنْ يَحْلِفَ عَلَى الثَّانِي، وليس فيه تكذيبٌ له.

وقيل: ليس الرّهن كالشّاهد، لأنّ الرّهن قد يُرْهَنُ فِي أَقَلِّ مِنْ قِيَمَتِهِ وَفِي أَكْثَرِ، فَحَلْفُهُ فِي أَكْثَرِ مِنْ قِيَمَتِهِ لَيْسَ تَكْذِيبًا لَهُ، فَإِذَا حَلَفَ عَلَى الْجَمِيعِ (7) وَاسْتَحَقَّ مَا يَشْهَدُ لَهُ

(1) إذا اتّفق الرّاهن والمرتهن على قيمة الرّهن ((واختلفا في قدر الحقّ الذي رُهن به، فالقول... للمرتهن إلى قدر قيمة الرّهن، ويحلف على ما ادّعاه)). المصدر السابق: 265/2.

(2) في (و) الرّاهن.

(3) يستحق المرتهن قدر قيمة الرّهن. ينظر المصدر السابق.

(4) بمعنى أن الرّهن شهد على نفسه على سبيل المجاز، بأن قيمته تساوي قدر الحق، أو شهد على غيره، بمعنى أنه شهد على ذمّة الرّاهن وتعميرها بقيمة الرّهن التي عادة تساوي قدر الحق.

(5) لأن من شرط كون الرّهن شاهدا على مقدار الدّين، أن يكون الرّهن قائما لم يتلف، أو فات في ضمان المرتهن. ينظر شرح مختصر خليل للخرشي: 260/5.

(6) سقطت من (و).

(7) حلف على قدر قيمة الرهن والزيادة التي ادّعاها.

الرَّهْنُ بِهِ لَتَكَامَلِ السَّبَبُ فِيهِ بِالشَّاهِدِ وَالْيَمِينِ، وَقِيلَ لِلرَّاهِنِ: هَذَا الزَّائِدُ الَّذِي ادَّعَاهُ (1)؛
إِمَّا أَنْ تَحْلِفَ وَيَسْقُطَ عَنْكَ أَوْ تَغْرَمَ، فَإِنْ نَكَلَ صَارَ ذَلِكَ التُّكُولُ لِلْمُرْتَهِنِ بِمَنْزِلَةِ شَاهِدٍ،
فَيَنْبَغِي أَنْ يَحْلِفَ الْمُرْتَهِنُ عَلَيْهِ، وَ يَسْتَحِقُّ بِتُكُولِ خَصْمِهِ وَيَمِينِهِ، وَقِيلَ: تُجْزِيهِ الْيَمِينُ
الْأُولَى عَنِ الْكُلِّ، لِأَنَّهَا تَتَضَمَّنُ الْحَلْفَ عَلَى الْبَعْضِ.

وَجْهُ الْأَوَّلِ (2) أَنَّ الْمَطْلُوبَ هُنَا يَمِينٌ خَاصَّةٌ، وَالْأُولَى كَانَتْ عَامَّةً، وَأَيْضًا لَمَّا
حَلَفَ أَوَّلًا، كَانَ قَدْ تَقَدَّمَ الْيَمِينُ عَلَى وَقْتِ وُجُوبِهَا بِالنَّظَرِ إِلَى هَذَا الزَّائِدِ.

[بيع المرتهن للرهن]:

قوله: (وَلَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ أَنْ يَبِيعَ الرَّهْنَ إِلَّا بِإِذْنِ رَاهِنِهِ) (3) لِأَنَّهُ لَمَّا قَبِضَهُ عَلَى جِهَةِ
اسْتِيفَاءِ حَقِّهِ مِنْ ثَمَنِهِ، لَا عَلَى جِهَةِ الْمَلِكِ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ، فَيَبِيعُهُ إِلَّا بِإِذْنِ الْكَائِنِ
الْفُضُولِيِّ، فَيَتَوَقَّفُ عَلَى إِذْنِ الرَّاهِنِ.

[توكيل الراهن للمرتهن في بيع الرهن]:

قوله: (جَازَ لَهُ بَيْعُهُ إِذَا كَانَ يَسِيرًا) (4) إِذَا شَرَطَ عَلَيْهِ (5) الْمُرْتَهِنُ (أَنْ يَبِيعَهُ) (6) فِي
مَغْيِبِهِ دُونَ إِذْنِهِ وَلَا إِذْنِ حَاكِمٍ، فَلَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ إِذَا لَمْ يَشْتَرِطْ إِذْنُ
الْحَاكِمِ، فَوَجْهٌ أَنَّهُ لَا يَسْتَأْذِنُ الْحَاكِمَ فِيمَا لَا (7) يَبْقَى [كَالْقَضْبِ] (8)، أَوْ يَنْقُصُ بِالْبَقَاءِ أَنْ
يَبِيعَهُ إِذْ ذَلِكَ أَصْلَحُ لِلرَّاهِنِ، لِأَنَّهُ إِنْ اشْتَغَلَ بِاسْتِنْدَانِ الْحَاكِمِ نَقَصَ ثَمَنُهُ وَأُضِرَّ ذَلِكَ
بِالرَّاهِنِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَبْقَى وَلَا يَنْقُصُ كَالثُّوبِ وَالْدَّارِ، فَالْأُولَى أَنْ يَسْتَأْذِنَ الْحَاكِمَ، لِأَنَّ
غَالِبَ النَّاسِ أَنْ لَا (9) يَسْتَقْصِي فِيمَا يَبِيعُ لغيره فَيُتَّهِمُ، لِأَنَّهُ بَائِعٌ لِنَفْسِهِ (10). بِخِلَافِ مَنْ
يَبِيعُ لغيره؛ فَإِذَا شَاوَرَ الْحَاكِمَ اسْتَقْصَى فِي ذَلِكَ وَضَرَبَ لَهُ أَجَلًا، وَطَالَبَهُ بِإِثْبَاتِ السَّدَادِ
فِي الْبَيْعِ.

وَمَعْنَى الْكَرَاهَةِ (11) أَنَّهُ إِنْ وَقَعَ جَازٌ، وَقِيلَ: لَا يَجُوزُ لِلتُّهْمَةِ، وَوَجْهٌ قَوْلُ أَشْهَبَ

-
- (1) المرتهن.
 - (2) وهو حلفه على الجميع ثم على الزيادة بعد نكول خصمه، فيستحقه به.
 - (3) التفريع: 265/2.
 - (4) وذلك إذا ((رهن عند رجل رهنا، ووكله على بيعه في حقه)). المصدر السابق.
 - (5) في (و) على.
 - (6) سقط من (و).
 - (7) سقطت من (و).
 - (8) في النسختين (و) و (غ) كالغصب.
 - (9) سقطت من (و).
 - (10) كذا وردت. والمراد به أن مآل البيع وفائدته راجعة إليه ليستوفي به حقه فكأنه باع لنفسه، وإلا فهو بائع لغيره بدليل إذن الراهن له.
 - (11) كراهة بيع الزبع والعرض إذا كثرت قيمته. ينظر المصدر السابق.

(1): إِنَّ الرَّاهِنَ قَدْ أَقَامَهُ مَقَامَ نَفْسِهِ وَرَضِيَ بِحُكْمِهِ، فَجَازَ اسْتِئْذَانَهُ.

[توكيل غير المُرتَهَن لبيع الرهن]:

قوله: (وَمَنْ وَكَّلَ وَكِيلاً بِبَيْعِ (2) رَهْنٍ) (3) صورة ذلك أن يرهن عنده رهناً، ويؤكِّل شخصاً آخر على بيع ذلك الرهن وإنصاف المُرتَهَن من ثمنه، فلا يجوز للرَّاهِن أن يعزل الوكيل، لأنه (4) قد تعيَّن للمُرتَهَن حَقٌّ في هذه الوكالة، ولا يجوز له أن يبدله بوكيل غيره على المشهور، لأنَّ من حَقِّ المُرتَهَن أن يقول إنَّما رضيت بهذا الوكيل دون غيره، وقال القاضي إسماعيل (5): يجوز له أن يعزله ويؤكِّل غيره، لأنَّ المُرتَهَن إنَّما تعلَّق له حَقٌّ بالبيع خاصة، لا بوكالة شخص دون آخر، وأمَّا أن يعزله دون أن يؤكِّل غيره فلا يجوز بلا (6) خلاف.

[تعدد الحَقَّين واختلاف الراهن والمرتهن فيما يقابل الحَقَّين من الرهن]:

قوله: (وَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ حَقَّانِ) (7) مثاله أن يكون له عليه مائتان كلاهما إلى أجل، ومع إحداهما رهنٌ فيها، فلا يخلو أن يحلَّ الأجلان (أو لا يحلَّ) (8)، أو يحلَّ أحدهما دون الثاني، فإن لم يحلَّ أو حلَّ معاً فهذه مسألة الكتاب، لأنَّه إذا ادَّعى أنَّه دفع التي فيها الرهن بعد حلول أجلها أو قبله وأنكر الآخر ذلك؛ كان القولان مُحْتَمَلَيْنِ لا يترجَّح أحدهما على الثاني، فلذلك تحالفا لينكل أحدهما، فيكون ذلك بمنزلة شاهد للآخر، وهذا إذا كان الرَّاهِنُ غير مَلِيٍّ بالحَقَّين، لأنَّه إذ ذلك يفيد هذا، وأمَّا إن كان مَلِيًّا بهما وقد حلَّ؛ فلا فائدة في ادِّعائه أنَّه من غير المقبوض، لأنَّه يطالبه بأداء الحال.

[يُمنَع اقتضاء جزء من الرهن مقابل قضاء جزء من الحق]:

قوله: (فَلَيْسَ لِرَبِّ الرَّهْنِ أَخْذُ شَيْءٍ مِنْهُ) (9) هذا تنبيه على قول المخالف أنَّه إذا

(1) بجواز بيع المُرتَهَن لما تكثر قيمته. ينظر المصدر السابق.

(2) في التفريع: على بيع.

(3) ليس للموكِّل أن يعزل وكيله الذي ارتضاه المُرتَهَن لبيع الرهن، واقتضاء الدَّين منه. ينظر المصدر السابق.

(4) في (و) لأن.

(5) إسماعيل بن إسحاق بن إسماعيل، نشأ بالبصرة واستوطن بغداد، سمع من علي بن المديني وغيره، شرح مذهب مالك ولخصه، وعنه تفقه أهل العراق من المالكية، تولى القضاء سنين عدة، وله عدة مؤلفات منها المبسوط، توفي سنة 282 هـ. ينظر ترتيب المدارك: 278/4، والديباج المذهب: 283/1.

(6) في (و) فلا.

(7) ((الواحد برهن والآخر بغير رهن)). التفريع: 265/2.

(8) سقط من (و).

(9) وهذا فيمن ((ارتهن رهناً على مال؛ واقتضى منه بعضه)). المصدر السابق: 266/2.

دفع له من الحق شيئاً، فإنه يستوجب من الرهن بقدر مادفع، ونحن نقول: إنَّه كالمُكَاتَّب ((هو عَبْدٌ مابقي عليه دِرْهَمٌ)) (1)، كما قال - ﷺ - لأنَّه إنَّما ارتهنه (2) بشرط ألا يردَّه إلى الرَّاهن حتَّى يستوفي جميع حقِّه، وفائدة ذلك ألا يدخل معه الغرماء في شيء منه، وعلى قول المخالف يدخلون معه في ذلك بقدر ما دفع من الحق، فيكون لهم من الرهن بقدر ذلك الجزء، ويلزم على هذا أنَّه لو ساوى مابقي من الرهن أقلَّ ممَّا بقي من الحق؛ لصار في باقي الباقي أسوة الغرماء.

[رهن ما فضل من الرهن لدائن ثان]:

قوله: (وَرَهْنٌ مِنْ آخَرٍ فَضْلُهُ) (3) هذا على إحدى الروايتين، وهي جواز ذلك بإذن المرتهن، ولا يخلو أن يحلَّ الحَقَّان أو أحدهما، فإن حلاً معاً بيع (4) الرهن وانتصف الأول، فإن فضل فضلاً كان للثاني، وإلا فلا شيء له من الرهن، لأنَّه إنما دخل على تقدير أن يفضل فضله عند انتصاف الأوَّل.

فإن حلَّ الثَّاني أوَّلاً، فإن كان مما يُقسَم، مثل أن يكون قَمْحاً أو نحوه (يساوي عشرة) (5)، فرهن منه عند الثاني ما يساوي اثنين بعد حق الأول، فيعزل منه الأول ما يساوي ثمانية، ويترك رهناً للأوَّل؛ وإن ساوى وقت بيعه أقل من حقه، ويعطي مازاد للثاني فيبيعه حينئذ وينتصف منه، وإن لم يساو كُله إلا ثمانية بطل رهنُ الثَّاني، وبقي الكلُّ رهناً للأوَّل، فإذا حلَّ حقُّ الأوَّل بيع، فإن فضل فضلاً أخذه الثاني وإلا فلا شيء له، وقيل: لا يُقسَم بينهما لأنَّ ذلك يُؤدِّي إلى الإضرار بالمرتهن الأوَّل.

ووجه الخلاف أنَّه لمَّا أذن في رهن الفضل، فهل دخل على أنَّ ما فضل عن ثمانية - من الرهن يوم حلول أجل الثَّاني - رهنٌ له (6)، أو لم يدخل على ذلك في حين إذنه، ولكن قدر (7) ألا يلحقه ضرر البتة؟

وأما إذا اشترط ذلك عليه - فقليل له: مايفضل من قيمة الرهن يوم حلول أجل الثَّاني؛ يخرُج عن يدك حينئذ من الرهن - فإنه يلزمه.

(1) ذكره البخاري: 152/3 تعليقا بلفظه موقوفاً عن زيد بن ثابت. وأخرجه مالك في الموطأ: 787/2 حديث رقم 1 نحوه موقوفاً عن ابن عمر، وأخرجه أبو داود: 20/4 حديث رقم 3926 نحوه مرفوعاً من حديث عمرو بن شعيب. وقال الزيلعي في نصب الراية: 143/4: ((فيه إسماعيل بن عياش، لكنه عن شيخ شامي ثقة)). وقال عنه الألباني في تحقيق أبي داود: حديث حسن.

(2) في (و) أرهنه.

(3) وذلك في ((مَنْ رهن مِنْ رَجُلٍ رهناً، ورهن من آخر فضله بإذن الأول، فحل أجل الحق الثاني قبل الأول)). التقرير: 266/2.

(4) في (و) بين.

(5) سقط من (غ).

(6) للمرتهن الثاني.

(7) في (و) قدر.

فإن كان الرهن مما لا ينقسم؛ فبياع منه مايساوي ثمانية ويُنصف الأول، ثم يُنصف الثاني من الباقي، ولا يوقف حقُّ الأول؛ إذ لافائدة في ذلك، بل فيه ضررٌ.

[بيع الراهن الرهن]:

قوله: (وَإِذَا بَاعَ الرَّاهِنُ الرَّهْنَ بِغَيْرِ إِذْنِ مُرْتَهِنِهِ لَمْ يَجُزْ)⁽¹⁾ لأنَّه لا تصرف له فيه لتعلُّق حقِّ المُرتَهِن فيه، فيكون له الخيار في الإمضاء أو الفسخ، فإن أذن له في البيع وأسقط حقه من الرهن فبَيَّنَّ، وإن ادَّعى أنَّه إنما أباح له ذلك لينتصف، وادَّعى الرَّاهِن أنه أسقط حقه من الرهن؛ فالقول قول المُرتَهِن، لأنَّه ادَّعى ما يشهد له العرف به، فالقول قوله مع يمينه، وعلى الرَّاهِن البينة، لأنَّه مدَّع عليه إسقاط حقه، والأصل خلاف ذلك.

[رهن الشريك نصيبه واستئجار نصيب شريكه]:

قوله: (لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ)⁽²⁾ قد تقدَّم أنَّ رهن المُشاع جائزٌ، إلا أنَّه لا بُدَّ فيه من الحوز ونزع يدِ الرَّاهِن من التصرف فيه، فإذا أراد الرَّاهِن أن يستأجر حظَّ⁽³⁾ شريكه صار بذلك مُتصرفاً في الرهن، لأنَّه مُشاع، وتصرفه فيه مُبطل للرهن، ولو سكن الرَّاهِن مع المُرتَهِن فيها لكان ذلك - أيضاً - مُبطلاً للرهن، لأنَّه غير مُتعيَّن بالرَّاهِن مُتصرف فيه، فإذا قُسمت الدَّار جاز، لأنَّ⁽⁴⁾ المرهون يصير متعيِّناً.

(1) المصدر السابق.
(2) وذلك ((إذا رهن أحدهما نصيبه من رجل، ثم أراد أن يستأجر نصيب صاحبه)). المصدر السابق: 267/2.
(3) في (و) خط.
(4) سقطت من (و).

فصل في الحَجَر (1)

[أنواع الحَجَر]:

وهو سبعة أنواع: حَجَر الصِّغَر، وحجر السَّفَه، وحجر المريض للورثة، وحجر الزوجة لحق زوجها، وحجر المُفْلِس، وحجر المُرْتَدَّ أيام استنابته على القول بأنَّ ماله لا يزول عن ملكه بالرَّدة، وحجر العَبْد، وكل ذلك في جميع المال إلا الزَّوجة والمريض، فالحجر عليهما فيما زاد على الثُّلث.

[الحجر على الصَّغِير والسَّفِيه]:

قوله: (وَيُحْجَرُ عَلَى الْأَصَاغِرِ) (2)، لقوله عزَّ وجلَّ: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ (3)، الآية، وللإجماع، ومن جهة المعنى أَنَّ الصَّغِيرَ لو أُبِيحَ له التَّصَرُّفُ لَأَتْلَفَ ماله، وبقي كَلَّا على النَّاسِ، وهذه الْعِلَّةُ بعينها موجودة في السَّفِيهِ الكبير.

[الحجر على الفاسق]:

قوله: (وَلَا يُحْجَرُ عَلَى فَاسِقٍ إِذَا كَانَ مُصْلِحًا لِمَالِهِ) (4)، وهذا قول ابن الْقَاسِمِ، وَمَنْ عَدَّاهُ مِنْ أَصْحَابِ مَالِكَ يَقُولُونَ: إِنَّهُ يُحْجَرُ عَلَيْهِ، لِأَنَّ فَسَقَهُ سَبَبٌ لِإِتْلَافِ مَالِهِ، وهذا مذهب الشافعي (5)، ووجهه أَنَّ فِي إِبْقَاءِ مَالِهِ بِيَدِهِ عَوْنٌ عَلَى الْفُسَادِ، وَبِالْحَجْرِ يَنْكَفُ عَنْ ذَلِكَ، قَالَ اللَّهُ - تَعَالَى -: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾ (6)، الآية، وَفِي تَرْكِ مَالِهِ عَوْنٌ عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ.

ووجه المذهب أَنَّ الْفَسْقَ يَخْتَلِفُ، فَقَدْ يَبْعَثُ عَلَى جَمْعِ (7) الْمَالِ وَعَلَى تَبْذِيرِهِ، وَهَذَا هُوَ الْحَقُّ. فَإِذَا بَلَغَ الصَّبِيُّ فَلَا خِلَافَ أَنَّه لَا يَزُولُ عَنْهُ الْحَجَرُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ رُشْدُهُ، وَإِذَا بَلَغَ الْمُهْمَلُ الَّذِي مَاتَ أَبُوهُ وَلَا نَازِرَ لَهُ، فَقَدْ زَالَ عَنْهُ حَجَرُ الصِّغَرِ، فَهَلِ الْأَصْلُ السَّفَهَ بَعْدَ الْبُلُوغِ (8) حَتَّى يَتَبَيَّنَ الرُّشْدُ أَوْ الْعَكْسُ؟ قَوْلَانِ، فَعَلَى الْأَوَّلِ أَفْعَالُهُ كُلُّهَا مِنْ

(1) ومحلّه عند ابن الجلاب قبل باب الرهن وبعد التفليس. ينظر التفريع: 256/2. والحجر: صفة حكمية توجب منع موصوفها من نفوذ تصرّفه فيما زاد على قوته، أو من تبرعه بزائد على ثلث ماله. ينظر القاموس الفقهي: 78/1.

(2) التفريع: 256/2.

(3) النساء: 6.

(4) التفريع: 256/2.

(5) ينظر المذهب للشيرازي: 131/2.

(6) المائدة: 2.

(7) في (غ) جميع.

(8) المراد من العبارة، هل السّفه معتبر ومؤثّر بعد البلوغ، أو العكس؟.

بيع أو ابتياع مردودة، وعلى الثاني أفعاله كلها ماضية، وهل يعتبر في انفكاك الحجر عَدَمُ الفِسْقِ أو لا؟ قولان كابتنائه(1).

[سَفَهُ الكَبِير]:

قوله: (وَهُمُ الْمُبَذَّرُونَ لِأَمْوَالِهِمْ)(2)(3) التَّبذِير ضربان: - أحدهما: أن ينفق ماله فيما لا يحتاج إليه.

الثاني: ألا تكون له بصيرة بالبيع والشراء، والأخذ والعطاء؛ وإن كان صالحا في دينه، وكلاهما مَحَجَّرَ عليه، وفي قبول شهادة هذا الثاني قولان، وجه قبوله صلاحه، ووجه ردّها أن من شروط العدالة المعرفة بأمور الدنيا، لئلا يكون مغفلا يجري عليه الخداع.

[الحجر على هبة الزوجة في ما زاد على ثلث مالها]:

قوله: (وَلَا يَجُوزُ لِلْمَرْأَةِ ذَاتِ الزَّوْجِ أَنْ تَهَبَ)(4) لَأَنَّ الرَّجُلَ قَدْ تَعْلَقَ حَقُّهُ بِمَالِ زَوْجَتِهِ، يدل على ذلك قوله - ﷺ -: ((تُنَكِّحُ الْمَرْأَةَ بِجَمَالِهَا وَمَالِهَا وَدِينِهَا)) (5) فجعل المال مرغوبا فيه، وهذا معلوم بالغُرف، وقال - ﷺ -: ((لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تَوْمَنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ، أَنْ تَقْضِيَ فِي ذِي بَالٍ مِنْ مَالِهَا إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا)) (6) قالوا: وذو البال ما زاد على الثلث، لأنّه في جميع المواضع قليل (7) إِلَّا فِي ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ (8)، وهل تعلق حقه به على جهة التَّجَمُّلِ به (9)، أو الإِثْرَ (10)؟ قولان، فعلى الأول لا يجوز في كُلِّ زَوْجَةٍ (11) مطلقا، مُسَلِّمَةً أو كِتَابِيَةً، حُرَّةً أو أَمَةً، وعلى الثاني يختص بمن يرثها.

قوله: (فَزَوْجُهَا بِالْخِيَارِ) (12) وجه أنّه يردّ ما زاد على الثلث فقط؛ أَنْ تَصَرَّفَهَا فِي الثُّلُثِ فَمَا دُونَ مَبَاحٍ لَهَا، كَالْمَرِيضِ إِذَا أَوْصَى بِأَكْثَرِ مِنَ الثُّلُثِ، وَإِنَّمَا يَرُدُّ الْوَرِثَةُ مَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ فَقَطْ، وَقِيلَ: الْفَرْقُ أَنَّ الزَّوْجَةَ قَصَدَتْ بِذَلِكَ الْإِضْرَارَ، بِخِلَافِ

- (1) عند وجوب الحجر عليه.
- (2) سقطت من (و) وقد ثبتت في التفريع.
- (3) ((وَيُحَجَّرُ عَلَى السُّفَهَاءِ مِنَ الْأَكَابِرِ)). التفريع: 256/2.
- (4) ينظر المصدر السابق.
- (5) أخرج البخاري: 7/7 حديث رقم 5090، ومسلم: 1086/2 حديث رقم 1466 كلاهما من حديث أبي هريرة نحوه.
- (6) ورد النهي عن ذلك نحوه عند البخاري: 30/7 حديث رقم 1595 من حديث أبي هريرة مرفوعا.
- (7) أي أن الثلث في جميع المواضع؛ يعتبر في حيِّز القليل، وهذا فيه خلاف.
- (8) حَصَرَهُ فِي ثَلَاثَةِ مَوَاضِعَ فِيهِ خِلَافٌ. ينظر تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية: 358، 359.
- (9) سقطت من (و).
- (10) سقطت من (و).
- (11) أن تهب أو تقضي في ذي بال من مالها؛ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا.
- (12) وذلك ((إِنْ تَصَدَّقَتْ بِأَكْثَرِ مِنْ ثُلُثِهَا)). التفريع: 256/2.

المريض؛ لأنه يقدم على الله - تعالى - وأيضا فإن المريض لو رُدَّ جميع وصيته لم يستدرك ذلك، لأنه بعد الموت⁽¹⁾، بخلاف الزوجة إذا رُدَّت هبتها، فيمكنها أن تستدرك ذلك بأن تهب ثانية.

وفرق بعضهم بين الوصية والهبة بأن الوصية تصح من الصغير، ولا تصح هبته، وقيل: إنما كان ذلك، لأن العلة التي منعت من تصرف الصغير في ماله كونه يؤدي إلى إتلاف ماله، فيبقى كلاً على الناس، وذلك مفقود في وصيته، لأنه بعد الموت قد أمن من ذلك، ووجه أنه يرد الجميع، أنه اشتمل على ما لا يجوز وما يجوز، فبطل الكل.

[بيع المرأة وشرائها بغير إذن زوجها]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِهَا وَشِرَائِهَا)⁽²⁾ لأن ذلك يُنَمِّي مالها⁽³⁾.
قوله: (إِذَا لَمْ تَحَابِ)⁽⁴⁾ أي بأزيد من الثلث، وإن حابت بذلك ففيه الخلاف المتقدم، هل يرد الجميع أو مازاد على الثلث؟.

[موت الزوج وعلمه بعد الطلاق بالهبة بأكثر من الثلث لا يمنع نفاذها]:

قوله: (حَتَّى طَلَّقَهَا أَوْ مَاتَ عَنْهَا نَفَذَ فِعْلُهَا)⁽⁵⁾(6) لأن المانع إنما كان حق الزوج وقد زال، فصح ذلك، ولو تصدقت بشيء⁽⁷⁾ فردّه وبقي ذلك بيدها إلى⁽⁸⁾ أن طلقها أو مات، فإنه يُسْتَحَبُّ لها أن تتصدق به، ولا يلزمها فيما بينها وبين الله - تعالى - لأنه قد سقط عنها بالرد، وكذلك ما يفعله العبد ولا يعلم به السيد حتى يعتقه؛ ولو أعتق عبداً له فردّ السيد العتق وأقرّه في يده، فإن ردّه له إبطالاً بالجملة، لأن السيد تعلّق حقه بمال عبده تعلّق ملك، وإقراره إياه في ملكه تمليك ثان له، فإن عتق العبد⁽⁹⁾ لم يعتق عليه عبده⁽¹⁰⁾، لأن ذلك العتق قد بطل بالجملة.

وأما المديان إذا أعتق عبداً له، فردّه الغرماء وطراً له مأل استوفوا منه حقوقهم؛

(1) بعد الموت لا يمكنه الاستدراك بردها.

(2) ينظر المصدر السابق.

(3) في (و) ماله.

(4) ((ولا بأس ببيع المرأة ذات الزوج... ما لم تحاب)). المصدر السابق.

(5) سقط من (غ) ومثبت في التفريع.

(6) ((وإذا وهبت أو تصدقت بأكثر من ثلثها؛ ولم يعلم... حتى طلقها أو مات)). المصدر السابق: 257/2.

(7) سقطت من (و).

(8) سقطت من (و).

(9) عبد السيد.

(10) المراد به: عبد العبد.

فإنَّ العبد يخرج حُرًّا بالعتق الأوَّل، لأنَّ حقوق الغُرَماء إنَّما تعلَّقت بِمَالِ المِديان على جهة الاستيفاء، لا بِعَيْنِ ماله، فلم يكن رَدُّهم لِلْعِتْقِ إبطالا له، إلا أن يردَّ الحاكمُ العِتْقَ بالحُكْمِ عليه بِالْحَجَرِ، فإنَّه إذْ ذلك يرجع إلى مَلِكِهِ ويبطل العتق بِالْجُمْلَةِ.

وأما المرأة إذا أعتقت عبدا لها فردَّه الزَّوج، ثم طَلَّقَهَا أو مات عنها، فهل ينفذ عِتْقُهَا أو لا؟ قولان، فإن قيسَ الزَّوج على السَّيِّد، لأنَّ حَقَّه متعلِّقٌ بِجميعِ مالِ زوجته (فهما كسبت) (1) مالا وبعينه، بخلاف حقوق الغرماء، لأنَّه إنَّما تعلَّقت باستيفاء من المال لا بعينه، فبطل (2)، وإن قيسَ على الغُرَماء، لأنَّه إنَّما يتعلَّق حَقُّه بِالمال على جهة التَّجْمُلِ، وهو أضعف من التَّعلُّقِ على جهة الاستيفاء فينفذ.

[استدانة السَّفِيهِ المحجور عليه ومعاملته]:

قوله: (وَالَّذِينَ سَاقَطَ عَنْهُ) (3) لأنَّا لو قلنا: يلزمه لم يكن لِلْحَجَرِ عليه فائدة، والذي عامله دون أن يبحث عنه غَرَّرَ بنفسه وأتلف ماله، إلا أن يكون أنفق ذلك فيما لا بد له منه من نفقة أو كسوة، فإنَّه يرجع بذلك على النَّازِرِ له، ويأخذ من ماله.

قوله: (إِذَا أَدَانَ الْوَلِيُّ لِلْسَّفِيهِ فِي التِّجَارَةِ) (4) يدلُّ على جواز ذلك للوصيِّ قوله - تعالى -: ﴿وَأَبْتَلُوا أَلِيَّتَمَى﴾ (5).

قوله: (وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ فِي ذِمَّتِهِ) (6) لأنَّه لمَّا أباح له التِّجَارَةُ في هذا المال، فقد ألزمه تعلُّقُ الحقوق به؛ لما فيه من المصلحة بالاختبار (7)، فكانت الديون في ذلك المال، وقيل: لا يُتَّبَعُ بشيء لا في ذِمَّتِهِ ولا في ذلك المال (8)، بل فيما يزيد عليه من الرِّيح، لأنَّه يحصل اختياره (9) بالبيع والابتياح بالنقد، فمن باعه بالنسيئة أتلف ماله. قوله: (فَإِنْ فَضَلَ الدَّيْنُ عَنْ مَالِهِ) (10) هذا بلا خلاف.

(1) كذا ورد ما بين القوسين في النسختين، إضافة إلى أن النسخة (غ) العبارة فيها غير واضحة، ولعلها محرفة عن: (فَمَهْمَا) أو (بِمَا) كَسَبَتْ مَالًا، يعني أن حق الزوج مُتَّعِلٌ بما كسبت من المال ومُتَّعِلٌ بعينه أيضا.

(2) فبطل عتق الزَّوْجَةِ بالقِباس على السَّيِّد.

(3) وذلك إذا ((استدان السَّفِيهِ دينًا بغير إذن وليِّه)). المصدر السابق.

(4) إذا أدان له ((فاستدان دينًا وجب دينه في ماله)). المصدر السابق.

(5) النساء: 6.

(6) ((ووجب دينه في ماله)). التفریع: 257/2.

(7) في (و) بالاختيار.

(8) وهذا منسوب لابن القاسم كما في التفریع. ينظر المصدر السابق.

(9) كذا وردت من (و) ومضببة من (غ). ويبدو أنها محرفة عن (اختباره) إذ بالبيع والشراء بالنقد يكون اختبار السفيه.

(10) إذا كان كذلك ((وفضل الدين عن ماله؛ لم يُتَّبَعْ بالفضل في ذِمَّتِهِ)). المصدر السابق.

[تصديق الوصي والولي في النفقة]:

قوله: (وَالْوَصِيُّ مُصَدِّقٌ)⁽¹⁾ يعني فيما يشهد له العُزْفُ فيه ممَّا يُشْبِهُه، وليس ذلك على إطلاقه، بل ذلك إذا كان في حَجْرِهِ وفي عياله، إذ يتعدَّرُ الإِشهاد في مثل ذلك للْحَرَجِ والمشقَّةِ فيه، وهو موضوع عَنَّا.

وَأَمَّا إذا كان عند⁽²⁾ حَاضِنٍ أو حاضنة والوصي يدفع له شهرا بشهر ونحوه؛ فَإِنَّهُ لَا يُصَدِّقُ في ذلك لإمكان الإِشهاد هنا، ومن دفع لغير من ائتمنه فلا يُقْبَلُ قوله إلا بشهادة، وكذلك وليُّ السَّفِيهِ في المَوْضِعَيْنِ.

[تصديق الوصي والولي في ردِّ المال للمحجور]:

قوله: (إِلَّا بَيِّنَانِ)⁽³⁾(4) لقوله - تعالى -: ﴿ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ ﴾⁽⁵⁾ فَشَرَطَ الإِشهاد، وَلَآنَ ((كُلُّ مَنْ دَفَعَ مَالًا إِلَى مَنْ ائْتَمَنَهُ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ)) كَالْمُودَعِ، إِلَّا أَنْ يَقْبِضَهُ بَيِّنَةٌ فَلَا يَقْبَلُ مِنْهُ إِلَّا بَيِّنَةٌ، لِأَنَّهُ لَمْ يَجْعَلْهُ أَمِينًا عَلَيْهِ إِلَّا بِشَهَادَةٍ، ((وَكُلُّ مَنْ دَفَعَ إِلَى مَنْ لَمْ يَأْتَمُنْهُ فَلَا بُدَّ مِنْ شَهَادَةٍ))، وَالْمَحْجُورُ لَمْ يَأْتَمُنْ الْوَصِيَّ عَلَى مَالِهِ، وَإِنَّمَا ائْتَمَنَهُ أَبُوهُ أَوْ الْحَاكِمُ، فَلَمْ يَكُنْ بُدُّ مِنَ الْبَيِّنَةِ.

وقال ابْنُ الْمَوَّازِ: هُوَ مُصَدِّقٌ، لِأَنَّهُ أَمِينُهُ، أَيْ الشَّرْعُ جَعَلَهُ أَمِينًا، وَأَمَّا إِنْ تَبَاعَدَ مَا بَيْنَ الْبَلُوغِ وَالِدَفْعِ؛ فَالْعُزْفُ شَاهِدٌ لِلْوَصِيِّ، وَلَوْ دَفَعَهُ إِلَيْهِ قَبْلَ الرُّشْدِ فَاتَّكَلَفَهُ كَانَ عُزْمُهُ عَلَى النَّازِرِ، لِأَنَّهُ إِنَّمَا أُبِيحَ لَهُ أَنْ يَدْفَعَ لَهُ بَعْدَ أَنْسِ الرُّشْدِ.

[الضَّمان والتجارة بمال اليتيم]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ بِالتَّجَارَةِ فِي مَالِ الْيَتِيمِ)⁽⁶⁾ لِأَنَّ ذَلِكَ مَصْلَحَةٌ لَهُ، وَإِنَّمَا قَدِمَ عَلَيْهِ⁽⁷⁾ لِيَقُومَ بِمَصَالِحِهِ، وَفِي حَدِيثِ عَائِشَةَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا - ((اتَّجَرُوا بِأَمْوَالِ الْيَتَامَى، لئَلَّا تَأْكُلَهَا الزَّكَاةُ))⁽⁸⁾.

(1) ((وَالْوَصِيُّ مُصَدِّقٌ فِي نَفَقَةِ الْيَتِيمِ)). المصدر السابق.

(2) فِي (و) عِنْدَنَا.

(3) فِي التَّفْرِيعِ: بَيِّنَةٌ.

(4) لَا يُصَدِّقُ الْوَصِيُّ أَنَّهُ رَدَّ مَالِ الْيَتِيمِ إِذَا بَلَغَ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(5) النِّسَاءُ: 6.

(6) التَّفْرِيعُ: 257/2.

(7) سَقَطَتْ مِنْ (و).

(8) الَّذِي وَرَدَ عَنْ عَائِشَةَ غَيْرَ هَذَا فِي الْمَوْطَأِ: 251/1 حَدِيثُ رَقْمِ 14 وَلَفْظُهُ مَوْقُوفًا: ((كَانَتْ تُعْطِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى الَّذِينَ فِي حَجْرِهَا مِنْ يَتَجَّرُ لَهُمْ فِيهَا)). وَاللَّفْظُ الَّذِي ذَكَرَهُ الْمَصْنُفُ وَرَدَ عَنْ عَمْرِو مَوْقُوفًا أَخْرَجَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ: 251/1 حَدِيثُ رَقْمِ 12. وَأَخْرَجَهُ الطَّبْرَانِيُّ فِي الْأَوْسَطِ: 264/4 حَدِيثُ رَقْمِ 4152، مِنْ حَدِيثِ أَنَسٍ مَرْفُوعًا، وَقَالَ الطَّبْرَانِيُّ: ((لَمْ يُرَوْ عَنْ أَنَسٍ إِلَّا بِهَذَا الْإِسْنَادِ)). وَفِي أَسْنَى الْمُطَالِبِ: 25/1 قَالَ: ((رَوَاهُ الطَّبْرَانِيُّ وَصَحَّحَهُ الْعِرَاقِيُّ وَحَسَنَهُ ابْنُ حَجَرٍ)).

قوله: (وَلَا ضَمَانَ عَلَى الْوَصِيِّ)⁽¹⁾ كالعامل في الْقَرَضِ.

[اختلاط نفقة الوصي بنفقة اليتيم]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ أَنْ يَخْلُطَ الْوَصِيُّ نَفَقَةَ يَتِيمِهِ وَنَفَقَتَهُ)⁽²⁾ هذا إذا كان الصَّلَاحُ في ذلك لليتيم، وإن كان للوصي لم يجز، لأنَّه إضرارٌ به.

[تأديب اليتيم]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ بِتَأْذِيهِ)⁽³⁾ لأنَّ ذلك من مصالحه.

[النَّفَقَةُ عَلَى أُمِّ الْيَتِيمِ وَإِخْرَاجُ الزَّكَاةِ وَالْأَضْحِيَّةِ مِنْ مَالِهِ]:

قوله: (وَيُنْفَقُ عَلَى أُمِّ الْيَتِيمِ)⁽⁴⁾ لأنَّ لوالديه حقًّا في مَالِهِ، وَوَلِيُّهُ مُخَاطَبٌ بِذَلِكَ، كَمَا يُخَاطَبُ بِإِخْرَاجِ الزَّكَاةِ مِنْ مَالِهِ، وَزَكَاةُ الْفِطْرِ وَاجِبَةٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَالُهُ يَسِيرًا، وَذَلِكَ⁽⁵⁾ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَا يُوَصِّلُهُ إِلَى الْبُلُوغِ، لِأَنَّهُ يُخَافُ ضِيَاعَهُ فِي ثَانِي حَالٍ، وَأُمُّهُ أَقْدَرُ عَلَى التَّكْسُّبِ مِنْهُ، وَالْأَضْحِيَّةُ سُنَّةٌ مُؤَكَّدَةٌ.

(1) ((بالتَّجَارَةِ فِي مَالِ الْيَتِيمِ)). التفريع: 257/2.

(2) ينظر المصدر السابق.

(3) المصدر السابق: 258/2.

(4) ((وَيُنْفَقُ عَلَى أُمِّ الْيَتِيمِ مِنْ مَالِهِ)). المصدر السابق.

(5) إشارة لتعريف المال اليسير.

باب العارية⁽¹⁾

[تعريفها وما يترتب عليه من أحكام]:

وهو عندنا: تَمْلِكُكَ الْمُسْتَعِيرُ مَنَافِعَ الْعَيْنِ الْمُسْتَعَارَةِ، مع بقاء الْعَيْنِ لِلْمُعِيرِ.

وعند الشَّافِعِيِّ: إِبَاحَةُ الْإِنْتِفَاعِ بِهَا.

وثمره ذلك أَنَّهُ عِنْدُنَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ مَنَافِعَهُ وَأَنْ يُعِيرَهَا لِغَيْرِهِ، وَلَا يَجُوزُ لِلْمُعِيرِ الرُّجُوعُ فِيهَا إِلَى انْقِضَاءِ أَمَدِهَا، وَعِنْدَهُ يَجُوزُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهَا، وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَبِيعَهَا، لِأَنَّهُ إِنَّمَا مَلَكَ إِبَاحَةَ الْإِنْتِفَاعِ لَا الْمَنَافِعَ، كَمَا أَنَّ الضَّيْفَ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَبِيعَ مِنَ الطَّعَامِ شَيْئًا، لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ، وَإِنَّمَا مَلَكَ أَنْ يَأْكُلَ، وَهَلْ مَلَكَ بِالْدُّخُولِ أَوْ بِالشَّرْعِ فِي الْأَكْلِ أَوْ بِالْأَزْدَادِ⁽²⁾؟ فَعِنْدَهُمْ فِي ذَلِكَ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ، وَثَمَرَةُ ذَلِكَ أَنَّهُ يَجُوزُ مَنَعُهُ مِنْهُ مَا لَمْ يَدْخُلْ، أَوْ مَا لَمْ يَشْرَعْ، أَوْ مَا لَمْ يَزْدَدْ، وَكَالزَّوْجِ إِنَّمَا مَلَكَ أَنْ يَنْتَفِعَ بِالْبُضْعِ لَا بِنَفْسِ الْبُضْعِ، فَلَوْ غُصِبَتِ الزَّوْجَةُ أَوْ قُتِلَتْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَى الْغَاصِبِ وَالْقَاتِلِ فِي الْبُضْعِ شَيْءٌ.

ولو أعاره داراً ثُمَّ سَرَقَ مِنْهَا فَعِنْدُنَا يُقْطَعُ، لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْهَا، فَهِيَ حِرْزٌ، وَعِنْدَهُ لَا يُقْطَعُ، لِأَنَّهُ بِدُخُولِهِ⁽³⁾ رَجَعَ فِيهَا أَبَاحَةً، فَلَمْ تَكُنْ حِرْزًا بِالنَّظَرِ لَهُ، وَلَا خِلَافٌ أَنَّهُ لَوْ أَجَرَهُ إِيَّاهَا ثُمَّ سَرَقَ مِنْهَا لُقِطِعَ، لِأَنَّهُ بِالْإِجَارَةِ مَلَكَ الْمَنَافِعَ.

[أصل مشروعيتهما]:

وأصل العارية أَنَّهُ - ﷺ - اسْتَعَارَ مِنْ صَفْوَانَ بْنِ أُمَيَّةٍ أَدْرَعًا، فَلَمَّا اقْتَضَاهَا، قَالَ: أَغْصَبَا يَا مُحَمَّدٌ؟ فَقَالَ - ﷺ -: ((بَلْ (4) عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ))⁽⁵⁾

[ضمان العارية]:

واختلف العلماء فِي ضَمَانِهَا فَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: هِيَ مِنَ الْمُعِيرِ مَطْلَقًا⁽⁶⁾، وَقَاسَ عَلَيْهِ الرَّهْنَ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: هِيَ مِنَ الْمُسْتَعِيرِ مَطْلَقًا⁽⁷⁾، وَفَرَّقَ مَالِكٌ، فِيمَا يُغَابُ عَلَيْهِ مِنَ الْمُسْتَعِيرِ، وَمَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ مِنَ الْمُعِيرِ، وَوَجَّهَهُ أَنَّ لَفْظَ الْحَدِيثِ غَيْرُ مُسْتَقِلٍّ، لِأَنَّ قَوْلَهُ

(1) موضعها عند ابن الجلاب بعد باب الرهن؛ وقد تقدّم. ينظر المصدر السابق: 258/2، 267.

(2) اَزْدَرَدَ: بَلَغَ اللَّفْظَ.

(3) بدخول المُعِيرِ.

(4) سقطت من (و) وما أثبتت موافق لما جاء في كتب السُّنَّةِ.

(5) تقدم تخريجه.

(6) فِي بَدَائِعِ الصَّنَائِعِ: لَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ إِلَّا بِالْتَعَدِّي. ينظر بدائع الصنائع: 217/6.

(7) ينظر الأم: 250/3.

- ﷺ :- ((عَارِيَةٌ مضمونة)) يحتاج إلى جزء آخر يكون به كلاماً، وقد ورد على سبب خاص، وهو ما يُغَاب عليه وهي الأدرع، فجعلنا السَّبب جُزْءاً.

وقال في الرَّهْن: إِنَّهُ مِنَ الرَّاهِنِ فِيمَا لَا يُغَاب عَلَيْهِ، للحديث ((الرَّهْنُ مِنَ الرَّاهِنِ، لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ))⁽¹⁾ لِأَنَّ هَذَا ظَاهِرٌ فِيمَا لَا يُغَاب عَلَيْهِ كَالدَّارِ وَالذَّابَةِ يَكُونُ لَهَا أَجْرَةٌ، وَقَاسَ مَا يُغَاب عَلَيْهِ مِنَ الرَّهْنِ عَلَى مَا يُغَابُ⁽²⁾ عَلَيْهِ مِنَ الْعَارِيَةِ فِي الضَّمَانِ، بِجَامِعِ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُرْتَهِنِ وَالْمُسْتَعِيرِ قَبْضُ لِمَنْفَعَةٍ نَفْسِهِ، وَحَمْلُ مَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ مِنَ الْعَارِيَةِ عَلَى مَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ مِنَ الرَّهْنِ فِي عَدَمِ الضَّمَانِ⁽³⁾، بِجَامِعِ الْأَمَانَةِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ، ((وَالْأَصْلُ بَرَاءَةٌ⁽⁴⁾ الدِّمَّةِ)).

وَأَمَّا الشَّافِعِيُّ فَعَمَّمَ الْحَدِيثَ⁽⁵⁾، لِأَنَّ تَقْدِيرَهُ ((الْعَارِيَةُ مَضْمُونَةٌ))، وَهَذَا لَفْظٌ مُسْتَقَلٌّ، فَلَمْ يَقْصُرْ⁽⁶⁾ عَلَى سَبَبِهِ الْخَاصِّ، ثُمَّ حَمَلَ الرَّهْنَ عَلَيْهِ، وَأَبُو حَنِيفَةَ قَدَّمَ الْقِيَاسَ فِي الْمَوْضِعَيْنِ، وَهُوَ الْأَمَانَةُ وَبَرَاءَةُ الدِّمَّةِ.

[المضمون وغير المضمون من العارية]:

قوله: (مِثْلُ الْحَيَوَانِ)⁽⁷⁾ قد قيل: إِنَّ الْحَيَوَانَ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ مِمَّا يُؤْكَلُ. قوله: (فَإِنْ قَامَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ عَلَى تَلْفِهِ)⁽⁸⁾ إِنْ قَلْنَا: إِنَّ الضَّمَانَ لِلتُّهْمَةِ - وَهُوَ الْمَذْهَبُ - سَقَطَ، وَإِنْ قَلْنَا: بِالْأَصَالَةِ؛ لظَاهِرِ الْحَدِيثِ، وَقَوْلِهِ - ﷺ - أَيْضاً: ((عَلَى الْيَدِ ضَمَانُ مَا أَخَذْتَ حَتَّى تَرُدَّهُ))⁽⁹⁾ وَهَذَا لِأَشْهَبَ، وَتَلْفُهُ بَغِيرُ قَصْدٍ مِنْهُ لَا يُسْقَطُ الضَّمَانُ، لِأَنَّ ((الْعَمْدَ وَالْخَطَأَ فِي مَالِ الْغَيْرِ سَوَاءً)).

وَاتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُ لَوْ شَرَطَ الْمُسْتَعِيرُ إِلَّا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ ضَمَانٌ، وَلَوْ شَرَطَ ذَلِكَ فِي الرَّهْنِ لَمْ يَسْقُطْ، وَالْفَرْقُ أَنَّهُ فِي الْعَارِيَةِ زِيَادَةُ مَعْرُوفٍ، وَفِي الرَّهْنِ سُقُوطُ الضَّمَانِ يُقَابِلُهُ أَنَّهُ يَرْتَجِي بِذَلِكَ الرَّاهِنُ أَنْ يَصْبِرَ عَلَيْهِ وَيُحْسِنَ الْإِقْتِضَاءَ مِنْهُ، وَيَلْزَمُ عَلَى هَذَا إِذَا كَانَ الرَّهْنُ⁽¹⁰⁾ خَارِجَ الْعَقْدِ⁽¹¹⁾ أَنْ يَصِحَّ اشْتِرَاطُ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ فَقْدُ الْمَحْذُورِ،

(1) تقدم تخريجه.

(2) في (و) ما لا يغاب.

(3) على المستعير والمرتهن.

(4) في (و) برة.

(5) ينظر الأم: 170/3، 250.

(6) في (و) يقص.

(7) العارية ((ما لا يُضْمَنُ مِنْهَا الْأَمْوَالُ الظَّاهِرَةُ، مِثْلُ الْحَيَوَانِ)). التفرع: 268/2.

(8) فيما يغاب عليه عند المستعير ((ففيها روايتان)). المصدر السابق.

(9) تقدم تخريجه.

(10) في (و) المرتهن.

(11) في (و) العقل.

ولم يبق إلا مُجَرَّد المعروف.

[حُكْم الرُّجُوع فِي الْعَارِيَةِ]:

قوله: (فَلَيْسَ لَهُ أَخْذُهُ مِنَ الْمُسْتَعِيرِ)⁽¹⁾ لَأَنَّهُ قَدْ مَلَكَ ذَلِكَ، وَلَأَنَّ ((الرَّاجِع فِي هَيْبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُود فِي قَيْبِهِ))⁽²⁾ وَاسْتُنْتِنَى مِنْ ذَلِكَ الْأَبُّ يَغْتَصِرُ هَيْبَةَ الْوَلَدِ، لَأَنَّهُ إِنَّمَا يَنْتَزِع ذَلِكَ مِنْهُ عَلَى جِهَةِ التَّأْدِيبِ لَهُ، لَمَا يَرَى مِنْ سُوءِ مُحَاوَلَتِهِ، فَهُوَ نَظَرٌ لَهُ، وَإِلَّا فَحُتُّوهُ عَلَيْهِ يَمْنَعُهُ مِنَ الْإِضْرَارِ بِهِ.

قوله: (انْتِفَاعٌ مِثْلُهُ)⁽³⁾ هَذَا مِثْلُ أَنْ يَسْتَعِيرَ مِنْهُ ثَوْبًا قَدَرُ مَا يَغْسِلُ ثَوْبَهُ أَوْ يَخِيطُهُ، أَوْ كِتَابًا قَدَرُ نَسْخِهِ، فَيُنْظَرُ قَدْرُ مَا يُمَسِّكُ فِي الْعَادَةِ لِذَلِكَ الْمَعْنَى، فَيُلْزَمُهُ مِثْلُهُ، أَوْ يَسْتَعِيرُهُ دَابَّةً لِيَمْشِيَ بِهَا إِلَى مَوْضِعٍ مَعْلُومٍ، لِأَنَّ ((الْمَأْذُونُ فِيهِ عُرْفًا كَالْمَأْذُونِ فِيهِ لَفْظًا)).

[حُكْمُ الْبِنَاءِ فِي الْأَرْضِ الْمُسْتَعَارَةِ وَمَا يَتَرْتَبُ عَلَيْهِ]:

قوله: (قَرَبُ الْأَرْضِ بِالْخِيَارِ)⁽⁴⁾ لَمَّا انْتَفَعَ الثَّانِي بِالْأَرْضِ الْمُدَّةَ الْمَعْلُومَةَ؛ وَجِبَ عَلَيْهِ أَنْ يَنْزِعَ بِنَاءَهُ لِرَبِّ الْأَرْضِ، لِيَتِمَّكَنَ مِنَ الْانْتِفَاعِ بِأَرْضِهِ، لَأَنَّهُ عَلَى ذَلِكَ دَخَلَ أَوَّلًا، كَمَا بَنَى فِي أَرْضٍ أُجْرَهَا، وَلَا بُدَّ لَهُ فِي ذَلِكَ مِنْ أَنْ يَسْتَأْجِرَ عَلَى نَزْعِهِ، فَلَا يَحْصُلُ لَهُ انْتِفَاعٌ إِلَّا بِالْانْقَاضِ مَقْلُوعَةً، وَقَدْ يَكُونُ لِرَبِّ الْأَرْضِ غَرَضٌ فِي ذَلِكَ الْبِنَاءِ فَيُخَيَّرُ فِي ذَلِكَ، وَالْبَانِي⁽⁵⁾ مَجْبُورٌ عَلَى مَا يَخْتَارُ مِنْهَا، وَإِنْ أَضَرَ الْقُلْعُ بَرَبَ الْأَرْضِ كَالْبَانِي⁽⁶⁾؛ فَأَوْلى الضَّرَرَيْنِ بِالْإِزَالَةِ ضَرَرُ رَبِّ الْأَرْضِ، لَأَنَّهُ إِذَا دَفَعَ لَهُ قِيَمَةَ الْانْقَاضِ تَوَصَّلَ بِهَا إِلَى مِثْلِهَا، وَإِنْ قَلَعَهَا أَضَرَ ذَلِكَ بَرَبَ الْأَرْضِ مِنْ غَيْرِ مَنْفَعَةٍ تَحْصُلُ لِلْبَانِي بِذَلِكَ. وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَقْلَعُ ذَلِكَ بِنَفْسِهِ فَلَا يُلْزَمُهُ نَقْضُ⁽⁷⁾ قِيَمَةِ الْقُلْعِ.

(1) ((وَمَنْ أَعَارَ شَيْئًا إِلَى مُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ فَلَيْسَ لَهُ أَخْذُهُ... قَبْلَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(2) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ: 27/9 حَدِيثُ رَقْمٍ 6975 بَلْفَظٍ ((الْعَائِدُ)) مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ مَرْفُوعًا.

(3) ((وَمَنْ أَعَارَ شَيْئًا عَارِيَةً مُطْلَقَةً فَلَيْسَ لَهُ أَخْذُهُ حَتَّى يَنْتَفِعَ بِهَا انْتِفَاعًا مِثْلَهُ)). التَّفْرِيعُ: 268/2.

(4) إِذَا انْتَهَتْ الْمُدَّةُ الْمَحْدَدَةُ، فَلِرَبِّ الْأَرْضِ الْخِيَارُ بَيْنَ أَنْ يَأْمُرَ الْمُسْتَعِيرَ بِنَقْضِ بِنَائِهِ، أَوْ أَنْ يُعْطِيَهُ قِيَمَتَهُ مَنْقُوضًا. يَنْظُرُ التَّفْرِيعُ: 268/2.

(5) فِي (و) الثَّانِي.

(6) فِي (و) كَالثَّانِي.

(7) كَذَا وَرَتَ فِي النُّسخَتَيْنِ. وَالْمُرَادُ مِنْهَا أَنَّ الْبَانِي إِذَا تَوَلَّى الْهَدْمَ بِنَفْسِهِ؛ فَلَا يُلْزَمُ صَاحِبَ الْأَرْضِ نَقْضُ قِيَمَةِ الْقُلْعِ، وَمَا ذُكِرَ مِنْ إِسْقَاطِ قِيَمَةِ الْقُلْعِ هُوَ مِثْلُهُ لِابْنِ الْمَوَازِ وَابْنِ شُعْبَانَ، وَقَيَّدَ ابْنُ رَشْدٍ بِمَا إِذَا كَانَ الْغَاصِبُ مِمَّنْ لَا يَتَوَلَّى ذَلِكَ بِنَفْسِهِ فَيَسْقُطُ، وَإِلَّا لَا يَسْقُطُ. يَنْظُرُ حَاشِيَةُ الْعُدُويِّ عَلَى شَرْحِ كِفَايَةِ الطَّالِبِ الرِّبَانِيِّ: 258/2، وَالشَّرْحُ الْكَبِيرُ وَحَاشِيَةُ الدُّسُوقِيِّ: 440/3. وَمَا ذَهَبَ إِلَيْهِ الْمَصْنِفُ هُنَا بِهَذَا الْمَعْنَى هُوَ مُخَالِفٌ لِمَا سَيَذْكُرُهُ لَاحِقًا فِي بَابِ الْغَضَبِ عِنْدَ فِقْرَةِ [حُكْمُ الْبِنَاءِ فِي الْأَرْضِ الْمَغْصُوبَةِ] فَقَالَ: لَا يُلْزَمُ رَبَّ الْأَرْضِ دَفْعُ أَجْرَةِ الْقُلْعِ إِذَا كَانَ الْغَاصِبُ مِمَّا شَأْنُهُ أَلَّا يَتَوَلَّى قُلْعَ ذَلِكَ بِنَفْسِهِ. وَهَذَا مُوَافِقٌ لِمَا قَيَّدَهُ ابْنُ رَشْدٍ أَنْفَاءً، وَمُخَالِفٌ لِمَا ذَكَرَهُ هُنَا.

قوله: (مُدَّةٌ مِثْلُهُ)⁽¹⁾ أي ينظر إلى ما جرى به العُرف في إعارة الانتفاع بمثل ذلك، وهذا إذا كان في ذلك الموضع عُرْفٌ جَارٍ، وإِلَّا تَعَيَّنَ عليه أن ينزع بناءه الآن، لأنَّه تَعَدَّى على نفسه؛ إذ لم يضرب مُدَّةً للانتفاع.

قوله: (وَكَانَ رَبُّ الْأَرْضِ مُخَيَّرًا عَلَى مَا بَيَّنَّا)⁽²⁾ يعني أنَّه إذا انتفع المُدَّة التي يشهد بها العُرف؛ فكأنَّهما دخلا على مُدَّة معلومة، لأنَّ ((المأذون فيه عُرْفًا كالمأذون فيه لَفْظًا)).

قوله: (قِيَمَةُ بِنَائِهِ قَائِمًا)⁽³⁾ لأنَّ هذا غير مُتَعَدٍّ بالبناء، ولأنَّه لم يدخل على القَلْع، لأنَّ له شُبْهَةً في البناء على الاستدامة، بخلاف الغاصب، لأنه ((ليس لِعِرْقٍ ظَالِمٍ)⁽⁴⁾ حَقٌّ))⁽⁵⁾ وليس هذا عُرْفًا ظالماً، فهو بمنزلة مَنْ اشْتَرَى أرضاً وبنى بها، ثم اسْتُحِقَّتْ، فله شُبْهَةٌ في البناء، ولم يَدْخُلْ إلا على الدَّوام.

واخْتَلَفَ في كَيْفِيَّةِ تَقْوِيمِهِ قائماً على قولين:

أحدهما: أن تَقْوَمَ الأرضُ بالبناء ثُمَّ دُونَ بناء، فما ناب الأرض دون بناء؛ كان الباقي قيمة البناء.

والثَّاني: يُقَوِّمُ البِنَاءَ على حَدِّهِ دون الأرض، وهذا أعدل، لأنَّه إذا قُوِّمَتِ الأرضُ بالبناء ودون بناء؛ لم يكن عدلاً، لأنَّه مِنَ الأرضِ مَا⁽⁶⁾ يَزِيدُ البِنَاءَ في قيمتها، ومنها ما يُنْقِصُ البِنَاءَ من قيمتها.

وقيل: وتقويمُ البناء - أيضاً - وحده لا يُمكن إلاَّ بجزء من الأرض التي هو عليها؛ إذ لا يُمكن تَقْوِيمُهُ في الهواء.

وقيل: بل يُعْطِيهِ ما أنْفَقَ في ذلك.

وقيل: بل قِيَمَةُ ذلك عُرُوضًا قبل البناء⁽⁷⁾. وقيل ليس هذان الأخيران خلافاً⁽⁸⁾، بل

(1) على المُعِير أن يُمكن الباني من الانتفاع به مدةً مِثْلُهُ؛ إذا أذن له في البناء ولم يحدد له المدة. ينظر التفريع: 268/2.

(2) وذلك إذا انتفع الباني بالبناء مُدَّةً المِثْلَ ولم يُحَدِّدْ له حدًّا، فحكمه كالمسألة السابقة؛ نقضه، أو قيمته منقوضاً ويأخذه. ينظر المصدر السابق.

(3) قيل: ((إنه إذا لم يضرب لذلك أجلاً... يُعْطَى الباني قيمة بنائه قائماً)). المصدر السابق.

(4) قال مالك، العِرْقُ الظالم: كُلُّ ما أخذ أو غُرسَ بغير حَقٍّ. ينظر الموطأ: 743/2.

(5) أخرجه مالك في الموطأ: 743/2 حديث رقم 26 مرسلًا من حديث هشام بن عروة. وأخرجه أبو داود: 178/3 حديث رقم 3073، والترمذي: 654/3 حديث رقم 1378 كلاهما من حديث سعيد بن زيد مرفوعاً. وقال الترمذي: حديث حسن غريب.

(6) في (و) من.

(7) أي يعطيه عروضاً ومواداً مقابل المواد التي اشتراها ثم بناها.

(8) بمعنى أن المراد منهما واحد.

معنى الأول منها أن تكون الأجزاء التي بُنى بها في ملكه⁽¹⁾، والثاني أن يكون اشتراها ثم بناها.

[حُكْمُ إِعَارَةِ الْمُسْتَعِيرِ وَكَرَائِهِ لِلْعَارِيَةِ]:

قوله: (فَلَا بَأْسَ أَنْ يُكْرِيَهِ مِنْ مِثْلِهِ)⁽²⁾ لَأَنَّهُ لَمَّا مَلَكَ الْمَنَافِعَ؛ كَانَ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهَا كَمَنْ أَكْتَرَى دَارًا، لَكِنَّهُ لَا يُكْرِيهَا إِلَّا مِمَّنْ يَلِيقُ بِهَا، فَلَوْ أَعَارَهُ الْقَاضِي بَغْلَتَهُ الَّتِي يَرْكَبُهَا، أَوْ دَارَهُ الَّتِي يَسْكُنُهَا؛ لَمْ يُكْرَهَا إِلَّا مِمَّنْ يَلِيقُ بِهِ ذَلِكَ، وَإِنْ كَانَ جَرَى هُنَاكَ عُرْفٌ بِالْأَلَا يُكْرِي الْمَعَارُ الْعَارِيَةَ، وَلَا يُعِيرُهَا؛ عُمِلَ بِهِ.

[مَا يَتَرْتَّبُ عَلَى تَعَدِّي الْمُسْتَعِيرِ وَضِيَاعِ الْمُسْتَعَارِ]:

قوله: (وَلَا كِرَاءَ لَهُ)⁽³⁾(4) لَأَنَّهُ لَمَّا ضَمَّنَهُ الْقِيَمَةَ مِنْ يَوْمِ التَّعَدِّي فَكَانَتْ عَلَى مِلْكِهِ مِنْ ذَلِكَ الْوَقْتُ، وَلَئِنْ كَرَأَ عِوَضٌ عَنِ الْمَنَافِعِ، ((وَلَا يَجْتَمِعُ الْعِوَضُ وَالْمُعَوَّضُ)).

قوله: (فَانْفَلَتَتْ)⁽⁵⁾ لَأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ مِنْ صُنْعِهِ، وَإِذَا لَمْ يَضْمَنْ هُنَا مَعَ إِمْكَانِ أَنْ يُنْسَبَ إِلَيْهِ تَفْرِيطٌ؛ فَأُخْرِى فِي الْمَوْتِ، إِلَّا أَنَّهُ لَوْ ثَبِتَ تَفْرِيطُهُ فِي ذَلِكَ، أَوْ ضَرَّ بِهِ الْعَبْدَ حَتَّى أَبْقَى؛ ضَمِنَ.

قوله: (وَالْقَوْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ)⁽⁶⁾ هَذَا إِنْ كَانَ فِي سَفَرٍ، وَحَيْثُ لَا يُمَكِّنُ الْإِشْهَادَ، وَأَمَّا بِمَوْضِعٍ يُمَكِّنُ عِلْمَ الْجِيرَانِ بِذَلِكَ فَلَا يُبْرَأُ إِلَّا الْبَيَانُ، كَدَعْوَاهُ مَوْتَ الْعَبْدِ أَوْ الْفَرَسِ، فَهَذَا لَا يَخْفَى، وَفِي غَيْرِ ذَلِكَ⁽⁷⁾ يَحْلِفُ أَنَّهُ مَا فَرَّطَ فِيهِ وَلَا ضَيَّعَهُ، وَإِنْ كَانَ مُتَّهَمًا زَادَ فِي يَمِينِهِ وَلَا غِيْبَةَ، وَمَتَى كَانَ الْقَبْضُ لِمَنْفَعَةٍ⁽⁸⁾ الْقَابِضُ فَعَلِيهِ الْيَمِينَ كَالرَّهْنِ وَالْعَارِيَةِ، وَكَذَلِكَ مِنْ اسْتَأْجَرَ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ لِمَنْفَعَةِ الدَّافِعِ فَلَا يَمِينَ كَالْمُودَعِ، وَإِنْ كَانَ الْإِنْتِفَاعُ بَيْنَهُمَا لَكِنْ نَفَعَ الْقَابِضُ غَيْرَ مُحَقِّقٍ؛ فَلَا يَمِينَ، كَالْمُقَارِضِ يَدَّعِي تَلَفَ الْقِرَاضِ.

- (1) بمعنى أن المواد لم يشتريها الباني وهو المستعير، بل هي من ملك صاحب الأرض، وهو المُعِير، ولذلك يعطيه ما أنفق عليه من أجره بناء غيره.
- (2) وذلك في ((من استعار شيئاً إلى مدة)). التفریع: 269/2.
- (3) سقطت من (و).
- (4) وذلك إن تلفت الدابة في التعدي ضمن ربها - بالخيار - قيمتها للمستعير فلا كراء له، أو يأخذ كراءها ولا قيمة له. ينظر المصدر السابق.
- (5) لا ضمان على ((من استعار دابة فانفلتت منه)). المصدر السابق.
- (6) وذلك في ((من استعار دابة فانفلتت منه، أو عبدا فأبق منه... وكذلك إذا مات)). المصدر السابق.
- (7) أي فيما يخفى أو يُغَابُ عليه.
- (8) في (و) المنفعة كذا.

كتاب الوديعة

[دليها]:

وأصلها قوله عز وجل: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ (1).

[ضمان الوديعة في التلف وعدم الرد]:

قوله: (لَيْسَ عَلَى الْمُودِعِ ضَمَانٌ) (2) لأنه ((لا يكون الضمان إلا بأحد ثلاثة أشياء: المُلْك، والتَّعَدِّي، والقَبْضُ للانتفاع))، وليس شئ من ذلك هنا.

قوله: (فَالْقَوْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ) (3) هذا قول، لأنه إذا ادَّعى التلف قد يُتَّهم، وقيل: لا يحلف، وقيل: إن كان مُتَّهما حلف، وأمَّا في الردِّ فلا يمين، لأنه كُلُّ مَنْ دفع إلى من اتَّمتَّه؛ فالقول قَوْلُهُ، لقول الله - تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ﴾ (4) الآية، ولم يذكر إشهداد؛ يُحْمَلُ عليه كُلُّ ما في معناه (5)، ((وَكُلُّ مَنْ دفع إلى من لم يَأْتِمْه فلا يُقْبَلُ قَوْلُهُ))، لقوله - تعالى -: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ﴾ (6)، وَحُمِلَ على ذلك كُلُّ ما في معناه.

قوله (7): (إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَبْضُهَا بَبَيِّنَةٍ) (8) لا يُنْقَصُ الإِشْهَادُ عَلَيْهِ الْأَمَانَةُ، وَإِنَّمَا فَائِدَةُ الإِشْهَادِ خَوْفُ الْمَوْتِ، وَكَمَا أَنَّ الإِشْهَادَ عَلَى الْمُقَارِضِ بِمَالِ الْقِرَاضِ لَا يُسْقَطُ كَوْنُهُ أَمِينًا، فَإِذَا قَبِضَ بَبَيِّنَةٍ لَمْ يَرُدَّ إِلَّا بَبَيِّنَةٍ، لِأَنَّهُ لَمْ يَأْتِمْه إِلَّا بَبَيِّنَةٍ.

والإشهاد في ذلك على ضربين:

أحدهما: أن يكون من قِبَلِ الْمُودِعِ، فهو الَّذِي تَقَدَّمَ.

والثاني: أن يكون مِنْ قِبَلِ الْمُسْتَوْدِعِ يخاف أن يموت، فهذا ليس للتوثقة، فهو بمنزلة من قبض بغير بَيِّنَةٍ فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ.

والفرق بين التلف والرد، أنه لا يُمكنُ الإِشْهَادُ عَلَى التَّلَفِ، فلم يحتج فيه إلى بَيِّنَةٍ، بخلاف الرد؛ لأنه يُمكنُ فيه، فيلزمه الغُرمُ إن ادَّعى الردَّ إذا قبض بَبَيِّنَةٍ.

(1) النساء: 58.

(2) التفريع: 269/2.

(3) وذلك إذا ادَّعى المودع تلف الوديعة أو ردَّها إلى ربها. ينظر المصدر السابق: 270/2.

(4) النساء: 58.

(5) كل من هو مؤتمن، كعامل القراض والمستعير، كما تقدم.

(6) النساء: 6.

(7) سقطت من (و).

(8) عند ذلك ((فلا يُقبلُ قَوْلُهُ فِي رَدِّهَا إِلَّا بَبَيِّنَةٍ)). التفريع: 270/2.

[المُودَع يُودِع الوَدِيعَةَ لغيره أو في غير مَنْزِلِه مخالفا قصد المودِع]:

قوله: (فَعَرَضَ لَهُ سَفَرٌ) (1) هذا ليس على إطلاقه، بل ينظر، فإن كان المودِع حاضرا؛ فلا يجوز له أن يُودِعَهَا عند غيره إلا بإذنه، فإن فعل تَعَدَّى فيضمن، لأنَّه إنَّما رضي بها بأمانته لا بأمانة غيره، وأمَّا إن كان غائبا؛ فقد قام مقامه في ذلك، فلا يضمن إذا أودعه عند أمين، وكأَنَّ المودِع أذن له في ذلك، إذ لا يجوز له أن يسافر بها (2)، لأن السَّفَرَ مَظَنَّةُ الهلاك، كما قال - ﷺ -: ((إِنَّ الْمُسَافِرَ وَمَتَاعَهُ لَعَلَى قَلْتِ (3) إِلَّا مَا وَفَى اللَّهُ)) (4)، ((وَالْمَأْذُونُ فِيهِ عُرْفًا، كَالْمَأْذُونِ فِيهِ شُرْعًا)) فإن قَدِمَ من سفره لم يُجْزَ أن يأخذها منه، لأنَّه قد صار أَمِينًا للغائب وانتقلت عنه، فإن أَخَذَهَا ضَمِنَ إن تَلَفَتْ.

قوله: (وَإِنْ خَافَ عَوْرَةَ مَنْزِلِهِ) (5) إن علم ربُّها بَعَرَّه، لم يكن له (6) أن يُودِعَهَا بموضع لا غَرَرَ فيه، فإن تَلَفَتْ (7) ضَمِنَ، لأنَّ لَرَبِّهَا أن يقول: إنَّما أودعْتُها بمنزلك مع عِلْمِهِ بَعَرَّه، لأنَّه لا يُتَلَفَّتْ إليه عادة، فلمَّا أودعْتُها (8) في منزل يُتَشَوَّفُ إليه تَعَدَّيْتُ، وإن لم يعلم ربُّها بَعَرَّه جاز له ذلك (9)، أو عِلْمُ بَعَرَّه، ثُمَّ زاد غَرَّرًا آخر كَهَذَمِ حَائِطٍ ونحوه. وليس عليه أن يُعْلِمَهُ بَعَرَّه الموجود حالة الإيداع، بل يجب على ربِّها البحثُ عن ذلك وألا يُفَرِّطَ.

ولو أمره بجعلها في آنية فَخَّار فجعلها في صندوق؛ ضَمِنَ، لأنَّه ممَّا يُتَشَوَّفُ إليه، وكذلك لو أمره بِقُلٍّ فجعل عليه قُفْلَيْنِ؛ ضَمِنَ، لأنَّه أدعى إلى السَّرَقَةِ.

قوله: (وَمَنْ حَمَلَ مَعَهُ مَالًا) (10) يعني من دفع إليه أمانة ليوصلها إلى بلد آخر، ثُمَّ عَرَضَ له إقامة في أثناء سفره، فيجوز له أن يُوجِّهَ ذلك مع ثِقَةٍ إلى ذلك المَوْضِعِ، لأنَّه فعل مَقْصُودَ رَبِّهَا من وصولها إليه، وقد رضي بالسَّفر بها، فلا ضمان، لأنَّه لا

(1) ((ومن استودع وديعة في الحضر فعرض له سفرٌ، فلا بأس أن يُودِعَهَا غيره، ولا ضمان عليه)). المصدر السابق.

(2) سقطت من (غ).

(3) القَلْتُ: الهلاك. ينظر لسان العرب: مادة قَلْتُ.

(4) ذكره الحافظ في التلخيص الحبير: 215/3 بلفظه وقال: روى السلفي في أخبار أبي العلاء، والديلمي في مسند الفردوس نحوه، ونقل عن النووي قوله: إنه ليس من المرفوع، وإنما هو من كلام بعض السلف. وذكره السخاوي في المقاصد الحسنة: 549/1 حديث رقم 896 بعد ما أشار إلى وروده عند ابن الأثير في النهاية والديلمي في الفردوس، قال: كلها ضعيفة.

(5) ((فلا بأس أن يُخْرِجَهَا منه إلى غيره)). التفریع: 270/2.

(6) المودِع.

(7) بعد نقلها للمكان الذي ظن المودِع سلامته من الغرر.

(8) في (غ) أودعها.

(9) جاز للمودِع أن ينقلها لمكان آخر.

(10) ((فعرضت له إقامة في أضعاف سفره، فلا بأس أن يبعث بها مع غيره)). المصدر السابق.

تَعَدِّي.

[تلف الوديعة من المودع بالنفقة أو بنقلها لما يحفظ فيه ماله]:

قوله: (ضَمِنَ مَا أَنْفَقَهُ)⁽¹⁾ لَأَنَّ الضَّمانَ بِالتَّعَدِّي، ولم يُوجَد التَّعَدِّي إِلَّا فيما أنفق، فإذا رَدَّ ما أنفقه ففي ذلك ثلاثة أقوال:

المذهب أنه يسقط عنه الضَّمان، لأنَّه قد رجع إلى ما كان عليه من الأمانة.
الثاني: إن رَدَّه بشهادة خرج عن ضمانه، وإلا فلا؛ لأنَّه يُتَّهَم، لأنَّ (2) قوله - بعد التلّف: رَدَّدْتُهُ - دَعَوَى، وهذا ضعيف⁽³⁾، لأنَّه قد أُمِنَ بأخذه في ثاني حال، فلا فائدة في الشهادة.

وقيل: لا يسقط عنه الضَّمان، لأنَّه بالأخذ صار في ذِمَّتِهِ، والذي يُرَدُّ غيرُهُ⁽⁴⁾، لا هو، وقيل: إن كان من العَيْن زال عن ضمانه، لأنَّ مثله يقوم مقامه، وإن كان من ذوات القِيم لم يخرج عن ضمانه، وفي الطَّعام قولان: أحدهما: كالْعَيْن، لأنَّه من ذوات الأمثال.

الثاني: إنَّه وإن كان من ذلك⁽⁵⁾؛ فالأغراض⁽⁶⁾ تتعلَّق بعَيْنِهِ، ولذلك إذا تَلَفَ في البَيْع فُسِخَ كذوات القِيم.

قوله: (عِنْدَ زَوْجِهِ وَخَادِمِهِ)⁽⁷⁾ إن كان رَبُّهَا⁽⁸⁾ حاضرا فلا يجوز له ذلك، لأنَّه إنَّما رضي بأمانته لا بغيره، ويكون مُتَعَدِّيًا، وإن كان غائبا واحتاج المُسْتَوْدَعُ إلى سفر، وكان له عُذْرٌ يَنْعَثُ على ذلك؛ فله ذلك، ولا يجوز مع حضرته هو.

قوله: (فَسَقَطَ مِنْهُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)⁽⁹⁾ لأنَّه قد أذن له في التَّصَرُّفِ فيه على جهة الحِفْظ، فإذا فعل ما يقرب فتلف فلا ضمان، مثل أن يجعله في جيبه فيضيع، أو يُعَلِّقَهُ في يده ليوصله إلى منزله، أو يُعَلِّقَهُ من مِسْمَارٍ؛ فلا شيء عليه، فإن خرج به من منزله ناسيا أو متعمدا فتلف، فإنه يضمنه، لأنَّه تَعَدَّى بذلك.

(1) وذلك إذا ((استودع وديعة فأنفق بعضها)). المصدر السابق: 271/2.

(2) في (غ) أن.

(3) إشارة للقول الثاني.

(4) لأن المردود غير الذي أخذ.

(5) من العين أو ذوات الأمثال.

(6) في (و) الأغراض.

(7) ((ولا بأس أن يرفع المُسْتَوْدَعُ وديعته عند زوجته وخادمه)). المصدر السابق.

(8) في (و) بها.

(9) وذلك إذا ((استودع إناء فسقط منه وانكسر)). المصدر السابق.

وأما إذا سقط من يده شيء فكسره فعليه الضمان، لأنه لم يؤذن له⁽¹⁾ أن يتصرف فيه ذلك التصرف، وغاية ما في ذلك أنه أخطأ، ((والخطأ والعمد في أموال الناس سواء)).

[النفقة من الوديعة والتجارة فيها بغير إذن ربها]:

قوله: ((إحداهما الكراهة))⁽²⁾ وقيل: يجوز مطلقا، بل هو أولى، لأنه ينتقل إلى ذمة، وقيل: بالتفصيل بين أن تكون له أموال مأمونة فيجوز، وإلا فلا، وقيل: إن أعطاه ذلك مختوما⁽³⁾ فلا يجوز، أو على أنه يكره تصرفه فلا، وإلا جاز.

قوله: ((فتجر فيه))⁽⁴⁾ إن فرغنا على الجواز في التصرف فالربح للمستودع، وإن فرغنا على المنع⁽⁵⁾ فقيل: الربح له بالضمان، وقيل: الخسارة عليه، والربح لرب المال، ولا وجه لتوصله إلى الربح بالتعدي. وقيل: إن⁽⁶⁾ كان مليئا فالربح له، وإلا فلا، وهذه الأقوال مخرجة عليها في الغاصب.

قوله: ((كانت أم ولد))⁽⁷⁾ لأنها على ملكه.

[غياب رب الوديعة عند الرد]:

قوله: ((أقصى ما يخيا⁽⁸⁾ إلى مثله))⁽⁹⁾ أي بعمره، ولا يحتاج في ذلك إلى حاكم.

قوله: ((تصدق بها عنه))⁽¹⁰⁾ ولا يدفعها لبیت المال، لأنه على تقدير أن يجيء يؤديها له من عنده⁽¹¹⁾، فتكون الصدقة حينئذ عنه، ولا فائدة له في دفعها لبیت المال.

-
- (1) سقطت من (و).
 - (2) ((وفي إنفاق الوديعة بغير إذن ربها روايتان)). المصدر السابق.
 - (3) في (و) محتوما.
 - (4) ((ومن استودع مالا فتجر فيه ضمنه، والربح له)). المصدر السابق.
 - (5) في (غ) البيع.
 - (6) في (و) وإن.
 - (7) فيما لو اشترى المودع ((أمة فوطئها فحملت)). المصدر السابق.
 - (8) كذا في التفریع، وفي (و) بجيء.
 - (9) ((ومن استودع وديعة ثم فقد ربها... انتظر بها إلى أقصى ما يخيا إلى مثله)). المصدر السابق.
 - (10) ((فإن لم يكن له وارث تصدق بها عنه)). المصدر السابق.
 - (11) الفقير أو غيره.

باب اللُّقْطَة

[دليلها والتفريق بينها وبين لقطة مكة]:

قال عليه السلام: ((اعرف عفاصها ووكاءها وعددها، ثم عرّفها سنة، فإن جاء من يعرفها، وإلا فشأنك بها))⁽¹⁾ وروى ((فاستنفقها))⁽²⁾، والعفاص: الخِرقة، والوكاء: الخيط، وقيل بالعكس، وهذا عندنا عام في كلّ موضع، وذهب الشافعي إلى أن اللقطة (بمكة) تُعرّف أبداً⁽³⁾، لقوله - عليه السلام -: ((لا أجلها إلا لمنشد))⁽⁴⁾ أي⁽⁵⁾: لمن يُعرّفها أبداً، لأنّ الحاجّ يقدّم عليها من المواضع البعيدة.

[التعريف باللُّقْطَة ذات البال]:

قوله: (مَا لَهُ بَالٌ)⁽⁶⁾ يعني مالا مُحْتَرَمًا⁽⁷⁾ شرعا، وهو رُبْع دينار فصاعداً، لأنّه الَّذِي يُخْلَف فيه عند مَنَبَر النَّبِيِّ - عليه السلام - وَيُقْطَع فيه، وَيُسْتَبَاح به الْبُضْع، وإن كان دِرْهَمًا فَإِنَّهُ يُعْرَفه يوما ونحوه، وَيُعْرَف الدِّرْهَمين أكثر، ولا يحتاج إلى تعريف ما دون الدِّرْهَم، لأنّ الغالب ألا يطلبه صاحبه، لكن يُتَصَدَّق به عنه.

قوله: (فَعَرَفَهَا بِعَلَامَتِهَا)⁽⁸⁾ دفعها إليه، وهل يحتاج إلى يمين أو لا؟ قولان، بناء على أنّ المعرفة؛ هل هي بمنزلة شاهد أو شاهدين؟ وَمَنْ ادَّعى شيئا فلا بُدَّ له من شاهدين أو شاهد ويمين، وقال بعض العلماء: لو عرف تسعة أعشار صفتها دون العُشر؛ لم أدفعها له، إلا العدد، فإن الاعتيال⁽⁹⁾ يسرع إليه كثيرا، مثل أن تأخذ منها زوجته أو خادمه، أو من وجدها ثم ردّها.

ولو دفعها إلى مَنْ عَرَفَهَا، ثم جاء غيره يعرفها؛ لم يضمن، لأنّ الشرع أمره أن

(1) أخرجه البخاري: 113/3 حديث رقم 2372، ومسلم: 1346/3 حديث رقم 1722. كلاهما بلفظ

قريب منه من حديث زيد بن خالد الجهني مرفوعا.

(2) ((فإن لم تعرف فاستنفقها)). صحيح مسلم: 1349/3 حديث رقم 1722 من حديث زيد بن خالد الجهني مرفوعا.

(3) ينظر المجموع شرح المذهب: 468/7.

(4) روي في البخاري: 125/3 حديث رقم 2433 بلفظ ((ولا تجلّ لقطتها إلا لمنشد)) من حديث ابن عباس مرفوعا.

(5) سقطت من (غ).

(6) ((من التقط لقطة ذات بال عرّفها سنة)). التفریع: 272/2.

(7) في (و) محتوما.

(8) ((فإن جاء صاحبها فعرفها بعلاماتها دفعها إليه)). المصدر السابق.

(9) كذا وردت، ولعل المراد بها الاعتیاد؛ إذ السياق يفيد أن النقص في العدد - عادة - يعتريها ويسرع إليها كثيرا، ولذلك تساهل في دفعها إليه؛ وإن كانت خلاف ما ذكر في عددها.

يدفعها لمن يَعْرِفُهَا، وإذا اشترك اثنان في الدَّعْوَى والمعرفة؛ قُسِمَت بينهما، كَمَالٍ يَدَّعِيه اثنان.

[ضمان اللُّقْطَة]:

قوله: (وَضَمِنَهَا)⁽¹⁾ خلافا للشَّافِعِيِّ، لأنَّه يرى أنَّه يملكها بعد السَّنَةِ، لقوله - صلى الله عليه وسلم -: ((فشأنك بها))⁽²⁾ فإن جاء - بعد السَّنَةِ⁽³⁾ - ذلك مَنْ يَعْرِفُهَا صار ذلك عنده كالاستحقاق فيزيلها عن مَلِكِهِ، وعندنا لا يملكها، بل التَّصَرُّفُ فيها، وهو معنى قوله: ((فشأنك بها))؛ أباح التَّصَرُّفُ فيها، لكن تبقى في ضمانه، فإن لم يأت ربُّها⁽⁴⁾ أوصى بها بعده لئُدْفَعَ من ماله لمن يَعْرِفُهَا، أو يُتَصَدَّقَ بها عنه، ودليلنا قوله - ﷺ -: ((لَا يَجِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ))⁽⁵⁾.

وإذا تَصَرَّفَ فيها وحال الحَوْلُ وجبت الزَّكَاةُ عليه فيها، وإذا نوى أن يملكها ولم يتصرَّفَ فحال الحَوْلُ بعد ذلك، فهل يُزَكِّي لأنَّه قَوِي المَلِكِ، أولا حتَّى ينضاف إليه البَيِّنَةُ بالفعل والتَّصَرُّفُ فيها؟ قولان.

قوله: (فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)⁽⁶⁾ لأنَّه فيها أَمِينٌ.

[حكم الالتقاط]:

قوله: (وَمَنْ وَجَدَ لُقْطَةً، فَإِنْ كَانَتْ لِمَنْ يَعْرِفُهَا؛ فَلَا بَأْسَ أَنْ يَأْخُذَهَا)⁽⁷⁾ أي يُسْتَحَبُّ له ذلك بقوله: ((فَأْخُذْهَا أَحَبُّ إِلَيْنَا))⁽⁸⁾، وهذا إذا أَمِنَ النَّاسُ، وأَمَّا إِنْ كَانَ الزَّمَانُ فاسدا وخاف عليها الضَّيَاعُ؛ وجب حفظها على رَبِّهَا، لأنَّ حِفْظَ أَمْوَالِ النَّاسِ واجبٌ.

قوله: (وَمَنْ وَجَدَ طَعَامًا أَوْ غَيْرَهُ مِمَّا يَفْسُدُ بِتَرْكِهِ)⁽⁹⁾ الغالب في هذا ألا يكون له بَالٌ⁽¹⁰⁾، فلا يضمنه إن تصدَّقَ به.

(1) إن عَرَفَهَا سَنَةً ((فهو بالخيار، إن شاء أنفقها، أو تصدَّقَ بها وضمنها)). المصدر السابق.

(2) تقدَّم تخريجه.

(3) سقطت من (غ).

(4) في (غ) بها.

(5) أخرجه الحاكم في المستدرک: 171/1 حديث رقم 318 من حديث ابن عباس نحوه مرفوعا، وقال: حديث صحيح ووافقه الذهبي. وذكره الحافظ ابن حجر في التلخيص: 112/3 حديث رقم 1249 بلفظه، وذكر تخريج الحاكم له.

(6) لمن وجدها ((فإن تلفت في يده فلا ضمان عليه فيها)). التفریع: 272/2.

(7) المصدر السابق.

(8) وهو لابن الجلاب. المصدر السابق. كما ذكر ذلك ابن عبد البر وعزاه لمالك. ينظر الكافي في فقه أهل المدينة: 835/2.

(9) فلا بأس أن يتصدَّقَ به، أو يأكله... ولا ينتظر به أجلا)). التفریع: 272/2، 273.

(10) في (غ) مال.

قوله: (فَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ) (1) لَأَنَّهُ قَدْ انْتَفَعَ بِذَلِكَ.

[المكان المناسب للتعريف بها وردّها لمكانها]:

قوله: (فَلْيُعَرِّفْهَا فِي أَقْرَبِ الْمَوَاضِعِ) (2) لَأَنَّ الْغَالِبَ أَنْ تُطْلَبَ هُنَاكَ وَعَلَى أَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ، فيقول: من ضاع له كذا، يذكره بأعم أسمائه، لئلا يُتَفَقَّنَ له، كقوله: مال أو نفقة أو شيء.

قوله: (وَمَنْ أَخَذَ لُقْطَةً ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَكَانِهَا، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) (3) ليس على ظاهره، وإنَّما يريد إذا لم يفارق بها موضعها، فأما إن فارق ذلك الموضع لزمه أخذها، لَأَنَّهُ يُمَكِّنُ لِمَا انفصل بها عن موضعها أن يكون ربُّها قد جاء فلم يجدها، فلزمه حفظها له وتعرُّفها، وكذلك إذا أخذها بنية الحفظ ثُمَّ رَدَّهَا وَإِنْ لَمْ يَفَارِقْ ذَلِكَ الْمَوْضِعَ، وَإِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ - وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْأَخْذِ مُخَيَّرًا - لَأَنَّهُ لَزِمَهُ مَا التَّزَمَ، كما نقول فيمن شرع في نافلة وإن كان قبل الشُّروع على الاختيار: فَإِنَّهُ يَلْزِمُهُ إِمْتَامُهَا، فكذلك هذا، وإن كان حقًّا للمخلوق، كما إذا التزم أن يُؤَدِّيَ عنه دينًا، فَإِنَّهُ يَلْزِمُهُ.

[تصرفُ العبد في اللقطة قبل السنة وبعدها]:

قوله: (فَهِيَ جَنَائِيَّةٌ فِي رَقَبَتِهِ) (4) لَأَنَّهُ تَعَدَّى بِالتَّصَرُّفِ، وذلك بمنزلة ما يَجْنِيهِ، فكان في رقبته، لقوله - ﷺ -: ((الْعَبْدُ فِيمَا جَنَى فِيهِ)) (5)، وإذا أنفقها بعد السنة كانت في ذِمَّتِهِ، لَأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِيهَا بِالْإِذْنِ مِنَ الشَّارِعِ، لقوله: ((شَأْنُكَ بِهَا)) (6)، وإباحة التَّصَرُّفِ (7) فِيهَا لَا يُخْرِجُهَا عَنْ مِلْكِ رَبِّهَا، فَلَمَّا كَانَ تَصَرُّفُهُ مَأْذُونًا (8)، فيه من الشَّارِعِ؛ صار بمنزلة تَصَرُّفِهِ فِي التِّجَارَةِ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ، وكما أَنَّ دِيُونَهُ فِي ذِمَّتِهِ، لا في رَقَبَتِهِ، فكذلك هنا.

قوله: (وَمَنْ وَجَدَ بَعِيرًا فِي الصَّحَرَاءِ فَلَا يَأْخُذُهُ) (9) وهذا ليس على ظاهره، وإنَّما معناه إذا لم تكن تلك الأرض مَسْبُوعَةً، كأرض (الْحِجَازِ)، هي قليلة الماء، فلا تأوي

- (1) في لقطة الطعام ((وإذا أكله فعليه ضمانه)). المصدر السابق.
- (2) من وجد لقطة، فليعرِّفها في أقرب المواضع من المكان الذي وجدها فيه. ينظر المصدر السابق.
- (3) المصدر السابق.
- (4) وذلك ((إذا التقط العبد اللقطة فأنفقها قبل السنة)). المصدر السابق.
- (5) أخرج معناه ابن أبي شيبة في مصنفه: 384/5 حديث رقم 27179 من حديث علي موقوفًا، ولفظه ((مَا جَنَى الْعَبْدُ فِي رَقَبَتِهِ)). ذكره الحافظ ابن حجر في الدراية: 283/2 وقال: ((لم أره إلا عن علي، أخرج ابن أبي شيبة)) وساق الحديث.
- (6) بمعنى جواز التَّصَرُّفِ فيها، وقد تقدَّم تخريجه.
- (7) في (و) التعرف.
- (8) في النسختين: مأذون.
- (9) التفریع: 273/2.

إليها السِّبَاع، وأما في موضع كثير السِّبَاع فيكون كالشَّاة، وكذلك البقر كالإبل⁽¹⁾، وأصل ذلك قوله - ﷺ - في ضالَّة الإبل -: ((مَالِكٌ وَلَهَا؟ مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا⁽²⁾، تَرُدُّ الْمَاءَ، وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَجِدَهَا رَبُّهَا))⁽³⁾، وهذا إنَّما ورد في أرض (الْحِجَاز)، وأما الشَّاة فقال - ﷺ -: ((هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّنْبِ))⁽⁴⁾ وهذا إذا لم يجد من يبيعها منه ويوقف ثمنها أبداً، أو لم يكن له غنمٌ يضمُّها إليها⁽⁵⁾، أو كانت بقرب قرية يضمُّها إليها، وإن لم يكن شيءٌ من ذلك فله أكلها، وهل يضمن أو لا؟ قولان: فوجه الأوَّل⁽⁶⁾ قوله - ﷺ -: ((لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طَيِّبِ نَفْسٍ مِنْهُ))⁽⁷⁾.

ووجه الثَّاني قوله - ﷺ -: ((هِيَ لَكَ أَوْ لِأَخِيكَ أَوْ لِلذَّنْبِ)) فسَوَّى بينه وبين الذَّنْبِ، وَلَا غُرْمَ عَلَى الذَّنْبِ، فَكَذَلِكَ وَاجِدْهَا.

-
- (1) في (و) الإبل كالبقرة.
 - (2) حذاؤها: أخفافها لتقوى بهم على السَّير وقطع المفاوز. ينظر شرح النووي على مسلم: 22/12.
 - (3) أخرجه البخاري: 30/1 حديث رقم 91. ومسلم: 1346/3 حديث رقم 1722. كلاهما من حديث زيد بن خالد الجهني مرفوعاً وفي آخره بلفظ ((حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا)).
 - (4) هو جزء من الحديث الذي قبله، تقدَّم تخريجُه. ومعناه لك أكلها.
 - (5) في (و) إليه.
 - (6) وهو لزوم الضمان.
 - (7) تقدَّم تخريجُه.

باب الآبق

[النَّفَقَة على العبد الآبق بعد الظُّفر به]:

ثبت في بعض النُّسخ (1) قوله: (فَلَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا مَا أَنْفَقَ) (2) أي لا يجب له (3) على سيِّده (4) إِلَّا قَدَرُ مَا أَنْفَقَ عَلَيْهِ، وما لزمه من حَمْلِهِ إِيَّاهُ إِنْ كَانَ مِمَّنْ لَا يَقْدِرُ عَلَى الْمَشْيِ، وَذَلِكَ أَنَّ نَفَقَةَ الْعَبْدِ وَاجِبَةٌ لَهُ عَلَى سَيِّدِهِ بِالْمِلْكِ، وَفِي الْحَدِيثِ ((تَقُولُ الزَّوْجَةُ: أَنْفَقَ عَلَيَّ أَوْ طَلَّقَنِي، وَيَقُولُ الْعَبْدُ: أَنْفَقَ عَلَيَّ أَوْ بَعْنِي، وَيَقُولُ وَلَدُكَ: إِلَى مَنْ تَكَلَّنِي)) (5)، فَالْعَبْدُ يَمْلِكُ عَلَى سَيِّدِهِ الْبَيْعَ بَعْدَ الْإِنْفَاقِ.

فهذا إِذَا وَجَدَ عَبْدَهُ الْآبِقَ مِنْهُ (6) فَأَنْفَقَ عَلَيْهِ فَقَدْ قَامَ عَنْهُ بِوَاجِبٍ؛ فَلَهُ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ (7) بِذَلِكَ، فَإِنْ أَبَى أَنْ يُعْطِيَهُ ذَلِكَ؛ فَحَقُّهُ فِي رَقَبَةِ الْعَبْدِ بَيْعُهُ وَيَأْخُذُ مِنْهُ، وَلِذَلِكَ يَكُونُ السَّيِّدُ مُخَيَّرًا فِي افْتِكَالِكَ عَبْدِهِ الْآبِقَ بِقَدْرِ النَّفَقَةِ، أَوْ إِسْلَامِهِ فِيهَا، وَعَلَى هَذَا دَخَلَ. وَقِيلَ: يَأْخُذُهُ (8) إِذَا لَمْ يَأْذَنْ لَهُ رَبُّ الْعَبْدِ فِي الْمَجِيءِ بِهِ، فَلَهُ أَنْ يَقُولَ: أَنَا لَمْ أَمْرِكُ بِتَنْقِيْفِهِ (9)، وَلَا أُجْرَةٌ لَهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مِمَّنْ يَشْتَغِلُ بِطَلْبِ الْآبِقِ، لِأَنَّ الْعُرْفَ شَاهِدٌ بِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِذَلِكَ، فَلَا يَرْجِعُ فِي عَمَلٍ فَعَلَهُ لِلثَّوَابِ، فَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَشْتَغِلُ بِذَلِكَ؛ صَارَ الْعُرْفُ يَشْهَدُ لَهُ بِأَنَّهُ ابْتَغَى بِتَنْقِيْفِهِ الْأُجْرَةَ، فَإِنْ شَاءَ رَبُّ الْعَبْدِ دَفَعَ لَهُ الْأُجْرَةَ وَمَا أَنْفَقَ، أَوْ أَسْلَمَ الْعَبْدَ إِلَيْهِ.

وَنَظِيرُ ذَلِكَ أَنْ يَدَّعِيَ رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ آخَرَ أَنَّهُ أَعَارَهُ دَابَّةً، وَيَدَّعِي الْآخَرُ أَنَّهُ أَكْرَاهَا مِنْهُ، فَيُنْظَرُ إِلَى رَبِّ الدَّابَّةِ، فَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَشْتَغِلُ بِكَرَاءِ الدَّوَابِّ كَانَ الْقَوْلُ

(1) بخلاف ما هو موجود في النسخ المطبوعة المتداولة، فقد سقط منها باب الآبق، وقد جاء فيها بابُ الغصب بعد اللَّفْطَةِ مِباشَرَةً. ينظر التفريع: 274/2. وما ذكره المصنِّف من بعض النسخ هو قريب مما ذكره ابن عبد البر في كتابه الكافي، وهو غالباً ما يكون متوافقاً باللفظ فضلاً عن المعنى مع ابن الجلاب في هذا الباب وفي غيره؛ من مسائل الكتاب. ينظر الكافي في فقه أهل المدينة: 835/2، 838، 839.

(2) ينظر المصدر السابق: 839/2.

(3) سقطت من (غ). وله أي لمن وجد العبد الآبق.

(4) سيِّد العبد الآبق.

(5) أخرجه ابن خزيمة في صحيحه: 96/4 حديث رقم 2436. وأخرج البخاري: 63/7 حديث رقم 5355 نحوه مرفوعاً، كلاهما من حديث أبي هريرة.

(6) سقطت من (غ).

(7) للواجد الرجوع على سيِّد العبد بما أنفق.

(8) السيِّد.

(9) بإدراكه أو الظُّفر به. ينظر القاموس المحيط: مادة ثقف.

قَوْلُهُ؛ إِذِ الْعُرْفُ يَشْهَدُ لَهُ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ لَا يَشْتَغِلُ بِذَلِكَ، كَرَجُلٍ مِنْ أَعْيَانِ مَوْضِعِهِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ الَّذِي يَدَّعِي الْعَارِيَةَ، وَلَأَنَّ رَبَّ الدَّابَّةِ يَدَّعِي تَعْمِيرَ ذِمَّتِهِ، ((وَالْأَصْلُ الْبِرَاءَةُ)).

[إرسال العبد بعد أخذه بسبب الإباق وعظم النفقة]:

قوله: (فَإِنْ خَافَ عِظَمَ النَّفَقَةِ وَأَرْسَلَهُ ضَمِينَ)⁽¹⁾ لَأَنَّهُ عَلَى ذَلِكَ دَخَلَ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ الرُّجُوعُ فِيمَا تَبَرَّعَ بِهِ مِنْ حِفْظِ مَالِ أَخِيهِ، لَكِنْ إِذَا خَافَ أَنْ تَزِيدَ نَفَقَتُهُ عَلَى قِيَمَتِهِ رَفَعَ أَمْرَهُ إِلَى الْحَاكِمِ.

قوله: (فَإِنْ أَبَقَ مِنْهُ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)⁽²⁾ لَأَنَّهُ لَيْسَ ذَلِكَ مِنْ قِبَلِهِ، فَلَا تَعْدِي وَجَدَ مِنْهُ، إِلَّا أَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ ثَبُوتِ ذَلِكَ بِقَرَأْنٍ دَالَّةٍ عَلَيْهِ.

[الجعالة على إيجاب الأبق تلزم بالشرع في العمل]:

قوله: (وَمَنْ جَعَلَ فِي أَبَقٍ دِينَارًا لِمَنْ جَاءَ بِهِ ثُمَّ بَدَأَ لَهُ)⁽³⁾ (4) المشهور من المذهب أَنَّ الْجَعَالََةَ عَقْدٌ جَائِزٌ، وَكَذَلِكَ الْمَشْهُورُ فِي الْقِرَاضِ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَعَاقِدِينَ فِي الْمَوْضِعَيْنِ رَجُوعٌ فِي ذَلِكَ مَا لَمْ يَشْرَعْ الْعَامِلُ فِي الْعَمَلِ، فَيُلْزَمُ الْجَاعِلُ، وَتُلْزَمُ الْعَامِلُ فِي الْقِرَاضِ وَرَبُّ الْمَالِ أَيْضًا، وَلَا تُلْزَمُهُ⁽⁵⁾ فِي الْجَعَالََةِ.

والفرق أَنَّ التَّمَادِي مِنَ الْعَامِلِ فِي الْجَعَالََةِ يَضُرُّ بِهِ⁽⁶⁾، لَأَنَّهُ يُنْفِقُ مَالَهُ، وَلَا يَدْرِي أَيْجِدُهُ أَمْ لَا؟ وَلَا ضَرَرٌ يَلْحَقُ الْجَاعِلَ بِتَرْكِهِ الْعَمَلِ، بِخِلَافِ الْقِرَاضِ، فَإِنَّهُ لَا يَلْحَقُ الْعَامِلَ ضَرَرٌ بِالتَّمَادِي فِي الْعَمَلِ، إِذْ نَفَقَتُهُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَيَلْحَقُ رَبُّ الْمَالِ - بِقَطْعِهِ الْعَمَلِ - ضَرَرٌ، فَإِنْ ذَلِكَ يُؤَدِّي إِلَى أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي بَيْعِ مَا اشْتَرَى الْعَامِلُ بِالْمَالِ.

[حُكْمُ بَيْعِ الْأَبَقِ إِذَا تَعَدَّرَ وَجُودَ طَالِبِهِ]:

قوله: (فَإِنْ لَمْ يَأْتِ لَهُ طَالِبُ بَيْعِ)⁽⁷⁾ لَأَنَّ إِمْسَاكَهُ إِذَا طَالَ قَدْ يُؤَدِّي إِلَى أَنْ تَزِيدَ نَفَقَتُهُ (عَلَى قِيَمَتِهِ)⁽⁸⁾، وَذَلِكَ إِضْرَارٌ بِرَبِّهِ، فَإِذَا بَيْعَ أُخِذَ ذَلِكَ مِنْ ثَمَنِهِ، وَأَوْقِفَ الْبَاقِي، وَإِنْ جَاءَ رَبُّهُ بَعْدَ بَيْعِهِ لَمْ يَكُنْ لَهُ نَفْضُ الْبَيْعِ، لَأَنَّهُ إِنَّمَا يَبِيعُ عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ لَهُ مَالُكَ آخِرَ

(1) ينظر الكافي في فقه أهل المدينة: 839/2.

(2) لم يتعرض لها ابن عبد البر في هذا السياق. ينظر الكافي: 839/2.

(3) بمعنى شرع له في العمل.

(4) وهذا مثل الأول. ينظر المصدر السابق.

(5) المراد به العامل وهو المَجْعُولُ لَهُ، فَلَهُ أَنْ يَتْرَكَ مَتَى شَاءَ، شَرَعَ أَوْ لَمْ يَشْرَعْ. ينظر المقدمات الممهدة: 179/2.

(6) سقطت من (و).

(7) قال ابن عبد البر: من وجد أبقا عَرَفَهُ سَنَةً، فَإِنْ لَمْ يَسْتَحِقْهُ أَحَدٌ بَاعَهُ وَأَخَذَ مَا أَنْفَقَ. ينظر الكافي في فقه أهل المدينة: 839/2.

(8) سقطت من (غ).

غير البائع⁽¹⁾، وإنَّما كان يَبْعُهُ صلاحاً لِرَبِّهِ، فلا رُجُوعَ له، بخلاف بَيْعِ الْمَغْصُوبِ، لأنَّه إنَّما يَبْعُ على تَقْدِيرِ أَنَّهُ لا مالَكَ له إلَّا الغاصب، وإذا ثبت مِلْكُهُ لغيره كان له نَقْضُ البَيْعِ.

قوله: (وَقِيلَ إِنَّ الْإِمَامَ يُخْلِي سَبِيلَهُ)⁽²⁾ هذا قول أَشْهَبَ، (والأوَّل قول ابنِ الْقَاسِمِ)⁽³⁾.

وَوَجْهُ الأوَّل أَنَّهُ يجب على الإمام إذا أمسكه أن يبحث على رَبِّهِ حَتَّى يُعْلِمَهُ بذلك.

ووجه قول أَشْهَبَ: إِنَّ في إمساكه ضرراً بِرَبِّهِ، لأنَّه قد يجده إذا كان غير محبوس، لأنَّه في طَلْبِهِ، فيصادفه غالباً، وما دام غير محبوس فهو يتسبَّب لنفسه، فلا يلزم رَبِّهِ نَفَقَتُهُ عليه تلك المُدَّة، وإذا كان مَحْبُوساً طُولِبَ بِنَفَقَتِهِ، وقد يَعْمَى عليه مَوْضِعُهُ فلا يجده.

[جهالة الجُعْل تُفْسِدُ الجعالة]:

قوله: (فَإِنْ لَمْ يَجِدْهُ)⁽⁴⁾ فَلَهُ طَعَامُهُ وَكِسْوَتُهُ⁽⁵⁾ حُكْمُ الجُعْلِ أن تكون الأجرة فيه معلومةً ولا بُدَّ، وإنَّما جاز أن يكون عمله مجهولاً للضرورة، لأنَّه لا يمكن تقديرُ عمله، وأمَّا الأجرة فلا ضرورة تُضَمُّ إلى أن تكون مجهولة، لأنَّ في ذلك جهلاً من الطَّرَفَيْنِ، لأنَّه لا يدري هل تجب له الأجرة، أو طعامه وكسوته؟

[حكم الأجرة للمتبرِّع في طلب الأبق]:

قوله: (وَكَانَ مِمَّنْ يَخْرُجُ لِطَلْبِ الْأَبْقِ)⁽⁶⁾ أي كانت صنعته ذلك، لأنَّ العُرْفَ شاهدٌ له بأنَّه لم يقصد الثَّواب خاصَّةً على ذلك، بخلاف من ليست صنعته ذلك، فالعُرْفُ يشهد بأنَّه مُحْتَسِبٌ فيه.

قوله: (عَلَى جِهَةِ الْإِجْتِهَادِ)⁽⁷⁾ لأنَّ العمل في ذلك لا ينضبط، لأنَّه يختلف بالقِلَّةِ والكثرة، ويرجع في الموضعين بنفقة العبد على سيِّده.

(1) في (و) التابع.

(2) ومقابله أن يرفعه للحاكم فَيُعَرِّفُهُ سنة، وينفق عليه من بيت المال. ينظر المصدر السابق.

(3) ما بين القوسين سقط من (و).

(4) مفهومه إن وجده فله الأجرة وإلَّا فله طعامه وكسوته، نظيره إن بعت فلك درهم وإلَّا فلك نصف درهم، وهو ممنوع للجهالة. ينظر الذخيرة: 14/6.

(5) لم يتطرق لهذا ابن عبد البر. ينظر الكافي: 839/2.

(6) ((ومن لم يُنَصِّبْ نفسه لأخذ الأبق والضوال فلا أجرة له)). الكافي في فقه أهل المدينة: 839/2.

(7) سياق هذا القول غير معلوم، لأنَّه من ضمن ما فُقد من النسخة المتوفرة من التقرير.

[فائدة السنّة في التعريف بالشيء الضائع]:

قوله: (وَوَجْهُ مَا يُحْبَسُ فِيهِ الْأَبْقُ يُحْبَسُ سَنَةً)⁽¹⁾ أي السنّة في قدر ما يُحْبَسُ سَنَةً⁽²⁾، لأنّه أمرٌ يغلب على الظنّ أن⁽³⁾ يعلم ربّه بخبره فيه، ولأنّه لا تكون مؤونته فيه غالبا أكثر من قيمته.

[حكم حوز الأبق والشيء الضائع لأصحابه]:

قوله: (فَإِنْ كَانَ لِمَنْ (4) يَعْرِفُهُ فَلْيَأْخُذْهُ)⁽⁵⁾ (6) هذا⁽⁷⁾ على جهة النذب، لأنّه لا تكلف يلحقه في ذلك بعلمه لصاحبه، بخلاف ما إذا لم يعلم ربّه فيكون مُخَيَّرًا غير مندوب إلى أخذه، بخلاف اللقطة، لأنّ في أخذه⁽⁸⁾ مشقّة وتكلفًا، فلا⁽⁹⁾ يريد بقوله: (فلا يأخذه)⁽¹⁰⁾؛ أنّه منهّي عن ذلك، بل هو مُخَيَّرٌ، وفي اللقطة مندوبٌ إلى أخذها، إذ لا تكلف عليه فيها.

[سقوط النفقة مع الجعل]:

قوله: (ثُمَّ طَلَبَ نَفَقَتَهُ مَعَ الْجُعْلِ فَلَا شَيْءَ لَهُ)⁽¹¹⁾ لأنّه إنّما دخل على الجعل خاصّة.

[إرسال الأبق للعذر]:

قوله: (وَلَوْ خَلَّى سَبِيلَهُ لِعُذِرَ بِخَافِهِ)⁽¹²⁾ هذا لا بدّ من بيانه بالقرائن، لأنّه لا يخفى.

[سرقة الأبق لا تسقط أجره طالبه]:

قوله: (وَمَنْ أَتَى بِالْأَبْقِ إِلَى صَاحِبِهِ وَقَدْ سَرَقَ فَقُطِعَ)⁽¹³⁾ يريد أنّه لا تسقط أجره

(1) ينظر المصدر السابق.

(2) في (غ) أي يحبس سنة.

(3) في (و) إن لم.

(4) في (و) لم.

(5) كذا وردت في النسختين، وهو موافق لأول العبارة الذي أثبتته من النسخة (غ): (لمن)، وإذا كانت العبارة ((فلا يأخذه)) كما سيشير إليها عند شرحه لها لاحقاً؛ فإن العبارة لا تستقيم إلا إذا أثبتت ما جاء في النسخة (و): ((فإن كان لم يعرفه)) لكن تكلمة العبارة في كلا النسختين: ((فليأخذه))، فما أثبت موافق للصواب إن شاء الله.

(6) ((وليس على من وجد أبقاً أن يأخذه، فإن كان لجار أو لمن يعرفه فحسن أن يحوزه له، وليس ذلك بواجب عليه)). المصدر السابق.

(7) سقطت من (و).

(8) في أخذ غير اللقطة كالأبق.

(9) سقطت من (و).

(10) بناء على اختيار قوله: ((فإن كان لم يعرفه))؛ تقدمت قبل قليل.

(11) لم يتطرّق له في الكافي أيضاً. وهذا يبدو متعلّقاً بطالب الأبق؛ يطلب نفقة إضافة لما جعل له.

(12) وهذا - أيضاً - سياقُه مجهول مثل الأول - لم يتطرّق ابن عبد البرّ له.

(13) وهذا الأخير لم يعرّج عليه ابن عبد البرّ أيضاً. ينظر الكافي في فقه أهل المدينة: 839/2.

طالبه بكونه قد قُطِعَتْ يَدُهُ، لَأَنَّهُ لَا صُنْعَ لَهُ فِي ذَلِكَ، وَلَكِنْ إِنْ كَانَ عَنْ غَيْرِ إِذْنِ مَنْ رَبِّهِ، فَإِنْ شَاءَ أَعْطَاهُ الْأُجْرَةَ، أَوْ أَسْلَمَهُ إِلَيْهِ إِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ حَاجَةٌ بِهِ.

باب الْغَصْبِ

[تعريفه]:

قيل: هو رَفْعُ الْيَدِ الْمُسْتَحَقَّةِ وَوَضْعُ الْيَدِ الْعَادِيَةِ. وَاعْتِرَاضُ بِالْغَصْبِ مِنَ الْغَاصِبِ؛ فَإِنَّهُ مَعَ كَوْنِهِ غَصْبًا لَمْ يَوْجَدْ فِيهِ رَفْعُ يَدٍ مُسْتَحَقَّةٍ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ: وَضَعُ الْيَدِ غَيْرِ الْمُسْتَحَقَّةِ عَلَى مِلْكِ الْغَيْرِ عَلَى جِهَةِ الْاسْتِعْلَاءِ وَالْقَهْرِ، وَهَذَا الْغَيْرُ (1) يُخْرِجُ السَّرْقَةَ.

[الدليل على ضَمَانِ الْمَغْصُوبِ وَغُرْمِهِ]:

وَالْإِجْمَاعُ أَنَّهُ بَوْضَعُ يَدِهِ يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ، ثُمَّ بِالتَّلَفِ يَجِبُ عَلَيْهِ الْغُرْمُ، فَهَذَا حُكْمَانِ (2) وَسَبَبَانِ (3) تَرْتَبَانِ عَلَيْهِمَا، وَقَدْ اسْتُدِلَّ عَلَى الضَّمَانِ بِقَوْلِهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: ((مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًَا (4) لَهُ فِي عَبْدٍ)) (5) الْحَدِيثُ، وَوَجْهُ الدَّلِيلِ مِنْ ذَلِكَ، أَنَّهُ لَمَّا غَابَ عَلَى الشَّرِيكَ نَصِيبُهُ، وَالْغَيْبُ كَالْإِتْلَافِ لَزِمَتْ الْقِيَمَةُ، إِذْ لَا يُمْكِنُ الْمِثْلُ فِي ذَلِكَ، فَحُمِلَ عَلَيْهِ، إِذْ ((كُلُّ مَنْ أَتْلَفَ شَيْئًا لَا مِثْلَ لَهُ غَرِمَ قِيَمَتَهُ)).

[وقت ضمان قيمة المغصوب]:

قوله: (يَوْمَ غَصْبِهِ) (6) لِأَنَّهُ (7) يَوْمُ التَّعَدِّيِّ، وَهُوَ سَبَبُ الضَّمَانِ، فَاعْتُرِ يَوْمُهُ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ، وَقِيلَ: قَوْلَانِ آخِرَانِ، وَهُمَا اللَّذَانِ نَبَّهَ ابْنُ الْجَلَّابِ عَلَيْهِمَا بِقَوْلِهِ: ((لَا يَوْمَ الْإِتْلَافِ وَلَا أَكْثَرَ الْقِيَمَتَيْنِ (8))) (9).

وَوَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّ الْغَصْبَ سَبَبُ الضَّمَانِ الَّذِي هُوَ سَبَبُ الْغُرْمِ، وَمُسَبِّبُ السَّبَبِ سَبَبٌ.

وَوَجْهُ الثَّانِي أَنَّهُ بِالْإِتْلَافِ يَتَحْتَمُّ الْغُرْمُ، وَالتَّعَدِّيُّ إِنَّمَا هُوَ سَبَبُ الضَّمَانِ. وَمَا بَقِيََتِ الْعَيْنُ فَالْغَاصِبُ مَجْبُورٌ عَلَى رَدِّهَا إِلَى رَبِّهَا، وَلَوْ أَرَادَ أَنْ يَدْفَعَ لَهُ قِيَمَتَهَا مَعَ بَقَاءِ

(1) الذي على جهة الاستعلاء والقهر.

(2) الضمان، والغرم.

(3) وضع اليد، والتلف.

(4) الشريك: الحصّة والنصيب، وتأتي بمعنى الشركة. ينظر طُوبَةُ الطُّلُبَةِ: 179، ولسان العرب مادة: شرك.

(5) تكملة الحديث: ((من أعتق شركا له في عبد فؤم عليه)). وقد تقدم تخريجه.

(6) ((ومن غصب عرضا أو حيوانا، فتلف عنده ضمن قيمته يوم غصبه)). التفريع: 274/2.

(7) في (و) لا.

(8) في (و) القيمين.

(9) المصدر السابق.

العين لم يُمكن من ذلك.

ووجه الثالث أن الغاصب ظالم، فهو أحق من حُمِل عليه، فيكون ربُّها مُخَيَّرًا. وينبغي على ذلك (1) أنه لو غصب أمةً فأتت عنده بولد، ثُمَّ ماتا فعلى الأول يأخذ قيمة الأم، لأنَّ التَّضمين يدلُّ على أنَّ الولد نشأ عن ملك الغاصب. وعلى الثاني يأخذ قيمتهما معا.

[ضمان المثل في الشيء المغصوب]:

قوله: (غَرَمَ مِثْلُهُ) (2) لأنه يقوم مقامه، وذوات الأمثال المكيِّل والموزون والمعدود؛ كالبيض، والأصل في ذلك ما روي أنَّ بعض أزواج النَّبيِّ - صلى الله عليه وسلم - أهدت له - وهو مقيم عند أخرى منهن - طعاما في صحفة (3) فأدرَكْتُهَا غَيْرَةً، فكسرت الصَّحْفَةَ (4) بطعامها، فقال رسول الله - ﷺ -: ((طعامٌ بطعام، وصحفةٌ بصحفة)) (5) فدلَّ قوله - صلى الله عليه وسلم - ((طعامٌ بطعام)) على أنَّ ذوات الأمثال يعتبر فيها المثل، لأنه يقوم مقام مثله من كل الوجه، كأنه هو، بخلاف القيمة، ولقوله تعالى: ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ (6)، وأمَّا قوله - صلى الله عليه وسلم -: ((صحفةٌ بصحفة)) فلا يدلُّ على أنَّها من ذوات الأمثال، لأنَّ ما غَوَّن (7) الدَّارَ إنما هو للرجل دون المرأة، فالصحفتان له (8).

قوله: (فَيَغْرِمُ قِيمَتَهُ) (9) لأنَّ ذلك أقصى ما يمكن.

[الخلاف في قبض القيمة أو انتظار المثل إلى حين وجوده]:

قوله: (كَانَ الْمَغْصُوبُ بِالْخِيَارِ) (10) لأنَّ الغاصب أحقُّ بالحمل عليه، وقيل: يأخذ القيمة لا غير، لأنَّ في التأخير إضرارًا به زائدًا على الغصب، وقيل: يجب التأخير؛ لما في أخذ القيمة من بيع الطعام قبل قبضه، وقيل: هذه المسألة مَبْنِيَّةٌ على مسألة

- (1) سقطت من (و).
- (2) وذلك إذا ((غصب شيئًا من المكيلات أو الموزونات فتلف عنده)). المصدر السابق.
- (3) في (و) صفحة.
- (4) في (و) صفحة.
- (5) أخرج الترمذي: 632/3 حديث رقم 1359 بلفظ قريب منه، وأخرج البخاري: 36/7 حديث رقم 5225 نحوه من غير لفظ ((طعام بطعام)). كلاهما من حديث أنس مرفوعا.
- (6) البقرة: 194.
- (7) في (و) ماعدا.
- (8) بمعنى لم يكن فيها تضمين، لأنَّ الصحفتين كانتا للنبي - ﷺ - في بيتي زوجته، فعاقب - ﷺ - الكاسرة بالصحفة المكسورة وجعل السليمة للتي أهدت. ينظر فتح الباري: 126/5.
- (9) وذلك إذا غصب شيئًا مكيلا أو موزونا ولم يجد مثله. ينظر التفریع: 275/2.
- (10) المغصوب منه مخيَّر بين أن ينتظر وجود المثل - عند عدم وجوده - أو يأخذ القيمة. ينظر المصدر السابق.

أخرى في السلم، وهو أن يسلم له في طعام له إبان، فإذا جاء إبان قبض بعضه وبقي البعض حتى خرج الإبان، فقيل: تجب المحاسبة، لأن في التأخير فسح دين في دين، لأنه يتعين له في ذمته حالاً، فلما أخره فقد باعه بذلك المؤخر.

وهذا بناء على أن الأجل في البيع هل هو مقصود، أو لا يقصد إلا بنفس المبيع⁽¹⁾؟ فإن كان مقصودا فيستحق الكالي بالكالي، وإن لم يكن مقصودا فلا يلتفت إليه، وإنما أخذ منه مافي ذمته لا غير.

وفيه - أيضا - بيع الطعام قبل قبضه⁽²⁾، وقيل: بل يجب التأخير، لأن في المحاسبة بيعاً وسلفاً، فيكون ما قبض بيعاً وما ردّ سلفاً، وهذا على مراعاة التهم البعيدة.

وقيل: يكون مخيراً بين التأخير والمحاسبة تغليبا لجانبه، لأن له مقالا، وقيل: في التخيير مخذور، بناءً على أن ((من خير في أمرين؛ فهل الذي يختار هو الذي وجب له بالأصل، أو يعدّ منتقلا من الآخر إليه؟)) فإن كان انتقالا بطل، لأنه يتحقق فيه بيع الطعام قبل قبضه والكالي بالكالي، على تقدير أنه اختار الطعام ثم عدل إلى القيمة.

وينبني عليه أنه إذا غصب عبدا ثم أبق⁽³⁾ منه، فإن سيده مخير بين أخذ قيمته الآن، أو⁽⁴⁾ يصبر حتى يجده، فهل يجوز له أن يبيعه منه بثمن يتفقان عليه أو لا؟ فقال ابن القاسم: يجوز بناءً على أنه وإن خير فلا التفات لذلك، ولكن لما اختار بيع الرقبة فذلك هو الذي وجب له أولاً.

وقيل: القول قول من اختار المحاسبة منهما، إلا أن يجتمعا على التأخير، وقيل: عكسه، وقيل: إن قبض الأكثر حاسبه بالباقي، لأنه في حكم التبع، وإن قبض الأقل أخره بالباقي.

[ضمان نقص القيمة بسبب عيب وتغير السوق]:

قوله: (فَقَصَتْ قِيمَتُهُ لِانْخِفَاضِ سَوْقِهِ)⁽⁵⁾ لأن الذات باقية على حالها، فلا غرم، لأن سببه وهو التلف لم يوجد، وقد يختلف السوق فتصير قيمته أكثر.

قوله: (لَعَيْبٍ حَدَثَ عِنْدَهُ)⁽⁶⁾ يعني من قبل الله - عز وجل - لا صنع للغاصب فيه،

(1) في (غ) البيع.

(2) لأنه قبض البعض وباع البعض الذي لم يقبضه بالمؤخر.

(3) في (و) أحق.

(4) في (غ) و.

(5) إذا كان كذلك ((و غصب حيوانا... لم يضمن نقصه)). المصدر السابق.

(6) ((وإن نقصت قيمته لعيب حدث فيه فربّه بالخيار)) المصدر السابق.

فلذلك لم يكن له أَرْضٌ فيه (إن أخذه، وأما إن كان ب صنع من الغاصب؛ فإن كان معتبرا كقطع أنملة من الوحش)⁽¹⁾ فيأخذه مع الأرض، ولا قيمة، لأنَّ الذات موجودة، وإن كان كثيرا كقطع اليد خَيْر بين أَخْذِهِ ناقصا مع الأرض، أو ⁽²⁾ أَخْذِ قيمته، وصار ما فات من بعض الذات في إيجاب القيمة - إن شاء⁽³⁾ - كفوات الجميع، بخلاف الْمُتَعَدِّي بقطع يده فليس عليه إِلَّا الأرض، لأنَّه ليس بضامن كالغاصب.

قوله: (وَأَخْذِ قِيَمَتِهِ)⁽⁴⁾ يعني غير مَعِيْب، لأنَّه يُقَوِّم يوم الغَصْب، وَوَقَعَ الحَمْلُ على الغاصب لأنَّه ظالم⁽⁵⁾، وَمَنْ رَأَى أَنَّهُ يُقَوِّم يوم التَّلَف فيُقَوِّم سليما لا مَعِيْبا، لأنَّ القصد بذلك أن له أَكْثَرَ القِيَمَتَيْنِ.

[الخيار بين الفسخ والإجازة في بَيْعِ المَغْصُوبِ]:

قوله: (وَمَنْ غَصَبَ شَيْئًا فَبَاعَهُ)⁽⁶⁾ لأنَّ الغصب لا يُزِيلُهُ عن مَلِكِ رَبِّهِ للحديث: ((كُلُّ أَحَدٍ أَحَقُّ بِمَالِهِ مِنْ وَلَدِهِ وَوَالِدِهِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ))⁽⁷⁾ وقوله - ﷺ -: ((لَا يَجِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طَيِّبِ نَفْسٍ مِنْهُ))⁽⁸⁾ وإذا كان على مَلِكِهِ فهو أَحَقُّ به مَتَى وَجَدَهُ، وإن أجاز بَيْعَهُ فيكون كأنَّه أذن له في ذلك كَبَيْعِ الْفُضُولِي.

[الرُّجُوعُ عَلَى الغاصبِ أَوْ الْمُبْتَاعِ بَعْدَ بَيْعِ المَغْصُوبِ]:

قوله: (مِنْ غَاصِبِهِ)⁽⁹⁾ لأنَّ الْمُبْتَاعَ غير مُتَعَدٍّ⁽¹⁰⁾، فيقول: لو علمت أَنَّهُ مَغْصُوبٌ ما اشتريته، بل اليد تدل على الْمَلِكِ، ولأنَّه لَمَّا أجاز بَيْعَهُ صار بمنزلة وكيله أذن له في قَبْضِ الثَّمَنِ. فلو كان الغاصب مُعْسِرا أَتْبَعَهُ به، وهو المذهب.

وقيل: يرجع بالثَّمَنِ على المشتري، لأنَّه يقول: وإن أجزتُ بَيْعَهُ فلم أذن له في قَبْضِ الثَّمَنِ، فهو (مُتَعَدٍّ بِدَفْعِهِ)⁽¹¹⁾ إليه، فيتبع المشتري الغاصب به.

وإن تلف عند المشتري بِنَعْدٍ مِنْهُ؛ فهو مُخَيَّرٌ بين تضمين أيَّهما شاء قِيَمَتَهُ، لأنَّ

(1) ما بين قوسين سقطت من (و).

(2) في (و) و.

(3) في (و) أرشا.

(4) فهو بالخيار بين تركه وأخذ قيمته أو أخذه من غير أرض؛ إن نقصت قيمته لعيب حدث. ينظر المصدر السابق.

(5) في (و) ضامن.

(6) إذا ((وجده ربُّه... فربُّه بالخيار في فسخ بيعه وأخذه)). ينظر المصدر السابق.

(7) أخرجه الدارقطني في سننه: 422/5 حديث رقم 4568، والبيهقي في السنن الكبرى: 539/10 حديث رقم 21618، كلاهما من حديث حبان بن أبي جبلة مرسلا.

(8) تقدَّم تخريجه.

(9) ولربَّ الشيء المغصوب - إذا بيع - ((إجازة بيعه وأخذ ثمنه من غاصبه)). التفريع: 275/2.

(10) في (و) متعمد.

(11) في (و) متعمد يدفعه.

المشتري من الغاصب غاصبٌ في الحُكْم إذا تَعَدَّى، أو عَلِمَ أَنَّهُ مَغْصُوبٌ، وإِلَّا فليس بغاصب، فإن رَجَعَ على المشتري رَجَعَ هو على الغاصب، وإن ضَمَّنَه (1) الغاصب فقد باعه الغاصب على مِلْكِهِ، فبيعه صحيحٌ، لا كلام فيه للمبتاع.

فإن حدث به عيبٌ عند المبتاع كان رَبُّهُ مُخَيَّرًا بين ثلاثة أشياء: فَسَخَ البيع، وَيَرْجِعَ المشتري على الغاصب، وإجازته، وأخذ الثمن من المشتري، والثالث: أن يُضَمَّنَه الغاصبَ فيأخذَ منه قيمته، كما إذا حَدَثَ عيبٌ عند الغاصب.

[استغلال الشيء المغصوب وردُّ غَلَّتِه]:

قوله: (وَمَنْ غَصَبَ حَيَوَانًا) (2) اضطرب المذهب في ذلك، فقيل: لا يردُّ الغاصبُ غَلَّةَ ما غَصَبَ، لأنَّه في ضمانه، ولو هلك كان منه، فله خَرَاجُهُ، للحديث: ((الْخَرَا جُ بِالضَّمَانِ)) (3) وهذا لفظٌ عامٌّ وإن كان سببه خاصًّا، لأنَّه ورد في بَيْع.

وقيل: بعكس ذلك، لأنَّه على مِلْكِ رَبِّهِ، والأصل بقاء غَلَّتِه له، وهذا القياس، وحديث ((الْخَرَا جُ بِالضَّمَانِ)) خاصٌّ، لأنَّه ورد في سبب خاصٍّ، وقد قال - صلى الله عليه وسلم -: ((لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ)) (4) وإذا لم يكن لبنائه و غَرْسِهِ حُرْمَةٌ فلا شيء له من منفعة المغصوب.

وقيل: بالتفصيل بين أن ينتفع بالمغصوب بنفسه؛ فلا تكون عليه أجره، لأنَّه إنَّما انتفع به وهو في ضمانه، وبين أن يُكْرِي ذلك من غيره، فيردُّ الغَلَّةَ، لأنَّه إنَّما غَصَبَ هنا مالًا فيرُدُّه، وفي الأوَّل إنَّما غصب منفعة.

وقيل: بالتفصيل بين أن يَغْصِبَ رَقَبَةَ الْمَلِكِ، كالسُّلْطَان يأخذ مال أحد من رَعِيَّتِهِ، فلا يردُّ الغَلَّةَ، لأنَّه صار الْمَلِكُ كُلُّهُ في ضمانه، وبين أن يَغْصِبَ مَنَفْعَةَ الرَّقَبَةِ فَقَطْ (5)، كالجُنْدِيِّ يسكن دارَ وَاحِدٍ من الرِّعِيَّةِ، هذه معلومةٌ بغير أجره، فتكون عليه (6) الغَلَّةَ، لأنَّه في ضمان مَالِكِهِ، وقد ذكر المؤلفُ هذا التَّفْصِيلَ بالمثل، فيمن غَصَبَ دارًا أو غَصَبَ سَكَنَاهَا (7).

وقيل: بالتفصيل بين أن يغصب حيوانًا أو غيره، لأنَّه في الحيوان لسُرْعَة تغييره يتحقَّق فيه الضَّمَانُ، وفيما لا يسرع إليه التَّغْيِيرُ، كأنَّه لم يدخل على الضَّمَانِ، وإنَّما

- (1) ضَمَّنَ المغصوبُ منه الغاصبَ لأن بيعه صحيحٌ.
- (2) (... فلا شيء عليه في استعماله واستخدامه)). المصدر السابق: 276/2.
- (3) تقدَّم تخريجه.
- (4) تقدَّم تخريجه.
- (5) في (غ) فسقط.
- (6) في (و) عليها.
- (7) ينظر المصدر السابق.

هو باق على ضمان ربّه لأمنه⁽¹⁾، فكان عليه الأجرة.

وقيل: بالتفصيل بين العبد والدّوابّ وغيرها، فلا يكون عليه شيء في العبيد والدّوابّ.

قوله: ((لأنّه أنفق عليهم))⁽²⁾ فما استغلّ⁽³⁾ في مقابلة ما أنفق، بخلاف الغنم، لأنّها ترعى⁽⁴⁾، فلا تحتاج إلى نفقة كالعقار.

قوله: ((ومن غصب داراً أو حيواناً فاستغله))⁽⁵⁾ وقال في المسألة المتقدمة: ((فاستعمله)) أي استخدمه وانتفع بنفسه، وفي الثانية⁽⁶⁾ أخدمه غيره، وهذا أحد التفصيلات المتقدمة.

[حكم البناء في الأرض المغصوبة وما يترتب عليه]:

قوله: ((ومن غصب ساحةً فبنى فيها))⁽⁷⁾ لمّا كان متعيّداً بالبناء فيها، ولم يستند بناؤه إلى شبهة؛ كان ربّ الأرض مخيراً بين أخذه بقلع بنائه، وبين دفع قيمته إليه مقلوعاً، أي بعد حطّ أجرة قلعه من ثمنه، إلّا أن يكون الغاصب ممّا شأنه أن يتولّى قلّع ذلك بنفسه⁽⁸⁾.

[تقويم المغصوب مقتصر على ما فيه منفعة]:

قوله: ((ولا قيمة للغاصب فيما لا منفعة لمثله))⁽⁹⁾ يعني ما لا يُنتفع به بعد قلعه، إذ لا يُمكن رده إلى بناء آخر، فلمّا لم يرجع بعد قلعه إلى مالية لم يُقوّم، كالجصّ والتزويق، وأصل ذلك قوله - ﷺ -: ((ليس لعرق ظالم حق)) ومعناه لذي عرق، والعروق أربعة: عرقان ظاهران، وعرقان باطنان، فالظاهران البناء والغرس، والباطنان مادّة الماء في نهر وعين يُحدّثهما الغاصب، فلا يكون له في ذلك شيء ويرجع إلى ربّه.

- (1) في (و) لا منه.
- (2) كذا ورد في النسختين على أنه من قول ابن الجلاب، ولم أجده في الأصل. ينظر المصدر السابق.
- (3) في (و) اشتغل.
- (4) في (و) ترى.
- (5) فعلية ((ردّ غلته على ربّه)). المصدر السابق: 277/2.
- (6) وهي قوله: ((استغله)).
- (7) ((فربّها بالخيار بين نقضه، وبين دفع قيمته نقضاً، وتركه في أرضه قائماً)). المصدر السابق.
- (8) تقدّمت الإشارة إلى أنّ المصنف خالف ما ذكره هنا في مسألة حطّ الأجرة من قيمة الشيء منقوضاً عما ذكره - سابقاً - في باب العارية عند فقرة [حكم البناء في الأرض المستعارة وما يترتب عليه].
- (9) المصدر السابق.

[حكم البناء على الخشبة المغصوبة وما يترتب عليه]:

قوله: (وَمَنْ غَصَبَ خَشْبَةً فَبَنَى عَلَيْهَا)⁽¹⁾ يعني أن يتخذها عموداً فيبني عليها بناءً لا يتأتى إزالتها إلا بعد نقض جميعه، فلربها نقضه، لأنه مهما وجد المغصوب فحقه متعلق بعينه، ولأنه إن ترك أدى إلى أن يتسارع الناس إلى أخذ أملاك الغير والبناء عليها والتصرف فيها؛ لو علموا أنه يرجع فيها إلى القيمة، فكان الوجه معاملته الغاصب بنقيض مقصوده سداً⁽²⁾ للذريعة، وحفظاً لأموال الناس.

وقيل: بل يغرم قيمتها، لأنه ((إذا تقابل ضرران كان تغليب أقواهما أولى))، وفي نقض البناء إضراراً⁽³⁾ بالغاصب من غير منفعة تحصل للمغصوب منه، وقد يتوصل ربها إلى مثلها بقيمتها، وأيضاً فإن الغاصب وإن كان ظالماً فلا يحل ظلمه.

قوله: (وَكَذَلِكَ لَوْ بَنَى حَوْلَهَا)⁽⁴⁾ تنبيه على قول أبي حنيفة: إنها إذا غابت في البناء فليس إلا القيمة⁽⁵⁾، لأن مغيبها بمنزلة تلفها، بخلاف إذا كانت عينها ظاهرة، ولا فرق عندنا، لأنها موجودة في الموضعين، ففيها القولان المتقدمان⁽⁶⁾، مثل أن يجعلها من حنايا⁽⁷⁾ سقفه، وكذلك إذا غصب لوحاً فجعله في سفينة أنشأها، فالقولان أيضاً.

[غصب الشاة وذبحها وما يترتب عليه]:

قوله: (وَمَنْ غَصَبَ شَاةً فَذَبَحَهَا كَانَ لِرَبِّهَا قِيمَتُهَا)⁽⁸⁾ لأن ذبحها فوت، لأنها قد تُراد لأشياء كثيرة غير الذبح، ولو ذبحها الغاصب على أنها أضحية لم تجز⁽⁹⁾، لأن ذبحه إياها تعد، ولا يتقرب إلا بالذبح الذي هو طاعة.

وجه قول ابن مسلمة⁽¹⁰⁾: إن ذبحها ليس فوتاً لها، لأنها تُراد للذبح وغيره، فغاية ما في ذلك أنه أتلف عليه بعض المنافع التي تُراد لها، فيلزمه قدر ما بين قيمتها حية وقيمتها مذبوحة ويأخذها⁽¹¹⁾.

(1) ((فلرب الخشبة أخذها وقلع بناء الغاصب عنها)). المصدر السابق.

(2) في (و) سد به.

(3) في (و) إضراراً.

(4) ((كان لربها هدم البناء وأخذها)). المصدر السابق.

(5) ينظر الدر المختار وحاشية ابن عابدين: 192/6.

(6) فيما إذا بنى عليها؛ الهدم، أو القيمة.

(7) الحنايا: الأقواس، وواحدة حنيّة. ينظر لسان العرب: مادة حنا.

(8) ينظر التفریع: 278/2.

(9) في (غ) يجز.

(10) محمد بن مسلمة، أبو هشام المخزومي، الفقيه المدني، من أصحاب مالك وأحد فقهاء المدينة، جمع بين

العلم والورع، توفي سنة 216 هـ. ينظر الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء: 56، وترتيب

المدارك: 131/3.

(11) لربها أخذ الشاة مذبوحة.

وإن قلنا: له القيمة، جاز أن يأخذ منه بدلها شاة أخرى، وإن قلنا: يأخذها حيّة فلا يجوز، لما في ذلك من بيع الحيوان بلحم من جنسه.

وكذلك مسألة الخشبة⁽¹⁾ التي شقّها الغاصب ألواحًا، إن قيل: إنّ ذلك قوّت لها غرم قيمتها صحيحة، وإن قيل: ليس قوّتًا، لأنّها قد تُراد لذلك، كان له أخذها، ويلزمه أجره شقّها، لأنّه وإن كان ظالما فلا يُظلم.

[غصب الغزل ونسجه وما يترتب عليه]:

قوله: (وَمَنْ غَصَبَ غَزْلًا فَنَسَجَهُ تَوْبًا)⁽²⁾ هذا قوّت، إلّا أنّ في الغزل قولين: المذهب أنّه من ذوات الأمثال، لأنّه موزون ويتوصّل أهل المعرفة به إلى تمييز مثله، فعلى هذا عليه مثل الغزل.

والثاني: ليس ذا مثل، لأنّه يتعدّر وجود مثله، لاختلاف الغزل في الرقة والاعتدال، والقوّة والضعف وإن كان في مغزل واحد، فيرجع إلى قيمته، فالموزونات ضربان: مثلي، وغيره، وهو مالا يتميّز مثله.

[غصب الجلد والزرع وفواته وما يترتب عليه]:

قوله: (وَمَنْ غَصَبَ جِلْدًا فَصَنَعَ مِنْهُ خُفًا أَوْ نَعْلًا)⁽³⁾ هذا - أيضا - قوّت، لأنّه يراد لأشياء كثيرة، إلّا أنّ في الجلد قولين:

المذهب أنّه ليس من ذوات الأمثال، فيأخذ القيمة.

وقيل: إنّ من ذوات الأمثال، لأنّه ممّا يُعدّ ويُقاس بالمقدار، فله مثله.

وكذلك إذا غصب زرعًا فزرعه فقد فات بالزرع، فعليه مثله، لأنّه مكيل.

[غصب الذهب والبيض وفوتهما بالصنعة وخروج الفراح]:

قوله: (وَمَنْ غَصَبَ بَيْضَةً فَحَضَنَهَا فَأَفْرَحَتْ)⁽⁴⁾ لأنّها قد فاتت بمصيرها فرحًا، وهي من ذوات الأمثال، لأنّها من المعدودات: وقيل بل الفرخ لربّها، وليس ذلك بقوّت، كما أنّه إذا غصب أمة حاملًا فولدت عنده؛ فالولد لربّها، والفرق أنّ البيضة أوّل ما ترجع دمًا؛ فتفوت حينئذ، فلم تَصِرْ فرحًا إلّا بعد القوّت، وهو الموجب لضمان المثل.

(1) ذكرها ابن الجلاب وأوجب فيها القيمة. ينظر التفريع: 278/2.

(2) (فعليه قيمة الغزل لربه). المصدر السابق.

(3) (ضمن قيمته). المصدر السابق.

(4) (فعليه ردّ بيضة مثلها، والفرخ له). المصدر السابق.

ويكون على القول الثاني⁽¹⁾ على ربها أجره الثَّخِصِين، لأنها قد تكون بيضا كثيرا. وكذلك الفضة تقوت بضربها دراهم، والذهب (بضربه دنانير)⁽²⁾، وهما من ذوات الأمثال، ولا يجوز له أخذ الدراهم والدنانير ودفع أجره العمل؛ لما في ذلك من التفاضل.

[الخلاف في رد عين الدراهم المغصوبة أو مثلها]:

قوله: (وَمَنْ غَصَبَ دَرَاهِمَ فَوَجَدَهَا رَبُّهَا بِعَيْنِهَا)⁽³⁾ وجه الخلاف فيها، هل تتعين الدراهم والدنانير أم لا؟ وقد تقدم في البيع إذا غصب عين الثمن قولان: الفسخ، وغيره، فإن قيل: لا تتعين لأنها لا تُراد لأعيانها، فالمثل يقوم⁽⁴⁾ مقام المثل، وإن قيل: تتعين فلرب المال أخذ عين ماله، لأن مال الغاصب غير طيب، وقد يكون المغصوب حلالا فلا تطيب نفسه على أخذ شيء من مال الغاصب، وقد كره التابع مَن يبيع بالربا، فحُبَّتْ كَسْبُهُ، وفي البيع منه والشراء عون على ما هو بسببه من الربا.

وقد فصل بعضهم بين أن يكون الغاصب مَن تكرر منه الغصب قبل ذلك؛ فلا يأخذ من ماله، أو لم يتكرر فيأخذ منه، وينبغي ألا يكون في الغصب خلاف، بل يأخذ عين ماله، وأن يكون الخلاف في البيع.

[غصب الأرض وزراعتها وما يترتب عليها]:

قوله: (وَمَنْ غَصَبَ أَرْضًا)⁽⁵⁾، لما كان الغاصب مُتَعَدِّيًا ومقصوده منع رب الأرض من التصرف فيها؛ فعومل بنقيض مقصوده، وخير ربها في قلع الزرع وانتفاعه بأرضه، أو في أخذه بكراء المثل، وهذا إذا كان إبان الزرع موجودا، فإذا خرج ففيها روايتان:

إحدهما: التخيير بين القلع والكراء كما تقدم، لقوله - ﷺ -: ((لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ))⁽⁶⁾، ولأنه لو منع من القلع لتهاجم الناس على أملاك الناس، فنصرفوا ليرجعوا إلى كراء المثل، وكان تعديهم سببا لتكميل غرضهم.

والثانية: الكراء، لأن الغاصب وإن ظلم فلا يجل ظلمه، وفي قلع الزرع في هذا

(1) القول الأول: الفرخ للغاصب وعليه رد بيضة مثلها، والثاني: الفرخ لربها، وهو الذي أشار إليه بقيل.

(2) في (غ) بضربها دارهم والذهب بضربها دنانير.

(3) وأراد ربها أخذ عينها وأبى الغاصب إلا أن يعطيه مثلها، خلاف. ينظر المصدر السابق: 279/2.

(4) في (و) بquam.

(5) إذا زرعها فرب الأرض إذا أدركها إبان الزراعة؛ فهو بالخيار بين القلع أو كراء المثل. ينظر المصدر السابق.

(6) تقدم تخريجه.

إِضْرَارٌ بِالْغَاصِبِ مِنْ غَيْرِ انْتِفَاعٍ لِرَبِّ الْأَرْضِ، فَكَانَ عِبْثًا.

[عَصَبُ الثَّوْبِ وَلُبْسُهُ وَمَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ:]

قوله: (وَمَنْ غَصَبَ ثَوْبًا فَلَيْسَهُ ضَمِنَ مَا نَقَصَهُ لُبْسُهُ)⁽¹⁾ لَأَنَّ عَيْنَ (2) الثَّوْبِ موجودة وإنما أفات⁽³⁾ عليه بعض مَنْفَعَتِهِ، وذلك وَصْفٌ وَمَالِيَّةٌ، فَكَانَ عَلَيْهِ الرُّجُوعُ بِمَا نَقَصَ، لِأَنَّهُ انْتَفَعَ، بِخِلَافِ النَّقْصِ بِالْعَيْبِ الْيَسِيرِ الْحَادِثِ مِنْ قِبَلِ اللَّهِ - تَعَالَى - لِأَنَّهُ لَا صُنْعَ لَهُ فِي هَذَا، فَلَا أَرَشَ، لِأَنَّهُ لَمْ يَنْتَفِعْ، مَعَ أَنَّ رَبَّهُ مُخَيَّرٌ فِي الْقِيَمَةِ، وَبِخِلَافِ النَّقْصِ بِحَوَالَةِ السُّوقِ، لِأَنَّهُ نَقَصٌ فِي الْمَالِيَّةِ، لَا فِي الذَّاتِ، فَهُوَ (غَيْرُ ثَابِتٍ فِي الذَّاتِ)⁽⁴⁾، بِخِلَافِ الْعَجَفِ، لِأَنَّهُ وَإِنْ كَانَ فِي الذَّاتِ فَهُوَ يَنْخَلِفُ⁽⁵⁾؛ فَصَارَ كِنَقْصِ الْمَالِيَّةِ.

ولو ذهب الأكثرُ بأمر من الله - تعالى - كان كذهاب الجميع، ولو تَعَدَّى بِنَقْصِ بعضِ الذَّاتِ لَكُنْ فِي الْيَسِيرِ، كَقَطْعِ بَعْضِ الْأَذْنِ؛ فَعَلِيهِ الْأَرَشُ لِنَعْدِيهِ.

قوله: (فَإِنْ أَبْلَاهُ)⁽⁶⁾ لِأَنَّهُ قَدْ فَاتَ بِالْبِلَى، لَأَنَّ الثَّوْبَ لَا يُقْصَدُ لَعَيْنِهِ، بَلْ لِمَنْفَعَتِهِ، فَخَيَّرَ بَيْنَ أَخْذِهِ وَمَا نَقَصَ، لِأَنَّهُ مِنْ صُنْعِ الْغَاصِبِ.

قوله: (وَقِيلَ: لَهُ مَا نَقَصَهُ فَقَطْ)⁽⁷⁾ وَجْهُهُ أَنَّ الْعَيْنَ لَمْ تَقُتْ هِيَ وَلَا شَيْءٌ مِنْ أَجْزَائِهَا، وَإِنَّمَا فَاتَ الْانْتِفَاعَ بِبَعْضِ مَنَافِعِهَا، فَهُوَ إِذْهَابُ وَصْفٍ وَمَالِيَّةٌ، وَاعْتَرَضَ عَلَى الْقَوْلِ بِالتَّخْيِيرِ⁽⁸⁾، فَإِنَّ فِيهِ الْجَمْعَ بَيْنَ الْعَوَضِ وَالْمُعَوَّضِ مِنْهُ، لِأَنَّهُ إِذَا قُومَ فَإِنَّمَا يُقَوِّمُ سَلِيمًا، فَدَخَلَ فِي الْقِيَمَةِ قَدْرُ الْأَرَشِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ فَيَنْبَغِي⁽⁹⁾ أَلَّا يَكُونَ الْأَرَشُ مَا ذَهَبَ⁽¹⁰⁾، وَكَذَلِكَ قَالُوا فِي الشَّرِيكِ يَطَأُ أَمَةً مُشْتَرَكَةً، فَعَلَى التَّخْيِيرِ يَكُونُ لَهُ أَرَشٌ مَا نَقَصَ بِالْوِطْءِ، أَوْ قِيَمَةَ نَصِيْبِهِ، وَاعْتَرَضَ بِمَا تَقَدَّمَ، وَقِيلَ: لَيْسَ لَهُ إِلَّا أَرَشٌ مَا نَقَصَ فَقَطْ.

(1) المصدر السابق.

(2) في (و) غير.

(3) في (و) أفلت.

(4) في (غ) والنقص هنا ثابت في الذات.

(5) في (و) يتخلف.

(6) ((فَرُبُّهُ بِالْخِيَارِ مِنْ أَخْذِهِ وَمَا نَقَصَهُ لُبْسُهُ، وَمِنْ تَرَكِهِ وَأَخْذَ قِيَمَتِهِ)). المصدر السابق: 280/2.

(7) متعلّق بمسألة الثَّوْبِ الَّتِي قَبْلَهَا، فَلَهُ مَا نَقَصَهُ فَقَطْ، وَلَيْسَ لَهُ خِيَارُ الْقِيَمَةِ. ينظر المصدر السابق.

(8) وهو أن يأخذ القيمة كلّها ويترك الثوب.

(9) في (و) فلا ينبغي.

(10) دخول قدر الأرض في القيمة؛ هو كون ما ذهب ونقص عدَّ أرشًا، فينبغي ألا يكون، لاجتماع الأرض والقيمة.

[عَصَبُ الْأُمَّةِ وَوَطُوءُهَا وَمَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ]:

قوله: (وَمَنْ غَصَبَ أُمَّةً) (1) لَأَنَّ الْوُطْءَ لَا يَكُونُ إِلَّا بِأَحَدٍ شَيْئَيْنِ: مُلْكٌ، أَوْ نِكَاحٌ، وَذَلِكَ مَفْقُودٌ هُنَا.

قوله: (وَمَا نَقَصَهُ وَطُوءُهَا) (2) إِنْ كَانَتْ بِكْرًا فَالْتَقَصَ مَوْجُودٌ، وَالتَّيَّبَ قَدْ يَكُونُ ذَلِكَ فِيهَا نَقْصًا، وَقَدْ لَا يَكُونُ نَقْصًا، وَقِيلَ: يُلْزِمُهُ الصَّدَاقُ، صَدَاقُ أُمَّةٍ لَوْ تَزَوَّجَتْ، كَمَا لَوْ غَصَبَ حُرَّةً لَزِمَهُ الصَّدَاقُ مَعَ الْحَدِّ (3)، لَنَلَا يَخْلُو الْبُضْعُ (عَنْ عَوْضٍ) (4) عَلَى تَقْدِيرِ أَلَّا نَقُصَّ.

قوله: (وَكَانَ عَبْدًا لِسَيِّدِهَا) (5) لَأَنَّ ((وَلَدَ كُلِّ ذَاتِ رَحِمٍ بِمَنْزِلَتِهَا)) (6).

قوله: (فَوَلَدَتْ عَنْدهُ مِنْ غَيْرِهِ) (7) يَرِيدُ إِنْ غَصَبَهَا غَيْرُ حَامِلٍ، وَأَمَّا إِنْ كَانَتْ حَامِلًا؛ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ أَنْ يَغْصِبَهَا مَعَ وَلَدِهَا، وَالَّذِي يُحَقِّقُ وُجُودَ الْحَمْلِ وَضْعُهُ، فَإِذَا كَانَتْ كَذَلِكَ؛ كَانَ لَهُ (8) أَخْذُهُمَا وَأَخْذُ مَا يَجِدُ مِنْهُمَا (9) وَقِيَمَةُ الْفَائِتِ.

وَأَمَّا إِذَا لَمْ تَكُنْ حَامِلًا فَوَلَدَتْ عَنْدهُ، فَلَا يَخْلُو أَنْ يَجِدَهُمَا مَعًا؛ فَلَهُ أَخْذُهُمَا، أَوْ لَا يَجِدُهُمَا (10) فَيُضَمِّنُهُ قِيَمَةَ الْأُمِّ (11) وَكَأَنَّهَا (12) وَلَدَتْ عَلَى مُلْكِ الْغَاصِبِ، أَوْ يَجِدُ أَخْذَهُمَا فَيَأْخُذُهُ، وَهَذَا الْمَذْهَبُ، لِأَنَّهُ إِنْ وَجَدَ الْأُمَّ فِي عَيْنِ الْمَغْصُوبِ، وَالْوَلَدُ مَاتَ عَلَى مُلْكِ رَبِّهَا، وَبِأَمْرِ مِنَ اللَّهِ - تَعَالَى - وَهُوَ غَيْرُ الْمَغْصُوبِ، وَإِنْ وَجَدَ الْوَلَدَ فَقَدْ أَسْقَطَ (13) عَنْهُ حُكْمَ الْغَصَبِ، فَكَأَنَّهَا مَاتَتْ عِنْدَ رَبِّهَا، وَوَلَدَتْ عَنْدهُ، وَكَانَ الْأَصْلُ أَلَّا يُضْمَنَ الْغَاصِبُ مَا فَاتَ عَنْدهُ بِأَمْرِ مِنَ اللَّهِ - تَعَالَى - فَإِذَا وَجَدَ الْوَلَدَ قَامَ مَقَامُهَا، وَإِنْ ضَمَّنَهُ قِيَمَةَ الْأُمِّ فَكَأَنَّهَا وَلَدَتْ عَلَى مُلْكِ الْغَاصِبِ، فَالْوَلَدُ لَهُ، وَيَغْرَمُ قِيَمَةَ الْأُمِّ بِسَبَبِ تَعْدِيهِ.

وَعَلَى مَذْهَبِ أَشْهَبِ الَّذِي يَقُولُ: إِنَّ التَّمَادِي فِي إِمْسَاكِ الْمَغْصُوبِ غَصْبٌ، فَهُوَ

(1) (فَهُوَ زَانٌ، وَعَلَيْهِ الْحَدُّ وَمَا نَقَصَ وَطُوءُهَا)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(2) ((وَعَلَيْهِ الْحَدُّ وَمَا نَقَصَهَا وَطُوءُهَا)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(3) لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى الْمَنْفَعَةَ مِنَ الْبُضْعِ؛ بِخِلَافِ حَبْسِهَا دُونَ وَطْئِهَا. يَنْظُرُ شَرْحُ مُخْتَصَرِ خَلِيلٍ لِلخُرَشِيِّ: 143/6.

(4) سَقَطَ مِنْ (غ).

(5) ((إِذَا غَصَبَ أُمَّةً... وَإِنْ وَلَدَتْ لَمْ يُلْحَقْ بِهِ... وَكَانَ عَبْدًا لِسَيِّدِهَا)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(6) تَقَدَّمَ.

(7) ((وَمَنْ غَصَبَ أُمَّةً فَوَلَدَتْ عَنْدهُ مِنْ غَيْرِهِ، فَمَاتَ وَلَدُهَا؛ فَلَا ضَمَانَ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(8) سَقَطَتْ مِنْ (و).

(9) مِنْ كَانَ حَيًّا مِنْهُمَا.

(10) فِي (غ) يَجِدُهَا.

(11) دُونَ قِيَمَةِ الْوَلَدِ. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(12) فِي (و) وَكَأَنَّهَا.

(13) فِي (و) أَسْقَطَتْ.

في كُلِّ وقت غاصبٌ، فالولد مغصوبٌ، فله أَخْذُهُما، أو قِيمَتُهُما معا إن فاتا، أو قِيَمَةُ الفَائِت وأَخْذ الباقي.

[غَصَبُ الْعَبْدِ وَقَتْلُهُ مِنْ غَيْرِ الْغَاصِبِ]:

قوله: (وَمَنْ غَصَبَ عَبْدًا فَقَتَلَهُ عِنْدَهُ قَاتِلٌ) (1) لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْغَاصِبِ وَالْقَاتِلِ مُتَعَدٍّ عَلَى رَبِّهِ، وَالتَّعْدِي - كَالْغَصَبِ - سَبَبٌ فِي التَّضْمِينِ، فَهُوَ مُخَيَّرٌ فِي تَضْمِينِ أَيِّهِمَا شَاءَ قِيَمَتَهُ، فَإِنْ ضَمِنَهُ الْقَاتِلُ لَمْ يَكُنْ لَهُ سَبِيلٌ عَلَى الْغَاصِبِ، لِأَنَّهُ يَقُولُ: كَانَ يَجِبُ لَكَ عَلَى قِيَمَةِ الْعَبْدِ وَقَدْ أَخَذْتَهَا مِنَ الْقَاتِلِ.

ولا يخلو أن تكون قِيمَتُهُ يوم القتل أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهِ يوم الغصب، أو مثلها؛ فلا يكون له رجوعٌ على الغاصب إذا أَخَذَ مِنَ الْقَاتِلِ بِلَا خِلَافٍ، وَأَمَّا إِنْ كَانَتْ أَقَلَّ؛ فَلِرَبِّهِ أَنْ يَرْجِعَ بِنَا بَيْنَ الْقِيَمَتَيْنِ عَلَى الْغَاصِبِ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقُولَ: قَدْ أَسْقَطْتُ عَنِّي حُكْمَ الْغَصَبِ إِذَا أَخَذْتُ مِنَ الْقَاتِلِ، لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ أَخْذُهُ مِنَ الْقَاتِلِ، لَكُونِهِ أَحْسَنَ قَضَاءٍ مِنَ الْغَاصِبِ وَنَحْوِهِ.

وقيل: إِنْ كَانَ الْغَاصِبُ حَاضِرًا حِينَ ضَمِنَ الْقَاتِلُ؛ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ بِالزِّيَادَةِ، لِأَنَّهُ يَقُولُ: لَمْ عَدَلْتُ عَنِّي إِلَى الْقَاتِلِ وَأَنَا حَاضِرٌ؟ فَقَدْ أَسْقَطْتُ عَنِّي حُكْمَ الْغَصَبِ، بِخِلَافِ أَنْ يَكُونَ غَائِبًا، فَله الرُّجُوعُ عَلَيْهِ. وَإِنْ ضَمِنَ الْغَاصِبُ؛ فَكَأَنَّ الْقَاتِلَ جَنَى عَلَى مِلْكِ الْغَاصِبِ، فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ الْغَاصِبُ بِقِيَمَتِهِ يوم القتل، فَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ يوم القتل أَكْثَرَ أَخَذَ الْغَاصِبُ الزِّيَادَةَ عَلَى الْمَذْهَبِ. وَقَالَ أَشْهَبُ: بَلْ يَأْخُذُ رَبُّهُ الزِّيَادَةَ مِنَ الْقَاتِلِ، وَلَا يَرْجِعُ الْغَاصِبُ بِتَعْدِيهِ شَيْئًا.

[قَتْلُ الْعَبْدِ مِنَ الْغَاصِبِ]:

قوله: (وَإِنْ قَتَلَ الْغَاصِبُ الْعَبْدَ) (2) وَقَعَ فِي (الْمُدَوَّنَةِ) فِي هَذِهِ أَيْضًا أَنَّهُ يَأْخُذُ الْقِيَمَةَ مِنْهُ يَوْمَ الْغَصَبِ، وَقَالَ فِيهَا: إِذَا قَطَعَ يَدَهُ يَقُومُ يَوْمَ الْقَطْعِ، وَهُوَ مُشْكِلٌ، وَفُرِّقَ بَأَنَّهُ فِي الْقَتْلِ مَعْدُومٌ فَلَا يَقُومُ، بِخِلَافِ الْقَطْعِ، لِأَنَّهُ مَوْجُودٌ فَأَمَكْنَ تَقْوِيمَهُ.

وهذا الَّذِي اخْتَارَ ابْنُ الْجَلَّابِ - مِنَ التَّخْيِيرِ بَيْنَ أَكْثَرِ الْقِيَمَتَيْنِ - قَوْلُ آخَرٍ، وَوَجْهُهُ أَنَّهُ قَدْ وَجِبَ الضَّمَانُ بِالْوَجْهَيْنِ: الْغَصَبِ، وَالْجَنَايَةِ، فَإِنْ شَاءَ أَسْقَطَ عَنْهُ حُكْمَ الْغَصَبِ وَأَخَذَهُ بِحُكْمِ الْجَنَايَةِ، أَوْ بِالْعَكْسِ، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ السَّبَبَيْنِ مُوجِبٌ لِلتَّضْمِينِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا فَاتَ عِنْدَهُ بِأَمْرِ مِنَ اللَّهِ - عَزَّ وَجَلَّ - فَلَا يَأْخُذُ بِهِ إِلَّا بِحُكْمِ الْغَصَبِ، لِأَنَّهُ إِنْ أَسْقَطَ عَنْهُ حُكْمَ الْغَصَبِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ بِمَا يُضْمِنُهُ بِهِ الْقِيَمَةُ، لِأَنَّ التَّلَفَ لَيْسَ سَبَبًا

(1) ((فَرُبُّهُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ أَنْ يَتَّبِعَ الْغَاصِبَ بِقِيَمَتِهِ... أَوْ يَضْمِنَ الْقَاتِلُ قِيَمَتَهُ يَوْمَ قَتْلِهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(2) إِذَا قَتَلَهُ الْغَاصِبُ؛ فَلِرَبِّهِ الْخِيَارُ بَيْنَ الْقِيَمَةِ يَوْمَ الْغَصَبِ، أَوْ يَوْمَ الْقَتْلِ. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقُ:

للضَّمان، وإِنَّمَا هو مُحْتَمٌّ للقيمة لا غير، لأنَّه مهما وُجِدَ فَلَربَّه أَخْذُهُ، فَإِذَا تَعَذَّرَ الرَّدُّ بِالْإِتْلَافِ رَجَعَ إِلَى الْقِيَمَةِ.

وَأَمَّا عَلَى الْقَوْلِ بِأَكْثَرِ الْقِيَمَتَيْنِ، فَلَمْ يَسْقُطْ عَنْهُ حُكْمُ الْعَصَبِ إِنْ أَخَذَهُ بِالْقِيَمَةِ يَوْمَ التَّلَفِ⁽¹⁾، بَلْ يَقُولُ: هُوَ غَاصِبٌ فِي كُلِّ وَقْتٍ، فَإِنْ لَمْ نَأْخُذْهُ بِالْغَصَبِ الْأَوَّلِ أَخَذْنَاهُ بِمَا بَعْدَهُ مِنَ الْأَزْمَنَةِ، لِأَنَّهُ غَاصِبٌ فِي جَمِيعِهِمَا.

[غَصَبُ الثَّوبِ وَصَبْغُهُ بِمَا يَغَيِّرُ ثَمَنَهُ:]

قوله: (وَمَنْ غَصَبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ صَبْغًا يُنْقِصُ ثَمَنَهُ)⁽²⁾ هذا النِّقْصُ يَرْجِعُ إِلَى الْمَالِيَّةِ لَا إِلَى الذَّاتِ، فَأَشْبَهَ النِّقْصَ بِحَوَالَةِ السُّوقِ، فَلَمْ يَكُنْ عَلَى الْغَاصِبِ جَبْرُ النِّقْصِ، لِأَنَّهُ قَدْ يَسَاوِي أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فِي وَقْتٍ آخَرَ، وَهَذَا بِخِلَافِ الْمُسْتَحَقِّ مِنْهُ يَدْفَعُ لَهُ الْمُسْتَحَقُّ ثَمَنَ الصَّبْغِ نَقْصَ الْقِيَمَةِ أَوْ زَادَ فِيهَا، لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَدٍّ بِالصَّبْغِ، بَلْ تَصَرَّفَ بِشُبْهَةٍ.

قوله: (وَدَفَعَ إِلَى الْغَاصِبِ مَا زَادَ فِي ثَمَنِهِ)⁽³⁾ وَقَالَ أَشْهَبُ: لَا شَيْءَ لَهُ فِيمَا يُحْدِثُهُ فِي الْمَغْصُوبِ، إِلَّا فِيمَا لَوْ أُزِيلَ كَانَ لَهُ قِيَمَتُهُ كَالْبِنَاءِ.

قوله: (بِيعَ الثَّوبُ وَدَفَعَ إِلَى رَبِّهِ قِيَمَتُهُ مِنْ ثَمَنِهِ)⁽⁴⁾ وَلَا يَكُونُ الْغَاصِبُ شَرِيكَاً لَهُ، بِخِلَافِ الْإِسْتِحْقَاقِ إِذَا أَبْيَا دَفَعَ الْقِيَمَةَ، فَإِنَّهُمَا يَكُونَانِ شَرِيكَيْنِ بِقَدْرِ قِيَمَةِ الْأَصْلِ وَقِيَمَةِ مَا أَنْفَقَ، لِأَنَّ فِعْلَهُ اسْتَنَدَ إِلَى شُبْهَةٍ، وَوَقَعَ مِنْهُ عَلَى جِهَةِ التَّأْيِيدِ، وَلَوْ كَانَ الْغَاصِبُ شَرِيكَاً لَكَانَ ذَلِكَ بِقَدْرِ مَا أَنْفَقَ، وَلَوْ سَوَّغَ ذَلِكَ لَهُ لَمْ يَشَأْ أَحَدٌ أَنْ يَكُونَ شَرِيكَاً فِي مِلْكٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ⁽⁵⁾ اخْتِيَارِهِ إِلَّا وَتَوَصَّلَ إِلَى ذَلِكَ بِمَثَلِ هَذِهِ الصِّفَةِ، وَفِي ذَلِكَ تَطْرِيقُ⁽⁶⁾ الضَّرَرِ عَلَى النَّاسِ.

-
- (1) وهو يوم الجناية.
(2) ((فلربَّه أَخْذُهُ نَاقِصاً، أَوْ تَرْكُهُ وَأَخْذُ قِيَمَتِهِ يَوْمَ غَصْبِهِ)). المصدر السابق.
(3) وذلك إِذَا صَبَّغَهُ الْغَاصِبُ ((صَبْغاً يَزِيدُ فِي ثَمَنِهِ)). المصدر السابق.
(4) وذلك ((إِنْ أَبَى رَبُّهُ أَنْ يَأْخُذَهُ وَيُعْطِيَ زِيَادَةَ الصَّبْغِ فِيهِ، وَأَبَى الْغَاصِبُ أَنْ يُعْطِيَ قِيَمَتَهُ)). المصدر السابق.
(5) فِي (و) بَعْدَ.
(6) التَّطْرِيقُ: إِجْحَادُ الشَّيْءِ ثُمَّ الْإِقْرَارُ بِهِ. يَنْظُرُ لِسَانُ الْعَرَبِ: مَادَّةَ طَرَقَ.

باب الاستحقاق⁽¹⁾ والعمران

[استحقاق الأرض بعد زرعها والبناء فيها]:

قوله: (وَمَنْ اسْتَحَقَّ أَرْضًا عَمَرَهَا مَنِ اعْتَقَدَ أَنَّهَا لَيْسَتْ عَلَى مِلْكٍ أَحَدٍ)⁽²⁾ هذا ليس بمُتَعَدٍّ فِي عِمَارَتِهَا، وقد قال - ﷺ -: ((مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَوَاتًا فَهِيَ لَهُ))⁽³⁾ ومع ذلك أَنَّهُ لَا يَنْتَقِلُ مِلْكُ رَبِّهَا عَنْهَا بِذَلِكَ، لقوله - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -: ((لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ⁽⁴⁾ إِلَّا عَنْ طَيِّبِ نَفْسٍ مِنْهُ))⁽⁵⁾ فَلَمَّا كَانَ الْأَمْرُ عَلَى مَا قُلْنَا مِنْ ثُبُوتِ الْمِلْكِ وَإِسْنَادِ الْعِمَارَةِ إِلَى شُبْهَةٍ؛ كَانَ الْعَدْلُ بَيْنَهُمَا مَا قَالَ.

وَاخْتَلَفَ فِي كَيْفِيَّةِ التَّقْوِيمِ، فَقِيلَ: تُقَوَّمُ الْأَرْضُ بَرَاخًا ثُمَّ مَبْنِيَّةً مَغْرُوسَةً، فَمَا كَانَ بَيْنَهُمَا فَهُوَ لِلْعَامِرِ يَأْخُذُهُ، أَوْ يَشَارِكُ بِقَدْرِهِ.

وقيل: الْأَرْضُ قَدْ يَزِيدُ ثَمْنُهَا بِالْبِنَاءِ وَقَدْ يَنْقُصُ بِهِ، فَأُولَى مِنْ ذَلِكَ تَقْوِيمُ الْبِنَاءِ قَائِمًا وَالْغَرَاسَاتِ ثَابِتَةً دُونَ الْبَيَاضِ الَّذِي بَيْنَهُمَا، وَيُدْفَعُ لِلْعَامِرِ، أَوْ يَشَارِكُهُ بِقَدْرِهِ، وَكَأَنَّهُ لَمَّا عَمَرَ بِشُبْهَةٍ؛ سَوَّغَ لَهُ تَقْدِيرُ الْبِنَاءِ مَعَ جُزْءٍ مِنَ الْأَرْضِ كَأَنَّهُ لَهُ، وَلِأَنَّ الضَّرُورَةَ تُضَمُّ إِلَى ذَلِكَ، وَلَوْ قُومَ دُونَ الْأَرْضِ لَكَانَ كِبْنَاءُ الْغَاصِبِ يُقَوَّمُ مَقْلُوعًا.

وقيل: الْأَوَّلُ أَوْلَى، لِأَنَّ فِي هَذَا⁽⁶⁾ تَقْوِيمَ أَجْزَاءٍ مِنَ الْأَرْضِ، لَا سِيَّمَا فِي الْغَرَاسَاتِ، فَإِنَّ ذَلِكَ يَكْثُرُ فَيَأْخُذُ قِيَمَةً مَا لَيْسَ لَهُ.

وقيل: يَدْفَعُ لَهُ مَا أَنْفَقَ فِي ذَلِكَ، وَالَّذِي قَبْلَهُ أَحْسَنُ⁽⁷⁾، لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ غَيْرُ بَصِيرٍ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ، فَيُغْبِنُ فِي ذَلِكَ، فَقِيَمَةُ الْبِنَاءِ أَوْلَى، وَقِيلَ: يَدْفَعُ لَهُ الْأَقْلَ مِنْ قِيَمَةِ الْبِنَاءِ قَائِمًا وَمِنْ الزَّائِدِ بِقِيَمَتِهَا مِنَ الْعِمَارَةِ عَلَى قِيَمَتِهَا دُونَ عِمَارَةٍ.

قوله: (فَإِنْ أَبَى ذَلِكَ كَانَ لِصَاحِبِ الْبِنَاءِ دَفْعُ قِيَمَتِهَا غَيْرَ مَبْنِيَّةٍ)⁽⁸⁾ وَاخْتَلَفَ فِي تَقْوِيمِهَا، فَقِيلَ: يَوْمَ الْبِنَاءِ، لِأَنَّهُ انْكَشَفَ أَنَّهُ مِنْ ذَلِكَ الْيَوْمِ مَنَعَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهَا، وَقِيلَ: يَوْمَ الْاسْتِحْقَاقِ، لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ تَحَقَّقَ أَنَّهَا لَهُ.

(1) الاستحقاق: ثبوت الحق، وظهور كون الشيء حقًا واجبا أداؤه للغير. ينظر معجم لغة الفقهاء: 59/1.

(2) إذا كان كذلك فلربها أخذها عامرة ودفع قيمة عمارتها إلى الباني. ينظر التفريع: 282/2.

(3) أخرجه مالك في الموطأ: 744/2 حديث رقم 27 من حديث عمر بن الخطاب مرفوعا.

(4) سقطت من (و).

(5) تقدم تخريجه.

(6) وهو الثاني.

(7) وهو القول الثاني: تقويم البناء قائما دون البياض الذي حوله.

(8) وذلك إذا أبى رب الأرض دفع قيمة عمارتها. ينظر التفريع: 282/2.

فإن ألبا كانا شريكين بقدر قيمة الأرض غير معمورة، وقدر قيمة البناء والعمارة على الخلاف، وهذا إذا استحق الجميع، فإن استحق البعض كالنصف؛ فيدفع له قيمة نصف العمارة على ما تقدم، أو يدفع العامر له قيمة نصف الأرض، فإن ألبا كانا شريكين في ذلك النصف، فلو كان قيمة نصف البناء عشرة، وقيمة نصف الأرض عشرة؛ كان للمستحق رُبُع الأرض وربع البناء⁽¹⁾، وللعامر ثلاثة أرباعها بالبناء⁽²⁾.

فإن كان العامر قد اشترى ذلك فالمستحق عليه الشفعة في نصف الأرض ونصف البناء⁽³⁾ - (لأنه تبع⁽⁴⁾) لها - أو في رُبُعها⁽⁵⁾، وهذا ينبغي على أصل مختلف فيه، وهو أن من وجبت له شفعة في شقص، فباع حظه الذي وجبت له الشفعة به، فهل تصح له الشفعة بعد البيع، لأنه قد وجبت له قبل البيع، أو لا، لأنه قد خرج عن ملكه ما يشفع به، وإنما الرُبُع من الأرض فلا شفعة له فيه، لأنه باعه منه، ورُبُع البناء تابع له؟.

[استحقاق الشيء لا يقتضي رد غلته]:

قوله: (فليس عليه⁽⁶⁾ رد الغلة⁽⁷⁾) لأنه تصرف بشبهة ((والخراج بالضمان)) وهو عام، ولا يضره خصوص سببه، خلافا للشافعي يقول: برّد الغلة، وكذلك الغاصب⁽⁸⁾ عنده، وإنما الحديث خاصّ عنده بالبيع إذا ردّ المبيع بعيب⁽⁹⁾، لأنّ البائع سلّطه على التصرف، فأما البيع الفاسد فعندنا لا يردّ الغلة فيه كالصحيح، لأنه استند⁽¹⁰⁾ إلى شبهة، ومذهب الشافعي أنه يردّها، لأنه لم يستند إلى مبيع شرعي، لأنّ وجود العقد الفاسد كعدمه.

[ضمان ما أفسدته المواشي من الزروع والثمار]:

قوله: (فضمان ذلك على أربابها⁽¹¹⁾) لأنه قد ثبت في شرع من قبلنا الضمان فيما أفسدته ليلا في قصة داود وسليمان عليهما السلام، إذ حكما بالضمان في الحرث الذي

- (1) وهو نصف نصف الأرض كاملة في الأرض والبناء.
- (2) للعامر رُبُع الأرض، وهو نصف نصف الأرض كاملة في الأرض والبناء، إضافة لنصف الأرض غير المستحقة بالبناء.
- (3) عليه الشفعة في نصف الأرض ونصف البناء على الأرض المستحقة.
- (4) سقط من (غ).
- (5) في ربع الأرض كاملة؛ المستحقة وغير المستحقة.
- (6) في (و) له.
- (7) وذلك ((إذا اشترى دارا ثم استحققت وقد استغلها)). المصدر السابق.
- (8) في (و) الغاصب.
- (9) فلا يرد الغلة معه. ينظر الأم للشافعي: 254، 255.
- (10) في (و) أسند.
- (11) ((وما أفسدته المواشي بالليل من الزرع... والثمر فضمان ذلك على أربابها)). التفرع: 282/2.

نَفَسَتْ⁽¹⁾ فِيهِ الْغَنَمُ، سِوَاءِ كَانَ اجْتِهَادًا مِنْهُمَا أَوْ وَحْيًا، وَنَسَخَ مَا أُوحِيَ بِهِ لِسُلَيْمَانَ⁽²⁾ مَا أُوحِيَ بِهِ لِدَاوُدَ. وَالنَّفْسُ: الرَّغْيُ لَيْلًا.

وَقِيلَ: كَانَ زَرْعًا، وَقِيلَ: كَانَ كَرْمًا قَدْ بَدَأَ صِلَاحُهُ، وَالْحَرْثُ يَقَعُ عَلَيْهِمَا، وَرُوي أَنَّهُ - ﷺ - قَالَ - بِسَبَبِ نَاقَةِ الْبِرَاءِ بْنِ عَازِبٍ⁽³⁾ - ((مَا أَفْسَدَتْهُ لَيْلًا فَهُوَ عَلَى أَرْبَابِهَا، وَمَا أَفْسَدَتْهُ نَهَارًا فَلَا شَيْءَ فِيهِ))⁽⁴⁾.

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: هَذَا مَخَالِفٌ لِلْقِيَاسِ⁽⁵⁾ مِنْ أَنَّ الضَّمَانَ عَلَى مَنْ أَتْلَفَ شَيْئًا مَبَاشَرَةً أَوْ بِوِاسِطَةٍ، سِوَاءِ كَانَ مُحْفُوظًا، أَوْ غَيْرَ مُحْفُوظٍ، وَخَبَرُ الْوَاحِدِ⁽⁶⁾ إِذَا خَالَفَ الْقِيَاسَ لَمْ يُؤْخَذَ بِهِ، (قَالَ⁽⁷⁾): وَالْقِصَّةُ الْأُولَى⁽⁸⁾ مَنَسُوخَةٌ، لِأَنَّ الْإِجْمَاعَ عَلَى تَضْمِينِ الْقِيَمَةِ فِيمَا أَتْلَفَ، وَحَكَمَ دَاوُدُ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - بِحُكْمِ رِقَابِ الْغَنَمِ لِأَهْلِ الزَّرْعِ، وَسُلَيْمَانُ عَلَيْهِ السَّلَامُ بِتَمْلِيكِ غَلَّتِهَا وَمَنَافِعِهَا⁽⁹⁾ إِلَى بُدْوِ صِلَاحِهِ عَامًّا آخَرَ.

قُلْنَا: لَيْسَ ذَلِكَ نَسْخًا، لِأَنَّ أَصْلَ الضَّمَانِ بَاقٍ، وَإِنَّمَا اخْتَلَفَ وَصْفُهُ، وَبَعْدَ ذَلِكَ فَلَيْسَ مَقَالُهُ ابْنُ الْجَلَابِ عَلَى ظَاهِرِهِ⁽¹⁰⁾، وَإِنَّمَا كَانَ الزَّرْعُ فِي مَوْضِعٍ مَمْنُوعٍ بِالْحَيْطَانِ وَالْأَبْوَابِ، كَمَا فِي الْمَدِينَةِ، لِأَنَّهُ بِالنَّهَارِ مُحْفُوظٌ بِأَهْلِهِ وَحَيْطَانِهِ، وَالْمَاشِيَةِ تَسْرَحُ نَهَارًا، وَأَمَّا بِاللَّيْلِ فَلَا تَسْرَحُ فِيهِ، مَعَ أَنَّ تَكْلِيفَ أَهْلِ الْحَائِطِ حِفْظَهُ لَيْلًا يَشُقُّ عَلَيْهِمْ، فَوَجِبَ عَلَى أَهْلِ الْمَاشِيَةِ حِفْظُهَا لَيْلًا، وَأَمَّا فِي الْمَوَاضِعِ الَّتِي لَا حَيْطَانَ عَلَى مَوَاضِعِ الزَّرْعِ فِيهَا؛ فَالضَّمَانُ عَلَى أَرْبَابِ الْمَاشِيَةِ فِيمَا أَفْسَدَتْهُ لَيْلًا وَنَهَارًا.

- (1) نَفَسَتْ: رَعَتِ الْغَنَمُ لَيْلًا بِلَا رَاعٍ. يَنْظُرُ لِسَانَ الْعَرَبِ: مَادَةُ نَفْسٍ.
- (2) لَفَضَّلَ حُكْمَ سُلَيْمَانَ عَلَى حُكْمِ دَاوُدَ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ. يَنْظُرُ الْجَامِعُ لِأَحْكَامِ الْقُرْآنِ: 308/11.
- (3) الْبِرَاءُ بْنُ عَازِبٍ، أَبُو عِمَارَةَ نَزَلَ الْكُوفَةَ، لَهُ وَلَاضِيهِ صَحْبَةٌ، قَالَ غَزَوْتُ مَعَ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - خَمْسَ عَشْرَةَ غَزْوَةً، تَوَفَّى فِي إِمَارَةِ مَصْعَبِ بْنِ الزَّبِيرِ. يَنْظُرُ التَّارِيخُ الْكَبِيرُ: 117/2 وَالْإِصَابَةُ: 278/1.
- (4) أَخْرَجَ نَحْوَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ: 747/2 حَدِيثَ رَقْمِ 37 مِنْ حَدِيثِ حَرَامِ بْنِ سَعْدٍ مَرْسَلًا. قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ: ((هَذَا الْحَدِيثُ وَإِنْ كَانَ مَرْسَلًا؛ فَهُوَ حَدِيثٌ مَشْهُورٌ، أَرْسَلَهُ الْأَنْمَةُ، وَحَدَّثَ بِهِ النُّقَاتُ، وَاسْتَعْمَلَهُ فَهَاءُ الْحِجَازِ، وَتَلَقَّوهُ بِالْقَبُولِ، وَجَرَى فِي الْمَدِينَةِ بِهِ الْعَمَلُ)). التَّمْهِيدُ: 82/11.
- (5) لِأَنَّ الْقِيَاسَ يَقْتَضِي أَنْ عَلَى الْمُتَعَدِّيِ الضَّمَانُ.
- (6) الْمُرَادُ بِهِ التَّفْرِقَةُ الْوَارِدَةُ فِي حَدِيثِ الْبِرَاءِ.
- (7) مِنْ قَوْلِهِ: ((قَالَ)) [إِلَخْ، مِنَ النُّسخَةِ (غ) مَقْدَارُ عَشْرَةِ أَصْطُرٍ مَنَقُولٍ عَنْ هَذَا الْمَوْضِعِ إِلَى مَوْضِعٍ آخَرَ تَحْتَ فِقْرَةٍ [الْجَنَائِيَةِ وَالتَّعْدِيَةِ عَلَى الدَّوَابِّ] سِتَاتِي قَرِيبًا، وَهُوَ لَا يَسْتَقِيمُ هُنَاكَ مَعَ السِّيَاقِ الْمُرَادِ لِلْمَسْأَلَةِ، وَمَحَلُّ ذِكْرِهِ هُنَا أَنْسَبُ كَمَا هُوَ مِنَ النُّسخَةِ (و)].
- (8) قِصَّةُ دَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ.
- (9) الْمُرَادُ مِنْهُ دَفْعُ الْغَلَّةِ وَمَنَافِعِ الْمَوَاشِيِّ لِصَاحِبِ الزَّرْعِ؛ حَتَّى يَنْصَلِحَ حَالُ زَرْعِهِ.
- (10) وَهُوَ قَوْلُهُ: ((وَمَا أَفْسَدَتْهُ مِنْ ذَلِكَ بِالنَّهَارِ فَلَا ضَمَانَ عَلَى أَرْبَابِهَا فِيهِ)). التَّفْرِيعُ: 283/2.

[ضمان ما أفسدته المواشي من الأموال كالنُّفوس والغُرُوض]:

قوله: (وَمَا أَتْلَفَهُ مِنَ الْأَمْوَالِ) (1) أصله قوله - ﷺ -: ((جَرَحُ الْعَجَمَاءِ جُبَارٌ) (2)، وَالْمَعْدِنُ جُبَارٌ، وَالْبُئْرُ جُبَارٌ)) (3) معناه أَنَّ ما أَصَابَت البهيمة بتركها صاحبها بموضع فهو هَذَرٌ؛ إذا لم تكن عادتُها أن ترمح (4) ولا فيها جَرَانٌ (5)، وأما إذا كانت كذلك فالضَّمان على رَبِّها، لأنَّه سَلَطَها، وإذا كان راكبا عليها فأصابت شيئا فيضمن، لأنَّ الغالب أنَّها لا ترمح وهو رَاكِبُها إِلَّا مِنْ فِعْلِهِ. وكذلك إذا اسْتَأْجَرَ رَجُلًا للخدمة في مَعْدِنٍ أو بُئْرٍ فمات فيه؛ فدمه هَذَرٌ.

[استحقاق الأُمة بعد أن تلد من مشتريها]:

قوله (6): (وَمَنْ اشْتَرَى أُمَةً) (7) ففيها ثلاثة أقوال:

أحدها - وهو المذهب - أنَّه يأخذها رَبُّها وقيمة الولد، وَوَجْه ذلك أنَّه عَيْنُ ماله، وقد قال - ﷺ -: ((كُلُّ أَحَدٍ أَحَقُّ بِماله مِنْ ولده ووالده والنَّاسِ أَجْمَعِينَ)) (8)، وأما الولد فتعارض فيه ضرران، أحدهما أقوى، وذلك أنَّه إن أخذ السَّيِّدُ أدَّى إلى إضرار بالوَاطِئ في تَصْيِيرِ ولده رَقًّا، وليس متعديًا بِالوَطْءِ، بل دخل على أن يكون ولده حُرًّا، بخلاف لو تزَوَّج أُمَةٌ ثم اسْتُحِقَّتْ، فولده عَبْدٌ لِلْمُسْتَحِقِّ، لأنَّه دخل على أن ولده عَبْدٌ، وهذه المسألة مُسْتَنْتَاةٌ من قاعدة ((كُلُّ ذات رَحِمٍ فولدها بمنزلتها)) (9).

والثاني: أنه له قيمة الأمِّ مع الولد، لأنَّ ذلك أهْوَنُ الضَّرَرَيْنِ، لأنَّ في أَخْذِهِ إيَّاهَا إضرارًا بالوَاطِئ، وعارا على ولده تكون أمُّه رَقًّا، ولم يدخل (10) على ذلك، وقد يتوصل سيِّدُها بقيمتها إلى مِثْلِها، وأما قيمة الولد، فلائِه نشأ في الحقيقة على مِلْكِ رَبِّها، ولأنَّ ((كُلُّ ذات رَحِمٍ فولدها بمنزلتها)) ولم يكن له إِرْقَاقُها، فكانت له قيمته.

وعلى المذهب يُقَوِّم يوم الحُكْمِ، وقيل يوم الولادة، لأنَّه ممنوعٌ من التَّصَرُّفِ فيه حُكْمًا من حينئذٍ، فنَزَلَ منزلة الجاني عليه، لأنَّه بَقَتْلِهِ يَمْنَعُهُ من التَّصَرُّفِ فيه، فهذه

(1) لا ضمان على ما أتلفته المواشي غير الزرع والثمار ليلا أو نهارا من الأموال. ينظر المصدر السابق.

(2) قال مالك: ((وتفسير الجبار أنَّه لا دية فيه)). الموطأ: 868/2.

(3) أخرجه مالك في الموطأ: 868/2 حديث رقم 12 من حديث أبي هريرة مرفوعا.

(4) في (و) تريح. ومعناه: ضرب الفرس وغيره برجله. ينظر لسان العرب: مادة رمح.

(5) الجرَّان: اسم للفرس الذي لا ينقاد، وإذا اشتدَّ جَرْيُهُ وقف. ينظر لسان العرب: مادة حرن.

(6) نهاية المنقول من النسخة (غ).

(7) إذا اسْتُحِقَّتْ الأُمة بعد أن ولدت؛ فللسيد أن يأخذ الأُمة وقيمة الولد، وهذا القول الأول، والثاني أن يأخذ قيمة الأُمة وتبقى أُمُّ ولد للمشتري، ولا شيء للسيد في ولدها. ينظر التفريع: 283/2.

(8) تقدّم تخريجه.

(9) تقدّم.

(10) المشتري الذي وطنها.

حياته شرعية⁽¹⁾ تقوم مقام الحسيّة في القيمة، لأنّه حينئذ⁽²⁾ تحقّق المنع من التّصرّف فيه. وإن كان له مالٌ لم يُقَوِّم به، لأنّ ماله صفةٌ له تزيد في قيمته، فيَقَوِّم دونه لضعف أخذه قيمته.

والثالث: أنه يأخذ قيمة الأمّ خاصة، ووجهه أنّها قد صارت بالوطء الصحيح أمّ ولد، ففيها شائبة العتق، وقد تشوّف الشرع إلى عتقها، فلم يجز ردّها إلى سيّدها؛ لما فيها من إبطال شائبة الحرّيّة، ولما صارت أمّ ولد لم يكن له حقٌّ في الولد، لأنّه نشأ عن ملك أبيه.

[موت أولاد الأمة قبل الحكم بالقيمة]:

قوله: (وَلَوْ وَلَدَتْ أَوْلَادًا فَمَاتُوا)⁽³⁾ هذا على المذهب⁽⁴⁾، لأنّهم ماتوا قبل وجوب القيمة، لأنّها يوم الحُكْم، وعلى القول الآخر تكون له قيمتهم، لأنّها تعتبر يوم الولادة.

[استحقاق قيمة الولد من الأب المُعسر]:

قوله: (أَخَذَهَا مِنَ الْوَلَدِ)⁽⁵⁾ لأنّها في تَخْلِيصِهِ مِنَ الرِّقِّ، فهو أحقُّ بأدائها، ولذلك لا يرجع بها على أبيه، وإذا كانا⁽⁶⁾ موسرين أُخِذَتْ من الوالد⁽⁷⁾، لأنّه سببٌ لذلك بوطئه، فيقول الولد: أنت الجاني عليّ، ولذلك لا يرجع عليه⁽⁸⁾ بها.

[قتل ولد الأمة قبل استحقاق قيمته]:

قوله: (كَانَ عَلَى الْأَبِ أَقْلٌ مِنْ دِيَّتِهِ أَوْ قِيَمَتِهِ)⁽⁹⁾ لا يخلو القتل أن يكون عمداً أو خطأ، فإن كان عمداً؛ فإنما أن يعفو عن القاتل أو يُصَالَحَهُ على الدّيّة، فإن عفا عنه فلا شيء للسّيّد، لأنّه قُتِلَ قبل أن تجب له قيمته، وهو يوم الحُكْم، وإن صالح أوكان القتل خطأ فأخذ الدّيّة؛ كان له الأقلُّ من القيمة أو الدّيّة، فإن كانت القيمة أقلَّ فيقول له الأب: لو لم يُقْتَلْ إنّما كانت له القيمة، وإن كانت الدّيّة أقلَّ يقول: لو قُتِلَ على ملكك إنّما لك الدّيّة.

وعلى القول الثاني⁽¹⁰⁾ له قيمته مطلقاً بالولادة، سواء عفا أو أخذ الدّيّة، كانت أقلَّ

(1) يريد بأن حياته الشرعية وهي يوم تقويمه؛ نابت عن الحسيّة.

(2) وهو يوم التقويم.

(3) ((لم يكن فيمن مات منهم قيمة)). المصدر السابق.

(4) وهو أن القيمة يوم الحُكْم، وقد ماتوا قبله.

(5) وذلك إذا استُحِقَّت القيمة من الأب المُعسر؛ والولد مُوسر. ينظر المصدر السابق.

(6) في (و) كان.

(7) في (و) الولد.

(8) لا يرجع على الولد بها.

(9) إذا قُتِلَ الولد واستُحِقَّت قيمته، وأخذ الأب دِيَّتَهُ. ينظر المصدر السابق: 284/2.

(10) على أن القيمة يوم الولادة.

أو أكثر.

[استحقاق الأمة بعد زواجها وإدّائها الحُرِّيَّة]:

قوله: (وَإِذَا غَرَّتْ (1) الْأُمَّةُ مِنْ نَفْسِهَا فَادَّعَتْ الْحُرِّيَّةَ - ثُمَّ قَالَ -: فَفِيهَا رَوَايَتَانِ (2) إحداهما كذا في بعض النُّسخ (3)، وفي بعضها ففيها روايتان كما ذكرنا. أشار إلى المسألة الأولى، قال بعضهم: يريد بهذه الإشارة أنَّ القولين هنا مُخَرَّجان عليهما هناك، وإذا قال إحداهما: كذا، والثانية كذا، فيريد أنَّ ذلك نَقْلٌ لا تخريج، والصَّحِيحُ أَنَّهَا ليست مُخَرَّجة لقوله: ((ففيها روايتان)) (4)، وعادةُ ابْنِ الْجَلَّابِ إذا كانت المسألة مُخَرَّجةً أَنْ يُنَصَّ عَلَى التَّخْرِيجِ وَلَا يُؤْهِمُ.

وفيهما - أيضا - القول الثالث المُتَقَدِّم: وهو أن يأخذ قيمتهما (5)، والفرق بين المسألتين أنَّ الزَّوْجَ يُنْسَبُ إِلَيْهِ التَّفْرِيطُ، إذ لم يبحث عنها (6) حتَّى يعلم حُرِّيَّتَهَا، بخلاف المشتري بأسواق المسلمين، فلذلك المشهور هنا أَخَذُ الْأُمَّةِ، وهناك أَلَّا تُؤْخَذَ مِنْهُ.

[استحقاق الأمة بعد زواجها وإدّائها الحُرِّيَّة]:

قوله: (وَإِذَا غَرَّتْ (7) أُمُّ الْوَلَدِ مِنْ نَفْسِهَا فَتَزَوَّجَهَا رَجُلٌ (8) فَوَلَدَتْ (9) لَا تَخْلُو الْغَارَةَ (10) أَنْ تَكُونَ أُمَّةً، وَقَدْ تَقَدَّمَ الْقَوْلُ فِيهَا، أَوْ أُمُّ وَلَدٍ، وَهَذِهِ مَسْأَلَتُنَا، وَذَلِكَ أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ تُقَوِّمُ عَلَى الرَّجَاءِ أَنْ يَمُوتَ السَّيِّدُ قَبْلَ مَوْتِ أُمِّ الْوَلَدِ، فَتُخْرِجُ حُرَّةً، وَيَتْبَعُهَا وَلَدُهَا، لِأَنَّ ((كُلَّ حُكْمٍ ثَبَتَ فِي الْأُمِّ ثَبَتَ مِثْلُهُ فِي وَلَدِهَا))، وَعَلَى الْخَوْفِ أَنْ تَمُوتَ أُمُّ الْوَلَدِ قَبْلَ السَّيِّدِ فَتَمُوتَ عَلَى أَحْكَامِ الرِّقِّ، فَيَكُونُ وَلَدُهَا بِمَنْزِلَتِهَا، وَإِنَّمَا قُومَ كَذَلِكَ (11) رِفْقًا بِالْأَبِ لَتَكُونَ قِيمَتُهُ أَقَلَّ، لِأَنَّ قِيَمَةَ الْمَمْلُوكِ أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَةِ مَا فِيهِ شَائِبَةُ الْحُرِّيَّةِ،

(1) في (غ) عَرَّتْ وكذا في التفريع من النسخة المطبوعة، وفي الذخيرة للقرافي في نقله - للمسألة نفسها - عن التفريع: (عَرَّتْ) كما أثبتته. ينظر التفريع: 284/2، والذخيرة: 80/9.

(2) إذا كان كذلك وتزوّجت وولدت، ثم استحقّها سيّدُها ففيها روايتان، وهما أن يأخذ الأمة وقيمة الولد، والثانية أن يأخذ قيمة الأمة ولا شيء للسيد في ولدها. ينظر التفريع: 284/2.

(3) ليست في النسخة التي بين أيدينا. ينظر المصدر السابق.

(4) المصدر السابق.

(5) في (و) قيمتها.

(6) سقطت من (و).

(7) في (غ) عرت وفي التفريع من النسخة المطبوعة: عزت، وفي الذخيرة للقرافي في نقله - للمسألة نفسها - عن التفريع: (عَرَّتْ) كما أثبتته. ينظر التفريع: 284/2، والذخيرة: 80/9.

(8) سقطت من (و).

(9) إذا كان كذلك واستحققت ((فإن الأولاد يُقَوِّمون على أبيهم أنهم أحرار بعد موت سيّد أمهم)). التفريع: 284/2.

(10) في (غ) العازة.

(11) في (و) ذلك.

فلذلك قال: يُقَوِّمون على أنهم أحرارٌ بعد موت السيِّد⁽¹⁾.

[تقويم ولد الأمة بعد موت السيِّد]:

قوله: (وَإِنْ لَمْ يُقَوِّمِ الْوَلَدُ حَتَّى مَاتَ السَّيِّدُ)⁽²⁾ أي إن لم يَقُمْ السيِّدُ بالمطالبة حتَّى مات؛ فإنَّ الولد حرٌّ⁽³⁾ بحرِّيَّة أمِّه.

[استحقاق المدبرة والمكاتبَة وتقويمهما]:

وأما أن تكون مدبرة، فيَقَوِّم الولدُ على رجاء أن يموت السيِّدُ عن مال يحملها فتخرج حرَّة، ويتبعها ولدها، وعلى تقدير أن يموت⁽⁴⁾ وعليه دينٌ يستغرق الثَّركة فتصير رقًا هي وولدها. وأما أن تكون مكاتبَة فإنَّ الولد يُقَوِّم رقًا، وتوقف قيمته حتَّى يرى، فإن أدَّت الكتابة كان الولد حرًّا ورَجَعَتْ إلى أبيه، وإن عجزت⁽⁵⁾ كانت رقًا، وأخذ السيِّدُ قيمة ولدها.

[الجنابة والتَّعدي على الدَّواب]:

قوله: (وَإِنْ كَانَتْ الْجِنَابَةُ يَسِيرَةً)⁽⁶⁾ لأنَّ العين باقية لم تَفُت، وإنَّما أفات عليه بعض مَنْفَعَتِهَا⁽⁷⁾، وإن كانت الجنابة أَذْهَبَتْ جُلَّ مَنْفَعَتِهَا، فعلى تقدير أن ذهاب جُلِّ المنفعة كَفَوَتْ العين، لأنَّها إنَّما تُراد لمنفعتها فيكون له الخيار في أخذ قيمتها، أو أخذها وأرَّش الجنابة؛ لأنَّ العين باقية، ومهما وُجِدَت العين كالغصب، فهو لربِّها. قوله: (أَوْ شَانَهَا فِي مَحَاسِنِهَا شَيْنًا يَذْهَبُ جُلَّ مَنَافِعِهَا)⁽⁸⁾ مثل أن تكون للرُّكوب والزَّينة، فيفقد عينيَّها، أو يقطع أذنيَّها أو أذنيَّها، فذلك مُذْهَبٌ لَجُلِّ منفعتها، وإن كان ممَّا يُتَّخَذُ لِلْحَمْلِ كثيرًا فهو كَفَوَتْهَا، فتكون كالمسألة المُتَقَدِّمة.

(1) ينظر المصدر السابق.

(2) إذا كان كذلك ((فلا شيء لورثته)). المصدر السابق.

(3) سقطت من (غ).

(4) في (و) تموت.

(5) في (غ) عجز.

(6) لم يكن بنصه عند ابن الجلاب في النُّسخة المتوفرة بين يدي، وفيها ((وَمَنْ جَنَى عَلَى بِهِيمَةٍ جِنَابَةٍ، فعليه ما نقص من ثمنها)). المصدر السابق.

(7) فعليه ما نقص من ثمنها. المصدر السابق.

(8) ((ومن تعدي على دابة رجل فقطع ذنبها..... أو شانها شينا فاحشا، فإن كانت من دواب الرُّكوب والزينة ففيها روايتان)). المصدر السابق.

باب الْحَمَالَةِ (1) وَالْحَوَالَةِ

[مشروعية الْحَمَالَةِ]:

الأصل في الضَّمان مِنْ شرعنا الحديث: ((الزَّعِيمُ غَارِمٌ)) (2)، أي يؤول أمره إلى الغَرَم، وَمِنْ شرع مَنْ قبلنا قولُ الله - عزَّ وجلَّ -: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ (3).

[أقسام الْحَمَالَةِ]:

وهو على أربعة أوجه: بالمال، وبالوَجْه، وبالطَّلَب، وهذا الثالث يكون في جميع الحقوق، فهو أَعْمُ من الثاني، فيجوز أن يتكفلَ بِمَنْ عليه حَدٌّ، ولا يكون عليه إلا طَلَبُهُ فقط.

والرَّابِع: الكفالة المُبْهَمَة، مثل أن يقول: أنا كَفِيلٌ لك ولا يُبَيِّن شيئاً، فإذا اختلفا فالقَوْلُ قول الكفيل، لأنَّ ((الأصل براءة الذِّمَّة)).

[الكفالة في غير الحقوق المالية]:

قوله: (فِي الْحُقُوقِ كُلِّهَا) (4) يعني الحقوق المالية لا البدنية (5)، لأنَّ فائدتها التَّوثِيقَةُ بالضَّمان للحَقِّ؛ لِيُؤْخَذَ من الضَّامن عند تَعَدُّرِ أَخْذِهِ من الغَرِيم، ولا يُمكن ذلك في الحدود، لأنَّ الغرضَ بها زَجْرُ الفاعل بنفسه، ولا يَنْزَجِرُ بِحَدِّ غَيْرِهِ، فلا يجوز في ذلك إِلَّا ضَمَانُ الْوَجْهِ.

[كفالة الْمُكَاتَبِ في أداء كتابته]:

قوله: (وَالْكَفَالَةُ بِكِتَابَةِ الْمُكَاتَبِ بَاطِلَةٌ) (6) لأنَّها (7) إنَّما تكون بِحَقِّ مَتَرَتَّبٍ في الذِّمَّةِ، والكتابة ليست كذلك، لأنَّه إذا تَعَدَّرَ أَخْذُهَا من الْمُكَاتَبِ بعجزه صار رَقِيقًا، لأنَّ المال ليس في ذِمَّتِهِ، فلم يكن للضَّمان في ذلك معْنَى؛ إِلَّا أن يقول: أنا أَضْمَنُ كِتَابَتَهُ إذا عجز

(1) الْحَمَالَةُ: الكفالة. ينظر لسان العرب: مادة حمل. ((والزَّعِيمُ وَالْحَمِيلُ وَالضَّمِيمُ وَالْقَبِيلُ سواء)). الجامع لأحكام القرآن: 231/9.

(2) أخرجه ابن ماجه: 804/2 حديث رقم 2405، وأبو داود: 296/3 حديث رقم 3565، والترمذي: 557/3 حديث رقم 1265، وقال: حديث حسن. كلهم من حديث أبي أمامة مرفوعاً.

(3) يوسف: 72.

(4) ((والضمان في الحقوق كلها جائز)). التفریع: 285/2.

(5) في (و) البرينة.

(6) المصدر السابق.

(7) الكفالة.

على جهة التبرع منه بأدائها عنه، فهذا حملٌ لا حمالة (1)، ولا يرجع بشيء عليه، كمن قال: اعتق عبدك على كذا أدفعه إليك من مالي (2).

قال الشيخ (3): يريد أنه لا تجوز الكفالة ببعض أنجم الكتابة، وأما إذا تحمّل بجميعها، أو بآخر نجم منها فيجوز (4)، لأن المحذور في الأول من أكل المال بالباطل مفقودٌ هنا، وذلك أنه إذا ضمن البعض وأداه عنه فقد يعجز عن أداء الباقي، ويعسر الضامن فيرجع رقيقاً، ويذهب ما أدى الضامن مجاناً، لأن السيد يقول: هذا مال عبدي، ولا ذمة للعبد، فإذا ضمن آخر نجم فهو بين أمرين، إما أن يؤديه المكاتب فلا يلحق الضامن ضرراً، وإما أن يؤديه عنه الضامن فيخرج حراً، فيتبعه بذلك، لأنه صارت له ذمة.

[ضمان المعلوم والمجهول]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ بِضَمَانِ الْمَعْلُومِ وَالْمَجْهُولِ) (5)، لأنه ليس بعوض، وهذا إذا لم يقترن بعقد البيع، وأما إذا اقترن به فلا يجوز، لأن الغالب أن الضمان لما فيه من التوثقة بالحق يحط في مقابله من الثمن، فيكون الثمن مجهولاً، وكذلك يجوز عندنا هبة المجهول، خلافاً للشافعي لا يجوز (6) عنده، ووافق على جواز ضمان الدرك (7) في البيع، يعني الاستحقاق (8)، وهو مجهول (9)، لأنه قد يكون وقد لا يكون.

(1) معناه في اللغة واحد، ويفترق معناه عند الفقهاء بعرف التخاطب، فالحمالة يرجع فيها عن المحمول عنه بعد أدائها، والحمل ليس كذلك بدليل قول المصنف هنا: ((على جهة التبرع)) فلم يلزم نفسه على جهة الحمالة التي يؤول أمره فيها إلى الالتزام بما تحمّل به. ينظر المقدمات الممهدة: 377/2.

(2) قال ابن رشد: يلزمه ذلك وله الرجوع على العبد. ينظر البيان والتحصيل: 318/11.

(3) لعل المراد به ابن أبي زيد، فقد ذكر ما يفيد ذلك في النواذر، وقال: إنما لا يجوز الضمان بالكتابة إلا بتعجيل العتق. ينظر النواذر والزيادات: 69/1، 104. والجدير بالذكر - أيضاً - أن ابن الجلاب صرح ببطلان كفالة كتابة المكاتب، غير أن المصنف عادة يصرح باسمه، ولم يسمه بالشيخ. وابن أبي زيد؛ هو أبو محمد، عبد الله بن أبي زيد القيرواني، إمام المالكية في وقته، جامع وشارح للمذهب، ذاب عنه، كثير الحفظ والرواية، ملقب بمالك الصغير، مصنفاً مشهورة كالنواذر والرسالة وغيرهما، توفي سنة 386 هـ. ينظر ترتيب المدارك وتقريب المسالك: 215/6، والديباج المذهب: 427/1.

(4) سقطت من (و).

(5) التفریع: 285/2.

(6) ضمان المجهول، وهبة المجهول.

(7) الدرك والدرك واحد وهو التبعة، يقال ما تبعك من درك فعلي خلاصه. ينظر الأم: 235/3، والمجموع شرح المذهب: 37/14، ولسان العرب: مادة درك.

(8) وهو أن يضمن أحد الثمن عن البائع إن كان المبيع مستحقاً. ينظر المجموع شرح المذهب: 37/14.

(9) لأن الاستحقاق قد يكون في المبيع أو في بعضه. ينظر المصدر السابق.

[ضمان المال بإذن المضمون عنه وبدونه]:

قوله: (بِغَيْرِ إِذْنِهِ، ثُمَّ قَالَ: فَإِذَا أَدَّى عَنْهُ كَانَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ)⁽¹⁾ لأنه قام عنه بواجب، ولأنَّ الغريم لم تَبَرَّأَ ذِمَّتُهُ إِلَّا من قِبَلِ صاحب الحقِّ، وكأنَّ رَبَّ الحَقِّ أنزله منزلته في طلب الغريم، وكأنَّه اشترى منه⁽²⁾ الحقَّ بما دفع له، وقال الشَّافِعِيُّ: لا يرجع عليه، لأنَّه لم يَأْذَنْ له في ذلك، فكان تَبَرُّعاً من التَّبَرُّعات، والتبرعات لا رُجُوع فيها⁽³⁾.

قوله: (لَمْ تَكُنْ لَهُ مُطَالِبَتُهُ)⁽⁴⁾ لأنَّه لم يَأْذَنْ له في تَعْمِيرِ ذِمَّتِهِ بالضَّمان، بخلاف ما إذا أذن له في ذلك، كان له أن يُطَالِبَهُ بعد حلول الحقِّ بالأداء لِرَبِّ الحَقِّ، لأنَّه بأدائه تَبَرَّأَ ذِمَّتُهُ من الضَّمان، لأنَّ ذِمَّتَهُمَا معاً مشغولتان بذلك الحقِّ.

قوله: (لَهُ أَنْ يُطَالِبَ الضَّامِنَ وَالْمَضْمُونِ)⁽⁵⁾ ليس هذا المذهب، بل المَذْهَبُ ما قال بَعْدُ⁽⁶⁾، وكثيراً⁽⁷⁾ ما يُؤْخَذُ في هذا الكتاب القَوْلُ الَّذِي هُوَ المَذْهَبُ.

ووجه المَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يُطَالِبُ الضَّامِنَ إِلَّا مع التَّعَذُّرِ أَنْ⁽⁸⁾ الضَّامِنُ تَوْثِيقَةُ للحَقِّ كالرَّهْنِ، فكما أَنَّهُ ليس للمُرْتَهِنِ بَيْعُهُ حَتَّى يَتَعَذَّرَ الدَّفْعُ من الغريم، فكذلك هذا.

ووجه القول الثَّانِي أَنَّ الضَّمان ليس كالرَّهْنِ، لأنَّه ذِمَّةٌ بخلاف الرَّهْنِ، وقد تَعَمَّرَتِ الذِّمَّتَانِ بالحقِّ، فله أَخْذُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا، وَأَمَّا إِنْ اشْتَرَطَ عَلَيْهِمَا ذَلِكَ؛ فلا خلاف أَنَّهُ يَأْخُذُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا، كما أَنَّهُ إِذَا ضَمِنَهُ بِإِذْنِهِ؛ فلا خلاف في أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ⁽⁹⁾.

[اختلاف الدائن والمدين في المضمون من الحَقِّين]:

قوله: (تَحَالُفًا)⁽¹⁰⁾ هذا الَّذِي قَالَ إِنَّمَا يَكُونُ إِذَا ادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيَانًا، وذلك أَن يَقُولَ: إِنِّي قُلْتُ لَكَ عِنْدَ الدَّفْعِ هُوَ المَالُ المَضْمُونُ، وَيَقُولُ القَابِضُ: إِنِّي قُلْتُ لَكَ هُوَ

(1) وذلك فيمن ((ضمن عن رجل مالا بغير إذنه لم يكن له مطالبته به قبل أدائه، وإذا أداه عنه كان له

أن يرجع به عليه)). التفریع: 285/2، 286.

(2) كأنَّ الضَّامِنَ اشترى من صاحب الحقِّ الحقَّ.

(3) ينظر مختصر المزني: 206/8.

(4) وذلك إِذَا ضَمِنَهُ بغيرِ إِذْنِهِ ولم يُؤَدِّ عنه بعد. ينظر التفریع: 285/2.

(5) لِرَبِّ المَالِ المطالبةُ بذلك إِذَا ضمن الضَّامِنُ مالا بإذن المضمون عنه. ينظر المصدر السابق: 286/2.

(6) إشارة لقول ابن الجلاب: ((ليس لرب المال أن يطالب الضَّامِنَ إِلَّا أن يغيب المضمون عنه أو يموت أو يُفلس)). المصدر السابق.

(7) في (غ) وقليلًا.

(8) كذا وردت في النسختين. ولعلها محرفة عن لام قبلها (لأنَّ).

(9) لا خلاف في رجوع الضَّامِنِ على المضمون عنه.

(10) وذلك إِذَا اختلف الدَّائِنُ والمدِينُ في المضمون من الحَقِّين. ينظر المصدر السابق.

غير المضمون، وفي هذا يتحالفان، لأنَّ اليمين إنَّما تكون مع جزم الدَّعوى، وفائدة التَّحالف أن ينكل أحدهما، فيستحقَّ الآخرُ بذلك مع يمينه.

وأما إذا لم يدَّع أحدهما بياناً عند الدَّفْع؛ فلا يتحالفان، بل يُقسَم المدفوعُ بين المال دون يمين، ولو ادَّعى أحدهما بياناً دون الآخر فيكون اليمين له، وللمسألة ثلاثُ صور: إحداها: أن يجِلَّ المالان.

والثانية: ألاَّ يجِلَّا.

والثالثة أن يجِلَّ أحدهما. ومسألة الكتاب على حلولها أو عدم حلولها، وكون الدَّافع غير ملىء بالحقِّ للباقي، أو مُلِداً⁽¹⁾ أويخاف غيره.

وأما إن حلَّ الأجلان وهو ملىء بهما، فلا حاجة إلى ذلك؛ لأنَّه يطالبه بالباقي مضمونا كان أو غيره.

وأما إذا حلَّ أحدهما، فالقول قول مَنْ يدَّعي أن الحال هو المدفوع، لأنَّ العُرف يشهد له أنَّه المضمون.

[موت الضَّامن قبل حلول الدَّين]:

وإذا مات الضَّامن قبل حُلُول الحَقِّ فقولان، سواء قلنا: إنَّ لربِّ المال طلب الضَّامن قبل تعذُّر الاقتضاء، أو لا، قولان:

أحدهما أنَّه يُؤخَذ الحَقُّ من تَرَكَته، ويدْفَع لربِّه الآن، ويرجعُ ورثةُ الضَّامن على المضمون، ووجهه أنَّ ذِمَّة الضَّامن معمورةٌ بالحَقِّ، فلما مات خربت ذِمَّتُه، ولم يُمكن أن يرث ورثته التَّركة قبل الدَّين، وأيضا لأنَّ توقيف التَّركة أو مقدار الحَقِّ إضرارٌ بالورثة، لأنَّ المال قد يتلف في توقيفه، فيكون منهم فيغرمونه ثانيةً.

والثاني: أنَّه يُوقَف مقدارُ الحَقِّ حتَّى يجِلَّ الأجلُ، فإن دَفَعَ الغريمُ ما عليه رَجَعَ الورثةُ فافقتسما ذلك الموقوف، وإلاَّ دفعوه لربِّ المال وأنْبَعُو الغريمَ، ووجهه أنَّه لم يجِلَّ أجلُ الدَّين بعدُ، فإن تَلَف المَالُ الموقوف نُظِرَ إلى المال، فإن دَفَعَ الغريمُ ما عليه لربِّه كان تَلَفُه من الورثة، لأنَّه تبيَّن أنَّه لم يكن تَوْقِيفُه في حقِّ ربِّ المال⁽²⁾، وإن لم يدْفَع له شيئا كان من الورثة⁽³⁾، كذا قال البرُهَان⁽⁴⁾: يُؤخَذ منهم على قَدَر ميراثهم من

(1) الملأ: المخاصم والمجايل، واللَّد: الخصومة الشديدة. ينظر لسان العرب: مادة لد.

(2) مفهومه إذا كان توقيفه في حق رب المال يختلف الحكم، وهو لم يكن، فلينظر ما بعده.

(3) على السياق الذي ذكره في هذه المسألة؛ ينبغي أن يكون تلفه على رب المال، لأنه في حقه وقف، كما سيتبين في المسألة التي بعدها، والله أعلم.

(4) لم أعرف من اشتهر من المالكية قبل عصر المؤلف بهذا الاسم، وقد بذلت في ذلك قصارى جهدي.

رَبِّ الْمَالِ⁽¹⁾، لِأَنَّهُ فِي حَقِّهِ وَقَفَ.

وكذلك الثَّمن الموقوف في الجارية الَّتِي تُوضَع للاستِبراء إذا تَلَفَ، فينظر إلى الحال الَّتِي يؤولُ إليها، فإن صَحَّ استِبرأؤها تَبَيَّنَ أَنَّ الثَّمن الموقوف كان لِرَبِّهَا، والتَّوقيفُ منفعةٌ له؛ فيكون منه، وإن لم يَصَحَّ استِبرأؤها تَبَيَّنَ أَنَّ المشتري لم يملكها بعدُ، وَأَنَّ الثَّمن له، لا لِرَبِّهَا؛ فتكون مصيبةً منه.

وكذلك من اشترى دَابَّةً واستَحِقَّتْ مِنْ يَدِهِ، فادَّعَى⁽²⁾ بائعها بياناً ببلد آخر، فدُفِعَتْ له الدَّابَّةُ ليثبت مَلَكُهُ على عَيْنِهَا، وتَرَكَ قيمتها موقوفة، ثُمَّ تَلَفَ القيمة، فيُنْظَرُ إلى المال، فإن أثبت أَنَّها له بوجه صحيح، فالمال منه؛ لِأَنَّهُ على مَلَكِهِ وَقَفَ، وَإِلَّا فَمِنَ المشتري، لأنَّ الثَّمن لم يَخْرُجْ عن مَلَكِهِ بَعْدُ⁽³⁾.

[موت المضمون عنه قبل حلول الأجل]:

قوله: (فَإِنْ مَاتَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ أُخِذَ مِنْ مَالِهِ)⁽⁴⁾ لِأَنَّهُ حَلَّ بخراب ذِمَّتِهِ، وَلِأَنَّهُ لَا ميراث إِلَّا⁽⁵⁾ بعد الدَّين، وَلِأَنَّ تَوْقِيفَ الْحَقِّ لَا فائدة له، بل هو إضرارٌ بالورثة، لما يُتَوَقَّعُ من تلفه.

قوله: (حَتَّى يَحِلَّ الْأَجَلُ)⁽⁶⁾ لِأَنَّهُ إِنَّمَا ضَمِنَ على أَنَّهُ يُؤَدِّي إذا تَعَذَّرَ أداءُ الغُرْمِ عند الأجل، لا قبله.

[ضمان الوجه]:

قوله: (وَمَنْ تَكَلَّفَ بَوَجْهَ رَجُلٍ)⁽⁷⁾ يعني إلى أَجَلٍ، فَإِنَّهُ عند الأجل إن لم يَأْتِ به غَرِمَ ما عليه، لِأَنَّ فائدة ضَمَانِ الْوَجْهِ أَنْ يُؤَدِّيَ ما عليه؛ إِنْ تَعَذَّرَ إحضارُه إن لم يطلب بنفسه.

قوله: (وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ مِنَ الْحَقِّ)⁽⁸⁾ لِأَنَّهُ إذا اشْتَرَطَ ذلك لم يلزمه شيءٌ من المال، فإن تَبَيَّنَ أَنَّهُ عند الأجل نَفَرَهُ وَهَرَبَهُ؛ ضَمِنَ ما عليه.

(1) وهو الضامن.

(2) في (و) فالدعي.

(3) سقطت من (و).

(4) ويبرأ الضامن إذا مات المدين قبل حلول الأجل. ينظر التقرير: 287/2.

(5) سقطت من (غ).

(6) إن مات المدين ولم ((يكن له مال؛ لم يُؤخذ من الضامن شيء حتى يحل الأجل)). المصدر السابق.

(7) إذا لم ((يأت به غرم الحق الذي عليه)). المصدر السابق.

(8) إذا ((قال: أنا كفيل بوجه فلان، ولا شيء علي من الحق... فلم يأت به؛ لم يلزمه... شيء)). المصدر السابق.

[كفالة الشيء المجهول]:

قوله: (وَهُوَ لَا يَعْلَمُ بِقَدْرِهِ)⁽¹⁾ صورة ذلك أن يقول: أنا أضمن لك عنه كل ما ثبت لك عليه، فكل ما ثبت له ببيان قاطع غرمه، ولا يضر⁽²⁾ في ذلك الجهل، لأنه ليس الضمان من عقود المعاوضات؛ فيمتنع فيه الجهل، خلافا للشافعي، وكذلك يجوز عندنا ضمان ما لم يجب، مثل أن يقول: بع من فلان وأنا ضامنه، خلافا للشافعي أيضا. قوله: (عَامِلٌ فَلَانًا وَأَنَا ضَامِنٌ لَهُ)⁽³⁾ هذه المسألة تنبني على ثلاثة مسائل فيها خلاف:

إحداها: ضمان المجهول.

الثانية: الاستدلال بالغرف، لأنه لا بد من النظر إلى حالهما وصنعتيهما، فليست مُعَامَلَةُ الْبَرَّازِ كَمُعَامَلَةِ الْبَيْاعِ فِي الْقَدْرِ، وَلَا فِي الْجِنْسِ، فَلَوْ ادَّعَى الْبَيْاعُ أَنَّهُ عَامِلُهُ فِي ثِيَابٍ لَمْ يُقْبَلْ، لِأَنَّ ((الشَّاهِدَ عُرْفًا كَالشَّاهِدِ شَرْطًا))، وذلك أيضا مجهول. الثالثة: ضمان ما لم يجب بعد.

(1) إذا ((ضمن عن رجل ما عليه... لزمه ما قامت به البينة عليه)). المصدر السابق.

(2) في (و) ولا نص.

(3) من قال كذلك ((لزمه ما ثبت عليه ممَّا يُعَامَلُ بِهِ مِثْلَهُ)). المصدر السابق.

[الحوالة]

[أصل الحوالة]:

أصل الحوالة؛ قوله - ﷺ -: ((مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُجِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتَّبِعْ))⁽¹⁾ وما رُوي من أنه - ﷺ -: ((نَهَى عَنِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ))⁽²⁾ ورَخَّصَ فِي الحَوَالَةِ، فدلَّ عَلَى أَنَّ الحَوَالَةَ مَشْرُوعَةٌ.

[تعريف الحوالة والفرق بينها وبين الْحَمْلِ وَالْحَمَالَةِ]:

وشَبَّهَهَا⁽³⁾ الْحَمَالَةُ وَالْحَمْلُ، وَبَيْنَهُمَا افْتِرَاقٌ، فَالْحَمْلُ: أَنْ يَتَحَمَّلَ عَنْ شَخْصٍ مَا لَّا، وَلَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِهِ، وَالْحَمَالَةُ: تَعْمِيرُ ذِمَّتِهِ تَوْثِيقَةً لِدِمَّةٍ أُخْرَى، وَالْحَوَالَةُ: [تَفْرِيعٌ]⁽⁴⁾ ذِمَّةٌ وَتَعْمِيرُ ذِمَّةٍ أُخْرَى، بِخِلَافِ الْحَمَالَةِ، لِأَنَّهُ فِيهَا تَعْمِيرُ ذِمَّتَيْنِ.

[شروط الحوالة]:

وللحوالة أربعة شروط:

أحدها: أَنْ يَكُونَ الْحَقُّ الْمُحَالُ بِهِ حَالًّا، لِقَوْلِهِ - ﷺ -: ((مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ)) وَالْمَطْلُ إِنَّمَا يَكُونُ فِيمَا حَلٌّ، لَا فِيمَا لَمْ يَحَلَّ، وَالْكَلامَانِ⁽⁵⁾ مُرْتَبِطَانِ لِذِكْرِهِمَا مَعًا، أَيُّ فَإِذَا أُجِلْتُمْ بِذَلِكَ الْحَقِّ الْمَمْطُولِ فِيهِ، فَهَذَا هُوَ الْوَجْهُ الْمُرَخَّصُ فِيهِ لَا غَيْرَ، وَهَذَا يُخَصِّصُ عُمُومَ قَوْلِهِ: - ﷺ -: ((نَهَى عَنِ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ)) وَأَرْخَصَ فِي الْحَوَالَةِ.

وَحَمَلَهُ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ عَلَى عُمُومِهِ، فَأَجَازَهَا كَالنَّأِ بِكَالِيٍّ، وَدَلِيلُنَا مَا تَقَدَّمَ مِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الْمُرَادَ بِذَلِكَ الْمَعْرُوفُ، لِأَنَّهُ يُؤَخِّرُهُ بِذَلِكَ الْحَالِ، وَيَتَّبِعُ الْمُحَالَ عَلَيْهِ، فَإِذَا أَحَالَ⁽⁶⁾ بِكَالِيٍّ عَلَى كَالِيٍّ، فَقَدْ تَرَعَّبَ فِي ذِمَّةِ الْمُحَالَ عَلَيْهِ؛ لَكُونِهَا أَرْجَحَ مِنْ ذِمَّةِ الْمُحِيلِ، فَيَقَابِلُ ذَلِكَ عُذُولُهُ عَنِ الذِّمَّةِ الْأُولَى، فَيُخْرِجُ عَنِ الْمَعْرُوفِ، وَلِتَحْقِيقِ الْبَيْعِ وَالْمُكَايَسَةِ، وَالْحَالُ إِذَا لَمْ يُقْبَضْ دَيْنٌ وَكَالِيٌّ، فَلِذَلِكَ صَحَّ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنَ الْكَالِيِّ بِالْكَالِيِّ.

وَالثَّانِي: أَنْ يَكُونَ الْحَقُّ الْمُحْتَالُ فِيهِ مِنْ جِنْسِ الْحَقِّ الْآخَرِ، لِأَنَّهُ بِذَلِكَ يَسْتَبِينُ قَصْدُ الْمُزْفِقِ⁽⁷⁾، وَأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ بِالِانْتِقَالِ مِنْ ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةِ الْبَيْعِ، لِأَنَّ الْمَنَافِعَ فِي الْمَثْلَيْنِ

(1) أخرجه البخاري: 94/3 حديث رقم 2287، ومسلم: 1197/3 حديث رقم 1564 كلاهما نحوه من حديث أبي هريرة مرفوعاً.

(2) تقدّم. وهو مخصّص بما قبله؛ كما سيأتي.

(3) في (و) وشبههما.

(4) في النسختين (تفريع). والمراد (تفريع) ذمّة وتعمير أخرى.

(5) المراد بهما ما ذكر في الحديث: المَطْلُ مع الحَوَالَةِ.

(6) في (و) أحل.

(7) وهو المُحَال الذي نفع غيره بقبوله الحوالة.

سواء، فإذا اختلف الحقان أمكن أن يُرادَ بذلك المُعَاوَضَة، لا الرِّفْقَ بالغيريم، وهذا خروج (1) الإقالة (2) إلى البيع باختلاف الثمن.

الثالث: أن يكون المُحَالُّ عليه حاضرا، مُقَرَّرًا بِقَدْرِ الحَقِّ الَّذِي عَلَيْهِ.

الرابع: أن يكون مَلِيئًا بما عليه.

وزاد بعض المتأخِّرين شرطا خامسا؛ وهو ألا يكون الحَقُّ المُحَالُّ به طعاما من سَلَمٍ، لأنَّ فيه بَيْعُ الطَّعَامِ قَبْلَ القَبْضِ، ولم يُرَخَّصْ في ذلك إِلَّا في الشِّرْكَة والإِقَالَة والتَّوْلِيَة.

قوله: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَحْتَالَ بِمَا لَمْ يَحِلَّ) (3) هذا هو الشرط الأول (4).

قوله: (وَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ غُرُوضٌ) (5) هذا هو الشرط الثاني (6).

قوله: (وَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ مَالٌ) (7) هذا هو الشرط الرابع (8).

وهذه المسألة على ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون المُحِيلُ والمُحَالُّ عَالِمِينَ بِذَلِكَ.

والثاني: ألا يعلما به، فيجوز في الوجهين.

والثالث: أن يكون أحدهما عالما، فإن كان المُحَالُّ جاز، وإن كان المُحِيلُ لم يجز، لأنَّه غَرَّه (9).

والإحالة في الحقيقة بَيْعٌ من البيوع، لكنَّه لو باع دَيْنًا له من رَجُلٍ فوجده مُعْسِرا لصَحَّ البَيْعُ، ولا يُفَرَّقُ هنا بين (10) عِلْمِ عَدَمِ (11) البَائِعِ، وَعَدَمِ عِلْمِهِ، بخلاف الإحالة، والفرق أنَّه لا يحتال على أحد إِلَّا بعد البحث عن حاله، بخلاف الابتياح، لأنَّه يكون فجأة.

(1) في (و) الخروج.

(2) عن المعروف إلى البيع.

(3) ((وذلك فيما قد حَلَّ أو لم يَحِلَّ)). التفريع: 288/2. والمراد به فيما قد حل أو لم يحل دين المُحَالِّ عليه.

(4) أن يكون الحَقُّ المُحَالُّ به حالا.

(5) ((فلا يجوز له أن يحتال بها في ذهب ولا ورق)). المصدر السابق.

(6) أن يكون الحَقُّ المُحْتَالَ فيه من جنس الحَقِّ الآخر.

(7) من كان كذلك ((فأحاله به على غيره، فقبله ورضي به، ثم أفلس المُحَالُّ عليه... فليس له ان يرجع على المُحِيل)). المصدر السابق.

(8) أن يكون المُحَالُّ عليه مَلِيئًا بما عليه.

(9) في (غ) غيره.

(10) في (غ) بيع.

(11) سقطت من (غ).

ولو باع من رجل سلعةً بثمنٍ إلى أجل، ثمَّ أحال⁽¹⁾ به عليه رجلاً آخر، ثمَّ استُجِّقَت السلعةُ فقال: ابنُ القاسم: لا تَبْطُلُ الحَوَالَةُ وإن بطل البيعُ، لأنَّهما بيعان مُنفَكَّ أحدهما عن الثاني؛ فلا يبطل ببطْلانه، وقال أَشْهَب: تَبْطُلُ الحَوَالَةُ، لأنَّها فَرْعُهُ، ((فإذا بَطَلَ الأَصْلُ بَطَلَ فَرْعُهُ)).

ولو تصدَّق بثمنٍ المبيعِ ثمَّ استُجِّقَ⁽²⁾، قال ابنُ القاسم: فإن قبض الصَّدَقَةِ صَحَّت الحَوَالَةُ، وإلا بطلت، وَوَجْهُهُ أَنَّ الصَّدَقَةَ تَبْطُلُ بعدم القَبْضِ، وتصحُّ به.

(1) أحال البائع - بالدَّيْنِ الذي عليه من رجل آخر - أحاله على المشتري الَّذي اشترى منه السلعة بالثمن المؤجَّل، ثمَّ استُجِّقَت السلعة من المشتري.

(2) صورتها أن يبيع سلعة بدين، ثمَّ يتصدَّق بثمنها ويُحِيلُ المُتَصَدِّقَ عليه على المشتري، فإن استُجِّقَت قبل القبض بطلت، وإلا فلا. ينظر مدونة الفقه المالكي: 668/4.

باب الصُّلْح

[أنواع الصُّلْح]:

وهو على ثلاثة أَصْرُب: على الإسْقَاط، وعلى التَّأخِير⁽¹⁾، وصُلْح بَيْع، فما جاز في البَيْع جاز فيه، وما اُمْتَنَعَ فيه اُمْتَنَعَ، ثُمَّ هو على ضَرْبَيْنِ: أحدهما: على الإِفْرَار، ولا خلاف في جوازه، وهو أن يقول: لي عليك كذا فَيُفَرَّ به⁽²⁾، ثُمَّ يتصالحان على ذلك بأمر ما، فهذا يجري مَجْرَى البيوع، لأنَّه اشترى منه أو باع ما له عليه بما يدفع له في مُقَابَلَتِهِ.

والثَّانِي على الإنكار، وهذا فيه خلافتٌ، وصورته أن يقول: لي عليك كذا، فَيُنْكِرْه، ثُمَّ يتصالحان بأن يدفع له شيئاً ما في مُقَابَلَتِهِ، فمذهب الشَّافِعِيِّ منعه⁽³⁾، لأنَّه عنده مِنْ أَكْلِ المال بالباطل، لأنَّه اشترى منه اليمين المُتَوَجَّهَة عليه بحديث عُثْمَانَ⁽⁴⁾ - رضي الله عنه - أَنَّهُ اشترى يَمِينَهُ مِمَّنْ ادَّعَى عليه حقًّا أَنْكَرَه، لكنَّه إن عَلِمَ الْمُصَالِحُ أَنَّ له عليه⁽⁵⁾ حقًّا تجب اليمينُ عليه من أجله؛ جاز له أَخْذُ ذلك منه في مُقَابَلَةِ اليمين⁽⁶⁾ التي تجب عليه بدعواه الَّتِي أَنْكَرَهَا، وإن لم يكن له عنده حقٌّ لم يَحِلَّ أَخْذُ ذلك منه، إذ لا يمين عليه⁽⁷⁾.

[حَمْلُ الصُّلْحِ عَلَى عَقْدِ الْبَيْع]:

قوله: (وَالصُّلْحُ كَالْبَيْعِ)⁽⁸⁾ يُرِيد أَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ مِثْلُهُ، يَعْنِي قِسْمُ الْبَيْعِ مِنْهُ⁽⁹⁾، فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَدْفَعَ لَهُ غَرَرًا وَلَا مَجْهُولًا، كَالثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ، وَأَمَّا الَّذِي يُصَالِحُ عَلَيْهِ فَقَدْ يَكُونُ مَجْهُولًا عِنْدَ أَحَدِهِمَا إِذَا تَاكَرَّهَ فِيهِ، أَوْ عِنْدَهُمَا إِذَا شَكَّ رَبُّ الْحَقِّ فِي قَدْرِهِ،

(1) يكون على إسقاط حق أو دعوى، أو تأجيل مال معين أو بعضه. ينظر مدونة الفقه المالكي وأدلته: 516/4، 517.

(2) لكن يمتنع عن أدائه له لسبب من الأسباب. ينظر المصدر السابق: 518/4.

(3) ينظر الأم: 142/3، 119/7.

(4) عثمان بن عفان هو ابن أبي العاص بن أمية بن عبد شمس، ثالث الخلفاء الراشدين، من الأوائل الذين أسلموا، لم يشهد بدرا وضرب له رسول الله - ﷺ - بسهمه وأجره فيها، توفي سنة 35 هـ ينظر الاستيعاب: 1037/3 وتقريب التهذيب: 326.

(5) على المصالح.

(6) التي افتدى منها بالمال المصالح به.

(7) على المصالح.

(8) التقرير: 289/2.

(9) وذلك إذا آل عقد الصُّلْح إلى البيع، وقديوول إلى الإجارة، وقد يؤول إلى هبة وإبراء. ينظر مدونة الفقه المالكي وأدلته: 510/4.

فيجوز الصلح عليه للضرورة؛ إذ ليس في الممكن أقصى من ذلك.

[المصالحة على الدين الحال بإسقاط بعضه وتأخير بعضه]:

قوله: (وَمَنْ كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلٍ مَالٌ حَالٌ)⁽¹⁾ هذا جائزٌ، لأنَّ الْمَنْفَعَةَ واقعةٌ لأحدهما، وليس في مُقَابَلَتِهِمَا منفعةٌ للآخر، وفِعْلُ الْخَيْرِ مندوبٌ إليه.

[المصالحة على الدين غير الحال بإسقاط بعضه وتعجيل بعضه]:

قوله: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُصَالِحَهُ قَبْلَ حُلُولِهِ)⁽²⁾ لأنَّه يدخله ((ضَعَّ وَتَعَجَّلَ)) وهو سَلَفٌ جَرَّ نَفْعًا، لأنَّ مَنْ عَجَّلَ مَا لَمْ يَجَلِّ فَهُوَ سَلَفٌ.

[المصالحة على الدين غير الحال بإسقاط بعضه وتأخير بعضه]:

قوله: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُصَالِحَهُ قَبْلَ حُلُولِهِ عَلَى إِسْقَاطِ بَعْضِهِ)⁽³⁾ هذا إنما يكون في الإنكار، وأما في الإقرار فهو جائزٌ، لأنَّ الْمَنْفَعَةَ مِنْ أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ، لا مِنْهُمَا، وإنما يُرِيدُ مَنْعَ ذَلِكَ فِي الْإِنْكَارِ، لأنَّه حينئذٍ يكون الانتفاع من الطرفين، واختُلِفَ في تعليل ذلك، فقيل: لَمَّا ادَّعى عليه وأنكره لزمته اليمينُ، فكأنَّه لَمَّا أسقط عنه بعضَ الْحَقِّ؛ أسقط عنه الغريم اليمين، فهذا مِنْ أَكْلِ الْمَالِ بِالْبَاطِلِ، وقيل: إنما انتفع بالإقرار، وذلك أَنَّهُ قَدْ أَنْكَرَهُ أَوَّلًا، فَلَمَّا أسقط عنه بعضَ الْحَقِّ أَقَرَّ لَهُ.

[المصالحة على الدين غير الحال بتعجيل بعضه وتأخير الباقي]:

وكذلك لا يجوز أن يصالحه والمسألة بعينها على تعجيل بعضه وتأخير الباقي إلى أجل، لأنَّه قد انتفع كُلُّ واحدٍ مِنْهُمَا، فَرُبُّ الْحَقِّ انتفع بالتأخير، لأنَّه تعجَّلَ، والغريم توصل بالتعجيل إلى التأخير.

[المصالحة بالذهب على مَنْ عَلَيْهِ وَرَقٌ]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ أَنْ يُصَالِحَهُ مَنْ ذَهَبٍ)⁽⁴⁾ عَلَى وَرَقٍ)⁽⁵⁾ هذا على القول بجواز صَرَفِ مَا فِي الذِّمَّةِ، وهو المذهب، وامْتَنَعَ إِذَا لَمْ يَكُنْ حَالًّا، لأنَّه صَرَفَ مُسْتَأْخِرًا، لأنَّ مَا لَمْ يَجَلِّ لَا يَنْتَزِلُ مَنْزِلَةُ الْحَاضِرِ الْمَقْبُوضِ، بخلاف الحال، فكأنَّه حَاضِرٌ مَقْبُوضٌ، وقد أجمعوا على جواز صَرَفِ مَا فِي الذِّمَّةِ حَالًّا، لأنَّه بمنزلة الحاضر.

(1) فَإِنْ ((صَالَحَهُ عَلَى إِسْقَاطِ بَعْضِهِ وَتَأْخِيرِ بَعْضِهِ؛ فَلَا بَأْسَ بِهِ)). التفریع: 289/2.

(2) ((على تعجيل بعضه وإسقاط بعضه)). المصدر السابق.

(3) وكذلك أيضا على ((تأخير بعضه)). المصدر السابق.

(4) في (و) مذهب.

(5) ((يُصَالِحُهُ مَنْ ذَهَبَ لَهُ عَلَيْهِ عَلَى وَرَقٍ يَأْخُذُهَا مِنْهُ... إِذَا كَانَتْ حَالَّةً؛ وَأَخَذَ مِنْهُ الْعَوَاضَ فِي الْحَال)). المصدر السابق.

قوله: (قبل أن يُفَارِقَهُ)⁽¹⁾ هذا تَحَرُّزٌ من الصَّرْف بتأخير، فيأخذه منه على صَرَف وقتهما الذي هما فيه.

[لزوم المصالحة]:

قوله: (وَالْوَضِيعَةُ)⁽²⁾ لازمة له⁽³⁾ لأنَّ ذلك كَعَقْد عَقْدَاه، وقد قال تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽⁴⁾ ولأنَّه قد نُهِى أن يعود الرَّجُل في هَبَّتِهِ⁽⁵⁾.

(1) إذا صالح من ذهب على ورق عليه ((أخذ منه العوض في الحال قبل أن يفارقه)). المصدر السابق: 290/2.

(2) الوضعية: الخسارة. ينظر لسان العرب: مادة وضع.

(3) ومن صالح في ذلك ((فليس له أن يرجع في صلحه، والوضعية لازمة له)). المصدر السابق.

(4) المائدة: 1.

(5) ورد النهي عن ذلك في الصحيح مما أخرجه البخاري: 127/2 حديث رقم 1490 من حديث عمر - رضي الله عنه - مرفوعا. ونصه ((لا تشتر ولا تعد في صدقتك وإن أعطاكه بدرهم فإنَّ العائد في صدقته كالعائد في قبيئه)).

باب المَرَافِقِ

[مشروعية الإحياء وطريقة حوزة]:

قال النَّبِيُّ - ﷺ - ((مَنْ أَحْيَى أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ)) (1) وإحياء الأرض يكون بإجراء الماء فيها، بحفر بئر أو عَيْن، أو بغرس الشَّجَر، أو بقطع الشَّعْرَاء (2) منها وإخلائها للزَّرْع، ولا يكون بأن يخطَّ عليها خطأ يحوزها به، لأنَّ ذلك لا مُؤْنَة فيه، وهو تَحْجِيرٌ لما هو مُبَاح، كَمَنْ يفرش سَجَّادَةً في المسجد لِيَمْنَعَ النَّاسَ من ذلك الموضع إلى أن يَأْتِي، فلا يستحق بذلك الموضع.

قوله: ((أَوْ ذِمِّي)) (3) لأنَّ بِالْجِزْيَةِ (4) قد عصم دَمَهُ وماله، ولزِمْنَا حِفْظُهُمَا بما نحفظ به أموالَنَا ودَماءَنَا، إِلَّا أَنَّهُ قد اخْتَلَفَ في الذِّمِّي، هل يسوغ له أن يَمْلِكَ بالإحياء شيئاً مِنْ أَرْضِ الْمُسْلِمِينَ كَالْمُسْلِمِ، وكما يملكها بالشِّراء، أو لا لأنها فَيءٌ (5) فلا يكون لكافر، وليس ذلك كشرائه من المسلم، لَأَنَّهُ تَخَلَّى له عنها بِعَوَضٍ؟.

قوله: ((فَلَيْسَ لِلأَوَّلِ فِيهَا حَقٌّ)) (6) لَأَنَّهَا عَادَتْ إلى أصلها في الإباحة، ولا تعود إلى أصلها بِنَفْسِ تَرْكِ الأَوَّلِ لها، بل حَتَّى يَطُولَ إهْمَالُهُ لها بعد خَرَابِهَا ومَصِيرِهَا كما كانت، بخلاف ما إذا باعها؛ فَإِنَّهَا لا تَزُولُ عن مِلْكِ الْمُشْتَرِي أَبَداً، لَأَنَّهُ مَلَكَهَا بِعَوَضٍ، بخلاف الأَوَّلِ لم يملكها بِعَوَضٍ، وقد قيل (7) في الْمُخْيِي: إِنَّهُ إِذَا مَلَكَهَا بِالْإِحْيَاءِ فلا تَخْرُجُ عن مِلْكِهِ النَّبْتَةُ، لَأَنَّهَا صَارَتْ له، كما إِذَا مَلَكَهَا بِالْعَوَضِ، وكذلك القولان في الصَّيِّدِ إِذَا نَدَّ (8) مِنْ صَائِدِهِ وَتَوَحَّشَ، فهل يخرج عن مِلْكِ الأَوَّلِ؟ قولان.

[إحياء المَوَاتِ القَرِيبِ والبَعِيدِ مِنَ الْعِمَارَةِ]

قوله: ((إِلَّا بِإِذْنِ الْإِمَامِ)) (9) في ذلك ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ:

أَحَدُهَا: لا تَحْتَاجُ إلى إِذْنِ الْإِمَامِ في ذلك مطلقاً، لعموم ((مَنْ أَحْيَى أَرْضًا مَيِّتَةً

(1) أخرجه أبو داود: 178/3 حديث رقم 3073 مرفوعاً من حديث سعيد بن زيد، والترمذي: 655/3 حديث رقم 1379 من حديث جابر مرفوعاً. وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(2) الشَّعْرَاء: الشَّجَرُ الكثير. ينظر لسان العرب: مادة شعر.

(3) لم يتقدم على الأرض المراد إحيائها ((مِلْكٌ مُسْلِمٌ وَلَا ذِمِّي)). التفریع: 290/2.

(4) في (و) الحرية.

(5) هو ((ما يرجع إلى المسلمين من الغنيمة من أموال الكفار)). طلبة الطلبة: 145.

(6) وذلك إذا أحيها الثاني وتركها الأول حتى خربت. ينظر التفریع: 290/2.

(7) في (و) جاء.

(8) في (و) نذ. ونذَّ: شَرَّدَ وَتَفَرَّ. ينظر لسان العرب: مادة ندد.

(9) في إحياء المَوَاتِ بِالْقُرْبِ مِنَ الْعِمَارَةِ ((فلا يجوز إحيائها إِلَّا بِإِذْنِ الْإِمَامِ)). التفریع: 290/2.

فهي له)).

والثاني: لا بُدَّ من إذنه مُطلقاً فيما قُرْبَ وبعْدَ، لأنَّ له (1) النَّظَرُ على العموم، ولأنَّ ذلك أَحْوَطُ، إذ قد (2) تكون لآخر قَبْلَهُ، فإذا أَخَذَهَا بِحُكْمِ الإِمَامِ لم يَتَعَقَّبَ عليه في ذلك.

وقيل: بالتَّفْصِيلِ فيستأذن فيما قُرْبَ، لأنَّ المُشَاحَّةَ فيه تَكْثُرُ، ولأنَّه قد يكون اتِّخَاذُهُ مَقْبَرَةً لِلْمُسْلِمِينَ، أو غير ذلك من مَصَالِحِهِمْ أُولَى. ولا يَسْتَأْذِنُ فيما بَعْدَ، لأنَّه تَقَلُّ المُشَاحَّةُ فيه. وَحَدُّ البُعْدِ قَدْرُ ما تَمْشِيهِ الإِبِلُ مِنَ الْبَلَدِ لِلرَّعْيِ، ثُمَّ تَعُودُ مِنْ يَوْمِهَا.

[حَدُّ حَرِيمِ الْأَبَارِ وَتَخْصِيصُ الْمُبَاحِ لِمَنْ سَبَقَ إِلَيْهِ]:

قوله: (وَلَيْسَ لِلْأَبَارِ الْمَخْفُورَةِ فِي الْفُلُوتِ حَرِيمٌ مَحْصُورٌ) (3) خلافاً لأبي حَنِيفَةَ، يقول: خمس مائة ذراع (4)، لَحَدِيثٍ فِي ذَلِكَ لَمْ يَصِحَّ (5)، والمراد أَنَّ حَرِيمَ الْبُئْرِ فِي الْفَلَاةِ لَا يَتَحَدَّدُ، وَلَكِنْ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الَّذِي يَنْزِلُ أَوَّلًا لِلانْتِفَاعِ بِهَا، وَبِحَسَبِ صَلَابَةِ الْأَرْضِ وَرَخَاوَتِهَا، فَإِنْ كَانَتْ رَخِيَّةً لَمْ يَجْزِ الْحَفْرُ بِقُرْبِهَا، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ مَاشِيَّةً قَلِيلَةً وَالْبُئْرُ غَيْرُ مَمْلُوكَةٍ؛ كَانَ لَهُ مِنْ حَرِيمِهَا بِقَدْرٍ مَا يَسَعُ مَاشِيَّتَهُ، وَإِنْ كَانَتْ كَثِيرَةً؛ كَانَ لَهُ بِقَدْرٍ ذَلِكَ، فَإِنْ جَاءَ غَيْرُهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهِ فِيمَا لَهُ مِنَ الْحَرِيمِ، لِأَنَّهُ أَحَقُّ بِهِ مِنْهُ؛ إِذَا جَاءَهَا قَبْلَهُ.

وكذلك الْأُمُورُ الْمُبَاحَةُ، مَنْ يَسْتَبِدُّ بِهَا أَوَّلًا أَحَقُّ بِقَدْرٍ كِفَايَتِهِ مِنْهَا مِنْ غَيْرِهِ، ثُمَّ يَبْقَى سَائِرُ ذَلِكَ لِغَيْرِهِ، كَمَاءِ الْبَحْرِ، وَكَالْمَرْعَى الْمُبَاحِ، لَا يَجُوزُ لِرَاعٍ ثَانٍ أَنْ يَدْخُلَ فِيهِ عَلَى الْأَوَّلِ، لِأَنَّهُ أَحَقُّ بِهِ بِسَبْقِهِ، وَكَالسَّابِقِ إِلَى مَوْضِعٍ فِي الْمَسْجِدِ لِلصَّلَاةِ؛ هُوَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهِ، وَفِي الْحَدِيثِ: ((النَّاسُ مُشْتَرِكُونَ فِي ثَلَاثٍ: الْمَاءِ، وَالنَّارِ، وَالْكَأَلِ)) (6).

(1) سقطت من (غ).

(2) سقطت من (و).

(3) المصدر السابق: 291/2.

(4) في بدائع الصنائع: 195/6 وجه قول أبي حنيفة: ((وحاجة النَّاضِحِ تَتَدَفَّعُ بِأَرْبَعِينَ ذِرَاعًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ كَحَاجَةِ الْعَطْنِ)) اعتمد في بئر العَطْنِ على الأثر، واكتفى بالحاجة في بئر النَّاضِحِ إِلَى أَرْبَعِينَ ذِرَاعًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ. ينظر المصدر السابق.

(5) ذكرت كتب الأحناف حديثاً يستدلون به على الْحَدِّ فِي حَرِيمِ الْأَبَارِ، وَنَصُّهُ: ((حَرِيمُ الْعَيْنِ خَمْسَمِائَةَ ذِرَاعٍ، وَحَرِيمُ بئرِ الْعَطْنِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا، وَحَرِيمُ بئرِ النَّاضِحِ سِتُونَ ذِرَاعًا)). قال الزَّيْلَعِيُّ: حَدِيثٌ غَرِيبٌ، وَقَالَ الْحَافِظُ ابْنُ حَبَرٍ: لَمْ أَجِدْهُ هَكَذَا. ينظر بدائع الصنائع: 195/6، ونصب الرَّاوِي: 292/4، والدرية في تخريج أحاديث الهداية: 245/2 حديث رقم 986.

(6) أخرجه ابن ماجه: 826/2 حديث رقم 2472 مرفوعاً من حديث ابن عباس، وأبو داود: 278/3 حديث رقم 3477 مرفوعاً عن رجل من الصحابة لم يسمه. وقال البوصيري: إسناده ضعيف، وله شاهد عند أبي داود. ينظر مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه: 80/3.

قوله: (وَمَنْ حَفَرَ بئرًا فِي مَوْضِعٍ) (1) الْأَصْلُ فِي هَذَا الْحَدِيثِ: ((لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ)) (2) والإضرار في ذلك يكون بالنظر إلى الماء، مثل أن يُقْلَلَهُ أو يقطعَهُ، أو يخاف أن يَنْهَارَ البئرُ لِرَخَاوَةِ أرضِها.

قوله: (فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ) (3) هذا في البئر غير المملوكة، وفي الحديث: ((لَا يُمنَعُ نَفْعُ)) (4) البئر)) (5) ورُوي ((رَهُوُ)) (6) البئر)) (7)، ورُوي ((فَضْلُ الْمَاءِ لِيُمنَعَ بِهِ الْكَلَاءُ)) (8)، فَالنَّفْعُ الْبَقِيَّةُ مِنَ الْمَاءِ، وَالرَّهُوُ الْمَاءُ السَّاكِنُ الْوَاقِفُ، وَمِنْهُ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَأَتْرَكَ الْبَحْرَ رَهُوًا﴾ (9) أي ساكنا واقفا، وَفَضْلُ الْمَاءِ مَا بَقِيَ مِنْهُ، وَمَعْنَى ((لِيُمنَعَ بِهِ الْكَلَاءُ))، إِنَّ الْإِبِلَ إِذَا شَرِبَتْ رَعَتِ الْكَلَاءَ، أَيْ أَنَّهُمْ لَا يَنْزِلُونَ لِلرَّغْيِ إِلَّا فِي مَوْضِعٍ يَكُونُ فِيهِ مَاءٌ، فَإِذَا مَنَعَ الْفَضْلُ فَقَدْ مَنَعَ مُبَاحِينَ، فَضْلُ الْمَاءِ وَالْكَلَاءُ.

وَأَمَّا فِي الْبئرِ الْمَمْلُوكَةِ فَلَهُ مَنَعُ فَضْلِهَا، وَهُوَ مِلْكٌ لَهُ، وَلَا يُمْلِكُ الْمَاءُ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ (10).

[حُكْمُ الصَّيْدِ يُصَادُ مَرَّتَيْنِ]:

قوله: ((إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ بِقُرْبِ إِفْلَاتِهِ)) (11) لِأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ عَنْ مَمْلَكَةِ صَائِدِهِ بَعْدَ، وَإِنْ كَانَ قَدْ اسْتَأْنَسَ عِنْدَهُ ثُمَّ أَفْلَتْ؛ فَلَا يَزُولُ عَنْ مِلْكِهِ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى اسْتِيحَاشِهِ، وَلَوْ أَخَذَهُ الثَّانِي مُسْتَوْجِشًا وَعَلِمَ أَنَّهُ كَانَ لغيرِهِ قَبْلُ، ثُمَّ تَدَاوَعِيَاهُ؛ فَهَلْ يَكُونُ لِلأَوَّلِ بَقَاءٌ عَلَى أَصْلِ الْمِلْكِ، أَوْ لِلثَّانِي حُكْمًا لِلْيَدِ، وَلِأَنَّهُ أَخَذَهُ بَعْدَ اسْتِيحَاشِهِ؟ قَوْلَانِ.

- (1) مُنِعَ مِنْ أَرَادَ أَنْ يَحْفَرَ بئرًا بِقُرْبِ ذَلِكَ الْمَوْضِعِ؛ إِنْ كَانَ حَفَرَهُ يَضُرُّ بِالْأَوَّلِ. يُنْظَرُ التَّفْرِيعُ: 291/2.
- (2) أَخْرَجَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ: 745/2 حَدِيثٌ رَقْمُ 31 مِنْ حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ يَحْيَى الْمَازَنِيِّ مَرْسَلًا، وَابْنُ مَاجَه: 784/2 حَدِيثٌ رَقْمُ 2341 مَرْفُوعًا مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ. وَقَالَ عَنْهُ الْبُوصَيْرِيُّ: فِيهِ جَابِرٌ مِنْهُمْ. يُنْظَرُ مُصْبَاحُ الزَّجَاجَةِ فِي زَوَائِدِ ابْنِ مَاجَه: 48/3. وَأَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ فِي الْمُسْتَدْرَكِ: 66/2 حَدِيثٌ رَقْمُ 2345 مَرْفُوعًا مِنْ حَدِيثِ أَبِي سَعِيدٍ الْخَدْرِيِّ، وَقَالَ صَحِيحُ الْإِسْنَادِ، وَوَافَقَهُ الذَّهَبِيُّ.
- (3) وَذَلِكَ إِذَا ((سَبَقَ إِلَى مَاءٍ بِئرًا)). التَّفْرِيعُ: 291/2.
- (4) النَّفْعُ: مَا اجْتَمَعَ فِي الْبئرِ مِنَ الْمَاءِ. يُنْظَرُ لِسَانُ الْعَرَبِ: مَادَّةُ نَفْعٍ.
- (5) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَه: 828/2 حَدِيثٌ رَقْمُ 2479 مَرْفُوعًا مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ. قَالَ الْبُوصَيْرِيُّ: إِسْنَادُهُ ضَعِيفٌ. يُنْظَرُ مُصْبَاحُ الزَّجَاجَةِ فِي زَوَائِدِ ابْنِ مَاجَه: 82/3. وَأَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ فِي الْمُسْتَدْرَكِ: 70/2 حَدِيثٌ رَقْمُ 2361 مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ مَرْفُوعًا، وَقَالَ: حَدِيثٌ صَحِيحٌ، وَوَافَقَهُ الذَّهَبِيُّ.
- (6) ((الرَّهُوُ: أَنْ تَكُونَ الْبئرُ بَيْنَ شَرَكَاءَ فِيهَا الْمَاءِ، فَيَكُونُ لِلرَّجُلِ فِيهَا فَضْلٌ، فَلَا يَمْنَعُ صَاحِبَهُ)). يُنْظَرُ الْمُسْتَدْرَكُ: 70/2.
- (7) تَقَدَّمَ عِنْدَ الْحَاكِمِ.
- (8) هَذِهِ الرِّوَايَةُ ((لَا يُمنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ...)) إلخ، أَخْرَجَهَا الْبُخَارِيُّ: 110/3 حَدِيثٌ رَقْمُ 2353، وَمُسْلِمٌ: 1198/3 حَدِيثٌ رَقْمُ 1566. كِلَاهُمَا مَرْفُوعًا مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ.
- (9) الدِّخَانُ: 24.
- (10) قَالَ الشَّيرَازِيُّ، وَقِيلَ: لَا يُمْلِكُ الْمَاءُ، وَالْمَذْهَبُ خِلَافُهُ. يُنْظَرُ التَّنْبِيهُ: 130.
- (11) إِذَا صَادَ صَيْدًا وَأَفْلَتْ مِنْهُ ثُمَّ صَادَهُ آخَرٌ؛ فَهُوَ لَهُ ((وَلَا حَقٌّ لِلأَوَّلِ فِيهِ إِلَّا أَنْ يَجِدَهُ بِقُرْبِ إِفْلَاتِهِ)). التَّفْرِيعُ: 291/2.

[استحباب التعاون في المرافق والبنيان]

[غرز الخشبة وغيرها في جدار الجار]:

قوله: ((يُسْتَحَبُّ لِمَنْ سَأَلَهُ جَارُهُ⁽¹⁾) وَرَدَ فِي الْحَدِيثِ: ((لَا يَمْنَعَنَّ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَغْرِزَ خَشْبَةً فِي جِدَارِهِ))⁽²⁾ فهذا يَقْتَضِي الْوُجُوبَ، وَيُعَارِضُهُ قَوْلُهُ - ﷺ -: ((لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ))⁽³⁾ فجمع مَالِكَ بين الحديثين، وقال: بالاستحباب⁽⁴⁾.

قوله: ((فَلَيْسَ لَهُ قَلْعُهَا))⁽⁵⁾ لِلْحَدِيثِ: ((الْعَائِدُ فِي هَبْتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ))⁽⁶⁾.
قوله: ((إِلَّا أَنْ يُرِيدَ هَدْمَ جِدَارِهِ))⁽⁷⁾ (8) لِأَنَّهُ إِنَّمَا أُذِنَ لَهُ فِي مِلْكٍ بَعِيْنِهِ⁽⁹⁾، فَإِذَا زَالَتْ تِلْكَ عَادَ إِلَى الْأَصْلِ مِنَ الِاسْتِحْبَابِ، وَكَذَلِكَ لَوْ تَصَدَّقَ بِذَلِكَ.

[فتح الكوة على الجار]:

قوله: ((وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَفْتَحَ فِي جِدَارِ نَفْسِهِ كُوءَةً))⁽¹⁰⁾ لِلْحَدِيثِ: ((لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ))⁽¹¹⁾ وَأَجَاذَهُ الشَّافِعِيُّ، لِأَنَّ التَّكْشِفَ حَرَامٌ، لَا يَجُوزُ الْإِقْدَامُ عَلَيْهِ، وَلَا يُلْزَمُ مَنْ فَتَحَ الْكُوءَ التَّكْشِفَ، وَوَجْهَ قَوْلِنَا سَدُّ لِلذَّرِيعَةِ عَلَى أَصْلِنَا، وَأَمَّا الْكُوءُ الْعَالِيَةُ لِلضَّوِّ فَيَجُوزُ؛ وَإِنْ أَمَكْنَ أَنْ يُتَوَصَّلَ إِلَى التَّكْشِفِ مِنْهُ بِسُلْمٍ، لَكِنَّهُ لَيْسَ الْغَالِبُ ذَلِكَ، وَقَدْ أَمَرَ عُمَرُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - بِنَصْبِ السَّرِيرِ تَحْتَهَا، فَإِنْ تَكْشَفَ مِنْهَا لَمْ يَجْزُ، وَإِلَّا جَازَ⁽¹²⁾؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ مِنْ ذَلِكَ (إِضْرَارٌ بِالْمَالِكِ)⁽¹³⁾.

-
- (1) ((وَيُسْتَحَبُّ... أَنْ يَأْذَنَ لَهُ فِي ذَلِكَ)). المصدر السابق: 292/2.
 - (2) أخرجه مسلم: 1230/3 حديث رقم 1609 من حديث أبي هريرة مرفوعا. والبخاري: 132/3 حديث رقم 2463 نحوه من حديث أبي هريرة.
 - (3) تقدم تخريجه.
 - (4) ينظر التمهيد: 224/10.
 - (5) وذلك إذا ((أذن لجاره أن يغرز خشبة له في جداره)). التفریع: 292/2.
 - (6) تقدم تخريجه.
 - (7) في (و) داره.
 - (8) إذا أذن له ((فليس له قلْعها؛ إلا أن يريد هدم جداره)). المصدر السابق.
 - (9) أي في شيء معين ومخصص، ولم يلتزم له بعدم هدم داره أو جداره.
 - (10) ((يُسْرِفُ مِنْهَا عَلَى جَارِهِ)). المصدر السابق.
 - (11) تقدم قبل قليل.
 - (12) ينظر المدونة: 474/4.
 - (13) في (و) إضرارا بالملك.

[منع الجار الشمس والهواء بإعلاء الجدار]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ أَنْ يُعْلِيَ الرَّجُلُ بِنَاءَهُ وَإِنْ أَضَرَ ذَلِكَ جَارَهُ)⁽¹⁾ مثل أن يمنع ضوئ الشمس وتظلم داره، لأنه ضرر غير مقصود، ويزول بأن يُعْلِيَ الآخر بناءه، وهذا عام في المسلم وفي الذمي، في مذهب الشافعي ثلاثة أقوال: الجواز، والمنع؛ لما فيه من العلو على المسلمين، والثالث: التفصيل بين أن يكون اشتراه كذلك؛ فيبقى، أو يكون أحدثه؛ فيُهدم.

[بناء وصيانة الحائط المشترك والتصرف فيه]:

قوله: (فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ إِلَّا بِإِذْنِ شَرِيكِهِ)⁽²⁾، لأنَّ كُلَّ جُزْءٍ مِنَ الْمَالِ الْمُشْتَرَكِ كَأَنَّمَا كَانَ، مِنْ جِدَارٍ أَوْ غَيْرِهِ، فَلَا (يَخْلُصُ لِأَحَدِهِمَا)⁽³⁾، فإذا تَصَرَّفَ (فيه؛ فقد تصرف) ⁽⁴⁾ في ملك غيره بغير إذنه.

قوله: (فَفِيهَا رَوَايَتَانِ)⁽⁵⁾ وَجْهُ الْجَبْرِ أَنَّهُ قَدْ التَزَمَ كُلُّ وَاحِدٍ لِمَالِكِهِ أَنْ يَتَسَتَّرَ مِنْهُ حِينَ بَنَى الْحَائِطَ بَيْنَهُمَا، فَكَانَ⁽⁶⁾ مَطْلُوبًا أَبَدًا بِمَا التَزَمَ مِنْ ذَلِكَ.

وَوَجْهُ أَنَّهُ لَا يُجْبَرُ؛ أَنَّ ذَلِكَ الْإِلْتِزَامُ إِنَّمَا كَانَ فِي شَيْءٍ مُعَيَّنٍ، وَقَدْ عُدِمَ؛ فَلَمْ يُلْزَمَ فِي غَيْرِهِ، فَعَلَى هَذَا يَقْتَسِمَانِ نَقْضَ الْحَائِطِ⁽⁷⁾ وَعَرَصَتَهُ، وَهِيَ: الْأَرْضُ الْمَبْنِيَّ هُوَ عَلَيْهَا⁽⁸⁾، وَهَذَا إِذَا كَانَتْ بَحِثٌ يُمَكِّنُ أَنْ يُبْنَى عَلَى حَظِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا حَائِطٌ يَتَسَتَّرُ بِهِ، وَإِنْ كَانَتْ ضَيْقَةً جُبِرَا عَلَى الْبِنَاءِ مَعًا؛ إِذْ لَا يُمَكِّنُ بَيْنَ ذَلِكَ، لَا مُتَتَاعَ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ بَنَى أَحَدُهُمَا عَلَى مَا صَارَ لَهُ وَمَا يَلِيهِ⁽⁹⁾ حَائِطٌ؛ لَكَانَ الْآخَرُ قَدْ انْتَفَعَ بِذَلِكَ مِنْ جِهَةِ التَّسَتُّرِ، وَمِنْ جِهَةِ اتِّسَاعِ دَارِهِ، وَلَمْ يَزِدْ⁽¹⁰⁾ شَيْئًا، وَذَلِكَ إِضْرَارٌ بِصَاحِبِهِ.

[إصلاح البئر المشتركة]:

وكذلك البئر المشتركة، فيها روايتان:

إحدهما: جَبُرُهما عَلَى بَنَائِهَا، لِأَنَّهُمَا عَلَى ذَلِكَ دَخَلَا.

- (1) التفريع: 293/2.
- (2) ((وذلك إذا كان حائط مشتركاً بين اثنين)). المصدر السابق.
- (3) في (و) يخاص أحدهما.
- (4) سقط من (و).
- (5) في الحائط المشترك ((وإذا انهدم... وكان سترة بين اثنين فأراد أحدهما بناءه وأبى الآخر)) المصدر السابق.
- (6) في (و) فكانا.
- (7) سقطت من (و).
- (8) العرصة: الأرض المبنية عليها الحائط.
- (9) وليس وراءه حائط.
- (10) في (و) يرد.

والثَّانِيَّة: أن يُقَسَمَ بينهما نقضها وماؤها، وبينى كل واحد منهما لنفسه، وهذا إذا كانت من السِّعَةِ بحيث يُمكن أن تصير ثِنْتَيْنِ، ويكون ماؤها يَنْبَعُ من وَسَطِهَا، لا مِنْ جَانِبِهَا، فَتُوضَعُ خَشْبَةٌ في وَسَطِهَا يُبْنَى عليها حَائِطٌ حَتَّى يَنْفَصِلَ ماؤها إلى ناحيتين. وَأَمَّا إذا كان من جَانِبِهَا فلا يُمكن قَسْمُهَا، ولكن يُجْبَرُ مَنْ أَبَى - أَنْ يَبْنِيَ - على بَيْعِ حَظِّهِ، أو يَبْنِيَ الَّذِي اختار البناء، ويمنعُه من الانتِفَاعِ مُدَّةً حَتَّى يكمل عنده مِنَ الانتِفَاعِ بِحَظِّهِ قَدْرَ نِصْفٍ ما أنْفَقَ.

[إصلاح مَسِيلِ الماء على سطح غيره]:

قوله: (فإِصْلَاحُ السَّطْحِ عَلَى رَبِّهِ) (1) لَأَنَّهُ مُخْتَصَّ بِمِلْكِهِ، وَإِنَّمَا لَصَاحِبِهِ حَقُّ الْجَرَيَانِ عَلَيْهِ.

[إصلاح ساقية الماء والنهر من بستان غيره]:

قوله: (فَتَنْقِيتُهُ عَلَيْهِمَا) (2) لَأَنَّهُمَا شَرِيكَانِ فِيهِ.

[إصلاح الأسفل والأعلى من البناء بين الشريكين]:

قوله: (ثُمَّ يَمْنَعُهُ الْإِنْتِفَاعُ) (3) أَيْ وَيَنْتَفِعُ (4) هُوَ بِقَدْرِ مَا أَنْفَقَ.

[بَدَلُ الماء لَصَاحِبِ الزَّرْعِ إذا غارت بئرُه]:

قوله: (فَعَلَيْهِ أَنْ يُمْكِّنَ صَاحِبَ الزَّرْعِ مِنْ فَضْلِ مَائِهِ) (5) هَذَا إِذَا كَانَ زَرْعٌ عَلَى أَصْلِ مَاءٍ، ثُمَّ عُدِمَ، لَأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ (6) الْإِضْرَارَ بِذَلِكَ بِهِ، وَأَمَّا إِنْ كَانَ زَرْعٌ وَلَا مَاءَ لَهُ؛ فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَى أَنْ يُمْكِّنْهُ مِنْ فَضْلِ مَائِهِ، لَأَنَّهُ قَصَدَ أَوَّلًا الْإِضْرَارَ بِهِ.

وَاخْتِلَافُ إِذَا مَكَّنْهُ؛ هَلْ يَكُونُ ذَلِكَ بِثَمَنِ أَمْ لَا؟ قَوْلَانِ:

فَوَجْهُ الْأَوَّلِ الْحَدِيثُ: ((لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ)) (7). وَوَجْهُ الثَّانِي: عَمُومُ الْحَدِيثِ: ((لَا يُمْنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ)) (8) وَبِنَاءٍ عَلَى هَلْ يُمْلِكُ الْمَاءُ أَوْ لَا؟ وَهَذَا إِذَا كَانَ فِي مِلْكِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي مِلْكِهِ؛ فَلَا يَأْخُذُ مِنْهُ شَيْئًا (9) الْبَتَّةَ.

(1) فِي ((مَنْ كَانَ لَهُ مَسِيلٌ مَاءٍ عَلَى سَطْحِ رَجُلٍ؛ فَانْهَدَمَ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(2) ((وَمَنْ كَانَ لَهُ شَرْبٌ فِي بَسْتَانِ رَجُلٍ، فَاحْتَاجَتْ سَاقِيَتُهُ... إِلَى تَنْقِيَةٍ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 294/2.

(3) إِذَا انْهَدَمَ سُفْلٌ وَعُلُوٌّ بَيْنَ اثْنَيْنِ، فَأَبَى صَاحِبُ السُّفْلِ الْبِنَاءَ؛ جَازَ لَصَاحِبِ الْعُلُوِّ الْبِنَاءَ وَيَمْنَعُ صَاحِبُ السُّفْلِ مِنَ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(4) صَاحِبُ الْعُلُوِّ، وَهُوَ الَّذِي قَامَ بِالْبِنَاءِ وَالْإِصْلَاحِ.

(5) وَذَلِكَ فِيمَنْ لَهُ زَرْعٌ ((فَغَارَتْ بَيْرُهُ وَانْقَطَعَ سَقِيُّهُ؛ وَلَجَّارَهُ بئرٌ فِيهَا فَضْلٌ عَنْ شَرْبِهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(6) صَاحِبُ الزَّرْعِ لَا يَقْصِدُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ الْإِضْرَارَ بِصَاحِبِ الْمَاءِ.

(7) تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ.

(8) تَقْدِمُ قَبْلَ قَلِيلٍ.

(9) مِنَ الثَّمَنِ.

باب في طَرْحِ السُّفْنِ

[طرح الإنسان من المَرْكَبِ لخوف الغرق]:

لا يجوز طَرْحُ شيءٍ مِنْ بَنِي آدَمَ؛ وَإِنْ رُجِيَتْ سَلَامَةُ الْبَاقِيْنَ، بخلاف سائر الحيوان، لأنَّه كما سُوِّعَ دَبْحُهَا فِي النَّدْكِيَّةِ، فكذلك يسوغ طَرْحُهَا فِي الْبَحْرِ، وبخلاف ما لو تَنَزَّسَ الْكُفَّارُ بِبَعْضِ الْمُسْلِمِينَ، فَإِنْ خِيفَ عَلَى بَيْضَةِ الْإِسْلَامِ جَازَ الرَّمْيُ عَلَيْهِمْ، وَإِلَّا فَلَا.

ولا يجوز الطَّرْحُ بِالمُسَاهَمَةِ كما في شَرَعٍ مَنْ قَبْلُنَا فِي قِصَّةِ يُوسُفَ - عَلَيْهِ السَّلَام - لَمَّا وَقَعَتِ الْفُرْعَةُ عَلَيْهِ وَرَمَى بِنَفْسِهِ فِي الْبَحْرِ، لِأَنَّ اللَّهَ - سُبْحَانَهُ - أَجْرَى لَهُمْ عَادَةَ أَنَّ السَّفِينَةَ لَا تَجْرِي إِذَا كَانَ فِيهَا عَبْدٌ أَبَقُ، وَلَمْ يُجْرَ ذَلِكَ لَنَا عَادَةً، فَلَا عِبْرَةَ بِهِ.

[طرح المتاع من المَرْكَبِ لخوف الغرق]:

وَأَمَّا السِّلَعُ؛ فَإِنَّهُ يَجُوزُ طَرْحُهَا بِإِذْنِ أَهْلِهَا وَبَغَيْرِ إِذْنِهِمْ إِذَا رُجِيَتْ السَّلَامَةُ، وَمَا طُرِحَ مِنْ ذَلِكَ إِذَا حُفِظَتْ بِطَرْحِهَا الْأَنْفُسُ؛ فَلَا شَيْءَ فِيهِ لِأَهْلِهِ، وَيَرُدُّ عَلَى الْمَذْهَبِ إِشْكَالٌ، وَهُوَ أَنَّ الْخَائِفَ فِي الْمَخْمَصَةِ إِذَا أَكَلَ مَالَ غَيْرِهِ؛ فَالْمَذْهَبُ أَنََّّهُ يَضْمَنُ وَإِنْ كَانَ قَدْ حَفِظَ نَفْسَهُ، وَقِيلَ: لَا يَضْمَنُ.

وَإِذَا رَجَوِ السَّلَامَةُ بِذَلِكَ، فَلَا يَجُوزُ لَهُمْ إِبْقَاؤُهُ، بَلْ يَعْصُونَ بِتَرْكِهِ، وَيَرُدُّ عَلَيْهِمْ - أَيْضًا - إِشْكَالٌ؛ وَذَلِكَ أَنَّهُ لَوْ قَاتَلَهُ إِنْسَانٌ، فَهَلْ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَسْلِمَ نَفْسَهُ أَوْ لَا، بَلْ يَقَاتِلُهُ؟ قَوْلَانِ، وَالْمَذْهَبُ الْجَوَازُ اعْتِبَارًا بِقِصَّةِ عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: مَا طُرِحَ بِإِذْنِ أَهْلِهِ فَلَا يُضْمَنُ.

[ضمان المتاع المطروح من المَرْكَبِ لخوف الغرق]:

قوله: (وَلَا شَيْءٌ عَلَى صَاحِبِ الْمَرْكَبِ) (1) أَيِ فِي الْمَرْكَبِ وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ (2) حِفْظًا لَهُ، لِأَنَّهُ لَوْ لَا ذَلِكَ لَتَلَفَ، وَلَكِنَّهُ إِنَّمَا كَانَتْ النِّجَاةُ بِهِ. قوله: (وَلَا عَلَى الْأَجْرَاءِ وَالرُّكَّابِ) (3) لَأَنَّهُمْ حَفِظُوا أَنْفُسَهُمْ لَا غَيْرَ (4).

(1) وذلك إذا طرح بعض ما فيه خوف الغرق؛ بإذن أهله أو بغير إذنهم. ينظر المصدر السابق: 295/2.
(2) أي وإن كان طرح بعض ما فيه حفظاً له.
(3) لأشياء ((على الركاب الذين لا مال لهم فيه)). المصدر السابق.
(4) لم يكن لهم مال يحفظونه معهم ليُحْسَبَ على ما طرح من جملة المتاع.

قوله: (وَمَا كَانَ مِنَ الرَّقِيقِ)⁽¹⁾ فيه قولان: أحدهما يُحْسَب، لأنه كَالسِّلْعِ لِلتِّجَارَةِ. والثَّانِي: لَا يُحْسَب، لأنَّهم مِمَّا لَا يَجُوزُ طَرْحُهُ فِي الْبَحْرِ.

قوله: (وَمَنْ كَانَ مِنَ الرَّقِيقِ نَوَاتِيَةً)⁽²⁾ (3) فيه القولان - أيضا - إِلَّا أَنْ وَجَّهَ قَوْلُهُ⁽⁴⁾: إِنَّ النِّجَاةَ حَصَلَتْ بِهِمْ فَصَارُوا كَالْمَرْكَبِ⁽⁵⁾.

قوله: (بِقَدْرِ أَثْمَانِهِمْ)⁽⁶⁾ فيه - أيضا - سَائِرُ الْأَقْوَالِ فِي الْمَتَاعِ، وقوله: ((يَوْمَ طَرْجِه))⁽⁷⁾ لأنه وَقْتُ التَّلَفِّ، أي عَلَى تَقْدِيرِ أَنْ لَوْ سَلِمَ، وَإِلَّا فَلَا قِيَمَةَ لَهُ يَوْمَئِذٍ.

قوله: (يَوْمَ حَمَلِهِ)⁽⁸⁾ لأنه سَبَبُ التَّلَفِّ، وقيل: مَا يُسَاوِي فِي الْبَلَدِ الَّذِي قَصَدُوهُ.

[ضمان حلِّ المراكب المشدودة ببعضها واصطدامها]:

قوله: (فَلَا شَيْءَ عَلَى مَنْ حَلَّه)⁽⁹⁾ لأنه إِنَّمَا فَعَلَ ذَلِكَ لِمَا خَافَ مِنْ تَلَفِهِ حِينَ كَانَ مُشَدُودًا مَعَ الْآخَرِ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ يَقُودُهُ⁽¹⁰⁾ بحبل فقطعه، ولو كان إِضْرَارًا غَرِمَ.

[اصطدام الفرسين والضمان المترتب عليه]:

قوله: (فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْآخَرِ)⁽¹¹⁾ بِخِلَافِ الْفَرَسَيْنِ⁽¹²⁾، والفرق أَنَّ الْفَارِسَ يُمَكِّنُهُ أَنْ يَصْرِفَ فَرَسَهُ عَلَى جِهَةِ الْآخَرِ، وَيَقْلِبُهُ كَيْفَ أَرَادَ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ الْمَرْكَبُ، وَلَوْ أَمَكَّنَهُ فِيهِ ذَلِكَ ضَمِنَ.

- (1) ما كان في المركب منهم ((للتجارة؛ حُسِبَ عَلَى أَرْبَابِهِ بِقَدْرِ أَثْمَانِهِمْ)). المصدر السابق.
- (2) النَّوَاتِيُّ: الْمَلَاوَنَةُ فِي الْبَحْرِ، وَهُوَ جَمْعُ نَوَاتِيٍّ. يَنْظُرُ لِسَانَ الْعَرَبِ: مَادَّةُ نَوَاتٍ.
- (3) مَنْ كَانَ مِنْهُمْ ((نَوَاتِيَةً؛ لَمْ يُحْسَبْ عَلَيْهِمْ شَيْءٌ)). التَّفْرِيعُ: 295/2.
- (4) وَهُوَ اقْتِصَارُ ابْنِ الْجَلَابِ عَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ فِي التَّفْرِيعِ؛ عَلَى أَنَّهُ لَمْ يُحْسَبْ شَيْءٌ عَلَى مَنْ كَانَ مِنَ الرَّقِيقِ نَوَاتِيَةً وَهُمْ الْمَلَاوَنَةُ. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
- (5) عِبَارَتُهُ تَوْهَمُ أَنَّ هَذَا قَوْلُ ابْنِ الْجَلَابِ، بَلْ هُوَ تَوْجِيهٌ لِقَوْلِ ابْنِ الْجَلَابِ الْمَشَارِ إِلَى فِيهِ الْهَامِشِ السَّابِقِ.
- (6) ((وَمَا كَانَ فِيهِ مِنَ الرَّقِيقِ لِلتِّجَارَةِ حُسِبَ عَلَى أَرْبَابِهِ بِقَدْرِ أَثْمَانِهِمْ)). المصدر السابق.
- (7) وَذَلِكَ وَقْتُ تَقْوِيمِ الْمَتَاعِ الْمَطْرُوحِ. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
- (8) وَقِيلَ: تَقْوِيمُ الْمَتَاعِ يَكُونُ ((يَوْمَ حَمَلِهِ فِي الْمَرْكَبِ)). المصدر السابق.
- (9) وَذَلِكَ ((إِذَا شَدَّ مَرْكَبٌ بِمَرْكَبٍ، ثُمَّ هَاجَتْ رِيحٌ؛ فَحَلَّ أَحَدُهُمَا مَرْكَبَهُ مِنَ الْآخَرِ... خَوْفًا مِنَ الْغَرَقِ، فَغَرِقَ الْمَحْلُولُ مِنْهُمَا)). المصدر السابق: 295/2.
- (10) فِي (و) يَقُودُ.
- (11) كَذَا وَرَدَتْ فِي النِّسَخَتَيْنِ. وَفِي التَّفْرِيعِ: الْآخَرُ. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
- (12) ((إِذَا اصْطَدَمَ مَرْكَبَانِ... فَانْكَسَرَ أَحَدُهُمَا فَلَا ضَمَانَ عَلَى الْآخَرِ؛ بِخِلَافِ الْفَرَسَيْنِ يَصْطَدِمَانِ)). المصدر السابق: 296/2.

كتاب الوكالة⁽¹⁾

[دليل مشروعيها]:

وأصلها - مِنْ شَرَعَ مَنْ قَبْلَنَا - قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾⁽²⁾ فقد استنابوه في ذلك، وفيه دليلُ الشَّرْكَةِ - أيضا - إِلَّا أَنَّهُ يَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ اشْتَرَى لِكُلِّ وَاحِدٍ عَلَى جِدَةٍ.

وَمِنْ شَرَعْنَا أَنَّهُ - ﷺ - ((دَفَعَ لِلصَّحَابِيِّ دِينَارًا لِيَشْتَرِيَ لَهُ أُضْحِيَّةً، فَاشْتَرَى لَهُ أُضْحِيَّتَيْنِ، فَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ، وَجَاءَ بِالْإِنَارِ وَالثَّانِيَةَ إِلَى النَّبِيِّ - ﷺ - فَقَبِلَ ذَلِكَ وَدَعَا لَهُ))⁽³⁾ وفيه دليلٌ عَلَى صِحَّةِ بَيْعِ الْفُضُولِيِّ وَشِرَائِهِ، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ⁽⁴⁾.

[الجائز والممنوع منها]:

وهي ضربان: جائزة، وممنوعة، فلا يجوز أَنْ يُؤْكَلَ عَلَى فِعْلٍ يَحْرُمُ عَلَيْهِ⁽⁵⁾، كَالظِّهَارِ مِنْ زَوْجَتِهِ، وَلَا عَلَى مَا لَا يَصَحُّ فِيهِ النِّيَابَةُ، كَالْيَمِينِ عَنْهُ، وَوَطْءِ زَوْجَتِهِ، وَلَا عَلَى الْخُدُودِ الَّتِي لَزِمَتْهُ.

وعند الشَّافِعِيِّ لَا يَجُوزُ أَنْ يُؤْكَلَ إِلَّا كَامِلُ التَّصَرُّفِ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ وَالصَّغِيرِ وَالسَّفِيهِ، فَاسْتِنَابَةُ هَؤُلَاءِ عِنْدَهُ بَاطِلَةٌ، وَيَجُوزُ ذَلِكَ عِنْدَنَا فِي الْعَبْدِ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ وَبِغَيْرِ إِذْنِهِ، وَكَذَلِكَ الصَّغِيرِ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ؛ فَيَشْتَرِي لَهُ وَيَلْزِمُهُ ذَلِكَ. والجائزة: مَا عَدَا ذَلِكَ.

[ضمان الوكيل في البيع والشراء]:

قوله: (وَالْوَكِيلُ مُؤْتَمَنٌ)⁽⁶⁾ أَيِ الْقَوْلُ قَوْلُهُ مَا لَمْ يَتَعَدَّ؛ فَيُخَالَفُ مَا شَرَطَ عَلَيْهِ الْمُؤَكَّلُ لَفْظًا أَوْ عُرْفًا.

(1) تَأَخَّرَ فِي التَّفْرِيعِ ذِكْرُ هَذَا الْكِتَابِ، وَجَاءَ بَعْدَ بَابِ الْهَبَةِ، وَحَلَّ مَحَلَّهُ ((بَابُ فِي الْقِسْمَةِ)). يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 296/2، 315.

(2) الْكَهْفُ: 19.

(3) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ: 207/4 حَدِيثُ رَقْمِ 3642 نَحْوَهُ مِنْ حَدِيثِ عُرْوَةَ بْنِ الْغَدَدِ مَرْفُوعًا، وَقَالَ ابْنُ حَبَرٍ: وَلَمْ أَرِ فِي شَيْءٍ مِنْ طَرُقِهِ أَنَّهُ أَرَادَ أُضْحِيَّةً، وَقَالَ: وَالْحَدِيثُ ضَعِيفٌ، لَكِنْ وَجَدَ لَهُ مُتَابِعٌ، فَقَدْ جَاءَ فِي سَنَدِهِ ذِكْرُ الْحَيِّ وَهُوَ الْقَبِيلَةُ، وَفِيهِ مِنَ الْجَهَالَةِ مَا هُوَ مَعْلُومٌ. يَنْظُرُ فَتْحُ الْبَارِيِّ: 635/6.

(4) وَالْمَشْهُورُ فِي مَذْهَبِ الْبُطْلَانِ. يَنْظُرُ الْمَجْمُوعُ شَرْحَ الْمَهْذَبِ: 216/9.

(5) عَلَى الْمُؤَكَّلِ.

(6) ((لَا يَضْمَنُ)). التَّفْرِيعُ: 316/2.

قوله: (فَجَدَهُ) (1) مثل أن يبيع (2) منه سلعة، فيدفعها له بغير (تَقْد، ثُمَّ) (3) يُنْكِر (4) ذلك كُلُّه، فهل يضمن الوكيل قيمة السلعة، لأنَّه تَعَدَّى بِدَفْعِهَا من غير ثَمَن ولا شهادة، فكان مُتَلِفًا لها، ويضمن ثَمَنُهَا، لأنَّه قد أذن له في البَيْع، وإِنَّمَا فَرَطَ فِي الثَّمَن؛ إذ لم يَقْبِضْهُ أو يُشْهَد به؟ قولان.

وإن باعها (5) منه بمائة ولم يَدْفَعْهَا (6) إليه فأنكر (7)، فيحلف ويبرأ، فحالت سوقها فصارت تساوي خمسين، فهل يضمن مازاد للموكل إذ فرط في أن لم يشهد عليه بالمائة، أو لا يضمن شيئاً، لأنَّ السِّلْعَةَ باقيةً بيده؟ قولان.

قوله: (وَكَلَّتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا) (8) يريد لا فرق بين زَوْجِهَا والأَجَنْبِيِّ في ذلك؛ وإن كان (9) أقرب إليها.

[إقرار الوكيل بقبض الحق لا ينفع الغريم شيئاً]:

قوله: (أَلَيْسَ يَنْفَعُ إِقْرَارُ الْوَكِيلِ) (10) يريد الخاص الذي وُكِّلَ على التَّصَرُّفِ في شَيْءٍ مُّعَيَّن، لأنَّه لَمَّا قَبِضَ فِي رَعْمِهِ فَقَدْ انْقَضَتْ وَكَالَتُهُ، فلم يَلْزَمِ الْمُوَكَّلَ تصديقُه، لأنَّه الآن ليس وكيلاً له، بخلاف الْمُفَوَّض، فهذا يلزم المُوَكَّلَ إِقْرَارُهُ، لأنَّه قد جعله بِمَنْزِلَتِهِ، وَصَدَّقَهُ فِي كُلِّ مَا يَدَّعِي، فلا يلزم الغريم شيءٌ (11) مع إقراره (12)، بخلاف دَفْعُهُ للخاص، لأنَّه فرط؛ إذ لم يُشْهَد عليه، ويَتَّبَعُ أَنَّهُمَا تَوَاطَئَا على ذلك.

وقال (13) في الأب يُزَوِّج ابنته الصَّغِيرَةَ، ثُمَّ يَدَّعِي أَنَّهُ قَبِضَ الصَّدَاقَ ولا بَيِّنَةٌ بذلك؛ فيغرم الزَّوْجُ، فَجَعَلَهُ هُنَا بِمَنْزِلَةِ الْوَكِيلِ الْخَاصِّ، وإن كان كَالْمُفَوَّضِ فيما عداه،

(1) وذلك فيما ((لو باع الوكيل ولم يُشْهَد على المُشْتَرِي، فجده؛ فإنه ضامن)). المصدر السابق.

(2) الوكيل.

(3) في (و) تقديم.

(4) المشتري.

(5) الوكيل.

(6) لم يدفع السِّلْعَةَ للمشتري.

(7) فأنكر المشتري الشراء.

(8) في بيع ((ثم ادَّعَتْ أَنَّهُ لم يعطها شيئاً؛ فليس عليه إلَّا يمينه ويبرأ)). المصدر السابق.

(9) الزوج.

(10) ((وإذا وُكِّلَ لقَبْضِ ماله فزعم الوكيل أنه قد أخذه، وليس للذي عليه الدَّيْنُ بَيِّنَةٌ بالدَّفْعِ والوكيل مُقَرَّرٌ

له)). المصدر السابق.

(11) في (و) شيئاً.

(12) إقرار الوكيل.

(13) لعله يريد قول مالك رحمه الله في هذه المسألة، غير أن ابن رُشْد نقل عن ابن القاسم الرُّجُوعَ على

الأب سواء قبض الصَّدَاقَ بَبَيِّنَةٍ أم لا، وخالفه ابن وهب وأشهب، وفرقا بينهما في ذلك؛ إذ لم يكن

للزوج سبيل للدُّخُولِ إلَّا بِدَفْعِ الصَّدَاقِ، ثم هو يتبع الأب المُقَرَّرَ في ذِمَّتِهِ. ينظر المدونة:

127/2، 126، والبيان والتحصيل: 70/5، 71.

والفرق أنه هنا يُتَّهَمَانِ عَلَى إِخْلَاءِ الْبُضْعِ عَنِ الصَّدَاقِ بِأَنْ يَتَوَاطَأَ مَعَ الزَّوْجِ عَلَى ذَلِكَ.

قوله: (وَلَيْسَ عَلَى الْوَكِيلِ إِلَّا الْيَمِينُ) (1) لأنه أمينٌ كما تقدّم.

[توكيل القريب نفسه عن الغائب للخصومة]:

قوله: (وَلَا يُخَاصِمُ عَنِ الْغَائِبِ قَرِيبُهُ) (2) أي لا فرق بين الورثة والأجنبي في ذلك؛ وإن كان المال ينتقل إلى الورثة بعد موته، فإن قدّمه الحاكم على ذلك صحّ كالأجنبي.

[البيع والشراء بعد موت الموكّل]:

قوله: (إِذَا اشْتَرَى بَعْدَ مَوْتِ الْمُوكَّلِ) (3) في ذلك ثلاثة أقوال:

المذهب فيها التفصيل بين أن يعلم؛ فلا يلزم الورثة، أو لا يعلم؛ فيلزمهم، لأن الأصل بقاء النّظر، وقيل: (لا يلزمهم) (4) مطلقاً، ((لأنّ العمْد والخطأ في أموال الناس سواء))، وهذا إذا مضى لموته (5) وقت الشراء قدر ما يمكنه أن يعرف ذلك فيه، كما اختلف في النسخ هل يجب القضاء من حين الوُصول (6) والعلم، أو من حين إمكان العلم (7)، وقيل: يلزمهم مطلقاً (8) وهذا أضعفها.

وقالوا: إذا طلق زوجته غائباً، ولم يصلها بذلك ولا علمته، فأنفقت من ماله وليست حاملاً؛ فإنه لا يرجع عليها، بخلاف الميّت (9) لا يعلم أنه طلقها، والفرق أن مال الميّت انتقل إلى الورثة، فأنفقت مال أجنبي، وكان ينبغي أن يستوي الموضعان، ((لأنّ العمْد والخطأ في أموال الناس سواء)) والزّوج قد صار بالطلاق أجنبياً، إلا أن الفرق قالوا: إنّ الحيّ قادرٌ على أن يوصل ذلك إليها، فهو بتفريطه قد سلّطها على ذلك؛ فلزمه.

(1) وذلك إذا وُكِّلَ عَلَى قَبْضِ ثَمَنٍ فِي بَيْعٍ، وَزَعِمَ أَنَّهُ قَبِضَهُ وَدَفَعَهُ إِلَى صَاحِبِ الْحَقِّ؛ فَلَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا الْيَمِينُ، وَعَلَى الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ الْبَيْتَةُ. ينظر التقرير: 316/2.

(2) لَا يَكُونُ ذَلِكَ ((إِلَّا بِوَكَالَةٍ أَوْ أَمْرٍ يُعْرَفُ)). المصدر السابق.

(3) فِي مَوْتِ الْمُوكَّلِ ((إِذَا اشْتَرَى الْوَكِيلُ... وَلَمْ يَعْلَمْ بِمَوْتِهِ؛ لَزِمَ الشَّرَاءَ وَرَثَتَهُ)). المصدر السابق.

(4) فِي (و) يَلْزَمُهُمْ. وَمَا أَثْبَتَهُ يَدُلُّ عَلَيْهِ الْحَدِيثُ بَعْدَ؛ بِأَنَّ الْوَكِيلَ يَتَحَمَّلُ تَبِعَةَ مَا اشْتَرَاهُ، سَوَاءً كَانَ عَنْ عَمْدٍ أَوْ خَطَأٍ.

(5) فِي (و) الْمَوْتِ.

(6) بِمَعْنَى بُلُوغِ الْعِلْمِ.

(7) مُرَادُهُ وَقُوعُهُ وَوُرُودُهُ، وَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ.

(8) عَلَى التَّأْوِيلَيْنِ فِي اخْتِلَافِ الْأَصُولِيِّينَ فِيمَنْ عِلْمُ الْحُكْمِ ثُمَّ نُسِيخُهُ، وَلَمْ يَبْلُغْهُ النَّسْخُ؛ فَهَلِ الْحُكْمُ مَنْسُوخٌ بِمَجْرَدِ وَرُودِ النَّسْخِ أَوْ بِالْعِلْمِ بِهِ؟، فَالْمَوْتُ كَالْوُرُودِ. ينظر المقدمات الممهّدات: 58/3، والذخيرة: 9/8.

(9) فَإِنَّهُ يُرْجَعُ عَلَيْهَا بِمَا أَنْفَقَتْ.

[تَصَرُّفُ الْوَكِيلِ الْمَفْوضِ وَخَلْعُهُ وَمَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ]:

قوله: (ثُمَّ فَوَّضَ إِلَيْهِ)⁽¹⁾ الْمَفْوضُ إِلَيْهِ يَقُومُ مَقَامَ الْمُوكِّلِ⁽²⁾ فِي الْإِقْرَارِ عَلَيْهِ وَالْإِنْكَارِ لَهُ، لَكِنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ⁽³⁾ أَنْ يُزَوِّجَ بِنْتَهُ وَلَا يَبِيعَ دَارَهُ، وَلَا يُعْتِقَ عَبْدَهُ، لِأَنَّ الْعُرْفَ قَاضٍ بَأَنَّهُ لَا يَجْعَلُ لَهُ التَّصَرُّفَ فِي ذَلِكَ حَتَّى يَنْصَحَ عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ لَا يَحْلِفُ عَنْهُ⁽⁴⁾ إِلَّا فِيمَا تَصَرَّفَ فِيهِ لَهُ، فَيَحْلِفُ عَلَى فِعْلِهِ⁽⁵⁾ نَفْسَهُ.

قوله: (فَلَا يَبْرَأُ غَرِيمٌ بِمَا دَفَعَ إِلَيْهِ)⁽⁶⁾ فِيهَا - أَيْضًا - ثَلَاثَةُ اقْوَالٍ⁽⁷⁾، قِيلَ: يَبْرَأُ مُطْلَقًا، لِأَنَّهُ وَإِنْ عَلِمَ، فَهُوَ مَجْبُورٌ عَلَى الدَّفْعِ بِالْحُكْمِ؛ إِذَا ثَبِتَ عِنْدَ الْحَاكِمِ الدَّيْنُ وَالتَّوَكُّلُ دُونَ الْعَزْلِ⁽⁸⁾، وَقِيلَ: لَا يَبْرَأُ، ((لِأَنَّ الْعَمْدَ وَالْخَطَأَ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ سَوَاءٌ)).
قوله: (وَإِنْ عَلِمَ بِذَلِكَ أَحَدُهُمَا)⁽⁹⁾ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْوَكِيلُ فَقَدْ دَفَعَ لغير وَكِيلٍ، وَالْخَطَأُ لَا يُفِيدُهُ، وَإِنْ كَانَ الدَّافِعُ⁽¹⁰⁾ فَأَحْرَى أَلَّا يَبْرَأَ.

[التَّجَاوُزُ وَالتَّأْخِيرُ فِي الْأَجْلِ خَاصٌّ بِالْوَكِيلِ الْمَفْوضِ]:

قوله: (نَظَرًا وَاسْتِيْلَافًا)⁽¹¹⁾: مِثْلُ أَنْ يَقُولَ لَهُ الْغَرِيمُ خُطِّ عَنِّي وَإِلَّا أَفْلَسْتُ، أَوْ يَحْطُّ لِقَرَابَةِ مُدْعِيَةٍ مِنَ الْمُوكِّلِ أَوْ صَحْبَةٍ أَكِيدَةٍ.

قوله: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَخْصُوصًا)⁽¹²⁾ لِأَنَّهُ إِنَّمَا وَكَّلَهُ عَلَى قَبْضِ شَيْءٍ خَاصٍّ، فَإِذَا حَطَّ بَعْضُهُ؛ فَلَمْ يَتَصَرَّفْ بِمَا جُعِلَ لَهُ فِيهِ مِنَ الْقَبْضِ.

[تَصَرُّفُ الْمُوكِّلِ وَالْوَكِيلِ فِي أَنْ وَاحِدٍ]:

قوله: (فَأَوَّلُ الْأَبَائِعِينَ أَحَقُّ)⁽¹³⁾ لِأَنَّهُ إِنْ تَقَدَّمَ بَيْعُ الْمُوكِّلِ فَقَدْ عَزَلَهُ، أَوْ بَيْعُ⁽¹⁴⁾ الْوَكِيلِ فَلَمْ يُصَادِفِ الثَّانِي مَحَلًّا.

(1) ((وَمَنْ وَكَّلَ وَكِيلاً، وَفَوَّضَ إِلَيْهِ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَاقْتِضَاءِ الدَّيْنِ...)). التَّفْرِيعُ: 317/2.

(2) فِي (غ) الْوَكِيلِ.

(3) فِي (و) لَنَا.

(4) فِي (و) عِنْدَهُ.

(5) سَقَطَتْ مِنْ (غ).

(6) وَذَلِكَ إِذَا ((وَكَّلَ وَكِيلاً وَفَوَّضَ إِلَيْهِ... ثُمَّ خَلَعَهُ وَأَشْهَدَ عَلَى خَلْعِهِ؛ وَلَمْ يَعْلَمْ بِذَلِكَ غَرْمَاؤُهُ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(7) ثَالِثُهَا: أَنَّهُ يَبْرَأُ إِذَا دَفَعَ الْغَرِيمُ وَلَمْ يَعْلَمْ، وَلَا يَبْرَأُ إِذَا عَلِمَ. يَنْظُرُ الْمَقْدِمَاتُ الْمَمْهَدَاتُ: 56/3.

(8) لِأَنَّهُ لَوْ ثَبِتَ الْعَزْلُ بِالْحُكْمِ؛ فَلَيْسَ لَدَيْهِ حُجَّةٌ يَبْرَأُ بِهَا فِيمَا دَفَعَ.

(9) عَنْ عِلْمِ الْغَرِيمِ وَعِلْمِ الْوَكِيلِ بِعَزْلِهِ ((فَإِنْ عَلِمَ بِذَلِكَ أَحَدُهُمَا... لَمْ يَبْرَأِ الْغَرِيمُ)). التَّفْرِيعُ: 317/2.

(10) وَهُوَ الْغَرِيمُ، دَفَعَ وَهُوَ يَعْلَمُ بِعَزْلِ الْوَكِيلِ.

(11) ((وَإِذَا حَطَّ الْوَكِيلُ الْمَفْوضُ إِلَيْهِ، أَوْ آخَرَ نَظَرًا أَوْ اسْتِيْلَافًا؛ جَاز)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(12) فَلَا يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ الْمَخْصُوصِ ((مَا حَطَّ، أَوْ آخَرَ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(13) وَذَلِكَ ((إِذَا بَاعَ الْأَمْرُ وَبَاعَ الْوَكِيلُ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(14) أَوْ تَقَدَّمَ بَيْعُهُ.

قوله: (إِلَّا أَنْ يَقْبِضَ الثَّانِي السِّلْعَةَ فَهُوَ أَحَقُّ) (1) هذا إذا جهل الزَّمنَ، وأمَّا إذا عَلمَ فهي للأوَّل (2)؛ إِلَّا أَنْ يَفُوتَ عِنْدَ الثَّانِي فِيضْمنَ الْقِيَمَةَ، لِأَنَّهُ مُتَعَدِّ شَرعاً بِالْقَبْضِ، خِلافَ النِّكَاحِ، فَإِذَا دَخَلَ الثَّانِي فَقَدْ فَاتَتْ؛ وَإِنْ عَلمَ الزَّمنَ فَهِيَ لِلثَّانِي كَالْجَهْلِ.

[مخالفة الوكيل في تصرفه لغير ما يُشبهه المُعتاد]:

قوله: (فَقَدْ تَعَدَّى) (3) لِأَنَّ الْأَصْلَ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ الْبَيْعُ بِالنَّقْدِ؛ فَيَرْجِعُ إِلَيْهِ، وَكَذَلِكَ إِذَا أَخَذَ رَهْنًا، لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ أَذِنَ لَهُ فِي الْبَيْعِ بِالْكَالِيِّ وَكَانَ الرَّهْنُ مِمَّا يُغَابُ عَلَيْهِ؛ فَقَدْ أَدْخَلَهُ فِي ضَمَانٍ، وَجَعَلَ لِلرَّهْنِ (4) حَظًّا مِنَ الثَّمَنِ (5)، وَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ فَيَصِحُّ، لِأَنَّهُ اسْتَوْثَقَ لَهُ.

قوله: (وَلَمْ يَصِفْ لَهُ ذَلِكَ) (6) يَجُوزُ عِنْدَنَا أَنْ يُوكِّلَهُ عَلَى شِرَاءِ شَيْءٍ غَيْرِ مَوْصُوفٍ، وَيَرْجِعُ فِيهِ إِلَى الْعُرْفِ، خِلافًا لِلشَّافِعِيِّ؛ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ إِلَّا مَعَ الصِّفَةِ (7)، لِأَنَّهُ لَا يُعَوَّلُ عَلَى الْعُرْفِ، إِلَّا فِي إِطْلَاقِ النَّقْدِ (8)؛ فَيَرْجِعُ إِلَى عُرْفِ الْبَلَدِ، لِأَنَّ ذَلِكَ شَيْءٌ مَشْهُورٌ، بِخِلافِ غَيْرِهِ.

قوله: (بَاعَ بِالْعُرُوضِ مَا يُبَاعُ بِالْعَيْنِ) (9) مِثْلُ أَنْ يَبِيعَ لَهُ فَرَسًا بِجَمَلٍ، فَهَذَا شِرَاءُ جَمَلٍ لَا بَيْعُ فَرَسٍ.

قوله: (مَا لَا يُشَبِّهُ) (10) مِثْلُ أَنْ تَكُونَ عَادَتُهُ اسْتِخْدَامَ الزَّيْنِجِ فَيَشْتَرِي لَهُ تُرْكِيًّا، أَوْ بِالْعَكْسِ.

قوله (فَابْتَاَعَهَا بِخَمْسَةِ) (11) إِنْ كَانَتْ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي شَرَطَ عَلَيْهِ فَقَدْ أَحْسَنَ، وَلَوْ أَمَرَهُ بِشِرَاءِ جَارِيَةٍ بِمِائَةٍ، وَاشْتَرَى لَهُ جَارِيَتَيْنِ بِمِائَةٍ، كُلُّ وَاحِدَةٍ عَلَى الصِّفَةِ الْمَطْلُوبَةِ؛ فَقِيلَ: يَلْزَمُهُ ذَلِكَ، لِأَنَّهُ فَعَلَ خَيْرًا لَهُ، وَقِيلَ: لَا يَلْزَمُهُ، لِأَنَّهُ لَوْ عَلمَ أَنَّهُ يَجِدُ

(1) مستثنى من قوله: ((فَأَوَّلُ الْبَيْعَيْنِ أَحَقُّ)). المصدر السابق.

(2) فِي (غ) لِلأَوَّلِ أَبَدًا.

(3) وَكَذَلِكَ ((إِذَا بَاعَ الْوَكِيلُ بِالذَّيْنِ)). المصدر السابق: 318/2.

(4) فِي (و) الرَّهْنِ.

(5) لِأَنَّ الْبَيْعَ بِالْأَجَلِ غَالِبًا مَا يَكُونُ أَكْثَرُ مِنَ الْحَاضِرِ بِسَبَبِ الْغَرَرِ، فَالرَّهْنُ هُنَا لَهُ حَظٌّ مِنَ الثَّمَنِ، فَيُحَظُّ مِنَ الثَّمَنِ بِسَبَبِهِ.

(6) ((إِذَا وَكَّلَهُ عَلَى شِرَاءِ جَارِيَةٍ أَوْ ثَوْبٍ وَلَمْ يَصِفْ لَهُ ذَلِكَ؛ فَإِنْ اشْتَرَى لَهُ مَا لَا يُشَبِّهُهُ أَنْ يُبْتَاعَ لِمِثْلِهِ، لَمْ يَلْزَمْهُ... وَيَلْزَمُ ذَلِكَ الْوَكِيلَ)). المصدر السابق.

(7) يَنْظُرُ التَّنْبِيهِ: 109، 110.

(8) عِنْدَ الْإِطْلَاقِ يَرَادُ بِهِ الْبَيْعُ بِالنَّقْدِ فَيُرْجَعُ فِيهِ لِلْعُرْفِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ فِي الْفَقْرَةِ الَّتِي قَبْلُهَا.

(9) فِي تَعْدِي الْوَكِيلِ ((وَكَذَلِكَ إِنْ بَاعَ بِالْعُرْضِ مَا يُبَاعُ بِالْعَيْنِ)). التَّفْرِيعُ: 318/2.

(10) ((فَإِنْ اشْتَرَى مَا لَا يُشَبِّهُهُ أَنْ يُبْتَاعَ لِمِثْلِهِ، لَمْ يَلْزَمْهُ)). المصدر السابق.

(11) وَكَذَلِكَ إِذَا ((وَكَّلَهُ عَلَى شِرَاءِ سِلْعَةٍ بَعْشَرَةً، فَابْتَاَعَهَا بِخَمْسَةٍ، فَإِنْ كَانَتْ عَلَى الصِّفَةِ؛ لَزِمَتْهُ)). المصدر السابق.

الجارية بخمسين ما قال له بمائة، وقيل: إن اشترى إحداهما قبل الأخرى؛ لزمته الأولى فقط، وكانت الثانية من الوكيل، وإن اشتراهما معاً، فإن كان بائعهما ممّا لا يبيعهما إلّا معاً لزمته معاً، وإن كان ممّا قد كان يبيعهما مفترقتين لم تُلزمه.

قوله: (وَلَوْ زَادَ يَسِيرًا) (1) بخلاف النقص يسيراً (2)، لو باع ما حُدّ فيه مائة بدون المائة بدينار (3)؛ لم يلزمه، لأنّه ليس له إخراج ملكه إلّا بما أراد، وفي الشراء (4) يقول: لم يتحصّل مقصودك إلّا بذلك.

قوله: (فَعَلَيْهِ غُرْمُهُ ثَانِيَةً) (5) لأنّه إنّما اشترى له على ذمّته (6)، لا على شيء مُعيّن، بخلاف ما إذا دفع (7) له الثمن قبل الشراء فتلف؛ فلا يلزمه غُرْمُهُ ثَانِيَةً، لأنّه أذن له في التصرف في مُعيّن؛ فلمّا تلف بطل التصرف، وقيل: يلزمه غُرْمُهُ - أيضاً - لأنّ الشراء إنّما هو على ما في الذمّة، والثمن إنّما هو في مُقابلة ما في الذمّة، والمذهب الفرق بين البيع فلا تتعيّن الدراهم والدنانير فيه، وبين الوكالة فتتعيّن فيها، لأنّه حصل له تصرف في شيء بعينه.

[توكيل العبد والنصراني والابتياع منهما]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ أَنْ يُوَكَّلَ عَبْدًا مَحْجُورًا عَلَيْهِ) (8) خلافاً للشافعي، وينبغي (9) ألاّ يستتیب عبداً ولا صغيراً إلّا بإذن السيّد والوليّ، فإن فعل لزمه ذلك، مثل أن يعتق عنه، أو يشتري (10) له شيئاً.

قوله: (وَيُكْرَهُ أَنْ يُوَكَّلَ نَصْرَانِيًّا) (11) فإن كان أمة لا يخالف ما جعل له، فهو مكروه؛ لما فيه من الاستعلاء على المسلمين، وإن كان غير مأمون فحرام، لأنّه يبيع بالرّبا، ولا فرق بين كونه عبداً له أو أجنبياً.

(1) وذلك إذا وكلّه على الشراء بعشرة، فابتاعها بعشرين؛ فهو مخير في أخذها وردها، ولو زاد يسيراً لزمته الزيادة. ينظر المصدر السابق.

(2) في هذه الحالة لا يلزم الوكيل بالبيع.

(3) لو باع ما حدّده المؤكّل بمائة، فباعه الوكيل بمائة إلّا ديناراً؛ لم يلزمه.

(4) إذا زاد الوكيل فيه يسيراً عمّا حدّده المؤكّل.

(5) إذا وكلّ الوكيل لبيّته له ولم يدفع له الثمن فاشترى، ثم دفع له الثمن وضاع منه؛ فعليه غُرْمُهُ. ينظر المصدر السابق.

(6) على ذمّة المؤكّل، فعلى المؤكّل غُرْمُهُ.

(7) دفع المؤكّل للوكيل.

(8) المصدر السابق: 319/2.

(9) وينبغي على المحجور عليه.

(10) في (و) يشتريه.

(11) المصدر السابق.

وإذا باع الكافر ما هو حرام علينا بثمن، فلا يجوز أن يُباع منه⁽¹⁾ بعين ذلك الثمن.

[مُعَامَلَةُ الظَّلْمَةِ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ]:

وفي البيع من الظلمة قولان: الحُرْمَةُ، لأنَّ ما بأيديهم للنَّاسِ، فهو مَحْجُورٌ عليهم شرعاً، فلا تجوز مُعَامَلَتُهُمْ، وقيل: إنَّ كان الغالبُ على أموالهم الحرام؛ لم يَجْزِ، وإن كان العكس؛ جاز.

(1) فلا يجوز أن يُباع له شيءٌ مقابل ذلك الثمن الذي تعيَّنت فيه الحرمة، لأنَّه مالٌ حرام ناتجٌ عن بيع شيءٍ محرَّم باعه الكافرُ.

كتاب القِسْمَةِ (1)

[مشروعاتها وأنواعها]:

أصلها قَوْلُهُ - ﷺ -: ((الشفعة فيما لم يُقسَم)) (2) دلَّ على شرعها.
وهي على ثلاثة أضرب: بتراضٍ، وهذه يَبِيعُ من البيوع، يخرج عن حظِّه لحظَّ صاحبه.

وبتقويم وبتعديل، وهي التي تكون بالجبر، ولا بُدَّ فيها من القرعة.
وأصلها - في شرع مَنْ قَبَلْنَا - قَوْلُهُ - تعالى -: ﴿إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ (3)، وقَوْلُهُ - عزَّ وجلَّ -: ﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾ (4)، وفي شَرَعْنَا أَنَّهُ - ﷺ -: ((سَاهَمَ بَيْنَ عَبِيدٍ الَّذِي أَعْتَقَ جَمِيعَهُمْ بَعْدَ مَوْتِهِ)) (5).
والثالثة: بالمُهايَاة، وهي خاصَّةٌ بِقِسْمَةِ المنافع مع بقاء الأعيان.

[قِسْمَةُ الْأَمْوَالِ الْمُشْتَرَكَةِ]

قوله: (فِي دَارٍ أَوْ أَرْضٍ) (6) إذا كانت مِمَّا يَصِحُّ قِسْمَتُهَا.
قوله: (وَتُقَسَّمُ الثِّيَابُ) (7) لا بُدَّ أَنْ تكون من نَوْعٍ واحد، كَالْهَرَوِيَّةِ (8) وَالْقُوْهِيَّةِ (9)؛
وإن اختلفت في القيمة، وكذلك الحيوان لا بد أن يكون من نوع واحد، وذلك أَنَّ الْقِسْمَةَ على خلاف الأصل، لأنَّ الْمُشَاعَ ليس معلومًا عند الْمُخَالَفِ حَتَّى يَنْقَسِمَ، وهو وإن كان عندنا معلومًا، فإذا اختلف النُّوعُ كَثُرَ الْخَطَرُ، لَأَنَّهُ يَنْوِي كُلُّ وَاحِدٍ أَنْ يَخْرُجَ لَهُ فِي سَهْمِهِ بَعْضُ الْأَنْوَاعِ.

- (1) في التفریع جاء بابُ القِسْمَةِ بعد باب طَرْحِ السُّفْنِ. ينظر المصدر السابق: 295/2، 296.
- (2) أخرجه البخاري: 79/3 حديث رقم 2213 مرفوعاً من حديث جابر.
- (3) آل عمران: 44.
- (4) الصافات: 141.
- (5) أخرجه مسلم: 1288/3 حديث رقم 1668 نحوه من حديث عمران بن حصين مرفوعاً ((أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ سِتَّةَ مَمْلُوكِينَ لَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ، لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ، فَدَعَا بِهِمْ رَسُولُ اللَّهِ - ﷺ - فَجَزَاهُمْ أَثْلَاثًا، ثُمَّ أَقْرَعَ بَيْنَهُمْ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ، وَأَرْقَ أَرْبَعَةَ، وَقَالَ لَهُ قَوْلًا شَدِيدًا)).
- (6) ((إِذَا كَانَ بَيْنَ جَمَاعَةٍ شَرَكَةٍ فِي دَارٍ أَوْ أَرْضٍ، وَطَلَبَ أَحَدُهُمُ الْقِسْمَةَ... أُجْبِرُوا عَلَى الْقِسْمَةِ)). التفریع: 294/2.
- (7) ((وَتُقَسَّمُ الثِّيَابُ وَالْعُرُوضُ وَالْحَيَوَانُ وَالذَّوَابُ بَيْنَ أَرْبَابِهَا)). المصدر السابق.
- (8) الثِّيَابُ الْهَرَوِيَّةُ: ثِيَابٌ مِنْ رَقِيقِ الْقُطْنِ يُصَفَّرُ سِدَادُهَا بِالرَّعْفَرَانِ، أَوْ الْكُمُونِ وَنَحْوِهِ، فَتَأْتِي إِلَى الصُّفْرِ (()). مواهب الجليل في شرح مختصر خليل: 149/3، ولسان العرب، مادة: هرا.
- (9) الثِّيَابُ الْقُوْهِيَّةُ مَعْرُوفَةٌ مَنَسُوبَةٌ إِلَى قُوْهِسْتَانَ، وَالْقُوْهِيُّ: ضَرْبٌ مِنَ الثِّيَابِ بَيَضٌ. ينظر لسان العرب: مادة قوه.

وأما في قسمة المراضاة فيجوز كل ذلك⁽¹⁾، لأنها في الحقيقة بيع لا قسمة. ولا يُبالي باختلاف الأغراض⁽²⁾ إذا كانت من نوع؛ لقرب الأمر في ذلك، فإذا كانت من نوع مثل عشرة أثواب بين ثلاثة أشخاص بالسواء، فيعمل منها ثلاثة أجزاء متساوية؛ لمكان الضرورة في القسمة، مثل أربعة وخمسة وواحد⁽³⁾، ثم تُكتب أسماؤهم في رقاع ويُختم عليها، ويُؤمر شخص بأن يفرقها عليها، ولو فضل ثوب كان مشتركا حتى يُباع، فيقسم ثمنه، ويجوز أن تُقدر الأجزاء بدارهم أو دنائير زائدة أو ناقصة؛ لمكان الضرورة في القسمة.

[حكم ما لا ينقسم من الأموال]:

قوله: (أَجْبَرَ الَّذِي أَبِي عَلَى الْبَيْعِ)⁽⁴⁾ لأنه ليس يرتفع الضرر إلا بذلك. قوله: (فَفيها رَوَاتَانِ)⁽⁵⁾ وَجْهُ الْقَسَمِ أَنَّهَا مِمَّا يَجُوزُ قِسْمَتُهُ لِرَفْعِ الضَّرَرِ وَعَوْدِ الْمَنْفَعَةِ الْأُولَى⁽⁶⁾. وَوَجْهٌ أَنَّهَا لَا تُقَسَّمُ أَنَّهُ قَدْ يُمَكِّنُ أَنْ يَخْرُجَ لِكُلِّ وَاحِدٍ أَمَامَ بَيْتِ صَاحِبِهِ، وَذَلِكَ أَضَرُّ مِنَ الْأَوَّلِ.

[ضَمُّ الْمُتَقَارِبِ وَتَفْرِيقِ الْمُتَفَاوِتِ فِي الْقِسْمَةِ]:

قوله (مُتَقَارِبِ الْمَنَافِعِ)⁽⁷⁾ مثل أن يكون كل واحد يُرَادُ⁽⁸⁾ لِلسُّكْنَى أَوْ [لِلْحَضَارَةِ]⁽⁹⁾ أَوْ لِلتِّجَارَةِ، وَلَوْ كَانَتْ بِبِلَادٍ مُخْتَلِفَةٍ لَمْ يَجُزْ أَوْ بِمَوَاضِعٍ تَخْتَلِفُ مِنَ الْبَلَدِ الْوَاحِدِ؛ إِلَّا عَلَى التَّرَاضِي فِيجُوزُ. قوله: (مُخْتَلِفَةِ الْبِنَاءِ)⁽¹⁰⁾ لَمَّا كَانَ أَرْضُهَا وَاحِدًا لَمْ يُبَالِ بِاخْتِلَافِ بَنَائِهَا؛ فِيجُوزُ⁽¹¹⁾، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ بَعْضُ الْأَجْزَاءِ بِنَاءً وَالثَّانِي عَرْصَةً⁽¹⁾.

- (1) ما تماثل من الأشياء وما اختلف.
- (2) في (و) الأعراض. والمراد بعدم المبالاة بالاختلاف هنا في قسمة القرعة في النوع الواحد؛ ولو اختلفت أغراضه.
- (3) في بيان طريقة القرعة؛ تتم بتعيين هذه الأرقام للشركاء، وتمييز الأجزاء المراد قسمتها.
- (4) وذلك إذا كان بين رجلين ما لا ينقسم فتشاحا، وأراد أحدهما البيع وأبى الآخر. ينظر التفريع: 296/2.
- (5) وذلك إذا قُسمَت الدَّارُ وبقيت عَرْصَتُهَا، أي ساحتها مرفقا لأهلها. ينظر المصدر السابق.
- (6) لأن المنفعة مجانسة للمنفعة الأولى التي قبل القسم.
- (7) ما كان من الدور والأرضين مشتركة، ((مُتَقَارِبِ الْمَنَافِعِ؛ ضَمُّ فِي الْقِسْمَةِ وَلَمْ يَفَرَّقْ)). المصدر السابق: 297/2.
- (8) في (و) يريد.
- (9) في (و) و (غ) للحضارة. والحضارة بفتح الحاء وكسرها: الإقامة في الحضر. ينظر لسان العرب، مادة: حضر.
- (10) ((وإذا كانت الدَّارُ مختلفة البناء قُسمَت بِالْقِيَمَةِ وَعَدِلَتْ، وَضُرِبَ عَلَيْهَا بِالسَّهَامِ، إِلَّا أَنْ يَتَخَايَرَ أَرْبَائُهَا؛ فِيجُوزُ)). المصدر السابق.
- (11) سقطت من (و). فيجوز السَّهَامُ وَالتَّخَايَرُ.

قوله: (وَضُرِبَ عَلَيْهَا بِالسَّهَامِ)(2) أي يُجْعَلُ اسْمُ كُلِّ وَاحِدٍ فِي سَهْمٍ، ثُمَّ يُزْمَى بِعَدِّ أَنْ يَتَّفِقُوا عَلَى أَنَّ مَنْ خَرَجَ اسْمُهُ أَخَذَ الْجُزْءَ الْكَذَا.

قوله: (إِذَا كَانَ مُخْتَلَفَ النَّخْلِ وَالشَّجَرِ)(3) لِأَنَّ أَرْضَهُ وَاحِدَةٌ، فَلَمْ يُبَالِ بِاخْتِلَافِ شَجَرِهِ.

[القسمة على السَّهَامِ]:

قوله: (عَلَى أَقَلِّ السَّهَامِ)(4) أي الَّتِي فِي الْفَرَائِضِ، وَهِيَ الثُّمْنُ، فَإِذَا اجْتَمَعَ مِنْ لَهُ ثَمْنٌ وَسَدْسٌ وَثَلَاثَانِ، جُعِلَتْ كُلُّهَا أَثْمَانًا فَيُعْطَى الثُّمْنُ لِمَنْ هُوَ لَهُ، ثُمَّ يُقَسَّمُ الْبَاقِي عَلَى خَمْسَةِ(5)، فَإِنْ خَرَجَ اسْمُ صَاحِبِ السُّدُسِ أَخَذَ جُزْءًا مِنَ الْخَمْسَةِ، وَإِنْ خَرَجَ اسْمُ صَاحِبِ الثُّلُثَيْنِ ضَمَّ إِلَيْهِ مَا يَلِيهِ إِلَى تَمَامِ أَرْبَعَةٍ.

قوله: (وَأَفْرَعُ بَيْنَ الْبَاقِينَ)(6) مثاله أَنْ تَكُونَ زَوْجَةً وَابْنٌ وَبِنْتُ، فَيُقَسَّمُ الْمَلِكُ عَلَى ثَمَانِيَةٍ، فَإِنْ خَرَجَ مِنْ لَهُ الثُّمْنُ أَخَذَهُ، ثُمَّ يُفْرَعُ بَيْنَ الْبَاقِي مَنْ يَأْخُذُ الْجِهَةَ الَّتِي تَلِي الثُّمْنَ الْمَأْخُوذَ.

[الجمع في القرعة بين اثنين في حصّة واحدة]:

قوله: (لَا يَجْمَعُ الْقَاسِمُ بَيْنَ اثْنَيْنِ)(7) لِأَنَّ لِكُلِّ(8) وَاحِدٍ مِنَ الْبَاقِينَ حَقًّا فِي ذَلِكَ، فَلَا يَخْرُجُ عَنْ ذَلِكَ إِلَّا بِالْقُرْعَةِ، مِثْلُ أَنْ تَقُولَ: الْبِنْتُ وَالزَّوْجَةُ نَخْرُجُ فِي جُزْءٍ بَيْنَنَا، فَذَلِكَ يُسْقِطُ حَقَّ الْإِبْنِ مِنَ الْإِخْتِيَارِ(9)؛ إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَقَلُّ السَّهَامِ الَّتِي وَقَعَتْ عَلَيْهَا الْقِسْمَةُ لِأَكْثَرِ مِنْ وَاحِدٍ، مِثْلُ الزَّوْجَاتِ فِي الثُّمْنِ؛ فَإِنَّهُ يَجْمَعُ بَيْنَهُنَّ فِيهِ عَلَى الْإِشَاعَةِ حَتَّى يَقْتَسِمَ قِسْمَةً أُخْرَى إِنْ شِئْنَا.

-
- (1) وَالْعَرَصَةُ: كُلُّ بُقْعَةٍ بَيْنَ الدُّورِ وَاسِعَةٍ لَيْسَ فِيهَا بِنَاءٌ. يَنْظُرُ لِسَانَ الْعَرَبِ: مَادَّةُ عَرَصٍ.
 - (2) بَعْدَ أَنْ تُقَسَّمُ بِالْقِيَمَةِ وَتُعَدَّلُ؛ إِذَا كَانَتْ الدَّارُ مُخْتَلَفَةً الْبِنَاءِ. يَنْظُرُ التَّفْرِيعُ: 297/2.
 - (3) وَكَذَلِكَ الْحَكْمُ ((فِي الْحَائِطِ إِذَا كَانَ مُخْتَلَفَ النَّخْلِ وَالشَّجَرِ؛ قُسِمَ عَلَى الْقِيَمَةِ وَالتَّعْدِيلِ، ثُمَّ ضُرِبَ عَلَيْهِ بِالسَّهَامِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
 - (4) ((وَتُقَسَّمُ الدُّورُ وَالْأَرْضُونَ عَلَى أَقَلِّ السَّهَامِ)) الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
 - (5) لِلنَّظَرِ بَيْنَ السُّدُسِ وَالثُّلُثَيْنِ، فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ سِتَّةٍ، فَيُعْطَى لِصَاحِبِ السُّدُسِ سَهْمٌ وَاحِدٌ مِنْ خَمْسَةٍ، وَلِصَاحِبِ الثُّلُثَيْنِ أَرْبَعَةٌ أَسْهُمٍ مِنْ خَمْسَةٍ، وَبَقِيَ وَاحِدٌ مِنْ سِتَّةٍ لِلرَّدِّ لَمْ يَعْتَبَرْهُ لِلْخِلَافِ فِي رَدِّهِ، وَلِذَا قُسِمَ عَلَى خَمْسَةٍ اخْتِصَارًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.
 - (6) وَذَلِكَ بَعْدَ أَخْذِ مَنْ لَهُ الْقَدَرُ مِنَ الشَّرَكَاءِ؛ يُفْرَعُ بَيْنَ الْبَاقِينَ حَتَّى يَسْتَوْفُوا حَقُوقَهُمْ. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
 - (7) لَا يَجْمَعُ بَيْنَهُمَا ((إِلَّا أَنْ يَتَرَاضَى الشَّرَكَاءُ كُلُّهُمْ بِذَلِكَ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
 - (8) فِي (و) كُلِّ.
 - (9) لِأَنَّ الْإِبْنَ وَالْبِنْتَ هُنَا كِلَاهُمَا يَأْخُذُ بِالتَّعْصِيبِ، فَقَدْ بَقِيَ مَعَهَا عَلَى الشُّيُوعِ، وَحَقُّ الْبِنْتِ مُخْتَلَفٌ عَنْ حَقِّ الزَّوْجَةِ، فَأَصْحَابُ التَّعْصِيبِ يُفْرَعُ فِيمَا بَيْنَهُمْ عَلَى حِدَةٍ، وَأَصْحَابُ الْفُرُوضِ كَذَلِكَ. يَنْظُرُ مَدُونَةُ الْفَقْهِ الْمَالِكِيِّ وَادِلَتُهُ: 790/4.

[أَجْرَةُ الْقَاسِمِ عَلَى عَدَدِ الرُّؤُوسِ]:

قوله: (بِالسَّوِيَّةِ)⁽¹⁾ لَأَنَّ قَدْرَ التَّعَبِ وَاحِدٌ، وكذلك أَجْرَةُ الْكَاتِبِ بَيْنَهُمْ عَلَى الرُّؤُوسِ.

قوله: (وَلَيْسَتْ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمْ)⁽²⁾ هذا قولٌ ثانٍ، والأوَّلُ⁽³⁾ المذهب.

[الاختلاف في الجهات المطلوب القرعة فيها]:

قوله: (اِخْتَلَفَا فِي الْقُرْعَةِ)⁽⁴⁾ مثل أن يقول أحدهم: نبدأ أوَّلًا من هذه الجهة فيكون الأَخْذُ منها أوَّلَى، وقال الباقي: لا من جهة أخرى فيُقَسَّمُ على تلك الجهة، فإذا تَعَيَّنَتْ أَسْهُمٌ على من يأخذ أوَّلًا⁽⁵⁾، وكذلك فيما بقي، وهذا إنما يضطرُّ إليه إذا كان الْمُقْتَسِمُونَ ثلاثة فأكثر.

[ما لا ينقسم]:

قوله: (فَكُلُّ مَا [لَا يُجْبَرُ])⁽⁶⁾ عَلَى قِسْمَتِهِ⁽⁷⁾ يعني ممَّا لَا يُمَكَّنُ قَسْمُهُ؛ لَا يُقَسَّمُ بِالتَّقْوِيمِ وَالتَّعْدِيلِ إِلَّا بِالتَّرَاضِي⁽⁸⁾، فَكُلُّ مَا يُقَسَّمُ بِالتَّقْوِيمِ يُقَسَّمُ بِالتَّرَاضِي، وَلَا يَنْعَكُسُ⁽⁹⁾.

[القسمة بين الورثة]:

قوله: (وَلَيْسَتْ عَلَى قَدْرِ الرُّؤُوسِ)⁽¹⁰⁾ هذا بَيِّنٌ، لَأَنَّ الْإِعْتِبَارَ إِنَّمَا هُوَ بِالسَّهْمِ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ سَهْمٌ فِي الْفَرِيضَةِ كَثَلَتَيْنِ وَلَدًا؛ قُسِمَ الْمَلِكُ عَلَى ثَلَاثَيْنِ جُزْءًا. قوله: (وَلَا يُفَرَّقُ بَيْنَ أَهْلِ سَهْمٍ فِي الْقِسْمِ)⁽¹¹⁾ لِنَلَا تَشْغَبَ⁽¹²⁾ الْأَجْزَاءَ وَتَصْعَبُ، وَلَكِنْ بَعْدَ ذَلِكَ إِنْ اخْتَارَ أَهْلُ السَّهْمِ الْقِسْمَةَ؛ قُسِمَ بَيْنَهُمْ ثَانِيًا.

- (1) ((وأجرة القاسم عليهم بالسَّوِيَّةِ)). التفريع: 298/2.
- (2) تُقَسَّمُ ((بِالسَّوِيَّةِ، وَلَيْسَتْ عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمْ فِي الْمَلِكِ)). المصدر السابق.
- (3) وهو على الرُّؤُوسِ، والرَّأْيُ الثَّانِي: عَلَى قَدْرِ الْحِصَصِ، وَهَوَالِ الشَّافِعِيِّ أَيْضًا. يَنْظُرُ الذَّخِيرَةُ: 462/5، وَمَوَاهِبُ الْجَلِيلِ: 220/4.
- (4) إِذَا اِخْتَلَفَ أَحَدُ الْمُتَقَاسِمِينَ فِي الْقُرْعَةِ عَلَى جِهَةٍ بَعِينِهَا، وَأَرَادَ الْآخَرُ سِوَاهَا؛ أَفْرَعَ بَيْنَ الْجِهَتَيْنِ. يَنْظُرُ التَّفْرِيعُ: 298/2.
- (5) الْمُرَادُ مِنْهُ إِذَا تَعَيَّنَتْ الْجِهَةُ بَعْدَ الْقُرْعَةِ عَلَى مَنْ يَأْخُذُ أَوَّلًا؛ فَالْأَخْذُ بِهِ أَوَّلَى.
- (6) فِي (و) وَ (غ) يُجْبَرُ، وَفِي التَّفْرِيعِ: ((وَكُلُّ مَا لَا يُجْبَرُ عَلَى قِسْمَتِهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ. وَمَا أُثْبِتَ مُنَاسِبٌ لِلْسِّيَاقِ وَمَعَ مَا ذَكَرَهُ الشَّارِحُ.
- (7) ((فَلَا يَجُوزُ أَنْ يُسَهَّمُ عَلَيْهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
- (8) لَا يُقَسَّمُ إِلَّا قِسْمَةَ مَرَاضَاةٍ، وَلَيْسَ بِالْقُرْعَةِ.
- (9) لَيْسَ كُلُّ مَا يُقَسَّمُ بِالتَّرَاضِي يُقَسَّمُ بِالتَّقْوِيمِ، لِأَنَّ التَّرَاضِي قِسْمَةُ مَرَاضَاةٍ وَهِيَ بَيْعٌ لَا يَرُدُّ بِالْغِبَنِ، وَإِذَا دَخَلَهَا التَّقْوِيمُ أَخَذَتْ حُكْمَ الْقُرْعَةِ تَرَدُّدًا بِالْغِبَنِ. يَنْظُرُ مَدُونَةُ الْفَقْهِ الْمَالِكِيِّ وَأَدْلَتُهُ: 789/4.
- (10) ((القسمة بين الورثة على قدر السَّهْمِ)). التفريع: 298/2.
- (11) الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
- (12) بِمَعْنَى: تَصْعَبُ. يَنْظُرُ لِسَانُ الْعَرَبِ، مَادَّةُ شَغَبَ.

[قسمة الحَمَام]:

قوله: (وإذا كان حَمَامٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ)⁽¹⁾ سببُ الخلاف؛ هل المقصودُ في القِسْمة إزالةُ الضَّررِ بالشَّرْكة، أو مع ذلك عَوْدُ الْمَنْفَعَةِ الْأُولَى؟ فعلى الأولى يجوز، وَيَتَصَرَّفُ كُلُّ واحدٍ في حِظِّهِ بما شاء، وعلى الثاني: لايجوز؛ لتعذرِ المنفعة الأولى⁽²⁾، ولذلك تُمنَعُ قسمةُ الْخُفَيْنِ وَالتَّوْبِ ونحوه.

(1) ((فأراد أحدهما قسَمَتَهُ وأبى الثاني؛ ففيها روايتان)). المصدر السابق.
(2) لأنه إذا كان المقصود من القسمة عَوْدُ الْمَنْفَعَةِ الْأُولَى التي كانت قبل القسمة، والاستفادة منه كما كان وقت الشَّرْكة؛ فهي متعذرة الآن؛ إذ لا يمكن الاستفادة منه بعد القسمة.

كتاب الشُّفْعَة

[أصلها ومشروعيتها ولَمَنْ تجب وفيما تكون]:

الأصل فيها قوله - ﷺ -: ((لا شُفْعَة فيما لا يَنْقَسِم))⁽¹⁾ ((فإذا وَقَعَتِ الْخُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ فلا شُفْعَة))⁽²⁾، وفي بعض الروايات ((فلا يَحِلُّ له أن يبيع حَظَّهُ حتَّى يُعْلِمَ شريكه))⁽³⁾ وفيه فوائد، منها أنَّ القسمة مشروعة، ومنها أنَّ الشُّفْعَة إنَّما تكون فيما يَنْقَسِم، ومنها أنَّه لا شُفْعَة للجار، خلافاً لأبي حَنِيفَةَ⁽⁴⁾؛ احتجَّ بقوله - صلى الله عليه وسلم -: ((الْجَارُ أَحَقُّ بِصَقِيهِ))⁽⁵⁾ (6) والجار هنا عندنا (7) الشَّريك، لأنَّه يُسَمَّى جارا كما تُسَمَّى الزوجة جارة، وهذا المذهب عندنا من الضَّعْف بحيث يُنْقَضُ حُكْمُ الحاكم به⁽⁸⁾ عندنا، وذلك أنَّ قوله - ﷺ -: ((إذا وَقَعَتِ الْخُدُودُ وَصُرِفَتِ الطُّرُقُ)) أي صار الطَّرِيقُ إليه طريقين، فلا شُفْعَة، فهذا نَصٌّ، لأنَّه عند ذلك صار كُلُّ واحد منهما جارا للثَّاني⁽⁹⁾، وذلك - أيضا - قوله - ﷺ -: ((وَقَعَتِ الْخُدُودُ)) على أنَّ الشُّفْعَة لا تكون فيما يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ من العُرُوض والحيوان، واستدلَّ بعضُ العلماء بزيادة الرواية المذكورة⁽¹⁰⁾ على أنَّ الشُّفْعَة تجب للشَّريك قبل بيع شريكه، فأجاز له الْأَخْذُ بها حينئذٍ، ولا تجب عندنا إلَّا بعد البيع، إلَّا أن يكون البيع على الخيار فلا تجب؛ إلَّا إذا لزم، وأخذه قبل ذلك⁽¹¹⁾ شراءً لا شُفْعَة.

قوله: (مُسْتَحَقَّةٌ)⁽¹²⁾ أي واجبةٌ إن⁽¹³⁾ لم يُسْقِطْها⁽¹⁾.

- (1) أخرج مالك نحوه في الموطأ: 717/2 حديث رقم 4، من حديث عثمان موقوفاً.
- (2) أخرجه البخاري: 79/3 حديث رقم 2213 من حديث جابر مرفوعاً.
- (3) لم أجده بهذه الرواية، وقد ذكر هذا اللفظ ابن رشد من كلامه بلفظ الكراهة ولم يعزه لأحد. ينظر البيان والتحصيل: 347/7.
- (4) ينظر المبسوط: 91/14.
- (5) الصَّقَب: القُرْب والملاصقة، أي ما قُرِب من داره. ينظر فتح الباري: 437/4.
- (6) أخرجه البخاري: 27/9 حديث رقم 6977 من حديث أبي رافع مرفوعاً.
- (7) في (و) عنده. ذكر ابن بطلال على أن معنى الجار عند الأحناف على حقيقته، فهو غير الشريك. ينظر شرح صحيح البخاري لابن بطلال: 380/6.
- (8) تفسير الجار بغير الشريك؛ يُنْقَضُ إذا حكم به الحاكم لضعفه.
- (9) لأنه عندما رُسِمَتِ الحدود والمعالم خرج عن كونه شريكاً، فهو جارٌ له، بينهما فاصل يمنع من الشُّفْعَة.
- (10) المراد بها ((فلا يحل له أن يبيع حَظَّهُ حتَّى يعلم شريكه))... إلخ.
- (11) قبل إتمام البيع.
- (12) ((والشُّفْعَة في الدُّور والأرضين مُسْتَحَقَّةٌ))). التفریع: 299/2.
- (13) سقطت من (و).

قوله: (لَا شُفْعَةَ فِي عَرْضِ)⁽²⁾، لَأَنَّهُ مِمَّا يُحَوَّلُ وَمِمَّا لَا يَطُولُ بَقَاؤُهُ، بخلاف الأرض.

قوله: (لِلْخَلِيطِ)⁽³⁾ أي للشريك.

قوله: (وَلَيْسَ لِلْجَارِ شُفْعَةٌ)⁽⁴⁾ تنبيه على الخلاف.

قوله: (لَا شُفْعَةَ فِي طَرِيقِ)⁽⁵⁾ لَأَنَّهُ مِمَّا لَا يُقْسَمُ، وكذلك الْمَسِيلُ وَالْبُئْرُ، لَأَنَّهُ لَا تَقْسَمُ غَالِبًا، وَفَحْلُ النَّخْلِ، وهذا حديث⁽⁶⁾، ومعناه إذا لم يكن بينهما أَرْضٌ⁽⁷⁾ سوى ذلك.

قوله: (وَمَنْ كَانَ لَهُ فِي دَارٍ طَرِيقٌ)⁽⁸⁾ أي ممرٌّ على دار إلى بيته، لَأَنَّ هَذَا إِنَّمَا لَهُ مَنْفَعَةٌ لَا أَصْلٌ⁽⁹⁾، وكذلك الذي له مَنْفَعَةٌ جَرِي الْمَاءِ.

وأراد بالسَّابِطِ⁽¹⁰⁾ أن تكون له منفعة فيه، كالمُرُور تحتَه، أو توقيف دابة أو نحو ذلك، وهو بناءٌ فيه انحناءٌ كالسَّقِيفَةِ، ويجوز على القول بالشفعة في المنافع، واختلف في شَرْعِ الشُّفْعَةِ، هل هو لإزالة الضَّرَرِ في القسمة، أو لضرر الشَّرْكَاءِ؟ ينبغي على ذلك لو استأجر⁽¹¹⁾ داراً بينهما، فباع أحدهما حظَّه، فقال ابْنُ الْقَاسِمِ: لَا شُفْعَةَ لِلثَّانِي، لَأَنَّهُ لَا قِسْمَةَ وَلَا يَطُولُ⁽¹²⁾ أيضاً ذلك⁽¹³⁾، وقال أَشْهَبُ: لَهُ الشُّفْعَةُ لضرر الشَّرْكَاءِ.

[الشُّفْعَةُ عَلَى قَدْرِ الْأَنْصِبَاءِ]:

قوله: (عَلَى قَدْرِ الْأَنْصِبَاءِ)⁽¹⁴⁾ مثل لو كان مَوْضِعٌ بَيْنَ أَنْاسٍ، لأَحَدِهِمْ نَصْفُهُ، وللثاني ثُمْنُهُ، وللثالث ثلاثة أثمانه، فباع صاحبُ النِّصْفِ؛ فلهما الشُّفْعَةُ فِيهِ أَرْبَاعاً⁽¹⁵⁾

(1) الْمُسْتَحَقُّ، وهو الشَّفِيعُ أو الشَّرِيكُ.

(2) المصدر السابق.

(3) (الشُّفْعَةُ لِلْخَلِيطِ، وليست للجار)). المصدر السابق.

(4) المصدر السابق.

(5) المصدر السابق.

(6) تقدم تخريجه، وهو جزء من حديث: ((لا شفعة فيما لا ينقسم)).

(7) إذا كانت الأرض متصلة بهما فيدخلان في القسمة، وبذلك تكون فيهما الشفعة تبعاً للأرض. ينظر مدونة الفقه المالكي وأدلته: 760/4.

(8) ((فلا شفعة له فيه)). التفریع: 299/2.

(9) في (غ) الأصل.

(10) ذكره ابن الجلاب في بعض النسخ من التفریع، وعطفه على الطريق والمسيل. والسَّابِطُ: سقيفة بين حائطين تحتها طريق. ينظر المصدر السابق، ولسان العرب، مادة: سبط.

(11) في (و) استأجر.

(12) لا يطول مدة بقاء الإيجار.

(13) سقطت من (و).

(14) ((الشُّفْعَةُ عَلَى قَدْرِ الْأَنْصِبَاءِ، وليست على عدد الرؤوس)). التفریع: 299/2.

(15) لصاحب الثمن واحد من أربعة، وللآخر ثلاثة أرباع.

لا أنصافاً، فإن أسقط أحدهما الشُّفْعَةَ لم يكن للثَّاني أن يشفع إلَّا في جميع النِّصف، لا بقدر ماله⁽¹⁾، لأنَّ المشتري⁽²⁾ أن يقول: إن شَفَعْتُ بقدر مَالِكَ أَدَخَلْتُ عليَّ ضرراً بالتَّشْقِيقِص⁽³⁾.

[قَدْرُ الشُّفْعَةِ بَيْنَ أَهْلِ الْمِيرَاثِ وَالْأَجَانِبِ]:

قوله: (وَأَهْلُ كُلِّ سَهْمٍ أَحَقُّ)⁽⁴⁾ مثل أن يكون الورثة زوجات وجدَّات وبنين، والتركة نصف دينار، فباعَت إحدى الزَّوجات، فالشُّفْعَةُ في المبيع لباقي الزَّوجات، فإن أبَّين فالشُّفْعَةُ للجدَّات، وهم أهل السَّهم الثَّاني، لأنَّ أهل السَّهم مُقَدَّمُونَ على العَصْبَةِ، لأنَّهم ورثوا بالفَرَض، فإن أبَّين فالعَصْبَةُ، فإن أبَّوا فالشُّفْعَةُ للأجانب أهل الصِّنْف الثَّاني، هذا المذهب.

وقيل: إذا باع واحدٌ من الورثة استوى الباقيون بالأخذ بالشُّفْعَةِ دون السَّهم، والعَصْبَةُ دون الشُّركاء الأجانب، وكذلك إن أبى الوارث من أهل السَّهم استوى الباقيون، وقيل: استوى الورثة والأجانب في ذلك.

قوله: (وَإِنْ بَاعَ بَعْضُ الْعَصْبَةِ)⁽⁵⁾ استوى العاصِبُ وذو السَّهم، لأنَّ المبيع⁽⁶⁾ ليس ممَّا وُورِث بالفَرَض.

[الشُّفْعَةُ فِي السَّهْمِ الْمَوْهوبِ]:

قوله: (وَمَنْ وَهَبَ)⁽⁷⁾ حكى بعضُ أصحابنا الإجماعَ على ألاَّ شُفْعَةُ فِي الْمَوْرُوثِ⁽⁸⁾، لأنَّه انتقل جَبْرًا بغير عَوْض، ولم يقصد المَيْتُ إضرارًا، وفي الميراث قولٌ شاذٌّ أنَّ فيه الشُّفْعَةَ لعموم الحديث، وهل تُقَاسُ الهَبَةُ على الميراث بجامع ألاَّ عَوْض، أو يُفَرَّقُ بينهما بالاختيار في الهَبَةِ والجَبْرِ في الميراث؟.

قوله: (وَمَنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً)⁽⁹⁾ هذا كالبيع، لأنَّه انتقال ملك بعَوْض، وكذلك الخُلْعُ.

[الشُّفْعَةُ فِي سَهْمٍ دُفِعَ فِي صَدَاقٍ]:

قوله: (بِقِيَمَتِهِ دُونَ صَدَاقِ الْمِثْلِ)⁽¹⁰⁾ هذا المذهب، لأنَّه أُجْرِيَ على الأصول،

(1) لا بما ينوبه من ثَمَنٍ أو ثلاثة أثمان.

(2) المراد به غير الشريك.

(3) التَّشْقِيقِص: التَّقْطِيع. ينظر لسان العرب، مادة شقص.

(4) ((أَحَقُّ بِشُفْعَتِهِمْ))، التفریع: 299/2.

(5) إذا باع بعضهم حقَّه ((فالشُّفْعَةُ لذوي السَّهم والعصبة جميعاً)). المصدر السابق: 300/2.

(6) في (غ) البيع.

(7) ((ومن وهب سهما من دار... ففيها روايتان، إحداهما أنَّ فيه الشُّفْعَةَ بقيمته)). المصدر السابق.

(8) بمعنى؛ ليس للشريك شفعة في الشيء الموروث، لأنه انتقل إلى الورثة من غير اختيار من الميت.

(9) ومن تزوجها ((يسهم في أرض... ففيه الشُّفْعَةُ بقيمته)). المصدر السابق.

(10) ((ومن تزوج امرأة بسهم في أرض... ففيه الشُّفْعَةُ بقيمته دون صداق المثل)). المصدر السابق.

وهذا أعدل للفريقين، لأنَّ النَّكاحَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْمُكَارَمَةِ، فقد يبذل لها أكثر من صدق المِثْل أو أقل، وكذلك قد(1) يقع الخُلْع بأقلَّ من خُلْع المِثْل وبأكثر، وصدق المِثْل وخُلْعُه في ذلك قولٌ شاذٌّ عندنا، وهو قول الشَّافِعِيِّ، ووجهه أنَّ الْمُعْتَبَر في الشُّفْعَةِ الثَّمَنُ الَّذِي بذله المشتري، وهو العِوضُ الَّذِي يقابل البُضْع هنا، وقيمة البُضْع تقوم مقامه.

[الشُّفْعَةُ فِي سَهْمِ صَوْلِحَ بِهِ عَلَى دَمٍ عَمْدٌ:]

قوله: (وَمَنْ صَالَحَ مِنْ دَمٍ عَمْدٌ)(2) اعتبر هنا قيمة السَّهْم، لأنَّ الدِّيةَ لا تتعيَّن، لأنَّ الواجب في العَمْدِ الْقَصَاصُ عَلَى المشهور، وقيل: التَّخْيِيرُ بَيْنَ الدِّيةِ وَالْقَصَاصِ، وقد يقع الصِّلْحُ بأقلَّ(3) أو أكثر من الدِّية، فكانت قيمة السَّهْمِ عَدْلًا بينهما.

[الشُّفْعَةُ فِي سَهْمِ صَوْلِحَ بِهِ عَلَى دَمٍ خَطَأً:]

وأما في الخطأ فالدِّية فيه متعيَّنة، فالصِّلْح عنها بيعٌ من البيوع، وليس في ذلك مُكَارَمَةٌ وَلَا مُسَامَحَةٌ في الغالب، كما لو كان عليه دينٌ فصالحه بشيء، فهو كبيعه.

[الشُّفْعَةُ فِي الثَّمَرَةِ:]

وفي الشُّفْعَةِ فِي الثَّمَرَةِ قولان: المنع، لأنَّ ذلك ممَّا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ، وَالْجَوَازُ، كأصله، وثالثٌ بالتَّفْصِيلِ بَيْنَ أَنْ تَكُونَ رِقَابُ الْأَصُولِ بَيْنَهُمَا، فَتَجُوزُ الشُّفْعَةُ، أَوْ لَا تَكُونَ الرِّقَابُ بَيْنَهُمَا، مِثْلَ أَنْ يَغْرُوَا ثَمَرَةً حَائِطٌ [بَيْنَهُمَا](4)، فلا شفعة.

[بيع ما شفعة فيه وما لا شفعة فيه في صفقة واحدة:]

قوله: (فَلِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ مَا فِيهِ)(5) الشُّفْعَةُ(6) ولا كلام للمشتري بأن يقول: ليس لك أن تُبْعِضَ صفقتي، لأنَّه لما اشترى شيئاً مُشَاعاً؛ فقد دخل على ذلك، ولا ينفعه جَهْلُهُ، لأنَّ الجَهْلَ بِالْأَحْكَامِ الثَّابِتَةِ شَرْعاً لَا يَنْفَعُ الْجَاهِلَ.

[مَنْعُ الشَّفِيعِ مِنْ تَجْزِئَةِ السَّهْمِ الْمُبَاعِ:]

قوله: (إِلَّا أَنْ يَأْخُذَ الْجَمِيعَ أَوْ يَتْرُكَهُ)(7) مثاله أن يكون له حَظٌّ مِنْ دَارٍ، وَ(8) حَظٌّ مِنْ أَرْضٍ وَشَرِيكُهُ وَاحِدٌ، فَيَبِيعُ الْحَظَّيْنِ فِي صَفْقَةٍ، فَلَيْسَ لِلشَّرِيكِ أَنْ يَأْخُذَ بِالشُّفْعَةِ فِي أَحَدِهِمَا، لِأَنَّهُ يُبْعِضُ الصَّفْقَةَ، وَقَدْ يَكُونُ قَصْدُ الْمُشْتَرِي فِي ذَلِكَ الَّذِي يَأْخُذُ فِيهِ

(1) سقطت من (و).

(2) ((ومن صالح من دم عمد على سهم من دار، ففي ذلك الشُّفْعَةُ بقيمة السَّهْم)). المصدر السابق.

(3) سقطت من (غ).

(4) في (و) و (غ) بينهم.

(5) في (و) في.

(6) وذلك إذا ((باع ما فيه الشُّفْعَةُ وما لا شفعة فيه)). المصدر السابق.

(7) وذلك إذا أراد الشَّفِيعُ أَنْ يَأْخُذَ بَعْضَ السَّهْمِ، فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ. ينظر المصدر السابق.

(8) في (و) أو.

بالشفعة.

قوله: (فَلَمَنْ بَقِيَ أَنْ يَأْخُذَ الْكُلَّ بِشَفْعَتِهِ) (1) لَأَنَّهُ تَنْزَلُ مَنْزِلَةَ التَّارِكِينَ، وَلِأَنَّ (2) أَخَذَهُ بِحَظِّهِ تَشْقِيقٌ لِلصَّفَقَةِ، وَإِدْخَالُ الضَّرَرِ عَلَى الْمُشْتَرِي، فَلَا يُمَكِّنُ مِنْ ذَلِكَ.

[غِيَابُ بَعْضِ الشَّفَعَاءِ لَيْسَ مَبْرَرًا لِتَجْزِئَةِ الصَّفَقَةِ]:

قوله: (وَإِذَا كَانَ بَعْضُ الشَّرَكَاءِ حُضُورًا وَبَعْضُهُمْ غُيْبًا) (3) لَا خِلَافَ أَنَّ (4) الْغَائِبَ لَا تَسْقُطُ شَفَعَتُهُ وَإِنْ طَالَ أَمْرُ غُيْبَتِهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ عَالِمًا بِالْبَيْعِ؛ فَيَكُونُ كَالْحَاضِرِ، وَفِيهِ خِلَافٌ، قِيلَ: لَا تَسْقُطُ شَفَعَتُهُ مُطْلَقًا كَالْغَائِبِ، بِخِلَافِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ، وَالْفَرْقُ أَنَّ الشَّفْعَةَ ابْتِيَاغٌ يَأْخُذُ بِهِ مَتَى شَاءَ، وَفِي الْعَيْبِ يَقُولُ بَائِعُهُ: لَوْ رَدَدْتَ إِلَيَّ كُنْتُ أَبِيعُهُ مَعَ الْعَيْبِ بِذَلِكَ الثَّمَنِ، وَقَدْ حَالَتْ الْآنَ سَوْقُهُ، وَقِيلَ: الْأَخْذُ بِالشَّفْعَةِ كَالرَّدِّ بِالْعَيْبِ يَسْقُطُ مَتَى مَضَى مِنَ الْبَيْعِ أَمَدٌ يُمَكِّنُ فِيهِ الرَّدُّ، وَقِيلَ: لَا يَسْقُطُ إِلَّا بَعْدَ مُدَّةٍ، وَاخْتَلَفَ فِيهَا، فَقِيلَ: سَنَةٌ، وَهُوَ الْمَذْهَبُ، وَقِيلَ: ثَلَاثَ سِنِينَ، وَقِيلَ: خَمْسٌ، وَقِيلَ: مَا يُعْلَمُ بِالْعُرْفِ أَنَّهُ تَرَكَ الْأَخْذَ بِهَا.

[عُهْدَةُ الشَّفِيعِ الْغَائِبِ]:

قوله: (وَإِذَا قَدِمَ الْغَائِبُ) (5) وَاخْتَلَفَ إِذَا قَدِمَ الْغَائِبُ (6) وَأَخَذَ بِالشَّفْعَةِ، هَلْ تَكُونُ عُهْدَتُهُ عَلَى الْمُشْتَرِي؟ وَهُوَ الْمَذْهَبُ، لِأَنَّ الشَّفِيعَ الْأَوَّلَ إِنَّمَا نَابَ فِي الْأَخْذِ بِالشَّفْعَةِ عَنِ الْغَائِبِ، وَلَيْسَتْ الشَّفْعَةُ بَيْعًا فِي الْحَقِيقَةِ، وَلِذَلِكَ صَحَّتْ بِالْقِيَمَةِ وَإِنْ كَانَتْ مَجْهُولَةً فِي الْحَالِ، وَيَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ أَنَّ الْبَيْعَ يَكُونُ الْبَائِعُ وَالْمُشْتَرِي فِيهِ بِالْخِيَارِ، وَالْمَشْفُوعُ مِنْهُ هُنَا مُجْبُورٌ (7) شَرْعًا، وَقِيلَ: الْعُهْدَةُ عَلَى الشَّفِيعِ الْحَاضِرِ، لِأَنَّهُ قَدْ تَمَلَّكَ ذَلِكَ بِالشَّفْعَةِ، ثُمَّ انْتَقَلَ مِنْهُ إِلَى الْغَائِبِ، فَكَانَتْ الْعُهْدَةُ عَلَيْهِ، وَهُوَ قَوْلُ أَشْهَبَ.

[الْبَيِّنَةُ الدَّالَّةُ عَلَى سَقُوطِ الشَّفْعَةِ]:

قوله: (أَوْ يَظْهَرُ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى إِسْقَاطِهَا) (8) مِثْلُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ ذَلِكَ الْحَظَّ مِنَ الْمُشْتَرِي لِنَفْسِهِ، فَيَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ إِسْقَاطُ الشَّفْعَةِ، لِأَنَّهُ كَانَ لَهُ طَرِيقٌ أَنْ يَتَمَلَّكَه، فَعُدُّوهُ عَنْ ذَلِكَ الطَّرِيقِ يَدُلُّ عَلَى الْإِسْقَاطِ، وَكَذَلِكَ إِذَا سَامَهُ، فَقَالَ بَكُمْ تَبِيعَ ذَلِكَ الْحَظَّ مِنِّي؟

(1) وذلك ((إذا بيع سهمٌ له شفعاء عدّة فترك بعضهم الأخذ بالشفعة)). المصدر السابق: 301/2.

(2) في (غ) ولأنه.

(3) ((فللحاضر أن يأخذ الكل بشفعته أو يتركه)). المصدر السابق.

(4) في (و) فإن.

(5) ((وإذا قدم الغائب أخذ من الحاضر بقدر حصّته)). المصدر السابق.

(6) سقطت من (غ).

(7) أي مُسْتَحَقُّ بِنَاءٍ عَلَى أَنَّ الْأَخْذَ بِالشَّفْعَةِ اسْتِحْقَاقٌ، وَلَيْسَ بَبَيْعٍ، كَمَا تَقْدَمُ فِي أَصْلِ مَشْرُوعِيَةِ الشَّفْعَةِ.

(8) لَا تَنْقَطِعُ شَفْعَةُ الشَّفِيعِ أَبَدًا ((إِلَّا أَنْ يَسْقُطَ، أَوْ يَظْهَرَ مِنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى إِسْقَاطِهَا)). المصدر السابق.

لأنه عدل - أيضا - عن طريق يتملّكه بها من الأخذ بالشفعة، وهذا المذهب، وقيل: ليس هذا إسقاطا⁽¹⁾، لأنه قد يُساومه ليأخذه منه بأقلّ ثمنًا، أو يتعرّف بكم ابتاعه.

[حكم هبة الشفعة قبل وجوبها]:

قوله: (وَمَنْ وَهَبَ شُفْعَتَهُ قَبْلَ وَجُوبِهَا لَمْ تَصِحَّ هِبَتُهُ)⁽²⁾ المذهب أن مَنْ وَهَبَ ما لم يَجِبْ له ومالا يملكه، فلا يلزمه ذلك، لأنه وَعْدٌ وَالْعِدَّةُ لا يلزم الوفاء بها مطلقا، وقيل: إِلَّا أن يُدْخِلَ الموعودَ في شَعْبٍ من سَلَفٍ أو مُبَايَعَةٍ، مثل أن يقول: أنا أبيعك هذا متى جئتنى بعشرة، وكقوله لزوجته إن جئتنى بكذا فأنا أَطْلُقُكَ، فالمذهب لا يلزمه الطلاق إذا أتته بذلك، وقيل: يلزمه.

[شهادة الشفيع على البيع لا تُسْقِطُ شُفْعَتَهُ]:

قوله: (وَشَهَادَتُهُ فِي الْبَيْعِ لَا تُسْقِطُ شُفْعَتَهُ)⁽³⁾ لأنها تسمع في البيع، لأنها⁽⁴⁾ لنفسه، إذ يزوم⁽⁵⁾ بها إثبات البيع الذي هو سبب تحصيل المبيع بالشفعة.

[عُهْدَةُ الشَّفِيعِ الْحَاضِرِ]:

قوله: (وَعُهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى الْمُشْتَرِي)⁽⁶⁾ لاختلاف في ذلك هنا⁽⁷⁾.

قوله: (قَبْلَ الْقَبْضِ)⁽⁸⁾ أي قَبْضُ الثَّمَنِ، لأنه قد صار مُلْكًا له⁽⁹⁾.

[إنكار المشتري للبيع مع يمينه يسقط الشفعة]:

قوله: (وَمَنْ ادَّعَى بَيْعَ سَهْمٍ)⁽¹⁰⁾ أي ادَّعَى أَنَّهُ باعه من رَجُلٍ، فأنكر ذلك الرَّجُلُ أَنَّهُ اشتراه، فليس للشفيع شفعة، لأنه لم يثبت البيع الذي هو سبب الشفعة، هذا المذهب، وقال ابنُ المَوَازِ: له الشفعة، وهو أظهر من المذهب، لأنَّ البائعَ مُعْتَرِفٌ بأنَّ الشفعة قد وَجَبَتْ للشَّريكِ فيه، فينبغي أن يُؤْخَذَ في ذلك بإقراره، والعُهْدَةُ في القولين على البائع، لأنه لم يصحَّ الشراء بعد.

(1) في (و) و (غ) إسقاط.

(2) المصدر السابق.

(3) المصدر السابق: 302/2.

(4) في (غ) لأنه.

(5) بمعنى يطلب.

(6) المصدر السابق.

(7) يشير إلى الفرق بين الشفيع الحاضر هنا، وبين الغائب هناك في المسألة المتقدمة، وقد تقدم فيها الخلاف.

(8) ((عُهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى الْمُشْتَرِي... سواء أخذ بالشفعة قبل القبض أو بعده)). المصدر السابق.

(9) للمشتري، فالعهدة عليه.

(10) ((ومن ادَّعَى بيع سهم فيه الشفعة على رجل، فأنكر ذلك المشتري وحلف... فليس للشفيع فيه شفعة)). المصدر السابق.

[الإقالة من المشتري لا تسقط الشفعة]:

قوله: (فَلَا تُسْقِطُ الْإِقَالَةُ شَفْعَتَهُ)⁽¹⁾ هذا المذهب، هنا جَعَلَ الْإِقَالَةَ بَيْنَا ثَانِيَا، لَا فَسْخًا، فَيَشْفَعُ الشَّرِيكُ عَلَى الْبَائِعِ إِنْ شَاءَ وَعَلَى الْمُشْتَرِي، لِأَنَّ الشَّفْعَ إِذَا تَكَرَّرَ فِيهِ الْبَيْعُ يُخَيَّرُ الشَّفِيعُ بِأَيِّ الصِّفَاتِ⁽²⁾ يَأْخُذُ، وَقِيلَ: يَشْفَعُ مِنَ الْبَائِعِ لَا غَيْرَ، لِأَنَّ الْإِقَالَةَ فَسْخٌ؛ فَتَكُونُ الْعَهْدَةُ عَلَيْهِ لَا غَيْرَ.

[حكم الشفعة والعهدة مع تعدد الصفقات]:

قوله: (فَلَهُ أَنْ يَأْخُذَ بِأَيِّ الصِّفَاتِ شَاءَ)⁽³⁾ فَإِنْ أَخَذَ بِالْأُولَى⁽⁴⁾ بطل كل ما بعدها كالاستحقاق، ووجب التراجع في اختلاف الأثمان، وكانت العهدة على المشتري الأول، أو بالأخيرة صحَّ كل ما قبلها، والعهدة على الأخير، أو بالوسطى صحَّ ما قبلها⁽⁵⁾ (وبطل ما بعدها)⁽⁶⁾.

وقيل فيمن بيع عبْدٌ له في المَعْنَمِ، ثُمَّ تَدَاوَلَتْهُ الْأَيْدِي: لَا يَكُونُ بِالْخِيَارِ، بَلْ يَأْخُذُ الصِّفَقَةُ الْأُولَى الْمُبَاشَرَةَ لِلْمَعْنَمِ، وَقِيلَ: يَكُونُ مُخَيَّرًا كَالشَّفِيعِ، وَالْفَرْقُ عَلَى الْمَذْهَبِ أَنَّهُ فِي الشَّفْعَةِ سَبَبُ الْأَخْذِ فِي كُلِّ صِفَقَةٍ مَوْجُودٌ، وَهُوَ الشَّرَكَةُ، لِأَنَّ كُلَّ مُبْتَاعٍ شَرِيكٌ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ هُنَا، لِأَنَّ سَبَبَ الْأَخْذِ لَهُ بَيْعُهُ فِي الْمَعْنَمِ، وَذَلِكَ إِنَّمَا يُوجَدُ⁽⁷⁾ فِي الْمُشْتَرِي الْأَوَّلِ، وَعَلَى الْقَوْلِ الثَّانِي يَقُولُ: كَأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ اشْتَرَى مِنَ الْمَعْنَمِ، لِأَنَّهُ تَنْزِلُ مَنْزِلَةً مَنِ اشْتَرَى مِنْهُ.

[انتظار المشتري للشفع مدة لإحضار المال]:

قوله: (وَاسْتَنْظَرَ⁽⁸⁾ الْمُشْتَرِي بِجَمِيعِ الْمَالِ)⁽⁹⁾ أَي شَفَعَ وَلَمْ يَنْقُدِ الثَّمَنَ، بَلْ سَأَلَهُ أَنْ يُؤَخِّرَهُ بِهِ، فَلِلْحَاكِمِ أَنْ يُؤَجِّلَهُ - رِيثِمًا⁽¹⁰⁾ - يَجْعَلُ الْمَالَ - ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ وَنَحْوَهَا، فَإِنْ أَتَى بِالْمَالِ، وَإِلَّا أَسْقَطَ لَهُ حُكْمَ الْأَخْذِ بِالشَّفْعَةِ الْبَتَّةِ.

قوله: (وَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرْفَعَ الشَّفِيعَ)⁽¹¹⁾ لِأَنَّ ذَلِكَ يَمْنَعُهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي الْمِلْكِ

(1) إِذَا ((بَاعَ سَهْمَا ثُمَّ اسْتَقَالَ الْمُشْتَرِي)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(2) كَذَا وَرَدَتْ فِي النُّسخَتَيْنِ، وَالسِّيَاقُ يُفِيدُ بِأَنَّهَا مُحَرِّفَةٌ عَنِ (الصِّفَقَاتِ).

(3) وَذَلِكَ ((إِذَا بَيْعَ السَّهْمُ الَّذِي فِيهِ الشَّفْعَةُ مَرَّاتًا قَبْلَ أَخْذِ الشَّفِيعِ لَهُ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 303/2.

(4) فِي (و) فَالْأُولَى.

(5) فِي (و) بَعْدَهَا.

(6) مَا بَيْنَ الْقَوْسَيْنِ سَقَطَ مِنْ (و).

(7) فِي (و) يُؤْخَذُ.

(8) فِي (و) وَاسْتَظْهَرَ وَهُوَ مُخَالَفٌ لِمَا فِي التَّفْرِيعِ.

(9) وَذَلِكَ ((إِذَا أَرَادَ الشَّفِيعُ الْأَخْذَ بِالشَّفْعَةِ.... أَجَلَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(10) سَقَطَتْ مِنْ (غ).

(11) ((وَلِلْمُشْتَرِي أَنْ يَرْفَعَ الشَّفِيعَ إِلَى الْحَاكِمِ، فَيَأْمُرُهُ بِالْأَخْذِ أَوْ التَّرْكِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

ببناء ونحوه، فإذا رَفَعَهُ لم يُوجِّله الحاكم بالأخذ، بخلاف جميع المال⁽¹⁾، وقيل: يُوجَّل ثلاثة أيام حتى يُؤْتى ويُنظرَ في أمره.

(1) لأنه يُنظر بجميع المال ثلاثة أيام. ينظر المصدر السابق.

باب في الحُبْس والصدقة والهبة

[حقيقة الحُبْس والصدقة والهبة]:

وكلُّ واحد منها نُقِلَ مِلْكُ إِلَى مِلْكٍ بغير عَوْضٍ اختياريًا⁽¹⁾، فقولنا: بغير عَوْضٍ تَحَرُّزًا من المبيع، واختياريًا تَحَرُّزًا من الميراث، لِأَنَّهُ يَخْرُجُ عَنِ الْمِلْكِ جَبْرًا - أَيْضًا - بخلاف هذه الأشياء لِأَنَّهَا اخْتِيَارٌ فِي الْمَوْضِعَيْنِ⁽²⁾، إِلَّا أَنَّهُ فِي الْحُبْسِ عَلَى مُعَيَّنٍ؛ هَلْ يَشْتَرِطُ قَبُولُ الْمُحَبَّسِ عَلَيْهِ أَوْ لَا؟ قَوْلَانِ، وبخلاف الهبة والصدقة إِذَا لَمْ يَقْبَلِ الْمُوهُوبُ وَالْمُتَصَدِّقُ عَلَيْهِ رَجَعَتْ إِلَى رَبِّهَا.

والفرق أَنَّ لَفْظَ الْحُبْسِ يَقْتَضِي الْخُرُوجَ عَنْ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ رَجُوعٍ، وَمَعَ ذَلِكَ فَالْمُحَبَّسُ عَلَيْهِ لَا يَمْلِكُ الْحُبْسَ، وَإِنَّمَا يَمْلِكُ أَنْ يَنْتَفِعَ فَقَطْ، وَتَبْقَى الرَّقَبَةُ عَلَى مِلْكِ رَبِّهَا؛ وَإِنْ لَمْ يَجْزَلْهُ التَّصَرُّفُ بِهَا.

وَلَيْسَ كُلُّ مَا يَمْلِكُ الْمَالِكُ يَصِحُّ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ؛ أَصْلُهُ الرَّهْنُ، بِخِلَافِ الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ يَمْلِكُهَا الْمُوهُوبُ وَالْمُتَصَدِّقُ عَلَيْهِ، وَقِيلَ: بَلِ الرَّقَبَةُ لِلَّهِ - عَزَّ وَجَلَّ - لَا لِلْمُحَبَّسِ عَلَيْهِمْ، وَلَا لِلْمُحَبَّسِ، وَقِيلَ: بَلِ ذَلِكَ مَجْهُولٌ مُشْكُوكٌ.

[زكاة الوقف]:

وَيُؤَيَّدُ أَنَّهَا⁽³⁾ عَلَى مِلْكِ رَبِّهَا أَنَّهُ تَجِبُ الزَّكَاةُ فِي الْحُبْسِ، وَتُؤْخَذُ مِنْ جَمِيعِهِ عَلَى مِلْكِ رَبِّهَا، وَقَدْ قِيلَ: لَا تُؤْخَذُ الزَّكَاةُ مِنْهُ، لِأَنَّهُ لَيْسَ عَلَى مِلْكِ أَحَدٍ، وَقَدْ يَكُونُ الْمُحَبَّسُ عَلَيْهِ مِمَّنْ لَا يَصِحُّ مِنْهُ الْمِلْكُ، كَالْمَسْجِدِ وَنَحْوِهِ، وَلَا يَدَّعِي أَنْ يَمْلِكُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ قَدْرَ نَصَابٍ.

[الخلاف في انتقال ملكية رقبة الوقف]:

وَإِذَا قِيلَ: إِنَّ الرَّقَبَةَ عَلَى مِلْكِ رَبِّهَا أَوْ مِلْكِ وَرَثَتِهِ، أَوْ لَا⁽⁴⁾، قَوْلَانِ، فَعَلَى الْأَوَّلِ فَلَا بُدَّ مِنْ قَبُولِهِ، وَتَصِيرُ كَالْعُمْرَى، وَعَلَى الثَّانِي لَا حَاجَةَ إِلَى قَبُولِهِ، كَمَا لَوْ حَبَسَهُ عَلَى غَيْرِ مُعَيَّنٍ أَوَّلًا وَثَانِيًا بَعْدَ انْقِرَاضِ الْمُعَيَّنِ.

وَلَمَّا كَانَ الْمُحَبَّسُ عَلَيْهِ لَا يَمْلِكُ كَمَا تَقَدَّمَ، لَمْ يَصَحَّ الْحُبْسُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِلَّا

-
- (1) سقطت من (و).
 - (2) لعله يريد بالموضعين الهبة والصدقة، فالاختيار والرجوع فيهما ممكن مع عدم القبول من الموهوب أو المتصدق عليه، بخلاف الوقف؛ لا سيما غير المعين منه.
 - (3) الرقبة المحبسة.
 - (4) أو ليست على ملك ربها....

بِحُكْم حاكم⁽¹⁾، لأَنَّها مسألة اجتهادية، فتلزم بِحُكْم الحاكم؛ إذ لا يُنْقَضُ حُكْمُهُ، وإنَّما قال ذلك لأنَّه لا يعقد مِلْكٌ، فلا⁽²⁾ مالك، وعندنا يلزم دون ذلك.

[الحوز شرط لإتمام الوقف]:

ولا بُدَّ في صحَّة هذه الأشياء من الحيابة، وهي لازمةٌ دونها من جهة ربِّها، يجوز⁽³⁾ أن يرجع إلَّا أن يموت قبل الحيابة فيسقط ذلك، وكذلك إن مرض⁽⁴⁾ لأنَّ تصرُّف المريض في ثلث ماله، وهو لم يُحَبَّس ولا وَهَب في مرضه ولا وصَّى بذلك، فتبطل، ودليلنا حديثُ أَبِي بَكْرٍ إِذْ قَالَ لِعَائِشَةَ - رضي الله عنهما يعني النَّخْلَ الَّتِي⁽⁵⁾ وَهَبَهَا لَهَا -: ((لو كُنْتُ حُرَّتِيهَا قَبْلَ مَرَضِي))⁽⁶⁾، وقِسْنَا على ذلك كُلَّ ما في معناه من إخراج المال بغير عَوْض، ولأنَّه يُتَّهَم أن يَحْرَم ورثته ميراثه، وقد تعلَّق حقُّهم بماله بِالْمَرَضِ، فَقُدِّمَ حقُّهم.

وعند الشَّافِعِيِّ يجوز ذلك كُلُّه، وتصحُّ بغير حَوْز⁽⁷⁾ وإن مات حينئذٍ، لأنَّه نُقِلَ مِلْكٌ إلى مِلْكٍ، فلم يَفْتَقِرْ إلى حيابة كالبيع.

[إطلاق لفظ الحُبْس وحكمه]:

قوله: (وَالْحُبْسُ صَحِيحٌ)⁽⁸⁾ تنبيهٌ على قَوْلِ الْمُخَالِفِ⁽⁹⁾.

قوله: (عَلَى وَجْهِ صَحِيحٍ)⁽¹⁰⁾ أي فيما ليس معصية.

قوله: (جُعِلَ فِي وُجُوهِ الْخَيْرِ وَالْبِرِّ)⁽¹¹⁾ لأنَّ لفظ الحُبْس يتضمَّن ذلك عُرْفًا، ويُقَدِّم من سُبُل الخير ما هو أهمُّ في ذلك الموضع، كالحاج (بِمَكَّة) والجهاد (بالإِسْكَندَرِيَّة).

(1) ينظر بدائع الصنائع: 218/6.

(2) كذا وردت في (و)، ومضببة في (غ) فقد تكون محرفة عن (بلا).

(3) كذا وردت في النسختين. والسياق يفيد أنه لا يرجع بدليل الاستثناء بعده، وما هو معلوم لا رجوع فيه بعد حبسه، لأنَّ الحوز شرط لإتمام الوقف لا لصحَّته، فيصح بدونه، ويُجَبَّر الواقف على تسليمه. ينظر التفريع: 307/2، ومدونة الفقه المالكي وأدلته: 830/3.

(4) قبل أن يتم الحوز.

(5) في (غ) الذي.

(6) أخرجه مالك في الموطأ: 752/2 حديث رقم 40 نحوه من حديث عائشة موقوفًا.

(7) ينظر الأم: 54/4، 55.

(8) ((والحبس جائز صحيح)). التفريع: 307/2.

(9) تنبيه على قول أبي حنيفة - رحمه الله - إذ لم يصح الحُبْس عنده. ينظر المبسوط للسرخسي: 27/12، والمقدمات الممهّدات: 418/2.

(10) ((ومن حبس حبسا على وجه صحيح لزمه)). التفريع: 307/2.

(11) وذلك فيمن ((حبس حبسا ولم يجعل له وجهًا)). المصدر السابق.

[تأبيد الحبس يرجع إلى لفظ الموقف]:

قوله: (وَلَا يَرْجِعُ مِلْكَاً لَهُ) (1) لَأَنَّهُ غَيْرُ مُعَيَّنٍ.

قوله: (فَفِيهَا رَوَايَتَانِ) (2) هذا إذا عَيَّنَ وَجْهَهَا، كزيد أو مسجد كذا، ثُمَّ انْخَسَفَ ذلك المسجد، فإذا زالت تلك الجهة الْمُعَيَّنَةُ؛ فَكَأَنَّهُ صار بمنزلة مَنْ حَبَسَ وَأُطْلِقَ (3)، فَيُجْعَلُ فِي قَرَابَتِهِ، كما فعل رسولُ الله - ﷺ - مع الصَّاحِبِ أَبِي (4) طَلْحَةَ (5) لَمَّا حَبَسَ حَائِطُهُ قَالَ: ((اجْعَلْهُ فِي الْأَقْرَبِينَ)) (6) لَأَنَّهُمْ أَوْلَى النَّاسِ بِمَعْرُوفِهِ، مع ما في ذلك مِنْ الْبِرِّ، وَهَلْ يَخْتَصُّ بِمَنْ يَرِثُهُ لَا غَيْرَ، أَوْ بِهِمْ وَمَنْ يَكُونُ عَاصِباً، وَمَنْ لَوْ كَانَتْ رَجُلًا لَحَازَتْ الْمِيرَاثَ (7)، كَالْأَخْتِ وَبِنْتِ الْعَمِّ لَا غَيْرَ، بِخِلَافِ الْخَالَةِ وَالْعَمَّةِ (8)، أَوْ بِجَمِيعِ قَرَابَتِهِ؟ ثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ، وَيُحَاطَى مِنْهُمْ فَقَرَاؤُهُمْ فَيَقْدَمُونَ فِي السُّكْنَى، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يُبَاعُ فَائِدُهُ فَضِّلَ الْفُقَرَاءُ (مِنْهُمْ فِي الْعَطَاءِ عَلَى الْأَغْنِيَاءِ، ثُمَّ بَعْدَهُمْ (9) رَجَعَ إِلَى الْفُقَرَاءِ) (10).
قوله: (رَجَعَ مِلْكَاً لَهُ فِي حَيَاتِهِ) (11) وَوَجْهُهُ الْوُقُوفُ مع ظاهر اللَّفْظِ، وَكَأَنَّهُ أَغْمَرَهُمْ (12) بِذَلِكَ.

قوله: (وَلَوَرَّثَتْهُ) (13) (14) أَي مَنْ يَرِثُهُ يَوْمَ الْمَرْجِعِ، لَا قَبْلَ ذَلِكَ.

[الفرق بين لفظ الصدقة ولفظ الحبس ولفظ الوقف]:

قوله: (إِلَّا أَنْ يُرِيدَ التَّصَدَّقَ) (15) أَي أَنَّ ذَلِكَ لَا يُعْلَمُ مُرَادُهُ بِهِ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ، فَيُقْبَلُ مَا يَقُولُ، فَإِذَا لَمْ يَنْوِ كَانِ كَالْحُبْسِ، لِأَنَّ لَفْظَ الصَّدَقَةِ يُشْعِرُ بِذَلِكَ، فَيَكُونُ لِلْمُتَصَدِّقِ عَلَيْهِمُ الْإِنْتِفَاعُ لَا غَيْرَ، بِخِلَافِ التَّصَدُّقِ بَعَيْنِ الْمَالِ يَمْلِكُونَ رَقَبَتَهُ.

- (1) وذلك فيمن ((حبس حبسا ولم يجعل له وجهاً)). المصدر السابق.
- (2) وذلك إذا قال: ((مالي حُبْسٌ فِي وَجْهِ كَذَا)). المصدر السابق. والرواية الثانية يرجع ملكاً له في حياته، ولورثته بعد مماته. ينظر المصدر السابق.
- (3) يعني أنه لا يرجع ملكاً له، كما تقدم.
- (4) في (و) أي.
- (5) زيد بن سهل بن الأسود الأنصاري، أبو طلحة، من فضلاء الصحابة، شهد العقبة وبردرا وما بعدها، من مشاهير الرُّمَّة، توفي سنة 31 أو 34 هـ. ينظر الاستيعاب: 1697/4، والإصابة: 502/2.
- (6) أخرجه البخاري: 119/2 حديث رقم 1461، ومسلم: 693/2 حديث رقم 998 كلاهما من حديث أنس مرفوعاً.
- (7) سقطت من (و).
- (8) في عدم الإرث أصلاً، وإلا فالعمَّة لو كانت رجلاً لحازت الميراث، كغيرها ممن ذكر.
- (9) بعد انتهاء فقراء الأقارب.
- (10) مابين القوسين سقط من (و).
- (11) هذه الرواية الثانية، وذلك إذا انقضى الوجه الذي جَعَلَهُ فِيهِ. التفريع: 308/2.
- (12) أي مُدَّة حياتهم، ثُمَّ يَرْجِعُ إِلَيْهِ أَوْ إِلَى وَرَثَتِهِ.
- (13) في (و) ولو ورثته.
- (14) ((رَجَعَ مِلْكَاً لَهُ فِي حَيَاتِهِ وَلَوَرَّثَتْهُ بَعْدَ وَفَاتِهِ)). المصدر السابق.
- (15) ((وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ: مَالِي صَدَقَةٌ فِي وَجْهِ كَذَا، إِلَّا أَنْ يُرِيدَ التَّصَدَّقَ بِعَيْنِ مَالِهِ)). المصدر السابق.

قوله: (مَالِي حُبْسٌ صَدَقَةٌ)⁽¹⁾ هذا تأكيدٌ، فإن عَيَّنَ جهةً كان فيه القولان⁽²⁾، وإلا فهي على التأييد.

قوله: (لَا يُبَاعُ)⁽³⁾ قرينةٌ تُزيل الاحتمال، وكذلك لَفْظُ الْوَقْفِ نَصٌّ فِي التَّأْيِيدِ، لِأَنَّهُ لَا يُسْتَعْمَلُ إِلَّا فِيهِ، وَلِأَنَّ لَفْظَهُ مُشْعِرٌ بِهِ.

[إتمام الوقف متوقف على القبض]:

قوله: (فَهُوَ بَاطِلٌ)⁽⁴⁾ لَتَعَلَّقَ حُقُوقُ الْوَرِثَةِ بِمَالِهِ، وَلَيْسَ بِوَصْفِهِ، فَلَا يُخْرَجُ مِنْ ثَلَاثِهِ.

قوله: (فَهُوَ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ)⁽⁵⁾ لِأَنَّ تَصَرُّفَ الصَّحِيحِ كُلَّهُ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ⁽⁶⁾.

[الوقف حال المرض على الورثة وعلى الأجانب]:

قوله: (لَمْ يَصِحَّ وَفْقُهُ)⁽⁷⁾ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَلَّقَ حَقُّ الْوَرِثَةِ بِمَالِهِ، فَتَحْبِيسُهُ تَعْوِيقٌ لَهُمْ عَنِ التَّصَرُّفِ فِيهِ، فَكَانَ بَاطِلًا، وَهَذَا إِذَا خَصَّ وَرَثَتَهُ، فَلَوْ اشْتَرَكَ مَعَهُمْ فِيهِ أَجَانِبٌ صَحَّ الْحُبْسُ؛ مِرَاعَاةَ لِحَقِّ الْأَجَانِبِ، إِذْ قَدْ تَعَلَّقَ حَقُّهُمْ فِي ذَلِكَ، وَلَزِمَ الْوَرِثَةُ - أَيْضًا - لِأَنَّهُ مِنَ الثَّلَاثِ، فَإِذَا انْقَرَضَ الْأَجَانِبُ رَجَعَ إِلَى الْوَرِثَةِ بِحُكْمِ الْحُبْسِ، وَإِنْ انْقَرَضَ الْوَرِثَةُ أَوْ لَا رَجَعَ إِلَى الْأَجَانِبِ، ثُمَّ إِلَى الْفُقَرَاءِ.

قوله: (عَلَى بَعْضِ وَرَثَتِهِ)⁽⁸⁾ لَمَّا لَزِمَ تَصْحِيحُ الْحُبْسِ بِسَبَبِ الْأَجَانِبِ سَوَّى بَيْنَ الْوَرِثَةِ، إِذْ ((لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ))⁽⁹⁾، فَإِذَا انْقَرَضَ الْوَرِثَةُ رَجَعَ إِلَى الْأَجَانِبِ، أَوْ إِلَى الْوَرِثَةِ فِي الْعَكْسِ، وَإِنْ مَاتَ وَاحِدٌ مِنَ الْوَرِثَةِ رَجَعَ حَظُّهُ لِسَائِرِ الْوَرِثَةِ مَعَ الْأَجَانِبِ.

[حياسة المحبس على ولده الصغير له]:

قوله: (فَحَيَاةُ لَهُ جَائِزَةٌ)⁽¹⁰⁾ هَذَا بِأَحَدٍ وَجْهَيْنِ، إِمَّا أَنْ يُقَدِّمَ مَنْ يَنْوِبُ عَنْهُ فِي

(1) ((وإن قال: مَالِي حُبْسٌ صَدَقَةٌ، أَوْ صَدَقَةٌ حُبْسٌ؛ ففيها روايتان على ما بيَّناه)). المصدر السابق.

(2) المتقدمان قبل قليل.

(3) وذلك إذا قال: ((مَالِي حُبْسٌ لَا يُبَاعُ... كَانَ حُبْسًا أَبَدًا)). المصدر السابق.

(4) وذلك إذا ((حبس حُبْسًا... وَلَمْ يَخْرُجْ عَنْ يَدِهِ حَتَّى مَاتَ)). المصدر السابق.

(5) وذلك فيمن ((وقف وقفًا في صحته)). المصدر السابق.

(6) يجب في ماله كله، وليس من ثلث ماله.

(7) وذلك إذا ((وقف وقفًا في مَرَضِهِ أَوْ وَصِيَّتِهِ عَلَى وَرَثَتِهِ خَاصَّةً)). المصدر السابق.

(8) إذا وقفه في مرضه على بعض ورثته وعلى أجانب، قُسِمَ الْوَقْفُ بَيْنَهُمَا. ينظر المصدر السابق:

309/2.

(9) أخرجه ابن ماجه: 906/2 حديث رقم 2714 من حديث أبي أنس مرفوعا، وقال في مصباح

الزجاجة: 144/3 ((هذا إسنادٌ صحيح، رجاله ثقات)). وأخرجه الترمذي: 434/4 حديث رقم

2121، وقال حديث حسن صحيح. والنسائي: 247/6 حديث رقم 3641 كلاهما من حديث عمرو بن

خارجة مرفوعا. وأبو داود: 296/3 حديث رقم 3565 من حديث أبي أمامة مرفوعا.

(10) وذلك إذا ((وقف وقفًا على ولد له صغير)). التقرير: 309/2.

الْحَوَزَ وَالتَّصَرُّفَ، وَإِنَّمَا أَنْ يُشِيعَ بِالْقَوْلِ أَنْ تَصَرَّفَهُ فِيهِ لِابْنِهِ عَلَى جِهَةِ النِّيَابَةِ عَنْهُ، وَتَصَرَّفَ الصَّغِيرَ لَا يُعْتَبَرُ، وَأَمَّا إِنْ تَصَرَّفَ فِي ذَلِكَ لِنَفْسِهِ، وَلَمْ يُشِيعَ ذَلِكَ بِالْقَوْلِ إِلَى أَنْ مَاتَ أَوْ مَرَضَ؛ بَطُلَ.

[موت أحد الأشخاص الموقوف عليهم وتقسيم نصيبه]

قوله: (رَجَعَ نَصِيْبُهُ عَلَى الْآخِرِ) (1) لِأَنَّهُ مِنَ الطَّبَقَةِ الْأُولَى، كَمَا لَوْ حَبَسَ عَلَى وَلَدِهِ ثُمَّ عَلَى غَيْرِهِمْ، فَإِنَّهُ يَنْتَقِلُ إِلَى مَنْ بَقِيَ مِنْ وَلَدِهِ أَوَّلًا حَتَّى يَنْقَرِضَ جَمِيعُهُمْ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي (2) أَنَّهُ إِنَّمَا حَبَسَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الرَّجُلَيْنِ نِصْفَهُ فَقَطْ، فَلَا يَعُودُ اللَّيْصُفُ الثَّانِي لَهُ، لِأَنَّهُ خَلَفَ لِمَا شَرَطَ، وَلَكِنْ يَنْتَقِلُ إِلَى الْوَجْهِ الثَّانِي.

قوله: (مِمَّا يَتَجَرَّأُ وَيَنْقَسِمُ) (3) لِأَنَّهُ لَمَّا قَبْلَ الْقِسْمَةِ حِسًّا (4)، فَكَأَنَّهُ خَصَّ كُلَّ وَاحِدٍ بِنَصِيْبِهِ مُنْفَكًّا، بخلاف ما لَا يَنْقَسِمُ، لِأَنَّ الْإِشَاعَةَ فِيهِ أُبَيِّنُ لِقُوَّةِ الْإِتِّصَالِ، وَكَذَلِكَ إِذَا حَبَسَ عَلَيْهِمَا مَسْكَنًا لِلسُّكْنَى، هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْعَبْدِ، لِأَنَّهُ شَيْءٌ لَا يَنْقَسِمُ حِسًّا (5)، بخلاف تَحْبِيسِ غَلْتِهِ، لِأَنَّهُمَا تَنْقَسِمُ وَتَتَجَرَّأُ.

[تَحْبِيسُ السَّكَنِ وَالْوَصِيَّةُ بِالنَّفَقَةِ لِأَجَلٍ مُحَدَّدٍ:]

قوله: (فَذَلِكَ) (6) لَوَرَّثَتْهُ (7) لِأَنَّهُ لَمَّا حَبَسَ عَلَيْهِ الْمَنَافِعَ مُدَّةً مَعْلُومَةً، فَقَدْ مَلَكَهَا إِلَى انْقِضَاءِ الْأَجَلِ، كَمَا لَوْ اسْتَأْجَرَهَا مِنْهُ، وَمَنْ مَاتَ عَنْ حَقِّ فَلَوَرَّثَتْهُ، فَيَقْتَسِمُونَ ذَلِكَ عَلَى حَسَبِ مَوَارِيثِهِمْ، بخلاف الْوَصِيَّةِ بِالنَّفَقَةِ، لِأَنَّ ذَلِكَ يَتَضَمَّنُ حَيَاتَهُ، فَلَا يَمْلِكُ مِنَ النَّفَقَةِ إِلَّا مَا يُقَابِلُ كُلَّ يَوْمٍ عَلَى حِدَةٍ، فَيَنْقَطِعُ بِمَوْتِهِ، وَلَا يَكُونُ لَوَرَّثَتْهُ مِنْهَا شَيْءٌ.

[بَيْعُ الْحَبْسِ:]

قوله: (لَمْ يَجْزُ بَيْعُهُ) (8) لِأَنَّ ذَلِكَ يُؤَدِّي إِلَى تَغْيِيرِ عَيْنِ الْحَبْسِ وَتَبْدِيلِهِ عَنْ حُكْمِهِ

(1) وذلك فيمن حبس دابة على رجلين حياتهما، ثم جعلها في وجه آخر، فمات أحد الرجلين. ينظر المصدر السابق.

(2) بعد موت أحدهما لا يرجع نصيبه لصاحبه الآخر، وإنما يرجع في الوجه الآخر الذي جعل فيه بعد موتها. ينظر المصدر السابق.

(3) إذا كان الحبس كذلك ((فمات أحدهما، لم يرجع نصيبه على صاحبه، ورجع في الوجه الآخر)). المصدر السابق.

(4) محسوسة ومنفكة عن بعضها.

(5) يرجع نصيب أحد الرجلين إذا مات أحدهما إلى صاحبه، ثم إلى الوجه الذي بعدهما، كما تقدم قبل قليل في مسألة تحبيس الدابة.

(6) في (غ) فكذلك.

(7) وذلك فيمن ((أسكن رجلاً مسكناً إلى أجل فمات الساكن قبل الأجل)). المصدر السابق: 310/2.

(8) ((ومن حبس عقاراً فخرّب، لم يجز بيعه)). المصدر السابق.

مَنْ التَّائِبُ إِذَا أُصْلِحَ وَبُنِيَ⁽¹⁾، وقد قال تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾⁽²⁾ وقال: رَبِيعَةٌ: يجوز بَيْعُهُ إِذَا خَرَبَ وَإِنْفَاقُ ذَلِكَ فِي شِرَاءِ حُبْسٍ آخَرَ، أَوْ يُسْتَعَانُ بِهِ فِي شِرَاءِ حُبْسٍ آخَرَ، وَأَمَّا الْحَيَوَانُ فَيَصِحُّ بَيْعُهُ، لِأَنَّ بَقَاءَهُ يُؤَدِّي إِلَى ذَهَابِ عَيْنِهِ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَدْخُلِ الْمُحْبَسُ فِيهِ عَلَى بَقَائِهِ عَلَى التَّائِبِ.

قوله: (اِغْتَبَارًا بِالْعَقَارِ)⁽³⁾ أَيِ قَاسِهِ عَلَيْهِ، لِأَنَّ فِي بَيْعِهِ تَغْيِيرًا لِعَيْنِ الْحُبْسِ أَيْضًا.

[حُبْسُ الْحَيَوَانِ وَالثَّمَارِ وَالزَّكَاةُ فِيهِمَا]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ بِحُبْسِ الْخَيْلِ)⁽⁴⁾ فِي تَحْبِيسِ الْحَيَوَانِ ثَلَاثَةَ أَقْوَالٍ: الْجَوَازُ، وَقَدْ حَبَسَ عُمَرُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - فَرَسًا فِي سَبِيلِ اللَّهِ - عَزَّ وَجَلَّ.

وَالْمَنْعُ⁽⁵⁾، لِأَنَّ الْحُبْسَ إِنَّمَا يَكُونُ فِيمَا يَبْقَى وَيَتَأَبَّدُ، وَهُوَ⁽⁶⁾ عَلَى الْكَرَاهِيَةِ.

وَالْمَذْهَبُ: التَّفْصِيلُ بَيْنَ الْعَبِيدِ فَلَا يَجُوزُ، لِأَنَّ فِيهِ تَعْوِيقًا لَهُمْ وَحَرْمَانًا لِلْعِتْقِ الَّذِي تَشْتَوِي الشَّرْعُ إِلَيْهِ، وَيَجُوزُ فِيمَا عَدَاهُمْ مِنَ الْحَيَوَانِ.

قوله: (فَالزَّكَاةُ فِيهَا وَاجِبَةٌ)⁽⁷⁾ هَذَا مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِيمَنْ تُزَكَّى عَلَى مَلِكِهِ.

[تَحْبِيسُ الْبُيُوتِ وَإِقَامَةُ الْمُحْبَسِ فِي جُزْءٍ مِنْهَا]:

قوله: (فَسَكَنَ مِنْهَا بَيْتًا)⁽⁸⁾ يَعْنِي قَلِيلًا، لِأَنَّهُ قَابِلُهُ بِكَثِيرٍ⁽⁹⁾، وَوَجْهُ الْجَوَازِ أَنَّ الْقَلِيلَ تَابِعٌ لِلْكَثِيرِ فِي الْوُجْهِينَ⁽¹⁰⁾، وَوَجْهُ قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ⁽¹¹⁾ عَدَمُ الْإِتْبَاعِ، وَأَمَّا لَوْ سَكَنَهَا غَيْرُهُ صَحَّ بِاتِّفَاقٍ.

(1) بعد بيعه؛ وإلا فالإصلاح والترميم - لبقاء الحبس - لا يقتضي تبديله عن حكمه، بل اشترط العلماء لتجوز بيع الحبس الخرب ومعاوضته؛ ألا يوجد من يتطوع بإصلاحه، وألا تكون له غلة يصلح منها، وألا ترجى عودته إلى حالته بالإصلاح. ينظر البهجة في شرح التحفة: 391/2، ومدونة الفقه المالكي وأدلته: 854/4.

(2) البقرة: 181.

(3) في سياق الحديث عن بيع الحبس إذا كان حيوانا، قال: ((لا يجوز بيعه، اعتبارا بالعقار)). التفرع: 310/2.

(4) المصدر السابق.

(5) سقطت من (غ).

(6) أي المنع.

(7) وذلك فيمن ((حبس ماشية)). المصدر السابق: 311/2.

(8) ((ومن حبس دارا، فسكن منها بيتا أو ما أشبهه، جازت كلها، ما سكنه منها وما لم يسكنه)). المصدر السابق.

(9) وهو قوله: ((وإن سكن منها كثيرا بطلت كلها)). المصدر السابق.

(10) فيما سكنه وما لم يسكنه.

(11) وهو البطلان مطلقا، ما سكنه قليلا كان أو كثيرا. ينظر المصدر السابق.

باب الصدقة

[الصدقة لازمة بالقول وتامها بالقبض]:

قوله: ((لَا زِمَةَ بِالْقَوْلِ))⁽¹⁾ فَيَحْرُمُ عَلَى الْمُتَصَدِّقِ الرُّجُوعُ فِيهَا، لِلْحَدِيثِ ((لَا تَعُدُّ فِي صَدَقَتِكَ))⁽²⁾ وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهَا إِلَّا أَلَّا يَقْبَلَهَا (الْمُتَصَدِّقُ عَلَيْهِ)⁽³⁾، وَكَذَلِكَ الْهَبَةُ، لَكِنْ تَمْلِكُهَا بِالْحَوْزِ، فَإِنْ لَمْ تُحْزَ حَتَّى أَفْلَسَ أَوْ مَرَضَ أَوْ مَاتَ بَطَلَتْ؛ لَتَعْلُقَ حَقَّ الْغَيْرِ بِهَا، وَيُنْتَهَمُ الْوَاهِبُ، وَكَذَلِكَ الْمَوْهُوبُ؛ يُنْتَهَمُ أَنَّهُ لَمْ يَقْبَلْهَا إِذَا فَرَطَ فِي قَبْضِهَا.

قوله: ((فَهِيَ بَاطِلَةٌ))⁽⁴⁾ لِفَوَاتِ شَرْطِ صِحَّتِهَا مِنَ الْحَوْزِ.

قوله: ((فَوَرَّثَتْهُ بِمَنْزِلَتِهِ))⁽⁵⁾ لِأَنَّهُ مَنْ مَاتَ عَنْ حَقِّ فَلُورَثَتْهُ.

[تصدق الأب على ابنه الصغير وحيازته له]:

قوله: ((وَمَيَّزَهَا بِتَصَرُّفِهِ))⁽⁶⁾ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ إِذَا اسْتَأْجَرَهَا: أَنَا أَكْرِيهَا مِنْكَ عَنْ ابْنِي وَيُظْهِرُ ذَلِكَ.

[الرُّجُوعُ فِي الصَّدَقَةِ اخْتِيَارًا أَوْ جَبْرًا]:

قوله: ((فَلَا رَجْعَةَ لَهُ فِيهَا))⁽⁷⁾ لِأَنَّ لَفْظَ الصَّدَقَةِ يُعْطِي تَحْرِيمَ الرُّجُوعِ، وَأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ عَوَضًا⁽⁸⁾، وَكَذَلِكَ إِذَا قَالَ: هِبَةٌ لِلَّهِ، فَلَا رُجُوعَ لَهُ وَإِنْ كَانَ الْمَوْهُوبُ لَهُ غَنِيًّا.

قوله: ((فَوَرَّثَهَا الْمُتَصَدِّقُ جَاZَ لَهُ تَمْلُكُهَا))⁽⁹⁾ لِأَنَّ الْمَمْنُوعَ أَنْ يَسْتَرْجِعَهَا اخْتِيَارًا بَغَيْرِ عَوَضٍ (أَوْ بِعَوَضٍ)⁽¹⁰⁾ لِلْحَدِيثِ ((لَا تَعُدُّ فِي صَدَقَتِكَ)) وَلَا يَحِلُّ لِلْوَاهِبِ أَنْ يَرْجِعَ فِي هِبَتِهِ إِلَّا الْوَالِدُ لِوَلَدِهِ، ((وَالرَّاجِعُ فِي صَدَقَتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ))⁽¹¹⁾ وَفِي الْمِيرَاثِ رَجَعَتْ إِلَيْهِ جَبْرًا بَغَيْرِ اخْتِيَارٍ.

(1) ((وَالصَّدَقَةُ لَازِمَةٌ بِالْقَوْلِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(2) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ: 127/2 حَدِيثٌ رَقْمُ 1490، وَمُسْلِمٌ: 1239/3 حَدِيثٌ رَقْمُ 1620 كِلَاهُمَا مِنْ حَدِيثِ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مَرْفُوعًا.

(3) مَا بَيْنَ الْقَوْسَيْنِ سَقَطَ مِنْ (غ).

(4) إِذَا تَصَدَّقَ بِهَا ((ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ إِخْرَاجِهَا، فَهِيَ بَاطِلَةٌ)). التَّفْرِيعُ: 311/2.

(5) وَكَذَلِكَ إِذَا ((مَاتَ الْمُتَصَدِّقُ بِهَا عَلَيْهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(6) وَكَذَلِكَ فِيمَنْ ((تَصَدَّقَ عَلَى وَلَدِهِ صَغِيرًا فَحَيَاZَتَهُ لَهُ جَانِزَةً)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 312/2.

(7) وَكَذَلِكَ فِيمَنْ ((تَصَدَّقَ بِصَدَقَةٍ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(8) إِذَا لَا ثَوَابَ لَهُ عَلَيْهَا. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(9) وَكَذَلِكَ إِذَا ((مَاتَ الْمُتَصَدِّقُ بِهَا عَلَيْهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(10) مَا بَيْنَ الْقَوْسَيْنِ سَقَطَ مِنْ (و).

(11) نَتَمَّةٌ لِلْحَدِيثِ الْأَوَّلِ، وَقَدْ تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ.

قوله: (وَيُكَرِّهُ لَهُ شِرَاؤُهَا) (1) لَأَنَّهُ فِي الْعَادَةِ يُنْقِصُهُ مِنْ ثَمَنِهَا، فَيَكُونُ قَدْ رَجَعَ فِي ذَلِكَ الْقَدْرُ مِنَ الْهَبَةِ، وَيَدْخُلُ فِي النَّهْيِ.

[تَصَدَّقُ الْأَبُ عَلَى ابْنِهِ الصَّغِيرِ بِالْمُشَاعِ وَبِغَيْرِ الْمَعْيَنِ]:

قوله: (وَصَدَّقْتُهُ بَاطِلَةً) (2) لِإِفْقَادِ شَرْطِ الصِّحَّةِ، لَأَنَّهُ (3) لَمَّا لَمْ يُقَدِّرْهَا وَيُمَيِّزْهَا بِنَاحِيَةٍ؛ لَمْ يَكُنْ حَوْزٌ.

قوله: (وَإِنْ تَصَدَّقَ عَلَيْهِ بِجُزْءٍ مُشَاعٍ) (4) إِنْ نُظِرَ إِلَى أَنَّ يَدَهُ جَائِلَةٌ فِي جَمِيعِ الدَّارِ يَتَصَرَّفُ فِيهَا، لِأَنَّهَا مُشَاعَةٌ فَيَبْطُلُ، لِأَنَّهَا لَا حَوْزَ وَلَا تَمْيِيزَ، وَإِنْ نُظِرَ إِلَى أَنَّ هَبَةَ الْمُشَاعِ تَجُوزُ لِلْأَجْنَبِيِّ وَحَوْزُهُ (5) لَهُ، فَكَذَلِكَ الْأَبُ يَصِحُّ حَوْزُهُ لِلْمَوْهُوبِ بِالنِّيَابَةِ، كَمَا صَحَّ حَوْزُ الْأَجْنَبِيِّ لِنَفْسِهِ، وَأَمَّا إِذَا خَرَجَ عَنِ النَّصْرِفِ فِيهَا؛ فَلَا خِلَافَ فِي الصِّحَّةِ.

(1) الْمُتَصَدِّقُ بِصَدَقْتِهِ. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقَ.

(2) وَكَذَلِكَ فَيَمْنُ ((تَصَدَّقَ عَلَى وَلَدٍ لَهُ بَدَنَانِيرُ أَوْ دِرَاهِمُ مُقَدَّرَةٌ غَيْرَ مَعِينَةٍ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(3) سَقَطَتْ مِنْ (ع).

(4) إِذَا تَصَدَّقَ عَلَى ابْنِهِ الصَّغِيرِ بِكَذَلِكَ فِيهَا رَايَتَانِ. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(5) حَوْزُ الْأَجْنَبِيِّ لِنَفْسِهِ.

باب الْهَبَةِ

[لُزُومُ الْهَبَةِ بِالْقَوْلِ وَالْبَيِّنَةِ]:

قوله: (لَزِمَهُ دَفْعُهَا) (1) لَأَنَّهَا تَلْزِمُ بِالْقَوْلِ عِنْدَنَا، فَلَا يَجُوزُ الرُّجُوعُ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدَيْنِ فِي هَبَةِ ابْنَيْهِمَا، وَيَجُوزُ الرُّجُوعُ فِيهَا لِلْأَجْنَبِيِّ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ مَا لَمْ تُقْبَضْ (2)؛ فِيلْزِمُهُ (3)، وَأَمَّا أَبُو حَنِيفَةَ فَأَجَازَ الرُّجُوعَ فِيهَا إِذَا كَانَتْ لِأَجْنَبِيٍّ، لِأَنَّ ((النَّهْيَ يَدُلُّ عَلَى صِحَّةِ الْمُنْهَيِّ عَنْهُ وَتَصَوُّرِهِ)) (4)، وَمَنْعَ رُجُوعِ الْوَالِدِ (5).
قوله: (إِذَا أَقَرَّ أَوْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ) (6) لَأَنَّهُ لَا طَرِيقَ لِلثَّبُوتِ فِي الْحَقُوقِ إِلَّا ذَلِكَ.

[إِنْكَارُ الْوَاهِبِ لِلْهَبَةِ]:

قوله: (وَإِنْ أَنْكَرَ الْهَبَةَ حَلَفَ) (7) لَا يَحْتَاجُ فِي ذَلِكَ إِلَى لَطَخٍ (8) إِنْ كَانَ الْمُوْهُوبُ شَيْئًا مُعَيَّنًا، لَأَنَّهُ لَا يَتَكَرَّرُ (9)، كَمَا لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ فِي بَابِ الدَّعْوَى إِذَا كَانَتْ فِي مُعَيَّنٍ، بِخِلَافِ مَا فِي الذِّمَّةِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ، فَلَا بُدَّ مِنْ لَطَخٍ، وَحِينَئِذٍ يَجِبُ الْيَمِينُ، وَإِنَّمَا قُدِّمَ الْوَاهِبُ لَأَنَّهُ أَقْوَى سَبَبًا، لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ مِلْكِهِ عِنْدَهُ.
قوله: (وَإِنْ نَكَلَ) (10) لِأَنَّ النُّكُولَ كَشَاهِدٌ، فَيَحْلِفُ مَعَهُ.

[مَوْتَ الْوَاهِبِ قَبْلَ قَبْضِ الْهَبَةِ]:

قوله: (إِذَا كَانَ قَدْ أَمَكَّنَهُ) (11) بِخِلَافِ أَنْ لَا يُمَكِّنَهُ، مِثْلُ أَنْ يَمُوتَ إِثْرَ الْهَبَةِ، أَوْ يَكُونَ مُلِدًّا، أَوْ يَهْرَبَ مِنْهُ خَوْفًا مِنَ الْقَبْضِ، وَلَا يَزَالُ الْمُوْهُوبُ عَلَى طَلَبِهِ، يَظْهَرُ ذَلِكَ عِنْدَ الْحَاكِمِ فِيلْزِمُهُ؛ وَإِنْ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ.

(1) وَذَلِكَ فِيمَنْ ((وَهَبَ شَيْئًا مِنْ مَالِهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(2) يَنْظُرُ الْمَجْمُوعُ شَرْحَ الْمَهْذَبِ: 382/15.

(3) بَعْدَ الْقَبْضِ.

(4) تَكُونُ صَحَّتُهُ بِدَلِيلٍ شَرْعِيٍّ؛ وَإِلَّا فَالْنَّهْيُ يَقْتَضِي الْفُسَادَ. يَنْظُرُ شَرْحَ مُخْتَصَرِ خَلِيلٍ لِلخَرَشِيِّ: 68/5.

(5) يَنْظُرُ الْمَبْسُوطُ لِلْسَّرَخْسِيِّ: 53/12، وَبِدَائِعُ الصَّنَائِعِ: 128/6.

(6) إِذَا كَانَ كَذَلِكَ؛ حُكِمَ عَلَى الْوَاهِبِ بِلُزُومِهَا. يَنْظُرُ التَّقْرِيعُ: 313/2.

(7) حَلَفَ الْوَاهِبُ وَبَرَّ مِنْهَا. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(8) اللَّطَخُ: التُّهْمَةُ كَمَا تَقَدَّمَ.

(9) الْمُعَيَّنُ لَا يُمْكِنُ إِخْفَاؤُهُ، وَيَتِمُّ الْفَصْلُ فِيهِ دُونَ تَأْخِيرٍ؛ حَتَّى لَا يَتَلَفَ، إِذْ لَا يُمْكِنُ الْإِتْيَانُ بِهِ.

(10) ((وَإِنْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ حَلَفَ الْمُوْهُوبُ لَهُ وَأَخَذَهُ مِنْهُ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(11) بَطَلَتْ الْهَبَةُ إِذَا كَانَ الْمُوْهُوبُ لَهُ قَدْ أَمَكَّنَهُ أَخْذُهَا، وَمَاتَ الْوَاهِبُ قَبْلَ دَفْعِهَا لِلْمُوْهُوبِ لَهُ. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

[اغتِصَار الوالدين في الهبة]:

قوله: ((إِلَّا الْوَالِدَيْنِ خَاصَّةً))⁽¹⁾ للحديث⁽²⁾، والأُمُّ أَحَدُ الْأَبَوَيْنِ، بخلاف الْجَدِّ، والفرق أَنَّ الابنَ تجب نفقةُ أبيه عليه، ونفقتهُ على أبيه، وليس كذلك الْجَدُّ، ولأنَّ النَّصَّ في الوالد، وكان ينبغي ألاَّ يجوز له الانتزاعُ، لأنَّه قد مَلَكَها الابنُ كالأجنبي، لكن لما قال - ﷺ -: ((أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ))⁽³⁾ كَمَا لَهُ أَنْ يَنْتَزِعَ مَالَ عَبْدِهِ لِأَنَّهُ وَمَالُهُ لَهُ؛ إِلَّا أَنَّهُ هُنَا جَعَلَ لَهُ انْتِزَاعَ مَالٍ خَاصٍّ، وَذَلِكَ أَنَّ الْأَبَ لَشِدَّةِ حُنُوِّهِ قَدْ يَبِيعُهُ ذَلِكَ عَلَى هَبَةٍ ابْنِهِ جَمِيعَ مَالِهِ، فَيَبْقَى عَالَةً يَتَكَفَّفُ النَّاسُ، فَجَعَلَ لَهُ الشَّرْعُ اسْتِرْجَاعَهُ مِنْهُ مَا لَمْ يَفُتْ.

وسواء كان الولد صغيراً أو كبيراً، فَلِلْأَبِ الانتزاعُ، وكذلك الأُمُّ؛ إِلَّا أَنْ تَهَبَ لِابْنِهَا الصَّغِيرِ الْيَتِيمِ فَلَا تَرْجِعُ، لِأَنَّ ذَلِكَ قَرِينَةٌ تَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا أَرَادَتْ وَجْهَ اللَّهِ الْعَظِيمِ، وَيُسَمَّى ذَلِكَ اعْتِصَاراً، وَهُوَ مِنْ اعْتِصَارِ الْحَبِّ لِيُخْرَجَ مَاؤُهُ، وَكَذَلِكَ الْاعْتِصَارُ هُنَا اسْتِخْرَاجٌ مِنَ الْإِبْنِ.

[موانع الاعتصار]:

قوله: (مَالٌ يُدَايِنُ)⁽⁴⁾ لِأَنَّهُ إِنَّمَا عُوْمِلَ عَلَى تِلْكَ الْهَبَةِ، فَقَدْ تَعَلَّقَ حَقُّ النَّاسِ بِهَا، فَصَارَ ذَلِكَ قُوَّتاً لَهَا؛ وَإِنْ بَقِيَ عَيْنُهَا، كَمَا تَفُوتُ السِّلْعَةُ فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ بِوُجُوهِ؛ وَإِنْ كَانَتْ عَيْنُهَا بَاقِيَةً.

قوله: (وَإِنْ تَغَيَّرَتْ)⁽⁵⁾ أَيِ بِنَقْصٍ، وَاخْتِلَافٍ فِي حَوَالَةِ الْأَسْوَاقِ، فَقِيلَ: لَيْسَتْ قُوَّتاً، لِأَنَّ الْعَيْنَ بَاقِيَةً، وَقِيلَ: هِيَ قُوَّةٌ بِمَنْزِلَةِ نَقْصٍ⁽⁶⁾ الصِّفَةِ، كَمَا كَانَتْ قُوَّتاً فِي الرَّدِّ⁽⁷⁾ بِالْعَيْبِ؛ فَهُنَا أُخْرَى، لِأَنَّ الْاعْتِصَارَ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ، فَهُوَ ضَعِيفٌ، فَيَسْقُطُ بِأَدْنَى شَيْءٍ.

قوله: (فَإِنْ بَاعَهَا)⁽⁸⁾ كَمَا تَفُوتُ بِالْبَيْعِ فِيمَا تَقَدَّمَ.

قوله: (فَخَلَطَهُ بِمِثْلِهِ)⁽⁹⁾ لِأَنَّهُ قَدْ فَاتَ عَيْنُ الْمُؤْهُوبِ بِاخْتِلَاطِهِ، وَذَلِكَ لَضَعْفِ

- (1) ((وكل من وهب هبة، فليس فيها رجعة... إلا الوالدين خاصة)). المصدر السابق.
- (2) ورد النهي عن الرجوع في الهبة إلا للوالدين خاصة، لقوله - ﷺ -: ((لَا يَجِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً فَيَرْجِعَ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ)) أخرجه الترمذي: 585/3 حديث رقم 1299 من حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - مرفوعاً. وقال: حديث حسن صحيح.
- (3) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ.
- (4) ((فإن لهما الرجعة فيما وهباه لولدهما ما لم يُدَايِنَ)). التفريع: 313/2.
- (5) ((فإن تغيرت الهبة عند الولد، فليس للوالدين فيها رجعة)). المصدر السابق.
- (6) فِي (و) نَقْصٍ.
- (7) فِي (غ) فَالْرد.
- (8) ((لم يكن للوالدين إلى الثمن سبيل)). المصدر السابق: 314/2.
- (9) ((وذلك فيمن وهب لابنه دنائير أو دراهم... فخلطه الولد... فليس للوالد فيه رجعة)). المصدر السابق.

الرُّجوع.

[هبة الثَّواب]:

قوله: (وَالْهَبَةُ لِلْعَوَضِ)⁽¹⁾ هذه على خلاف القياس، لأنَّها بيْعُ بَثْمَن مجهول حال البيْع، بل يُعْلَم في ثاني حال، ولمَّا كانت بيْعاً لم تحتج إلى حِيَازة.

قوله: (فَهُوَ بِالْخِيَارِ)⁽²⁾ أي هي لازمة⁽³⁾ مِنْ جِهَةِ الواهب فقط، والمَوْهُوبُ مُخَيَّرٌ بعد قَبْضِهَا، إن شاء دَفَعَ قيمَتَهَا أو رَدَّهَا، (هذا المذهب)⁽⁴⁾ وقيل: يلزمه ما رَضِيَ به الواهبُ (لا أَقَلَّ مِنْهُ)⁽⁵⁾، فإن شاء وإلَّا رَدَّهَا، وفي الأثر ((الْوَاهِبُ عَلَى هَبَّتِهِ حَتَّى يَرْضَى مِنْهَا))⁽⁶⁾، وإذا فَاتَتْ رَجَعَ إلى قيمَتِهَا، وهو الْعَدْلُ الْقَاطِعُ للاختلاف، لأنَّ أحوال النَّاسِ تختلف؛ كهبة الغني للفقير وعَكْسِهِ، والكُفءِ لَكُفْنِهِ، ولا ينضبط ذلك.

[تمييز هبة الثَّواب عن غيرها عند الاختلاف]:

قوله: (قُبِلَ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ)⁽⁷⁾ لأنَّ من تَرَجَّحَ جانبُهُ بِالْعُرْفِ كانت اليمينُ في جِهَتِهِ، فإن نَكَلَ فَلِلْآخِرِ، وإن لم تكن قرينةٌ؛ بأن يكونا مُتَكَافِئَيْنِ في الْغِنَى وَالْفَقْرَ وَالْمُنْصِبِ، فالقول للواهب، لأنَّه يَدَّعِي الْأَصْلَ مِنْ عَدَمِ خُرُوجِ سَلْعَتِهِ مِنْ يَدِهِ إِلَّا بِمَا يُرِيدُ ((وَلَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ))⁽⁸⁾، ((كُلُّ⁽⁹⁾ امْرِئٍ أَحَقُّ بِمَالِهِ مِنْ وَلَدِهِ وَوَالِدِهِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ))⁽¹⁰⁾.

قوله: (لِصِلَةِ رَحِمٍ)⁽¹¹⁾ لأنَّ ذلك قرينةٌ تَدُلُّ على أَنَّهُ قَصَدَ وَجْهَ اللَّهِ - تعالى - ولو كان المَوْهُوبُ له غَنِيًّا، كما لو قال: هِبَةٌ لِلَّهِ.

[حكم تخصيص الهبة لبعض الأولاد دون بعض]:

قوله: (لِبَعْضٍ وَلَدِهِ)⁽¹²⁾ كما يجوز أن يَهَبَ لِلْأَجْنَبِيِّ، ولأنَّه في صِحَّتِهِ لم يَتَعَلَّقْ

- (1) ((والهبة للثَّواب والعَوَضِ جائزة)). المصدر السابق.
- (2) ((ومن وَهَبَتْ لَهُ هِبَةً لِلثَّوابِ فَقَبْضُهَا، فهو بالخيار؛ إن شاء أَثَابَ... وإن شاء رَدَّهَا)). المصدر السابق.
- (3) في (غ) واجبة.
- (4) مابين القوسين سقط من (غ).
- (5) مابين القوسين سقط من (و).
- (6) أخرجه مالك في الموطأ: 754/2 حديث رقم 42 نحوه موقوفا عن عمر.
- (7) وذلك فيمن ((ادَّعَى أَنَّهُ وَهَبَهَا لِلثَّوابِ، فإن كان مثله يطلب الثَّواب على هِبَتِهِ...)) التفریع: 314/2.
- (8) تَقَدَّمَ.
- (9) في (و) وكل.
- (10) تَقَدَّمَ.
- (11) ((ومن وَهَبَ هِبَةً لِصِلَةِ رَحِمٍ فَلَيْسَ فِيهَا مَثُوبَةٌ)). المصد السابق: 315/2.
- (12) ((ولا بأس أن يهب الرَّجُلُ لِبَعْضٍ وَلَدِهِ دُونَ بَعْضٍ)). المصدر السابق.

حَقٌّ لِأَحَدٍ بِمَالِهِ، وَقِيلَ: ذَلِكَ مَكْرُوهٌ حَتَّى يُسَوَّى⁽¹⁾ بَيْنَ جَمِيعٍ وَلَدِهِ، وَسِوَاءٍ فِي ذَلِكَ كُلِّ مَالِهِ أَوْ بَعْضِهِ، إِلَّا أَنَّ الْكَرَاهَةَ هُنَا أَشَدُّ، بِخِلَافِ الْيَسِيرِ، كَالدِّينَارِ وَالتُّوبِ.

[صَدَقَ الْمَرْءُ بِمَالِهِ كُلِّهِ]:

قَوْلُهُ: ((لَا بَأْسَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ))⁽²⁾ هَذَا إِذَا كَانَ قَوِيَّ النَّفْسِ كَفِعْلِ أَبِي بَكْرٍ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - إِذْ ((جَاءَ بِجَمِيعِ مَالِهِ))⁽³⁾، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَثِقْ بِنَفْسِهِ فَلَا يَفْعَلْ؛ خِيفَةً مِنَ الْفِتْنَةِ.

(1) فِي (و) يَسْتَوِي.
(2) ((وَلَا بَأْسَ أَنْ يَتَصَدَّقَ الْمَرْءُ بِمَالِهِ كُلِّهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
(3) قَدْ ثَبِتَ ذَلِكَ بَلْفُظِهِ، وَعَزَاهُ الْعِرَاقِيُّ فِي الْمَغْنِيِّ عَنْ حَمَلِ الْأَسْفَارِ: 253/1 لِلتِّرْمِذِيِّ وَأَبِي دَاوُدَ وَالْحَاكِمِ. وَقَدْ أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ: 614/5 حَدِيثَ رَقْمِ 3675. وَقَالَ: حَسَنٌ صَحِيحٌ، وَصَحَّحَهُ الْحَاكِمُ فِي الْمُسْتَدْرَكِ: 574/1 حَدِيثَ رَقْمِ 1510، وَوَافَقَهُ الذَّهَبِيُّ. وَأَبُو دَاوُدَ: 129/2 حَدِيثَ رَقْمِ 1678 كُلُّهُمْ مِنْ حَدِيثِ عُمَرَ مَرْفُوعًا.

باب الْوَصِيَّة

[دليل مشروعيّتها والترغيب فيها]:

أصلها قوله عزّ وجلّ: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾⁽¹⁾ وهو على التّقديم [لرؤوس]⁽²⁾ الآي لأنّ الوصيّة من التّلت، ومنّ عليه دينٌ مُستغرق فلا تلت له، وفي الحديث ((لا يَنْبَغِي لِمُسْلِمٍ أَنْ يَبِيَّتَ لِيَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَ رَأْسِهِ))⁽³⁾ وفي الحديث ((إنّ الله - تعالى - نَظَرَ أَعْمَارَ أُمَّتِي فَاسْتَقَلَّهَا، فزادكم ثلث أموالكم؛ زيادةً في أَعْمَالِكُمْ))⁽⁴⁾.

[تفسير الوصيّة للورثة المُشار لهم في الآية]:

وأما قوله - تعالى -: ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْوَالدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾⁽⁵⁾ فمنسوخٌ بالمّواريث، وقال بعضُ العُلَماء: هي مُحْكَمَةٌ⁽⁶⁾ للقدرة⁽⁷⁾ على الجميع؛ ولو في بعض الصّور، وذلك أن يكون الوالدان لا يرثان لمانع، كالعبد والكافر، وكذلك الأقربون ممّن لا يرث، أو يُحْجَب أو لمانع، فيجب على هذا أن يُوصَى لهؤلاء بالتّلت فما دون، والمذهب على أنّها منسوخة، فلا يجب ذلك.

- (1) النساء: 11.
- (2) في النسختين: لرؤوس. والمراد بها رؤوس الآي، حيث قُدِّمَ لفظ الوصيّة على الدّين، والأخير محلّه في المعنى التّقديم؛ وأخّر مراعاة لرؤوس الآيات الواردة في آية الوصيّة على نسق واحد، ابتداء بالوصيّة وانتهاء بالدّين، كما ذكر الحافظ ابن حجر في السّيق نفسه بعض التّوجيهات لهذا التّقديم، فقال: ((أحدها الحقّة والثّقَل كَرَبِيعَةٍ وَمُضَرٍّ، فَمُضَرٌّ أَشْرَفُ مِنْ رَبِيعَةٍ، لَكِنْ لَفْظُ رَبِيعَةٍ لَمَّا كَانَ أَخْفَ؛ قُدِّمَ فِي الذِّكْرِ، وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَى اللَّفْظِ)). فتح الباري: 378/5.
- (3) أخرجه الطبراني في المعجم الأوسط: 123/1 حديث رقم 390 بلفظ قريب منه، والبخاري: 2/4 حديث رقم 2738 نحوه، ومسلم: 1249/3 حديث رقم 1627 نحوه. كلهم من حديث ابن عمر مرفوعاً.
- (4) أخرجه ابن ماجه: 904/2 حديث رقم 2709 نحوه من حديث أبي هريرة مرفوعاً، وقال عنه البوصيري: إسناده ضعيف. ينظر مصباح الزجاجة: 143/3. وأخرج الطبراني نحوه في الكبير: 198/4 حديث رقم 4129 من حديث السّلمي، وقال عنه الهيثمي: رواه الطبراني وإسناده حسن. ينظر مجمع الزوائد: 212/4 حديث رقم 7093.
- (5) البقرة: 180.
- (6) بمعنى واضحة الدلالة، وذلك ممكناً بأن تكون الوصيّة للجميع جائزة، للورثة وغيرهم؛ لاسيما في بعض الحالات.
- (7) في (و) للقدرة.

[تقديم الكَفَن على الوَصِيَّة]:

قوله: (يَبْدَأُ مِنْ تَرَكَتِهِ بِكَفْنِهِ)⁽¹⁾ هذا كالمُفْلِسِ يُتْرَكُ له ثِيَابُ مِهْنَتِهِ وبعضُ قُوَّتِهِ الأَيَّامِ، وذلك يختلف باختلاف أحوال النَّاسِ، فمنهم من يُتْرَكُ له كثيرٌ بالإضافة إلى غيره، وبالعكس، وحُرْمَةُ المُسْلِمِ حَيًّا كحُرْمَتِهِ مَيِّتًا، فهو أَحَقُّ بِكَفْنِهِ ومُؤَارَاتِهِ على المعروف بين النَّاسِ.

[من شروط الوصيِّ العدالة]:

قوله: (إِذَا كَانَ مَأْمُونًا)⁽²⁾ لا بُدَّ في الوَصِيِّ أَنْ يكونَ عَدْلًا، ولا يُوصَى الفَاسِقُ ولا يُتْرَكُ⁽³⁾، لأنَّه يُبْذَرُ المَالُ، ويجوز أن يكون العَبْدُ وَصِيًّا؛ وإن لم تَجُزْ شهادته، لأنَّ العدالة أعمُّ من الشَّهادة⁽⁴⁾، وكذلك المرأةُ تكون وَصِيًّا؛ وإن لم تَشْهَدْ في مواضع كثيرة.

[تعد الأوصياء بتعدد الوصايا]:

قوله: (وَلَا بَأْسَ أَنْ يُوصِيَ بِثُلْثِهِ لِرَجُلٍ وَبِوَلَدِهِ إِلَى آخِرِ)⁽⁵⁾ كما يجوز له أن يُوصِيَ على كُلِّ ولدٍ من أولاده وَصِيًّا⁽⁶⁾، أو كُلِّ جُزْءٍ من ماله يختصَّ به.

[الإطلاق في الوصية والوكالة والفرق بينهما]:

قوله: (وَوَصِيَّتِي إِلَى فُلَانٍ)⁽⁷⁾ أي تجوز الوَصِيَّةُ المُطْلَقة، ويَحْمَلُ على أنَّها في المال والأولاد، بخلاف الوكالة المُطْلَقة لا تصح، لأنَّها تَحْتَمِلُ⁽⁸⁾ أن تكون خاصة في كُلِّ فردٍ من (أفراد ما يَنْظُرُ)⁽⁹⁾ فيه، وعامة في الكلِّ؛ فبطلت، وإنَّما تصحَّ إذا نصَّ على الخُصُوصِ؛ بأن يقول: وكُلُّهُ في شَيْءٍ مُعَيَّنٍ، أو ينصَّ على العُموم، فيقول: وكالة مُفَوَّضة؛ فتكون في جميع التَّصرفات الماليَّة، ولا يدخل فيها نكاح الأولاد إلَّا بالنَّصِّ على ذلك.

والفرق بين الوصية والوكالة أنَّه في الوكالة قلنا: بالإبطال، لأنَّه يُمكن فيها إلا سِتْدْرَاكُ، لأنَّ المُوكِّلَ حَيٌّ، وفي الوصية إذا أُطْلِقَ؛ لو أبطلناها لأدَّى إلى تضييع قَصْدِ

(1) وذلك في ((مَنْ مات وعليه دَيْنٌ، فأوصى بثُلْثه)). التفریع: 321/2.

(2) وذلك في الرَّجُلِ ((يوصي بثُلْثه وبمن يليه مِنْ ولده إلى من شاء)). المصدر السابق.

(3) كذا وردت في النسختين. ولعل المراد منها؛ الأمرُ بقطع التصرُّف والتَّماذي بتبذير مال الموصى له، بعد وقوع الوصية.

(4) لأن نفي الأخص لا يستلزم نفي الأعم، كما هو مقرَّر. ينظر حاشية ابن الشاط على الفروق: 88/3.

(5) المصدر السابق: 322/2.

(6) سقطت من (غ).

(7) وذلك فيمن قال: ((وصيتي إلى فلان فهو وصيُّه في ثُلْثه)). المصدر السابق.

(8) في (و) لا تحتل.

(9) في (غ) أفرادها ينظر. بمعنى ما ينظر فيه.

المُوصِي، لأنه إذا مات لم يتلاف ذلك، وقال الشَّافِعِيُّ: بإبطالها، كالوكالة.
قوله: (فِي ثُلُثِهِ وَوَالٍ⁽¹⁾ عَلَى صِغَارِ بَنِيهِ)⁽²⁾ وَإِنَّمَا غَلَبْنَا التَّعْمِيمَ، لَأَنَّ قَرِينَةَ الْمَوْتِ دَلَالَةٌ عَلَى أَنَّهُ أَقَامَهُ مَقَامَهُ فِي جَمِيعِ الْأَشْيَاءِ.

[الْوَصِيَّةُ بِالنِّكَاحِ]:

قوله: (وَالْوَصِيَّةُ بِالنِّكَاحِ جَائِزَةٌ)⁽³⁾، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ⁽⁴⁾، وَدَلِيلُنَا أَنَّهُ حَقٌّ ثَبَّتَ لَهُ فِي حَيَاتِهِ؛ فَكَانَ لَهُ نَقْلُهُ إِلَى غَيْرِهِ بَعْدَ وَفَاتِهِ، قِيَاسًا عَلَى النَّظَرِ فِي الْمَالِ، وَأَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ فِي الْمَالِ عَلَى ذَلِكَ، قَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تَنْتَقِلُ الْوَلَايَةُ، بِدَلِيلٍ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِسَائِرِ الْأَوْلِيَاءِ أَنْ يُوصِيَ لغيره بِالنِّكَاحِ وَلَيْتَهُ، وَلَكِنْ إِذَا مَاتَ رَجَعَ الْأَمْرُ إِلَى الْحَاكِمِ، قُلْنَا: الْفَرْقُ أَنَّ لِلأَبِ مِنَ الْخُنُوِّ وَالنَّظَرِ فِي الْمَصَالِحِ مَا لَيْسَ لغيره، فَاخْتَصَّ ذَلِكَ فِيهِ دُونَ غَيْرِهِ.

[وَصِيَّةُ الْوَصِيِّ لِمَا وَلَّى عَلَيْهِ لغيره]:

قوله: (وَالْوَصِيُّ أَنْ يُوصِيَ بِمَا إِلَيْهِ مِنَ الْوَصِيَّةِ)⁽⁵⁾، خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ⁽⁶⁾، وَدَلِيلُنَا أَنَّهُ حَقٌّ ثَبَّتَ لَهُ فِي حَيَاتِهِ؛ فَكَانَ لَهُ نَقْلُهُ إِلَى غَيْرِهِ بَعْدَ وَفَاتِهِ، لَأَنَّ الْأَبَ أَنْزَلَهُ مَنْزِلَتَهُ فَصَارَ كَأَنَّهُ هُوَ، فَكَانَ لَهُ مِنْ ذَلِكَ مَا لِلأَبِ، وَكَذَلِكَ وَصِيُّ الْوَصِيِّ مَا عَلَا، لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يَصِيرُ كَالأَبِ، وَلَا خِلَافَ أَنَّ الْوَكِيلَ لَا يَجُوزُ أَنْ يُوَكَّلَ عَنْ مُوَكَّلِهِ (إِلَّا أَنْ يَأْذُنَ لَهُ فِي ذَلِكَ)⁽⁷⁾، وَأَمَّا إِذَا أُطْلِقَ فَلَا، خِلَافَ الْوَصِيِّ؛ يَجُوزُ لَهُ مَعَ الْإِطْلَاقِ أَنْ يَنْقُلَ مَا بِيَدِهِ مِنْ ذَلِكَ إِلَى غَيْرِهِ، إِلَّا أَنْ يَمْنَعَهُ الْأَبُ بِالنَّصِّ مِنْ ذَلِكَ⁽⁸⁾، وَالْفَرْقُ أَنَّ الْمُوَكَّلَ حَيٌّ، فَلَا يَنْتَزِلُ الْوَكِيلُ مَنْزِلَتَهُ لَذَلِكَ، بِخِلَافِ الْمَيِّتِ⁽⁹⁾.

قوله: (إِذَا لَمْ يَمْنَعْهُ)⁽¹⁰⁾، لَأَنَّهُ قَدْ رَضِيَ فِي ذَلِكَ بِهِ دُونَ غَيْرِهِ، لِمَا يَعْلَمُ مِنْ حَالِهِ.

[الْعَفْوُ عَنْ قَاتِلِ الْعَمْدِ دُونَ قَاتِلِ الْخَطَا]:

قوله: (وَيَجُوزُ عَفْوُ الرَّجُلِ عَنْ قَاتِلِهِ عَمْدًا)⁽¹⁾، لَأَنَّ ذَلِكَ حَقٌّ لَهُ مُخْتَصٌّ بِهِ، بِخِلَافِ

-
- (1) فِي (و) وَقَالَ.
 - (2) وَذَلِكَ إِذَا قَالَ: ((وَصِيَّتِي إِلَى فُلَانٍ فَهُوَ وَصِيُّهُ فِي ثُلُثِهِ، وَوَالٍ عَلَى صِغَارِ وَلَدِهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
 - (3) الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
 - (4) يَنْظُرُ الْمَجْمُوعُ شَرْحَ الْمَهْذَبِ: 220/5.
 - (5) التَّفْرِيعُ: 322/2.
 - (6) يَنْظُرُ الْأُمُّ لِلشَّافِعِيِّ: 127/4.
 - (7) فِي (غ) فِي ذَلِكَ الْأَوْلِيَاءِ.
 - (8) مَا بَيْنَ الْقَوْسَيْنِ أَجْرٌ مِنْ (غ) إِلَى قَوْلِهِ: (وَيَجُوزُ عَفْوُ الرَّجُلِ عَنْ قَاتِلِهِ عَمْدًا)، وَسَيَأْتِي فِي الْفَقْرَةِ التَّالِيَةِ، وَلَا يَسْتَقِيمُ تَأْخِيرُهُ هُنَاكَ، فَالْأَوَّلَى تَقْدِيمُهُ لِيَتَنَاسَبَ مَعَ السِّيَاقِ.
 - (9) سَقَطَتْ مِنْ (غ).
 - (10) ((وَالْوَصِيُّ أَنْ يُوصِيَ بِمَا إِلَيْهِ مِنَ الْوَصِيَّةِ إِذَا لَمْ يَمْنَعْهُ الْمُوصِي)). التَّفْرِيعُ: 322/2.

القتل خطأً، لأنَّه راجعٌ إلى مالٍ، فلا يكون له العَفْوُ إِلَّا في قدر ثُلث مَالِهِ(2).

[قَتَلَ الْمُوصَى لَهُ لِلْمُوصِي عَمداً أو خطأً]:

قوله: (لَمْ تَسْقُطْ وَصِيَّتُهُ)(3) لأنَّه لم يتعَجَّل الميراث، بخلاف قاتل العمد، لأنَّه اسْتَعَجَلَ ذلك؛ فَعُوْمِلَ بِتَقْيِيزِ مَقْصُودِهِ، فلم يأخُذْ من المال شيئاً، ولا فرق بين المُوصَى له وبين القريب في ذلك، لأنَّ كُلَّ واحد صار وارثاً.

وكذلك لا يرث قاتِلُ العَمْدِ من الدِّيَةِ - إن قُبِلَتْ(4) - شيئاً، بخلاف قاتِلِ الخطأ؛ فإنَّه عند مَالِكٍ لا يرث من الدِّيَةِ، وإنَّما يرث من المَالِ، لأنَّه إنَّما تُؤْخَذُ الدِّيَةُ من الْعَاقِلَةِ، فإن كان منهم فَعَلَى أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ فلا يستقيم أن يُعْطِيَ وَيَأْخُذَ، وإن لم يكن منهم(5) على القول الثَّانِي؛ فهو أَبْعَدُ أن يأخذ من عاقلته(6)، وقال الشَّافِعِيُّ: لا يرث قَاتِلُ الخطأ مُطْلَقاً(7)، وقال أَبُو حَنِيفَةَ: يرث مُطْلَقاً من المال والدِّيَةِ(8).

قوله: (إِلَّا أَنْ يُوصِيَ لَهُ بَعْدَ عِلْمِهِ)(9) لأنَّه إذا أنشأ له الوَصِيَّةَ بعد ذلك فلم يَسْتَعِجَلْ بِالْقَتْلِ شيئاً، وكذلك إذا عَلِمَ فَاقْرَأَ الوَصِيَّةَ كان كالمُنْشِئِ.

[حكم الوصية إذا مات المُوصَى له قبل المُوصِي]:

قوله: (فَفِيهَا ثَلَاثُ رَوَايَاتٍ)(10) صورتها أن يضيق الثُّلُثُ عن الوصايا، فيجب لكل واحد أقل من وصيَّته، فإذا مات واحدٌ فقليل(11): يَرْجِعُ بما يقابله في الْمُحَاصَّةِ ميراثاً(12)، لأنَّه(13) على ذلك وقعت الوَصِيَّةُ، وقيل: تبطل وصيَّةُ المَيِّتِ، ويستكمل مَنْ بَقِيَ كأن لم يَكُنْ غيرهم، لأنَّ الْمُحَاصَّةَ إنَّما كانت مع ضيق الثُّلُثِ؛ وقد اتَّسع بموت

-
- (1) المصدر السابق.
 - (2) الجزء المتأخر الذي أشرت إليه سابقاً أُخِرَ إلى هذا الموضع، وقد قَدِّمْتُهُ، لأنَّه لا يستقيم هنا مع السِّيَاق. وهو مخالفٌ للنسخة (و).
 - (3) هذا فيمن (أوصى لرجل بوصية، ثم قتله المُوصَى له خطأً). المصدر السابق: 323/2.
 - (4) بالعفو والصِّلح.
 - (5) لم تجب عليه الدية معهم، وإلا فهو منهم غير أنه لا تجب عليه على هذا القول، وهو قولٌ للأحناف. ينظر بدائع الصنائع. 340/7.
 - (6) والحال أنهم تحمَّلوا عليه ذلك، فالجواز بعيد جداً، كما قال.
 - (7) ينظر الأم للشافعي: 76/4.
 - (8) وهذا مخالف لما هو مقرَّرٌ عندهم، فلا يرث عندهم القاتل بغير حق من المقتول شيئاً، سواء قتله عمداً أو خطأً، وهذا في كل من باشر القتل، وأما من تسبب فيه فإنه لا يحرم من الميراث. ينظر المبسوط للسرخسي: 46، 47/30. وبدائع الصنائع: 339/7.
 - (9) ((إن قتله عمداً بطلت وصيَّته، إلا أن يُوصِيَ له بعد عِلْمِهِ بقتله)). التفريع: 323/2.
 - (10) وذلك إذا ((أوصى لجماعة بوصايا، فمات واحدٌ منهم قبل موت المُوصِي؛ وعلم بموته أو لم يعلم)). المصدر السابق.
 - (11) في (و) فقد.
 - (12) لورثة المُوصِي.
 - (13) سقطت من (ع).

أَحَدِهِمْ، فزال المَانِعُ، وهذان القولان مع الإطلاق؛ عِلْمُ الْمُوصِي قبل موته بموت المُوصَى له أو لم يعلم.

وقيل: بالتفصيل، فإن عِلْمَ بَطَلَتْ وَصِيَّةُ المَيِّتِ، واستكْمَل الباقيان، وكأن سُكُوتَهُ تَنْزُلُ منزلة صَرْفِ وَصِيَّةِ المَيِّتِ إِلَى مَنْ بَقِيَ، وإن لم يَعْلَمْ حاصِّ بذلك، وَرَجَعَ لَهُ وَإِلَى وَرَثَتِهِ.

[الوصية بأكثر من الثلث]:

قوله: (وَلَيْسَ لِلْمَرْءِ أَنْ يُوصِيَ بِأَكْثَرَ مِنْ ثُلُثِهِ إِلَّا بِإِذْنِ وَرَثَتِهِ)⁽¹⁾ لَأَنَّ ذَلِكَ مَنْعٌ لِحَقِّ أَدَمِيٍّ، فَتَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَتِهِ، وَمَنَعَهُ الْمُخَالِفُ وَإِنْ أَجَازَهُ الْوَرَثَةُ⁽²⁾؛ لِلنَّهْيِ عَنْهُ، ((وهو يَدُلُّ عَلَى فَسَادِ الْمَنْهِيِّ)).

قوله: (فَلَيْسَ لَهُمْ رُجُوعٌ)⁽³⁾، إِنْ كَانَ الْإِذْنُ فِي صِحَّتِهِ فَلَهُمُ الرُّجُوعُ، لِأَنَّ لَهُمْ أَنْ يَقُولُوا: خِفْنَا إِنْ لَمْ نَأْذِنْ⁽⁴⁾ أَنْ يُخْرِجَ مَالَهُ كُلَّهُ عَنَّا، بخلاف المريض، فليس له إخراج ماله كُلِّهِ وَلَا التَّصَرُّفُ فِيهِ بغير عَوَضٍ، غير أَنَّهُ مَنْ أَدِنَ لَهُ فِي الْمَرَضِ فَلَا يَخْلُو أَنْ يَكُونَ فِي عِيَالِهِ، فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بَعْدَ مَوْتِهِ، لِأَنَّهُ يَقُولُ: خِفْتُ إِنْ لَمْ أَدِنَ لَهُ أَنْ يَصِحَّ فَيَمْنَعُنِي الْإِنْتِفَاعَ بِهِ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي عِيَالِهِ؛ كَابْنٍ كَبِيرٍ، أَوْ ابْنٍ عَمٍّ؛ فَيُلْزِمُهُ مَا أَدِنَ لَهُ فِيهِ.

وهل يكون إِذْنُهُ فيما زاد على الثلث بطريق التَّنْفِيزِ لِفِعْلِ المَيِّتِ، أَوْ بِطَرِيقِ الْإِنْشَاءِ مِنَ الْوَارِثِ الْآذِنِ؟ قولان.

وفائدة الخلاف أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْوَارِثُ مُفْلِسًا، وَقَلْنَا: إِنَّهُ بِطَرِيقِ الْإِنْشَاءِ فَلِغَرَمَائِهِ مَنَعُهُ مِنْ ذَلِكَ الزَّائِدِ، وَهُمْ أَحَقُّ بِهِ، وَإِنْ قَلْنَا: بِطَرِيقِ التَّنْفِيزِ، وَأَنَّهُ لِمَا⁽⁵⁾ لَمْ يَمُتِ الْمُوصِي لَمْ يَتَعَلَّقْ حَقُّ الْوَرِثَةِ بِمَالِهِ، وَإِنَّمَا تَصَرَّفَ الْمُوصِي فِي مَالِهِ حَقِيقَةً، وَلَمْ يَكُنِ الرُّجُوعُ لِلْغَرَمَاءِ.

[الوصية لمن لا وارث له بأكثر من الثلث]:

قوله: (وَمَنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ)⁽⁶⁾ هَذَا يَنْبَنِي عَلَى هَلْ بَيْتُ الْمَالِ وَارِثٌ⁽¹⁾؛ بِمَعْنَى

-
- (1) المصدر السابق.
 - (2) جوزه الأحناف بإجازة الورثة، وكذلك للشافعية قولان، قول بالبطلان مطلقاً، وآخر متوقف على إجازة الورثة. ينظر المبسوط للسرخسي: 154/27، والتنبيه: 140/1.
 - (3) وذلك في الورثة إذا أذنوا للموصي بأكثر من الثلث ((فأوصى به، فليس لهم رجعة في إذنه)).
التقريب: 324/2.
 - (4) في (غ) يأذن.
 - (5) سقطت من (و).
 - (6) من كان كذلك ((فليس له أن يُوصي بأكثر من ثلثه)). المصدر السابق.

أَنَّ المسلمين ورثة، أَوْحَفُظَا لِلْمَالِ الضَّائِعِ الَّذِي لَا مَصْرَفَ لَهُ؟ وَهَذَا الثَّانِي أَصَحُّ، لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ وَارِثًا لَمْ يُرَدِّ إِلَيْهِ مَالُ الْمَرْتَدِّ، وَلَا أَنْفَقَ مِنْهُ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ الْفُقَرَاءِ، لِأَنَّهُ لَا تَوَارِثَ بَيْنَ أَهْلِ ذِمَّتَيْنِ، فَإِنْ قِيلَ: إِنَّهُ وَارِثٌ لَمْ يَجْزِ أَنْ يُوصِيَ بِمَالِهِ كُلِّهِ وَلَا بِمَا زَادَ عَلَى ثُلْثِهِ، كَمَا أَنَّهُ لَوْ كَانَ لَهُ ابْنٌ عَمٌّ مَعْرُوفَ النَّسَبِ، ثُمَّ أَقْرَبَ بِأَخٍ وَلَا بَيِّنَةٌ لَهُ؛ لَمْ يَجْزِ لَهُ، لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى حَجَبِ ابْنِ الْعَمِّ، فَكَذَلِكَ بَيِّنٌ (2) الْمَالُ لَا يَنْحَجِبُ بِهَذَا الْمُوصَى لَهُ.

[الوصية للوارث]:

قوله: (وَلَا وَصِيَّةٌ لِّوَارِثٍ) (3) إِلَّا أَنْ يُجِيزَ ذَلِكَ الْوَرِثَةُ، هَذَا عِنْدَ الْمُخَالِفِ لَا يَصِحُّ وَإِنْ أَذِنَ الْوَرِثَةُ (4)، لِأَنَّهُ مَنْهِيٌّ عَنْهُ.

[ترتيب وصايا العتق والزكاة والكفارة والنذور]:

قوله: (فَالْعِتْقُ مُبَدَأٌ) (5) لَتَشْتَوِيَ الشَّرْعَ إِلَيْهِ، وَلِذَلِكَ يُجْبَرُ الشَّرِيكُ عَلَى بَيْعِ نَصِيبِهِ إِذَا أَعْتَقَ شَرِيكَهُ نَصِيبَهُ وَهُوَ مُوسِرٌ.

قوله: (فَالزَّكَاةُ مُبَدَأٌ) (6) لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، لَوْلَا أَنَّهُ يُنْهَى أَنْ يَحْرَمَ وَرَثَتَهُ.

قوله: (الْعِتْقُ مُبَدَأٌ) (7) لِأَنَّهُ لَمَّا أَتَاهُمْ (8) فِي الزَّكَاةِ صَارَتْ كَالنَّطْوُعِ، فَبَدِئَ الْعِتْقُ؛ لِأَنَّهُ أَهَمُّ.

قوله: (فَالزَّكَاةُ مُبَدَأٌ عَلَى الْكَفَّارَةِ) (9) لِأَنَّهَا آكَدُ، إِذْ هِيَ تَلَوَّ الصَّلَاةَ، وَيَكْفِرُ تَارِكُهَا (10)، بِخِلَافِ تَارِكِ الْكَفَّارَةِ وَإِنْ كَانَتْ وَاجِبَةً، وَلِأَنَّهَا مُعَيَّنَةٌ فِي شَيْءٍ وَاحِدٍ، وَالْكَفَّارَةُ مُتَرَدِّدَةٌ بَيْنَ خِصَالٍ ثَلَاثٍ، فَكَانَتْ دُونَ الزَّكَاةِ.

قوله: (فَالْكَفَّارَةُ وَالنُّذُورُ مُبَدَأٌ) (11) لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ، وَإِنْ ضَاقَ الثُّلُثُ عَنْهَا قُسِمَ بَيْنَهُمَا بِالْمَحَاصِنِ.

-
- (1) سقطت من (غ).
 - (2) فِي (و) وَبَيْتِ الْمَالِ.
 - (3) ((مِنْ ثُلْثٍ وَلَا غَيْرِهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
 - (4) تَقَدَّمَ قَبْلَ قَلِيلٍ التَّنْبِيهُ عَلَى ذَلِكَ عِنْدَ الْأَحْنَافِ وَالشَّافِعِيَّةِ.
 - (5) ذَلِكَ فِيمَنْ ((أَوْصَى بِعِتْقٍ مُعَيَّنٍ وَوَصَايَا، وَلَمْ يَسَعْ ذَلِكَ ثُلْثَهُ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
 - (6) ((وَمِنْ أَوْصَى بِعِتْقٍ مُعَيَّنٍ وَزَكَاةٍ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
 - (7) ((وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ بَيَّنَّ الْعِتْقَ عَلَى الزَّكَاةِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
 - (8) بِحَرَمَانِ الْوَرِثَةِ بِحُجَّةِ الزَّكَاةِ.
 - (9) ((وَمِنْ أَوْصَى بِزَكَاةٍ وَكَفَّارَةٍ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 325/2.
 - (10) جَحْدًا، وَأَمَّا مَنْ أَمْتَنَعَ عَنْ إِخْرَاجِهَا مُوقِنًا بِوُجُوبِهَا فَتَوَخَّذَ مِنْهَا كُرْهًا وَإِنْ بَقِيَ، وَلَا يُقْصَدُ قَتْلُهُ. يَنْظُرُ الشَّرْحُ الْكَبِيرُ وَحَاشِيَةُ الدُّسُوقِي: 191/1.
 - (11) ((وَمِنْ أَوْصَى بِوَصَايَا وَكَفَّارَاتٍ وَنُذُورٍ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

قوله: (إِذَا أَوْصَىٰ بِهِ جَمِيعًا)⁽¹⁾ بخلاف ما يَبْدَأُ به أَوَّلًا، فَإِنَّهُ يُقَدِّمُ ما كان، وكذلك لو أَمَرَ بتقديم شيء من الوصايا على غيره، فَإِنَّهُ يُقَدِّمُ كما قال، سواء كان واجبا أو تطوعًا.

[الوصية بالعق المطلق مع وصايا أخرى]:

قوله: (فِيمَا (2) أَظُنُّ) (3) هو كما ظَنُّ، فَوَجْهُ التَّبْدِيلَةِ بِالْعَقِّ لِنَشُوفِ الشَّرْعِ إِلَيْهِ، وَوَجْهُ النَّسُوبَةِ أَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَتَعَيَّنْ ضَعْفُ أَمْرِهِ، وَالتَّعْيِينُ بوجهين: إمَّا أن يكون في مِلْكِهِ، أو في ملك غيره؛ فيقول اشتروه واعتقوه عَنِّي.

[وصية الصبي المميز والسفيه المحجور عليه]:

قوله: (وَوَصِيَّةُ الصَّبِيِّ الْمُمَيَّزِ جَائِزَةٌ)⁽⁴⁾ كَابْنِ سَبْعٍ فما فوق، لِأَنَّهُ أَهْلٌ لِلْقُرْبِ، وَكَذَلِكَ السَّفِيهِ الْعَاقِلُ تَنَفَّذَ وَصِيَّتَهُ، لِأَنَّ الْحَجْرَ عَلَيْهِمَا إِمَّا كَانَ لِخَوْفٍ أَنْ يَتَلَفَ مَالُهُمَا، وَيُؤُولَ أَمْرُهُمَا إِلَى الضَّيَاعِ، وَهَذَا الْمَحْذُورُ فِي الْوَصِيَّةِ مُنْتَفٍ، لِأَنَّ نَفَاذَ الْوَصِيَّةِ وَلُزُومَهَا إِمَّا هُوَ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي.

[تولية المرأة والعبد والكافر والفاسق في الوصية]:

قوله: (وَالْوَصِيَّةُ إِلَى الْمَرْأَةِ وَالْعَبْدِ جَائِزَةٌ)⁽⁵⁾ إِذَا كَانَا عَدْلَيْنِ.

قوله: (وَعَبْدٌ نَفْسِهِ وَعَبْدٌ غَيْرُهُ)⁽⁶⁾ (فِي ذَلِكَ)⁽⁷⁾ سَوَاءٌ، وَلَا بُدَّ مِنْ إِذْنِ سَيِّدِهِ، لِأَنَّ ذَلِكَ عَيْبٌ، فَلَوْ وَصَّى عَبْدَهُ عَلَى جَمِيعٍ وَلَدِهِ لَمْ يَجْزِ بَيْعُهُ، لِأَنَّهُ النَّاطِرُ لَهُمْ، فَلَوْ كَانَ بَعْضُهُمْ كَبِيرًا فَاخْتَارَ بَيْعَ حَظِّهِ مِنَ الْعَبْدِ، فَإِنْ وَجَدَ مَنْ يَشْتَرِيهِ عَلَى أَنَّهُ نَاطِرٌ لِسَائِرِ الْوَرَثَةِ؛ صَحَّ، وَبَقِيَ نَظَرُهُ، كَمَا يَصِحُّ أَنْ يُوصِيَ إِلَى عَبْدٍ غَيْرِهِ.

وإن لم يُوجَدَ مَنْ يَشْتَرِيهِ كَذَلِكَ، فَقِيلَ: يُوصِي الْعَبْدُ غَيْرَهُ، ثُمَّ يُبَاعُ، وَقِيلَ: يَبْطُلُ مَا بِيَدِهِ مِنَ النَّظَرِ، وَيَرْجَعُ الْأَمْرُ إِلَى الْحَاكِمِ.

قوله: (وَالْوَصِيَّةُ إِلَى الْكَافِرِ وَالْفَاسِقِ)⁽⁸⁾ أَمَّا الْفَاسِقُ، فَلِأَنَّهُ يُتَلَفُ أَمْوَالُهُمْ بِمَغْيِبِهِ عَلَيْهَا؛ فَلَا يَجُوزُ، وَأَمَّا الْكَافِرُ، فَلِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَدْلٍ، وَشَرَطُ الْوَصِيِّ أَنْ يَكُونَ عَدْلًا، إِلَّا أَنَّهُ

(1) (فَإِنَّهُ يَبْدَأُ بِالْأَكْدِ فَالْأَكْدِ)). المصدر السابق.

(2) فِي (و) فِيهَا.

(3) ((وَمِنْ أَوْصَى بِعَقِّ مَطْلُقٍ غَيْرِ مَعْيْنٍ وَوَصَايَا..... إِنْ كَانَ تَطَوُّعًا؛ فَفِيهِ فِيمَا أَظُنُّهُ رَوَايَتَانِ)). المصدر السابق.

(4) الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(5) الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 326/2.

(6) فِي الْوَصِيَّةِ إِلَيْهِمَا ((بِمَنْزِلَةِ وَاحِدَةٍ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(7) مَا بَيْنَ الْقَوْسَيْنِ سَقَطَ مِنْ (و).

(8) ((بِاطِلَةٌ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

وَقَعَ لَابْنُ الْقَاسِمِ قَوْلٌ شَادُّ؛ أَنَّهُ لَوْ كَانَ لَهُ أَخٌ كَافِرٌ عَدَلْتُ فِي دِينِهِ جَازٌ أَنْ يُقَدِّمَهُ عَلَى الْأَوْلَادِ، لَمَعْرِفَتِهِ بِحَالِهِ.

[تَرْكُ الْوَصِيِّ لِلْوَصِيَّةِ بَعْدَ قَبُولِهَا]:

قوله: (لَمْ يَجْزُ لَهُ تَرْكُهَا) (1) لِأَنَّهُ يُدْخِلُ ضَرَرًا عَلَى الْوَصِيِّ (2) بِقَبُولِهِ فِي حَيَاتِهِ، وَلَوْ رَدَّ فِي حَيَاتِهِ، نَظَرَ الْوَصِي فِي أَمْرٍ وَلَدَهُ؛ بَأَن يُوصِي غَيْرَهُ.

قوله: (إِلَّا (3) أَنْ يَعْجِزَ عَنْهَا) (4) وَلَا بُدَّ أَنْ يُبَيِّنَ ذَلِكَ عِنْدَ الْحَاكِمِ، أَوْ يَكُونُ (5) لَهُ عُدْرٌ، مِثْلُ أَنْ يَخَافَ مِنْ ظَالِمٍ أَنْ يَتَطَّرَقَ إِلَى مَالِ الْيَتِيمِ.

[الرُّجُوعُ فِي الْوَصِيَّةِ]:

قوله: (وَلِلْمُوصِي أَنْ يَرْجِعَ فِي وَصِيَّتِهِ) (6) لِأَنَّهُا عِدَّةٌ مِنْهُ؛ لَا تَلْزِمُهُ إِلَّا بِالْمَوْتِ.

[إِقْرَارُ الْمُوصِي بِحَقِّ عَلَيْهِ عِنْدَ الْمَوْتِ]:

قوله: (فَإِقْرَارُهُ جَائِزٌ لَازِمٌ) (7) وَلَا تَهْمَةٌ فِي ذَلِكَ مَعَ إِقْدَامِهِ عَلَى اللَّهِ - تَعَالَى - وَإِنْ أَقَرَّ لَوَارِثًا؛ فَإِنْ أَتَاهُمْ، مِثْلُ أَنْ يَكُونَ لَهُ بِنْتُ وَابْنٌ عَمٌّ، فَيَقَرَّ لَابْنَتِهِ بِمَالٍ كَثِيرٍ، فَيُتَّهَمُ أَنْ يَحْرِمَ ابْنَ عَمِّهِ، وَفِي الْعَكْسِ لَا يُتَّهَمُ؛ فَيَصَحُّ.

وَكَذَلِكَ يُتَّهَمُ فِي الصَّدِيقِ الْمُلَاطِفِ، لِأَنَّ مَيْلَ الصَّدَاقَةِ كَمَيْلِ الْحُنُوِّ عَلَى الْإِبْنِ، فَعَلَى الرَّوَايَةِ الْأُولَى (8) يَبْطُلُ الْإِقْرَارُ، فَلَا يَكُونُ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ لِلتَّهْمَةِ، وَلَا مِنَ الثَّلَاثِ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدِ الْوَصِيَّةَ، وَعَلَى الثَّانِيَةِ يَكُونُ مِنَ الثَّلَاثِ لِأَنَّهُ أَجَنَّبِيٌّ، وَلَوْ وَصَّى لَهُ صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ، فَاسْتَوْأُ (9) حَالُهُ أَنْ يَكُونَ إِقْرَارُهُ كَالْوَصِيَّةِ مِنَ الثَّلَاثِ.

[الْوَصِيَّةُ بِلَفْظِ نَصِيبِ الْإِبْنِ أَوْ مِثْلِ نَصِيبِ الْإِبْنِ]:

قوله: (بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ) (10) الْمَذْهَبُ أَنَّهُ وَصَّى لَهُ بِجَمِيعِ مَالِهِ، فَتَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَةِ الْإِبْنِ، وَإِنْ لَمْ يُجْزَ أَخْذُ الثَّلَاثِ، وَفِي الْمَذْهَبِ قَوْلٌ ثَانٍ: وَهُوَ لِأَبِي حَنِيفَةَ - أَيْضًا - أَنَّهُ وَصَّى لَهُ بِنِصْفِ مَالِهِ (11)، فَكَأَنَّهُ قَالَ: يَكُونُ لَهُ بَعْدَ الْقِسْمَةِ مِثْلُ مَا لِابْنِي، وَفِي

(1) وَذَلِكَ فِيمَنْ ((قَبِلَ وَصِيَّةً)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(2) فِي (و) الْوَصِي.

(3) فِي (و) إِلَى.

(4) وَذَلِكَ إِذَا ((قَبِلَ وَصِيَّةً لَمْ يَجْزَ لَهُ تَرْكُهَا إِلَّا أَنْ يَعْجِزَ عَنْهَا)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(5) فِي (و) لَا يَكُونُ.

(6) وَذَلِكَ ((فِي مَرَضِهِ أَوْ صَحَّتْ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(7) وَذَلِكَ ((لَمَنْ أَقَرَّ عِنْدَ مَوْتِهِ لِغَيْرِ وَارِثِهِ بِحَقِّ)) الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(8) الْأُولَى بِالْبَطْلَانِ مُطْلَقًا، وَالثَّانِيَةُ الْجَوَازُ مِنَ الثَّلَاثِ دُونَ رَأْسِ الْمَالِ. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 327/2.

(9) فِي (غ) فَاسْتَوْأُ.

(10) ((وَمَنْ أوصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ، وَلَهُ ابْنٌ وَاحِدٌ، فَقَدْ أوصَى لَهُ بِمَالِهِ كُلِّهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(11) يَنْظُرُ الدَّرُ الْمُخْتَارَ وَحَاشِيَةَ ابْنِ عَابِدِينَ: 669/6، 670.

القول⁽¹⁾ يعتبر قبل القسمة، ولا فرق بين قوله بنصيب الابن، وقوله: بمثل نصيب الابن، لأنَّ الْمُعْتَبَر قبل الْقِسْمَة.

[الوصية بلفظ بمثل نصيب أحد الأولاد من غير تمييز]:

قوله: (بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ وَلَدِهِ)⁽²⁾ لَمَّا أَطْلَقَ لَفْظَ الْوَلَدِ، وَهُوَ وَاقِعٌ عَلَى الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى؛ كَانَ⁽³⁾، إِعْطَاؤُهُ نَصِيبَ بِنْتٍ خَيْفًا⁽⁴⁾ عَلَى الْمُوصَى⁽⁵⁾ لَهُ، وَنَصِيبَ ابْنٍ خَيْفًا عَلَى الْوَرِثَةِ⁽⁶⁾، وَكَانَ⁽⁷⁾ الْعَدْلُ أَنْ يُجْمَعَ عَدَدُ الْكُلِّ، وَيُعْطَى بِقَدَرٍ وَاحِدٍ مِنْ عَدَدِهِمْ، وَقِيلَ: يُعْطَى نَصِيبَ بِنْتٍ، لِأَنَّهُ الْمُتَيَقَّنُ وَغَيْرُهُ مَشْكُوكٌ فِيهِ، ((وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ)).

[الوصية بالتجزئة أو التسمية]:

ولو قال: بِجُزْءٍ أَوْ سَهْمٍ وَلَمْ يُعَيَّنْ؛ فَثَلَاثَةُ أَقْوَالٍ، قِيلَ: الثَّمَنُ، لِأَنَّهُ أَقْوَى⁽⁸⁾ الْفَرَائِضِ فِي كِتَابِ اللَّهِ - تَعَالَى - وَقِيلَ: السُّدُسُ، وَقِيلَ: سَهْمٌ مِمَّا تَبْلُغُ فَرِيضَتُهُمْ⁽⁹⁾.

قوله: (بِجُزْءٍ مِنْ مَالِهِ)⁽¹⁰⁾ كَسُدُسٍ، أَوْ رُبْعٍ.

قوله: (يُبْدَأُ بِأَهْلِ التَّجْزِئَةِ)⁽¹¹⁾ لِأَنَّهُ لَمَّا سَمَّى لَهُ جُزْءًا كَالسُّدُسِ، فَقَدْ شَبَّهَهُ بِالْوَارِثِ الَّذِي يَرِثُ بِالْفَرَضِ، فَفَقِيَ جَانِبُهُ.

قوله: (يُبْدَأُ بِأَهْلِ التَّسْمِيَةِ)⁽¹²⁾ لِأَنَّهُ لَمَّا عَيَّنَ مَا جَعَلَ لَهُمْ، وَلَمْ يُعَيِّنْ مَا جَعَلَ لِأَهْلِ التَّجْزِئَةِ؛ صَارَ مِنْ عَيْنٍ لَهُ أَقْوَى.

- (1) كذا وردت في النسختين. والمراد بها: القول الأول مُعْتَبَرٌ قبل القسمة فأخذ الموصي له الْكُلَّ.
- (2) ((من له بنون وبنات، فأوصى لرجل بمثل نصيب أحد ولده...جُعِلَ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ...بِالسُّوِيَةِ)).
- التفريع: 328/2.
- (3) فِي (و) وَكَانَ.
- (4) فِي (غ) خَيْفًا.
- (5) فِي (غ) الْمُوصَى.
- (6) فِي (غ) الْوَرِثَةِ.
- (7) فِي (غ) كَانَ.
- (8) كذا وردت في النسختين، ولعل المراد به أقوى مقاما وهو الثمانية، حيث يأتي منه النصف أربعة، والرابع اثنان، والثلث واحد، وإلا فهو أقل الفروض المقدرة.
- (9) من الأصل الذي صَحَّتْ مِنْهُ الْفَرِيضَةُ، وَلَوْ بَعْدَ الْعَوْلِ إِنْ كَانَتْ عَائِلَةً. ينظر مدونة الفقه المالكي وأدلتها: 677، 676/5.
- (10) وذلك فيمن ((أوصى لرجل بجزء من ماله، ولآخر بدنابير ودراهم مسماة)). التفريع: 328/2. القول الأول يُبْدَأُ بِأَهْلِ التَّجْزِئَةِ، وَالثَّانِي بِأَهْلِ التَّسْمِيَةِ، وَالثَّلَاثُ الْمَحَاصِصَةُ. ينظر المصدر السابق.
- (11) الوصية لرجلين؛ الْأَوَّلُ بجزء، وَالْآخِرُ بِدنانير مسماة ((ففيها ثلاث روايات، إحداها أنه يُبْدَأُ بِأَهْلِ التَّجْزِئَةِ عَلَى أَهْلِ التَّسْمِيَةِ)). المصدر السابق.
- (12) هذه الراوية الثانية للمسألة الفاتنة. ينظر المصدر السابق.

[فوات الوصية قبل القبض بتلفها أو بيعها]:

قوله: (بشيء بعينه)⁽¹⁾ لأنَّ حقَّه إنَّما تعلَّقَ بذلك المُعَيَّن، فإذا تَلَفَ بطلَ حقُّه.
قوله: (فللموصى)⁽²⁾ له ثيابه التي استخلفها⁽³⁾ لأنَّه يَصْدُقُ عليها أنَّها ثيابه، لأنَّه لم يُعَيَّن ثياباً ولا وَصَفَها، بخلاف لو قال: ثيابي هذه، أو ثوبي البُعْدَادي.

[الوصية بالمال المعلوم والمجهول]:

قوله: (فوصيته فيما علمه)⁽⁴⁾ لأنَّه إنَّما قَصَدَ أن يُعْطِيَه ثلث ما عِلِمَ لا أكثر، وكذلك ينبغي في المُدَبِّر، لأنَّه - أيضاً - وصيةٌ، غير أنَّه لما كان العتق قد تشوَّف إليه الشرع قوياً أمره، فصار كالدين؛ يدخل فيما عِلِمَ وما لم يَعْلَم، فهذا وَجْهُ القول الثاني⁽⁵⁾.

[الخلاف في تبعية مال العبد الموصى برقبته]:

قوله: (وللعبد مال)⁽⁶⁾ هذه المسألة فيها شائبتان، لأنَّها دائرة بين أصليين: وهما البَيْعُ ومالُ العبدِ فيه للبائع، والعتقُ ومالُ العبدِ فيه له، فإن نظر إلى أنَّ هذا إخراج ملكٍ إلى ملكٍ؛ فهو يُشْبِهُ البَيْعَ، فهذا وَجْهٌ أنَّ ماله للموصي، وإن اعتبر أنَّه إخراج ملكٍ بغير عَوْضٍ؛ فهو يُشْبِهُ العتقَ، فهذا وجهٌ أنَّ المالَ يتبع العبدَ، إلَّا أنَّ العتقَ نُقِلَ ملكٌ إلى غير ملكٍ، وهذا نُقِلَ ملكٌ إلى ملكٍ، فهو أشبه بالبَيْعِ.

[تشبيه الهبة والصدقة بالوصية في مال العبد الموصى برقبته]:

وفي الهبة والصدقة قولان، لأنَّهما دائران بين الأصليين.
قوله: (كالبَيْعِ وَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ)⁽⁷⁾ كان ينبغي أن يقول: وكذلك الهبة والصدقة، أي فيهما الوجهان.

[موت بعض العبيد الموصى بهم واختلاف قيمتهم]:

قوله: (مُخْتَلَفَةً قِيَمَتُهُمْ)⁽⁸⁾ فإن دُفِعَ له واحدٌ من الأَعْلِينَ خَيْفٌ⁽⁹⁾ على الورثة، أو

(1) ((ومن أوصى لرجل بشيء بعينه، فتلف... بطلت وصيته)). المصدر السابق.

(2) في (غ) فللموصي.

(3) وذلك ((إذا أوصى لرجل بثيابه... فباعها واستخلف غيرها، ثم مات)) المصدر السابق.

(4) وذلك فيمن ((أوصى بثلث ماله، وله مالٌ يعلمه، ومالٌ لا يعلمه)). المصدر السابق: 329/2.

(5) بخصوص المدبر فيها روايتان؛ هذه الثانية، والأولى يخرج من ثلث المال الذي يعلم به. ينظر المصدر السابق.

(6) ((ومن أوصى بعبد لرجل وللعبد مال، ففيها روايتان)). المصدر السابق.

(7) هذا في مال العبد ((ففيها روايتان... والأخرى أن ماله لورثة سيده كالبيع، والهبة والصدقة)). المصدر السابق.

(8) ((ومن أوصى لرجل بعبد من عبيده، وهم جماعة مختلفة، فله جزء منهم)). المصدر السابق.

(9) في (غ) خيف.

من الدُّون حَيْفٌ عَلَيْهِ، فَكَانَ الْعَدْلُ أَنْ يَجْمَعَ الْكُلَّ وَيَأْخُذَ بِنِسْبَةِ الْوَاحِدِ مِنَ الْعَشْرَةِ مِنَ الْجَمِيعِ، فَيَكُونُ شَرِيكَاً لِلْوَرَثَةِ فِي الْجَمِيعِ بِذَلِكَ الْجُزْءِ.

قوله: (فَمَاتَ مِنْهُمْ ثَمَانِيَةً⁽¹⁾) وسواء ماتوا قبل مَوْتِ الْمُوصِي أو بعده، لكن قبل الْقِسْمَةِ، فَكَأَنَّهُ إِنَّمَا وَصَّى بِوَاحِدٍ مِنَ الْبَاقِينَ، وَلَوْ لَمْ يَبْقَ إِلَّا وَاحِدٌ؛ فَهُوَ لَهُ، لِأَنَّهُ عَبْدٌ مِنْ عَبِيدِهِ.

[الوصية بالنفقة مدة التعمير]:

قوله: (عُمِّرَ تَمَامَ سَبْعِينَ⁽²⁾) لِلْحَدِيثِ: ((أَعْمَارُ أُمَّتِي مَا بَيْنَ السِّتِّينَ إِلَى السَّبْعِينَ))⁽³⁾ فَإِنْ كَانَ سِنُّهُ⁽⁴⁾ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ⁽⁵⁾ عُمِّرَ سَبْعِينَ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ عُمِّرَ تِسْعِينَ، وَقِيلَ: يَجْتَهِدُ الْحَاكِمُ إِلَى الْمِئَةِ.

قوله: (وَقَدْ قِيلَ: تِسْعِينَ⁽⁶⁾) وَجْهُهُ النَّظَرُ إِلَى أَنَّهُ قَدْ غَلَبَ عَلَى كَثِيرٍ مِنَ النَّاسِ ذَلِكَ⁽⁷⁾.

قوله: (رَجَعَ بَاقِي نَفَقَتِهِ عَلَى وَرَثَةِ الْمُوصِي)⁽⁸⁾ إِنْ لَمْ يَكُنْ ثَمَّ وَصَايَا أُخْرَى، وَكَانَ قَدْ اسْتَوْفَاهَا⁽⁹⁾، وَإِلَّا اسْتَوْفُوا مِنْ ذَلِكَ⁽¹⁰⁾.

قوله: (لَمْ يَرْجَعْ)⁽¹¹⁾ لِأَنَّهُ حُكْمُ حَاكِمٍ فَلَا يُنْقَضُ، وَوَجْهُهُ⁽¹²⁾ قَوْلُ أَشْهَبٍ أَنَّهُ تَبَيَّنَ⁽¹³⁾ خَطَأَ الْحَاكِمِ، فَيَرْجِعُ عَلَى أَهْلِ الْوَصَايَا بِالْمُحَاصَّةِ، وَعَلَى⁽¹⁴⁾ الْوَرَثَةِ بِتَمَامِ

(1) ((ومن أوصى لرجل بعبد من عبده وهم عشرة... فإن كان له مال غيرهم فله نصف العبد... وإن لم يكن له مال... فله ثلث العبد)). المصدر السابق: 330/2.

(2) وذلك لمن ((أوصى لرجل بنفقة عمره...)). المصدر السابق.

(3) أخرجه ابن ماجه: 1415/2 حديث رقم 4236، والترمذي: 553/5 حديث رقم 3550 وقال: حديث حسن غريب. والحاكم في المستدرک: 463/2 حديث رقم 3598، وقال: صحيح على شرط مسلم. ووافقه الذهبي. كلهم من حديث أبي هريرة مرفوعاً بلفظه.

(4) في (و) سنة.

(5) أقل من سبعين عند تنفيذ الوصية.

(6) ((ومن أوصى لرجل بنفقة عمره، عُمِّرَ تمام سبعين سنة...، وقد قيل: تسعين سنة)). التفریع: 320/2.

(7) لكن الحديث الذي ساقه المصنف، وقد تقدّم تخريجه قبل قليل، يدلُّ على أَنَّ الْأَقْلَّ مِنْ يَجُوزُ ذَلِكَ؛ ((أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين، وأقلهم من يجوز ذلك)).

(8) أو أهل الوصايا، وذلك إذا مات قبل المدة التي حُسِبَتْ لَهُ. ينظر المصدر السابق.

(9) بمعنى: أوكانت وصايا أخرى وقد استوفاه أهل الوصايا.

(10) من باقي النفقة.

(11) وذلك ((إن عاش حتى نفدت نفقته، لم يرجع على أهل الوصايا، ولا ورثة الموصي بشيء)). المصدر السابق.

(12) في (و) ووجهه.

(13) في (و) يتبين.

(14) في (غ) أو على.

الثُّلُثُ إِنْ كَانَ بَقِيَ مِنْهُ شَيْءٌ، ثُمَّ يُعَمَّرُ الْعَامَيْنِ وَنَحْوَهُمَا بِقَدَرِ مَا يُرَى⁽¹⁾، وكذلك لو عاش بعد ذلك حتَّى نَفَدَتْ نَفَقَتُهُ عِنْدَ أَشْهَبٍ؛ فَإِنَّهُ يُحَاصُّ.

[تَراحم الوصايا بوصايا تُفِيدُ التَّأْيِيدَ:]

قوله: (فَإِنَّهُ يُحَاصُّ لِلْمُصْبَاحِ)⁽²⁾ اخْتُلِفَ فِي هَذَا النَّوعِ الَّذِي يَتَأَبَّدُ، فَقِيلَ: هُوَ كَالْوَصِيَّةِ بِجَمِيعِ الْمَالِ، لِأَنَّهُ يَسْتَغْرِقُهُ فَيُخَيَّرُ الْوَرَثَةُ بَيْنَ أَنْ يُجِيزُوا فَيَبْقَى جَمِيعُ الْمَالِ مَوْقُوفًا لِذَلِكَ؛ يُشْتَرَى مِنْهُ زَيْتٌ لِذَلِكَ الْمَسْجِدِ حَتَّى يَفْرَغَ، أَوْ يَمْنَعُوا فَيَقْطَعُوا الثُّلُثَ.

وقيل: هُوَ كَالْوَصِيَّةِ بِالثُّلُثِ. فَعَلَى الْأَوَّلِ يُجْعَلُ لِلْمُصْبَاحِ فِي الْمُحَاصَّةِ جَمِيعُ⁽³⁾ الْمَالِ، وَيَتَحَاصُّ بِذَلِكَ مَعَ أَهْلِ الْوَصَايَا فِي التَّرَكَةِ.

وَعَلَى أَنَّهُ الثُّلُثُ يُحَاصُّ لَهُ بِالثُّلُثِ فِي الثُّلُثِ. وَالشَّافِعِيُّ لَا يُجِيزُ شَيْئًا مِنْ هَذِهِ الْوَصَايَا الَّتِي تَتَأَبَّدُ، لِأَنَّهَا مَجْهُولَةٌ.

[التَّصَرُّفُ فِي الْمَالِ بِغَيْرِ عَوَضٍ عِنْدَ الْمَوْتِ وَالرُّجُوعِ فِيهِ]

قوله: (وَالْمَرِيضُ الْمَخُوفُ عَلَيْهِ مَمْنُوعٌ)⁽⁴⁾ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَلَّقَ لَوَرَثَتِهِ حَقٌّ بِمَالِهِ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ إِلَّا عَلَى وَجْهِ التَّنْمِيَةِ.

قوله: (وَإِنْ صَحَّ كَانَ ذَلِكَ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ)⁽⁵⁾ لِأَنَّهُ يَتَبَيَّنُ أَنَّ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ مَرَضًا مَخُوفًا، وَإِنَّمَا يُمْنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي الْمَرَضِ الْمَخُوفِ⁽⁶⁾؛ وَهُوَ الَّذِي يَعْقُبُهُ الْمَوْتُ، فَكَأَنَّهُ فَعَلَهُ فِي الصِّحَّةِ، فَكَانَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ.

قوله: (وَلَا يَجُوزُ الرُّجُوعُ فِيهِ)⁽⁷⁾ لِأَنَّهُ فَعَلَهُ فِي الصِّحَّةِ حُكْمًا.

قوله: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَرَادَ بِهِ وَجْهَ الْوَصِيَّةِ)⁽⁸⁾ أَيِ إِنْ نَوَى أَنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا يَقَعُ بَعْدَ مَوْتِهِ لَا فِي حَيَاتِهِ، فَيَصِيرُ مِنْهُ عِدَّةٌ يَصِحُّ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا.

[التَّصَرُّفُ فِي الْمَالِ بِغَيْرِ عَوَضٍ عِنْدَ الْمَرَضِ غَيْرِ الْمَخُوفِ]

قوله: (كَالْجُدَامِ وَالْبُلْغَمِ)⁽⁹⁾ لِأَنَّ هَؤُلَاءِ فِي عِدَادِ الصَّحِيحِ؛ إِلَّا أَنْ يَشْتَدَّ بِهِ الْمَرَضُ

- (1) فِي (غ) يَرِثُ.
- (2) وَذَلِكَ إِذَا ((أَوْصَى بِمُصْبَاحٍ فِي مَسْجِدٍ، أَوْ مَا أَشْبَهَ ذَلِكَ مِمَّا يَتَأَبَّدُ، وَأَوْصَى مَعَ ذَلِكَ بِوَصَايَا)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
- (3) أَيِ أَنَّ حَظَّهُ شَائِعٌ فِي جَمِيعِ الْمَالِ بِدَلِيلِ مَا بَعْدَهُ.
- (4) ((مَمْنُوعٌ مِنَ الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَإِخْرَاجِ الْمَالِ بِغَيْرِ عَوَضٍ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 331/2.
- (5) وَذَلِكَ فِيمَا ((وَهَبَهُ أَوْ تَصَدَّقَ بِهِ فِي مَرَضِهِ، فَهُوَ مَوْقُوفٌ عَلَى صِحَّتِهِ أَوْ مَوْتِهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
- (6) سَقَطَتْ مِنْ (غ).
- (7) فِيمَا ((وَهَبَهُ أَوْ تَصَدَّقَ بِهِ فِي مَرَضِهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
- (8) ((فَيَجُوزُ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
- (9) ((وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا مَرَضًا غَيْرَ مَخُوفٍ، كَالْجُدَامِ وَالْبَرَصِ وَالْبُلْغَمِ... فَهُوَ كَالصَّحِيحِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

وَيُخَافُ عَلَيْهِ الْمَوْتُ، فَيُمنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ.

[تَصَرُّفُ الْمَرْأَةِ الْحَامِلِ فِي الْمَالِ بِغَيْرِ عَوْضٍ]:

قوله: (سِتَّةَ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا)⁽¹⁾ لَأَنَّهُ أَقْلُ أَمَدِ الْحَمْلِ، وَحِينَئِذٍ تَنْقُلُ بِهِ وَيَقْلُ تَصَرُّفُهَا، فَلَا يَجُوزُ تَصَرُّفُهَا إِلَّا فِي ثَلَاثِهَا.

[تَصَرُّفُ الْمَحْبُوسِ لِلْقَتْلِ وَالزَّاحِفِ فِي الصَّفِّ]:

قوله: (وَكَذَلِكَ الْمَحْبُوسُ لِلْقَتْلِ وَالزَّاحِفُ)⁽²⁾ لَأَنَّهُ إِنَّمَا مُنِعَ فِي الْمَرَضِ لِلْخَوْفِ، لِمَا يُخَافُ بَعْقِيَهُ مِنَ الْمَوْتِ، فَكَذَلِكَ الْمَحْبُوسُ لِلْقَتْلِ، وَالزَّاحِفُ فِي الصَّفِّ يُخَافُ عَلَيْهِمَا الْمَوْتُ؛ وَإِنْ كَانَا صَحِيحَيْنِ، وَكَذَلِكَ مَنْ يَرْكَبُ الْبَحْرَ مُعَرِّراً، يُمنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي جَمِيعِ مَالِهِ.

[تَعَدُّ الْوَصَايَا أَوْ جَمْعُهَا لِنَفْسِ الْمُوصَى لَهُ]:

قوله: (وَلَمْ يَذْكُرْ إِنْطَالَ إِحْدَاهُمَا وَلَا جَمْعَهُمَا)⁽³⁾ مِثْلُ أَنْ يَقُولَ: كَذَا وَكَذَا، فَلَمَّا اخْتُمِلَ الْجَمْعُ وَالتَّأَكُّيدُ؛ كَانَ الْحَمْلُ عَلَى التَّأَكُّيدِ أَوْلَى، لِأَنَّ ((الْأَصْلَ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ)).

قوله: (فَلَهُ الْأَكْثَرُ مِنَ الْوَصِيَّتَيْنِ)⁽⁴⁾ وَسَوَاءٌ تَقَدَّمَتِ الْكُبْرَى أَوْ تَأَخَّرَتْ، لَأَنَّهُ عَلَى تَقْدِيمِ الْكُبْرَى يُحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ الثَّانِيَةُ مَجْمُوعَةً إِلَى الْأُولَى، وَأَنْ تَكُونَ رُجُوعًا عَنِ الْأُولَى؛ فَكَانَ الْأَحْوَطُ دَفْعَ الْأُولَى.

وَإِنْ تَأَخَّرَتِ الْكُبْرَى عَلَى الصُّغْرَى⁽⁵⁾ اخْتُمِلَ - أَيْضًا - أَنْ تَكُونَ⁽⁶⁾ مَجْمُوعَةً إِلَى الْأُولَى، وَأَنْ يَكُونَ رَجَعٌ إِلَى الثَّانِيَةِ.

[تَعَدُّ الْوَصَايَا وَاخْتِلَافُهَا وَتَعَدُّ الْمُوصَى لَهُ]:

قوله: (بِمِثْلِ إِحْدَى الْوَصِيَّتَيْنِ)⁽⁷⁾ وَجْهُ أَنَّ لَهُ نِصْفَ كُلِّ وَاحِدَةٍ؛ أَنَّ الْخَمْسِينَ مُتَّفَقٌ عَلَى أَنَّهَا لَهُ، وَتَمَامُ الْمِائَةِ وَهُوَ خَمْسُونَ مُخْتَلَفٌ فِيهَا، فَالْمُوصَى لَهُ يَدَّعِي أَنَّهَا لَهُ، وَالْوَرِثَةُ يَدَّعُونَ أَنَّهَا لَهُمْ، وَالْأَمْرُ مُحْتَمَلٌ، فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمْ بِنِصْفَيْنِ، فَيَجِبُ لِلْمُوصَى لَهُ

(1) ((وَإِذَا بَلَغَ حَمْلُ الْمَرْأَةِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا، فَهِيَ كَالْمَرِيضِ الْمَخُوفِ عَلَيْهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(2) وَهَذَا تَشْبِيهٌُ بِالْمَرْأَةِ الْحَامِلَةِ فِي الْمَنْعِ مِنَ التَّصَرُّفِ ((وَالزَّاحِفُ فِي الصَّفِّ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(3) هَذَا إِذَا لَمْ يُبَيَّنْ ذَلِكَ ((وَأَوْصَى لِرَجُلٍ بَدَنَانِيرَ مِثْلَاوِيَّةٍ فِي مَوْضِعَيْنِ،... فَلَهُ إِحْدَى التَّسْمِيَّتَيْنِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 332/2.

(4) وَذَلِكَ فِي الْوَصِيَّةِ ((إِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا أَكْثَرَ مِنَ الْآخَرَى)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(5) فِي (و) الصَّغِيرِ.

(6) فِي (و) يَكُونُ.

(7) ((وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمِائَةٍ وَآخِرَ خَمْسِينَ، ثُمَّ أَوْصَى لِثَلَاثٍ بِمِثْلِ إِحْدَى الْوَصِيَّتَيْنِ، وَلَمْ يَبَيَّنْ، فَفِيهَا رَوَايَتَانِ، إِحْدَاهُمَا: أَنَّ لَهُ نِصْفَ الْأُولَى وَنِصْفَ الْآخِرَةِ، وَالثَّانِيَةُ أَنَّ لَهُ مِثْلَ الْآخِرَةِ دُونَ الْأُولَى)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 333، 332/2.

خمسة وسبعون، وذلك نصف الوصيتين.

قوله: (لَهُ مِثْلُ الْأَخِيرَةِ)⁽¹⁾ وَجْهُهُ أَنَّ ذَلِكَ أَقْرَبُ مَذْكُورٍ، لقوله: إحدى الوصيتين، وَجْهُهُ قَوْلُ أَشْهَبَ: لَهُ الْأَقْلُ⁽²⁾، لِأَنَّهُ الْمُحَقَّقُ لَهُ، وما زاد مشكوك فيه، ((وَالْأَصْلُ بَرَاءَةُ الذِّمَّةِ))، وكذلك يقول الشَّافِعِيُّ⁽³⁾ فِي مِيرَاثِ الْخُنْثَى: لَهُ مَا لِامْرَأَةٍ⁽⁴⁾، لِأَنَّهُ الْمُحَقَّقُ، وما زاد مشكوك.

قال الباجي⁽⁵⁾: لو أوصى لزيد بعشرة، ثُمَّ قَالَ: وَلِبَكْرٍ وَخَالِدٍ عَشْرَةٌ، قَالَ: فَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ بَكْرٌ مُشْتَرِكًا مَعَ زَيْدٍ فِي الْعَشْرَةِ؛ وَمَعَ خَالِدٍ فِي الْعَشْرَةِ، فَلَكَ وَاحِدٌ مِنْ زَيْدٍ وَخَالِدٍ خَمْسَةٌ مُحَقَّقَةٌ⁽⁶⁾، وَيَبْقَى لَزَيْدٍ خَمْسَةٌ مِنَ الْعَشْرَةِ يَنَازَعُهُ بَكْرٌ فِيهَا، فَيَقْتَسِمَانِهَا بِالسَّوَاءِ، (وَكَذَلِكَ يَنَازَعُ خَالِدًا فِي خَمْسَةٍ مِنَ الْعَشْرَةِ، فَيَقْتَسِمَانِهَا بِالسَّوَاءِ)⁽⁷⁾، فَيَصِيرُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْ زَيْدٍ وَخَالِدٍ سَبْعَةٌ وَنِصْفٌ، وَلِبَكْرٍ خَمْسَةٌ⁽⁸⁾.

(1) تنمة للمسألة الفائتة لمن أوصى لثلاثة؛ ((ففيها روايتان، إحداهما: أن له نصف الأولى ونصف الأخيرة، والثانية أن له مثل الأخيرة دون الأولى)). المصدر السابق.
(2) الأقل من الوصيتين. ينظر المصدر السابق.

(3) في (و) أشهب.
(4) ينظر الأم للشافعي: 172/4، والمهذب: 418/2، والمجموع شرح المهذب: 109/16.
(5) قبل أن يطرح الباجي هذه المسألة قال: ((وإن كان في بعض اللفظ إشكال، ففي الموازية... إلخ)). المنتقى شرح الموطأ: 172/6.
(6) ونزاع بكر لهما في الخمسة الثانية فقط، إذ ليس له في هذه المسألة إلا الخمسة، سواء شارك زيدا أم خالدا.
(7) مابين القوسين سقط من (و).
(8) ينظر المصدر السابق.

كتاب الفرائض

[الممنوعون من الميراث]:

قوله: ((لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ))⁽¹⁾ لِعَدَمِ التَّسَاوِي، وفي الْحَدِيثِ: ((لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَتَّى))⁽²⁾ ((3)) وَمِنْ جِهَةِ الْمَعْنَى أَنَّ الْمَقْصُودَ بِالْإِرْثِ التَّنَاصُرُ؛ وَهُوَ مَفْقُودٌ مَعَ اخْتِلَافِ الدِّينِ.

قوله: ((وَلَا يَرِثُ الْيَهُودِيُّ))⁽⁴⁾ النَّصْرَانِيَّ⁽⁵⁾ لِعُمُومِ الْحَدِيثِ، وَلِعُمُومِ التَّنَاصُرِ؛ وَهُوَ الْمَذْهَبُ، وَلَنَا قَوْلٌ ثَانٍ: أَنَّهُ يَرِثُهُ، وَأَنَّ الْحَدِيثَ مَخْصُوصٌ بِالْإِسْلَامِ، وَكَذَلِكَ إِذَا ارْتَدَّ الْكَافِرُ إِلَى مِلَّةٍ أُخْرَى (مِنَ الْكُفْرِ)⁽⁶⁾، فَهَلْ يُقْتَلُ أَمْ لَا؟ قَوْلَانِ، إِلَّا أَنَّ الْمَذْهَبَ مِنْهُمَا أَنَّهُ لَا يُقْتَلُ، لِأَنَّ الْقَتْلَ هُنَاكَ؛ إِنَّمَا كَانَ مِنَ الْخُرُوجِ مِنْ حَقِّ إِلَى بَاطِلٍ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ إِذَا خَرَجَ مِنْ بَاطِلٍ إِلَى بَاطِلٍ.

قوله: ((وَلَا يَرِثُهُ وَرَثَتُهُ الْمُسْلِمُونَ))⁽⁷⁾ لاختلاف الدين، ولا من الكافرين⁽⁸⁾؛ وإن استويا في الدين، لأنهما اختلفا من جهة أنه يُقَرُّ⁽⁹⁾ أحدهما ولا يُقَرُّ المُرْتَدُّ، بل يُقْتَلُ. قوله: ((وَيَرِثُ الْمُسْلِمُ مَوْلَاهُ النَّصْرَانِيَّ))⁽¹⁰⁾ أي بالملك، وليس في الحقيقة بميراث، وأمّا إذا أَعْتَقَ الْمُسْلِمُ كَافِرًا فَوَلَاؤُهُ عَلَيْهِ، لَكِنْ لَا يَرِثُهُ إِنْ مَاتَ كَافِرًا؛ لِاخْتِلَافِ الدِّينِ، فَهَذَا مَانِعٌ، كَمَا أَنَّ الْقَرِيبَ الْمُسْلِمَ⁽¹¹⁾ لَا يَرِثُ قَرِيبَهُ الْكَافِرَ؛ وَإِنْ وُجِدَ الْمُقْتَضِي لَوْجُودِ

- (1) التفريع: 335/2.
- (2) شَتَّى: مُتَفَرِّقِينَ حَالًا مِنْ أَهْلٍ، أَوْ صِفَةً لِأَهْلِ أَيِ مُتَفَرِّقُونَ، أَوْ صِفَةً لِلْمِلَّتَيْنِ أَيِ مُتَفَرِّقَتَيْنِ. ينظر عون المعبود: 87/8.
- (3) أخرجه أبو داود: 125/3 حديث رقم 2911 من حديث عمرو بن شعيب مرفوعا بلفظه. وقال الصنعاني في فتح الغفار: 1374/3 حديث رقم 4143 بعد ذكره لهذا الحديث ((وإسناد أبي داود... صحيح)).
- (4) في (و) اليهود.
- (5) التفريع: 335/2.
- (6) مابين القوسين سقط من (و).
- (7) هذا في ((مَنْ ارْتَدَّ عَنِ الْإِسْلَامِ)). المصدر السابق.
- (8) لَا يَرِثُ الْمُرْتَدُّ وَرَثَتَهُ الْمُسْلِمُونَ، وَلَا وَرَثَتَهُ مِنَ الْكَافِرِينَ.
- (9) لَا يُقَرُّ الْمُرْتَدُّ عَلَى ارْتِدَائِهِ عَنِ الْإِسْلَامِ، لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ ذَلِكَ بِخِلَافِ الْكَافِرِ، وَهَذَا مَعْنَى التَّسَاوِي بَيْنَهُمَا فِي الدِّينِ وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْحُكْمِ.
- (10) مَا بَيْنَ الْقَوْسَيْنِ وَرَدَ مِنَ النُّسخَتَيْنِ عَلَى أَنَّهُ مِنْ قَوْلِ ابْنِ الْجَلَابِ، وَلَا وَجُودَ لَهُ فِي النُّسخَةِ الْمَطْبُوعَةِ مِنَ التَّفْرِيعِ. ينظر التفريع: 336/2.
- (11) سقطت من (غ).

المانع، فلو كان للمُسلم (1) قَرَابَةً كُفَّارًا، فهل يرثون ذلك المُعْتَق أو لا؟

المذهب عَدَمُ الإرث، لأنَّهم إِنَّمَا يَتَلَقَّوْنَ الإرثَ مِنْ جِهَةِ المُسْلِمِ (2)؛ وهو لا يرثه، ولا مَنْ أدلَّى بشخص، فلا يرث مع وجوده، وقيل: بل يرثونه، وقد أَجْمَعْنَا فِي النَّسَبِ عَلَى أَنَّهُمْ يَرِثُونَ إِذَا كَانَ لَهُ أَخٌ كَافِرٌ وَعَمٌّ كَافِرٌ، فَمَاتَ الْأَخُ الْكَافِرُ لَمْ يَرِثْهُ أَخُوهُ المُسْلِمُ، بَلِ الْعَمُّ، وَلَا يَحْجُبُهُمْ وَإِنْ أَذْلَوْا بِهِ (3)، لِأَنَّ كُلَّ مَنْ لَا يَرِثُ لِمَعْنَى فِيهِ؛ فَلَا يَحْجُبُ، وَقَوْلُنَا: لِمَعْنَى؛ فِيهِ تَحَرُّزٌ مِنَ الْإِخْوَةِ.

فَإِنْ أَسْلَمَ الْمُعْتَقُ قَبْلَ مَوْتِهِ وَرَثَهُ سَيِّدُهُ؛ لَزُوالِ المانع، وَأَمَّا فِي الْعَكْسِ، إِذَا أُعْتِقَ النَّصْرَانِيُّ مُسْلِمًا فَلَا وِلَاءَ لَهُ عَلَيْهِ - لِأَنَّ الْإِسْلَامَ يَعْْلُو وَلَا يُعْلَى عَلَيْهِ، وَالْوِلَاءُ عُلوٌّ، وَلِذَلِكَ يُقَالُ: الْمَوْلَى الْأَعْلَى - وَلَوْ كَانَ لَهُ قَرَابَةٌ مُسْلِمُونَ، فَإِنْ أَسْلَمَ النَّصْرَانِيُّ لَمْ يَعُدْ إِلَيْهِ الْوِلَاءُ بَعْدَ.

وَلَوْ أُعْتِقَ الْكَافِرُ كَافِرًا فَوَلَّاهُ لَهُ، فَإِنْ أَسْلَمَ الْمُعْتَقُ وَمَاتَ لَمْ يَرِثْهُ سَيِّدُهُ لِلْمَانِعِ، وَإِنْ كَانَ لَهُ (4) قَرَابَةٌ مُسْلِمُونَ فَعَلَى الْخِلَافِ الْمُتَقَدِّمِ (5)، فَإِنْ أَسْلَمَ (6) قَبْلَ مَوْتِهِ (7) وَرَثَهُ، لِأَنَّهُ قَدْ ثَبَتَ لَهُ حَالَةُ الْعِتْقِ.

قَوْلُهُ: (وَإِذَا قُتِلَ جَمَاعَةٌ فِي حَرْبٍ) (8) لِأَنَّهُ لَا مِيرَاثَ بِشَكِّ، وَالشَّكُّ ضَرْبَانِ، أَحَدُهُمَا: أَلَّا يَتَبَيَّنَ أَمْرُهُ، وَهُوَ هَذَا.

وَالثَّانِي: يَتَبَيَّنَ أَمْرُهُ، فَيَصِحُّ الْمِيرَاثُ، وَذَلِكَ فِي الْمَفْقُودِ؛ يُعَمَّرُ فَقَدْ تَبَيَّنَ حَيَاتُهُ أَوْ مَوْتُهُ أَثْنَاءَ التَّعْمِيرِ، فَيَرِثُ وَيُورَثُ، وَإِنْ لَمْ يَتَبَيَّنْ حَتَّى نَفِدَ التَّعْمِيرُ حَكَمَ الْحَاكِمُ بِمَوْتِهِ؛ فَلَا يَرِثُ أَحَدًا مِنْ قَرَابَتِهِ، لِأَنَّهُ لَا مِيرَاثَ بِشَكِّ، وَلَكِنْ يَرِثُهُ وَرَثَتُهُ، وَهُوَ مَعْنَى قَوْلِهِ: ((أَوْ يَمْضِي فِي تَعْمِيرِهِ)) (9) فَيَرْجِعُ الْمَالُ الْمَوْقُفُ لَهُ لِلْوَارِثِ الْمُحَقَّقِ؛ وَإِنْ جَاءَ بَعْدَ ذَلِكَ الْمَفْقُودُ وَقَدْ قُسِمَ مَالُهُ.

[ميراث الجنين وديته والعلامة الدالة على استهلاله حيًا]:

قَوْلُهُ: (فَاسْتَهَلَ صَارِخًا) (10) لَا خِلَافَ فِي الصُّرَاخِ أَنَّهُ دَلِيلُ الْحَيَاةِ، بِخِلَافِ

(1) فِي (غ) الْمُسْلِمِ.

(2) وَهُوَ الْمُعْتَقُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ.

(3) فَلَا يَحْجُبُ الْأَخَ الْمُسْلِمَ الْعَمَّ الْكَافِرَ، وَالْأَخَ الْكَافِرَ؛ وَإِنْ أدلَّى بِهِ.

(4) أَيِ السَّيِّدِ.

(5) فِي الْمُعْتَقِ الْمُسْلِمِ لَهُ قَرَابَةٌ كُفَّارٌ؛ وَقَدْ أُعْتِقَ عَبْدُهُ النَّصْرَانِيَّ.

(6) أَيِ السَّيِّدِ.

(7) مَوْتَ الْعَبْدِ.

(8) إِذَا قُتِلُوا ((وَهُمْ قَرَابَةٌ يَتَوَارَثُونَ، لَمْ يُورَثَ بَعْضُهُمْ مِنْ بَعْضٍ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(9) الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(10) ((إِذَا سَقَطَ الْجَنِينُ فَاسْتَهَلَ صَارِخًا، ثُمَّ مَاتَ، وَرِثَ وَوُورِثَ مِنْهُ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

الْعُطَّاسُ فِيهِ قَوْلَانُ: فَوَجْهٌ أَنَّهُ لَا يَدُلُّ عَلَيْهَا؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ رِيحًا كَامِنَةً فِي الدِّمَاغِ، وَكَذَلِكَ تَحَرُّكُهُ وَإِنْ طَالَ فِيهِ قَوْلَانُ: فَوَجْهٌ أَنَّهُ لَا يَدُلُّ؛ تَحَرُّكُ مَا لَا حَيَاةَ لَهُ⁽¹⁾، وَإِذَا لَمْ يَطُلْ فَلَا خِلَافَ أَنَّهُ لَا يَدُلُّ، وَكَذَلِكَ التَّقَامُّهُ النَّدْيُ فِيهِ قَوْلَانُ: لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنْ نَوْعِ الْحَرَكَةِ، وَأَمَّا لَوْ مَصَّ النَّدْيُ حَتَّى يُرَى اللَّبَنُ فِي حَلْقِهِ؛ فَيَدُلُّ عَلَى الْحَيَاةِ بِلَا خِلَافٍ.

قوله: (مَوْرُوثَةٌ بَيْنَ وَرَثَتَيْهِ)⁽²⁾ هذا المذهب، وقيل: هو لِأُمِّهِ، لِأَنَّهُ كَعُضْوٍ مِنْهَا، وقيل: لِأَبَوَيْهِ، أَوْ مَنْ وُجِدَ مِنْهُمَا⁽³⁾ خَاصَّةً.

[ميراث اللقيط وحكم ولاء وميراث من أسلم على يديه]:

قوله: (وَلَيْسَ لِمُلْتَقِطِهِ شَيْءٌ)⁽⁴⁾ لِأَنَّهُ أَجْنَبِيٌّ مِنْهُ، وَكَذَلِكَ مَنْ أَسْلَمَ عَلَى يَدَيْهِ، وَقَالَ بَعْضُ الْعُلَمَاءِ: لَهُ وَلَاؤُهُ، لِأَنَّهُ كَأَنَّهُ أَعْتَقَهُ مِنَ النَّارِ.

[ميراث الولد المُلْحَقُ بِأَبِيهِ وَالْإِشْهَادُ عَلَى الزَّوْجِ أَوْ التَّسْرِي]:

قوله: (فَقَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى إِفْرَارِهِ بِالْحَاقِ وَلَدِهِ)⁽⁵⁾ وَكَذَلِكَ لَوْ شَهِدُوا بِأَنَّهُ تَزَوَّجَ أُمَةً أَوْ تَسَرَّاهَا⁽⁶⁾.

[إسلام الكافر وعق العبد بعد موت الأب والسيد لا اعتبار له في الميراث]:

قوله: (قَبْلَ قِسْمَةِ الْمَالِ أَوْ بَعْدَهَا)⁽⁷⁾ لِأَنَّ الْمُرَاعَى؛ الْمُسَاوَاةُ حَالَ الْمَوْتِ⁽⁸⁾.

[ميراث ولد المُلَاعِنَةِ وَوَلَدِ الزَّانَا]:

قوله: (وَكَانَ بَاقِي مَالِهِ لِلْمُسْلِمِينَ)⁽⁹⁾ لِأَنَّهُ لَا عَصَبَةَ لَهُ.

قوله: (وَلَا يُرَدُّ مَالُهُ عَلَى أُمِّهِ وَإِخْوَتِهِ)⁽¹⁰⁾ ذَهَبَ بَعْضُ السَّلَفِ إِلَى رَدِّ بَاقِي الْمَالِ إِلَى أَهْلِ الْفِرَائِضِ، كَالْبَنَاتِ وَالْأَخْتِ.

(1) ما لا حياة له حقيقية، كالرَّعْشَةِ؛ فَلَا اعْتِبَارَ لَهَا. يَنْظُرُ مَدُونَةُ الْفَقْهِ الْمَالَكِيِّ وَأَدْلَتُهُ: 746/5.

(2) تِلْكَ ((دِيَّةُ الْجَنِينِ إِذَا طُرِحَ)). التَّفْرِيعُ: 336/2.

(3) فِي (و) مِنْهَا.

(4) ((وَمِيرَاثُ الْمَنْبُودِ لِمَجَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 337/2.

(5) ((وَمَنْ مَاتَ فَقَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ عَلَى إِحْقَاقِ وَلَدِهِ مِنْ بَعْدِ مَوْتِهِ؛ اسْتَحَقَّ نَصِيبُهُ مِنْ مِيرَاثِهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(6) التَّسْرِي: اتَّخَذَ الْأُمَةَ لِلْفِرَاشِ. يَنْظُرُ طَلِبَةُ الطَّلِبَةِ: 91.

(7) وَذَلِكَ فِيمَنْ كَانَ لَهُ ابْنٌ كَافِرٌ وَأَسْلَمَ، أَوْ عَبْدٌ أَعْتَقَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ؛ فَلَا مِيرَاثَ لِهَمَا سِوَاءِ كَانَ الْعَتَقُ أَوْ الْإِسْلَامُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ أَوْ بَعْدَهَا. يَنْظُرُ التَّفْرِيعُ: 337/2.

(8) سَقَطَتْ مِنْ (ع).

(9) هَذَا فِي مِيرَاثِ وَلَدِ الْمُلَاعِنَةِ إِذَا ((خَلَفَ أُمُّهُ وَإِخْوَتُهُ لِأُمِّهِ، وَرَثُوا مِنْهُ سَهَامَهُمْ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(10) الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

قوله: (لَأْتَهُمَا أَخَوَانِ لَأَبٍ وَأُمٍّ)⁽¹⁾ لَأْتَهُمَا كَالْوَلَدِ الْوَاحِدِ، بدليل أَنَّهُ إِذَا اسْتُحِقَّ أَحَدُهُمَا لِحَقِّ مَعَهُ الْآخَرُ، وَهَذَا الْمَذْهَبُ، وَقِيلَ: إِنَّهُمَا أَخَوَانِ لَأُمٍّ، كَتَوَامُّ الزَّانِيَةِ، لَأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَبٌ شَرَعًا.

قوله: (لَأْتَهُمَا أَخَوَانِ لَأُمٍّ)⁽²⁾ لَأَنَّهُ لَا شَكَّ فِي أَنَّ الْوَلَدَ مِنْ أُمِّهِ، لَأَنَّهَا وَعَاءٌ، وَلِحَاقَهُ بِأَبِيهِ إِنَّمَا هُوَ بِالظَّنِّ، فَوَرِثَ أُمَّهُ لِلْقَطْعِ بِأَنَّهُ مِنْهَا.

[ميراث الأعاجم]:

قوله: (لَا يَتَوَارَثُ أَحَدٌ مِنَ الْأَعَاجِمِ بِالْقَرَابَةِ)⁽³⁾ لَأَنَّهَا لَا تَقَّةَ بِالنَّسَبِ بَيْنَهُمْ⁽⁴⁾، وَلَا مِيرَاثَ بِشَكٍّ.

قوله: (أَوْ سَبِيهِ)⁽⁵⁾، يَعْنِي النِّكَاحَ وَالْوَلَاءَ.

[سبب التوارث ودليله]:

قوله: (نَسَبٍ وَسَبَبٍ)⁽⁶⁾ هُمَا فِي الْحَقِيقَةِ سَبَبٌ، وَلَكِنْ فَرَّقَ بَيْنَ النَّسَبِ وَالنِّكَاحِ وَالْوَلَاءِ؛ لِاخْتِلَافِهِمَا فِي الْمَعْنَى، فَالابْنُ وَالْأَبُ وَالْأَخُ وَالزَّوْجُ بِالْكِتَابِ، وَابْنُ الْإِبْنِ، وَالْجَدُّ لَا لِلْأُمِّ، (وَابْنُ الْأَخِ لَا لِلْأُمِّ)⁽⁷⁾، وَالْعَمُّ وَابْنُهُ بِالْإِجْمَاعِ، وَمَوْلَى النِّعْمَةِ بِالسُّنَّةِ، وَالْبَيْتُ وَالْأُمُّ⁽⁸⁾، وَالْأُخْتُ وَالزَّوْجَةُ بِالْكِتَابِ، وَبَنْتُ الْإِبْنِ بِالسُّنَّةِ، وَالْجَدَّةُ أُمُّ الْأُمِّ بِالسُّنَّةِ، وَأُمُّ الْأَبِ بِالْإِجْتِهَادِ.

[موانع الإرث]:

قوله: (وَالرِّقُّ)⁽⁹⁾ لَأَنَّهُ جَرِيرَةُ الْكُفْرِ، وَقَتْلُ الْعَمْدِ، لَأَنَّهُ يُعَجَّلُ مَا أَجَّلَهُ اللَّهُ - عَزَّ وَجَلَّ - فَعُومِلَ بِنَقِيضِ مَقْصُودِهِ.

[العصبة من الذكور والوارثون دون أخواتهم]:

قوله: (يَعْصِبُونَ أَخَوَاتِهِمْ)⁽¹⁰⁾ لِأَنَّ الْأُنْثَى إِذَا انْفَرَدَتْ أَخَذَتْ بِالْفَرَضِ، فَإِذَا كَانَتْ

(1) ((إِذَا وَلَدَتْ الْمَلَأِغَةُ تَوَامَيْنِ تَوَارَثَا)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(2) وَذَلِكَ ((إِذَا وَلَدَتْ الزَّانِيَةُ تَوَامَيْنِ تَوَارَثَا)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(3) الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 338/2.

(4) لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ بَعْضِهِمْ لِبَعْضٍ فِي ذَلِكَ، إِلَّا إِذَا وُلِدُوا فِي الْعَرَبِ وَشَهِدَ الْمُسْلِمُونَ بَثْبُوتَ نَسَبِهِمْ. يَنْظُرُ الْمَدُونَةُ الْكُبْرَى: 550/2.

(5) وَذَلِكَ فِي عَدَمِ تَوَارِثِ الْأَعَاجِمِ إِلَّا إِذَا ((قَامَتْ عَلَى نَسَبِهِ أَوْ سَبَبِهِ بَيْنَهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(6) ((وَالْتَوَارِثُ بِشَيْئَيْنِ، نَسَبٍ وَسَبَبٍ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(7) مَا بَيْنَ الْقَوْسَيْنِ سَقَطَ مِنْ (و).

(8) سَقَطَتْ مِنْ (ع).

(9) مِنْ مَوَانِعِ الْإِرْثِ ((الْكُفْرُ وَالرِّقُّ، وَقَتْلُ الْعَمْدِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 339/2.

(10) ((وَأَرْبَعَةٌ مِنَ الذُّكُورِ يَعْصِبُونَ أَخَوَاتَهُمْ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

مع أخيها ورثًا بالتَّعْصِيب.

قوله: (دُونَ أَخَوَاتِهِمْ)⁽¹⁾ لَأَنْتَهُنَّ فِي عِدَادِ أَهْلِ الْأَرْحَامِ؛ وَإِنْ أَدْلَيْنَ بَصُلْبٍ، وَهَم يَقُولُونَ: أَهْلُ الْأَرْحَامِ يُدْلُونَ بِرَحِمٍ.

قوله: (وَإِنْ مَوْلَى النِّعْمَةِ)⁽²⁾ لَأَنَّ الْوَلَاءَ إِنَّمَا يُورَثُ بِالتَّعْصِيبِ.

[العصبة وحجبهم لبعضهم البعض]:

قوله: (وَالْأَبُ أَوْلَى مِنَ الْأَخِ)⁽³⁾ لَأَنَّهُ لَا يَرِثُ أَحَدٌ مَعَ وُجُودِ مَنْ يُدْلِي بِهِ إِلَّا الْأَخَ لِلْأُمِّ، وَسَبَبُ ذَلِكَ أَنَّ الْأُمَّ لَا تَأْخُذُ الْمَالَ كُلَّهُ.

قوله: (وَمِنْ ابْنِ الْأَخِ)⁽⁴⁾ مِنْ بَابِ أُخْرَى.

قوله: (وَالْجَدُّ أَوْلَى مِنَ الْعَمِّ)⁽⁵⁾ لَأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ، وَلِذَلِكَ جَعَلَهُ أَبُو حَنِيفَةَ كَالْأَبِ؛ يُحْجَبُ بِهِ الْإِخْوَةُ، وَعِنْدَنَا هُوَ شَرِيكُ الْأَخِ فِي الْمِيرَاثِ، لِأَنَّ الْأَخَ يُدْلِي بِالْبُتُوَّةِ⁽⁶⁾، وَهِيَ أَقْوَى مِنَ الْأُبُوَّةِ؛ وَبِهَا يُدْلِي الْجَدُّ.

قوله: (وَالْأَخُ الشَّقِيقُ أَوْلَى مِنَ الَّذِي لِلْأَبِ)⁽⁷⁾ لَأَنَّهُ يَزِيدُ بِجِهَةِ الْأُمُومِيَّةِ، وَلَهَا مَدْخَلٌ فِي الْمِيرَاثِ، وَلَمَّا لَمْ تَدْخُلْ فِي التَّعْصِيبِ سِوَاهُ⁽⁸⁾، فِي الْوَلَاءِ وَالنِّكَاحِ وَالصَّلَاةِ⁽⁹⁾.

[ميراث بنت الابن مع البنت الواحدة فأكثر والأخت للأب مع الشقيقة]:

قوله: (وَلَا بِنْتُ الْإِبْنِ مَعَ بِنْتِ الصُّلْبِ السُّدُسُ)⁽¹⁰⁾ لَأَنَّهَا بِنْتُ، وَلَيْسَ لِلْبَنَاتِ أَكْثَرُ مِنَ الثَّلَاثِينَ، وَكَذَلِكَ الْأَخْتُ لِلْأَبِ⁽¹¹⁾ مَعَ الشَّقِيقَةِ.

(1) ((وَأَرْبَعَةٌ مِنَ الذُّكُورِ يَرِثُونَ دُونَ أَخَوَاتِهِمْ: الْعَمُّ وَابْنُ الْعَمِّ، وَابْنُ الْأَخِ وَابْنُ الْمَوْلَى)). المصدر السابق.

(2) وَهُوَ ((مَنْ الذُّكُورُ يَرِثُونَ دُونَ أَخَوَاتِهِمْ)). المصدر السابق.

(3) المصدر السابق.

(4) ((وَالْأَبُ أَوْلَى مِنَ الْأَخِ، وَمِنْ ابْنِ الْأَخِ)). المصدر السابق.

(5) المصدر السابق.

(6) كَذَا وَرَدَتْ فِي النِّسَخَتَيْنِ. وَالْمُرَادُ بِهَا أَنَّ الْأَخَ يَدْلِي بِبُتُوَّةِ أَبِ الْمَيِّتِ الْمَشْتَرَكِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَخِيهِ الْمَيِّتِ. يَنْظُرُ الشَّرْحُ الْكَبِيرُ وَحَاشِيَةُ الدُّسُوقِيِّ: 432/4. وَالْعِبَارَةُ فِيهَا غَمُوضٌ، لِأَنَّهَا لَا تَتَوَافَقُ مَعَ مَا ذَكَرَهُ قَبْلَ قَلِيلٍ؛ عِنْدَ تَوْجِيهِهِ لِقَوْلِ ابْنِ الْجَلَابِ فِي حَجَبِ الْأَقْوَى لِلْأَضْعَفِ: ((وَالْأَبُ أَوْلَى مِنَ الْأَخِ)). التَّفْرِيعُ: 339/2. قَالَ الْمَصْنُفُ: ((لَأَنَّهُ لَا يَرِثُ أَحَدٌ مَعَ وُجُودِ مَنْ يُدْلِي بِهِ إِلَّا الْأَخُ لِلْأُمِّ))، مَعْنَى ذَلِكَ أَنَّ الْأَخَ أَدْلَى بِالْأُبُوَّةِ وَلَيْسَ بِالْبُتُوَّةِ كَمَا قَالَ.

(7) التَّفْرِيعُ: 340/2.

(8) فِي (غ) سِوَاهُ.

(9) الْمُرَادُ بِهِ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الشَّقِيقِ وَالَّذِي لِلْأَبِ فِي مِيرَاثِ الْوَلَاءِ، وَالْوَلَايَةِ فِي عَقْدِ النِّكَاحِ، وَالْإِمَامَةِ فِي صَلَاةِ الْجَنَازَةِ، بِخِلَافِ الْفَرَائِضِ وَهِيَ الْمِيرَاثُ. يَنْظُرُ أَقْرَبُ الْمَسَالِكِ: 359/2.

(10) التَّفْرِيعُ: 341/2.

(11) تَأْخُذُ السُّدُسُ كِبْنَتَ الْإِبْنِ تَكْمَلَةً لِلثَّلَاثِينَ.

قوله: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ ذَكَرٌ) (1) لَأَنَّ ابْنَ ابْنِ ابْنٍ بِالْإِجْمَاعِ، فَسَلَوَى الْعُلْيَا بَعْصِيهَا، لِأَنَّهُ وَرَثَ بِمَا تَرَثَ بِهِ مِنَ الْبُنُوَّةِ، بِخِلَافِ ابْنِ الْأَخِ؛ لَا يَعْصِبُ الْأَخْتَ، لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَخٍ (2) يُورَثُ مَا لَمْ تَرَثْ (3) بِهِ؛ فَاسْتَبَدَّ بِالْمِيرَاثِ دُونَهَا (4).

[ميراث الأم مع الأب]:

قوله: (وَلَهَا فِي مَسْأَلَتَيْنِ ثُلُثُ مَا بَقِيَ) (5) لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ أَنْ تَأْخُذَ الثَّلَاثِينَ مِمَّا بَقِيَ بَعْدَ الزَّوْجِ أَوْ الزَّوْجَةِ، لِنَلَا تَأْخُذَ أَكْثَرَ مِنَ الْأَبِ وَلَا نَصْفَهُ، لِنَلَا تَسَاوِيهِ (6)، فَقَدَّرَ كَأَنَّ الْمَيِّتَ لَمْ يَتْرِكْ إِلَّا مَا بَقِيَ بَعْدَهُمَا (7).

[ميراث الجدّة]:

قوله: (وَإِذَا كَانَتْ أُمُّ الْأُمِّ أَقْرَبَ) (8) لِأَنَّهَا أَقْوَى، إِذْ مِيرَاثُهَا بِالسُّنَّةِ، وَالْأُخْرَى بِالْاجْتِهَادِ.

قوله: (لَا يَرِثُ مِنَ الْجَدَّاتِ إِلَّا اثْنَتَانِ) (9) وَوَرَثَ الشَّافِعِيُّ أَرْبَعًا (10) أُمُّ أَبِ الْأَبِ الْأَبِ (11) - وَ لَنَا قَوْلٌ بِذَلِكَ - وَأُمُّ أَبِ الْأَبِ (12).

[ردُّ المال إذا قلَّتْ سهام الوثة على أصل الفريضة]:

قوله: (وَلَا يُرَدُّ مَا بَقِيَ عَلَى أَحَدٍ مِنْ ذَوِي السِّهَامِ) (13) خِلَافًا لِبَعْضِ السَّلَفِ. قوله: (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُسْلِمِينَ بَيْتُ مَالٍ) (14) مِثْلُ أَنْ يَكُونَ الْإِمَامُ ظَالِمًا، فَيَنْبَغِي أَلَّا يُمَكَّنَ مِنْ ذَلِكَ، لِنَلَا يَصْرِفَهُ فِي الْمَعَاصِي، أَوْ يَكُونُوا لَا أَمِينَ (15) لَهُمْ كَأَعْرَابِ الْفَلَاةِ.

(1) هذا في بنات الابن ((لا شيء لهن مع البنيتين؛ إلا أن يكون معهن ذكر)). المصدر السابق.

(2) لها.

(3) في (و) يرث.

(4) سقطت من (غ).

(5) ((فإحدى المسألتين زوج وأبوان، والأخرى امرأة وأبوان)). المصدر السابق: 342/2.

(6) لقوله تعالى: ﴿لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾. النساء: 11.

(7) ما بقي بعد أخذ الزوج النصف، والزوجة الربع، فيقسم الأب والأم في الأولى النصف الآخر أثلاثاً، للأم الثلث، ويقسمان في الثانية الثلاثة أرباع الباقية بعد ربع الزوجة؛ الربع للأم، والباقي للأب.

(8) وذلك إذا اجتمعت مع أم أم الأب ((فالسدس لها خاصة)). التفریع: 342/2.

(9) وهما ((أم الأم، وأم الأب، وأمها)) المصدر السابق.

(10) الجدّتين من جهة الأب والأم، وما ذكرهما المصنّف في السياق نفسه، وهما: أم أب الأب، وأم أب الأب الأب.

(11) في (غ) أم أب الأب.

(12) في (غ) أم أب الأم، وهذه لا ترث بحال. ينظر المصدر السابق.

(13) المصدر السابق: 344/2.

(14) ((ويجعل ما بقي... للمولى، فإن لم يكن للمولى؛ يجعل في بيت المال، فإن لم يكن للمسلمين بيت مال تُصَدَّقُ به على أهل الفقر)). المصدر السابق.

(15) في (غ) أمير.

[ميراث المولى]:

قوله: (وَعَصَبَةُ الْمَوْلَى كَعَصَبَةِ الْقَرَابَةِ)⁽¹⁾ أي في كَيْفِيَّةِ الْمِيرَاثِ وَالتَّرْتِيبِ وَالْحُجُبِ.

قوله: (لَا يَرِثُ أَحَدٌ مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ)⁽²⁾ إِلَّا الْإِخْوَةَ لِلْأُمِّ، فَإِنَّهُمْ يَرِثُونَ بِالْكِتَابِ، وَالذَّكَرُ وَالْأُنْثَى مِنْهُمْ سَوَاءٌ بِالْإِجْمَاعِ؛ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِقَوْلِهِ - تعالى -: ﴿ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾⁽³⁾، وَإِلَّا فَالشَّرَكَةُ تَحْتَمِلُ الْمُسَاوَاةَ - وَهُوَ الظَّاهِرُ - وَالْمُفَاضَلَةَ.

قوله: (فَرَجْمُهُ أَوْلَى)⁽⁴⁾ أَوْقَعَ الرَّجْمَ هُنَا عَلَى النَّسَبِ، وَإِلَّا فَذُو الرَّجْمِ لَا يَرِثُ؛ كَمَا تَقَدَّمَ.

-
- (1) ((يرثون كما يرثون)). المصدر السابق: 345/2.
(2) وذلك عندما ((يرث المولى الباقي من المال عن ذوي السِّهَام)). المصدر السابق.
(3) النساء: 12.
(4) ((ومن أعتق عبدا فمات، فَرَجْمُهُ أَوْلَى بميراثه)). التفریع: 345/2.

كتاب الجامع

[خصال الفطرة]:

1 - [إحفاء الشَّوَارِب وإعفاء اللَّحَى]:

قوله: (مِنَ الْفِطْرَةِ)⁽¹⁾ أي من السنَّة ن وهي فِطْرَةُ الإسلام الَّتِي ابْتَدِئَ عَلَيْهَا، وفي الْحَدِيثِ ((قُصُّوا الشَّوَارِبَ، وَأَعْفُوا اللَّحَى))⁽²⁾ ومعناه أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الشَّارِبِ مِنْ حَدِّ الْإِطَارِ، وهو الْحُمْرَةُ، لِأَنَّ ذَلِكَ أَنْظَفُ لِلْأَكْلِ وَالشَّرْبِ. وَالْإِعْفَاءُ ضِدٌّ، وَحُمِلَ هُنَا عَلَى التَّوْفِيرِ، وَكَانَ ابْنُ عُمَرَ - رضي الله عنه - يَأْخُذُ مَا زَادَ عَلَى الْقَبْضَةِ⁽³⁾.

2 - [استحباب السِّوَاك]:

وَالسِّوَاكُ مَنْدُوبٌ غَيْرُ مَأْمُورٍ، لِأَنَّ الْمَأْمُورَ مُرَادِفٌ لِلوَاجِبِ عِنْدَنَا، وَمِنْ خَوَاصِّهِ أَنَّهُ يَجْلُو الْبَصَرَ، وَيَشُدُّ اللَّثَّةَ، وَيُطَيِّبُ الْفَمَ، وَيُسْتَحَبُّ مُطْلَقًا فِي الصَّوْمِ وَغَيْرِهِ. وَكَرِهَهُ الشَّافِعِيُّ فِي الصَّوْمِ بَعْدَ الظُّهْرِ، لِأَنَّهُ يُزِيلُ الْخُلُوفَ، وَلَمْ يَكْرِهْهُ قَبْلَهُ، لِأَنَّ رَائِحَةَ الْفَمِ حِينَئِذٍ مِمَّا يَكُونُ فِي الْمَعِدَةِ، وَبَعْدَ الظُّهْرِ لَا يَبْقَى فِي الْمَعِدَةِ شَيْءٌ، وَقَدْ جَاءَ ((الْخُلُوفُ فَمِ الصَّائِمِ أَطْيَبُ عِنْدَ اللَّهِ مِنْ رَائِحَةِ الْمِسْكِ))⁽⁴⁾ وَنَحْنُ نَقُولُ بِمُوجِبِهِ، لِأَنَّ ذَلِكَ رَاجِعٌ إِلَى الثَّوَابِ، وَلَا يَزُولُ بِالسِّوَاكِ، وَقَدْ قَالَ - ﷺ -: ((مَالَكُمْ تَدْخُلُونَ عَلَيَّ قُلُوحًا⁽⁵⁾ اسْتَاكُوا))⁽⁶⁾ فَأُطْلِقَ، وَمَنْ نَظَرَ إِلَى ظَاهِرِهِ أَوْجَبَهُ، وَدَلِيلُنَا قِيَاسُهُ عَلَى الْغَمَرِ⁽⁷⁾ وَالْجَامِعِ أَنَّهُ تَنْظِيفٌ لِلْفَمِ.

- (1) ((وعشر خصال من الفطرة، خمس في الرأس، وخمس في الجسد)). المصدر السابق.
- (2) أخرجه الطبراني في الأوسط: 161/9 حديث رقم 9426 من حديث ابن عباس بلفظه، وقال الهيثمي في مجمع الزوائد: 91/4: ((رواه بطوله الطبراني في الأوسط... وفيه يوسف بن ميمون؛ وثقه ابن حبان وضعفه الأئمة))، وأخرجه مسلم: 222/1 حديث رقم 259 من حديث ابن عمر مرفوعا بلفظ ((أحفوا الشَّوَارِب...)) إلخ.
- (3) ينظر صحيح البخاري: 160/7 حديث رقم 5892.
- (4) أخرجه البزار في مسنده: 387/14 حديث رقم 8115 من حديث أبي هريرة مرفوعا بلفظه. وقال عنه الهيثمي: ((رواه البزار ورجاله موثقون)). مجمع الزوائد: 183/3.
- (5) الْقُلُوحُ: صُفْرَةٌ فِي الْأَسْنَانِ. يَنْظُرُ لِسَانَ الْعَرَبِ، مَادَّةٌ: قَلَحٌ.
- (6) أخرجه الطبراني في الكبير: 64/2 حديث رقم 1302 من حديث تمام بن العباس مرفوعا بلفظه. وقال عنه الهيثمي في مجمع الزوائد: 221/1 ((رواه الطبراني في الكبير... وفيه أبو علي الصِّقْلُ، وهو مجهول)).
- (7) الْغَمَرُ: الدَّسَمُ وَاللَّبْنُ. نُدِبَ غَسْلُ الْفَمِ مِنْهُ أَرَادَ الصَّلَاةَ أَوْ لَا. ينظر مواهب الجليل: 302/1.

3 - [الاستنجاء والمضمضة والاستنشاق]:

والاستنجاء من باب إزالة النجاسة، وقد تقدّم ذلك مع المضمضة والاستنشاق.

4 - [الختان]:

وأما الختان فأوجبه الشافعي⁽¹⁾، ودليلنا أنه إزالة فضلة من البدن (فلم يجب كالظفر، وقال سحنون: بوجوبه، وعلل بأنه يصير حاملاً للنجاسة)⁽²⁾ لأنه لما أمر⁽³⁾ بإزالته صار في حكم المزال، فلم يكن ذلك في حكم الباطن⁽⁴⁾.

[تحريم الهجر وقطعه بإلقاء السلام]:

قوله: (لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ⁽⁵⁾ أَنْ يَهْجُرَ أَخَاهُ)⁽⁶⁾ هذا إذا لم تكن الهجرة في الله - تعالى - ومن سلم على صاحبه فقد خرج من الهجرة، وخيرهما⁽⁷⁾ الذي يبدأ بالسلام.

[السلام على الذمي وردّه عليه]:

قوله: (وَلْيُقَلِّ وَاعْلَيْكُمْ)⁽⁸⁾ فإن قال: السلام وهو الموت؛ فقد رجع عليه.

[تشميت العاطس والسلام على الجماعة والجماعة على الواحد]:

قوله: (أَجْزَأُ عَنْ جَمَاعَتِهِمْ)⁽⁹⁾ وقيل: بل يُسَلِّمُ كُلُّ وَاحِدٍ، والأوّل المذهب.

وفي تشميت العاطس قولان، لكن المذهب أن يشمّته كلّ واحد⁽¹⁰⁾، والفرق أنه دعاء؛ فاستحبّ أن يدعوا كلّهم، وأما السلام فاختلف في كونه دعاء.

قوله: (أَجْزَأُ عَنْ جَمَاعَتِهِمْ)⁽¹¹⁾ وقيل: لا يتعيّن على كلّ واحد، كما أن صلاة الجنازة فرض كفاية فسقطت بفعل البعض؛ إلّا أن الابتداء بالسلام مندوب، وردّه واجب، لقوله - تعالى -: ﴿ فَحْيُوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا ﴾⁽¹²⁾، وقيل⁽¹³⁾: سنّة.

(1) ينظر المجموع شرح المذهب: 285/1.

(2) ما بين القوسين سقط من (و).

(3) في (و) أمرنا.

(4) لعل المراد به لم تكن النجاسة في حكم الباطن المعفو عنه، بل من الظاهر الذي يجب إزالته.

(5) في (و) للمرء، وهو مخالف لما في التفريع. ينظر التفريع: 348/2.

(6) ((فوق ثلاثة أيام)). المصدر السابق.

(7) في (غ) وخيرها.

(8) ((ومن سلم على ذمي فليردّ عليه السلام، وليقلّ وعليكم)). المصدر السابق.

(9) ((ومن سلم على جماعة، فردّ عليه واحد منهم؛ أجزأ عنهم)). المصدر السابق.

(10) ((قال الباجي: والمذهب وجوبه على الكفاية)). جامع الأمهات: 567/1.

(11) ((وإذا مرّت جماعة بواحد، فسلم واحد منهم؛ أجزأ عن جماعتهم)). التفريع: 348/2.

(12) النساء: 86.

(13) يعني الردّ.

قوله: (إِلَى الْبَرَكَاتِ) (1) خلافاً لِمَنْ قَالَ: وَالْعَافِيَاتِ الرَّابِحَاتِ (2).

[سلام الرَّجُلِ عَلَى الْمَرْأَةِ وَسَلَامُهَا عَلَيْهِ]:

قوله: (وَلَا يَسَلِّمُ عَلَى الشَّابَّةِ) (3) لِلتُّهْمَةِ؛ إِلَّا أَنْ تَكُونَ ذَاتَ مَحَرَمٍ لَهُ.

قوله: (وَلَا بَأْسَ أَنْ تُسَلِّمَ الْمَرْأَةُ) (4) لِأَنَّهَا لَا تُتَّهَمُ.

قوله: (عَلَى الْمَاشِي) (5) لِأَنَّهُ أَسْرَعُ وَأَعْلَى (6).

[الاستئذان على المحارم وغير المحارم].

قوله: (إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ أَنَّهُ لَمْ يُسْمَعْ) (7) فَهُوَ كَلَّا شَيْءٍ، قِيلَ: وَالْأُولَى لِلتَّسْمِيعِ، وَالثَّانِيَةُ لِلتَّرْوِي، وَالثَّلَاثَةُ لِلْإِذْنِ، فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ؛ عَلِمَ أَنَّهُ لَا يُرِيدُ دُخُولَهُ، فَلْيُنْصَرَفْ.

قوله: (عَلَى أُمِّهِ) (8) مَخَافَةَ أَنْ تَكُونَ مُتَعَرِّجَةً.

قوله: (يُسَلِّمُ عَلَى أَهْلِهِ) (9) وَقَالَ - تَعَالَى -: ﴿ فَإِذَا دَخَلْتُمْ بُيُوتًا فَسَلِّمُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ ﴾ (10) أَيِ إِذَا لَمْ يَكُنْ بِهَا أَحَدٌ؛ قَالَ: السَّلَامُ عَلَيْنَا وَعَلَى عِبَادِ اللَّهِ الصَّالِحِينَ.

[حُلُقُ الْعَانَةِ وَتَنَفُّ الْإِبْطِ] (11):

وَكَانَ سُنَّةَ الْعَانَةِ الْحُلُقُ، لِأَنَّ التَّنَفُّ يَضُرُّ بِالْمَوْضِعِ، وَتَنَفُّ الْإِبْطِ لِيَرْقَّ شَعْرُهُ وَتَسْهَلَ إِزَالَتُهُ، وَلَوْ حُلِقَ قَوِي شَعْرُهُ وَصَعُبَتْ إِزَالَتُهُ، وَذَلِكَ الْمَوْضِعُ مِنْ كَثِيرٍ مِنَ النَّاسِ كَرِيهُ الْعَرَقِ.

[آداب الأكل والشرب]:

قوله: (بِيَمِينِهِ) (12) لِمَا جَاءَ مَنْ ((أَنَّ الشَّيْطَانَ يَأْكُلُ بِشِمَالِهِ)) (13)، فَنُهِىَ عَنِ التَّشَبُّهِ بِهِ؛ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُ عُذْرٌ.

- (1) ((وَيَنْتَهِي فِي السَّلَامِ إِلَى الْبَرَكَاتِ)). المصدر السابق: 349/2.
- (2) وَرَدَ ((أَنَّ رَجُلًا سَلَّمَ عَلَى عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ فَقَالَ: السَّلَامُ عَلَيْكَ وَرَحْمَةُ اللَّهِ وَبَرَكَاتُهُ وَالْغَادِيَاتِ وَالرَّائِحَاتِ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ: وَعَلَيْكَ أَلْفًا، ثُمَّ كَانَهُ كَرِهَ ذَلِكَ)). المقدمات الممهدة: 439/3.
- (3) التفريع: 349/2.
- (4) ((وَلَا بَأْسَ أَنْ تُسَلِّمَ الْمَرْأَةَ عَلَى الرَّجُلِ)). المصدر السابق.
- (5) ((وَيُسَلِّمُ الرَّكِيبُ عَلَى الْمَاشِي)). المصدر السابق.
- (6) قَالَ الْقُرَافِيُّ: لِيَنْفِي الْكَثْرَ عَنِ الرَّكِيبِ. يَنْظُرُ الذَّخِيرَةُ: 290/13.
- (7) ((وَالِاسْتِئْذَانُ ثَلَاثَةٌ، فَإِنْ أَذِنَ لَهُ؛ وَإِلَّا رَجَعَ... إِلَّا أَنْ يَعْلَمَ أَنَّهُ لَمْ يُسْمَعْ اسْتِئْذَانَهُ)). التفريع: 349/2.
- (8) ((وَيُسْتَأْذَنُ الرَّجُلُ عَلَى أُمِّهِ)). المصدر السابق.
- (9) وَذَلِكَ ((إِذَا دَخَلَ مَنْزِلَهُ)). المصدر السابق.
- (10) النور: 61.
- (11) تَأَخَّرَ، وَهُمَا الْخَامِسَةُ وَالسَّادِسَةُ مِنْ خُصَالِ الْفِطْرَةِ الَّتِي تَقَدَّمَتْ قَبْلَ قَلِيلٍ.
- (12) ((وَمَنْ أَكَلَ أَوْ شَرَبَ فَلْيَأْكُلْ بِيَمِينِهِ)). التفريع: 349/2.
- (13) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ: 1598/3 حَدِيثُ رَقْمِ 2020 مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ مَرْفُوعًا.

قوله: (أَنْ يُسَمِّيَ عَلَى طَعَامِهِ) (1) لَأَنَّ الشَّيْطَانَ يَأْكُلُ مَعَهُ، فَتَذْهَبُ الْبَرَكَةُ مِنَ الطَّعَامِ.

قوله: (يَأْكُلُ مِمَّا يَلِيهِ) (2) لِئَلَّا يُنْسَبَ إِلَى الشَّرِّهِ وَقِلَّةِ الْأَدَبِ، فَإِنْ اخْتَلَفَ الطَّعَامُ فَلَهُ عُذْرٌ فِي ذَلِكَ، وَأَمَّا مَا رُوِيَ مِنْ أَنَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ((كَانَ يَتَّبَعُ (3) الدُّبَاءَ مِنْ جَوَانِبِ الْقَصْعَةِ)) (4) فَذَلِكَ لِنُصِيبَ بَرَكَةَ يَدِهِ الطَّعَامَ فَيَكْثُرُ، وَذَلِكَ مَفْقُودٌ فِي غَيْرِهِ.

قوله: (وَلَا يَنْفُخُ) (5) قِيلَ (6): لِأَنَّهُ يَخْرُجُ مِنَ الْإِنْسَانِ عِنْدَ النَّفْخِ رَوَائِحُ سُمُومٍ تَضُرُّهُ إِنْ عَادَتْ إِلَيْهِ، وَكَذَلِكَ التَّنَفُّسُ فِي الشَّرَابِ، وَقِيلَ: إِنَّمَا كُرِهَ أَنْ يَأْكُلَ طَعَامَهُ سُخْنًا، لِأَنَّهُ يَضُرُّهُ، وَلَا يُسْتَعْمَلُ النَّفْخُ إِلَّا عِنْدَ سَخَانَتِهِ.

قوله: (مِنْ فَمِ السِّقَاءِ) (7) كَالْقَدَحِ.

قوله: (الْأَيْمَنَ فَالْأَيْمَنَ) (8) لِأَنَّهَا أَشْرَفُ الْجِهَاتِ.

قوله: (أَنْ يُوكِيَّ سِقَاءَهُ) (9) لَأَنَّ ذَلِكَ يَمْنَعُ مِنَ الشَّيْطَانِ إِذَا (10) لَمْ يُقَدَّرْ عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ إِذَا جَعَلَ عُودًا عَلَى إِنَائِهِ أَوْ عَلَى بَابِهِ؛ لَمْ تُجْعَلْ لَهُ قُدْرَةٌ عَلَيْهِ، كَمَا جَاءَ ((فَإِنَّ الشَّيْطَانَ لَا يَفْتَحُ غَلَقًا)) (11) وَهَذَا مِنْ نِعْمَةِ اللَّهِ - تَعَالَى - عَلَى عِبَادِهِ؛ إِذْ مَنَعَ الشَّيْطَانَ عَنْهُمْ فِي أَكْثَرِ الْأَحْوَالِ، وَإِلَّا فَلَوْ قَدَّرَ لِأَضْرَمَ عَلَيْهِمْ بَيوتَهُمْ نَارًا؛ فَعَلَّ الْفُؤَيْسِقَةَ بِالمِصْبَاحِ.

[أَكَلَ الْمَرْأَةَ مَعَ عَبْدِهَا وَخَادِمِهَا]:

قوله: (إِذَا كَانَ وَغَدًا) (12) أَيِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنَظَرٌ، وَكَانَ قَبِيحَ الصُّورَةِ.

قوله: (وَمَعَ خَادِمِهَا) (13) يَعْنِي الْحُرَّ، وَهَذَا مُشْكِلٌ، وَإِنَّمَا كَانَ ذَلِكَ فِي الزَّمَنِ الْأَوَّلِ عِنْدَ أَمَانَةِ النَّاسِ.

(1) ((وَيُسْتَحَبُّ لِلْمَرْءِ أَنْ يُسَمِّيَ اللَّهَ عَلَى طَعَامِهِ وَشَرَابِهِ)). التفريع: 350/2.

(2) ((وَيَنْبَغِي أَنْ يَأْكُلَ مِمَّا يَلِيهِ)). المصدر السابق.

(3) فِي (و) يَتَّبَعُ. وَمَا أَثْبَتَ مُوَافَقَ لِمَا سَيَأْتِي لِحَدِيثِ الْبَخَارِيِّ.

(4) أَخْرَجَهُ الْبَخَارِيُّ: 61/3 حَدِيثٍ رَقْمَ 2092 مِنْ حَدِيثِ أَنَسٍ مَرْفُوعًا. وَفِيهِ ((مِنْ حَوَالِي الْقَصْعَةِ)).

(5) ((وَلَا يَنْفُخُ أَحَدٌ فِي طَعَامِهِ وَشَرَابِهِ)). التفريع: 350/2.

(6) سَقَطَتْ مِنْ (غ).

(7) ((وَلَا بِأَسَ بِالشَّرْبِ مِنْ فَمِ السِّقَاءِ)). المصدر السابق.

(8) وَذَلِكَ إِذَا شَرِبَ ((وَمَعَهُ غَيْرُهُ، فَلْيُغْطِهِ... الْأَيْمَنَ فَالْأَيْمَنَ)). المصدر السابق.

(9) ((وَيَنْبَغِي لِمَنْ نَامَ أَنْ يُوكِيَّ سِقَاءَهُ)). المصدر السابق.

(10) كَذَا وَرَدَتْ فِي النُّسخَتَيْنِ، وَلَعَلَّهَا خُرِفَتْ عَنْ (إِذْ)، وَالْمَعْنَى: إِذْ لَمْ يُقَدَّرْ عَلَيْهِ إِلَّا بِذَلِكَ.

(11) أَخْرَجَهُ مَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ: 928/2 حَدِيثٍ رَقْمَ 21. مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ مَرْفُوعًا.

(12) ((وَلَا بِأَسَ أَنْ تَأْكُلَ الْمَرْأَةُ مَعَ عَبْدِهَا إِذَا كَانَ وَغَدًا)). التفريع: 350/2.

(13) بَأَنْ تَأْكُلَ الْمَرْأَةُ مَعَهُ. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقَ.

[النَّظَرُ إِلَى وَجْهِ وَشَعْرِ الْمَرْأَةِ الْمَحْرَمِ]:

قول: ((إِلَى وَجْهِ امْرَأَةٍ أَبِيهِ))⁽¹⁾ لَأَنَّهُ لَيْسَ بِعَوْرَةٍ، وَإِنَّمَا مُنِعَ إِلَى النَّظَرِ إِلَيْهِ مَخَافَةَ الْفِتْنَةِ، وَلَوْ خَافَ الْفِتْنَةَ مِنَ النَّظَرِ إِلَى وَجْهِ امْرَأَةٍ؛ حَرَّمَ عَلَيْهِ.

قوله: ((إِلَى شُعُورِهَا))⁽²⁾ الْعَوْرَةُ ضَرْبَانِ: خَفِيفَةٌ، وَهِيَ: مَا يَتَعَدَّرُ سِتْرُهُ مِنْ ذَوِي الْمَحَارِمِ، كَبَعْضِ الشَّعْرِ الْمُرْسَلِ وَالْأَطْرَافِ، فَهَذَا يَجُوزُ أَنْ يَنْظُرَ إِلَيْهِ ذُو الْمَحْرَمِ⁽³⁾. وَمُعْظَمُهُ، وَهِيَ: مَا عَدَا ذَلِكَ؛ فَلَا يَجُوزُ النَّظَرُ إِلَيْهَا.

[لُبْسُ الْحَرِيرِ وَاسْتِعْمَالُ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ]:

قوله: ((مِنْ الْحَرِيرِ))⁽⁴⁾ لِلْحَدِيثِ فِي الْحَرِيرِ وَالذَّهَبِ؛ هُمَا ((حَرَامٌ عَلَى ذُكُورِ أُمَّتِي))⁽⁵⁾ وَاخْتُلِفَ فِي الصِّغَارِ، فَقِيلَ: مُبَاحٌ، وَالْحَدِيثُ خَاصٌّ بِالْمُكَلَّفِينَ؛ لِقَوْلِهِ: ((حَرَامٌ))، وَرُويَ عَنْ مَالِكٍ؛ أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِإِحْرَامِ الصَّغِيرِ وَعَلَيْهِ الْخَلَاخِيلُ مِنَ الذَّهَبِ، وَقِيلَ: مَكْرُوهٌ، وَقِيلَ: هُوَ عَامٌّ، وَيَنْبَنِي عَلَى ذَلِكَ إِذَا كَانَ حُلِيِّ مُعَدًّا⁽⁶⁾ لِلصِّغَارِ؛ فَهَلْ تُؤْخَذُ الزَّكَاءُ مِنْهُ، لَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِقْتِنَاؤُهُ لَذَلِكَ، أَوْ لَا؛ لَأَنَّهُ كَحُلِيِّ النِّسَاءِ؟.

قوله: ((مِمَّا سَدَّاهُ حَرِيرٌ وَلُحْمَتُهُ غَيْرُهُ))⁽⁷⁾ (مِنْ غَيْرِهِ)⁽⁸⁾ مِنْ قُطْنٍ أَوْ كَتَّانٍ، وَسَبَبُ ذَلِكَ أَنَّ السَّلَفَ كَانُوا يَلْبَسُونَ لِمَا خَالَطَهُ مِنْ غَيْرِ الْمُحْرَمِ، وَلَا يَكُونُ الْخَزُّ إِلَّا سَدَّاهُ حَرِيرٌ، وَأَمَّا مَا كَانَ بِالْعَكْسِ؛ لُحْمَتُهُ حَرِيرٌ وَسَدَّاهُ غَيْرُهُ، كَالْعَتَّابِيِّ⁽⁹⁾ وَالْمُصَنَّمَتِ⁽¹⁰⁾ وَالْغَرِ⁽¹¹⁾، فَهُوَ عَلَى أَصْلِ الْمَنْعِ، لِأَنَّ الرُّخْصَةَ فِي الْأَوَّلِ، وَقِيلَ: يَجُوزُ، لَأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْأَوَّلِ، فَيُحْتَمَلُ قَوْلُهُ (وَيُكْرَهُ)⁽¹²⁾: أَنْ يَكُونَ حَرَامًا، وَالْفَرْقُ أَنَّهُ إِذَا كَانَتِ اللَّحْمَةُ حَرِيرًا

(1) ((وَلَا بَأْسَ أَنْ يَنْظُرَ الْمَرْءُ إِلَى وَجْهِ امْرَأَةِ أَبِيهِ)). المصدر السابق.

(2) ((وَلَا بَأْسَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى شُعُورِهَا، وَلَا يَنْظُرَ إِلَى أَجْسَادِهَا)). المصدر السابق: 351/2.

(3) فِي (و) الْمَحَارِمِ.

(4) ((وَلَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ لُبْسُ شَيْءٍ مِنَ الْحَرِيرِ)). المصدر السابق.

(5) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ: 1189/2 حَدِيثٌ رَقْمُ 3595، وَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ: 50/4 حَدِيثٌ رَقْمُ 4057، وَالنَّسَائِيُّ: 160/8 حَدِيثٌ رَقْمُ 5144. كُلُّهُمْ مِنْ حَدِيثِ عَلِيِّ مَرْفُوعًا. وَنَقَلَ الْحَافِظُ ابْنُ حَجَرٍ عَنْ ابْنِ الْمَدِينِيِّ أَنَّهُ حَسَنُهُ. يَنْظُرُ التَّلْخِيسُ الْحَبِيرَ: 212/1.

(6) فِي (و) مُعَدًّا.

(7) ((وَلَا بَأْسَ بِالْبُئْسِ الْخَزُّ وَمَا أَشْبَهَهُ مِمَّا سَدَّاهُ حَرِيرٌ، وَلُحْمَتُهُ غَيْرُهُ)). التَّفْرِيعُ: 351/2.

(8) سَقَطَتْ مِنْ (غ).

(9) الْعَتَّابِيُّ. نَوْعٌ مِنَ الثِّيَابِ، كَالْقَطْنِيِّ، سَدَّاهُ ظَاهِرٌ، وَهُوَ نَسَبَةٌ لِعَتَابِ أَحَدِ أَهْلَادِ أُمِّيَّةٍ. يَنْظُرُ الدَّرُ الْمُخْتَارُ وَحَاشِيَةُ ابْنِ عَابِدِينَ: 356/6، وَتَكْمَلَةُ الْمَعَاجِمِ الْعَرَبِيَّةِ: 140/7.

(10) الْمُصَنَّمَتُ: الْخَالِصُ مِنَ الْحَرِيرِ وَغَيْرِهِ. يَنْظُرُ لِسَانَ الْعَرَبِ، مَادَّةٌ: صَمِتَ.

(11) كَذَا وَرَدَتْ فِي النُّسخَتَيْنِ. وَلَمْ أَقِفْ عَلَى مَعْنَاهَا؛ إِلَّا إِذَا أَرَادَ (الْخَزُّ) وَخَرَّفَتْ عَنْهُ، وَلَهُ مَعْنَانِ: الْأَوَّلُ؛ ثِيَابٌ تَنْسَجُ مِنْ صُوفٍ وَحَرِيرٍ، وَالْآخَرُ؛ كُلُّهُ مَعْمُولٌ مِنَ الْحَرِيرِ، وَعَلَيْهِ يُحْمَلُ النَّهْيُ. يَنْظُرُ الْمَصْدَرُ السَّابِقُ، مَادَّةٌ: خَزَزَ.

(12) ((وَيُكْرَهُ لُبْسُ مَا سَدَّاهُ حَرِيرٌ، وَلُحْمَتُهُ حَرِيرٌ وَغَيْرُهُ)). التَّفْرِيعُ: 351/2.

كان أَكْثَرُهُ حَرِيرًا، لِأَنَّ اللَّحْمَةَ فِي الثَّوبِ أَكْثَرُ مِنَ السَّدى.

قوله: ((بِرَبْطِ الْأَسْنَانِ بِالذَّهَبِ))⁽¹⁾ يعني إذا تحرَّكت وخيفت تَقْلُعُهَا⁽²⁾، وَخُصَّ الذَّهَبُ بذلك لِأَنَّهُ لَا يَتَغَيَّرُ، وَلِذَلِكَ يُعْمَلُ مِنْهُ الْأَنْفُ لِمَنْ ذَهَبَ أَنْفُهُ، لِأَنَّهُ لَا يَنْتِنُ أَبَدًا، بِخِلَافِ الْفِضَّةِ فَإِنَّهَا تَتَغَيَّرُ، وَلَيْسَ شَيْءٌ مِنَ الْجَوْهَرِ أَبْقَى مِنَ الذَّهَبِ، وَكَذَلِكَ يُقَالُ: إِنَّهُ أَكْثَرُ بَقَاءً بِالْأَرْضِ مِنْ سَائِرِ الْأَجْسَامِ، لِأَنَّ كُلَّ مَا يُسْتَخْرَجُ مِنْهُ مِنَ الْمَعَادِنِ يَبْقَى، وَلَا يَزَالُ يَزِيدُ، وَغَيْرُهُ يَفْسُدُ وَيَصِيرُ تَرَابًا، وَأَكْثَرُ اسْتِقْرَارِ الذَّهَبِ؛ يُقَالُ (بِعَدَنٍ)، لِأَنَّهُ مَوْضِعُ تِجَارَةٍ، فَمَنْ دَخَلَهَا لَا يَخْرُجُ مِنْهَا بِشَيْءٍ مِنَ الْعَيْنِ؛ حِرْصًا عَلَى رُخْصِ السِّلْعِ.

قوله: ((لَا يَجُوزُ اتِّخَاذُ الْأَوَانِي))⁽³⁾ أَمَّا اسْتِعْمَالُهَا فِي الْأَكْلِ وَالشُّرْبِ فَحَرَامٌ؛ لِمَا جَاءَ مِنْ أَنَّ الَّذِي يَشْرَبُ فِي أُنْيَةِ الذَّهَبِ⁽⁴⁾ وَالْفِضَّةِ ((إِنَّمَا يُجْرَجِرُ فِي بَطْنِهِ نَارَ جَهَنَّمَ))⁽⁵⁾، وَأَمَّا اقْتِنَاؤُهَا لِغَيْرِ ذَلِكَ فَأُجِيزُ وَمُنْعٍ، فَوَجْهُ الْمَنْعِ؛ أَنَّهُ اسْتِعْمَالُ لَهَا، وَاسْتِعْمَالُ كُلِّ شَيْءٍ بِحَسَبِهِ، وَلِأَنَّ اقْتِنَاءَهَا ذَرِيعَةٌ لِلْمُنْهَيِّ عَنْهُ، وَوَجْهُ الْجَوَازِ أَنَّ الْمُحَرَّمَ اسْتِعْمَالُهَا حِسًّا، وَرُويَ عَنْ مَالِكٍ فِيْمَنْ بَاعَ إِبْرِيْقَ⁽⁶⁾ فِضَّةً بِدَرَاهِمٍ؛ أَنَّهُ يُفْسَخُ، يَعْنِي لِلرَّبَا⁽⁷⁾، وَلَمْ يَقُلْ يُكْسَرُ، فَدَلَّ عَلَى جَوَازِ الْاِقْتِنَاءِ، وَالْمَذْهَبُ أَخَذُ الزَّكَاةِ مِنْهَا. وَالْمِجْمَرَةُ مَا يُجْعَلُ فِيهِ الْجَمْرُ، وَالْمَدْخَنَةُ لِلْبُخُورِ⁽⁸⁾.

قوله: ((وَيُكْرَهُ حَلِيَّةُ⁽⁹⁾ الْمَرَايَا))⁽¹⁰⁾ أَي يَحْرُمُ، وَيَعْنِي ((بِتَضْيِيبِ الْأَقْدَاحِ))⁽¹¹⁾، أَنَّ تَضْيِيبَ بَعْضِهَا بِبَعْضِهَا، كَمَا تُشَعَّبُ بِالْحَدِيدِ، وَكَذَلِكَ الْأُمُشَاطُ، وَقَدْ يَكُونُ التَّضْيِيبُ؛ أَنَّ تُجْعَلَ عَلَيْهَا خُيُوطٌ مِنْ ذَهَبٍ لِلزَّيْنَةِ، وَاخْتِلَفُ فِي الْحَبَّةِ مِنْ ذَهَبٍ فِي الْخَاتَمِ، فَإِنْ قُلْنَا: سَبَبُ الْمَنْعِ السَّرْفُ؛ جَازٌ، لِأَنَّهُ لَا سَرْفَ فِي ذَلِكَ لِقِلَّةِ الْحَبَّةِ، وَإِنْ قُلْنَا: لِلْخِيَلَاءِ امْتِنَاعٌ، لِأَنَّ ذَلِكَ مَوْجُودٌ.

قوله: ((بِتَخْلِيَةِ السَّيْفِ))⁽¹²⁾ لِإِزْهَابِ الْعَدُوِّ، لِأَنَّهُ إِذَا رُبِّيَ كَذَلِكَ؛ عَظُمَ هُوَ وَصَاحِبُهُ

(1) يعني ((ولا بأس)). المصدر السابق.

(2) في (غ) تعلقها.

(3) وذلك ((من الذهب والورق؛ للرجال ولا للنساء)). المصدر السابق.

(4) سقطت من (و).

(5) أخرجه البخاري: 113/7 حديث رقم 5634، ومسلم: 1634/3 حديث رقم 2065. كلاهما من حديث أم سلمة مرفوعا.

(6) في (و) أبرق.

(7) لعدم التماثل.

(8) لا يجوز اتِّخَاذُ الْمَجَامِرِ وَالْمَدَاجِنِ مِنَ الذَّهَبِ الْفِضَّةِ. ينظر التفريع: 352/2.

(9) في (و) حلي، وما أثبت موافق للفظ ابن الجلاب. ينظر المصدر السابق.

(10) ((بالفضة والذهب)). المصدر السابق.

(11) المصدر السابق.

(12) ((ولا بأس بتخلية السيف)). المصدر السابق.

في عَيْنِ الْعَدُوِّ، وَأَمَّا فِي الْمُصْحَفِ فَلَا كَرَامَةٍ، وَاخْتَلَفَ فِي السَّكِينِ إِذَا كَانَ مِمَّا يُقَاتَلُ بِهِ؛ فَوَجَهُ الْمَنْعُ أَنَّهُ يَخْفَى مَوْضِعُهُ، وَلَا يُرْهَبُ الْعَدُوُّ كَالسَّيْفِ، وَالْكَرَاهَةُ هُنَا تَحْرِيمٌ⁽¹⁾.

[حُكْمُ التَّمَاثِيلِ وَالصُّوَرِ وَالرُّسُومَاتِ]

قوله: ((لَا يَجُوزُ اتِّخَاذُ التَّمَاثِيلِ))⁽²⁾ يعني الحيوانية؛ وإن كان قد جاء ((أَنَّ الْمَلَائِكَةَ لَا تَدْخُلُ بَيْتًا فِيهِ صُورَةٌ))⁽³⁾ فهو مُخَصَّصٌ بِالْحَدِيثِ الثَّانِي أَنَّهُ⁽⁴⁾ يُقَالُ لَهُمْ: ((أَحْيُوا مَا خَلَقْتُمْ))⁽⁵⁾.

قوله: ((وَلَا بَأْسَ بِذَلِكَ فِي الثِّيَابِ))⁽⁶⁾ يعني إذا كانت مِمَّا لَا تَظْهَرُ، كَأَسْفَلِ الثَّوْبِ، لِأَنَّهَا تُدَاسُّ؛ كَالْبُسْطِ، فَأَمِنَ الْمَحْذُورُ مِنَ التَّشَبُّهِ بِالْأَصْنَامِ، وَكَانَ الْأَصْلُ فِي ذَلِكَ أَنَّ أَنْبِيَاءَ الْأُمَمِ لَمَّا مَاتُوا، جَاءَهُمُ الشَّيْطَانُ، فَقَالَ لَهُمْ: لَوْ مَثَّلْتُمْ صُورَةَ نَبِيِّكُمْ فَعِظْمَتُوهَا كَانَ أَوْلَى بِكُمْ، فَفَعَلُوا ذَلِكَ، فَلَمَّا مَاتُوا، جَاءَ إِلَى أَبْنَائِهِمْ، فَقَالَ: إِنَّ أَبَاءَكُمْ كَانُوا يَعْبُدُونَ هَذِهِ الصُّورَةَ فَاعْبُدُوهَا؛ فَعْبَدُوهَا⁽⁷⁾.

وَيُكْرَهُ فِي الْبِنَاءِ تَصْوِيرُ مَا لَهُ ظِلٌّ، وَمَا لَا ظِلَّ لَهُ، كَالْخَطِّ، لِأَنَّ فِيهِ تَشَبُّهًا.

[آدَابُ اللَّبَاسِ:]

قوله: ((وَالْمُورَدِ))⁽⁸⁾ أَيِ الَّذِي عَلَى لَوْنِ الْوَرْدِ.

قوله: ((كَغَيْبِيهِ))⁽⁹⁾ لِلْحَدِيثِ ((فَمَا زَادَ فِي النَّارِ))⁽¹⁰⁾.

قوله: ((مِنْ شِبْرِ إِلَى ذِرَاعٍ))⁽¹¹⁾ لِقَوْلِهِ - تَعَالَى -: ﴿يُذْنِبْنَ عَلَيْهِنَ مِنْ جَلْبَابٍ﴾⁽¹²⁾.

- (1) من قوله ((وَيُكْرَهُ تَحْلِيَةُ السَّكِينِ... وَالذَّوَاءُ)). المصدر السابق.
- (2) ((من الخشب والحجارة والجص في البيوت)). المصدر السابق.
- (3) أخرجه البخاري: 114/4 حديث رقم 3224 من حديث عائشة مرفوعا، ومسلم: 1665/3 حديث رقم 2106 من حديث أبي طلحة مرفوعا.
- (4) سقطت من (غ).
- (5) أخرجه البخاري: 114/4 حديث رقم 3224 من حديث عائشة مرفوعا.
- (6) التفريع: 352/2.
- (7) جاء ما يدل على ذلك من أصل الأوثان التي عبدها العرب في الجاهلية؛ أنها كانت أسماء لرجال صالحين، ونصبوا لها أوثانا فعبدوها. ينظر صحيح البخاري: 160/6 حديث رقم 4920 من حديث ابن عباس موقوفا.
- (8) ((ولا بأس بلبس المعصفر والمورَد للرجال)). المصدر السابق: 353/2.
- (9) ((ولا يجاوز المرء بسرأويله ومئزره كغيبه)). المصدر السابق.
- (10) أخرجه البخاري: 141/7 حديث رقم 5787 من حديث أبي هريرة نحوه مرفوعا.
- (11) ((وتسبل المرأة ذراعها خلفها من شبر إلى ذراع)). التفريع: 353/2. وذراع المرأة: قميصها. ينظر لسان العرب، مادة: درع.
- (12) الأحزاب: 59.

واشْتِمَالُ⁽¹⁾ الصَّمَاءِ أَنْ يَتَخَلَّلَ⁽²⁾ بِثَوْبِهِ وليس على عَوْرَتِهِ ثَوْبٌ آخَرُ، ولا يترك يديه من خارج، فَنُهي عن ذلك في الصَّلَاةِ، لِأَنَّهُ إِذَا جَاءَ يَرْكَعُ وَيَسْجُدُ انْكَشَفَتْ عَوْرَتُهُ، وكذلك الْمُحْتَبِيُّ⁽³⁾ بثوب واحدٍ؛ وعَوْرَتُهُ مُنْكَشِفَةٌ.

[فَرَقَ الشَّعْرَ وَخَضَبَهُ]:

قوله: (لَا بَأْسَ بِفَرَقِ الشَّعْرِ وَلَا يَسْذُلُهُ)⁽⁴⁾ أي لا يُرْسِلُهُ على وَجْهِهِ، وهذا يختلف باختلاف العَوَائِدِ، وَمَنْ يَعْقِصُ⁽⁵⁾ شَعْرَهُ أو يَضْفِرُهُ⁽⁶⁾؛ لا يحتاج إلى فَرْقٍ.

قوله: (لَا بَأْسَ بِالْخِضَابِ)⁽⁷⁾ إِذَا كَانَ فِيهِ تَدْلِيسٌ حَرُمٌ⁽⁸⁾، مثل أن يُصْبَغَ شَيْبُ الْأُمَةِ وَالزَّوْجَةِ؛ لِيَرَى أَنَّهَا شَابَّةٌ، أو يَصْبِغَ الرَّجُلُ لِيَرَى أَنَّهُ شَابٌّ، وقد يجب ذلك إِذَا كَانَ فِيهِ إِرْهَابٌ لِلْعَدُوِّ.

قوله: (وَعَنِ السَّوَادِ أَحَبُّ إِلَيْنَا)⁽⁹⁾ لِأَنَّهُ⁽¹⁰⁾ لَا يَتَبَيَّنُ فِيهِ التَّدْلِيسُ.

[الانْتِعَالُ وَتَقْدِيمُ الْيُمْنَى عَلَى الْيُسْرَى فِيهِ وَفِي غَيْرِهِ]:

قوله: (فَلْيَبْدَأْ بِيَمِينِهِ)⁽¹¹⁾ هَذَا لِأَكْرَامِهَا، لِأَنَّهَا أَشْرَفُ، وكذلك تَقَدَّمَ فِي الدُّخُولِ⁽¹²⁾ إِلَى الْمَسْجِدِ أَوِ الدَّارِ، وَتَوَخَّرَ عِنْدَ الْخُرُوجِ.

قوله: (لَا يَمْشِي فِي نَعْلٍ وَاحِدَةٍ)⁽¹³⁾ لِأَنَّهُ مَشْيُ الشَّيْطَانِ، فَمُنِعَ لِلتَّشْبُهَةِ بِهِ.

[سَفَرُ الْمَرْأَةِ مِنْ غَيْرِ مَحْرَمٍ وَخُلُوعُهَا بِهِ]:

قوله: (لَا يَخْلُو بِامْرَأَةٍ)⁽¹⁴⁾ لِمَا جَاءَ مِنْ ((أَنَّ الشَّيْطَانَ ثَالِثُهُمَا))⁽¹⁵⁾.

قوله: (إِلَّا فِي سَفَرِ الْحَجِّ)⁽¹⁶⁾ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ عَلَيْهَا، فَأُبَيِّحُ لَهَا السَّفَرَ مَعَ غَيْرِ ذِي

- (1) فِي (و) اسْتِمَالٌ.
- (2) فِي (غ) يَتَجَلَّلُ. وَالتَّخَلَّلَ: جَمَعَ أَطْرَافَ الثَّوْبِ أَوْ الْكِسَاءِ بِجَلَالٍ. يَنْظُرُ لِسَانَ الْعَرَبِ، مَادَّةٌ: خَلَلٌ.
- (3) الْإِحْتِبَاءُ: الْجُلُوسَةُ يَجْمَعُ فِيهَا الظُّهْرُ وَالسَّاقَيْنِ بِالثَّوْبِ أَوْ بِالْيَدَيْنِ. يَنْظُرُ لِسَانَ الْعَرَبِ، مَادَّةٌ: حَبَا.
- (4) التَّفْرِيعُ: 353/2.
- (5) الْعَقْصُ ضَعْفُ الشَّعْرِ وَلِيُّهُ. يَنْظُرُ لِسَانَ الْعَرَبِ، مَادَّةٌ: عَقَصَ.
- (6) فِي (غ) يَضْفِرُهُ.
- (7) التَّفْرِيعُ: 353/2.
- (8) سَقَطَتْ مِنْ (و).
- (9) الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
- (10) سَقَطَتْ مِنْ (و).
- (11) ((وَمَنْ أُنْتَعَلَ فَلْيَبْدَأْ بِيَمِينِهِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
- (12) فِي (و) الْمَدْخُولُ.
- (13) الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.
- (14) ((لَا يَخْلُو الرَّجُلُ بِامْرَأَةٍ لَيْسَتْ مِنْهُ بِمَحْرَمٍ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ: 345/2.
- (15) أَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ فِي الْمُسْتَدْرَكِ: 199/1 حَدِيثُ رَقْمِ 390 مِنْ حَدِيثِ عُمَرَ مَرْفُوعًا. وَوَافَقَهُ الذَّهَبِيُّ عَلَى صَحَّتِهِ.
- (16) ((وَلَا تَسَافِرُ الْمَرْأَةُ إِلَّا مَعَ ذَوِي مَحَارِمِهَا، إِلَّا فِي سَفَرِ الْحَجِّ)). التَّفْرِيعُ: 354/2.

مَحْرَمَ مِنْهَا، لَكِنْ يُشْتَرَطُ رِفْقَةٌ مَأْمُونَةٌ، لِأَنَّهُ يَحْصُلُ لَهَا مِنْهُمْ مِنَ الْحِفْظِ مَا يَحْصُلُ مِنَ الْمَحْرَمِ، وَفِي غَيْرِ الْحَجِّ لَا يَجُوزُ لَهَا إِلَّا مَعَ ذِي مَحْرَمٍ مِنْهَا.

[اللَّعِبُ بِالنَّرْدِ وَالشَّيْطَرْنَجِ]:

قوله: (بِالنَّرْدِ)⁽¹⁾ وَيُقَالُ لَهُ: النَّرْدَشِيرُ⁽²⁾ - أَيْضًا - وَهُوَ قِمَارٌ يُلْعَبُ بِفُصُوصٍ عَلَى صِفَةٍ مَعْلُومَةٍ عِنْدَهُمْ.

قوله: (وَهِيَ أَلْهَى مِنَ النَّرْدِ)⁽³⁾ أَيْ تُلْهِي عَنْ ذِكْرِ اللَّهِ - عَزَّ وَجَلَّ - وَعَنِ الصَّلَاةِ أَكْثَرَ، وَالْمَحْرَمُ الْإِدْمَانُ عَلَى ذَلِكَ، وَقَالَ مَالِكٌ: إِذَا لَعِبَهُ فِي كُلِّ عَامٍ مَرَّةً فَهُوَ إِدْمَانٌ، وَأَجَاذَهُ الشَّافِعِيُّ⁽⁴⁾ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ قِمَارٌ، وَلَا تَرَكُ صَلَاةً.

[آدَابُ الْعُطَاسِ]:

قوله: (أَنْ يَحْمَدَ اللَّهُ تَعَالَى)⁽⁵⁾ وَذَلِكَ أَنَّ آدَمَ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - ((قَالَتْ لَهُ الْمَلَائِكَةُ: تَمُوتُ؛ فَعَطَسَ، فَقَالَ: الْحَمْدُ لِلَّهِ، أَيْ⁽⁶⁾ عَلَى مَا قَدَّرَ مِنَ الْمَوْتِ، فَقَالَتْ لَهُ الْمَلَائِكَةُ: يَرْحَمُكَ اللَّهُ))⁽⁷⁾ فَصَارَتْ السُّنَّةُ.

قوله: (يَهْدِيكُمْ اللَّهُ)⁽⁸⁾ أَيْ لِمِثْلِ مَا هَدَى آدَمَ مِنَ الْحَمْدِ عَلَى الْمَوْتِ⁽⁹⁾.

[التَّجَاجِي]:

قوله: (دُونَ أَحَدِهِمْ)⁽¹⁰⁾ وَكَذَلِكَ إِذَا تَرَاطَنَّا⁽¹¹⁾؛ وَهُوَ لَا يَعْرِفُ لُغَتَهُمَا، لِأَنَّهُ يَخَافُهُمَا عَلَى نَفْسِهِ، فَإِذَا كَانَ مَعَهُ جَمَاعَةٌ لَمْ يَخَفْ؛ وَجَازَ ذَلِكَ.

[اسْتِحْبَابُ إِجَابَةِ الدَّعْوَةِ وَالْوَلِيمَةِ فِي النِّكَاحِ]:

قوله: (لَا بَأْسَ بِحُضُورِ وَلِيمَةِ النِّكَاحِ)⁽¹²⁾ لِمَا نُدِبَ إِلَيْهِ مِنْ شُهْرَتِهِ، وَلَا يُلْزَمُهُ أَنْ

(1) ((وَلَا يَجُوزُ اللَّعِبُ بِالنَّرْدِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(2) النَّرْدُ: أَعْجَمِيٌّ مَعْرَبٌ، وَشِيرٌ: بِمَعْنَى حُلْوٍ. يَنْظُرُ لِسَانُ الْعَرَبِ، مَادَّةُ: نَرْدٌ.

(3) ((وَلَا بِالشَّيْطَرْنَجِ، وَهِيَ أَلْهَى مِنَ النَّرْدِ)). التَّفْرِيعُ: 354/2.

(4) قَالَ الشَّافِعِيُّ: ((وَلَا نَحِبُّ اللَّعِبَ بِالشَّيْطَرْنَجِ، وَهُوَ أَخَفُّ مِنَ النَّرْدِ...، وَمَنْ لَعِبَ بِشَيْءٍ مِنْ هَذَا عَلَى الْإِسْتِحْلَالِ لَهُ؛ لَمْ تُرَدِّ شَهَادَتُهُ)). الْأَمُّ لِلشَّافِعِيِّ: 224/6.

(5) ((وَيَنْبَغِي لِمَنْ عَطَسَ أَنْ يَحْمَدَ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ)). التَّفْرِيعُ: 354/2.

(6) سَقَطَتْ مِنْ (و).

(7) أَخْرَجَ الْحَاكِمُ فِي الْمُسْتَدْرَكِ: 292/4 حَدِيثَ رَقْمِ 7682 مِنْ حَدِيثِ أَنَسٍ نَحْوَهُ مَوْقُوفًا مِنْ غَيْرِ لَفْظٍ ((قَالَتْ لَهُ الْمَلَائِكَةُ تَمُوتُ)). وَقَالَ: إِسْنَادُهُ صَحِيحٌ؛ وَإِنْ كَانَ مَوْقُوفًا، وَوَافَقَهُ الذَّهَبِيُّ.

(8) إِذَا قِيلَ لَهُ: يَرْحَمُكَ اللَّهُ ((فَلْيَقُلْ يَهْدِيكُمْ اللَّهُ وَيُصَلِّحْ بِالْكَمِّ)). التَّفْرِيعُ: 355/2.

(9) تَقَدَّمَ قَبْلَ قَلِيلٍ عِنْدَ الْحَاكِمِ، أَنَّهُ حَمْدُ اللَّهِ عِنْدَمَا نَفَخَ فِيهِ الرُّوحُ؛ فَبَلَغَ الْخِيَاشِيمَ عَطَسٌ... إلخ الْحَدِيثِ. وَلَمْ يَذْكُرْ أَنَّهُ حَمَدَهُ عَلَى الْمَوْتِ.

(10) ((يُكْرَهُ أَنْ يَتَنَاجَى رَجُلَانِ دُونَ الثَّلَاثِ)). الْمَصْدَرُ السَّابِقُ.

(11) تَرَاطَنَ: تَكَلَّمَ بِالْأَعْجَمِيَّةِ. يَنْظُرُ لِسَانُ الْعَرَبِ، مَادَّةُ: رَطَنَ.

(12) التَّفْرِيعُ: 355/2.

يَأْكُلْ، بل يحضر حَسْبُ⁽¹⁾، وَيُسْتَرْطُ أَلَّا يَكُونَ هُنَاكَ لَهُوْ، وَأَنْ يَعْلَمَ أَنَّهُ يُدْعَى إِلَيْهَا، فَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ لَا يُدْعَى إِلَيْهَا؛ فَلَا يَحْضُرُ، وَهِيَ بِخِلَافِ غَيْرِهَا مِنَ الْوَلَائِمِ⁽²⁾.
قوله: (وَيُكْرَهُ حُضُورُ الدَّعَوَاتِ)⁽³⁾ لِمَا فِي ذَلِكَ مِنَ الْاِمْتِهَانِ.

[النَّظَرُ لِلْعُورَةِ وَدُخُولُ الْحَمَّامِ]:

قوله: (إِلَّا مِنْ ضَرُورَةٍ)⁽⁴⁾ مِثْلُ الطَّبِيبِ، وَالشَّاهِدِ عَلَى الْجُرْحِ.
قوله: (وَلَا تَدْخُلُهُ الْمَرْأَةُ بِمَنْزَرٍ وَلَا غَيْرِهِ)⁽⁵⁾ قيل: كَانَ هَذَا أَوَّلًا حِينَ لَمْ يَكُنْ لِلنِّسَاءِ حَمَامَاتٌ تَخْتَصُّ بِهِنَّ، وَأَمَّا حِينَ صَارَ لَهُنَّ حَمَامَاتٌ مَخْتَصَّةٌ بِهِنَّ، فَاخْتَلَفَ؛ هَلْ جَسَدُ الْمَرْأَةِ بِالنَّظَرِ إِلَى الْمَرْأَةِ كَجَسَدِ الرَّجُلِ لِلرَّجُلِ، فَعَلَى هَذَا يَدْخُلُنَ بِمَنْزَرٍ كَالرَّجُلِ، أَوْ كَالْمَرْأَةِ بِالنَّظَرِ إِلَى الرَّجُلِ؛ فَعَلَى هَذَا تَسْتُرُ كُلُّ وَاحِدَةٍ جَسَدِهَا؟.

[السَّفَرُ بِالمَصْحَفِ وَاسْتِصْحَابِ الْأَجْرَاسِ وَالْأُوتَارِ]:

قوله: (لَا يُسَافِرُ بِالمُصْحَفِ إِلَى أَرْضِ الْعَدُوِّ)⁽⁶⁾ لِمَا يُخَافُ مِنْ وُصُولِهِ إِلَى الْعَدُوِّ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي⁽⁷⁾ عَسْكَرٍ كَبِيرٍ يُؤْمَنُ عَلَيْهِ الْعَدُوُّ.

قوله: (بِالْآيَةِ وَالْآيَتَيْنِ)⁽⁸⁾ كَمَا كَتَبَ - ﷺ - إِلَى هِرَقْلَ⁽⁹⁾؛ ((قُلْ يَتَأَهَّلَ أَلِكْتَبِ تَعَالَوْا إِلَى كَلِمَةٍ سَوَاءَ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ))⁽¹⁰⁾ ((11) الْآيَةِ.
قوله: (وَيُكْرَهُ اتِّخَاذُ الْأَجْرَاسِ)⁽¹²⁾ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ يُوقِظُ الْهَوَامَ، وَيُسْمِعُ قُطَاعَ الطَّرِيقِ؛ فَيَقْبِلُونَ إِلَيْهِمْ، كِبْلَادَ الْعَرَبِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ مَعَهُمْ جَمْعٌ كَبِيرٌ، كَسِيرَةِ أَهْلِ (مِصْرَ)؛ فَلَا بَأْسَ، لِأَنَّ الْقُطَاعَ إِذَا سَمِعُوا بِذَلِكَ هَرَبُوا مِنْهُمْ.

(1) بمعنى أن حضوره فقط كاف.

(2) من حيث النَّدْبِ والحرص على حضورها.

(3) وذلك ((لأهل الفضل... سوى دعوة النِّكَاح)). المصدر السابق.

(4) ((ولا ينظر المرء إلى عَوْرَةِ أَخِيهِ إِلَّا مِنْ ضَرُورَةٍ)). المصدر السابق.

(5) ((ولا يدخل الرجل الحمام إلا بمنزر...)). المصدر السابق: 356/2.

(6) المصدر السابق.

(7) سقطت من (و).

(8) ((ولا بأس أن يُكْتَبَ إِلَيْهِمْ بِالْآيَةِ وَالْآيَاتِ؛ دَعْوَةً إِلَى الْإِسْلَام)). المصدر السابق.

(9) هِرَقْلُ، قَيْصَرُ مَلِكِ الرُّومِ، تَنَبَّأَ بِنُبُوَّةِ رَسُولِ اللَّهِ - ﷺ - وَفَهِمَ الْإِسْلَامَ، وَنَصَحَ قَوْمَهُ بِاتِّبَاعِهِ فَأَبَوْا، فَخَافَ أَنْ يَخْرُجُوا عَنْهُ وَعَنْ مَلِكِهِ فَأَمْسَكَ، وَفِي سَنَةِ 20 هـ هَلَكَ هِرَقْلُ، وَقَامَ بَعْدَهُ ابْنُهُ قُسْطَنْطِينُ.

يَنْظُرُ تَارِيخَ دِمَشْقَ: 93/2، 94، وَتَارِيخَ الْإِسْلَامِ لِلذَّهَبِيِّ: 110/2، وَالْوَافِي بِالْوَفَايَاتِ: 82/1.

(10) آل عمران: 64.

(11) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ: 8/1 حَدِيثَ رَقْمِ 7، وَمُسْلِمٌ: 1393/3 حَدِيثَ رَقْمِ 1773 كِلَاهُمَا نَحْوَهُ مِنْ حَدِيثِ طَوِيلٍ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ مَرْفُوعًا.

(12) ((وَيُكْرَهُ لِلْمَسَافِرِ اتِّخَاذُ الْأَجْرَاسِ وَالْأُوتَارِ فِي أَعْنَاقِ الْخَيْلِ وَالرِّكَابِ)). التَّفْرِيعُ: 356/2.

[النُّومُ فِي الثُّوبِ الْوَاحِدِ]:

قوله: ((فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ))⁽¹⁾ لَأَنَّهُ كَمَا حُرِّمَ النَّظَرُ إِلَى الْعَوْرَةِ، فَكَذَلِكَ جَسُهَا⁽²⁾ بِالْيَدِ وَغَيْرِهَا مِنْ الْأَعْضَاءِ.

[حُكْمُ التَّدَاوِي وَالْحِجَامَةِ]:

قوله: ((لَا بَأْسَ بِالتَّدَاوِي))⁽³⁾ لقوله - ﷺ - ((الَّذِي خَلَقَ الدَّاءَ خَلَقَ الدَّوَاءَ))⁽⁴⁾ وَقَدْ رُوِيَ أَنَّهُ - ﷺ - ((كَانَ يَتَدَاوَى))⁽⁵⁾، وَلَا يُعَارِضُ ذَلِكَ مَا جَاءَ فِي صِفَةِ مَنْ يَدْخُلُ الْجَنَّةَ بِغَيْرِ حِسَابٍ؛ ((أَنَّهُمْ لَا يَتَطَبَّبُونَ))⁽⁶⁾، لِأَنَّ رَسُولَ اللَّهِ - ﷺ - مُشَرَّعٌ، وَلِذَلِكَ كَانَ يَتَّخِذُ الرَّوَاحِلَ لِيُسَافِرَ عَلَيْهَا، وَلَوْ أَرَادَ السَّفَرَ فِي الْهَوَاءِ لَأَمَكَّنَهُ ذَلِكَ.

قوله: ((وَأَجْرُهَا))⁽⁷⁾ قَدْ نُهِيَ ((عَنْ أَجْرِ الْكَاهِنِ، وَمَهْرِ الْبَغِيِّ، وَأَجْرِ الْحَجَّامِ))⁽⁸⁾، وَهُوَ عَلَى التَّنْزِيهِ، لَأَنَّهُ يَنْبَغِي لِلْحَجَّامِ أَلَّا يَأْخُذَ عَلَيْهِ أَجْرًا.

[الرُّقِيَّةُ]:

قوله: ((أَنْ يَرْقِيَ الْمُسْلِمُ الذِّمِّيَّ))⁽⁹⁾ بِخِلَافِ الْحَرَبِيِّ⁽¹⁰⁾.

(1) ((وَيُكْرَهُ أَنْ يَنَامَ الرَّجُلَانِ أَوْ الْمَرْأَتَانِ فِي ثَوْبٍ وَاحِدٍ)). المصدر السابق.

(2) فِي (غ) حَسَهَا.

(3) ((وَلَا بَأْسَ بِالتَّدَاوِي مِنَ الْعَلَّةِ، وَلَا بَأْسَ بِتَرْكِ ذَلِكَ)). المصدر السابق.

(4) أَخْرَجَ مُسْلِمٌ: 1729/4 حَدِيثَ رَقْمَ 2204 مَعْنَاهُ مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ مَرْفُوعًا.

(5) وَرَدَ فِي الْبُخَارِيِّ: 93/3 حَدِيثَ رَقْمَ 2278 مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَمُسْلِمٌ: 1731/4 حَدِيثَ رَقْمَ 1577 مِنْ حَدِيثِ أَنَسٍ. كِلَاهُمَا نَحْوَهُ مَرْفُوعًا، وَلَفْظُهُ ((اِحْتَجَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ)).

(6) أَخْرَجَ الْبُخَارِيُّ 126/7 حَدِيثَ رَقْمَ 5705 مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ، وَمُسْلِمٌ: 198/1 حَدِيثَ رَقْمَ 218 مِنْ حَدِيثِ عِمْرَانَ بْنِ حَصِينٍ. كِلَاهُمَا نَحْوَهُ مَرْفُوعًا بِلَفْظِ ((هُمُ الَّذِينَ لَا يَسْتَرْفُونَ، وَلَا يَتَطَبَّبُونَ، وَلَا يَكْتَوُونَ، وَعَلَى رَبِّهِمْ يَتَوَكَّلُونَ)).

(7) ((وَلَا بَأْسَ بِالْحِجَامَةِ وَأَجْرُهَا)). التَّفْرِيعُ: 356/2.

(8) أَخْرَجَهُ الْحَاكِمُ فِي الْمُسْتَدْرَكِ: 39/2 حَدِيثَ رَقْمَ 2243 بِلَفْظٍ قَرِيبٍ مِنْهُ؛ مِنْ حَدِيثِ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو مَرْفُوعًا، وَأَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ: 1199/3 حَدِيثَ رَقْمَ 1568 مِنْ حَدِيثِ رَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ نَحْوَهُ مَرْفُوعًا مِنْ غَيْرِ لَفْظِ ((أَجْرَ الْكَاهِنِ)).

(9) ((وَلَا بَأْسَ أَنْ يَرْقِيَ الْمُسْلِمُ الذِّمِّيَّ بِكِتَابِ اللَّهِ - عَزَّ وَجَلَّ - وَأَسْمَائِهِ)). التَّفْرِيعُ: 357/2.

(10) مَطْمُوسَةٌ مِنْ (غ).

الفهارس

فهرس الآيات القرآنية

2 البقرة

- آية 180
431 ﴿الْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ﴾
- آية 181
424 ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ﴾
- آية 194
170 ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾
360 ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾
- آية 220
197 ﴿وَإِنْ تَخَالَطُوهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ﴾
- آية 224
290 ﴿وَلَا تَجْعَلُوا اللَّهَ عُرْضَةً لِأَيْمَانِكُمْ﴾
- آية 280
297 ﴿فَنَظَرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾
- آية 282
266 ﴿مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾
273 ﴿فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ﴾
298 ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾
- آية 283
327 ﴿فَرَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾
- 3 آل عمران
آية 143
311 ﴿فَقَدْ رَأَيْتُمُوهُ وَأَنْتُمْ تَنْظُرُونَ﴾
- آية 44
406 ﴿إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾
- آية 64
461 ﴿قُلْ يَٰٓأَهْلَ ٱلْكِتَٰبِ تَعَالَوْا۟ إِلَىٰ كَلِمَةٍ سَوَآءٍ بَيْنَنَا وَبَيْنَكُمْ﴾

آية 75

296 ﴿إِلَّا مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَائِمًا﴾

4 النساء

آية 11

431 ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دِينَ﴾

آية 12

451 ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾

آية 130

144 ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِّنْ سَعَتِهِ﴾

آية 25

235 ﴿فَعَلَيْنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾

آية 3

243 ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾

آية 58

346 ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾

آية 6

335 ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾

346 ، 339 ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ﴾

338 ﴿وَأَبْتَلُوا الَّتِي تَنِمَىٰ﴾

190 ﴿وَأَبْتَلُوا الَّتِي تَنِمَىٰ﴾

آية 86

453 ﴿فَحْيُوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾

آية 92

210 ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَا﴾

228 ﴿وَدِيَّةٌ﴾

228 ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾

5 المائدة

آية 1

390 ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾

آية 2

335 ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ﴾

- آية 33 ﴿مَنْ خَلَفَ﴾ 263 ، 251
- آية 38 ﴿فَأَقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا﴾ 251
- آية 42 ﴿فَإِنْ جَاءُوكَ فَأَحْكُم بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ﴾ 274
- آية 45 ﴿النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ 224 ، 222 ، 209
- آية 89 ﴿ذَلِكَ كَفَرَةٌ أَيَّمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ﴾ 229
- 6 الأنعام 108 آية
- ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ﴾ 121
- 8 الأنفال 41 آية
- ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ﴾ 199
- 12 يوسف 36 آية
- ﴿أَعْصِرْ خَمْرًا﴾ 131
- آية 72 ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾ 192
- ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ 379
- 16 النحل 126 آية
- ﴿فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ 226
- 17 الإسراء 23 آية
- ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ﴾ 228
- 18 الكهف 19 آية
- ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ﴾ 399 ، 197

22 الحج

آية 78

﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ 289

24 النور

آية 2

﴿فَإِذَا دَخَلْتُمْ بُيُوتًا فَسَلِّمُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ﴾ 454

﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا﴾ 242، 234

30 الروم

آية 22

﴿وَمِنْ آيَاتِهِ خَلْقُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاخْتِلَافُ السِّنِّكُمْ وَالْوَلَدِ﴾ 270

33 الأحزاب

آية 59

﴿يُذَنِّبَ عَلَيْهِنَ مِنْ جُلُوبِهِنَّ﴾ 458

37 الصافات

آية 141

﴿فَسَاهَمَ فَكَانَ مِنَ الْمُدْحَضِينَ﴾ 406

39 الزمر

آية 30

﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ﴾ 131

44 الدخان

آية 24

﴿وَأَتْرَكَ الْبَحْرَ رَهَوًّا﴾ 393

65 الطلاق

آية 2

﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنْكُمْ﴾ 276، 266

فهرس الأحاديث المرفوعة والموقوفة

339	اتجروا بأموال اليتامى لئلا تأكلها الزكاة
254	أُتي برجل يسرق الصبيان فقطعه
421	اجعله في الأقربين
201	احلفوا خمسين يمينا
458	أحيوا ما خلقتم
123	أخبروه أنه قد حبط جهاده
148، 145	إذا اختلف المتبايعان تحالفا وتقاسخا
144	إذا باع شيئا قام من مجلسه ليلزم البيع
146	إذا بايعت فقل لا خلافة واشترط الخيار ثلاثا
247	إذا بلغ المحدود للحاكم قلن الله الشافع والمشفع
242	إذا زنت أمة أحدكم فليجلدها
247	إذا شرب سكر وإذا سكر هذى
411	إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة
103	أرخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها
350	اعرف عفاصها ووكاءها
441	أعمار أمتي ما بين الستين إلى السبعين
236	اغد يا أنيس على امرأة هذا
245	أقام حد القذف فيه بالتعريض
459	ألا لا يخلون رجل بامرأة فإن الشيطان ثالثهما
143	البائع بالخيار ما لم يفترقا
234	البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام
73	البينة على المدعي
287، 201	البينة على المدعي واليمين على من أنكر
209	الدية على العاقلة
109	الذهب بالذهب والفضة بالفضة ولا تشقوا بعضها على بعض
462	الذي خلق الداء خلق الدواء
343	الراجع في هبته كالكلب يعود في قيئه
317	الرَّهْنُ مِنْ رَأْيِهِ ، عَلَيْهِ غُرْمُهُ وَلَهُ غُنْمُهُ

379	الزَّعيم غارم
406	الشفعة فيما لم يُقسم
234	الشيخ والشيخة إذا زنيا فرجموهما
352	العبد فيما جنى فيه
243	الفاعل والمفعول به زانيان
226	القاتل لا يرث
316 ، 144	المسلمون عند شروطهم
333	المكاتب عبد ما بقي عليه درهم
392	الناس مشتركون في ثلاث ، الماء والنار والكأ
429	الواهب على هبته حتى يرضى منها
240	الولد للفراس
458	أما علمت أن الملائكة لا تدخل بيتا فيه صورة
106	أمر بوضع الجوائح
454	إن الشيطان يأكل بشماله
431	إنَّ الله - تعالى - تَنْظُرُ أَعْمَارُ أُمَّتِي فاستقلَّها
347	إن المسافر ومتاعه لعلی قَلَّت
236	أن ماعز بن مالك الأسلمي أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال زنيت فطهرني
248	إن من الزبيب خمرا
121	إن من شر الناس من يسب أبويه
456	إن هذين حرام على ذكور أمتي
428 ، 239	أنت ومالك لأبيك
354	أنفق عليَّ أو طلقني
256	إنما تدرأ الحدود بالشبهات
457	إنما يجرجر في بطنه نار جهنم
303	أيما رجل باع سلعته ثم أفلس المشتري فصاحب السلعة أحق بها
66	أينقص الرطب إذا يبس
117	باع جملا يسمَّى عُصْفُورًا بعشرين جملا
223	تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم
336	تتكح المرأة بجمالها ومالها ودينها
430	جاء أبو بكر بجميع ماله
375	جرح العجماء جُبَار

299	خذي من ماله ما يكفيك
133	دع الناس يرزق الله بعضهم من بعض
399	دَفَعَ لِلصَّخَّابِيِّ دِينَارًا لِيَشْتَرِيَ لَهُ أُصْحَبِيَّةً ، فَاشْتَرَى لَهُ أُصْحَبِيَّتَيْنِ
249	دون هذا فأوتيتي بسوط لين فقال فوق هذا
232	رُفِعَ عَنْ أُمِّي الخَطَأَ والنسيان
406	سأهم بين عبيد الذي أعتق جميعهم بعد موته
291	شاهدك أو يمينه
151	شاوروهن وخالفوهن
253	شر الشهود الذي يأتي بشهادته قبل أن يُسألها
170	طعام بطعام وإناء بإناء
360	طعام بطعام وصحفة بصحفة
318	عارية مضمونة
319	على اليد ضمان ما أخذت
270	على مثل هذا فاشهد
63	فإن أردت بذلك وجه الله فلك وجه الله
455	فإن الشيطان لا يفتح غَلَقًا
247	فهلأ قبل بلوغه إلينا
229	في الجنين غرّة عبدٌ أو أمةٌ
96	في سائمة الغنم الزكاة
460	قالت له الملائكة تموت فعطس فقال الحمد لله
452	قُصُّوا الشوارب وأعفوا اللّحي
274	قضى باليمين مع الشاهد
82	قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم من بَكَر جملاً خياراً
220	قضى في السيّن خمسا من الإبل
250	قطع في مِجَنّ قيمته ثلاثة دراهم
455	كان يتتبع الدبّاء من جوانب القصعة
362	كل أحد أحقّ بماله من ولده ووالده
318	كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل
270	كلوا واشربوا حتى ينادي ابن أم مكتوم
250	لا أقطع الخمس الأصابع إلا في خمسة دراهم
63	لا تبيعوا الطعام بالطعام إلا يدا بيد

265	لا تجوز شهادة الولد لوالده
265	لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين
103	لا تشتتر ولا تعد في صدقتك
425	لا تعد في صدقتك
133	لا تَلْفُوا الرُّكبان
329	لا تتنعت المرأة المرأة لزوجها
167	لا تولَّه والدة على ولدها
411	لا شفعة فيما لا ينقسم
393	لا ضرر ولا ضرار
250	لا قطع إلا في ربع دينار
445، 261	لا يتوارث أهل ملتين شتى
264	لا يحل دم امرئ مسلم إلا بأحد ثلاث
336	لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تقضي في ذي بال من مالها
144	لا يحل له أن يفارقه خشية أن يستقبله
394، 372، 362، 351	لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه
190	لا يُصلح الناس إلا ذلك
393	لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلاً
393	لا يمنع نفع البئر
394	لا يمنعن أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره
431	لا يَنْبَغِي لمُسْلِمٍ أَنْ يَبِيتَ لَيْلَتَيْنِ إِلَّا وَوَصِيَّتُهُ مَكْتُوبَةٌ عِنْدَ رَأْسِهِ
452	لخُلوْف فَم الصائم أطيب عند الله من رائحة المسك
205	لو تمالأ على قتله أهل صنعاء لقتلتهم به
287	لو صدَّق الناس في دعواهم لادَّعى قوم دماء قوم وأموالهم
291	لو كنت أرحم بغير بينة لرجمها
420	لو كنت حزتيها قبل مرضي
249	لولا علي لهلك عمر
296	لِيِ الْوَاجِدِ يحل عرضه وعقوبته
344	ليس لعِرْق ظالم حقٌّ
268	ما أتاك من غير مسألة فخذ
458	ما أسفل الكعبين من الإزار ، فما زاد ففي النار
248	ما أسكر كثيره فقليله حرام

374	 ما أفسدته ليلا فهو على أربابها
353	 مالك ولها ، معها سقاؤها وحذاؤها
452	 مَا لَكُمْ تَدْخُلُونَ عَلَيَّ قُلْحًا
296	 مطل الغني ظلم
385	 مطل الغني ظلم وإذا أحيل أحدكم على مليء فليتبّع
75	 من ابتاع طعاما فلا يبعه قبل قبضه
165	 من ابتاع عبدا وله مال فماله لبائعه
142	 من ابتاع من لم ير فهو بالخيار
372	 من أحيا أرضا مواتا فهي له
391	 من أحيا أرضا ميتة فهي له
170	 من أعتق شركا له في عبد فوّم عليه
314	 من أعتق عبدا وله مال تبعه ماله
302	 من أفلس أو مات فقد حلّ دينه
158	 من باع عبدا أو وليدة فعهدته على بائعه
95	 من باع نخلا وفيها ثمر قد أبرت فالثمرة للبائع
260	 من بدل دينه فاقتلوه
289	 من حلف عند منبري كاذبا
167	 من فرق بين والدته وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة
206	 من قُتِلَ له قَتِيلٌ فهو بخير النظرين
148	 من مات عن حق فلورثته
90	 نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها
103	 نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الرطب بالتمر
80	 نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عندك
462	 نهى عن أجر الكاهن ومهر البغي وأجر الحجام
385	 نهى عن الكالي بالكالي
63	 نهى عن بيع البر بالبر والشعير بالشعير
94	 نهى عن بيع النخل حتى يزهر وعن السنبل حتى يبيض
75	 نهى عن بيع ما لم يقبض وربح مالم يضمن
462	 هم الذين لا يسترقون ولا يتطيرون
271	 ودّت الزانية أن يزني النساء كلهن

فهرس القواعد الفقهية

246	اتحاد الموجب والموجب
78	اجتماع سلف وجعل
387	إذا بطل الأصل بطل فرعه
365	إذا تقابل ضران كان تغليب أقواهما أولى
148	أصل العقود اللزوم
444، 443، 342، 153	الأصل براءة الذمة
91	الأصل في الأشياء الإباحة
152	الأصل في بيع المسلمين السلامة
96	الأقل تبع مغتفر
73	البينة على المدعي
287، 201	البينة على المدعي واليمين على من أنكر
159، 145، 143، 90	التردد بين السلفية والتمنية
115، 113، 104، 92، 69	الجهل بالتمائل كتحقق التفاضل
160	الحر لا يضمّن
96	الحكم للأكثر عند الاختلاف
373، 363، 320، 189، 155	الخارج بالضمان
384	الشاهد عرفا كالشاهد شرطا
269	الشهادة لا تتبعض
181، 120، 116، 82، 78، 62	الضمان بجعل
256، 225، 221	الظالم أحق بالحمل عليه
178	العرف كالشرط
402، 401، 349، 342، 319، 280، 188	العمد والخطأ في أموال الناس سواء
272	الفرع لا يشهد على الأصل إذا رجع عن شهادته
86	القراض مستثنى من الإجارة الفاسدة
86	القراض مستثنى من البيع الفاسد
347	المأذون فيه عرفا كالمأذون فيه شرعا
344، 343	المأذون فيه عرفا كالمأذون فيه لفظا
221	المخطئ منسوب إلى التفريط

281	الموجود شرعا كالموجود حقيقة
435، 427، 167، 137، 132	النهي يدل على الفساد
240	الولد للفراش
286	اليمين المردودة لا ترد
123	إن رجع إليه مثل ما خرج عنه أو أقل جاز وإن رجع إليه أكثر امتنع
140	بيع الطعام قبل قبضه
99	بيع الطعام قبل قبضه غير بيد بيد
246	تعدد الموجب والموجب
120، 88، 79	حطّ الضمان وأزديك
78، 73	سلف جر منفعة
389، 141، 140، 123، 82، 62	سلف جر نفعا
389، 141، 120، 88، 79	ضع وتعجل
342، 319	على اليد ضمان ما أخذت حتى تردده
179، 141	قبض الأوائل كقبض الأواخر
193	كلّ جعالة يجوز تصييرها إجارة
230	كلّ جنين حر ففيه عشر دية أمه
377	كل حكم ثبت في الأم ثبت مثله في ولدها
375، 369، 323، 319	كلّ ذات رحم فولدتها بمنزلة لثها إلا الأمة من سيدها
238	كل زنى حرام ولا ينعكس
266	كل شاهد عدل وليس كل عدل شاهدا
95	كل عقد أدى إلى تجويز ما لا يجوز ابتداء فهو باطل
210	كلّ قتل عمدا إذا تعدّر فيه القصاص فيضرب القاتل ويحبس
127	كل ما جاز فيه التفاضل جاز التماثل ولا ينعكس
319	كلّ ما دخل في البيع بغير شرط ؛ دخل في الرهن ، وما لا يدخل في البيع إلا بالشرط ؛ فذلك في الرهن ...
218	كلّ ما لا تقدير فيه شرعا ففيه حكمة
132	كلّ ما نهي عنه من العقود ؛ ولم يقع خلاف في منعه ، فإنه يفسخ اتفاقا ، وما اختلف فيه ؛ فيه قولان
129	كل مخير يعد متقلا
359	كل من أئلف شيئا لا مثل له غرم قيمته
268	كلّ من جازت شهادته لشخص ، فقد تجوز عليه ، وقد لا تجوز
339	كل من دفع إلى من لم ياتمنه فلا بد من شهادة
346	كل من دفع إلى من لم ياتمنه فلا يقبل قوله

339	كل من دفع مالا إلى من انتمنه فالقول قوله
185	كلُّ من كان القولُ قولَه فإنَّه يحلف ، إلا المُودَع
267	كل من لم تجز شهادته لشخص فتجوز عليه
257	كلُّ مؤضِع تعذَّر فيه القطعُ فالعُزمُ ثابتٌ
232	كلَّ نكاح فاسد يصحَّ بعد الدُّخول فهو بمنزلة الصَّحيح
393	لا ضرر ولا ضرار
126	لا مصلحة إلا فيما اختاره الشرع
345	لا يجتمع العوض والمعوَض
118	لا يجوز أن يسلم شيء فيما يخرج منه ذلك الشيء
141	لا يجوز بيع وسلف
346	لا يكون الضمان إلا بأحد ثلاثة الملك والتعدِّي والقبض للانتفاع
72	لا يمين على المؤتمن
235	ليس كل حرام زنى
248	ما أسكر كثيره فقليله حرام
98	ما صح بيعه صح استئناؤه
324	ما لا يصح قبضه لا يصح بيعه
385	مطل الغني ظلم
361	مَنْ خُيِّرَ في أمرَيْن ؛ فهل الَّذي يَخْتار هو الَّذي وجب له بالأصل ، أو يُعَدُّ مُنْتَقِلاً من الآخر إليه
389	من عجل ما لم يحل فهو سلف
141	من قدَّم ما لا يجب عليه فهو سلف منه

فهرس القواعد والمباحث الأصولية

246	اتحاد الموجب والموجب
365	إذا تقابل ضرران كان تغليب أقواهما أولى
91	إذا فقد الشرط انتفى المشروط
439، 379، 355، 342	الأصل براءة الذمة
91	الأصل في الأشياء الإباحة
234	الزيادة على النص نسخ
155	العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب
318	اللفظ المطلق مع السبب الخاص
307، 268، 225	تحقيق المناط
254	ترتب الحكم يدل على ثبوت العلة
246	تعدد الموجب والموجب
365، 121، 86، 83، 78، 76	سد الذريعة
406، 399، 397، 379، 373، 208، 192	شرع من قبلنا
234	لا ينسخ القرآن بخبر الأحاد
296	مفهوم الموافقة

فهرس الأعلام

- أحمد بن أبي بكر ، أبو مصعب..... 251
- إسماعيل بن إسحاق بن إسماعيل..... 332
- أشهب بن عبد العزيز المصري 65، 70، 107، 112، 120، 141، 149، 151، 170، 172، 190،
191، 206، 212، 219، 225، 230، 238، 242، 245، 260، 280، 300، 302، 306، 310،
318، 319، 331، 342، 356، 369، 370، 371، 387، 412، 415، 441، 442، 444
- أصبغ بن الفرّج بن سعيد أبو عبد الله..... 138، 159
- البراء بن عازب أبو عمارة..... 374
- الجنيد بن محمد الخزاز أبو القاسم..... 276
- الغامدية..... 236
- النعمان بن ثابت أبو حنيفة..... 62، 64، 66، 77، 81، 84، 95، 103، 121، 142، 145، 146، 148،
150، 169، 179، 192، 201، 209، 223، 225، 226، 228، 229، 234، 235، 237، 240،
242، 243، 248، 250، 251، 252، 254، 256، 257، 260، 274، 278، 286، 299، 303،
318، 324، 341، 342، 374، 392، 411، 427، 434، 438، 449
- أنيس بن الضحاك الأسلمي..... 236
- بُرْهان..... 161، 382
- حويصة بن مسعود الأنصاري..... 201، 202، 207
- داود نبي الله..... 373، 374
- ربيعة بن أبي عبد الرحمن أبو عثمان..... 220، 424
- زيد بن أرقم بن زيد الأنصاري..... 122
- زيد بن سهل بن الأسود الأنصاري أبو طلحة..... 421
- سحنون بن سعيد التتوخي أبو سعيد..... 162، 170، 199، 265، 297، 324، 453
- سعيد بن المسيب بن حزن..... 220، 221
- سليمان بن خلف الباجي أبو الوليد..... 145، 444
- سليمان بن داود نبي الله..... 373، 374
- صخر بن حرب أبو سفيان..... 299
- صفوان بن أمية بن خلف..... 247، 257، 341
- عائشة بنت أبي بكر الصديق..... 122، 339، 420

عبد الرحمن بن القاسم 70، 113، 117، 141، 149، 150، 151، 163، 167، 172، 179، 184،
190، 198، 206، 219، 230، 232، 233، 238، 265، 281، 283، 302، 310، 319، 321،
335، 356، 361، 387، 412، 424، 438

عبد الرحمن بن عوف أبو محمد 248

عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون 64، 78، 120

عبد الله بن أم مكتوم القرشي 270

عبد الله بن عبد الحكم 86، 271

عبد الله بن عثمان أبو بكر الصديق 248، 420، 430

عبد الله بن عمر بن الخطاب 144، 452

عبد الله بن عمر بن الخطاب 63

عبد الله بن نافع أبو محمد الصائغ 186، 194

عبد الله بن وهب بن مسلم 102

عبد الملك بن حبيب السلمي 117، 145، 150، 155، 184، 218

عبد الملك بن عبد العزيز الماجشون 177، 184، 219، 236، 237، 252، 253، 280، 282

عثمان بن عفان 388، 397

عطاء بن أبي رباح أبو محمد 239

علي بن أبي طالب 117، 247، 248، 249

عمر بن الخطاب 133، 190، 196، 205، 212، 213، 234، 237، 245، 248، 249، 250، 271،
286، 291، 292، 394، 424

عمرو بن حزم بن لوزان الأنصاري 212

قتادة المدلجي 212

ماعز بن مالك الأسلمي 235، 256

مالك بن أنس 64، 70، 75، 77، 78، 82، 86، 102، 112، 116، 117، 120، 121، 124، 131،
144، 146، 158، 161، 169، 179، 192، 198، 201، 202، 220، 226، 229، 234، 239،
240، 257، 295، 297، 305، 318، 321، 335، 341، 394، 434، 456، 457، 460

محمد بن إبراهيم أبو عبد الله ابن المواز 109، 283، 339، 416

محمد بن إدريس الشافعي 62، 64، 65، 70، 77، 80، 85، 93، 103، 106، 121، 122، 131، 142،
143، 145، 146، 150، 152، 165، 169، 173، 177، 178، 180، 181، 184، 187، 190،
192، 199، 208، 210، 212، 213، 219، 223، 224، 225، 226، 228، 229، 234، 237،
242، 243، 249، 256، 257، 261، 263، 264، 265، 266، 269، 270، 273، 285، 287،
290، 292، 293، 297، 314، 316، 318، 327، 335، 341، 342، 350، 351، 373، 380

381، 384، 388، 393، 394، 395، 397، 399، 403، 404، 414، 420، 427، 433، 434،

442، 450، 452، 453، 460

محمد بن محمد الغزالي أبو حامد 243

محمد بن مسلمة المخزومي، أبو هشام 365

محمد نبي الله 341

مُحَيِّصَة بن مسعود الأنصاري 201

مريم بنت عمران 406

هرقل ملك الروم 461

هند بنت عتبة بن ربيعة 299

يوسف نبي الله 192

يونس نبي الله 397

فهرس الكتب

142	الأسدية
91.....	التهذيب في اختصار المدونة
370 ،321 ،317 ،310 ،286 ،186 ،91	المدونة

فهرس البلدان

420	الإسكندرية
353 ،352 ،100.....	الحجاز
140 ،81.....	العراق
239 ،158 ،144 ،103 ،77	المدينة
113	المغرب
162	بني مُدْلج
205	صنعاء
457	عدن
229	مراكش
461 ،229 ،126 ،113.....	مصر
420 ،350	مكة

فهرس المصطلحات الفقهية المعرفة في البحث

إِبَاق (مادة أبق)...	128، 169، 192، 193، 194، 195، 325، 345، 354، 355، 356، 357، 361،
	397
إِخْبَار (مادة خبر).....	103، 123، 161، 162، 223، 277، 293
أَرْش (مادة أرش).....	149، 152، 153، 154، 156، 166، 225، 281، 283، 311، 362، 368، 378
استحقاق (مادة حقق).....	194، 351، 371، 372، 380، 417
استحيا (مادة حيا).....	206
أُسْوَة (مادة أسو).....	303، 304، 306، 315، 322، 324، 326، 328، 333
اعتدال (مادة عدل).....	276
الإِفْضَاء (مادة فضض).....	156، 217
البَاضِعة (مادة بضع).....	220
الْبَرْنَامَج (مادة برنامج).....	126، 145
الْبُضْع (مادة بضع).....	175، 188، 240، 311، 323، 341، 350، 369، 401، 414
النَّسْرِي (مادة سري).....	154، 156، 447
التَّعْذِيل (مادة عدل).....	241، 273، 276
الْجَائِفَة (مادة جوف).....	211، 219، 220، 274
الْجَعَالَة (مادة جعل).....	183، 192، 193، 195، 355
الجوانح (مادة جوح).....	90، 91، 99، 106، 107، 108، 309
الْخَارِصَة (مادة حرص).....	220
الْحَصُور (مادة حصر).....	218
الْحَمَالَة (مادة حمل).....	379، 380، 385
الْخِصَاء (مادة خصي).....	70، 157، 245
الدَّامِيَة (مادة دما).....	220
الدَّرَك (مادة درك).....	380
السِّمْحَاق (مادة سمحق).....	220
السَّوْم (مادة سوم).....	131، 133
الشَّجَاج (مادة شجج).....	210، 220
الصُّفْع (مادة صقع وسقع).....	86

الظَّنَن (مادة ظنن)	268، 266، 265
الظَّنَر (مادة ظأر)	186، 181
العاقلة (مادة عقل)	434، 280، 272، 229، 216، 215، 214، 213، 209، 208، 203
العِرْق (مادة عرق)	367، 364، 363، 344
العَسَر (مادة عسر)	156
العِفَاص (مادة عففص)	350
الْعَلَّ (مادة غلل)	252
الْعُزْم (مادة غرم)	281، 280، 279، 274، 257، 246، 238، 224، 186، 180، 153، 152، 138، 137، 136، 135، 134، 133، 132، 131، 130، 129، 128، 127، 126، 125، 124، 123، 122، 121، 120، 119، 118، 117، 116، 115، 114، 113، 112، 111، 110، 109، 108، 107، 106، 105، 104، 103، 102، 101، 100، 99، 98، 97، 96، 95، 94، 93، 92، 91، 90، 89، 88، 87، 86، 85، 84، 83، 82، 81، 80، 79، 78، 77، 76، 75، 74، 73، 72، 71، 70، 69، 68، 67، 66، 65، 64، 63، 62، 61، 60، 59، 58، 57، 56، 55، 54، 53، 52، 51، 50، 49، 48، 47، 46، 45، 44، 43، 42، 41، 40، 39، 38، 37، 36، 35، 34، 33، 32، 31، 30، 29، 28، 27، 26، 25، 24، 23، 22، 21، 20، 19، 18، 17، 16، 15، 14، 13، 12، 11، 10، 9، 8، 7، 6، 5، 4، 3، 2، 1
الْعُزْم (مادة غرم)	404، 400، 398، 384، 383، 382، 379، 369، 366، 365، 361
الْعُزْم (مادة غرم)	342، 321، 320، 317
اللطخ (مادة لطح)	427، 288، 258، 247
اللوث (مادة لوث)	208، 207، 204، 202، 201
المأمومة (مادة أمم)	274، 225، 220، 219، 211، 210
المُحْتَبِي (مادة حبا)	459
المُدَبِّر (مادة دبر)	440، 378، 319، 169، 165
المُر ابحة (مادة ربح)	174، 173
المساومة (مادة سوم)	173، 145
المكاتب (مادة كتب)	380، 379، 378، 333، 319، 282، 235
المناط (مادة نوط)	307، 268، 225
الْمُنْقَلَة (مادة نقل)	222، 220، 211
المُوضِحة (مادة وضح)	220
النَّجَش (مادة نجش)	132، 131
النُّكُول (مادة نكل)	427، 331، 329، 290، 288، 286، 285، 274، 269، 268، 203
الْهَاشِمَة (مادة هشم)	222، 220
الوضيعة (مادة وضع)	390
حَجَر (مادة حجر)	437، 339، 338، 336، 335، 314، 312، 311، 190
حُكُومَة (مادة حكم)	221، 219، 218، 217، 210
خَرَج (مادة خرج)	373، 363، 320، 314، 261، 189، 170، 160، 155، 149، 77
خِلَابَة (مادة خلب)	146
خُلْطَة (مادة خلط)	287، 201

96.....	سَانِيَّة (مادة سنا)
313، 96.....	سَيِّح (مادة سيج)
386، 359، 235، 199، 198، 197، 182، 170.....	شِرْك (مادة شرك)
417، 415، 413، 373، 326.....	شَقِص (مادة شقص)
432، 336، 286، 278، 277، 276، 273، 271، 266، 252، 242.....	عَدَالَة (مادة عدل)
136	عُرْبَان (مادة عرب)
417، 416، 415، 172، 162، 161، 160، 159، 158.....	عُهُدَة (مادة عهد)
391، 260	فَيء (مادة فيأ)
316، 280، 230، 225، 222، 221، 216، 210، 206، 205، 204، 203.....	قَوْد (مادة قود)
427، 382، 297.....	لَدَد (مادة لد)
، 314، 312، 311، 310، 309، 308، 307، 306، 305، 304، 303، 302، 290.....	مُقْلِس (مادة فلس)
435، 432، 427، 402، 335، 326	
125	مُنَابَذَة (مادة نبذ)
313	نَضَح (مادة نضح)
308، 307، 198.....	نُضُوض (مادة نضض)
393	نَفَع (مادة نفع)

فهرس الألفاظ اللغوية المعرفة في الهامش

126	إبرسيم (مادة برسم)
198 ، 171 ، 130 ، 120 ، 101 ، 100 ، 83	إردب (مادة رذب)
168	الأتغار (مادة ثغر)
158	الأنواء (مادة دوا)
178	الازدياع (مادة زرع)
67	الأقط (مادة أقط)
92	الباكور (مادة بكر)
108	البرد (مادة برد)
145 ، 126	البرنامج (مادة برنامج)
147	البريد (مادة برد)
354	النتقيف (مادة ثقف)
184	الترمس (مادة ترمس)
182	التور (مادة تور)
268 ، 196	الجد (مادة جدد)
254	الجرين (مادة جرن)
218	الخصور (مادة حصر)
407	الحضارة (مادة حضر)
109	الحفد (مادة حفد)
109	الحنوس (مادة حندس)
93	الحومة (مادة حوم)
174	الدلالة (مادة دلال)
300	الرّبع (مادة ربع)
156	الرّعر (مادة زعر)
255 ، 254	الرّقاق (مادة زقق)
412	السّباط (مادة سبط)
126	السّاج (مادة سوج)
243	السّمع (مادة سمع)
391	الشّعراء (مادة شعر)

109	الصَّنَجَة (مادة صنج)
186 ، 181	الظَّنَر (مادة ظأر)
456	العَنَابِي (مادة عتابي)
145	الْعِدَل (مادة عدل)
184 ، 65	الْعَلَس (مادة علس)
215	الْفَض (مادة فضض)
162	الْقَافَة (مادة قوف)
126	الْقُبَاطِي (مادة قبط)
180 ، 93	الْقُرْط (مادة قرط)
331 ، 93	الْقَضْب (مادة قضب)
65	الْقَطَانِي (مادة قطن)
204	الْقُعْد (مادة قعد)
406	الْقُوْهِيَّة (مادة قوه)
249	الْكِبَاسَة (مادة كبس)
189 ، 187	الْكُرِي (مادة كرا)
64	الْكُزْبَرَة (مادة كزبر)
221 ، 218	الْمَارِن (مادة مرن)
250	الْمِجَن (مادة جنن ومجن)
459	الْمُخْتَبِي (مادة حبا)
456	الْمُصَنَّمَت (مادة صمت)
71	الْمُطْمُورَة (مادة طمر)
300	الْمُنْعِي (مادة نعي)
460	النَّرْدَشِير (مادة نرد)
406	الْهَرَوِي (مادة هرا)
150	الْهَرِيَسَة (مادة هرس)
308 ، 307 ، 199 ، 197 ، 110 ، 64	الْوَرِق (مادة ورق)
82	بَكْر (مادة بكر)
237	بَلْقَاء (مادة بلق)
460	تَرَاظِن (مادة رطن)
375	ترمح (مادة رمح)
409	تَشْعَب (مادة شغب)

تَشْقِيس (مادة شقص).....	456 ،415 ،413 ،326
تَطْرِيق (مادة طرق).....	438 ،371
تُوْلُهُ (مادة وَلِه).....	167
جَبَاب (مادة جيب).....	118
جَرَان (مادة حرن).....	375
حَنَآيَا (مادة حنا).....	365
خِلَابَةٌ (مادة خلب).....	146
خَلْفَةٌ (مادة خلف).....	212
سَانِيَّة (مادة سنا).....	96
سَلْحَةٌ (مادة سلاح).....	66
سَيِّح (مادة سيج).....	313 ،96
شِرْك (مادة شرك).....	359 ،235 ،170
صُبْرَةٌ (مادة صبر).....	142 ،130 ،127
عَرْصَةٌ (مادة عرص).....	407 ،395
قَبْل (مادة قبل).....	381 ،368 ،361 ،355 ،346 ،329 ،313 ،221 ،123 ،107 ،106 ،87
قَرَّاح (مادة قرح).....	68
قَلَّت (مادة قلت).....	347
كُوسَج (مادة كسج).....	217
لَدَد (مادة لدد).....	297
مَسْحَل (مادة سحل).....	186
مُلْد (مادة لدد).....	427 ،382
نَدَّ (مادة ندد).....	391
نَضَح (مادة نضح).....	313
نُضُوض (مادة نضض).....	308 ،307 ،198
نَفَشَت (مادة نفش).....	374
نَفَع (مادة نفع).....	393
نَوَائِيَّة (مادة نوت).....	398
وَيْبَةُ (مادة ويب).....	127 ،107
يَتَخَلَّل (مادة خلل).....	459
يُخَبِّب (مادة خبب).....	272
يَرْوِي (مادة زوي).....	311 ،307

294	يَضْرِبُ (مادة ضرب)
459	يَعْقُصُ (مادة عَقَص)
305	يُفْضِنُ (مادة فَضَض)
320	يَنْجَذِبُ (مادة جَذَب)

فهرس المصادر والمراجع

1. القرآن الكريم.
2. الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام شرح ميارة، لعهد بن أحمد بن محمد الفاسي، دار المعرفة.
3. الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، لعهد بن حبان بن أحمد بن حبان، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، الطبعة: الأولى، 1988 م، مؤسسة الرسالة، بيروت.
4. الاستيعاب في معرفة الأصحاب، ليوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، تحقيق: علي محمد البجاوي، الطبعة: الأولى، 1992م، دار الجيل، بيروت.
5. أسنى المطالب في أحاديث مختلفة المراتب، لعهد بن محمد درويش، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة: الأولى، 1997م، دار الكتب العلمية - بيروت.
6. الأشباه والنظائر، لعبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، الطبعة: الأولى، 1990 م، دار الكتب العلمية.
7. الإصابة في تمييز الصحابة لأحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلى محمد معوض، الطبعة: الأولى، 1415 هـ، دار الكتب العلمية - بيروت.
8. الأعلام، لخير الدين بن محمود بن محمد الزركلي، الطبعة: الرابعة عشرة، 1999 م، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان.
9. الأعلام، لخير الدين بن محمود بن محمد الزركلي، الطبعة: الخامسة عشر، 2002 م، دار العلم للملايين.
10. أعيان العصر وأعوان النصر، لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي، تحقيق: د، علي أبو زيد، وآخرين، الطبعة: الأولى، 1998 م، دار الفكر المعاصر، بيروت - لبنان، ودار الفكر، دمشق - سوريا.
11. أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، المعروف بالشرح الصغير، لأحمد الدردير، دار المعارف.
12. الأم، لعهد بن إدريس الشافعي، سنة النشر: 1990 م، دار المعرفة - بيروت.
13. الانتقاء في فضائل الأئمة الثلاثة الفقهاء، ليوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، دار الكتب العلمية - بيروت.

14. إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، لأحمد بن يحيى
الونشريسي، دراسة وتحقيق: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الطبعة:
الثانية، 1997، دار الحكمة، طرابلس - ليبيا.
15. إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون، لإسماعيل بن محمد أمين
البغدادي، عنى بتصحيحه وطبعه على نسخة المؤلف: محمد شرف الدين، دار
إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
16. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لمحمد بن أحمد بن محمد رشد القرطبي، سنة النشر
2004 م، دار الحديث - القاهرة.
17. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين، أبي بكر بن مسعود بن أحمد
الكاساني، الطبعة: الثانية، 1986 م، دار الكتب العلمية.
18. برنامج الوادي آشي، لمحمد بن جابر بن محمد القيسي، أبي عبد الله الوادي آشي،
تحقيق: محمد محفوظ، الطبعة: الأولى، 1980 م، دار المغرب الاسلامي، أثينا،
بيروت.
19. بلغة السالك لأقرب المسالك، المعروف بحاشية الصاوي، لأحمد بن محمد
الصاوي، دار المعارف.
20. البهجة في شرح التحفة (شرح تحفة الحكام)، لعلي بن عبد السلام التَّسُولي،
تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، الطبعة: الأولى، 1998 م، دار الكتب العلمية،
بيروت - لبنان.
21. البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، لمحمد بن أحمد
بن رشد القرطبي، تحقيق: د محمد حجي وآخرين، الطبعة: الثانية، 1988 م، دار
الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان.
22. تاج العروس من جواهر القاموس، لمحمد بن محمد بن عبد الرزاق، المقلب
بمرتضى الزبيدي، تحقيق: مجموعة من المحققين، دار الهداية.
23. تاريخ الإسلام وَوَفَيَاتِ المشاهير وَالْأعلام، لمحمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْمَاز
الذهبي، تحقيق: د بشار عَوَّاد معروف، الطبعة: الأولى، 2003 م، دار الغرب
الإسلامي.
24. التاريخ الكبير، لمحمد بن إسماعيل البخاري، أبي عبد الله، تحقيق: السيد هاشم
الندوي، دار الفكر.
25. تاريخ دمشق، لأبي القاسم علي بن الحسن بن هبة الله المعروف بابن عساكر،
تحقيق: عمرو بن غرامة العمروي، سنة النشر 1995 م، دار الفكر للطباعة
والنشر والتوزيع.

26. تذكرة الحفاظ، لمجد بن طاهر المعروف بابن القيسراني، تحقيق: حمدي عبد المجيد، الطبعة الأولى، 1994 م، دار الصميعي، الرياض.
27. ترتيب المدارك وتقريب المسالك، لأبي الفضل عياض بن موسى اليعصبي، تحقيق: ابن تايوت الطنجي وآخرين، الطبعة: الأولى، مطبعة فضالة - المحمدية - المغرب.
28. تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك للونشريسي وشرح المنهج المنتخب للمنجور، للصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الطبعة: الأولى، 2010، دار ابن حزم، بيروت - لبنان.
29. التفریع، لعبيد الله بن الحسين، المعروف بان الجلاب، تحقيق: د حسين بن سالم الدهماني، الطبعة: الأولى، 1987، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان.
30. تقريب التهذيب، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، تصحيح: عادل مرشد، الطبعة: الأولى، 1999 م، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان.
31. التقييد لمعرفة رواة الأسانيد، لمجد بن عبد الغني البغدادي، تحقيق: كمال يوسف الحوت، الطبعة: الأولى، 1408 هـ، دار الكتب العلمية، بيروت.
32. تكملة المعاجم العربية، لرينهارت بيتر أن دُوزي، نقله إلى العربية وعلق عليه: محمد سليم النعيمي، جمال الخياط، الطبعة: الأولى، 1979، وزارة الثقافة والإعلام، الجمهورية العراقية.
33. التكملة لكتاب الصلة، لمجد بن عبد الله بن أبي بكر، ابن الأبار، تحقيق: عبد السلام الهراس، سنة النشر: 1995 م، دار الفكر للطباعة، لبنان.
34. التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، لأحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، الطبعة: الأولى 1989 م، دار الكتب العلمية.
35. التلقين في الفقه المالكي، لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي، تحقيق: محمد بو خيزة الحسني التطواني، الطبعة: الأولى 2004 م، دار الكتب العلمية.
36. التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ليوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، تحقيق: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، سنة النشر 1378 هـ، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب.
37. تنبيه الحكام على مآخذ الأحكام، لمجد بن عيسى بن المناصف، تحقيق: عبد الحفيظ منصور، سنة النشر: 1988، دار التركي للنشر، تونس.
38. التنبيه في الفقه الشافعي، لإبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، عالم الكتب.
39. تهذيب الكمال، ليوسف بن عبد الرحمن المزي، تحقيق: بشار عواد معروف،

- الطبعة: الأولى، 1980 م، مؤسسة الرسالة، بيروت.
40. التهذيب في اختصار المدونة، لخلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي ابن البراذعي، تحقيق: د محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، الطبعة: الأولى، 2002 م، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث - دبي.
41. جامع الأمهات، لابن الحاجب الكردي المالكي.
42. الجامع لأحكام القرآن، لعبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، تحقيق: هشام سمير البخاري، الطبعة: 2003 م، دار عالم الكتب، الرياض - المملكة العربية السعودية.
43. الجامع لأخلاق الراوي وآداب السامع، لأحمد بن علي بن ثابت، الخطيب البغدادي، تحقيق: د. محمود الطحان، مكتبة المعارف، الرياض.
44. حاشية ابن الشاط على الفروق (إدراج الشروق على أنوار الفروق) لقاسم بن عبد الله المعروف بابن الشاط، مطبوع مع الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق)، لأحمد بن إدريس القرافي، عالم الكتب.
45. حاشية السندي على سنن ابن ماجه (كفاية الحاجة في شرح سنن ابن ماجه)، لمحمد بن عبد الهادي التتوي، نور الدين السندي، دار الجيل - بيروت.
46. حاشية السندي على سنن النسائي (مطبوع مع السنن)، لمحمد بن عبد الهادي التتوي، نور الدين السندي، الطبعة: الثانية، 1986م، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب.
47. حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني، لعلي بن أحمد بن مكرم الصعيدي العدوي، تحقيق: يوسف الشيخ محمد البقاعي، سنة النشر: 1994 م، دار الفكر - بيروت.
48. حاشية العطار على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع، لحسن بن محمد العطار الشافعي، دار الكتب العلمية.
49. حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة، لعبد الرحمن ابن أبي بكر السيوطي، تحقيق: محمد أبي الفضل إبراهيم، سنة النشر 1998م، دار الفكر العربي، القاهرة.
50. حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة، لعبد الرحمن ابن أبي بكر السيوطي، تحقيق: محمد أبي الفضل إبراهيم، الطبعة: الأولى، 1967 م، دار إحياء الكتب العربية - عيسى البابي الحلبي وشركاه - مصر.
51. الدر المختار لمحمد علاء الدين الحصكفي، وحاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار)، لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، الطبعة: الثانية،

- 1992 م، دار الفكر - بيروت.
52. الدراية في تخريج أحاديث الهداية، لأحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، تحقيق: السيد عبد الله هاشم اليماني، دار المعرفة - بيروت.
53. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لإبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، تحقيق وتعليق: د محمد الأحمد أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة.
54. الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لإبراهيم علي بن محمد، ابن فرحون، تحقيق: مأمون بن محي الدين الجنان، الطبعة: الأولى، 1996، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
55. ديوان المبتدأ والخبر في تاريخ العرب والبربر ومن عاصرهم من ذوي الشأن الأكبر، لعبد الرحمن بن محمد بن محمد، ابن خلدون، تحقيق: خليل شحادة، الطبعة: الثانية، 1988 م، دار الفكر، بيروت.
56. الذخيرة، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: محمد حجي وآخرين، الطبعة: الأولى، 1994، دار الغرب الإسلامي - بيروت.
57. الرسالة القشيرية في علم التصوّف، لعبد الكريم بن هوزان القشيري، أبي القاسم، تحقيق: معروف مصطفى زريق، وعلي عبد الحميد أبي الخير، دار الخير، بيروت.
58. روضة الطالبين وعمدة المفتين، لمحيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، الطبعة: الثالثة، 1991 م، المكتب الإسلامي، بيروت - دمشق - عمان.
59. رياض النفوس في طبقات علماء القيروان وإفريقية وزهادهم ونسأكهم وسير من أخبارهم وفضائلهم وأوصافهم، لعبد الله بن محمد المالكي، تحقيق: بشير البكوش، الطبعة الثانية، 1994 م، دار الغرب الإسلامي، بيروت - لبنان.
60. سنن ابن ماجه، لمحمد بن يزيد القزويني، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي.
61. سنن أبي داود، لسليمان بن الأشعث بن إسحاق السّجستاني، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا - بيروت.
62. سنن الترمذي، لمحمد بن عيسى، أبي عيسى، تحقيق وتعليق: أحمد شاكر، ومحمد فؤاد عبد الباقي، وإبراهيم عطوة، الطبعة: الثانية، 1975 م، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي - مصر.
63. سنن الدارقطني، لعلي بن عمر بن أحمد الدارقطني، تحقيق: شعيب الارنؤوط

- وآخرين، الطبعة: الأولى، 2004 م، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان.
64. سنن الدارمي (مسند الدارمي)، لمحمد عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، تحقيق: حسين سليم أسد الدارمي، الطبعة: الأولى، 2000 م، دار المغني للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية.
65. السنن الصغرى للبيهقي، لأحمد بن الحسين بن علي، أبي بكر البيهقي، تحقيق: عبد المعطي أمين قلجي، الطبعة: الأولى، 1989 م، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي - باكستان.
66. السنن الكبرى، لأحمد بن الحسين، أبي بكر البيهقي، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، الطبعة: الثالثة، 2003 م، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
67. سنن النسائي، لأحمد بن شعيب بن علي، النسائي، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، الطبعة: الثانية، 1986 م، مكتب المطبوعات الإسلامية - حلب.
68. سير أعلام النبلاء، لعبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، الطبعة: 2006 م. دار الحديث، القاهرة.
69. سير أعلام النبلاء، لمحمد بن أحمد بن عثمان بن قايماز الذهبي، تحقيق: مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، الطبعة: الثالثة، 1985 م، مؤسسة الرسالة.
70. شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد بن محمد مخلوف، دار الفكر.
71. شرح الجلاب لأبي القاسم، ابن ناجي القيرواني، مخطوط بالمكتبة الوطنية، تونس، رقم: 05808.
72. شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، لمحمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، الطبعة: الأولى، 2003 م، مكتبة الثقافة الدينية - القاهرة.
73. الشرح الكبير على مختصر خليل لأحمد الدردير، ومعه حاشية الدسوقي لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، دار الفكر.
74. شرح صحيح البخاري لابن بطل، علي بن خلف بن عبد الملك، تحقيق: أبي تميم ياسر بن إبراهيم، الطبعة: الثانية، 2003 م، مكتبة الرشد، السعودية - الرياض.
75. شرح مختصر خليل للخرشي، لمحمد بن عبد الله الخرشي، دار الفكر للطباعة - بيروت.
76. شعب الإيمان، لأحمد بن الحسين، أبي بكر البيهقي، تحقيق: د عبد العلي حامد، ومختار أحمد الندوي، الطبعة: الأولى، 2003 م، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع

- بالرياض بالتعاون مع الدار السلفية ببومباي بالهند.
77. صحيح ابن خزيمة، لمحمد بن إسحاق بن خزيمة، تحقيق: د محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلامي - بيروت.
78. صحيح البخاري (الجامع المسند الصحيح المختصر)، لمحمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر، الطبعة: الأولى، 1422 هـ، دار طوق النجاة.
79. صحيح مسلم (المسند الصحيح المختصر)، لمسلم بن الحجاج القشيري، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
80. الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، لمحمد بن عبد الرحمن بن محمد السخاوي، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت.
81. طبقات الشافعية الكبرى، لعبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، تحقيق: د محمود محمد الطناحي د عبد الفتاح محمد الحلوة، الطبعة: الثانية، 1413 هـ، هجر للطباعة والنشر والتوزيع.
82. طبقات الصوفية، لمحمد بن الحسين السلمي، أبي عبد الرحمن، تحقيق: نور الدين شريعة، الطبعة الثالثة، 1997 م، مكتبة الخانجي، القاهرة.
83. طبقات الفقهاء، لإبراهيم بن علي الشيرازي، تحقيق: إحسان عباس، الطبعة: الأولى، 1970 م، دار الرائد العربي، بيروت - لبنان.
84. الطبقات الكبرى، لمحمد بن سعد بن منيع، المعروف بابن سعد، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، الطبعة: الأولى، 1990 م، دار الكتب العلمية، بيروت.
85. الطبقات الكبرى، لمحمد بن سعد بن منيع، المعروف بابن سعد، تحقيق: إحسان عباس، الطبعة: الأولى، 1968 م، دار صادر، بيروت.
86. طلبة الطلبة في الاصطلاحات الفقهية، لعمر بن محمد النسفي، تعليق: أبو عبد الله محمد حسن، الطبعة: الأولى، 1997 م، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
87. عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه حاشية ابن القيم: تهذيب سنن أبي داود وإيضاح علله ومشكلاته، لمحمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر العظيم آبادي، الطبعة: الثانية، 1415 هـ، دار الكتب العلمية - بيروت.
88. فتح الباري شرح صحيح البخاري، لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ترقيم الأحاديث: محمد فؤاد عبد الباقي، تحقيق: محب الدين الخطيب، سنة النشر 1379 هـ، دار المعرفة، بيروت.
89. فتح الغفار الجامع لأحكام سنة نبينا المختار، للحسن بن أحمد بن يوسف الصنعاني، تحقيق: مجموعة بإشراف الشيخ علي العمران، الطبعة: الأولى،

- 1427 هـ، دار عالم الفوائد.
90. الفرق بين الفرق وبيان الفرقة الناجية، لعبد القاهر بن طاهر بن محمد الأسفراييني، الطبعة: الثانية، 1977، دار الآفاق الجديدة، بيروت.
91. الفهرست، لمحمد بن اسحاق بن النديم، تعليق الشيخ إبراهيم رمضان، الطبعة الثانية، 1997 م، دار المعرفة، بيروت - لبنان.
92. الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، لأحمد بن غانم (أو غنيم) النفراوي، سنة النشر 1995 م، دار الفكر.
93. القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، لسعدي أبو جيب، الطبعة: الثانية، 1988 م، دار الفكر، دمشق - سورية.
94. القاموس المحيط لمحمد بن يعقوب الفيروزآبادي، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، بإشراف: محمد نعيم العرقسوسي، الطبعة: الثامنة، 2005 م، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان.
95. القوانين الفقهية، لمحمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي.
96. الكافي في فقه أهل المدينة، ليوסף بن عبد الله بن محمد بن عبد البر، تحقيق: محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، الطبعة: الثانية، 1980 م، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض - المملكة العربية السعودية.
97. كتاب الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، تحقيق: خالد عبد الرحمن العك، الطبعة: الأولى، 1998 م، دار المعرفة، بيروت - لبنان.
98. كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون، لمصطفى بن عبد الله كاتب جلبي، المشهور باسم حاجي خليفة، سنة النشر: 1941 م، مكتبة المثنى، بغداد.
99. اللباب في شرح الكتاب، لعبد الغني الغنيمي الميداني، تحقيق: عبد المجيد طعمة حلبي، الطبعة: الأولى، 1998 م، دار المعرفة، بيروت - لبنان.
100. لسان العرب لمحمد بن مكرم بن علي، ابن منظور، الطبعة: الثالثة 1414 هـ، دار صادر، بيروت.
101. لسان الميزان، لأحمد بن علي بن محمد، ابن حجر العسقلاني، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، الطبعة: الأولى، 2002 م، دار البشائر الإسلامية.
102. المبسوط، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، سنة النشر، 1993 م، دار المعرفة، بيروت.
103. متن الرسالة، لعبد الله بن أبي زيد القيرواني، دار الفكر.
104. مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، لعلي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، تحقيق:

- حسام الدين القدسي، سنة النشر 1994 م، مكتبة القدسي، القاهرة.
105. مجموع الفتاوى، لأحمد بن عبد الحليم بن تيمية، تحقيق: عبد الرحمن قاسم، سنة النشر: 1995 م، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة - المملكة العربية السعودية.
106. المجموع شرح المذهب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، لمحيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر.
107. مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر الرازي، اعتنى بها: يوسف الشيخ محمد، الطبعة: الرابعة 1998، المطبعة العصرية، صيدا - بيروت.
108. مختصر المزني (مطبوع ملحقاً بالأم للشافعي)، لإسماعيل بن يحيى بن إسماعيل المزني، سنة النشر: 1990 م، دار المعرفة، بيروت.
109. مدونة الفقه المالكي وأدلته، للصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الطبعة: الأولى، 2015 م، دار ابن حزم، بيروت - لبنان.
110. مدونة الفقه المالكي وأدلته، للصادق بن عبد الرحمن الغرياني، الطبعة: الثالثة، 2005 م.
111. المدونة لمالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي، الطبعة: الأولى، 1994 م، دار الكتب العلمية.
112. المسالك والممالك، لأبي عبيد البكري، عبد الله بن عبد العزيز، سنة النشر: 1992 م، دار الغرب الإسلامي.
113. المستدرک على الصحيحين، لمحمد بن عبد الله بن محمد، أبي عبد الله الحاكم، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة: الأولى 1990م، دار الكتب العلمية، بيروت.
114. مسند البزار (المنشور باسم البحر الزخار)، لأحمد بن عمرو بن عبد الخالق، المعروف بالبزار، تحقيق: محفوظ الرحمن، وعادل بن سعد، وصبري عبد الخالق، الطبعة: الأولى، بدأت 1988 م، وانتهت 2009 م، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة.
115. مصادر الفقه المالكي أصولاً وفروعاً في المشرق والمغرب قديماً وحديثاً، لبشير ضيف بن أبي بكر، الطبعة: الأولى، 2008م، دار ابن حزم، بيروت - لبنان .
116. مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه، لأحمد بن أبي بكر بن إسماعيل البوصيري، تحقيق: محمد المنتقى الكشناوي، الطبعة: الثانية، 1403 هـ، دار العربية، بيروت.

117. المصنف، لعبد الرزاق بن همام بن نافع الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي، الطبعة: الثانية، 1403 هـ، المكتب الإسلامي - بيروت.
118. المصنف في الأحاديث والآثار، لعبد الله بن محمد بن إبراهيم، أبي بكر بن أبي شيبه، تحقيق: كمال يوسف الحوت الطبعة: الأولى، 1409 هـ، مكتبة الرشد، الرياض.
119. المعجم الأوسط، لسليمان بن أحمد، أبي القاسم الطبراني، تحقيق: طارق بن عوض الله بن محمد، وعبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، دار الحرمين، القاهرة.
120. المعجم الكبير، لسليمان بن أحمد بن أيوب، أبي القاسم الطبراني، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، الطبعة: الثانية، مكتبة ابن تيمية، القاهرة.
121. معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، للدكتور محمود عبد الرحمن عبد المنعم، دار الفضيلة.
122. معجم المؤلفين، لعمر بن رضا كحالة، مكتبة المثنى، بيروت، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
123. معجم لغة الفقهاء، لمحمد رواس قلججي و حامد صادق قنبيي، الطبعة: الثانية 1988 م، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع.
124. معجم محدثي الذهبي، لمحمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، تحقيق: د، روحية عبد الرحمن السويقي، سنة النشر: 1993 م، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان.
125. المعونة، لعبد الوهاب البغدادي، تحقيق: محمد حسن الشافعي، سنة النشر: 1998، دار الكتب العلمية، لبنان.
126. المغني عن حمل الأسفار في الأسفار، في تخريج ما في الإحياء من الأخبار، لأبي الفضل زين الدين عبد الرحيم بن الحسين العراقي، الطبعة: الأولى، 2005 م، دار ابن حزم، بيروت - لبنان.
127. المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة، لمحمد بن عبد الرحمن بن محمد السخاوي، تحقيق: محمد عثمان الخشت، الطبعة: الأولى، 1985 م، دار الكتاب العربي، بيروت.
128. المقدمات الممهّدات، لمحمد بن أحمد بن رشد القرطبي، الطبعة: الأولى، 1988 م، دار الغرب الإسلامي.
129. الملل والنحل، لمحمد بن عبد الكريم بن أبي بكر الشهرستاني، مؤسسة الحلبي.
130. منتخب الأحكام، لمحمد بن أبي زمنين، أبي عبد الله، تحقيق: د محمد حماد، منشورات الرابطة العمدية للعلماء، الرباط - المغرب.
131. المنتقى شرح الموطأ، لسليمان بن خلف بن سعد الباجي، الطبعة: الأولى،

- 1332 هـ، مطبعة السعادة، بجوار محافظة مصر.
132. منح الجليل شرح مختصر خليل، لمحمد بن أحمد بن محمد عlish، سنة النشر: 1989 م، دار الفكر، بيروت.
133. المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، لمحيي الدين يحيى بن شرف النووي، الطبعة: الثانية، 1392 هـ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
134. المذهب في فقه الإمام الشافعي، لإبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الكتب العلمية.
135. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لمحمد بن محمد بن عبد الرحمن، المعروف بالحطاب، الطبعة: الثالثة، 1992 م، دار الفكر.
136. الموطأ، لمالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، سنة النشر: 1985 م، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان.
137. نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعي في تخريج الزيلعي، لعبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعي، صححه ووضع الحاشية: عبد العزيز الديوبندي الفنجاني، ومحمد يوسف الكاملفوري، تحقيق: محمد عوامة، الطبعة: الأولى، 1997 م، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة - السعودية.
138. نظم الدر في اختصار المدونة، لعبد الله بن عبد الرحمن الشارمساحي، سراج الدين، دراسة وتحقيق: خالد محمد عبد الجبار الحوسني، (رسالة دكتوراه) مقدمة لجامعة سيدي محمد بن عبد الله، كلية الآداب والعلوم الإنسانية، سايس - فاس.
139. النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، لأبي محمد، عبد الله بن عبد الرحمن أبي زيد القيرواني، تحقيق: د محمد حجي، الطبعة: الأولى، سنة 1990 م، دار الغرب الإسلامي.
140. الوافي بالوفيات، لصلاح الدين خليل بن أيبك بن عبد الله الصفدي، تحقيق: أحمد الأرناؤوط، وتركي مصطفى، سنة النشر: 2000 م، دار إحياء التراث، بيروت.
141. الوسيط في المذهب، محمد بن محمد الغزالي، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم ، ومحمد محمد تامر، الطبعة: الأولى، 1417 هـ، دار السلام، القاهرة.

فهرس المحتويات

الإهداء	3
كلمة شكر	4
مقدمة	6
موضوع البحث وحدوده وسبب اختياره	6
أهداف البحث:	8
القسم الأول	12
القسم الدراسي	12
تمهيد	12
المبحث الأول	13
التعريف بالشارمساحي	13
المطلب الأول	13
اسمه وكنيته ونسبه ومولده):	13
المطلب الثاني	13
نشأته:	13
المطلب الثالث	15
شيوخه:	15
المطلب الرابع	15
تلاميذه:	15
المطلب الخامس	16
مؤلفاته:	16
المطلب السادس	18
رحلته للمشرق:	18

المطلب السابع.....	19
مكانته العلمية وثناء العلماء عليه:	19
المطلب الثامن	22
منهجه في دينه وعقيدته:	22
المطلب التاسع.....	23
وفاته:	23
المبحث الثاني	24
كتاب التفریع	24
المطلب الأول	24
مؤلفه:	24
المطلب الثاني.....	24
كتاب التفریع وأهميته:	24
المطلب الثالث.....	28
شروح كتاب التفریع:	28
المبحث الثالث	30
كتاب البديع في شرح التفریع.....	30
وفيه ثمانية مطالب:	30
المطلب الأول	30
اسم الكتاب وصحة نسبته للشار مساحي:	30
المطلب الثاني.....	32
محتوى الكتاب وأهميته:	32
المطلب الثالث.....	35
أسلوب الكتاب:	35
المطلب الرابع.....	37

37	الدراسات السابقة لكتاب البديع:
38	المطلب الخامس
38	الملاحظات المهمة وبعض المآخذ على الكتاب والأمثلة عليها:
48	المطلب السادس
48	مصادر الكتاب:
48	المطلب السابع
48	وصف النسخ المخطوطة للكتاب:
48	1 - النسخة المحفوظة بالمكتبة الوطنية بمدريد ورمزها (و):
50	2 - النسخة المحفوظة بدار الكتب الوطنية بتونس ورمزها (غ):
51	المطلب الثامن
51	منهج التحقيق:
62	كتاب البيوع
62	[تعريف البيع]:
62	[المبيع من حيث الرّبا وعدمه نوعان]
62	[المبيع غير الرّبوي]:
63	[المبيع الرّبوي]:
63	[الطّعام الرّبويّ وغير الرّبويّ]
63	[الطّعام غير الرّبويّ]:
63	[الطّعام الرّبويّ واختلاف العلماء في علّة التّحريم]:
64	[إلحاق بعض الطّعام ببعض لا اشتراكهما في العلّة]:
64	[إثحاد بعض الأنواع المختلفة واعتبارها جنسا واحدا]:
65	[القطاني السّبع والاختلاف في كونها صنفا واحدا]:
66	[بيع الرّطب باليابس]:
67	[من بيع الطّريّ باليابس بيع الرّبد بالسّمن]:
67	[بيع اللّبن بالسّمن]:
67	[بيع الرّبد بالجبن]:
67	[بيع لبن الإبل متفاضلا بالرّبد]:

68.....	[بيع اللحم المطبوخ بالطَّري]:
68.....	[بيع الخبز بالدَّقِيق]:
68.....	[بيع الحِنطة بالدَّقِيق]:
69.....	[بيع الدَّقِيق بالعجين]:
69.....	[عَلَّة الرِّبَا في البصل والثُّوم]:
69.....	[بيع الحنطة المبلولة والمقلَّوة بحنطة غيرها]:
69.....	[بيع الحيوان بالحيوان وباللَّحْم من جنسه ومن غيره]:
71	[بيع الجُزَاف]
71.....	[بيع الطَّعام جُزَافًا]:
71.....	[شروط المبيع جُزَافًا]:
71.....	[بيع الحيوان والثَّياب جُزَافًا]:
72.....	[بيع النِّبْض جُزَافًا]:
72.....	[العِلْم بالكيل أو القَدْر في الجُزَاف مُسَوِّغٌ للفسخ]:
72.....	[التَّصديق في الكيل والقدر وما يترتَّب عليه]:
75	باب
75	بيع الطَّعام قبل قبضه
75.....	[الدَّلِيل على منع بيع الطَّعام قبل قبضه]:
76.....	[بيع الطَّعام قبل نقله من مكانه]:
76.....	[بيع الطَّعام أُجْرَةً كان أو صَدَاقًا أو صُلْحًا قبل القبض]:
76.....	[بيع القَرْض من الطَّعام قبل قبضه]:
76.....	[استثناء الشَّرْكَه والتَّوْلِيه والإقالة من بيع الطَّعام قبل قبضه]:
77.....	[بيع العروض قبل قبضها]:
80	كتاب
80	السَّلَم
80.....	[حكم السَّلَم]:
80.....	[شروط السَّلَم]:
81.....	[استبدال الطَّعام المُسَلَّم فيه بغيره عند الأجل]:
82.....	[استبدال الثَّمَر المُسَلَّم فيه بغيره]:

82.....	[الإقالة من بعض المُسَلَّم فيه دون بعض]:
83.....	[استبدال الثَّمن المُؤَجَّل في طعام بطعام]:
83.....	[تأخير الثَّمن مع الشُّروع في أخذ المَثْمُون]:
83.....	[السَّلم في ثمار تأخَّر تسليمها عن إبانها]:
84.....	[السَّلم فيما لا يُوجد أصله عند البائع]:
84.....	[السَّلم فيما ينقطع وجوده]:
85.....	[السَّلم الحال]:
85.....	[السَّلم المُعَيَّن]:
86	باب
86	القرض
86.....	[حكمه وما يصح قرضه وما يمتنع]:
87.....	[قرض ما فيه حملٌ ومونة]:
87.....	[حكم السَّفْتَجَة]:
87.....	[مكان قضاء القرض]:
88.....	[الالتزام بأجل القرض ومحلّه]:
90	باب
90	بيع الثَّمَار
90.....	[حكم بيع الثَّمَار قبل بُدُو صلاحها]:
90.....	[صور البيع قبل بُدُو الصَّلاح]:
91.....	[بيع الثَّمَار بعد بُدُو صلاحها]:
92.....	[فوات الثَّمرة المبيعة قبل بُدُو صلاحها]:
92.....	[بيع الثَّمَار بعد بدو صلاح بعضها دون بعض]:
93	[بيع ما يتتابع إنتاجه وطيبه]
93.....	[بيع المقائي]:
93.....	[بيع البقول والقرط والقضب]:
94.....	[بيع الموز والورد والياسمين]:
94.....	[بيع الرُّرع]:
94.....	[بيع القصيل]:

95.....	[بيع القصيل والأرض مع تأخر القطع]:
95.....	[بيع الأصل مع الثمرة مؤبّرة وغير مؤبّرة]:
96.....	[بيع الثمر المؤبّر بعضه دون بعض]:
97.....	[بيع الأرض وفيها الزرع والشجر]:
97.....	[بيع الثمار جزافا وخرصا على رؤوس الشجر واستثناء بعضها]:
99.....	[التحديد بالتثالث في استثناء بعض الثمار من البيع]:
99.....	[بيع المستثنى من البيع قبل استيفائه]:
99.....	[بيع تمر معيّن بدا صلاحه بثمرن مؤجل أو معجل]:
100	[شروط بيع الثمر المعين بثمرن مؤجل أو معجل]:
100	[نفاد تمر حائط معيّن قبل استيفاء المشتري له]:
102	باب
102	العزاي
102	[الفرق بين العريّة والهبة]:
102	[عريّة الثمر المعدوم]:
102	[بيع العريّة بعد بدو صلاحها]:
103	[بيع العريّة من المغربي وغيره]:
104	[القدر المسموح به في بيع العريّة]:
106.....	باب
106.....	وضع الجوائح⁰
106	[سبب وضع الجائحة والدليل عليها]:
107	[الجائحة تُخصّم من الثمن إذا بلغت الثلث فما فوق]:
107	[الاختلاف في تفسير الجائحة]:
108	[الاختلاف في وضع جائحة البقل]:
109.....	باب
109.....	الصرف
109	[دليل النّهي عن المفاضلة في الجنس الواحد]:
109	[المماثلة والمناجزة في الصرف]:
109	[علة الربا في الذهب والفضة]:

109	[المَوْشَى بِالْفِضَّة]:
110	[بيع الذهب والفضة حواله]:
110	[اقتضاء الذهب عن الفضة والعكس]:
111	[صرف ما في الذمة قبل حلول الأجل]:
111	[الاطلاع على نقص أحد العوضين في الصِّرف]:
112	[حكم الزيادة والنقص في المبادلة]:
113	[بيع الحلي جزافا]:
113	[بيع الدنانير بالدراهم جزافا]:
114	[بيع الدنانير ببعضها وبالدرهم عددا]:
114	[العبرة في قضاء السيكة المضروبة بيوم العقد]:
114	[التفاضل والنساء في صرف الفلوس]:
115	[غلاء الذهب أو رخصه عند القضاء لا يبرر ردّ غيره]:
115	[بيع تراب المعدن بجنسه وبغير جنسه]:
115	[قضاء الدنانير عددا عن الوزن أو وزنا عن العدد]:
116	باب
116	بيع العروض والحيوان
116	[تنوّع العروض والحيوان]:
116	[1- مختلفة الجنس والمنافع]:
116	[2- متّفقة الجنس والمنفعة]:
116	[3- مختلفة الجنس متّفقة المنفعة]:
117	[4- مختلفة المنفعة متّفقة الجنس]:
119	باب
119	بيوع الآجال
119	[قضاء الدّين من قَرْض إذا كان عَيْنًا]:
120	[قضاء الدّين من بيع إذا كان عَيْنًا]:
120	[بيع الآجال معناه وصوره]:
120	[الصُّور الممنوعة والدّليل على منعها]:
122	[بيع المُسَلَّم فيه قبل قبضه]:
122	[صور بعض بيوع الآجال والضّابط للمنع منها والجائز]:

124	[بعض صور بيع العينة الممنوع منها والجائز]:
125	[بيع الملامسة]
125	[بيع المنابذة]
126	[بيع حبل الحبل]
126	[الجهالة في بيع الساج على الصفة]:
127	[المزابنة]
127	[أنواع المزابنة]:
128	باب
128	بيع الغرر
128	[بيع الأبق والطير في الهواء والحوث في الماء غرر]:
128	[الصفة المدومة شرعا للمبيع غرر]:
128	[بيع الجنين والثمار قبل طيها غرر]:
129	[حكم البيعتين في بيع]:
129	[صور البيعتين في بيع]:
129	[الصورة الأولى وسبب منعها]:
130	[الصورة الثانية وسبب منعها]:
130	[جواز بيع المئتمنين المتفقين بثمان واحد]:
130	[جواز البيعتين في بيع على الخيار]:
131	باب
131	السؤم والنجش
131	[بيع النجش معناه وسبب منعه]:
131	[بيع السؤم معناه وسبب منعه]:
132	[حكم العقد الثاني المبني على السؤم الأول]:
133	[تلقي السلع وبيع الحاضر للبادي]
133	[سبب منع تلقي السلع والدليل عليه]:
133	[معنى بيع الحاضر للبادي وسبب منعه]:
134	[شراء الحاضر للبادي]:

135.....[التسعير وبيع الاحتكار]

135[حكم التسعير]:

135[حطّ السّعر وإقالة من بضّرّ بالسّوق]:

135[حكم احتكار الطّعام وغيره]:

135[إخراج الطّعام وجلبه من بلد لبلد وقت الغلاء]:

136.....[بيع العُربان]

136[معناه والدليل على منعه]:

137.....[اجتماع البيع والسّلف]

137[حكم اجتماع البيع والسّلف]:

137[وجه الصّحة والفساد في اجتماع البيع والسّلف]:

137[الرّجوع بالقيمة أو الثّمّن في اجتماع البيع والسّلف]:

138[جواز البيع متوقّف على قبض السّلف]:

138[وقت تقدير القيمة بعد إتمام البيع والسّلف]:

139[حكم تقديم الثّمّن في الكراء كتقديمه في بيع العربون]:

139[اجتماع السّلف مع النّكاح والشركة والقراض]:

140.....[بيع الديون]

140[بيع الدّين وفسخه]:

140[تأخير رأس مال السّلم يودّي إلى بيع الدّين بالدّين]:

140[فسخ دين في دين]:

141[فسخ دين في مُعيّن يتأخّر قبضه]:

142.....باب

142.....بيع الصّفات

142[بيع الغائب على الصّفة]:

142[أنواع المبيع على الصّفة]:

143[تلف السّلع المبيعة على الصّفة]:

143[خيار المجلس]:

144[خيار الشّروط وخيار المجلس وتوجيه الأقوال فيه]:

145[نقد الثّمّن في المبيع على الصّفة]:

145	[بيع البُرْ نَامَج]
146	باب
146	بيع الخيار
146	[الدَّيْل على بيع الخيار]:
146	[المُدَّة في بيع الخيار]:
146	[انتقال المَلِك والضَّمان في بيع الخيار]:
147	[الخلاف في لزوم بيع الخيار وانحلاله]:
147	[الخيار متوقَّف على رضا من اشترط الخيار]:
147	[سقوط الخيار مرتبط بنفاذ مُدَّتِه أو إمضائه]:
147	[بعض التَّصَرُّف في المبيع يدلُّ على الاختيار]:
147	[إدعاء البائع والمبتاع الفسخ والإمضاء]:
148	[الاختلاف في عقد البيع على اللزوم أو على الخيار]:
148	[نقل الخيار إلى الورثة والغرماء]:
148	[ضمان المبيع بالخيار إذا تلف زمن الخيار]:
149	[دية الأَمَّة في مُدَّة الخيار]:
149	[الخلاف في تبعيَّة الولد والتفريق بينه وبين أُمِّه في بيع الخيار]:
150	[تحديد الخيار بأكثر من ثلاثة أيام]:
150	[توقف بيع السِّلعة على خيار ومشاورة أجنبي]:
151	[اختلاط الشيء المبيع أو تَلَفُه في بيع الخيار]:
152	باب
152	العيوب في الحيوان والعروض
152	[حُكْم المبيع المَعِيب والأَرش فيه]:
153	[شراء العبد وعِتْقُه أو موته أو بيعه قبل العلم بالعيب]:
154	[التصَرُّف في المبيع بعد العلم بالعيب]:
154	[الأرَش في وطء الجارية المعيبة بكَرا كانت أو ثِيْبًا]:
155	[التصرف في المبيع بعد العلم بالعيب]:
155	[رُكُوب الدَابَّة اضطراراً بعد الاطلاع على العيب]:
155	[موت المشتري قبل ردِّ المبيع المَعِيب]:
155	[استعمال المبيع قبل العلم بالعيب]:

156	[أثر الهزال والسّمن في ردّ المبيع المعيب]:
156	[قطع المشتري للثوب المعيب قبل العلم بالعيب]:
156	[العيوب التي يُردُّ بها المبيع وأثرها في خيار الرّد]:
158	فصل.....
158	في عُهْدَةِ^(١) الرّقيق.....
158	[دليل مشروعيّتها والخلاف فيها]:
158	[مدّة العهدة وأنواعها]:
158	[البيع بالعهدة ينقل الملك دون الضّمان]:
159	[الخلاف في دخول الثلاث في عهدة السنة]:
159	[النّقْد في عُهْدَةِ الثلاث]:
159	[النّقْد في عُهْدَةِ السّنة]:
160	[النّفقة والخراج في عُهْدَةِ السّنة]:
160	[الخلاف في العهدين على عقد السّلم والنكاح والخلع]:
160	[العُهْدَةُ في الهبة والصّدقة والقَرْض]:
161	[استِثْراءُ الإمام في البيع].....
161	[بيع الأمة يستوجب استِثْراءها على البائع والمشتري]:
161	[استحباب وضع الأمة مدّة الاستِثْراء عند امرأة أمينة]:
161	[ظهور الحمل يمنع بيع الأمّة]:
161	[ائتمان البائع للمشتري على استِثْراء الأمّة]:
162	[موت المرأة في مدة استِثْراء مثلها ينقل الضّمان]:
162	[الجهل بموت الأمّة قبل الاستِثْراء أو بعده]:
162	[وطء البائع والمشتري للأمة في طهر واحد وأثر القافة في الاستلحاق والإرث]:
164	[البيع بالبراءة].....
164	[الخلاف في بيع البراءة والأصناف التي تباع بها]:
164	[بيع البراءة من العيوب عامّة]:
165	[حكم مال العبد عند بيعه].....
165	[أصل مال العبد]:
165	[مال العبد تابع له وصفة من صفاته]:

165	[كيفية التصرف في المدبّر وماله بعد موت سيّده]:
166	[جناية العبد على السيّد وعلى الأجنبي]:
166	[اشتراط المبتاع مال العبد]:
166	[حُكْم بَيْع الأُمة دون ولدها]
166	[الفرق بين البيع والهبة في جمع الأُمة ولدها في الملْك والحوز]:
167	[دليل النهي عن بيع الأم دون ولدها عامٌّ في الإماء وغيرهم]:
167	[دليل النَّهي عن التّفريق خاصٌّ بالأم دون الأب]:
167	[الخلاف في بطلان بيع الأُمة دون ولدها]:
168	[النهي عن التفرقة بين الأم ولدها مؤقّت]:
168	[التفريق بين الأُمة وصغير ادّعت أنه ولدها]:
169	[البيع الفاسد وما يترتب عليه]
169	[الخلاف في حقيقة البيع الفاسد]:
169	[أنواع البيع الفاسد]:
169	[الاختلاف في نقل الملك بالبيع الفاسد]:
170	[الدّلِيل على ردّ المثل أو القيمة في البيع الفاسد إذا فات المبيع]:
171	[من مُفَوّذات المبيع الفاسد حوالة الأسواق]:
171	[حوالة السوق في الدُّور والأراضي]:
171	[أثر حوالة السوق في البيع الفاسد والبيع الصحيح]:
171	[أثر حوالة السوق على ردّ المثل وتغير القيمة]:
172	[استحباب فسخ البيع المكروه]:
173	[بيع المُزايَدة والمُساومة والمُرابحة]
173	[بيع المزايدة]:
173	[بيع المساومة]:
173	[بيع المrabحة]:
173	[ما يُضم من تكلفة المبيع إلى الثمن وما لا يُضم]:
174	[السِّلعة في المrabحة يتبيّن أنّ ثمنها أقل أو أكثر ممّا ذُكر]:
176	كتاب
176	الإجارة

176	[بيع المنافع ضربان، جائز وممنوع]:
176	[الإجارة في القراض والمُساقاة استثناء من الإجارة المجهولة]:
176	[إجارة الصَّيرفيِّ الدَّنانير والدِّراهم]:
177	[حكم الإجارة]:
177	[الإجارة بالمُشاهدة والمدة المعلومة]:
177	[الاستئجار بالمدة المعلومة مُلزم لكرائها]:
178	[تقديم الأجرة في الإجارة]:
178	[تعدُّر الاستيفاء بغصب ونحوه مُسقط للأجرة]:
178	[الأجرة على أرض غرقت ولم ينبت زرعها]:
178	[تقديم الأجرة وتأخيرها في شيء مُعيَّن أو مضمون]:
179	[موت الأجير المعيَّن قبل تمام عمله]:
179	[موت أحد المتعاقدين في الإجارة]:
179	[المُسْتَأْجِر يكرى العين المُسْتَأْجَرة لغيره وما يطرأ عليها بسببه]:
180	[التجاوز في كراء الدابة بزيادة الحمل عليها]:
181	[كراء المكثري الدَّابة لغيره]:
181	[الجهالة في عقد الإجارة]:
181	[ضابط الأجرة الجائزة]:
181	[أجرة النَّسَاج بنصف الثَّوب أو بنصف الغزل]:
182	[تأخر قبض المبيع المعيَّن للانتفاع به]:
183	[الأجرة على تعلُّم القرآن على الحِذَاق والطبيب على البُراء]:
183	[الأجرة على إمامة الصَّلَاة والأذان]:
183	[الاكتفاء بالمنفعة قبل المدة والمسافة المتفق عليها]:
184	[الضَّمان في الإجارة]
184	[ضمان الأجير حمل الطَّعام]:
184	[ضمان الصَّنَّاع]:
185	[ضمان الرَّاعي وباقي الأجراء]:
186	[موت الظَّنر أو الرِّضيع وأثره على الإجارة]:
186	[هلاك العين المُسْتَأْجَرة السَّفينة والدَّابة وما حَمَلًا، وأثره على الإجارة]:
187	[بيع العين المُسْتَأْجَرة من المُكثري ومن غيره لا يفسخ الإجارة]:
188	[خطأ الأجير وإتلافه لما أُذن له في عمله]:

188	[الخلاف في أجرة الكراء للحجّ وما يفسخ منها وما لا يفسخ]:
189	[غصب المنفعة والتّعدي في الإجارة]:
190	[تضمين الصنّاع]:
192	باب
192	الجعالة
192	[حكم الجعالة]:
192	[الفرق بين الجعل والإجارة]:
193	[تصيير الجعالة إجارة]:
193	[لزوم عقد الجعالة بالشروع فيها]:
193	[جهالة الجعل والتقد في الجعالة]:
194	[استحقاق الأبق من يد موجد]:
194	[اختلاف الجعل وقدره باختلاف قدر العمل والألفاظ الدالة عليه]:
195	[الأجرة على حصاد الزرع وغيره بجزء منه]:
195	[الجعالة والقراض والمساواة مستثنون من الإجارة الفاسدة والمجهولة]:
197	كتاب
197	الشركة
197	[الدليل على مشروعيّتها]:
197	[أنواع الشركة وحقيقتها]:
198	[الرّبح والعمل على قدر المال]:
199	[شركة الأموال]:
199	[شركة الأبدان]:
201	كتاب
201	القسامة
201	[أصل القسامة وتعدّد الإشهاد على القتل]:
202	[الشهادة التي توجب القسامة والتي لا توجبها]:
202	[وجود القتل في قرية قوم ليس لوثاً]:
202	[عدد وصفة الأيمان وولاية الدّم في قتل العمد]:
203	[تكول أحد ولاية الدّم عن الحلف في قتل العمد]:

203	[عفو بعض الأقارب أو الأبعاد من العصبية في العمد]:
204	[حكم المدعى عليهم إذا نكلوا عن القسامة]:
204	[اختلاف العصبية الأبعاد مع الأم والبنت والأخت في القصاص والعفو]:
204	[تقسيم الدية بعد العفو عن القاتل ودخول الوصية فيها]:
205	[ما تُوجبه القسامة والبيّنة والإقرار من القتل]:
205	[اختلاف ولادة الدّم في دعوى القتل]:
206	[الخلاف في حكم الدية إذا بذل القاتل نفسه للقصاص]:
206	[منع القسامة في العبيد والإماء وأهل الذّمة والجراح]:
206	[حكم القسامة والقود في قتل قتل بين فئتين]:
207	[جبر الأيمان والكسور في قتل الخطأ وقسمتها على الورثة]:
208	[صفة اليمين ووقت القسامة]:
208	[حكم التّسمية وكشف القتل عن قتله عمداً أو خطأ قبل موته]:
208	[إقرار القاتل بعمده يُقتل به وبخطئه في الدية خلاف]:
209	[قتل العبد والذميّ عمداً أو خطأ لا يوجب القصاص]:
210	[قيمة جراح العبد]:
212	كتاب
212	الديات
212	[دية التغليظ والتخفيف وتقسيمها على أهل الإبل في العمد والخطأ]:
213	[الدية وتغليظها على أهل الذهب والورق]:
213	[دية الخطأ على العاقلة والعمد على القاتل]:
214	باب
214	دية الأعضاء
214	[ما تعقله العاقلة وما لا تعقله]:
214	[تنجيم الدية والقدر الذي تحمله العاقلة]:
215	[العاقلة التي تحمل الدية]:
215	[تقسيم الدية على العاقلة على قدر أحوالهم]:
216	[الدية في حال انعدام العصبية]:
216	[الاختلاف في دية المأمومة]:
217	باب

ترتيب الدية 217

- 217 [الأعضاء التي تُوجب الدية وتوجب الحُكُومَة]:
- 221 [كيفية تقويم الحُكُومَة]:
- 222 [قصاص المرأ من الرَّجُل ودية جراحها]:
- 222 [الدية أو القَوْد في سِنِّ الصَّبِيِّ]:
- 222 [دية ذهاب الصوت]:
- 222 [دية غير المسلم]:
- 223 [قتل المسلم بالكافر وبالمعاهد]:
- 223 [قتل الحر بالعبد وكيفية إثبات قتل العبد للحر]:
- 224 [قَطْعُ العبد والكتابي يَدَ الحر]:
- 224 [جناية الصبيِّ والسَّكران والمجنون]:
- 224 [القصاص من الأبوين لولدهما]:
- 225 [قتل الزوج والمعلم والحاكم للمجني عليه بشبهة التأديب]:
- 225 [التَّجاوز في القصاص]:
- 225 [القصاص من القاتل في الحَرَم]:
- 226 [المُثَلَّة بالجاني قبل القصاص منه]:
- 226 [المُسْتَحَقُّ للدية]:
- 226 [الاختلاف في توريث القاتل]:

فصل 228

[في كفارة القتل] 228

- 228 [الكفارة في قتل الخطأ والعمد ونوعها]:
- 229 [تعدّد الكفارة دون الدية بتعدّد الجناة]:
- 229 [دية الجنين]:

كتاب 232

الحدود 232

- 232 [شروط الإحصان الموجب للحد والأحكام المترتبة عليها]:

[حدّ الزَّنى] 234

- 234 [حدّ زنى الحرِّ البكر والتَّيِّب]:

234	[حكم التغريب للمرأة والعبد]:
235	[حدُّ زنى العبيد والإماء]:
235	[ما يقع به الزنى وما لا يقع]:
235	[الاختلاف في إفراد وتعّد الإقرار بالزنا الموجب للحد]:
236	[شروط الشهود على الزنا والرؤية الموجبة للحد]:
238	[ما يترتب على شك الشهود أو رجوعهم في شهادتهم]:
238	[درء حدِّ الزنا بالشبهات]:
240	[حكم المكروه والمكروه على الزنا]:
241	فصل
241	[حكم الحاكم بعلمه في الحكم وفي التجريح والتعديل]:
242	[حكم السيد على عبده وأمه وإقامته الحدّ عليهما بعلمه]:
242	[من فوائد مشاهدة حدِّ الزنا]:
242	[حكم اللواط]:
243	[نكاح المرأة في الدبر وما يترتب عليه من أحكام]:
243	[حكم إتيان البهيمة وما يترتب عليه]:
245	باب
245	حدّ القذف والخمر
245	[حدّ القذف وشروط المقذوف]:
245	[سقوط حدّ القذف]:
245	[حكم التصريح والتعريض ونفي الرجل والمرأة من نسبهما]:
246	[تكرار القذف وتعّد المقذوفين]:
246	[تكرار ما يجب الحدّ مع اختلاف الموجب واتّحاده]:
247	[الشفاة والعفو في الحدود]:
247	[الأسماء التي تحمل معنى الخمر وحكم شاربيها]:
249	[صفة الجلد]:
249	[حكم حدّ المرأة الحامل]:
250	باب
250	السَّرقة

250	[المقدار الموجب لحد السرقة]:
250	[الإخراج من الجزز سبب للقطع]:
251	[صفة القطع]:
251	[تقدير قيمة السرقة يوم الأخذ لا يوم الحد]:
251	[استشكالات مبنية على تقدير النصاب يوم الأخذ لا يوم الحد]:
252	[حقيقة الجزز وما يترتب عليه]:
252	[بعض الشبهات لا تدرك الحد]:
253	[أداء الشهادة قبل الطلب]:
253	[السرقة التي يجب فيها القطع والتي لا يجب]:
255	[حكم السارقين أحدهما أسفل الجزز والآخر أعلاه]:
255	[حكم الجماعة إذا اشتركوا في السرقة]:
256	[حكم السارق يرجع عن إقراره بالسرقة]:
256	[ضمان المال المسروق]:
257	[سرقة شيء من الكعبة أو المساجد]:
258	[سرقة متاع الصبي أو حليته]:
258	[سرقة عبد الزوج من مال امرأته والعكس]:
258	[إقرار العبد بارتكاب ما يُوجب العقوبة]:
260	باب
260	حد الردة
260	[أصل الردة وما يبطل بسببها]:
260	[مال المرتد]:
260	[حكم المرتدة والإكراه على الكفر]:
261	[الحكمة من قتل المرتد]:
261	[انتقال الكافر إلى ملة غير الإسلام]:
262	[حكم الردديق]:
262	[حكم السحر]:
262	[حكم من سب الله ورسوله]:
262	[أهل الأهواء وإنكارهم لما عليه أهل السنة]:
263	[حكم المحارب]:
264	[توبة المحارب والاعتداء عليه]:

264	[قَتْلُ الْمُحَارِبِ بِالْعَبْدِ وَالْكَافِر]:
264	[قَتْلُ الْإِصْنَ]:
265	كتاب
265	الشَّهَادَات
265	[شهادة الخصم والظنين والوالد لولده والعكس]:
265	[شهادة الرَّجُل لامراته ولابنها ولزوج بنته]
266	[شهادة العبد وأصحاب الحرف الدنية]:
267	[شهادة الابن لأُمِّه على أبيه والعكس]:
267	[شهادة الوصيِّ والصديق والسائل والأخ والقريب]:
269	[شهادة الرَّجُل على الرَّجُل بجزء من المال له]:
269	[شهادة الموصى له على الوصيَّة]:
270	[شهادة الأعمى]:
270	[شهادة الأخرس]:
270	[شهادة ولد الزنا]:
271	[شهادة العبد والصغير والمُشْرِك والفاسق]:
272	[شهادة النِّساء]:
273	[شهادة اليهود والنصارى]:
274	[الحُكْم بالشَّاهد مع اليمين]:
274	[الحُكْم بالشَّاهد والتَّكْوِيل]:
274	[القصاص بالشَّاهد واليمين]:
275	[شهادة النِّساء بعضهم على بعض]:
276	باب
276	التَّعْدِيل ^(١)
276	[العدالة والرِّضا شرط في قبول الشَّهادة]:
276	[اقتصار الحاكم على علمه في التَّركية]:
277	[المُرَكَّبِي يُصِيبُهُ الْقَاضِي لِنَقْدِ أَحْوَالِ الشُّهُود]:
277	[الاكتفاء بالشَّاهد أو الشَّاهدين في مسائل مختلفة]:
278	[النَّدْب لإجابة الدَّعوة للتَّركية]:
278	[تعارض شهادتين واحدة بالتَّجريح وأخرى بالتَّعديل]:

278	[الشَّهَادَةُ عَلَى شَهَادَةِ الشُّهُود]:
279	[سقوط الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ]:
279	[الرَّجُوعُ عَنِ الشَّهَادَةِ وَمَا يَتَرَبَّ عَلَيْهِ]:
280	[الرَّجُوعُ عَنِ الشَّهَادَةِ بِالْقَتْلِ]:
280	[الرَّجُوعُ عَنِ الشَّهَادَةِ بِالطَّلَاقِ]:
281	[تَوْبَةُ الْفَاسِقِ بِتَكْذِيبِ نَفْسِهِ لِلشَّهَادَةِ]:
281	[الرَّجُوعُ عَنِ الشَّهَادَةِ بِالْعِتْقِ]:
281	[الرَّجُوعُ عَنِ الشَّهَادَةِ عَلَى حُرِّ بِالرَّقِّ]:
282	[مَسَائِلُ فِي الرَّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ بِالطَّلَاقِ وَالْعِتْقِ وَالْكِتَابَةِ]:
283	[رَدُّ شَهَادَةِ الشَّاهِدِ الْوَاحِدِ عَلَى الْعِتْقِ وَمَا يَتَرَتَّبُ عَلَيْهَا]:
285	كتاب الأقضية
285	[الدَّعْوَى مِنَ الْمُتَدَاعِيَيْنِ بِدُونِ بَيِّنَةٍ]:
285	[الدَّعْوَى مَعَ حَوْزِ أَحَدِ الْمُتَدَاعِيَيْنِ]:
286	[إِقَامَةُ الدَّعْوَى بِالْبَيِّنَةِ وَتَعَارُضُ الْبَيِّنَتَيْنِ]:
287	[تَوْجِيهِ الْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ]:
287	[صِفَةُ الْخُلْطَةِ الَّتِي تُشْتَرَطُ فِي تَوْجُّهِ الْيَمِينِ]:
288	[صِفَةُ الْيَمِينِ فِي الْحُقُوقِ]:
288	[تَغْلِيظُ الْيَمِينِ بِالْمَكَانِ وَالزَّمَانِ]:
289	[خُرُوجُ الْمَرْأَةِ لِأَدَاءِ الْيَمِينِ]:
289	[صِفَةُ يَمِينِ الْيَهُودِ وَالنَّصَارَى وَالْمَجُوسِ وَتَغْلِيظُهَا عَلَيْهِمُ بِالْمَكَانِ]:
289	[تَوْجُّهُ الْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَعَ بَيِّنَتِهِ]:
290	[انْتِقَالُ الْيَمِينِ إِلَى وَرَثَةِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ]:
291	[الْخِلَافُ فِي تَأْخُرِ الْبَيِّنَةِ بَعْدَ حَلْفِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ]:
291	[حُكْمُ الْحَاكِمِ بَعْلَمَهُ قَبْلَ الْوَلَايَةِ وَبَعْدَهَا]:
292	[شَهَادَةُ الْحَاكِمِ عِنْدَ حَاكِمٍ آخَرَ]:
292	[اسْتِحْبَابُ حُضُورِ الشُّهُودِ لِسَمَاعِ الْخُصُومِ]:
292	[إِنْكَارُ الْحَاكِمِ لِحُكْمِهِ]:
293	[رَدُّ حُكْمِ الْحَاكِمِ بِإِنْكَارِ الْمَحْكُومِ عَلَيْهِ لِلْحُكْمِ]:
293	[سُقُوطُ شَهَادَةِ الْفَرْعِ بِشَهَادَةِ الْأَصْلِ]:
293	[كِتَابَةُ الْحَاكِمِ لِحَاكِمٍ آخَرَ فِي حَكْمٍ لَا تَتَبَتُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ]:

294	[الشَّهَادَةُ عَلَى الْخَطِّ، وَكِتَابُ الْحَاكِم]:
294	[التَّفْصِيلُ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الْخَطِّ]:
295	[الْاِخْتِلَافُ وَالتَّعْلِيلُ فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الْخَطِّ مَعَ الْيَمِينِ]:
296	[عُقُوبَةُ الْحَبْسِ لِأَجْلِ الْمُطَاعَلَةِ فِي الْحُقُوقِ]:
297	[مُتَابَعَةُ الْحَاكِمِ لِحَالِ الْمَحْبُوسِينَ]:
297	[التَّزَامُ الْخَصْمَيْنِ بِحُكْمٍ مِنْ حُكْمَاهُ بَيْنَهُمَا]:
297	[الْفَرْقُ بَيْنَ الْحَاكِمِ الْمُحْتَدِّ وَالْمُقَدِّ]:
298	[أَثَرُ تَحْكِيمِ الشَّهَادَةِ وَتَحْكِيمِ غَيْرِ الْقَاضِي فِي الْحُكْمِ]:
298	[تَوْثِيقُ الْحُقُوقِ]:
299	[أُجْرَةُ الْكَاتِبِ وَالْقَاسِمِ]:
299	[الْحُكْمُ عَلَى الْغَائِبِ فِي سَائِرِ الْحَقُوقِ]:
302	كِتَابُ التَّفْلِيسِ
302	[حُضُورُ الْمُفْلِسِ وَغِيَابِهِ]:
302	[الدَّلِيلُ عَلَى خُلُولِ دَيْنِ الْمُفْلِسِ وَالْمَيِّتِ]:
303	[اِخْتِصَاصُ الْبَائِعِ بِسِلْعَتِهِ الْمَوْجُودَةِ عِنْدَ الْمُفْلِسِ]:
304	[قَبْضُ الْبَائِعِ جُزْءًا مِنْ ثَمَنِ عِبْدَيْنِ وَإِفْلَاسُ الْمُشْتَرِي بَعْدَ فَوْتِ أَحَدِهِمَا]:
305	[لِلْبَائِعِ الثَّمَنُ كُلُّهُ فِي بَيْعِ أَمَةٍ وَلَدَتْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فَمَاتَتْ أَوْ مَاتَ الْوَلَدُ]:
305	[حُكْمُ الْبَائِعِ فِي اخْتِذِ أَمْتِهِ أَوْ وَلَدِهَا حَالِ الْمَوْتِ أَوْ الْبَيْعِ]:
305	[اِخْتِلَاطُ الدَّائِنِ بِمِثْلِهَا عِنْدَ الْمُفْلِسِ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ لِلْبَائِعِ]:
306	[اِخْتِلَاطُ الزَّيْتِ عِنْدَ الْمُفْلِسِ قَبْلَ نَقْدِ الثَّمَنِ لِلْبَائِعِ]:
306	[النَّفَرَقَةُ فِي الْحَدِيثِ بَيْنَ الْمُفْلِسِ وَالْمَيِّتِ بِوُجُودِ السِّلْعَةِ عِنْدَهُمَا]:
306	[وُجُودُ مَالِ الْمُفْرَضِ عِنْدَ الْمُفْتَرَضِ الْمُفْلِسِ]:
307	[حَقُّ الْبَائِعِ فِي سِلْعَتِهِ عِنْدَ الْمُشْتَرِي وَإِنْ لَمْ يَقْبِضْهَا حَتَّى مَاتَ الْمُشْتَرِي]:
307	[الْاِخْتِلَافُ فِي ضَمَانِ مَالِ الْمُفْلِسِ قَبْلَ بَيْعِهِ وَبَعْدَهُ]:
308	[تَوْجِيهِ اِخْتِلَافِ الرِّوَايَاتِ فِي ضَمَانِ مَالِ الْمُفْلِسِ]:
309	[الصَّنَاعُ كَالْبَائِعِ أَحَقُّ بِسِلْعَتِهِ مِنَ الْغَرَمَاءِ بِالْمَوْتِ أَوْ الْإِفْلَاسِ]:
309	[صَاحِبُ الْأَرْضِ أَحَقُّ بِالزَّرْعِ مِنَ الْغَرَمَاءِ بِالْمَوْتِ أَوْ الْإِفْلَاسِ]:
309	[رَبُّ الدَّارِ أَحَقُّ بِبَاقِي الْأَجْرَةِ بِمَوْتِ الْمُكْتَرِي أَوْ الْإِفْلَاسِ]:
310	[الْفَرْقُ بَيْنَ الْحَمَّالِ وَالصَّنَاعِ وَبَيْنَ الرَّاعِي وَالْحَارِسِ فِي إِفْلَاسِ رَبِّ الْمَالِ]:
310	[حُكْمُ الصَّدَاقِ إِذَا أَفْلَسَ الزَّوْجُ أَوْ مَاتَ]:

- 311[حُكْمُ إقْرَارِ الْمُفْلِسِ بِإِدْخَالِ دَائِنٍ عَلَى الْغُرْمَاءِ بَعْدَ فُلْسِهِ]:
- 311[يَبِيعُ الْمُفْلِسُ بَعْدَ إِفْلَاسِهِ وَقَبْلَ الْحَجْرِ عَلَيْهِ]:
- 311[هَبَةُ الْمُفْلِسِ وَصَدَقَتُهُ وَعَثْقُهُ]:
- 312[عَثَقٌ وَهَبَةٌ وَصَدَقَةُ الْمُدْيَانِ]:
- 312[حُكْمُ رَهْنِ الْمُفْلِسِ وَقَضَاءُ بَعْضِ الْغُرْمَاءِ]:
- 312[حُكْمُ مُحَاصَصَةِ السَّيِّدِ غُرْمَاءَ عَبْدِهِ إِذَا أَعْتَقَهُ عَلَى مَالٍ فَأَفْلَسَ]:
- 313[الْمُقْرِضُ لِأَحْيَاءِ الزَّرْعِ أَوْلَى بِهِ مِنْ بَاقِيِ الْغُرْمَاءِ إِذَا أَفْلَسَ الْمُقْرِضُ]:
- 313[تَعَدُّدُ الْإِفْلَاسِ وَتَعَدُّدُ الْغُرْمَاءِ]:
- 314[تِجَارَةُ الْعَبْدِ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ وَإِتْبَاعُ الْغُرْمَاءِ لَهُ بِالْإِفْلَاسِ]:
- 315[مُدَايِنَةُ السَّيِّدِ لِلْعَبْدِ وَأُسُوتُهُ لِلْغُرْمَاءِ بِإِفْلَاسِ الْعَبْدِ]:
- 316.....كتاب الرَّهْنِ^(١)**
- 316[لَا يَتَعَلَّقُ الرَّهْنُ بِحَقُوقِ الْأَبْدَانِ]:
- 316[اشْتِرَاطُ الرَّهْنِ فِي الْبَيْعِ وَتَقَدُّمُهُ عَلَيْهِ]:
- 316[لُزُومُ الْمُشْتَرِي دَفْعَ الرَّهْنِ إِذَا اشْتَرَطَ عَلَيْهِ بَعِيْنَهُ]:
- 316[حُكْمُ إِجْبَارِ الْمُشْتَرِي عَلَى دَفْعِ الرَّهْنِ الْمُطْلَقِ]:
- 317[رَهْنُ السِّلْعَةِ الْمُبَاعَاةِ]:
- 317[ضَمَانُ الرَّهْنِ]:
- 319[مَا يَنْدَرُجُ فِي الرَّهْنِ بِشَرْطٍ وَبِغَيْرِ شَرْطٍ]:
- 320[حُكْمُ رَهْنِ الْعَرَرِ]:
- 321[نَفَقَةُ الرَّهْنِ وَحُكْمُ اشْتِرَاطِ الْإِنْتِفَاعِ بِالرَّهْنِ]:
- 321[حُكْمُ انْدِرَاجِ مَالِ الْعَبْدِ مَعَهُ فِي الرَّهْنِ]:
- 322[الْمُرْتَهَنُ أَحَقُّ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ مِنْ غُرْمَاءِ سَيِّدِهِ]:
- 322[وَطْءُ الْعَبْدِ لِأَمْتِهِ الَّتِي رَهْنَهَا سَيِّدُهُ بِإِذْنِ الْمُرْتَهَنِ وَبِدُونِهِ]:
- 322[وَطْءُ الرَّاهِنِ لِأَمْتِهِ الْمَرْهُونَةِ بِإِذْنِ الْمُرْتَهَنِ وَبِدُونِهِ]:
- 323[وَطْءُ الْأَمَةِ الْمَرْهُونَةِ غَيْرِ الْمَمْنُوعَةِ مِنَ النَّصْرِفِ]:
- 323[وَطْءُ الْمُرْتَهَنِ لِلْأَمَةِ الْمَرْهُونَةِ]:
- 323[حُكْمُ إِحْلَالِ السَّيِّدِ أَمْتَهُ لِلْمُرْتَهَنِ وَمَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ]:
- 324[رَهْنُ الدَّارِ الْمُؤَجَّرَةِ]:
- 324[رَهْنُ الْمُشَاعِ]:
- 325[حُكْمُ مُسَاقَاةِ الْخَائِطِ ثُمَّ رَهْنِهِ]:

325	[قِسْمَةُ الرَّهْنِ بَيْنَ حَقَّيْنِ وَتَقَدُّمُ الْأَوَّلِ عَلَى الثَّانِي]:
327	[تِمَامُ الرَّهْنِ بِالْقَبْضِ وَالْأَوَّلُ لَوَيْةُ لِلْغَرَمَاءِ بِانْقِطَاعِ الْحِيزَةِ]:
327	[رَدُّ الرَّهْنِ لِرَبِّهِ بَعَارِيَّةً أَوْ إِجَارَةً يُبْطِلُ الرَّهْنَ]:
328	[قِيَمَةُ الرَّهْنِ أَكْثَرُ أَوْ أَقَلُّ مِنَ الْحَقِّ يَتَلَفُ عِنْدَ الْمُرْتَهِنِ]:
328	[تَدَاوِي الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ فِي رَدِّ الرَّهْنِ وَاسْتِئْذَالِهِ]:
329	[حُوزُ السِّلْعَةِ وَإِدْعَاءُ رَهْنِهَا مَعَ إِنكَارِ صَاحِبِهَا]:
329	[إِدْعَاءُ تَلَفِ الرَّهْنِ وَالْاِخْتِلَافُ فِي صِفَتِهِ وَقِيَمَتِهِ]:
329	[الْجَهْلُ بِقِيَمَةِ الرَّهْنِ]:
330	[اِخْتِلَافُ الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ فِي قَدْرِ الْحَقِّ]:
331	[بَيْعُ الْمُرْتَهِنِ لِلرَّهْنِ]:
331	[تَوَكِيلُ الرَّاهِنِ لِلْمُرْتَهِنِ فِي بَيْعِ الرَّهْنِ]:
332	[تَوَكِيلُ غَيْرِ الْمُرْتَهِنِ لِبَيْعِ الرَّهْنِ]:
332	[تَعَدُّدُ الْحَقَّيْنِ وَالاِخْتِلَافُ الرَّاهِنِ وَالْمُرْتَهِنِ فِيمَا يَقَابِلُ الْحَقَّيْنِ مِنَ الرَّهْنِ]:
332	[يُتَمَنَعُ اقْتِضَاءُ جُزْءٍ مِنَ الرَّهْنِ مَقَابِلَ قِضَاءِ جُزْءٍ مِنَ الْحَقِّ]:
333	[رَهْنٌ مَا فَضَلَ مِنَ الرَّهْنِ لِدَائِنِ ثَانٍ]:
334	[بَيْعُ الرَّاهِنِ الرَّهْنِ]:
334	[رَهْنُ الشَّرِيكِ نَصِيبِهِ وَاسْتِئْجَارُ نَصِيبِ شَرِيكِهِ]:
335	فصل.....
335	في الْحَجَرِ (١)
335	[أَنْوَاعُ الْحَجَرِ]:
335	[الْحَجَرُ عَلَى الصَّغِيرِ وَالسَّفِيهِ]:
335	[الْحَجَرُ عَلَى الْفَاسِقِ]:
336	[سَقْفُ الْكَبِيرِ]:
336	[الْحَجَرُ عَلَى هَبَةِ الزَّوْجَةِ فِي مَا زَادَ عَلَى ثَلَاثَ مَالِهَا]:
337	[بَيْعُ الْمَرْأَةِ وَشَرَاؤها بِغَيْرِ إِذْنِ زَوْجِهَا]:
337	[مَوْتُ الزَّوْجِ وَعِلْمُهُ بَعْدَ الطَّلَاقِ بِالْهَبَةِ بِأَكْثَرِ مِنَ الثَّلَاثِ لَا يَمْنَعُ نَفَاذَهَا]:
338	[اسْتِدَانَةُ السَّفِيهِ الْمَحْجُورِ عَلَيْهِ وَمَعَامَلَتُهُ]:
339	[تَصْدِيقُ الْوَصِيِّ وَالْوَلِيِّ فِي النِّفْقَةِ]:
339	[تَصْدِيقُ الْوَصِيِّ وَالْوَلِيِّ فِي رَدِّ الْمَالِ لِلْمَحْجُورِ]:
339	[الضَّمَانُ وَالتَّجَارَةُ بِمَالِ الْيَتِيمِ]:

340	[اختلاط نفقة الوصي بنفقة اليتيم]:
340	[تأديب اليتيم]:
340	[النَّفَقَةُ على أُمِّ اليتيم وإخراجُ الزكاة والأضحية من ماله]:
341	باب
341	الْعَارِيَّةُ^(١)
341	[تعريفها وما يترتب عليه من أحكام]:
341	[أصل مشروعيته]:
341	[ضمان العارية]:
342	[المضمون وغير المضمون من العارية]:
343	[حُكْمُ الرجوع في العارية]:
343	[حكم البناء في الأرض المُستَعارة وما يترتب عليه]:
345	[حُكْمُ إعارَةِ المُستَعِيرِ وكِرَائِهِ للعارية]:
345	[ما يترتب على تَعَدِّي المُستَعِيرِ وَضِياعِ المُستَعَارِ]:
346	كتاب
346	الْوَدِيعَةُ
346	[دليلها]:
346	[ضمانُ الوديعة في التَّلَفِ وعدم الرَّدِّ]:
347	[المُودَعُ يُودِعُ الوديعة لغيره أو في غير مَنْزِلِهِ مخالفاً قصد المودِعِ]:
348	[تلف الوديعة من المودِعِ بالنَّفَقَةِ أو بنقلها لما يحفظ فيه ماله]:
349	[النَّفَقَةُ من الوديعة والتجارة فيها بغير إذن ربِّها]:
349	[غِيَابُ رَبِّ الوديعة عند الرَّدِّ]:
350	باب
350	الْقُطْعَةُ
350	[دليلها والتفريق بينها وبين لقطة مكة]:
350	[التَّعْرِيفُ بالقُطْعَةِ ذاتِ البَالِ]:
351	[ضمان القُطْعَةِ]:
351	[حكم الالتقاط]:
352	[المكان المناسب للتعريف بها ورَدُّها لمكانها]:

352	[تصرفُ العبدُ في اللُّقطة قبل السَّنة وبعدها]:
354	باب
354	الآبِق
354	[النَّفقة على العبد الآبق بعد الظَّفَر به]:
355	[إرسال العبد بعد أخذه بسبب الإباق وعِظَم النَّفَقَة]:
355	[الجعالة على إيجاد الآبق تلزم بالشرُّوع في العمل]:
355	[حُكْمُ بَيْعِ الآبق إذا تعدَّر وُجودُ طالبيه]:
356	[جهالة الجُعْل تُفسد الجعالة]:
356	[حكم الأجرة للمُنَبَّرِع في طلب الآبق]:
357	[فائدة السَّنة في التعرِيف بالشيء الضَّائع]:
357	[حكم حَوَظِ الآبق والشيء الضَّائع لأصحابه]:
357	[سقوط النَّفَقَة مع الجُعْل]:
357	[إرسال الآبق للغُدر]:
357	[سرقة الآبق لا تُسقط أَجْرَة طالبيه]:
359	باب
359	العَصَب
359	[تعريفه]:
359	[الدَّليل على ضَمَانِ المغصوب وغُرْمه]:
359	[وقت ضمان قيمة المغصوب]:
360	[ضمان المِثْل في الشيء المغصوب]:
360	[الخلاف في قبض القيمة أو انتظار المِثْل إلى حين وجوده]:
361	[ضمان نَقْصِ القيمة بسبب غَيْبِ وتغيُّر السُّوق]:
362	[الخيار بين الفسخ والإجازة في بَيْعِ المَغْصُوب]:
362	[الرُّجوع على الغاصب أو المُبْتَاع بعد بيع المغصوب]:
363	[استغلال الشيء المغصوب ورُدُّ غَلْتِه]:
364	[حُكْمُ البناء في الأرض المغصوبة وما يترتَّب عليه]:
364	[تقويم المغصوب مقتصرٌ على ما فيه منفعة]:
365	[حكم البناء على الخشبة المغصوبة وما يترتَّب عليه]:
365	[عَصَبُ الشَّاةِ وذَبْحُها وما يترتَّب عليه]:

- 366[غَصَبُ الْغَزْلِ وَنَسْجُهُ وَمَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ]:
- 366[غَصَبُ الْجُلْدِ وَالزَّرْعِ وَفَوَائِهُ وَمَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ]:
- 366[غصب الذهب والبيض وفوتهما بالصنعة وخروج الفراخ]:
- 367[الخلاف في ردّ عين الدّراهم المغصوبة أو مثلها]:
- 367[غَصَبُ الْأَرْضِ وَزَرَاْعَتِهَا وَمَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهَا]:
- 368[غَصَبُ الثَّوْبِ وَلُبْسُهُ وَمَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ]:
- 369[غَصَبُ الْأَمَةِ وَوِطْؤُهَا وَمَا يَتَرْتَّبُ عَلَيْهِ]:
- 370[غَصَبُ الْعَبْدِ وَقَتْلُهُ مِنْ غَيْرِ الْغَاصِبِ]:
- 370[قَتْلُ الْعَبْدِ مِنَ الْغَاصِبِ]:
- 371[غَصَبُ الثَّوْبِ وَصَبْغُهُ بِمَا يَغْيِرُ ثَمَنَهُ]:

باب 372

372 الاستحقاق^(١) والعمران

- 372[استحقاق الأرض بعد زرعها والبناء فيها]:
- 373[استحقاق الشيء لا يقتضي ردّ غلّته]:
- 373[ضمان ما أفسدته المواشي من الرُّرُوعِ وَالنِّمَارِ]:
- 375[ضمان ما أفسدته المواشي من الأموال كالنُّفُوسِ وَالْغُرُوضِ]:
- 375[استحقاق الأمّة بعد أن تلد من مشترئها]:
- 376[موت أولاد الأمّة قبل الحكم بالقيمة]:
- 376[استحقاق قيمة الولد من الأب المُعْسِرِ]:
- 376[قتل ولد الأمّة قبل استحقاق قيمته]:
- 377[استحقاق الأمّة بعد زواجها وإدّعائها الحرّية]:
- 377[استحقاق الأمّة بعد زواجها وإدّعائها الحرّية]:
- 378[تقويم ولد الأمّة بعد موت السيّد]:
- 378[استحقاق المدبرة والمكاتبّة وتقويمهما]:
- 378[الجنابة والتّعدي على الدّوابّ]:

باب 379

379 الحَمَالَة^(٢) وَالْحَوَالَة

- 379[مشروعية الحَمَالَة]:
- 379[أقسام الحَمَالَة]:

379	[الكفالة في غير الحقوق الماليّة]:
379	[كفالة المُكاتب في أداء كتابته]:
380	[ضمان المعلوم والمجهول]:
381	[ضمان المال بإذن المضمون عنه وبدونه]:
381	[اختلاف الدائن والمدين في المضمون من الحَقَّين]:
382	[موت الضَّامن قبل حلول الدَّين]:
383	[موت المضمون عنه قبل حلول الأجل]:
383	[ضمان الوَجْه]:
384	[كفالة الشَّيء المجهول]:
385	[الحَوَالَة]
385	[أصل الحوالة]:
385	[تعريف الحوالة والفرق بينها وبين الحَمْل والحَمَالَة]:
385	[شروط الحوالة]:
388	باب
388	الصُّلْح
388	[أنواع الصُّلْح]:
388	[حَمْل الصُّلْح على عقد البيع]:
389	[المصالحة على الدَّين الحال بإسقاط بعضه وتأخير بعضه]:
389	[المصالحة على الدَّين غير الحال بإسقاط بعضه وتعجيل بعضه]:
389	[المصالحة على الدَّين غير الحال بإسقاط بعضه وتأخير بعضه]:
389	[المصالحة على الدَّين غير الحال بتعجيل بعضه وتأخير الباقي]:
389	[المصالحة بالذَّهَب على مَنْ عليه وَرَق]:
390	[لزوم المُصَالحة]:
391	باب
391	المَرَافِق
391	[مشروعية الإخياء وطريقة حَوْزه]:
391	[إخياء المَوَات القريب والبعيد من العمارة]:
392	[حَدُّ حريم الآبار وتخصيصُ المُباح لمن سبق إليه]:

393	[حكم الصَّيْد يُصَاد مَرَّتَيْن]:
394	[استحباب التَّعَاوُن فِي الْمَرَافِقِ وَالْبُنْيَان]
394	[غرز الخشبة وغيرها في جدار الجار]:
394	[فتح الكُوَّة على الجار]:
395	[منع الجار الشَّمْس والهواء بإعلاء الجدار]:
395	[بناء وصيانة الحائط المشترك والتَّصَرُّف فيه]:
395	[إصلاح البئر المشتركة]:
396	[إصلاح مَسِيل الماء على سطح غيره]:
396	[إصلاح ساقية الماء والتَّهْر من بستان غيره]:
396	[إصلاح الأسفل والأعلى من البناء بين الشريكين]:
396	[بَذْل الماء لصاحب الزَّرْع إذا غارت بئرُه]:
397	باب
397	في طَرَح السُّفْن
397	[طرح الإنسان من المَرْكَب لخوف الغرق]:
397	[طرح المتاع من المَرْكَب لخوف الغرق]:
397	[ضمان المتاع المطروح من المَرْكَب لخوف الغرق]:
398	[ضمان حلِّ المَرَاجِب المشدودة ببعضها واصطدامها]:
398	[اصطدام الفرسين والضَّمان المترتَّب عليه]:
399	كتاب
399	الوَكَالَة (١)
399	[دليل مشروعيَّتها]:
399	[الجانز والممنوع منها]:
399	[ضمان الوكيل في البيع والشراء]:
400	[إقرار الوكيل بقبض الحقِّ لا ينفذ الغريم شيئاً]:
401	[توكيل القريب نفسه عن الغائب للخصومة]:
401	[البيع والشراء بعد موت المُوَكَّل]:
402	[تصرُّف الوكيل المفوَّض وخلعه وما يترتَّب عليه]:
402	[التَّجَاوُز والتَّأخير في الأجل خاصٌّ بالوكيل المفوَّض]:

402	[تَصْرُفُ الْمُوَكَّلِ وَالْوَكِيلِ فِي أَنْ وَاحِدٍ]:
403	[مَخَالَفَةُ الْوَكِيلِ فِي تَصْرُفِهِ لِغَيْرِ مَا يُشْبِهُ الْمُعْتَادَ]:
404	[تَوَكِيلُ الْعَبْدِ وَالنَّصْرَانِيِّ وَالْإِتِّبَاعَ مِنْهُمَا]:
405	[مُعَامَلَةُ الظَّلَمَةِ فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ]:
406	كِتَابُ.....
406	الْقِسْمَةُ (١).....
406	[مَشْرُوعِيَّتُهَا وَأَنْوَاعُهَا]:
406	[قِسْمَةُ الْأَمْوَالِ الْمُشْتَرَكَةِ]
407	[حُكْمُ مَا لَا يَنْقَسِمُ مِنَ الْأَمْوَالِ]:
407	[ضَمُّ الْمُتَقَارِبِ وَتَفْرِيقُ الْمُتَقَاوِتِ فِي الْقِسْمَةِ]:
408	[الْقِسْمَةُ عَلَى السِّهَامِ]:
408	[الْجَمْعُ فِي الْقِرْعَةِ بَيْنَ اثْنَيْنِ فِي حَصَّةٍ وَاحِدَةٍ]:
409	[أُجْرَةُ الْقَاسِمِ عَلَى عَدَدِ الرُّؤُوسِ]:
409	[الِاخْتِلَافُ فِي الْجِهَاتِ الْمَطْلُوبِ الْقِرْعَةَ فِيهَا]:
409	[مَا لَا يَنْقَسِمُ]:
409	[الْقِسْمَةُ بَيْنَ الْوَرِثَةِ]:
410	[قِسْمَةُ الْحَمَامِ]:
411	كِتَابُ.....
411	الشُّفْعَةُ.....
411	[أَصْلُهَا وَمَشْرُوعِيَّتُهَا وَلِمَنْ تَجِبُ وَفِيمَا تَكُونُ]:
412	[الشُّفْعَةُ عَلَى قَدْرِ الْأَنْصِبَاءِ]:
413	[قَدْرُ الشُّفْعَةِ بَيْنَ أَهْلِ الْمِيرَاثِ وَالْأَجَانِبِ]:
413	[الشُّفْعَةُ فِي السَّهْمِ الْمَوْهُوبِ]:
413	[الشُّفْعَةُ فِي سَهْمِ دُفْعٍ فِي صَدَاقٍ]:
414	[الشُّفْعَةُ فِي سَهْمِ صَوْلِحٍ بِهِ عَلَى دَمٍ عَمْدٍ]:
414	[الشُّفْعَةُ فِي سَهْمِ صَوْلِحٍ بِهِ عَلَى دَمٍ خَطَأً]:
414	[الشُّفْعَةُ فِي الثَّمَرَةِ]:
414	[بَيْعُ مَا شَفَعَةَ فِيهِ وَمَا لَا شَفْعَةَ فِيهِ فِي صَفْقَةٍ وَاحِدَةٍ]:
414	[مَنْعُ الشَّفْعِ مِنْ تَجْزِئَةِ السَّهْمِ الْمُبَاعِ]:

415	[غياب بعض الشُّعَاء ليس مبرراً لتجزئة الصَّفقة]:
415	[عُهْدَةُ الشَّفِيعِ الغائب]:
415	[البَيِّنَةُ الدَّالَّةُ عَلَى سقوط الشُّعْعة]:
416	[حكم هبة الشُّعْعة قبل وجوبها]:
416	[شهادة الشَّفِيعِ عَلَى البيع لَا تُسْقِطُ شُفْعَتَهُ]:
416	[عُهْدَةُ الشَّفِيعِ الحاضر]:
416	[إنكار المشتري للبيع مع يمينه يسقط الشُّعْعة]:
417	[الإقالة من المُشْتَرِي لَا تسقط الشُّعْعة]:
417	[حكم الشُّعْعة والعُهْدَةُ مع تعدُّ الصفقات]:
417	[انتظار المشتري للشَّفِيعِ مُدَّةً لإحضار المال]:
419	[حقيقة الحُبْسِ والصدقة والهبة]:
419	[زكاة الوقف]:
419	[الخلاف في انتقال مُلْكِيَّةِ رِقْبَةِ الوقف]:
420	[الحوز شرط لإتمام الوقف]:
420	[إطلاق لفظ الحُبْسِ وحكمه]:
421	[تأبيد الحبس يرجع إلى لفظ المُوقَّف]:
421	[الفرق بين لفظ الصَّدَقَةِ ولفظ الحُبْسِ ولفظ الوقف]:
422	[إتمام الوقف متوقَّفٌ عَلَى القبض]:
422	[الوقف حال المرض عَلَى الورثة وَعَلَى الأَجَانِبِ]:
422	[حيازة المُحْبَسِ عَلَى ولده الصَّغِيرِ لَهُ]:
423	[موت أحد الأشخاص الموقوف عليهم وتقسيم نصيبه]:
423	[تَحْبِيسُ السَّكَنِ والوصِيَّةُ بالنَّفَقَةِ لِأَجَلٍ مُّحَدَّدٍ]:
423	[بَيْعُ الحُبْسِ]:
424	[حُبْسُ الحيوان واليَّمَارِ والزَّكَاةُ فِيهِمَا]:
424	[تَحْبِيسُ البيوت وإقامة المُحْبَسِ فِي جزءٍ مِنْهَا]:
425	باب
425	الصَّدَقَةُ
425	[الصَّدَقَةُ لازمةٌ بالقول وتَمَامُهَا بالقبض]:
425	[تَصَدَّقُ الأبُ عَلَى ابنه الصَّغِيرِ وحيازته لَهُ]:
425	[الرُّجُوعُ فِي الصَّدَقَةِ اختياراً أَوْ جَبْراً]:

426	[تصدق الأب على ابنه الصغير بالمشاع وبغير المعين]:
427	باب
427	الهبة
427	[لزوم الهبة بالقول والبينة]:
427	[إنكار الواهب للهبة]:
427	[موت الواهب قبل قبض الهبة]:
428	[اعتصار الوالدين في الهبة]:
428	[موانع الاعتصار]:
429	[هبة الثواب]:
429	[تمييز هبة الثواب عن غيرها عند الاختلاف]:
429	[حكم تخصيص الهبة لبعض الأولاد دون بعض]:
430	[صدق المرء بماله كله]:
431	باب
431	الوصية
431	[دليل مشروعيتهما والترغيب فيها]:
431	[تفسير الوصية للورثة المشار لهم في الآية]:
432	[تقديم الكفن على الوصية]:
432	[من شروط الوصي العدالة]:
432	[تعد الأوصياء بتعدد الوصايا]:
432	[الإطلاق في الوصية والوكالة والفرق بينهما]:
433	[الوصية بالنكاح]:
433	[وصية الوصي لما ولي عليه لغيره]:
433	[العفو عن قاتل العمد دون قاتل الخطأ]:
434	[قتل الموصى له للموصي عمداً أو خطأ]:
434	[حكم الوصية إذا مات الموصى له قبل الموصي]:
435	[الوصية بأكثر من الثلث]:
435	[الوصية لمن لا وارث له بأكثر من الثلث]:
436	[الوصية للوارث]:
436	[ترتيب وصايا العتق والزكاة والكفارة والنذور]:

437	[الوصية بالعتق المُطْلَق مع وصايا أُخرى]:
437	[وصية الصَّبِيِّ المُمَيَّز والسَّقِيهِ المحجور عليه]:
437	[تولية المرأة والعبد والكافر والفاسق في الوصية]:
438	[تَرْكُ الوَصِيِّ للوصية بعد قبولها]:
438	[الرُّجُوع في الوصية]:
438	[إقرار الموصي بحقّ عليه عند الموت]:
438	[الوصية بلفظ نصيب الابن أو مثل نصيب الابن]:
439	[الوصية بلفظ بمثل نصيب أحد الأولاد من غير تمييز]:
439	[الوصية بالتجزئة أو التسمية]:
440	[فوات الوصية قبل القبض بتلفها أو بيعها]:
440	[الوصية بالمال المعلوم والمجهول]:
440	[الخلاف في تبعية مال العبد الموصى برقبته]:
440	[تشبيه الهبة والصدقة بالوصية في مال العبد الموصى برقبته]:
440	[مؤث بعض العبيد الموصى بهم واختلاف قيمتهم]:
441	[الوصية بالتفقة مدة التعمير]:
442	[تزاحم الوصايا بوصايا تُفِيد التأييد]:
442	[التصرّف في المال بغير عوض عند الموت والرُّجُوع فيه]:
442	[التصرّف في المال بغير عوض عند المرض غير المخوف]:
443	[تصرّف المرأة الحامل في المال بغير عوض]:
443	[تصرّف المحبوس للقتل والزاحف في الصف]:
443	[تعدّد الوصايا أو جمعها لنفس الموصى له]:
443	[تعدّد الوصايا واختلافها وتعدّد الموصى له]:
445	كتاب
445	الفرانض
445	[المنوعون من الميراث]:
446	[ميراث الجنين ودينه والعلامة الدالة على استهلاله حيّاً]:
447	[ميراث اللقيط وحكم ولاء وميراث من أسلم على يديه]:
447	[ميراث الولد المُلْحَق بأبيه والإشهاد على الزَّوْج أو التَّسْرِي]:
447	[إسلام الكافر وعتق العبد بعد موت الأب والسيد لا اعتبار له في الميراث]:
447	[ميراث ولد المُلَاعِنَة وولد الزَّنا]:

448	[ميراث الأعاجم]:
448	[سبب التوارث ودليله]:
448	[موانع الإرث]:
448	[العصبة من الذكور والوارثون دون أخواتهم]:
449	[العصبة وحجبهم لبعضهم البعض]:
449	[ميراث بنت الابن مع البنت الواحدة فأكثر والأخت للأب مع الشقيقة]:
450	[ميراث الأم مع الأب]:
450	[ميراث الجدّة]:
450	[ردّ المال إذا قلّت سهام الوثة على أصل الفريضة]:
451	[ميراث المؤلى]:
452	كتاب الجامع
452	[خصال الفطرة]:
452	1 - [إحفاء الشوارب وإعفاء اللحي]:
452	2 - [استحباب السيواك]:
453	3 - [الاستنجاء والمضمضة والاستنشاق]:
453	4 - [الختان]:
453	[تحريم الهجر وقطعه بإلقاء السلام]:
453	[السلام على الذمي وردّه عليه]:
453	[تشميميت العاطس والسلام على الجماعة والجماعة على الواحد]:
454	[سلام الرجل على المرأة وسلامها عليه]:
454	[الاستئذان على المحارم وغير المحارم]:
454	[خلق العانة ونشف الإبط ^(١)]:
454	[آداب الأكل والشرب]:
455	[أكل المرأة مع عبدها وخادمها]:
456	[النظر إلى وجه وشعر المرأة المحرم]:
456	[لبس الحرير واستعمال الذهب والفضة]:
458	[حكم التماثيل والصُور والرُسومات]:
458	[آداب اللباس]:
459	[فرق الشعر وخضبه]:
459	[الانتعال وتقديم اليمنى على اليسرى فيه وفي غيره]:

459	[سفر المرأة من غير مَحَرَم وَخُلُوها به]:
460	[اللَّعِبُ بِالزَّرْدِ وَالشَّيْطَرْنَج]:
460	[آداب العطاس]:
460	[التَّناجِي]:
460	[استحباب إجابة الدَّعْوَة والوليمة في النكاح]:
461	[النَّظَرُ لِلْعَوْرَةِ ودخول الحَمَام]:
461	[السَّفر بالمصحف واستصحاب الأجراس والأوتار]:
462	[النَّومُ فِي الثُّوبِ الواحد]:
462	[حكم النَّداوي والحِجَامَة]:
462	[الرُّقِيَّة]:
464	فهرس الآيات القرآنية
468	فهرس الأحاديث المرفوعة والموقوفة
473	فهرس القواعد الفقهية
476	فهرس القواعد والمباحث الأصولية
477	فهرس الأعلام
480	فهرس الكتب
480	فهرس البلدان
481	فهرس المصطلحات الفقهية المعرفة في البحث
484	فهرس الألفاظ اللغوية المعرفة في الهامش
488	فهرس المصادر والمراجع
499	فهرس المحتويات