

البحر المختار
الجامع لمناهب علماء الأقطار
وبحاش

كتاب جواهر الأخبار
المستخرجة من البحر المختار

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

البحر المختار الجامع لمذاهب علماء الأئمة

تأليف

الإمام المهدى لدين الله
أحمد بن يحيى بن المرزوق
عليه السلام (ت ٨٤٠هـ)

ومحاش

كتاب جواهر الأخبار
المستخرجة من بحر المختار
للسلامه المحقق

محمد بن يحيى بهراني الصعدي
(ت ٩٥٧هـ)

المجلد الثالث



مكتبة أهل البيت (ع)

صف وتحقيق وإخراج:



اليمن - صعدة - ت (٥٣١٥٨٠) سيار (٧١٣٨٤٢٩٨٩)

الطبعة الأولى

١٤٤٤ هـ - ٢٠٢٢ م

جميع الحقوق محفوظة لمكتبة أهل البيت (ع)

كتاب الطلاق

هو في اللغة: الإطلاق والتخليّة من أطلقت المحبوس أو خطام الفرس أي: أزلته من يدي. ويقال: طَلَّقَ الوجه، أي: زائل العبوس، وطَلَّقَ المرأة خروج الولد. [الأخفش]: يقال: طَلَّقَت المرأة -بفتح اللام لا ضمها- وهو مصدر ككلمت كلاماً. وفي الشرع: اللفظ المزيل لعقد النكاح (١) من غير فسخ (٢) أو ما في حكمه (٣).

٢٠٨٤- **سَأَلَتْ** والأصل عليه من الكتاب: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، ونحوها (٤)، ومن السنة: ((الطلاق للعدة هو أن يطلقها طاهراً...)) الخبر ونحوه (٥)، والإجماع على كونه مشروعاً متواتراً، والقياس كون النكاح عقد معاوضة فجاز إزالته بالطلاق كالبيع بالفسخ.

(١) أو يتصل به لتدخل الواحدة والثنتان. (غيث).

(٢) ليخرج اللعان.

(٣) لتدخل الكتابة والإشارة.

(٤) كقوله تعالى: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، وقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمْ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣١]، وقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٤١].

(٥) (قوله): «الطلاق للعدة هو أن يطلقها طاهراً... الخبر» ونحوه: عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فذكر ذلك عمر لرسول الله ﷺ فتغيظ رسول الله ﷺ ثم قال: ((ليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض فتطهر، فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يمسه فتلك العدة كما أمر الله عز وجل)). وفي رواية نحوه أن رسول الله ﷺ قال: ((مره فليراجعها حتى تحيض حيضة مستقبلة سوى حيضتها التي طلقها فيها فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها طاهراً من حيضتها قبل أن يمسه، قال: والطلاق للعدة كما أمر الله تعالى)) وكان عبدالله طلقها تطليقة فحسبت من طلاقها وراجعها عبدالله كما أمر رسول الله ﷺ. وفي رواية نحوه إلا أنه قال: قال ابن عمر: فراجعتها وحسبت لها التطليقة. وفي رواية لمسلم أن ابن عمر طلق امرأته وهي حائض فذكر ذلك عمر للنبي ﷺ قال: ((مره فليراجعها ثم يطلقها طاهراً أو حاملاً)). وفي أخرى له: قال: طلقت امرأتي على عهد رسول الله ﷺ فذكر ذلك عمر لرسول الله ﷺ فقال: ((مره فليراجعها ثم ليدعها حتى تطهر ثم تحيض حيضة أخرى فإذا طهرت فليطلقها قبل أن يجامعها أو يمسه، فإنها العدة التي أمر الله عز وجل أن تطلق لها النساء))، قال عبيدالله: قلت لنافع: ما صنعت التطليقة؟ قال: واحدة اعتد بها. وفي رواية للبخاري (٥٢٥٢) ومسلم (١٤٧١) بنحوه إلا قوله: ((تطلق لها النساء)) وفي أخرى لها: أنه طلق امرأة له وهي حائض تطليقة واحدة فأمره رسول الله ﷺ أن يراجعها وذكر نحوه قال في آخر رواية البخاري: وكان عبدالله إذا سئل عن ذلك قال لأحدكم: إن كنت طلقها ثلاثاً فقد حرمت

١٩٠- فصل: [في أقسام الطلاق]

وينقسم إلى صريح: وهو ما لا يحتمل غيره. وكناية: وهو ما احتمله وغيره.
والصريح إلى: عربي وعجمي، والكناية كذلك، وإلى رجعي وبائن، وإلى سني
وبدعي، وإلى مطلق ومقيد بوقت أو شرط، وإلى قول وفعل كالكتابة والإشارة
وسياقي كل قسم منها.
٢٠٨٥- **مَسَأَلَةٌ:** [العترة والفقهاء الأربعة]: على انقسامه إلى سني وبدعي. [رواية عن
الشافعي]: لا بدعة فيه بل كله مباح؛ لقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ ونحوها، ولم
يفصل.

لنا: ﴿فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، وقوله ﷺ لعمر: ((مره فليراجعها)).

عليك حتى تنكح زوجاً غيرك. وفي رواية: قال ابن عمر: لو طلقت مرة أو مرتين فإن النبي ﷺ أمرني بهذا، وإن كنت طلقته ثلاثاً فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجاً غيرك وعصيت الله فيما أمرك به من طلاق امرأتك. وفي أخرى عن محمد بن سيرين قال: مكثت عشرين سنة يحدثني من لا أتهم أن ابن عمر طلق امرأته ثلاثاً وهي حائض فأمر أن يراجعها فجعلت لا أتهمهم ولا أعرف الحديث حتى لقيت أبا غلاب يونس بن جبير - وكان ذا ثبوت - فحدثني أنه سأل ابن عمر فحدثه أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض فأمر أن يراجعها. قال: قلت: فحسبت عليه؟ قال: فمه؟ أو إن عجز واستحتم. هذا نص حديث مسلم عن علي بن حجر. وفي رواية أخرى: طلق ابن عمر امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ فقال النبي ﷺ: ((ليراجعها)) فردها، وقال: ((إذا طهرت فليطلق أو ليمسك))، قال ابن عمر: وقرأ النبي ﷺ: ((يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن في قبل عدتهن)) قال مسلم في حديث عبدالرزاق: وفيه بعض الزيادة ولم يذكرها. قال أبو مسعود في سياق هذا الحديث: فردها علي ولم يره شيئا. وفي رواية الموطأ (١١٩٦) عن نافع أن عبدالله بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك فقال: ((مره فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء)). وأخرج أبو داود (٢١٧٩-٢١٨٤) رواية الموطأ، وأخرج هو والترمذي (١١٧٦) والنسائي (٣٣٩٠) رواية ابن سيرين مختصرة، وقال أبو داود: روى هذا الحديث جماعة بمعناه كلهم قالوا: عن ابن عمر أن النبي ﷺ أمره أن يراجعها حتى تطهر، ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك. قال: وأما رواية سالم ونافع أنه ﷺ أمره أن يراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق أو أمسك - قال أبو داود: فالأحاديث كلها خلاف ما رواه أبو الزبير. وأخرج الترمذي (١١٧٥) أيضاً مختصراً عن سالم عن أبيه أنه طلق امرأته في الحيض فسأل عمر النبي ﷺ فقال: ((مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهراً أو حاملاً)). اهـ. [البيهقي (١٤٦٩٠)، وأحمد (٤٧٨٩)، وعبدالرزاق (١٠٩٦٠)، وابن ماجه (٢٠١٩)، والطيالسي (١٩٤٢)]. قلت: وإنما ذكرت هذه الروايات كلها هاهنا لما سياقي في الكتاب من الإشارة إلى أطراف منها في مواضع متعددة فأحيل ما سياقي منها على ما ذكرته هنا، وما أشار إليه في الكتاب مما ليس في هذه الروايات فهو غير مذكور في الجامع، والله أعلم.

٢٠٨٦- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ولا بدعة^(١) في حق غير المدخولة؛ إذ لا عدة لها فلم تتناولها الآية.

[القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه]: لكن يكره الثالث^(٢) في حقها؛ إذ لا عبرة بأطهارها. [الشافعي]: لا يكره. [مالك]: لا أعرف الطلاق للسنة إلا مرة في المدخولة وغيرها.

[القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه]: ويكره^(٣) في حال حيضها ونفاسها. [الشافعي]: لا.

٢٠٨٧- **سَأَلَتْ:** وقد يجب الطلاق كَمَنْ المولي إذا امتنع عن الفئدة. قلت: ومن لم تحصن فرجها^(٤).

ويستحب حيث يخاف أن لا يقيما حدود الله بينهما، وحيث يكره النكاح، والمتهمة بالفاحشة، والأمة بعد إمكان الحرية.

ويقبح وهو البدعي وحيث يجب النكاح ولا يجد سواها.

ويكره حيث طلقها لتحل لغيره، وحيث يستحب له النكاح ولا يجد سواها.

ويباح وهو ما عدا ذلك.

٢٠٨٨- **سَأَلَتْ:** وسنيه واحدة فقط؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لابن عمر: ((ما هكذا أمرك ربك..)) الخبر^(٥). في طهر لم يجامعها في جميعه ولا طلقها، ولا في حيضته المتقدمة؛ لقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، أي: مستقبلات^(٦) لها، وقرأ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هو وابن عباس: «في قُبُلِ عَدْتِهِنَّ»، ولقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لابن عمر: ((فليطلقها طاهراً)).

(١) المختار أنها كغيرها على التفصيل.

(٢) أي: يكون بدعة ذكره في الانتصار والغيث. (شرح بحر).

(٣) حظر.

(٤) قال في الغيث والزهور: وحيث يحظر عليه النكاح بأن يعرف من نفسه أنه لا يقوم بالحقوق الزوجية مع القدرة. (شرح بحر).

(٥) (قوله): «ما هكذا أمرك ربك» - يعني ابن عمر-: أمرك أن تستقبل الطهر وتطلقها لكل قرء. حكاها في الانتصار. [اليهقي (١٤٧٣٠)، والهيشمي في مجمع الزوائد (٣٣٦/٤)].

(٦) يعني: بذلك أن تطلق في كل طهر مرة. (جامع أصول).

واشترط الناصر النية والإشهاد^(١)؛ للآية، واعتبر اجتماعهما^(٢).

٢٠٨٩- **سَأَلَتْ:** ولا بدعة في حق الحامل وإن وطئها حاله؛ لقوله ﷺ:

((فليطلقها طاهراً أو حاملاً قد استبان حملها))، ولا عبرة بتدبيرها حال الحمل.

٢٠٩٠- **سَأَلَتْ:** وكذلك الآية^(٣) لصغر أو كبر.

[العتره والفريقان]: لكن يستحب الكف عن جماعها شهراً قبل الطلاق؛ لقيام الشهور فيها مقام الحيض. [زفر]: بل يجب كوجوب الفصل بين الجماع والطلاق في ذوات الحيض بحيضة.

قلنا: إنما وجب هناك^(٤)؛ لتيقن براءة الرحم وهي هاهنا متيقنة.

٢٠٩١- **سَأَلَتْ:** ويقع الطلاق على كل زوجة ولو صغيرة أو مجنونة إجماعاً؛ إذ لم

تفصل أدلته.

ويصح التوكيل به ولو لها كما سيأتي.

[القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه]: فإن أراد التثليث فرقها على الأطهار أو الشهور

وجوباً^(٥)؛ لثلاثا يبتدع. [مالك]: تعدي الواحدة بدعة ولو فرق.

لنا: ﴿فَطَلَّقُوهُنَّ لِإِعْدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق:١]، فإذا فرق فقد طلق للعدة؛ لقوله ﷺ:

((الطلاق للعدة هو أن يطلقها طاهراً من غير جماع))، لكن يندب أن لا يتعدى

واحدة مخافة الندم.

فَرَعٌ: [عمر وابن عباس وابن مسعود ثم القاسمية وأبو حنيفة ومالك]: فإن جمع الثلاث في

طهر كان مبتدعاً؛ لقوله ﷺ لابن عمر: ((ما هكذا أمرك ربك، أمرك أن

تستقبل الطهر وتطلقها لكل قرء)). [الحسن بن علي وابن عوف ثم ابن سيرين ثم الإمام يحيى

(١) شاهدين عدلين ذكرين مجتمعين.

(٢) أي: الشاهدين.

(٣) فإن تتابع صار بدعياً.

(٤) أي: في الحائض.

(٥) أراد بالوجوب قبل الثانية والثالثة لا الأولى فقد تقدم أنه مستحب. (رياض).

والشافعي وأحمد بن حنبل: ليس بدعة ولا مكروهاً؛ إذ لم يفصل قوله: ﴿فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ (١) [الطلاق: ١]، وقوله: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، كذلك.

قلت: قوله ﷺ: ((وتطلقها لكل قرء)) مخصص (٢).

٢٠٩٢- **سَأَلَتْ:** [أبو العباس]: ولو قال: أنت طالق للسنة وقعت متى كملت الشروط، فإن قال: ثلاثاً للسنة تفرقت على الأطهار بشرط تخلل الرجعة عندنا كما سيأتي، إن أراد التوقيت (٣) لا التعليل فتطلق في الحال كأنت طالق لسوادك، والظاهر في قوله: للسنة، إرادة التوقيت، وفي قوله: لسوادك، إرادة التعليل.

٢٠٩٣- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ولو قال: أفضل الطلاق أو أجمله فهو كقوله: للسنة، وكذا طلقة حسنة.

فإن قال: طلقة حسنة قبيحة وقع في الحال؛ لتناقض الصفتين فلغتنا كقوله: [أنت] طالق غير طالق.

قلت: فيه نظر، بل يعتبر الوصف الأول ويلغو الثاني؛ إذ هو كالرجوع.

٢٠٩٤- **سَأَلَتْ:** فإن قال: أنت طالق ثلاثاً في كل قرء طلقة لم يقع عليها إلا في الحيض (٤) وتنفرد مع تخلل الرجعة.

فإن قال: ثلاثاً بعضها للسنة وبعضها للبدعة؛ فله نيته في تقدير البعض، وحيث

(١) يعني: أن الآية لم تفصل بين أن تكون الثلاث مجتمعة أو مفترقة ولا بين أن تكون بلفظ واحد أو بألفاظ متعددة وكذلك قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، فإنه أراد مرة بعد مرة من غير فصل برجعة ومن غير فصل بطهر. (شرح بحر).

(٢) لعموم الآيتين.

(٣) يعني: إن أراد بقوله للسنة وقوع الطلاق عند حصول الوقت الذي تصلح فيه المرأة لطلاق السنة لأنه إذا أراد ذلك فكأنه قال: أنت طالق عند كل طهر بعد الرجعة بين كل تطليقتين، وأما إذا لم يرد بذلك التوقيت بل أراد به التعليل فإنها تطلق في الحال وسواء كانت على تلك الصفة أم لا؛ إذ الوصف ليس بشرط ولا توقيت. (شرح بحر).

(٤) متى حصل.

(*) فإن كانت آيسة لم يقع شيء.

لانية يجب التنصيف فتقع طلقة ونصف للبدعة لكن يتم اثنتان ولا تقع للسنة (١)؛
إذ وقوعه كالمشروط بالتنصيف مع الإطلاق (٢) كلو صرح به.
[الغزالي]: بل يقع واحدة في الحال.

لنا: ما مر.

٢٠٩٥ - **سَأَلَتْ**: [الغزالي]: ولا بدعة في حق المختلعة (٣)؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في امرأة
ثابت بن قيس (٤): ((خذ منها ما أعطتك))، ولم يبحث هل هي حائض أم لا؟
لنا: عموم: **﴿فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾** [الطلاق: ١]، ولم يفصل، وتركه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للبحث
اتكالا على الآية، أو لغير ذلك (٥)، أو عرف طهرها.
[الغزالي]: ولا بدعة في طلاق المولَّى منها؛ لتضيق الطلاق وقت المطالبة (٦).
لنا: ما مر (٧).

[الغزالي]: فإن قال: إن دخلت الدار فأنت كذا- فلا بدعة (٨)، ولو قاله حال
الحيض؛ إذ ليس واقعاً لكن العبرة بحال وقوع الشرط.
فَرَعٌ: [الإمام يحيى]: إذا لم تكن البدعة إلا الواقع في الحيض فلا بدعة ولا سنة في
الحامل والآيسة لصغر أو كبر.
قلت: بناء على مذهبه أن التثليث في وقت واحد ليس بدعة.

- (١) هذا على قول أهل الثلاث، وأما على قول الهدوية فتقع واحدة في الحال ومتى راجعها وقعت ثانية ثم
متى راجعها فإن كان الأولتان وقعتا للسنة تعينت الثالثة للبدعة وإن كانتا وقعتا للبدعة تعينت الثالثة
للسنة وإن كان إحداها للسنة والثانية بدعة وقعت الثالثة عقيب الرجعة مطلقاً. (بيان).
(٢) يعني: في قوله بعضها للسنة وبعضها للبدعة ولم يبين قدر البعض فلما لم يبين حكمنا بالتنصيف فلا
يقع للسنة كما لو قال نصفها للسنة وهو لا يمكن. (شرح بحر).
(٣) وعندنا أنه يدخلها طلاق البدعة كغيرها.
(٤) (قوله): «في امرأة ثابت بن قيس»: سيأتي في الخلع إن شاء الله تعالى.
(٥) آيسة لكبرها. (زيد).
(٦) يعني: لأجل أن الطلاق يجب على المولي وجوباً مضيقاً إذا امتنع عن الفيئة كما سيأتي. (شرح بحر).
(٧) فطلقوهن.
(٨) وعندنا بدعة ولا إثم إن دخلت حال الحيض. إن لم يكن عالماً بحيضها ولا غالباً في ظنه حيضها.

١٩١- فصل: في أحكام البدعي

٢٠٩٦- **سَأَلَتْ:** هو طلاق محرم يأثم فاعله وإن وقع، وله صور: الأولى: إيقاعه في الحيض؛ إذ خالف الآية^(١)، ولخبر ابن عمر: ((فليطلقها حين تطهر قبل أن يجامعها فتلك العدة)).

أو في طهر قد جامعها فيه؛ لهذا الخبر، وإذا لا يؤمن علوقها^(٢).
[القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه ومالك]: أو يوقع أكثر من واحدة. [الإمام يحيى والشافعي]: لا.
لنا: ما مر^(٣).

[القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه]: أو في طهر قد طلقها في حيضته المتقدمة.
قلت: أو وطئها فيها؛ لمنعه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ابن عمر من التطلق في الطهر من الحيض الذي كان طلقها فيه^(٤).

فإن استنزلت منيَّه بيدها فاستدخلته فرجها ففي كونه كالوطء وجهان: [الإمام يحيى]: أصحهما أنه في معناه^(٥).
وفي الدبر وجهان: الأصح أنه كالقبل^(٦).

٢٠٩٧- **سَأَلَتْ:** إزيد بن علي والقاسمية والفريقان ومالك: والبدعي واقع؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ((مره فليراجعها))، ولا رجعة إلا عن طلاق. [الصادق والباقر والناصر وابن علي وهشام بن الحكم والإمامية وأبو عبيدة وبعض الظاهرية]: لا؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((كل بدعة

-
- (١) وذلك لأن ظاهرها يدل على أن المرأة تشرع في العدة عقب طلاقها وهذا غير حاصل فيمن طلقت في حال الحيض وخبر ابن عمر قد مر في الفصل الأول. (شرح بحر).
(٢) بالولد فيؤدي إلى الندم في طلاقها هكذا في الانتصار. (شرح بحر).
(٣) في السابعة من الفصل الأول من الكتاب.
(٤) فبالأولى والأحرى أن يكون بدعيًا إذا طلقها في طهر قد كان وطئ في حيضته.
(٥) وفي الوايل: لا يكون بدعيًا بل سنيًا وهو ظاهر الأزهار.
(٦) وذلك لأنه يوجب الغسل والحد والعدة وسائر الأحكام فهكذا يكون الطلاق لأجله بدعة. هذا ما ذكره الإمام يحيى في هذا الموضع وسيأتي في الفصل الحادي عشر من الباب الثاني من البحر والانتصار أن الطلاق لا يصير بدعة بالوطء في غير قبل. (شرح بحر).

ضلالة)) (١)، وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((البدعة شَرُّكَ (٢) الشَّرُّكَ)) (٣) فحكم بطلانه.
لنا: قال ابن عمر: يا رسول الله أرأيت لو طلقت ثلاثاً؟ (٤) قال: ((عصيت ربك
وأبنت امرأتك))، والخبران محمولان على البدع الاعتقادية كالتشبيه والخبر
ونحوهما (٥) دون المسائل الاجتهادية؛ لتصويب المجتهدين أو سقوط الإثم (٦).
قالوا: قال: ((لا تبتدعوا))، والنهي للفساد.

قلنا: لا نسلم؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((عصيت ربك وأبنت امرأتك)).

قالوا: مخالف للمشروع فيبطل حكمه.

قلنا: خصه الخبر.

٢٠٩٨ - **سَأَلَتْ**: [الإمام يحيى]: فإن قال لغير مدخولة أو آيسة: أنت طالق للسنة،
وقع في الحال؛ إذ لا سنة في حقهن، فاللام للتعليل كلسوادك، أو يكون المراد بالسنة
انتفاء البدعة (٧).

قلت: وهذا أقرب.

ويحتمل أن لا يقع؛ إذ هو في معنى الشرط فكأنه قال: إن وقع للسنة، لكن

(١) قوله: ((كل بدعة ضلالة))، تقدم ما يتضمنه.

(٢) والشَّرُّكَ هي شبكة الصيد.

(٣) قوله: «البدعة شرك الشرك»: هكذا روي، والظاهر أنه ليس من كلام النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

(٤) قوله: «قال ابن عمر: يا رسول الله أرأيت لو طلقت ثلاثاً؟ قال: «عصيت ربك وأبنت امرأتك». حكى
معنى ذلك في أصول الأحكام والشفاء. [أبو عوانة في مسنده (٣/١٤٤)]. وعن مجاهد قال: كنت عند ابن
عباس فجاءه رجل فقال: إنه طلق امرأته ثلاثاً فسكت ابن عباس حتى ظننت أنه رادها إليه ثم قال: ينطلق
أحدكم فيركب الحموقة ثم يقول: يا ابن عباس يا ابن عباس، وإن الله عز وجل قال: ﴿وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ
لَهُ مَخْرَجًا﴾ [الطلاق]، وإنك لم تتق الله فما أجد لك مخرجاً عصيت ربك وبانت منك امرأتك، وإن الله
تعالي قال: ((يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن في قبُلِ عدتهن)). أخرجه أبو داود (٢١٩٧). [المؤيد
بالله في شرح التجريد نحوه والبيهقي (٧/٣٣١)].

(٥) وذلك كاعتقاد الفلاسفة والملاحدة والطبائعية وأهل النجوم. (زيد).

(٦) يعني: أو لسقوط الإثم عند من يقول الحق مع واحد. (شرح بحر).

(٧) فيقع الطلاق في الحال. (شرح بحر).

الأقرب كونه سنياً^(١).

[الإمام يحيى]: فإن قال: للبدعة لم يقع حتى تحيض، ويجامع غير المدخولة؛ إذ هو كالشرط.

٢٠٩٩- **سَأَلَتْ**: فإن قال: أنت طالق في آخر جزء من الحيض أو من الطهر؛ فقليل: بدعي فيهما، وقيل: سني. [الإمام يحيى] والأصح: أن الأول بدعي والآخر سني حكماً للجزء بحكم ما اتصل به.

٢١٠٠- **سَأَلَتْ**: [العتره والفريقان]: ومن طلق بدعيّاً استحَب له الرجعة واستئناف الطلاق للسنة؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((مره فليراجعها^(٢)..)) الخبر. [مالك]: بل يجب؛ لظاهر الأمر.

قلنا: لا، كابتداء النكاح فالقياس قرينة كون الأمر للندب.

٢١٠١- **سَأَلَتْ**: والرجعي: ما كان بعد وطء على غير عوض مال وليس ثالثاً. والبائن: ما خالفه.

١٩٢- فصل: في ألفاظ الطلاق

٢١٠٢- **سَأَلَتْ**: [العتره والفريقان]: ولا يقع بمجرد النية بل لا بد من لفظ أو ما في حكمه^(٣). [رواية عن مالك]: يقع بمجرد ما؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الأعمال بالنيات)).

قلنا: أراد لا حكم لعمل لم يقع بنية، لا مجرد النية؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((رفع عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تقل أو تفعل)).

٢١٠٣- **سَأَلَتْ**: وألفاظه صريح وكناية، كما مر. [أبو طالب]: فصريحه: ما دخله لفظه^(٤)، كطالق مطلقة أنت الطلاق. [المؤيد بالله]: المصدر كناية. [الشافعي]:

(١) فيقع في الحال إن لم تكن حائضاً وإلا فمتى صلحت للسنة.

(٢) في بعض النسخ: فليراجعها.

(٣) كالكتابة وإشارة الأخرس والمصمت المفهومة. (زيد).

(٤) على جهة الإيقاع فنحو يلزمني الطلاق كناية مع أنه قد دخله لفظ الطلاق.

بل الصريح ثلاثة: الطلاق والسراح والفرق. [مالك]: بل خمسة: طالق مطلقة خلية بائن أنت الطلاق. [أبو حنيفة]: الصريح: ما لا يحتمل غيره بأي لفظ وقع، والكناية: ما احتمله وغيره.

قلت: وهو كالمذهب.

٢١٠٤- **سَأَلَتْ**: [أكثر العترة والفريقان]: ولا يفتقر الصريح إلى النية؛ لقوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، ولم يفصل. [الباقر والصادق والناصر وتخريج المؤيد بالله ومالك]: بل يفتقر؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ [البقرة: ٢٢٧].

قلنا: أراد حيث يفتقر لا الصرائح؛ لقوله ﷺ: ((ثلاث هزلن جد)) (٢) والطلاق في الهزل غير مقصود ولا منوي، ولأنه إزالة ملك كالعتق أو حل عقد كالإقالة.

٢١٠٥- **سَأَلَتْ**: [أبو طالب]: أنت الطلاق صريح؛ لقيام المصدر مقام الصفة كرجل عدل. [المؤيد بالله]: بل كناية؛ إذ هو مجاز.

٢١٠٦- **سَأَلَتْ**: [العترة والشافعي]: أنت مطلقة صريح. [أبو حنيفة]: كناية.

قلنا: لا وجه له؛ إذ هو كأنت طالق.

٢١٠٧- **سَأَلَتْ**: [العترة وأبو حنيفة]: سرحتك أو فارقتك كناية. [الشافعي]: بل صريح.

قلنا: محتمل لغير الطلاق.

٢١٠٨- **سَأَلَتْ**: [العترة]: أنت مسرحة أو مفارقة كناية. [الإسفراييني والبغداديون]: صريح قولاً واحداً. [المسعودي]: بل قولان.

(١) قالوا: والعزم الإرادة. قلنا: العزم إرادة متقدمة على الفعل غير مؤثرة فيه والنية هي الإرادة المقارنة للفعل فليس في الآية دلالة عليها فالمراد حيث يفتقر اللفظ إلى النية كالكنايات لا الصرائح. (زيد).

(٢) قوله: «ثلاث هزلن جد»: لفظه: عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: ((ثلاث جدهن جد وهزلن جد: النكاح والطلاق والرجعة)) أخرجه أبو داود (٢١٩٤) والترمذي (١١٨٤). [الإمام زيد في المجموع قريباً منه والطحاوي في شرح معاني الآثار (٩٨/٣)، والحاكم (٢٨٠٠)، وابن ماجه (٢٠٣٩)].

٢١٠٩- **سَأَلَتْ:** [القاسم]: ومعنى «بهشتم» بالفارسية: أرسلتك، فهو كناية. [المؤيد بالله وأبو طالب وسفيان الثوري]: فإن قال: «بهشتم أيزني» أو «أيزني بهشتم» فصريح كأنت طالق^(١). [الغزالي]: «تَوْهَشْتَهُ» في الفارسية بمعنى أنت طالق، و«دَسْت بَارَزْدَاشْتَم» بمعنى: طلقتك، و«ازتُوخَدَا أَشْتَم» بمعنى: فارقتك، و«تُرَاكْبَسِيل كَرْدَم» بمعنى: سرحتك.

فَرَعٌ: [المؤيد بالله وأبو طالب]: فمن عرف معنى ذلك وأطلقه وقع وله حكم ما هو بمعناه صريحاً أو كناية، وكذا الفارسي بالعربية^(٢). [أبو حنيفة والإصطخري]: بل «بهشتم برا أيزني» كناية. [محمد بن الحسن والصيرفي الطبري]: إن كان في حال الرضا أو جواباً لسؤال الطلاق فصريح، وإلا فكناية.

قلنا: المعمول على ما وضع له اللفظ، فإن اختص الطلاق فصريح وإلا فكناية.
٢١١٠- **سَأَلَتْ:** [أبو العباس والمؤيد بالله وأبو طالب والشافعي]: وإذا نوى بالصريح غير الطلاق دُيِّنَ باطناً لا ظاهراً؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا تحاسبوا العبد حساب الرب))^(٣) و((اعملوا على الظاهر واتركوا الباطن)). [مالك]: إن قاله حال الغضب لم يقبل صرفه لا ظاهراً ولا باطناً؛ إذ الغضب قرينة قصد الطلاق، وإن كان في حال الرضا ولا قرينة دين باطناً لا ظاهراً.
قلنا: لا وجه للفرق مع احتمال اللفظ وهو أعرف بقصده، لكننا نحكم بالظاهر؛ للخبر.

(١) وباللغة الإنجليزية: [you are divorced]، أي: أنت طالق.
(٢) يعني: أنه يقع منه الطلاق بالعربية إذا أطلقه عارفاً بمعناه الذي وضع له، وأما إذا لم يكن عارفاً بذلك ولا العربي عارفاً لمعنى طلاق الفارسية فإنه لا حكم لذلك منها، بل هو في حقها كاللفظ المهمل. (شرح بحر).
(٣) (قوله): «لا تحاسبوا العبد حساب الرب، واعملوا على الظاهر واتركوا الباطن»: حكاة في الانتصار. والله أعلم بصحته.

فَرَعٌ: فإن صادقته (١) على صرف الصريح لم ينكر مقامها معه؛ للاحتمال وإن أنكرت منعت، وإن استفتى الزوج عن الواجب أفتي بالجواز فيما بينه وبين الله تعالى، وهي (٢) تفتى بالامتناع إن لم تصدقه.

فإن قال: أنت طالق من وثاق لم تطلق بأول اللفظ؛ إذ معناه معقود بآخره.

٢١١١- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى وابن الصباغ والطبري]: فإن سئل رجل: أطلقت امرأتك؟ فقال: نعم، فكناية. [المزني]: بل صريح؛ إذ المعنى نعم طلقته. قلت: وهو الأقرب.

فَرَعٌ: وإذا كان كناية وكان صادقاً وقع، وإن لم يكن قد أوقعه وقع في الحال باطناً لا ظاهراً.

فإن سئل: أطلقت امرأتك؟ فقال: قد كان بعض ذلك، استفسر (٣).

٢١١٢- **سَأَلَتْ:** [المذهب والمزني]: ولو قال: أنت طالق لولا أبوك لطلقتك لم تطلق؛ إذ هو حَلْفٌ كقوله: والله لولا أبوك، فإن حنث (٤) طلقت، وقيل: تطلق؛ إذ قوله: لولا أبوك مستأنف.

١٩٣- فصل: [في كناية الطلاق]

والكناية: ما احتمل الطلاق وغيره، كأنت حرة، خلية، برية، بتلة (٥)، بته، بائن، حرام، مقطوعة، منقطعة، انطلقى، اخرجى، الزمي أهلك، الطريق إلى بلدك، اجمعي ثيابك، تزوجي غيري، اختاري لنفسك زوجاً، أنفقي على نفسك، اذهبي، أبُعِدِي،

(١) أي: لم تنكره. (قرئ).

(٢) أي: الزوجة. (شرح بحر).

(٣) ما هو البعض؟ فإن قال: كنت طلقته بشرط أو صفة قبل منه ذلك لكونه محتمل لما قاله والأصل بقاء النكاح. (شرح بحر).

(٤) بمعنى أنه امتنع من الطلاق لغير الأب بأن يكون الصارف له عن الطلاق غير أبيها.

(٥) من البت وهو القطع. (صعيتري).

اعتدي، تقنعي، استبرئي^(١) رحمك، ذوقي، استفلحي، حبلك على غاربك^(٢)، رفعت يدي عنك، انصرفت^(٣) عنك، أنت الآن أعلم بشأنك، وهبتك لأهلك.

فَرْعٌ: [الإمام يحيى حكاية عن المذهب والشافعي]: وتعتبر النية فيها ولا تكفي القرينة. [أبو حنيفة]: بل القرينة^(٤) تلحقها بالصريح كقوله عند طلبها للطلاق: أنت بائن. قلت: وهو قريب، وقد حكاها الإمام يحيى عن القاسمية واختاره.

[أحمد بن حنبل]: بل القرينة الحالية كافية، وإن عدت المقالية.

قلنا: إن كانت القرائن أمانة لحدوث النية فمسلم وأما كون القرينة كافية في تعيين معنى اللفظ من غير نية فغير مسلم.

٢١١٣ - **سَأَلَتْ:** [ابن القاص وغيره من أصحاب الشافعي]: قول الزوج: أغناك الله كناية طلاق؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ يَتَفَرَّقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ﴾ [النساء: ١٣٠]. [بعض أصحاب الشافعي]: لا، كقوله: بارك الله فيك^(٥).

قلت: وهو الأقرب.

فَرْعٌ: [الماسزجسي من أصحاب الشافعي]: زَوِّدْنِي كناية. [الطبري]: لا، كأطعميني. [الإسفرابيني]: كلي واشربي كناية؛ لاحتماله كلي ألم الفراق، واشربي كأسه. [المروزي]: لا.

قلت: وهو الأقرب.

٢١١٤ - **سَأَلَتْ:** [المذهب والشافعي وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل]: لست لي بامرأة كناية. [أبو يوسف]: لا؛ لاحتمال كونها سيئة الأدب.

(١) لأن الاستبراء كالعدة فكان كفاية. (صعيتري).

(٢) الغارب ما بين السنام والعنق. فاستعمل في الإرسال.

(٣) في الانتصار: انصرفت بميم بعد راء. (شرح بحر).

(٤) كتقدم السؤال أو في حال الغضب وقرر خلافه وهو أنه لا بد من النية ويصدق الزوج في ذلك مطلقاً عند حصول قرينة وعدمها.

(٥) فإنه لا يقع به الطلاق اتفاقاً فكذا في قوله: أغناك الله؛ إذ الكل دعاء لها. (شرح بحر).

قلنا: ويحتمل الطلاق.

٢١١٥- **سَأَلَتْ:** [القاسم وأصحاب الشافعي]: ولا. في جواب: ألك امرأة؟ كناية. [الإمام يحيى وغيره]: لا^(١).

قلنا: محتمل.

٢١١٦- **سَأَلَتْ:** [أحمد بن يحيى وأبو حنيفة]: فإن قال: يا أختي، يا بنتي، لم يلزمه شيء؛ إذ لا يحتمل الطلاق^(٢).

فلو قال: هي أختي فُرقَّ بينهما^(٣)، ولا يقبل رجوعه كما سيأتي^(٤).

٢١١٧- **سَأَلَتْ:** والتحريم صريح يمين، وكناية طلاق أوظهار على خلاف سيأتي.

[القاسم]: فإن قال: ما أحل الله للمسلمين فهو عليه حرام دخل الطلاق إن نواه^(٥)؛ لاحتيماله.

[المذهب والفرقان]: وأنا عليك حرام كناية طلاق؛ إذ التحريم صفة لهما^(٦) جميعاً.

[القاسمية وأبو حنيفة]: وأنا منك طالق ليس كناية؛ إذ لا يوصف الرجل بأنه طالق.

[الشافعي ومالك]: بل يوصف به إذ هو بينونة فهو كناية.

قلنا: لم يوصف رجل بأنه طالق لغة ولا عرفاً.

٢١١٨- **سَأَلَتْ:** [العترة والفرقان]: وله نيته في الكناية ظاهراً وباطناً؛ لاحتيمالها.

[أبو طالب]: ويستحلف إذا اتهم^(٧)؛ إذ استحلف رسول الله ﷺ ركناً لما طلق

(١) أي: لا صريح ولا كناية.

(٢) ولا الظهار وإنما يحتمل الإكرام. (شرح بحر).

(٣) المذهب لا تفريق.

(٤) وذلك في الرجوع عن الإقرار إن شاء الله تعالى. (شرح بحر).

(٥) قيل: ويكفر لغيره. (شرح بحر).

(٦) أي: للزوجين.

(٧) يعني: إذا ادعت عليه المرأة أنه أراد الطلاق.

البتة، وادعت عليه أنه أراد الثلاث^(١).

٢١١٩- **سَأَلَتْ:** [العتره جميعاً]: والكناية كالصريح في انقسامها إلى رجعي وبائن؛ إذ لم يفصل الدليل. [الشافعي]: بل الكناية كلها رجعية إلا أن يريد اثنتين أو ثلاثاً^(٢) فعلى ما نوى؛ لقوله ﷺ: ((الأعمال بالنيات)).

قلنا: اللفظ لا يقتضي العدد^(٣) وضعاً ولا عرفاً فلا تصح نيته.

[أبو حنيفة]: بل كلها بائنة إلا: اعتدي واستبري، أو أنت واحدة^(٤) فرجعية؛ إذ أصل الطلاق كله البينونة إلا ما خصه الدليل، ولم يخص إلا لفظ الطلاق؛ لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وهذه الثلاثة؛ إذ لفظها لا يقتضي البينونة.

قلنا: لا نسلم، بل الطلاق كله مشروع؛ لقطع النكاح صريحه وكنايته، ودليل صحة الرجعة لم يفصل^(٥) إلا التثليث والخلع^(٦).

٢١٢٠- **سَأَلَتْ:** [العتره]: ولو نوى بالكناية البينونة لم يصر بائناً؛ إذ لا تأثير لها في ما لم يوضع له اللفظ، ولم يوضع اللفظ إلا لقطع النكاح، لا البينونة. [الفرقان] بل له ما نوى، فلو قال: أمرك بيدك ونوى ثلاثاً فاختارت نفسها ثلاثت؛ لتحليفه ﷺ ركانة: ما أراد الثلاث، فلو لا صحة ذلك ما استحلّفه.

(١) (قوله): «إذ استحلّف ﷺ ركانة.. إلخ»: عن عبدالله بن علي بن يزيد بن ركانة عن أبيه عن جده قال: أتيت النبي ﷺ فقلت: يا رسول الله إني طلقت امرأتي البتة فقال: ((ما أردت بها؟)) قلت: واحدة، قال: ((الله؟)) فقلت: الله، فقال: ((هو ما أردت)). أخرجه الترمذي (١١٧٧) وأبو داود (٢١٩٦). وفي رواية لأبي داود (٢٢٠٧): إن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة البتة فأخبر بذلك رسول الله ﷺ وقال: والله ما أردت إلا واحدة فقال رسول الله ﷺ: ((والله ما أردت إلا واحدة؟)) فقال: والله ما أردت إلا واحدة، فردها إليه رسول الله ﷺ، فطلقها الثانية في زمان عمر، والثالثة في زمان عثمان. اهـ وليس فيه أن امرأته ادعت عليه الثلاث، كما في الكتاب والله أعلم.

(٢) في الانتصار أن هذا فيما يحتمل ذلك من الكنايات كخلية وبرية. (شرح بحر).

(٣) وإنما يقتضي مقتضى الطلاق كما لو قال: أنت طالق. (شرح بحر).

(٤) هكذا في الأم والانتصار ولفظ الزهور عن الشرح، وأنت حرة وهو أظهر. (شرح بحر).

(*) أي: منفردة عن الزوج، وقيل: معناه أنت ذات طلقة واحدة.

(٥) بين طلاق وطلاق. (شرح بحر).

(٦) وقبل الدخول.

قلنا: حلفه ما أراد الطلاق^(١)؛ إذ لفظه كناية.

٢١٢١- **سَأَلَتْ:** اختلفَ في تحريم الزوجة الصحابة والتابعون والفقهاء والعترة؛ أما الصحابة: [علي وزيد بن ثابت وأبو هريرة]: يقع به التثليث^(٢). [أبو بكر وعائشة وابن مسعود]: بل يمين لا طلاق. [عمر]: طلقة رجعية. [عثمان]: ظهار. [ابن عباس]: فيه كفارة يمين وليس يميناً^(٣).

وأما التابعون: [مسروق وأبو سلمة]: لا شيء فيها^(٤). [إحمد]: طلقة بائنة. [الأوزاعي والزهري]: يمين.

وأما الفقهاء: [أبو حنيفة]: إن نوى الطلاق أو الظهار أو طلقة بائنة أو ثلاثاً فله نيته ووقع ما نوى، وإن نوى طلقتين لم يقع إلا واحدة، وإن لم ينو شيئاً فإيلاء، فإن فاء في المدة كَفَّرَ وإن لم يف حتى انقضت المدة بانت منه. [الشافعي]: إن نوى الطلاق أو الظهار وهو أن ينوي تحريمها كتحریم ظهر أمه وقع ما نوى، وإن نوى تحريم عينها أو وطئها أو فرجها فيمين. وعنه: لا شيء. [أحمد بن حنبل]: هو ظهار مطلقاً. [مالك]: فيها كفارة يمين وليست يميناً.

(١) يقال: الظاهر أن ركابة لم ينكر الطلاق وإنما أنكر إرادته التثليث فقط وقد ذكر في موضع من الانتصار قبل هذا أن الرسول ﷺ قال لركابة: ((ما أردت بالبيتة؟)) فقال: أردت واحدة، فقال: ((والله ما أردت إلا واحدة؟)) فقال: والله ما أردت إلا واحدة. وفي رواية أنه ﷺ حذف حرف القسم فقال: ((الله ما أردت إلا واحدة)). (شرح بحر).

(٢) قوله: «يقع به الثلاث»: الذي في الجامع عن علي عليه السلام ما لفظه: مالك بلغه أن علي بن أبي طالب كان يقول في الرجل يقول لامرأته: أنت علي حرام أنها ثلاث تطليقات. أخرجه الموطأ (١١٥٨).

(٣) قوله: «ابن عباس فيه كفارة يمين وليس يميناً»: الذي في الجامع عن ابن عباس أنه قال: من حرم امرأته فليس بشيء وقرأ: ﴿لَقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾ [الأحزاب: ٢١]، وفي رواية قال: إذا حرم الرجل امرأته فهي يمين يكفرها وقال: {لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة} أخرجه البخاري (٥٢٦٦) ومسلم (١٤٧٣). وفي رواية النسائي (٣٤٣٣): أنه رجل فقال: إني جعلت امرأتي علي حراماً قال: كذبت ليس عليك بحرام ثم تلا: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ﴾ [التحریم: ١]، عليك أغلظ الكفارة عتق رقبة.

(٤) قوله: «لا شيء فيها»: قال في الانتصار ما لفظه: فقال أبو سلمة بن عبد الرحمن ومسروق: لا يجب فيها شيء يعني في قوله: أنت علي حرام. قال أبو سلمة: لا أبالي أن أحرمها أو أحرم ماء النهر. قال مسروق: لا أبالي أن أحرمها أو أحرم قطعة من ثريد. اهـ

وأما العترة: [أبو العباس وأبو طالب والإمام يحيى]: صريح يمين كناية طلاق أوظهار^(١). قلت: وهو المذهب.

[القاسم]: كناية طلاق، وإلا ففيه كفارة وإن لم يكن يميناً؛ إذ اليمين عنده إنما هي بالله. [الناصر]: لا شيء فيها بل كذبة كذبها.

لنا: لفظ محتمل للظهار والطلاق، فصح وضعه عليه وإلا فيمين؛ لآية التحريم^(٢)، وقصتها مشهورة، ولا دليل على سائر الأقوال.

فَرْعٌ: [الإمام يحيى]: وإن حرم أمته ونوى العتق عتقت^(٣)، وإن نوى تحريم العين فكفارة يمين^(٤)، وإن نوى الطلاق أو الظهار فلا شيء، وإن لم ينو شيئاً فيمين؛ لما مر^(٥).

وإن قال لزوجته: أنت علي كالميتة ونوى الظهار أو الطلاق وقع ما نوى، وإن

(١) فأبيها نواه وقع وإن نواهما معاً وقعا كذا قرر.

(٢) قوله: «لآية التحريم وقصتها مشهورة»: حاصل ما في الصحيحين أن النبي ﷺ شرب عسلاً في بيت حفصة، وقيل في بيت زينب فغارت عائشة فقالت له هي وغيرها من نسائه: إنا نجد منك ريح المغافر، هل أكلت مغافير؟ فقال: ((لا، ولكن شربت عسلاً عند فلانة)) فقلن له: جرت نحلة العرْفُط وكان يكره أن توجد منه الرائحة الكريهة، فحرمه على نفسه وأمر ذلك إلى بعض أزواجه فأخبرت به فأكف منهن، ونزلت آية التحريم. [البخاري (٥٢٦٨)، ومسلم (١٤٧٤)، وأبو داود (٣٧١٥)]. والمغافر صمغ شجر يقال له العرْفُط كرهه الرائحة قد تجرسه النحل، أي تأكله. وروى النسائي (٣٩٥٩) عن أنس أن رسول الله ﷺ كانت له جارية يطؤها فلم تزل به عائشة وحفصة حتى حرمها على نفسه فأنزل الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ...﴾ الآية.. إلخ الحاشية.

(*) قال السيد العلامة المجتهد محمد بن عبد الله عوض المؤيدي حفظه الله تعالى في كتابه محاضرات رمضان في تفسير آية التحريم: كان للنبي ﷺ جارية وكان اسمها مارية القبطية، ثم إنه حرّم أن يقرّبها، وكان ذلك التحريم بسبب غيرة عائشة وحفصة واعتراضهما على ذهابه إليها. وذلك أنه دخل على مارية وهي في بيت إحداهما فحصل ما حصل من حفصة وعائشة من الأذى للنبي ﷺ، فحرّم ﷺ مارية على نفسه ليرضيها؛ فاستنكر الله سبحانه وتعالى على نبيه ﷺ أن يحرم شيئاً قد أحله الله تعالى له لأجل أن يرضي عائشة وحفصة بذلك التحريم، وأخبره أنه قد عفا عنه وأرشدته إلى أن يكفّر عن يمينه هذه بإطعام عشرة مساكين أو كسوتهم أو تحرير رقبة.

(٣) المذهب: لا تعتق؛ إذ ليست من كنايات العتق.

(٤) المذهب لا كفارة.

(٥) في تحريمه ﷺ مارية. (شرح بحر).

نوى تحريم العين فيمين^(١)، وإن لم ينو شيئاً فلا شيء هنا؛ إذ لم يصرح بلفظ التحريم. ٢١٢٢- **سَأَلَتْ:** فإن قال: كل ما أملكه فهو علي حرام ونوى الطلاق أو الظهار أو العتاق^(٢) أو مجموعها وقع ما نوى حيث له زوجات وإماء، وإلا حنث بالانتفاع بشيء من ماله فيكفر عند من جعلها يميناً.

٢١٢٣- **سَأَلَتْ:** ومن حق النية المقارنة لللفظ ولا [فلا] يضر فاصل ضروري كالسعال أو العطاس وبلع الريق، فإن تأخرت عن اللفظ لم تصح، وإن قارنت أول اللفظ دون آخره فوجهان: [الإمام يحيى والإسفرائيني]: يصح، كلو عَزُبَتْ نية الصلاة في أثنائها. [المروزي]: لا؛ إذ قارنت بعضاً لا يصلح للطلاق.

قلت: فإن قارنت آخر اللفظ دون أوله فالأقرب أنها لا تصح؛ لما ذكره المروزي. ٢١٢٤- **سَأَلَتْ:** ولا بد من إرادة إيقاع اللفظ في الصريح والكناية فلا يقع طلاق الساهي ومن سبقه لسانه، ولا يعتبر قصد المعنى^(٣) مع اللفظ إلا في الكناية؛ لتمييز.

١٩٤- فصل: في الطلاق بالفعل

٢١٢٥- **سَأَلَتْ:** [القاسمية وأبو حنيفة وأحد أقوال الشافعي]: ويصح بالكتابة؛ لقيامها مقام اللفظ؛ لاشتراكهما في المواضع^(٤). [أحد أقوال الشافعي]: لا، حتى ينطق بما كتب، كما لا تجزئ إشارة القادر على النطق.

قلنا: أجزاها وَاللَّهُ وَاسِعٌ مجرى الخطاب؛ إذ كان يكتب إلى من بعد عنه ويوجب أمثاله كخطابه^(٥)، ثم هي [هو] حروف مرتبة منظومة فأشبهه الكلام، بخلاف الإشارة. [أحد أقوال الشافعي]: تصح الكتابة في حق الغائب للعادة لا الحاضر،

(١) المذهب: لا يمين؛ لأن كنايات الأيمان محصورة وهذا ليس منها.

(٢) أما العتاق فلا؛ لأنه ليس من كناياته.

(٣) وهو ارتفاع النكاح إلا في الكناية لتمييز عن الصريح. (شرح).

(٤) كونها موضوعين لإفهام المخاطب. (وشلي).

(٥) يعني: أنه وَاللَّهُ وَاسِعٌ كان يلزم من بعد عنه بالكتابة إليهم ما كان يلزمهم بالمخاطبة والمشافهة من الأحكام الشرعية، وقد قال وَاللَّهُ وَاسِعٌ: ((القلم أحد اللسانين)). (شرح بحر).

فكإشارة الناطق.

قلنا: بل هي كالخطاب؛ لما مر^(١).

فَرْعٌ: [القاسمية وأبو حنيفة ومالك وأحد أقوال الشافعي]: وهي كناية لا صريح؛ لاحتماها الحكاية وتجويد الخط، فاعتبرت النية. [صاحب التلخيص من أصحاب الشافعي]: العبرة بالمكتوب إن كان صريحاً فصريح وإلا فكناية.

قلنا: كتابة الصريح محتملة كما مر.

[أحمد بن حنبل والمنصور بالله]: بل هي صريح فلا تعتبر النية مطلقاً^(٢).

لنا: ما مر^(٣).

فَرْعٌ: [القاسمية وأحد أقوال الشافعي]: والنية معها كافية. [أحد أقوال الشافعي]: بل لا بد من النطق مع النية.

قلنا: بناء على أنها لا تفيد، وقد أبطلناه.

فَرْعٌ: فإن كتب الطلاق مطلقاً^(٤) طلقت في الحال، وإن قيد بوصول الكتاب

تقيد.

فإن وصلها وقد انطمس حتى لا يفهم فلا طلاق؛ إذ وصول القرطاس غير مقصود فإن انمحى بعضه فالعبرة ببقاء المقصود وهي [هو] الجملة المفيدة للطلاق، ويحتمل أن لا يقع؛ إذ قوله: كتابي، يعم جميعه.

فإن قال: متى قرأت كتابي لم يقع حتى تقرأه؛ فإن كانت قارئة لم يقع بقراءة غيرها. والأمية يقع بقراءة غيرها عليها؛ إذ القصد^(٥) علمها. [بعض أصحاب الشافعي]:

(١) لاشتراكهما في المواضع.

(٢) في الصريح والكناية. (شرح بحر معنى).

(٣) لاحتماها الحكاية وتجويد الخط.

(٤) أي: غير مقيد بوصول الكتاب إليها. (شرح بحر).

(٥) وقد وقع.

لا، إلا بقراءتها بنفسها. ولا وجه له.

فإن قال: إذا وصلك كتابي فأنت كذا، إذا وصلك طلاقي فأنت كذا وقع اثنتان بوصول الكتاب تاماً عند من يقول بتواليه.

٢١٢٦- **سَأَلَتْ:** فإن كتب: أنت طالق، ثم استمد بالقلم مداداً فكتب ثانياً: إذا وصلك كتابي، فإن استمد لانقطاع المداد لم يقع الطلاق حتى يصل الكتاب؛ إذ استمداده كعروض السعال بين الطلاق والشرط^(١).

وإن استمد لحاجة أخرى وقع في الحال كلو طلق وسكت لغير حاجة ثم شرط^(٢).

٢١٢٧- **سَأَلَتْ:** ولا تؤثر الكتابة إلا حيث ترسم كفي اللوح والحجر ولو قرأ، أو في التراب، وإن لم ترسم فلا حكم لها كفي الماء والهواء والحجر بلا ارتسام، وكالارتسام حرق موضع الأحرف من القرطاس؛ إذ هو كالوقر في الحجر.

وفي الكتابة بالتراب أو الدقيق وجهان: يقع كالمرتسم، ولا؛ إذ تمحى بالرياح فأشبهه غير المرتسم.

قلت: فأما الطابع فوضعه ممن لا يعرف الكتابة لا يوجب طلاقاً؛ إذ ليس بنطاق ولا كاتب ولا مشير، فإن عرف أن وضعه يؤثر كتابة الطلاق فوضعه بنيته احتمال أن يكون كإشارة الأخرس.

فإن قال: إن وصلك نصف كتابي فأنت كذا فوصلها الكل فوجهان: تطلق؛ إذ قد وصل النصف، ولا؛ إذ جعل مجيء النصف وحده شرطاً. والأول أصح^(٣).

٢١٢٨- **سَأَلَتْ:** ولا يثبت حكم الكتاب إلا بشهادة كاملة على أنه كتبه أو أقر بكتابته، ولا يحكم بشهادتهما: أنه خطه أو إقراره، إلا أن يشير إلى الكتاب ويقر

(١) يعني: كما لو قال: أنت طالق وسكت لعروض السعال ونحوه، ثم قال: إن دخلت الدار فإنه لا يقع الطلاق إلا بدخول الدار فكذلك هنا لا يقع الطلاق حتى يصل الكتاب. (شرح بحر).

(٢) ولعله يستقيم حيث لم ينو الشرط فأما حيث هو ناو له فهو يصح بالنية في الباطن ولو لم يكتبه. (بيان).

(٣) قال الإمام يحيى: لأن الكل فيه النصف وزيادة والتحويل على المعاني دون الألفاظ. (شرح بحر).

بالنية^(١)، فإن علما ضرورة^(٢) أنه خطه جازت الشهادة والحكم وإن لم يشاهدها يكتب؛ إذ القصد بالمشاهدة حصول العلم^(٣).

١٩٥- فصل: في الإشارة

٢١٢٩- **سَأَلَتْ:** [العترة والفقهاء]: ويصح طلاق الأخرس والمصمت بالإشارة المفهمة للضرورة.

[أكثر أصحاب الشافعي]: ولا تصح من القادر على النطق؛ إذ لا ضرورة ولا تشبه الكلام؛ إذ ليست حروفاً مرتبة، بخلاف الكتابة. [محمد بن الحسن والطبري والإمام يحيى حكاية عن المذهب]: بل يصح منه؛ لإفهامها كالكتابة.

قلنا: ضعف شبهها بالكلام فلم يجعل لها حكمه إلا للضرورة.

١٩٦- فصل: في تولية الطلاق

الأصل فيه أنه **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** خير نساء^(٤) بعد نزول قوله تعالى: ﴿قُلْ لِأَزْوَاجِكُمْ..﴾ الآية^(٥) [الأحزاب: ٢٨].

٢١٣٠- **سَأَلَتْ:** وهو ضربان: تمليك، وتوكيل، فالتمليك: صريح وكناية.

فالصريح: أن يملكه مصرحاً بلفظه^(٦) أو يأمرها أو غيرها به مع: إن شئت أو إذا شئت ونحوه.

وكنايته: أمرك أو أمرها إليك أو اختاريني أو نفسك، فيقع واحدة بالطلاق أو

(١) فلورأياه يكتب وغاب الكتاب عن أعينهما لم يجز لهما أن يشهدا؛ لأن الخط يزور عليه وكذا لو لم يقر بالنية لأنها شرط كما مر ولا طريق إليها إلا إقراره. (شرح بحر).

(٢) يعني: من غير مشاهدة مع إقراره بالنية.

(٣) مع إقراره بالنية.

(٤) قوله: «الأصل فيه أنه **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** خير نساء.. إلخ»: تقدم.

(٥) ظاهر الآية يقتضي أنه لم يقصد تفويض الطلاق إليهن ولا التوكيل فيه وإنما قصد الإعلام. (شرح بحر).

(*) قلت: لا دلالة في الآية على تولية الطلاق؛ لقوله تعالى: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعِكُنَّ وَأَسْرِحْنَهُنَّ سَرَاحًا

جَمِيلًا﴾ [الأحزاب]. (سلوك).

(٦) أي: بلفظ التمليك مصرحاً بالطلاق. (قرو).

الاختيار في المجلس قبل الإعراض إلا المشروط بغير «إن» ففيه وبعده كما سيأتي تفصيله.

٢١٣١- **سَأَلَتْ:** [ابن عباس وابن عمر وابن مسعود وعائشة ثم العترة والفريقان]: من قال لزوجته: اختاري، فاخترت زوجها لم تطلق؛ إذ خير رسول الله ﷺ نساءه (١) فاخترته ﷺ فلم يطلقن. [علي وزيد بن ثابت ثم الحسن البصري وربيعه]: بل تطلق؛ إذ قد جمعها (٢) العقد (٣) فاخترها إياه كاختيارها نفسها.

قلنا: الرواية الصحيحة عن علي عليه السلام كقولنا والحجة عليه أظهر.

فَرَعٌ: ومن صيغ التخيير: أمرك إليك فاختاري، أو يقول لغيره: جعلت أمرها إليك أو بيدك، فيكون تملكاً.

فإن قال: أمرك بيدك إن شئت أو متى شئت أو إذا شئت فتمليك لها أيضاً (٤)، وكذا: طلاقك موكول إلى خيرتك أو مشيئتك.

٢١٣٢- **سَأَلَتْ:** [العترة والفريقان]: وهذه الصيغ كلها كناية تملك يعتبر فيها النية؛ لاحتمالها الطلاق وغيره (٥). [مالك]: اختاري وأمرك إليك صريح. قلنا: محتمل لغيره (٦).

٢١٣٣- **سَأَلَتْ:** [العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: وقولها: اخترت نفسي صريح فلا تعتبر

(١) قوله: «إذ خير نساءه.. إلخ»: عن مسروق قال: ما أبالي أخبرت امرأتي واحدة أو مائة أو ألفاً بعد أن تختارني ولقد سألت عائشة فقالت: خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه أفكان ذلك طلاقاً؟ وفي رواية أنها قالت: خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه فلم يعد ذلك علينا شيئاً. أخرجه البخاري (٥٢٦٥) ومسلم (١٤٧٧) وأخرج الثانية أبو داود (٢٢٠٣) والترمذي (١١٧٩)، وأخرج البخاري (٥٢٦٦) نحو المسند من الأولى. [ابن ماجه (٢٠٥٢)، وعبدالرزاق (١١٩٨٤)].

(٢) أي: الزوج والزوجة.

(٣) أي: عقد النكاح.

(٤) وذلك لإضافته إلى اختيارها. (شرح بحر).

(٥) ينظر في قوله: وكذا طلاقك موكول إلى خيرتك أو مشيئتك فإنه لا يحتمل غير الطلاق. والله أعلم.

(٦) كالسكنى والنفقة وغيرها. (شرح).

النية^(١). [الشافعي وأصحابه]: بل كناية؛ لاحتماله^(٢).

قلنا: لا نسلم الاحتمال.

فَرَعٌ: ولا بد من ذكر النفس في لفظها أو أحدهما وإلا بقي متردداً، فإن قال: اختاري نفسك، فقالت: اخترت الأزواج فوجهان: [الإمام يحيى والمروزي]: أصحهما وقوع الطلاق؛ إذ لا تحل للأزواج إلا بعد فراقه. وقيل: لا؛ إذ هو من جملتهم فكأنها اختارته.

فإن قال: أمرك بيدك ونوى به الطلاق فوجهان: [الإمام يحيى]: أصحهما لا يقع إلا بعد اختيارها؛ إذ هو تمليك لها فلا يقع إلا بقبولها. وقيل: يقع قبل اختيارها كقوله: حبلك على غاربك.

قلت: وهو قريب^(٣).

٢١٣٤ - **سَأَلَتْ:** [العترة والفريقان]: ويعتبر في التمليك اختيارها نفسها في المجلس؛ إذ هو كالقبول. [قوم من الفقهاء]: لا يعتبر؛ إذ هو توكيل لا تمليك، كطلقي نفسك.

قلنا: تفويض الأمر إلى اختيارها تمليك، كطلقي نفسك إن شئت.

فإن حذف هذا الشرط فتوكيل؛ إذ لم يكله إلى اختيارها.

فَرَعٌ: [المذهب وأبو طالب]: ولها المجلس فقط وإن طال ما لم تعرض؛ لقول عمر وعثمان وابن مسعود وجابر وابن عمر: «لها الخيار ما دامت في مجلسها»، ولا يخالف لهم. [الشافعي]: إن طال وقوفها ولو دون يوم ولم تختربطل؛ إذ يكون إعراضاً. [الإمام يحيى]: الأقرب أن الخلاف فيما يعد إعراضاً لا في اعتبار المجلس.

فَرَعٌ: ويبطل بفعل ما يعد إعراضاً كابتداء صلاة أو قراءة أو شغل ولو لمنفعة أو دفع مضرة.

فإن كانت قائمة فقعدت أو أتمت تسييحاً أو قراءة يسيرين [أبو طالب وأبو حنيفة]:

(١) من الزوجة.

(٢) اختيارها البقاء على الزوجية. (زيد).

(٣) وذلك لأن قوله: أمرك بيدك يحتمل الطلاق فإذا نواه وقع كالكناية. (شرح بحر).

لم يعد إعراضاً. [أبو حنيفة]: فإن سكتت سكوتاً طويلاً أو قصيراً فإعراض. [الإمام يحيى]: فيه نظر؛ إذ يشمل القصير التروي دون الطويل (١).

٢١٣٥ - **سَأَلَتْ:** [أبو طالب وأبو العباس]: ولو قال لغيره: طلق امرأتي إن شئت أو جعلت أمرها إليك، فتمليك يعتبر القبول (٢) في المجلس.

[أبو طالب وأبو العباس وأبو حنيفة]: وليس له الرجوع قبل قبوله كالمشروط (٣)، وإذا الطلاق لا يلحقه الفسخ بعد وقوعه (٤) فلا يجوز إبطال مُقَيِّده (٥).

[الإمام يحيى والشافعي]: يصح؛ إذ هو عقد تمليك كلو قالت: طلقني على ألف، ثم رجعت قبل قبوله.

قلت: وهو قوي.

٢١٣٦ - **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله وأبو طالب (٦) والإمام يحيى]: فإن قال: اختاري، فقالت: أنا أختار نفسي فكناية؛ لاحتمال (٧) سأختار. [أبو حنيفة وأصحابه]: بل صريح استحساناً، وفي القياس كناية.

٢١٣٧ - **سَأَلَتْ:** وإذا شئت، ومتى شئت - تمليك؛ لإضافته إلى اختيارها. [أبو طالب وأبو حنيفة]: لكن لها المجلس وغيره لعموم هذين الظرفين؛ إذ التقدير: أي وقت شئت بخلاف إن شئت فللمجلس فقط؛ إذ ليس بظرف فلا عموم.

٢١٣٨ - **سَأَلَتْ:** فإن قال: أمرك بيدك فقالت: اكسني كان إعراضاً فيبطل خيارها.

(١) المذهب: لا يبطل وإن طال ما لم يعد إعراضاً.

(٢) والامتنال لا القبول فقط..

(٣) نحو: أنت طالق إن دخلت الدار فإن رجوع الزوج في هذا قبل وجود الشرط منها لا يصح فكذلك في التمليك قبل قبوله. (شرح بحر).

(٤) ينظر فإنه قال في الأزهار ويتبعه الفسخ يعني أن الفسخ يتبع الطلاق.

(٥) سواء قيد بعقد أو شرط وذلك لأن الطلاق المرجع به إلى إبطال الحقوق الواجبة للزوج والحقوق لا يصح الرجوع في إسقاطها بحال كما في الشفعة والعتق ذكر معنى هذا في الغيث. (شرح بحر).

(٦) سقط في بعض النسخ.

(٧) يعني أن قولها: يصلح للحال والاستقبال فتدين في ذلك فإن أردت الطلاق وقع وإن أردت في المستقبل لم يقع.

٢١٣٩- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله والمذهب]: وأمرك إليك كناية تمليك فيقبل قوله: أردت التوكيل، فيكون توكيلاً. [الفريقان ومالك]: بل صريح فلا يقبل.
قلنا: محتمل فيقبل تفسيره.

فَرَعٌ: [العتره والشافعي]: فإن قالت: اخترت نفسي ونوت^(١) الطلاق فرجعي؛ إذ تجرد عن العوض وليس بثالث.

[الفريقان]: فإن نوى بقوله: أمرك بيدك ثلاثاً، تثلت؛ إذ فوض الطلاق إليها، فإن نوى نصابه وقع، بخلاف قوله: اختاري فلم يفوضها إلا في الاختيار وهو يقع بواحدة فلا يصح به التثليث.

قلنا: النية لا تؤثر في العدد؛ إذ لا يتضمنه اللفظ.

٢١٤٠- **سَأَلَتْ:** التفويض^(٢) تمليك، فيعتبر فيه ما مر^(٣). [قول للشافعي]: لا، بل كل صيغته توكيل.

لنا: ما مر^(٤).

٢١٤١- **سَأَلَتْ:** والتوكيل صريح كوكلتك أو أن يأمر به أمراً مطلقاً^(٥) كطلقي نفسك أو طلقها، وكناية ككناية التملك فلا يعتبر المجلس، ويصح الرجوع قبل الفعل، ومطلقه لواحدة على غير عوض، ويصح تقييده^(٦) وتوقيته^(٧).

٢١٤٢- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ولو قال: طلقتي نفسك ثلاثاً فقالت: طلقت ولم تنو

(١) وهذا خلاف ما ذكرته العتره وأبو حنيفة وأصحابه في المسألة الأولى أنه صريح فلا تعتبر النية منها فينظر.

(٢) هو المقرون بالمشيئة.

(٣) في فرع المسألة الثانية من هذا الفصل.

(٤) من أنه تمليك لإضافته إلى اختيارها. (شرح بحر).

(٥) يعني: ولم يقل إن شئت أو إذا شئت أو متى شئت. (زيد).

(٦) فالتقييد بالشرط نحو أن يقول: إذا جاء زيد فقد وكلتك أن تطلق امرأتي، والتوقيت نحو أن يقول:

وكلتك أن تطلقها غداً أو بعد شهر أو نحو ذلك. (شرح بحر).

(٧) وكذا التملك يصح تقييده وتوقيته. (شرح أثمار).

التثليث فوجوه: يقع ثلاثاً لقرينة السؤال، وواحدة اعتباراً بلفظها، ولا يقع شيء لمخالفتها الأمر.

فإن قال: طلقي نفسك ونوى ثلاثاً فطلقت ونوتها تثلت عند من يقول به؛ لمطابقتها ما نوى، فإن لم تنو هي الثلاث [التثليث] فوجهان: يتثلت اعتباراً بنية الزوج، ولا اعتباراً بلفظها.

فإن قال: طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة وقعت الواحدة اتفاقاً؛ إذ الإذن بالثلاث إذن بها.

قلت: وفيه نظر^(١).

فإن أمرها بواحدة فثلث [الشافعي]: وقعت واحدة؛ إذ الزيادة عليها لا تبطل الإذن بها. [أبو حنيفة]: بل لا يقع شيء؛ لمخالفتها.

[الإمام يحيى]: والفرق بين المخالفة بالزيادة والنقصان يدق، وذكر فرقاً غير مُعجِب^(٢)، ولعل الفرق: أنها حيث نقصت لا يمكنها الامتثال بدون ما فعلت فقد انتظمه الأمر بالأكثر، وفي الزيادة يمكنها الامتثال بدونها فلم ينتظمها فكأنها فعلت ما لم تؤمر به.

١٩٧- فصل: فيمن يصح طلاقه ومن لا

إنما يصح من مكلف مختار، فيصح من المريض والكافر والعبد إجماعاً؛ لقوله ﷺ: ((الطلاق لمن لزم بالساق))^(٣)، وكذلك من نسي كونها زوجته؛ لذلك.

(١) وذلك لأن الواحدة وإن كانت تدخل تحت الثلاث فوقع الواحدة كالمشروط بحصول التثليث؛ لأنه المأمور به فإذا لم يحصل التثليث لم تقع الواحدة والله أعلم. (زيد وشرح بحر).

(٢) وهو أنها مع المخالفة بالنقصان خالفت إلى أمر غير ملتبس بغيره وهي الواحدة ومع المخالفة بالزيادة الواحدة ملتبسة بالثلاث المخالفة فلهذا وقعت واحدة في الصورة الأولى دون الثانية وهذا الفرق ذكره الإمام يحيى لأبي حنيفة. (زيد).

(٣) (قوله): «الطلاق لمن لزم بالساق»: قال في التلخيص: حديث ((الطلاق لمن أخذ بالساق)): ابن ماجه (٢٠٨١) عن ابن عباس بلفظ: ((إننا الطلاق)) وفيه قصة، وفي إسناد ابن لهيعة وهو ضعيف. [والديلمي في الفردوس (٣٩٧٨)، والبيهقي (١٤٨٩٣)]. ولفظه في الشفاء: عن عكرمة أن رجلاً زوج عبداً له ثم خاصمه إلى النبي ﷺ فقال رسول الله ﷺ: ((الطلاق لمن أخذ بالساق)).

٢١٤٣- **سَأَلَتْ:** [العتره والفريقان]: ولا يصح من الصبي؛ إذ رفع القلم عنه، فلا حكم لعقوده. [رواية عن أحمد بن حنبل]: يصح؛ لعموم قوله ﷺ: ((الطلاق لمن لزم بالساق))، ولم يفصل.

قلنا: أراد المكلف جمعاً بين الأخبار.

٢١٤٤- **سَأَلَتْ:** ولا يصح من مجنون لا يعقل اتفاقاً. [المذهب]: ولا المعتوه^(١)؛ لقوله ﷺ: ((إلا طلاق المعتوه والصبي))^(٢)، وأما المبنج^(٣) فإن كان لضرورة بغير اختيار فكالمجنون وإلا فكالسكران، وسيأتي حكمه.

وأما من تغير عقله ولم يزل كالمثحش وشارب الميزر فيقع طلاقه وعقوده؛ لبقاء عقله.

٢١٤٥- **سَأَلَتْ:** ولا يصح من غير الزوج ولو أباً عن ابنه الصغير إلا عن الحسن البصري وعطاء، ولا السيد عن عبده إلا عن ابن عباس.

لنا: قوله ﷺ: ((لمن لزم بالساق)).

٢١٤٦- **سَأَلَتْ:** [زيد بن علي والصادق والقاسمية والناصر والمؤيد بالله والشافعي]: ولا يصح الطلاق قبل النكاح؛ لقوله ﷺ: ((لا طلاق قبل النكاح))^(٤)، وكالإقالة قبل البيع؛ إذ هو حل عقد. [أبو حنيفة وأصحابه]: إن أضاف إلى ملكه ككل امرأة

(١) وهو ضعيف العقل.

(٢) (قوله): «إلا طلاق المعتوه والصبي»: عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: ((كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله)) أخرجه الترمذي (١١٩١). وعن علي عليه السلام قال: ((كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمكره)) وقال: ألم تعلم أن القلم رفع عن المجنون حتى يفتق، وعن الصبي حتى يدرك وعن النائم حتى يستيقظ. أخرجه البخاري في ترجمة باب، ولم أقف على اللفظ للمذكور في الكتاب في الجامع والله أعلم. [أخرج حديث علي عليه السلام البيهقي (١٤٨٨٧) بدون قوله: «والمكره» وعبدالرزاق (١١٤١٥)، وأخرج البيهقي عن علي عليه السلام: «لا طلاق لمكره» (١٤٨٧٨)].

(٣) وذكر الفقيه يوسف والإمام في الغيث أنه لا يقع طلاقه مطلقاً.

(٤) (قوله): «لا طلاق قبل النكاح»: حكاها في الانتصار، ولفظه في الجامع: عن ابن عباس قال: جعل الله الطلاق بعد النكاح. أخرجه البخاري في ترجمة باب. هكذا موقوفاً. وفي التلخيص: حديث: ((لا طلاق إلا بعد نكاح، ولا عتق إلا بعد ملك)) هذا الحديث أخرجه الحاكم في المستدرک، وصححه من حديث جابر. [الحاكم (٣٥٧١) عن عائشة والبيهقي (١٤٦٦٠) عن علي عليه السلام، وابن أبي شيبة (٣٦٣١٥)، عنه أيضاً والخطيب (٤٥٥/٩)، عنه أيضاً وعبدالرزاق (١١٤٥٥) عن معاذ].

أنكحها، أو إذا تزوجت فلانة فهي كذا- صح كالطلاق المشروط.
قلنا: من لا يملك المطلق لا يملك المشروط؛ للخبر.
[مالك وابن أبي ليلى]: إن عين المرأة أو القبيلة وقع متى نكحها.
لنا: ما مر.

٢١٤٧- **سَأَلَتْ:** [علي وابن عباس وابن عمر ثم الحسن البصري والزهري وإبراهيم النخعي وسعيد بن المسيب ومجاهد والضحاك وسليمان بن يسار ثم زيد بن علي والهادي والمؤيد بالله وأبو حنيفة وأصحابه ومالك وقول للشافعي^(١)]: ويقع من السكران؛ إذ لم تفصل الأدلة وهي: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، ونحوها، ولقوله تعالى: ﴿لَا تَقْرُبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى﴾ [النساء: ٤٣]، فمخاطبتهم حال السكر تقتضي تكليفهم. [عثمان وجابر بن زيد وعن ابن عباس ثم عطاء وربيعة وطاووس والبيتي والليث بن سعد والمزني وعكرمة والقاسم بن محمد^(٢)] ثم الناصر وأحمد بن يحيى وأبو طالب وتخريج أبي العباس للقاسم والكرخي والطحاوي وداود]: لا يقع؛ لزوال عقله كالصبي والمجنون. [الإمام يحيى]: إن صيره السكر لا يفرق بين السماء والأرض بل كالنائم والمغمى عليه لم يصح طلاقه اتفاقاً، وإن صيره نشطاً طرباً لم يُضَع من عقله شيء صح اتفاقاً، وإن كان بين هاتين الحالتين بحيث لم يضع أكثر عقله فهو محل الخلاف.
قال: والأصح جواز عقوده؛ لتمييزه.

فَرَعٌ: واختلف في علة تصحيح طلاقه فقيل: المعصية تغليظاً عليه فعلى هذا ينفذ ما فيه عليه خسر كالطلاق والعتق والهبة^(٣)، لا ما فيه نفع كالنكاح والرجعة^(٤).
وقيل: لأن زوال عقله إنما يعلم من جهته فلا يقبل قوله في زواله؛ لفسقه، فيقع

(١) في نسخة والشافعي.

(٢) ليس هو ابن أبي بكر بل هو من المالكية. هكذا في هامش إحدى النسخ ولم أجده في كتب المالكية.

(٣) قيل: وكذا الظهار والإيلاء واليمين والإقرار ومضي مدة الخيار. (شرح بحر).

(٤) بل تصح رجعته وإرادته لطلاق من علق طلاقها على إرادته أو مشيئته وتصح رده وإذا قتل غيره قتل وإذا زنا حد وإذا فاتته صلاة لزمه قضاؤها.

ظاهراً ولا باطناً.

٢١٤٨- **سَأَلَتْ:** ولا يقع من النائم إجماعاً؛ لرفع القلم عنه.

٢١٤٩- **سَأَلَتْ:** والإكراه ضربان: إلجاء وهو من بلغ به داعي الحاجة إلى الفعل حداً لا يقابله صارف كمن جُرد عليه السيف أو أجمت له نار لا يمكنه دفعهما إلا بفعل ما أمر به.

والثاني: إكراه لا إلجاء وهو ما أزال الاختيار كالتواعد بالضرب المبرح والتخليد في الحبس ونحو ذلك^(١).

فَرَعٌ: [علي وعمر وابن عباس وابن عمر وابن الزبير ثم الحسن البصري وعطاء ومجاهد وطووس وشريح والأوزاعي والحسن بن صالح ثم القاسمية والناصر والمؤيد بالله ومالك والشافعي]: ولا يقع طلاق المكره بأي الضربين؛ لقوله تعالى: ﴿لَا إِكْرَاهَ فِي الدِّينِ﴾ [البقرة: ٢٢٦]، أي: لا حكم لفعل المكره إلا ما خصه دليل؛ إذ الإكراه على الدين واقع^(٢). [إبراهيم النخعي وسعيد بن المسيب وسفيان الثوري وعمر بن عبدالعزيز ثم أبو حنيفة وأصحابه]: بل يصح طلاقه؛ لقوله ﷺ: ((ثلاث هزلهن جد...)) الخبر^(٣)، وقوله ﷺ: ((كل طلاق واقع إلا طلاق المعتوه والصبي))^(٤).

قلنا: معارض بقوله ﷺ: ((وما استكرهوا عليه)).

قلت: وقوله: ((لا طلاق في إغلاق))^(٥) الإغلاق المنع، ثم إن المكره ليس

(١) كأخذ مال مجحف أو قتل الولد ونحوه أو الإزعاج عن الوطن أو جر الرجل في حق من له رئاسة، أو

نحو ذلك فلا يقع الطلاق من كان مكرهاً بأي هذه الأمور ونحوها ذكر معني ذلك في شرح الأثرار.

(٢) يعني: ليس المقصود هو رفع الإكراه فإنه واقع لا محالة وإنما المقصود هو رفع حكمه من المأثم والمغرم إلا ما قامت عليه دلالة كما يأتي في مسألة بعد هذه كما في المولي إذا أكرهه الحاكم على الطلاق فإنه يصح طلاقه. (شرح بحر).

(٣) (قوله): «ثلاث هزلهن جد»: تقدم.

(٤) (قوله): «كل طلاق واقع... إلخ»: تقدم الكلام عليه.

(٥) (قوله): «لا طلاق في إغلاق»: لفظه في الجامع: عن صفية بنت شيبة قالت: سمعت عائشة تقول: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق» أخرجه أبو داود (٢١٩٣)، وقال: الإغلاق الغضب. [الحاكم (٢٨٠٢)،

هازلاً، ثم الخبر الثاني يقتضي صحة طلاق النائم فيبطل الأخذ بظاهرهما.
٢١٥٠- **سَأَلَتْ:** ويصح إكراه الحربي على الإسلام، وفي الذمي تردد [الإمام يحيى]:
الأصح جواز ذلك.

قلت: وفيه نظر^(١).

وإكراه المرأة على الرضاع لا يبطل ثبوت حكمه في التحريم، والإكراه على القتل
لا يبيحه فيلزمه القصاص كما سيأتي.
ولا يبيح الزنا لكن يسقط الحد على خلاف سيأتي.

فإن حلف من دخول الدار بطلاق امرأته فأكرهه على الدخول حنث^(٢) به ولم
يُطَّلِ الإكراه الحنث؛ إذ قد وقع الشرط.

٢١٥١- **سَأَلَتْ:** ويصير مكرهاً بوعيد القادر بضرر ظاهر كقتل أو ضرب مؤلم أو
حبس طويل^(٣) أو إتلاف مال مجحف أو قتل ولد له أو صفع من له رئاسة في الملاء
أو جر برجله في السوق أو نحو ذلك^(٤).

ولا خلاف في القتل والجرح المفضي إليه واختلف فيما دونه: الأصح^(٥) أنه
إكراه^(٦)؛ لرفعه الاختيار.

٢١٥٢- **سَأَلَتْ:** ويصح طلاق الهازل^(٧)؛ للخبر^(٨). [رواية عن الشافعي]: لا يحكم

والبيهقي (١٤٨٧٤)، وابن أبي شيبة (١٨٠٣٨)، وابن ماجه (٢٠٤٦)، وأحمد (٢٦٤٠٣). وعن ابن
عباس: «ليس لمستكره ولا مجنون طلاق» أخرجه البخاري في ترجمة باب، وفي ذلك أحاديث أخرى.

(١) لعل وجه النظر: أن ذلك خلاف مقتضى الذمة والله أعلم. (زيد وشرح بحر).

(٢) حيث بقي له فعل وإلا فلا.

(٣) فالساعة ليس بإكراه والسنة إكراه وما بينهما مختلف والضابط فيه حصول الضرر. (زيد) ولو ساعة.

(٤) كالإزعاج عن الوطن في بعض الأحوال، وكذلك السب والشتيم. نعم: وضابط الضرر أن يجري
مجري حدوث علة أو زيادتها أو استمرارها كما ذكره **عَلَيْهِ السَّلَامُ** في باب الإكراه. (شرح بحر).

(٥) مع الضرر.

(٦) وقرر أن العبرة بالضرر.

(٧) يعني: إنشاؤه لا الإقرار به فلا يصح؛ لأنه إخبار عن أمر متقدم. (تذكرة ونجري معني).

(٨) ثلاث هزلن جد... إلخ.

بنكاحه.

قلنا: مخالف للنص.

ويصح بيعه وشراؤه قياساً على ذلك^(١) فلا وجه لتردد بعض الفقهاء فيما عدا الثلاثة المنصوصة.

٢١٥٣- **سَأَلَتْ:** ولا يقع ممن سبقه لسانه كمن اسم امرأته طارق فقلب الراء لاماً في ندائه من غير قصد، ولا يقبل قوله إلا مع مثل هذه القرينة، فإن كان اسم امرأته طالقاً وعبدته حراً قبل قوله. [الإمام يحيى]: وحيث لا نية له وقع ظاهراً لا باطناً.

قلت: الأقرب لا يقع؛ إذ صار لتردده كالكنية.

٢١٥٤- **سَأَلَتْ:** ولو طلق امرأة ظاناً أنها غير زوجته طلقت؛ إذ الحكم للإشارة. [الغزالي]: لا؛ إذ ظنه لذلك يرفع قصده رفع النكاح. قلنا: هذا القصد غير معتبر في الصريح.

١٩٨- فصل: في سراية الطلاق

٢١٥٥- **سَأَلَتْ:** إن قال: بعضك طالق أو جزء منك أو شيء منك طلقت إجمالاً^(٢)؛ إذ لا مخصص لجزء دون جزء.

فَرَعٌ: [العتره والشافعي]: فإن عين بعضاً كالشعر والظفر والرأس واليد والكبد والرئة. قلت: والعظم - طلقت أيضاً؛ إذ لا يتبعص تحريمها وكغير المعين. [أبو حنيفة]: لا يقع؛ إذ المعين كالمنفصل فأشبهه الدم والصوت.

قلنا: متصل فأشبهه غير المعين^(٣).

فَرَعٌ: [المذهب والفرقان]: فإن أضاف إلى منفصل كالعرق واللبن والبول والريق

(١) وسائر عقود قياساً لها على الثلاثة المنصوصة في الخبر والجامع كونها كلها إنشاءات. (شرح بحر).

(٢) وكذا تطلق في الجزء المقدر كأن يقول: نصفك أو ثلثك وما أشبه ذلك. (شرح بحر).

(٣) بجامع البعضية مع الاتصال بالزوجة بخلاف الدم والصوت فهما أمران مغايران لها فهما بمنزلة اللباس. (شرح بحر).

والدمع والمني لم يقع، وعن قوم يقع.

قلنا: منفصلة فأشبهت الظل والمكان.

فإن قال: حسنك طالق أو جمالك أو لونك أو بياضك لم يقع؛ إذ هي صفات (١)

فليست جزءاً منها.

[المرتضى]: والصوت كالمنفصل. [بعض أصحابنا]: وكذلك الحياة والروح. [الإمام

يحيى]: بل هما كالم متصل؛ إذ هما قوام الإنسان وأصله.

قلت: والأول أولى.

فإن قال: ذكرك أو لحيتك طالق لم تطلق إجمالاً؛ إذ لم يقع على شيء منها، وكذا

لو قال: يمينك وهي مقطوعة أو عينك وهي مقلوعة.

فإن قال: إن دخلت الدار فيمينك طالق فقطعت ثم دخلت فوجهان: [الإمام

يحيى]: أصحابهما لا تطلق؛ إذ سرايته مشروطة بالاتصال عند وقوعه، ولا اتصال.

وقيل: يقع؛ إذ البعض عبارة عن الكل.

قلنا: لا نسلم.

٢١٥٦- **سَأَلَتْ** وفي الشحم والدم تردد، قيل: كاللبن؛ إذ هما مائعان منفصلان،

وقيل: كاللحم؛ إذ هما قوام الإنسان. [الإمام يحيى]: الشحم كاللحم؛ إذ يقال: لحم

سمين، والدم كاللبن؛ لانفصاله.

قلت: وهو الأصح.

فإن قطعت الأذن ثم ألحمت ثم طُلقت (٢) فوجهان: [الإمام يحيى]: أصحابهما يقع

الطلاق (٣)؛ إذ صارت كالممتصلة من الأصل.

(١) قيل: وكذا الشم والذوق ونحو ذلك من المعاني. نعم: أما لو قال أبيضك أو أسودك طالق فإنها

تطلق؛ لأن الطلاق وقع هنا على المحل لا على الصفة. (شرح بحر).

(٢) أي: الإذن. (شرح بحر).

(٣) حيث جبر عليها اللحم وحيث جرى عليها الدم وإلا فلا.

١٩٩- فصل: في محل الطلاق

٢١٥٧- **مَسْأَلَةٌ:** [العتره والفقهاء الأربعة]: محله الزوجه لا الزوج، وعن بعض [الفقهاء] هما جميعاً؛ إذ عقد النكاح متناول له كالزوجه.

والإيقاع إليه إجماعاً؛ إذ لم يُصَفْ إليها في حال بل إلى الرجال في قوله تعالى: ﴿إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾ [الطلاق: ١] وغيرها، وإنما اختلفوا في مسائل:

٢١٥٨- **مَسْأَلَةٌ:** [العتره وأبو حنيفه وأصحابه]: وإذا قال: أنا منك طالق لم يقع؛ لما مر (١). [الشافعي ومالك]: يقع؛ إذ نكاحها ملتبس بالزوج بدليل تحريم نكاح أختها وأربع غيرها فأشبهه تحريمها على غيره.
لنا: ما مر (٢).

فَرْعٌ: [العتره والفریقان]: فإن قال: أبت نفسي منك، أو أنا خلي أو بري منك ونوى الطلاق وقع؛ لصحة اتصافه بذلك، بخلاف الطلاق، وكذا: أنا عليك حرام؛ لما مر (٣).

٢١٥٩- **مَسْأَلَةٌ:** [العتره وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: وصريح الظهار كناية في الطلاق كالتحريم. [أبو حنيفه والشافعي]: كان صريح طلاق في الجاهلية فنسخ فلا يقع به الطلاق في الإسلام.

قلنا: نسخ كونه صريحاً فقط (٤).

فَرْعٌ: وقول [الهادي]: إن نوى به الظهار كان ظهاراً، يقتضي أن الصريح يفتقر إلى النية فخرج المؤيد بالله منه أن الصريح يفتقر إليها. [أبو طالب]: إنما ذكره توسعاً وتسامحاً؛ إذ الصريح لا يفتقر.

٢١٦٠- **مَسْأَلَةٌ:** [المذهب وأبو حنيفه]: وكنايات الظهار كنايات طلاق أيضاً؛ لما مر (٥).

(١) في الخامسة من الفصل الرابع.

(٢) في الخامسة من الفصل الرابع وهو أنه لم يوصف الرجل بأنه طالق لغةً ولا عرفاً. (شرح بحر).

(٣) فإنه يقع به الطلاق إذا نواه؛ لأن الرجل يوصف بأنه حرام على المرأة كما توصف بأنها حرام عليه. (شرح بحر معني).

(٤) وبقي الكناية.

(٥) في صريح الطلاق. (شرح بحر).

٢١٦١- **سَأَلَتْ:** [الهادي وقول للشافعي]: فإن قال: عليه الطلاق أو يلزمه الطلاق فكناية. [الإمام يحيى وقول للشافعي]: لا؛ كأننا منك طالق.

قلت: لا نسلم، بل كأوقعت الطلاق^(١).

٢١٦٢- **سَأَلَتْ:** [المذهب والغزالي عن الطبري]: ولا يشترط في الكناية إضافتها إلى الزوجة^(٢). [بعض أصحاب الشافعي]: بل يشترط.

قلنا: لا دليل.

٢٠٠- فصل: في كسر الطلاق

٢١٦٣- **سَأَلَتْ:** [العتره والفريقان]: كسر الطلاق يتم فمن قال: نصف طلقة أو ربعها أو عشرها وقعت كاملة، كما يسري من البعض إلى الكل. [داود وربيعه]: لا يسري ولا يتم كسره بل يلغو حينئذ.

قلنا: لم تفصل الأدلة بين بعضه وكله في أنه واقع؛ لعموم: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ﴾ [الطلاق: ١]، ومن أوقع بعض طلقة فقد طلق.

فَرَعٌ: فلو قال: نِصْفِي تطليقة وقعت واحدة، وقيل: بل اثنتان؛ إذ النصف عبارة عن طلقة.

فإن قال: خمسة أرباع طلقة كان الربع^(٣) لغواً.

فإن قال: نصفاً تطليقتين أو خمسة أرباعهما وقع اثنتان عند من قال بتواليه، وثلاثة أنصاف ثلاث^(٤) - ثلاث.

فإن قال لامرأته: بينكما طلقة ونصف وقع على كل واحدة اثنتان.

فإن قال: بينكما خمس تثلت عليهما؛ إذ طلقتان ونصف يكون ثلاثاً، فإن قال

لثلاث: بينكن ثلاث وقع على كل واحدة منهن واحدة.

(١) يعني: أنه يصير مع النية بمنزلة من قال: أوقعت الطلاق. (شرح بحر).

(٢) بل إذا قال: أنا خلي أو بري كفى.

(٣) الخامس.

(٤) يقع.

وكذا لو قال لأربع: بينكن طلقة أو ثنتان أو ثلاث أو أربع وقع على كل واحدة واحدة.

فإن قال: خمس تثنى عليهن إلى ثمان، فإن قال: [إلى] تسع تثلث.

ولو قال لثلاث: عليكن سدس طلقة وربيع طلقة وثلث طلقة - تثلث على كل واحدة. [بعض أصحاب الشافعي]: لا، إلا واحدة كلو قال: عليكن ثلاث تطليقات.

قلنا: هذا كقوله بينكن ثلاث، بخلاف الأجزاء المذكورة.

قلت: وفيه نظر^(١).

فإن قال: عليك ثلاثة أنصاف طلقة لم يقع إلا واحدة في الأصح، ويلغو النصف الثاني، وقيل: بل اثنتان كعليك طلقة ونصف.

وكذا الخلاف في خمسة أرباع طلقة ونحوه^(٢).

فإن قال: سدس وثلث طلقة فواحدة، فإن قال: سدس طلقة وثلث طلقة فاثنتان في الأصح؛ إذ تكرير طلقة أمانة كون الجزأين من تنتين.

فإن قال لثلاث: بينكن طلقة ثم قال للرابعة: أشركتك معهن فإن لم ينو بالتشريك الطلاق فلا شيء؛ إذ هو كناية.

فإن نواه ولم ينو كيفية التشريك: [الفقهاء]: وقع عليها اثنتان؛ إذ التشريك أن يقع عليها نصف ما لهن ولهن ثلاث فنصفها طلقة ونصف. [الطبري]: بل واحدة؛ إذ لا يلزم من الاشتراك مساواة الشريكين بل الأقل وهو هنا واحدة.

٢١٦٤ - **سَأَلَتْ**: إذا كانت الأعداد جبوراً قسمت كما هي^(٣)، فإن قال لثلاث: بينكن ثلاث وقع على كل واحدة واحدة من غير حاجة إلى تشريك في كل واحدة.

(١) وذلك لأن قوله: «بينكن» يقتضي قسمة الثلاث غير مشاعة بخلاف: «عليكن». (زيد). يحقق توجيهه

النظر. (زيد)؛ لأن بينكن وعليكن سواء.

(٢) كستة أخماس طلقة وسبعة أسداس طلقة.

(٣) يعني: جبوراً.

وإن كانت كلها كسوراً فكل كسر واحدة، فحيث قال: بينكن أو بينكما طلقة يقع واحدة واحدة، فإن قال: ونصف تثنى عند من يراه، وكذا في كل ما أشبهه. فإن كانت جبوراً وكسوراً كقوله لاثنتين: بينكما طلقتان ونصف فكذلك. قلت: فيثنى على كل واحدة قياساً على ما مر.

٢١٦٥- **سَأَلَتْ:** وفي كون طلاق البعض واقعاً بالسراية كالعق أو لإطلاق البعض على الكل وجهان: [الإمام يحيى]: أصحابهما: الثاني. قلت: بل الأول كما مر له في مقطوعة اليمين.

٢١٦٦- **سَأَلَتْ:** فإن أوقع ستاً على ثلاث تثنى على كل واحدة. فإن قال: أراد لا شيء على فلانة، ولفلانة اثنتان، ولفلانة واحدة فأقوال: يقبل بكل حال؛ لاحتماله^(١)، ولا بكل حال؛ إذ يخالف الاشتراك المنصوص. الثالث: يقبل توزيعه لا إخراج إحداهن؛ إذ التخصيص بالنية لا يرفع التنصيص^(٢). الرابع: يقبل التوزيع والإخراج ما لم يتعطلن جميعاً عن الطلاق. [الإمام يحيى]: والأول أصح؛ لاحتماله.

٢٠١- فصل: في الطلاق المتببس

٢١٦٧- **سَأَلَتْ:** من شك هل طلق امرأته أم لا؟ فلا حكم لشكها إجماعاً؛ إذ الأصل البقاء [البراءة].

فَرَعٌ: [العتره] [وأبو حنيفة^(٣)] والشافعي ومحمد بن الحسن وأحمد بن حنبل: فإن تيقن الطلاق وشك في العدد بنى على الأقل؛ إذ الأصل عدم الزيادة. [مالك وأبو يوسف]: بل على الأكثر؛ إذ هو الأحوط. قلنا: هو حسن لكن كلامنا في الواجب.

(١) لما نواه.

(٢) باللفظ.

(٣) ساقط في بعض النسخ.

٢١٦٨- **سَأَلَتْ:** فإن التبتت المطلقة لجهل أو نسيان بعد تعيينها أوجب اعتزال الجميع؛ لتيقن التحريم في واحدة منهن، ويقبل قوله: إنها هذه؛ إذ هو أعرف بضميره^(١) فتعتد من يوم الطلاق لا من يوم التعيين، ولا حكم لتكذيب المعينة؛ إذ القول له.

فإن قال بعد تعيينه واحدة: بل هي هذه طَلَقْنَا الْأُولَى بالتعيين والثانية بالإقرار؛ إذ لا يصح الرجوع عن الطلاق.
فإن قال: هذه، لا بل هذه، لا بل هذه - طلقن جميعاً.

٢١٦٩- **سَأَلَتْ:** [ابن عباس ثم المرتضى وأبو العباس وأحمد بن حنبل]: فإن قال: امرأتي أو زوجتي طالق وله ثلاث ولا نية^(٢) له - طلقن جميعاً؛ لعموم اللفظ بالإضافة^(٣) بخلاف: إحدان. [المؤيد بالله والإمام يحيى والفريقان ومالك]: لا، إلا واحدة؛ إذ ليس بلفظ عموم، وصلاحيه اللفظ لكل واحدة لا يثبت به العموم كرجل وفرس، وإذ لا يصح الاستثناء هنا.
قلت: وهو قوي.

٢١٧٠- **سَأَلَتْ:** [القاسمية والناصر والمؤيد بالله والشافعي ومالك وزفر وابن أبي ليلى]: ولو قال: يا زينب فأجابته عمرة فقال: أنت طالق طلقت المنوية لا المجيبة؛ إذ لكل امرئ ما نوى. [أبو حنيفة] بل المجيبة؛ إذ الخطاب لها والخطاب كالإشارة.
قلنا: لا نسلم^(٤). سلمنا: فالنية أقوى؛ إذ هي مؤثرة في القول والفعل، وقرينة النداء صارفة عن الخطاب.

(١) هذا إذا ذكر بعد النسيان أو عرف بعد الجهل، وأما أنه يعين واحدة مع بقاء اللبس فلا يقبل تعيينه.
(٢) فإن كان له نية في تعيين واحدة منهن فله نيته في ذلك. (شرح بحر).
(٣) يعني: أن كلمة امرأة نكرة فلما أضيفت إليها ياء النفس وهي معرفة اقتضى ذلك العموم والاستغراق. (شرح بحر).
(٤) قال الإمام يحيى: لأن الخطاب قول والإشارة فعل، والقول مغاير للفعل، فلا يلزم أن يكون حكمه حكمه في جميع الأحوال. (شرح بحر).

٢١٧١- **مَسْأَلَةٌ:** [العتره والفريقان]: فإذا أوقعه على غير معينة في نيته كإحداكن كذا وقع على واحدة لا بعينها. [مالك]: بل على جميعهن؛ إذ لا اختصاص (١).

قلنا: ليس بعام لفظاً ولا معنى.

فَرْعٌ: [القاسمية والشعبي]: ولا يتعلق بالذمة بل يقع على واحدة لا بعينها فليس له صرفه إلى من يشاء. [المؤيد بالله وتخريجه والفريقان]: بل المبهم في الذمة غير واقع فله تعيين من شاء؛ لجواز وقوفه على الخطر (٢) والشرط فجاز ثبوته في الذمة كالعق (٣).
قلت: حل عقد فلا يثبت في الذمة كفسخ المبيع، ولفظ يوجب الفرقة فلا يثبت في الذمة كالنذر بالطلاق (٤).

فَرْعٌ: [الهم]: وإذا ثبت في الذمة اعتزلهن حتى يعين؛ لتيقن التحريم في إحداهن.
قلت: ثبوته في الذمة يقتضي أن لا تحريم في أيهن فإيجاب الاعتزال يُقَوِّي قولنا، ويلزمه تمييز المطلقة؛ لتصل غيرها إلى حقها، وله تعيين من شاء؛ لتعلقه بذمته، بخلاف ما لو أوقعه على معينة فالتبست (٥).

ومتى قال: هذه لم أطلقها تعين في الأخرى (٦).

فإن قال: عينت هذه لا بل هذه- طلقت الأولى لا الثانية (٧)، بخلاف الملتبسة كما

مر.

(١) للطلاق بواحدة دون غيرها قلنا: قوله: «إحداكن» ليس بعام لفظاً ولا معنى؛ إذ لا صيغة عموم فيه ولا يصح الاستثناء منه كما مر. (شرح بحر).

(٢) يعني: لأن الطلاق مما يصح تعليقه بالأخطار والشروط، والمراد بالخطر هو ما يتردد في حصوله وعدمه كوقوع المطر وورود القافلة ونحو ذلك. (شرح بحر).

(٣) لأن مبعضه يتم ومؤقته يتأبد. (زهور).

(٤) كأن يقول: عليه الله طلاق، لم يلزمه بخلاف الله عليه عتق؛ لأن له أصلاً في الثبوت في الذمة كالكفارات بخلاف الطلاق. (شرح بحر).

(٥) فليس له تعيين الطلاق على من شاء بل يعمل بغالب ظنه. (شرح بحر معنى).

(٦) وذلك لأن قوله هذه لم أطلقها يتضمن الإقرار بطلاق الأخرى. (شرح بحر).

(٧) لأن بتعيينه على الأولى لم يبق ما يقع على الثانية. (شرح بحر).

ومن وطئها لم يكن له تعيينها^(١) كوطء الأمة المبيعة في مدة الخيار^(٢). وقيل: بل له تعيينها كلو طلق معينة ثم جهلها. [بعض أصحاب الشافعي وأحمد بن حنبل]: لا تعيين بقول ولا وطء بل القرعة. [الإمام يحيى]: الوطاء أدخل في الاختيار.

فَرْعٌ: [لهم والحنفية وابن أبي هريرة من أصحاب الشافعي]: ويقع من حين التعيين؛ إذ لم يقع إلا به بدليل أن له تعيين من شاء. [بعض أصحاب الشافعي]: بل من وقت الإيقاع؛ إذ لولاه لما وقع شيء ولا أثر للتعيين بل هو كاشف. وقيل: من حين الإيقاع لكن العدة من عند الوقوع^(٣). [الإمام يحيى]: والأول أصح؛ لما مر^(٤).

فَرْعٌ: وعلى قولنا يلزمه اعتزالهن جميعاً؛ لتيقن التحريم^(٥)، ولا يخرج منه إلا بطلاق^(٦)؛ لتحقق النكاح في حقهن إلا واحدة.

ويصح رفع اللبس بأن يطلق من لم يكن طلقها؛ لتحقق الطلاق، ويصح بالرجعة كمن طلقها فقد راجعتها، ومن منع الرجعة المبهمه راجع كل واحدة بعينها؛ ليصادف المطلقة.

فإن امتنع من رفع اللبس أجبره الحاكم^(٧) كالمؤلي، فإن تمرد فالفسخ؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، فإن كان قد تثنى عليهن حرمن جميعاً بالملتبسة ونحو ذلك^(٨)، وعلى قول الخصم لا يصح رفع اللبس؛ إذ الطلاق لا يقع إلا بالتعيين.

(١) بل قد تعين في غيرها وهذا قول الكني والإمام يحيى.

(٢) فإن وطأها إياها اختياراً لفسخ البيع فكذا يكون الوطاء اختياراً لصرف الطلاق منها. قال الإمام يحيى: وهو الأصح عند أصحاب الشافعي لمذهبه.

(٣) يعني: من عند التعيين.

(٤) وهو قوله: إذ لم يقع إلا به.

(٥) في واحدة لا بعينها. (شرح بحر).

(٦) قال في الغيث: الأقرب أن له أن يتزوج الخامسة قبل أن يطلق، ولا يجوز له أخت إحداهن لاحتمال أن يكون المطلق غيرها فيكون جامعاً بين الأختين. (شرح بحر معني).

(٧) على رفع اللبس بالطلاق أو الرجعة. (شرح بحر).

(٨) نحو: أن يكون قد طلق واحدة منهن تطليقتين ثم أوقع هذه الملتبسة فإن المطلقة أولاً إن كانت

فَرْعٌ: فإن كان قد دخل بهن فلهن المهور كاملة، وإلا فنصف المسمى، فإن لم يسم فالمتعة.

فإن مات فهو كالدخول فلهن ثلاثة مهور كاملة ونصف لأجل المطلقة، يقسم بينهما تحويلاً إن استوت مهورهن وإلا نقص على الناقص بحسبه^(١).
فإن دخل ببعضهن دون بعض حوّل بحسبه^(٢).

فَرْعٌ: وكذلك الميراث إن مات قبل الدخول بهن فالميراث لثلاث منهن، وواحدة لا ترث؛ لتطبيقها قبل الدخول لكنها ملتبسة فيقسم أرباعاً.
وكذا إن مات وقد دخل بهن لكن بعد مضي عدة المطلقة [الملتبسة]، فإن كان قد دخل ببعض حوّل كما مر.

فلو دخل بهن إلا واحدة ومات في العدة فلغير المدخولة من الميراث ثمن تحويلاً والباقي لصواحبها.

وإن كان قد دخل بواحدة فقط ومات في العدة فللمدخولة ثمن وسدس تحويلاً والباقي لصواحبها. وإن دخل باثنتين فقط فقس على ذلك^(٣).

فَرْعٌ: فإن مات فعلى كل واحدة منهن عدة وفاة وعدة طلاق^(٤)؛ ليتيقن براءة

معلومة حرمت وحدها؛ لجواز وقوع هذه الطلقة عليها وإن كانت غير معلومة حرمن كلهن ولا يخرجن إلا بطلاق كما مر. (زيد).

(١) فيكون لكل واحدة مهراً إلا ثمناً وذلك لأن نصف مهر تستحقه بكل حال والنصف الآخر استحقته في ثلاثة أحوال وسقطت عنه في حال وهذا حيث سمي هن كلهن، فأما لو سمي لبعضهن دون بعض فحيث سمي لواحدة فقط فلها ثلاثة أرباع مهرها، وحيث سمي لاثنتين فلها مهر وثلاثة أرباع وحيث سمي لثلاث هن مهران وثلاثة أرباع ولمن لم يسم لها نصف متعة فقط سواء كانت واحدة أو أكثر وحيث لا تسمية قط هن متعة تقسم بينهما. (شرح بحر).

(٢) فحيث دخل بواحدة فقط فلها المسمى وإلا فالمثل، وللباقي ثلاثة مهور إلا ربعاً إن سمي هن وإن لم فنصف متعة وحيث دخل باثنتين فلها المسمى وإلا فالمثل وللأخرين مهران إلا ربعاً إن سمي لهما وإن لم فنصف متعة وإن سمي لإحدهما فلها ثلاثة أرباع مهرها وللأخرى نصف متعة. (شرح بحر).

(٣) فيكون للمدخول بهما ثلث الميراث وربعه ولغيرهما ربه وسدسه. (شرح بحر).

(٤) هذا مع الدخول لا مع عدمه فعدة الوفاة فقط. (شرح بحر).

ذمتها كمن عليه صلاة من خمس فتعتد أربعة أشهر وعشراً فيها ثلاث حيض.

فَرْعٌ: ويجب التحويل في نفقة العدة^(١)، ويقسم الحاصل بينهما مع اللبس.

فَرْعٌ: فلو قال: زينب طالق وكل واحدة من نسائه اسمها زينب أو أقبلن فقال:

أنت طالق ولم يشر إلى أيهن - فهو كالذي التبس بعد تعيينه، ولا قائل هنا بأنه يتعلق في الذمة بخلاف: إحدان طالق ففيه الخلاف؛ لصلاحيته لفظه في أصل وضعه^(٢)

لكل واحدة، بخلاف اللقب وضمير الخطاب فنحن نقطع أنه أراد به واحدة بعينها مطابقة لوضعه لكن التبس بعد التعيين.

٢١٧٢- **سَأَلَتْ:** [القاسمية]: ولا يعتبر في عدد الطلاق النساء ولا الرجال فتطبيق

الأمّة ثلاث كالحرة، والعبد ثلاث كالحرة؛ لعموم قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾

[البقرة: ٢٢٩]. [علي ثم الناصر وأبو حنيفة وسفيان الثوري]: بل يعتبر بالنساء فللحرة ثلاث ولو

كان الزوج عبداً، وللأمّة اثنتان ولو كان الزوج حراً؛ إذ هن^(٣) محله، من حيث هو

فسخ للعقد، والعقد إنما يتناول المرأة لا الرجل.

قلنا: مسلم أمنن محله فما وجه اختلاف العدد؟

(١) فحيث لم يدخل بهن فلهن ثلاث نفقات بينهما أربعاً، وحيث دخل بهن لهن نفقتهن في أقصر

العدتين وفي الزائد إن كان من عدة الوفاة فلهن فيه ثلاث نفقات، وإن كان من عدة الطلاق فلهن فيه

نفقة واحدة بينهما، وحيث دخل بواحدة فقط لها نفقتها في أقصر العدتين وفي الزائد نصف نفقتها

والباقية نفقتان ونصف في عدة الوفاة فقط، وحيث دخل بائنتين لها نفقتهما في أقصر العدتين وفي

الزائد إن كان من عدة الوفاة فنفقة ونصف، وإن كان من عدة الطلاق فنصف نفقة وللآخرتين نفقة

ونصف في عدة الوفاة فقط، وحيث دخل بثلاث لهن نفقتهن في أقصر العدتين وفي الزائد إن كان من

عدة الوفاة فنفتان ونصف، وإن كان من عدة الطلاق فنصف نفقة بينهما، فإن التبس المدخول بهن

بغير المدخول بهن قسم ما يجب لهن الكل على سواء. (شرح بحر).

(٢) وذلك لأنه اسم دال على معنى وهو الأحدية فهو من الأسماء المتواطئة كرجل وفرس بخلاف اللقب

وهو قولك: زينب فإنه من أسماء الأعلام ولا شركة في اسم العلم بحال؛ لأنه وضع لشخص بعينه

ولهذا كان الطلاق واقعاً على واحدة لا بعينها وكذا في ضمير الخطاب وهو قولك: «أنت» لأنه جار

مجري اسم العلم. (شرح بحر).

(٣) يعني: نساءه.

[ابن عباس وابن عمر ثم الشافعي ومالك وأحمد بن حنبل]: بل بالرجال فيملك الحر ثلاثاً ولو للأمة والعبد اثنتين ولو للحرّة؛ لقوله ﷺ: ((الطلاق بالرجال والعدة بالنساء)) (١).

قلنا: أراد أن الطلاق إنما يقع من الرجل لا المرأة ولا عدة عليه بل عليها؛ إذ أفتى ابن عباس (٢) عبداً طلق تطليقتين ثم عتقا أنها لا تحرم عليه بل له أن يتزوجها، وقال: أفتى به رسول الله ﷺ.. إلخ.

قالوا: نهى عثمان وزيد (٣) عبد أم سلمة عن مراجعة حرة طلقها اثنتين وقالوا: «حرمت عليك»، ولم يخالفا.

قلنا: معارض بما روينا ولعله اجتهاد لهما.

(١) (قوله): «الطلاق بالرجال والعدة بالنساء»: هكذا يروى هذا الحديث، ونسبه في التلخيص إلى الدارقطني والبيهقي من حديث ابن مسعود موقوفاً، والبيهقي عن ابن مسعود وابن عباس موقوفاً أيضاً. [البيهقي (١٤٩٥٥) عنهما وعن علي موقوفاً وعبدالرزاق (١٢٩٤٦)، عن زيد بن ثابت]. وليس في الجامع لكن فيه عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: ((طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان)) أخرجه الترمذي (١١٨٢) وأبو داود (٢١٨٩). [والحاكم (٢٨٢٢)، وابن ماجه (٢٠٨٠)]. وعن ابن عمر كان يقول: إذا طلق العبد امرأته اثنتين حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره، حرة كانت أو أمة، وعدة الحرة ثلاث حيض، وعدة الأمة حيضتان. أخرجه الموطأ (١٢١٠) هكذا موقوفاً.

(٢) (قوله): «إذ أفتى ابن عباس.. إلخ»: عن أبي الحسن مولى بني نوفل قال: قلت لابن عباس: مملوك كان تحت مملوكة فطلقها تطليقتين ثم أعتقا بعد ذلك، هل تصلح له أن يخطبها؟ قال: نعم بقيت له واحدة، قضى بذلك رسول الله ﷺ. أخرجه أبو داود (٢١٨٧) والنسائي (٣٤٤٠). [أحمد (٢٠٣١)، وعبدالرزاق (١٢٩٨٩)]. وفي رواية أخرى للنسائي (٣٤٤١) قال: كنت أنا وامرأتي مملوكين فطلقتها تطليقتين ثم أعتقنا جميعاً فسألت ابن عباس فقال: إن راجعتها كانت عندك على واحدة قضى بذلك رسول الله ﷺ. قال الخطابي: لم يذهب إلى هذا أحد من العلماء فيما أعلم. وفي إسناده مقال، ومذهب عامة الفقهاء أن المملوكة إذا كانت تحت مملوك فطلقها تطليقتين أنها لا تصلح له إلا بعد زوج.

(٣) (قوله): «نهى عثمان وزيد.. إلخ»: عن سليمان بن يسار أن نفيماً مكاتباً لأم سلمة زوج النبي ﷺ أو عبداً كانت تحتها امرأة حرة فطلقها اثنتين ثم أراد أن يراجعها فأمره أزواج النبي ﷺ أن يأتي عثمان فيسأله عن ذلك، فلقبه عند الدرج أخذاً بيد زيد بن ثابت فسألها فابتدره جميعاً فقالوا: حرمت عليك. أخرجه الموطأ (١٢٠٧) وأخرج نحوه أيضاً من رواية سعيد بن المسيب عن عثمان ومن رواية غيره عن زيد. [أخرج البيهقي نحوه (١٤٩٣٩)].

٢٠٢- فصل: فيما ينهدم به الطلاق والشرط

٢١٧٣- **مَسْأَلَةٌ:** [أبو العباس]: والزواج بعد الثلاث يهدمها ويهدم كل شرط تقدم البيونة، ولا يهدم دون الثلاث ولا الشرط إلا معها؛ لما سيأتي (١).

٢١٧٤- **مَسْأَلَةٌ:** والزواج يهدم الثلاث إجماعاً؛ لقوله تعالى: ﴿حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

فَرَعٌ: [العترة وأبو حنيفة ومالك والشافعي]: فلا تحل بالوطء في نكاح فاسد؛ إذ الخطاب يتناول الصحيح عرفاً (٢). [الإمام يحيى وقول للشافعي]: بل تحل به؛ لشبهه بالصحيح في سقوط الحد ونحوه (٣).

قلنا: الفاسد كعدمه إلا ما خصه دليل، ولا دليل على التحليل به.

ولا تحليل بالباطل إجماعاً.

فَرَعٌ: [العترة والفقهاء الأربعة]: ولا يكفي العقد؛ لقوله ﷺ: ((حتى تذوق عسيلته)) (٤). [إسعيد بن المسيب]: يكفي؛ إذ النكاح اسم للعقد بدليل: ﴿إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٤٩].

قلنا: صرفه الخبر إلى الوطء ولإجماع الصحابة أن الوطء معتبر.

فَرَعٌ: [العترة والفريقان]: ولو وطئها محرمة أو حائضاً أو صائمة صح التحليل. [مالك]: لا.

قلنا: لم يفصل الخبر.

فَرَعٌ: والمعتبر تواري الحشفة أو قدرها من غير المستأصل؛ ليحصل ذوق العسيلة. **فَرَعٌ:** [العترة والفريقان]: وتحل بوطء المراهق. [مالك]: لا.

قلنا: لم يفصل الخبر.

(١) في الثانية من الباب الثاني. (شرح بحر).

(٢) أي: في عرف الشرع. (شرح بحر).

(٣) كالحقوق النسب ووجوب المهر والعدة. (شرح بحر).

(٤) قوله: «حتى تذوق عسيلته»: تقدم في مسألة العنين.

ووطء المسلول؛ إذ يمكنه الإيلاج والمجبوب حيث بقي قدر الحشفة وأمكنه إيلاجه والعين ولو استدخله بأصبعه من غير انتشار؛ إذ القصد الإيلاج، وتحل بفعلها في نومه، ولا يعتبر الإنزال؛ لحصول اللذة من دونه.

والعبد والحر والمجنون والسليم سواء، والمجنونة والمملوكة ونقيضهما سواء. فإن أولج ذكره ملفوفاً بخرقة ففيه تردد: الأصح: يقتضي الإحلال كالغسل والحد^(١).

فَرَعٌ: ولا تحل بالوطء في الدبر؛ إذ لم تذق العسيلة، وإيلاج بعض الحشفة لا يكفي، واستدخال المنى والمجبوب المستأصل والأصبع^(٢)؛ لما مر^(٣). والوطء بالملك^(٤)؛ إذ ليس بنكاح، و^(٥)بالغلط والباطل^(٦).

فَرَعٌ: فإن ارتدت فتزوجت هناك ثم عادت ففيه تردد: الأصح: تحل؛ إذ يسمى نكاحاً.

ولو ثلث زوجته المملوكة ثم اشتراها لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره. والقول لها أن المحلل قد وطئ؛ إذ لا يعرف إلا من جهتها، فإن ظن كذبها لم تحل؛ إذ يجب العمل بالظن في النكاح تحريماً.

فَرَعٌ: [علي وعمران بن الحصين وأبو هريرة ثم الهادي والمؤيد بالله ومحمد بن الحسن والشافعي]: ولا يهدم الزوج دون الثلاث^(٧)؛ إذ لم يرد إلا فيها حيث قال تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا

(١) أي: كما يوجب ذلك الغسل والحد وأيضاً كما يفسد به الصيام والحج.

(٢) أي: لا يكفي استدخالها.

(٣) إذ لم تذق العسيلة.

(٤) لا تحل به.

(٥) لا.

(٦) فلا تحل بذلك.

(٧) (قوله): «ولا يهدم الزوج دون الثلاث»: قلت: وفي ذلك ما أخرجه الموطأ (١٢٧٩) عن ابن شهاب أنه قال:

سمعت ابن المسيب ومحمد بن عبد الرحمن بن عوف وعبيد الله بن عبد الله بن عتبة وسليان بن يسار كلهم يقول: سمعت أبا هريرة يقول: سمعت عمر يقول: أيما امرأة طلقها زوجها تطليقة أو تطليقتين ثم تركها حتى تحل

فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ» [البقرة: ٢٣٠]، فتبقى الواحدة والشتان على الأصل وهو عدم الهدم. [ابن عمر وابن عباس وإبراهيم النخعي وأبو حنيفة وأبو يوسف]: بل يهدم؛ إذ ما قوي على هدم الثلاث قوي على هدم ما دونها.

قلنا: الهدم مخالف للقياس^(١) فقرر حيث ورد، وإذ لم يهدم بقوة بل بتوقيف^(٢) ولا يصح القياس؛ إذ لا نأمن كون التثليث جزءاً من العلة.

٢١٧٥- **سَأَلَتْ:** ولا يهدم طلاق بردة ولا إسلام؛ إذ لا دليل.

٢٠٣- فصل: في أحكام الطلاق

٢١٧٦- **سَأَلَتْ:** [أبو موسى وعن علي وابن عباس ثم طاووس وعطاء وجابر بن زيد ثم القاسم والهادي والصادق والباقر وأحمد بن عيسى وعبدالله بن الحسن وموسى بن عبدالله وعن زيد بن علي]: والطلاق لا يتبع الطلاق^(٣) حتى تخلل رجعة أو عقد، فإن تُلَّتْ أو تُتِّي بلفظ واحد أو ألفاظ لم يقع إلا واحدة؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، فجعل وقوع الثالثة كالمشروط بأن يكون في حال يصح منه فيه الإمساك^(٤)؛ إذ من حق كل مخيرين أن يصح أحدهما في الحال التي يصح فيها الثاني وإلا بطل التخيير، فإذا لم يصح الإمساك إلا بعد الرجعة لم تصح الثالثة إلا بعدها؛

وتزوجها زوج غيره فموت عنها أو يطلقها ثم يردها الأول، إنها تكون عنده على ما بقي من طلاقها قال مالك: وتلك السنة التي لا خلاف فيها عندنا. [اليهقي (١٤٩١٢)، ونحوه عن علي (١٤٩٢٠)].

(١) وذلك لأن وطء الزوج الثاني لو كان رافعاً للطلاق حقيقة لجاز أن ترجع إلى الأول من غير عقد؛ لأن ارتفاع العقد كان بالطلاق وقد زال وإنما رفع التحريم الحاصل بالثلاث ولا تحريم فيما دونها. (شرح بحر).

(٢) الشرع فقط فيقر حيث ورد. (شرح بحر).

(٣) (قوله): «الطلاق لا يتبع الطلاق.. إلخ»: في ذلك عن ابن عباس قال: «إذا قال أنت طالق ثلاثاً بضم واحد فهي واحدة» أخرجه أبو داود (٢١٩٧). وفي رواية ذكرها رزين أنه كان يقول: «إذا قال: أنت طالق أنت طالق أنت طالق ثلاث مرات فهي واحدة إن أراد التوكيد للأولى وكانت غير مدخول بها». وفي رواية لمسلم (١٤٧٢) عن طاووس أن ابن عباس قال: «كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وستين من خلافة عمر الثلاث واحدة فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيته عليهم فأمضاه عليهم» وفي ذلك روايات وأحاديث أخر. [وأبو داود (٢١٩٩)، وأحمد (٢٨٧٧)، والدارقطني (٤/٤٧)].

(٤) وهو بعد الثانية لا يصح إلا بعد الرجعة. (زيد).

لذلك^(١)، وإذا لزم في الثالثة وجب مثله في الثانية؛ إذ لم يفصل بينهما أحد.

[ابن عباس وابن عمر وعائشة وأبو هريرة وعن علي ثم الناصر والمؤيد بالله وتخريجه والإمام يحيى والفريقان ومالك وبعض الإمامية]: بل يتبعه^(٢)؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، والظاهر عدم تخللها.

قلنا: صَرَفَ عن الظاهر ما ذكرنا، وقوله لعمر: ((مره فليراجعها..)) الخبر، فلو صح من غير رجعة لم يأمره بها.

وتوقف أبو العباس: لتعارض الأدلة.

٢١٧٧- **سَأَلَتْ:** ويصح التوكيل فيه إجماعاً، فإذا قال: طلقني نفسك فقالت: أبنتك وقع، لا طلقتك.

[المؤيد بالله]: ويصح تحييس الوكالة ككلمة عزلتك فقد وكلتك، ويصح عزله ككلمة وليتك فقد عزلتك.

[المؤيد بالله]: ومطلقه لواحدة على غير عوض؛ إذ هو الظاهر.

[المؤيد بالله]: ولا يلزمها تصديق الوكيل إلا ببينة أو معرفة خطه ضرورة من غير لبس.

[المؤيد بالله]: والقول بعد الوقت للموكل في نفي الفعل؛ إذ الأصل العدم^(٣)، لا حاله فللوكيل؛ إذ له الإنشاء^(٤).

(١) وهو قوله: إذ من حق كل مخيرين.. إلخ.

(٢) قوله: «بل يتبعه.. إلخ»: في ذلك عن مالك بلغه أن رجلاً قال لعبدالله بن عباس: «إني طلق امرأتى مائة تطليقة فإذا ترى علي فقال ابن عباس: طلق منك بثلاث وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزواً» أخرجه الموطأ (١١٩٥). وعن مالك بلغه أن رجلاً جاء إلى عبدالله بن مسعود فقال: إني طلق امرأتى ثمانى تطليقات، قال ابن مسعود: فإذا قيل لك؟ قال: قيل لي إنها قد بانت منك فقال ابن مسعود: صدقوا، من طلق كما أمر الله فقد بين الله له، ومن لبس على نفسه لبساً جعلنا لبسه به، ولا تلبسوا على أنفسكم وتحملة عنكم، هو كما يقولون. أخرجه الموطأ (١١٩٦)، وقد تقدم غير ذلك وفيه أحاديث أخر.

(٣) أي: عدم الطلاق.

(٤) في تلك الحال وإذا صح منه الإنشاء صح منه الإقرار كالزوج نفسه.

قلت: حيث ابتدأ وإلا كان إنكار الزوج عزلاً^(١) إن فهم منه كراهة إيقاعه، فإن وكله بثلاث فأفرد أو العكس فوجهان: لا يقع شيء؛ للمخالفة، ويقع حيث أفرد لا العكس وقد مرت^(٢).

٢١٧٨- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب]: فإن قال: بشر امرأتي أو أخبرها أو أحمل إليها طلاقها- كان إقراراً^(٣) لا توكيلاً.

٢١٧٩- **سَأَلَتْ:** ويتأبد مؤقتة كأنت طالق شهراً كالعتق، ولا يصح الرجوع عنه، ويدخله التشريك كشركتك معها، أو أنت مثلها، وهو كناية^(٤).

٢٠٤- فصل: [في الاختلاف في الطلاق]

والقول للزوج في إنكار الطلاق والتثليث؛ إذ الأصل عدمهما، وعليها الامتناع إن تيقنت التثليث ولو بقتله.

[الإمام يحيى]: فإن حكم عليها بالتسليم جاز لها.

قلت: أما مع التثليث المجمع عليه فلا؛ إذ الحكم لا يؤثر في القطعي.

[المؤيد بالله]: فإن أقر بالتثليث لم يقبل رجوعه.

قلت: وسيأتي^(٥) الخلاف فيه.

والقول لمنكر التقييد؛ إذ الأصل عدمه.

قلت: فإن اختلفا في كفيته^(٦) بعد التصديق عليه فالقول للزوج كأصل الطلاق

(١) المذهب أن إنكار الفعل لا يكون عزلاً، فإن أنكر الوكالة كان عزلاً. (زهور معني).

(٢) في الثالثة عشر من الفصل السابع من الكتاب.

(٣) بالطلاق.

(٤) لاحتماله أن يكون التشريك والمهائلة في غير الطلاق، فأما لو قال: أنت طالق يا فلانة وأنت يا فلانة كان صريحاً فيهما؛ إذ لا يحتمل سوى الطلاق. (شرح بحر).

(٥) في الإقرار إن شاء الله تعالى.

(٦) أي: في كيفية الشرط وذلك: نحو أن تقول هي: شرطت دخول هذه الدار وقال: بل هذه، أو تقول: شرطت إن دخلت لابسة وقال: بل عارية، أو العكس، فالقول في ذلك ونحوه للزوج. (شرح بحر).

إلا أن يدعي صفة زائدة نحو: إن سافرت بغير رضاك فأنت كذا فاتفقا على السفر واختلفا في الرضا فالقول لها؛ إذ الأصل عدمه.

٢١٨٠- **سَأَلَتْ:** والقول لمنكر وقوع الشرط؛ إذ الأصل عدمه فإن لم يعلم إلا من جهتها كالمشيئة قبل قولها، وفي الحيض والولادة تبين بعدلة وثبت بشهادتها الأحكام^(١).

[أصحاب أبي حنيفة]: إلا النسب فلا يثبت بشهادة النساء، كما مر^(٢).

فإن قال: إن دخلت الدار فأنت كذا، وقالت: أردت الماضي فالقول له؛ إذ أصل الشرط الاستقبال.

(١) وهي الإرث والعدة والنسب والاستهلال.

(٢) في الخامسة من الفصل السادس من كتاب الصيام.

[٥٣]- باب [في الخلع]

والخلع مأخوذ من خلع اللباس؛ إذ كل واحد منهما لباس لصحابه؛ للآية.

٢٠٥- فصل: [في نوعي الخلع]

وهو عقد وشرط^(١)، فالعقد: ما توسطت فيه الباء أو اللام أو على. قلت: أو ما في معناها [في إفادة التعليل]^(٢) كانت طالق بألف أو لألف أو على ألف أو حتى تعطيني ألفاً.

٢١٨١- **مَسْأَلَةٌ:** [الإمام يحيى حكاية عن المذهب]: وشرط العقد القبول في مجلس عقده^(٣).

قلت: أو الخبر به قبل الإعراض والمطابقة، فلو قال: طلقك ثلاثاً بألف، فقالت: قبلت واحدة بثلثه لم ينعقد؛ إذ لم يرض بينونتها إلا بالألف. فإن قالت: طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة وقعت ولزم ثلث الألف. قلت: وفي الفرق نظر؛ إذ لم ترض هي ببدل العوض إلا في مقابلة البيونة بالثلث.

٢١٨٢- **مَسْأَلَةٌ:** والشرط كإن أو متى أعطيتني كذا فأنت كذا، فلا يعتبر القبول باللفظ [وإنما يعتبر حصول الشرط]^(٤) كانت كذا إن دخلت الدار.

[الإمام يحيى]: وفي اعتبار المجلس تردد: الأصح لا يعتبر كسائر الشروط. [الغزالي عن بعض أصحاب الشافعي]: يعتبر؛ لقرينة العوض.

قلنا: لا وجه له؛ إذ الصيغة شرط محض.

فَرْعٌ: [الإمام يحيى]: ولا يصح الرجوع فيه من الزوج كالطلاق المطلق، بخلاف

(١) يعني: وما عداهما فليس بخلع وذلك كالعدة والخطاب ونحوهما كما سيأتي. (شرح بحر).

(٢) زيادة في المطبوع.

(٣) فلو وقع القبول في مجلس آخر لم يصح الخلع بلا إشكال. قال الفقيه حسن: لكن يقع الطلاق رجعياً، وقيل: لا يقع واستقره في الغيث. (شرح بحر).

(٤) زيادة في المطبوع.

المعقود كما سيأتي، ولها الرجوع قبل القبول في الشرط والعقد جميعاً.
 فلو قالت: إن طلقنتي فقد ملكتك هذا ثم رجعت قبل الطلاق صح؛ إذ ليس
 برجوع في الطلاق بل في التملك قبل انبرامه فصح.
 قلت: بل المذهب أن لا رجوع للزوج مطلقاً؛ إذ هو كالرجوع في الطلاق، وأما
 هي فلها الرجوع في العقد قبل قبوله؛ إذ ليس رجوعاً عن طلاق بل عن مال فأشبهه
 البيع، بخلاف الشرط؛ إذ ليس بعقد (١) فلم يشبهه (٢) البيع.
فَرَعٌ: وتلحق الإجازة عقده كسائر العقود لا شرطه؛ إذ ليس بعقد.

٢١٨٣- **سَأَلَتْ:** وهو مباح ومختلف فيه ومحذور، فالأول حيث كرهت خُلِقَهُ أو
 خُلِقَهُ أو دينه، أو خافت أن لا تؤدي حقه فافتدت بشيء من مالها جاز، وله أخذه
 إجماعاً؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا
 افْتَدَّتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، ولخبر حبيبة بنت سهل (٣) مع زوجها حيث قالت:

(١) إلا بالفعل.

(*) كأن تبيع ما شرط كونه عوضاً أو تخرجه عن ملكها بأي وجه من وجوه التملك قبل حصول
 الشرط.

(٢) العقد.

(٣) قوله: «ولخبر حبيبة بنت سهل»: عن حبيبة بنت سهل الأنصاري - وكانت تحت ثابت بن قيس بن شماس
 - قالت: فأتيت رسول الله ﷺ وقلت: لا أنا ولا ثابت، وفي رواية: لما خرج رسول الله ﷺ إلى الصبح
 وجدهما عند بابيه في الغلس فقال لها رسول الله ﷺ: من هذه؟ فقالت: أنا حبيبة بنت سهل يا رسول الله،
 فقال: ((ما شأنك؟)) قالت: لا أنا ولا ثابت، فلما جاء ثابت قال له رسول الله ﷺ: ((هذه حبيبة فذكرت
 ما شاء الله أن تذكر)) قالت حبيبة: يا رسول الله كل ما أعطاني عندي فقال رسول الله ﷺ: ((خذ منها))
 فأخذ منها وجلست في بيتها. أخرجه الموطأ (١١٨٧) وأبو داود (٢٢٢٧) والنسائي (٣٤٦٢).
 [وعبدالرزاق (١١٦٢٢)، والدارمي (٢٣٢٦)]. وفي أخرى للنسائي أن ثابت بن قيس ضرب امرأته فكسر
 يدها وهي جميلة بنت عبدالله بن أبي فأتى أخوها يشكوه إلى رسول الله ﷺ فأرسل رسول الله ﷺ إلى
 ثابت فقال له: ((تردد الذي لك عليك وخل سييلها)) قال: نعم، فأمرها رسول الله ﷺ أن تربص حياضة
 واحدة وتلحق بأهلها. وعن عائشة: أن حبيبة بنت سهل كانت عند ثابت بن قيس بن شماس ففرضها فكسر
 بعضها فأتت رسول الله ﷺ بعد الصبح فاشتكته إليه فدعا النبي ﷺ ثابتاً فقال: ((خذ بعض مالها
 وفارقها)) قال: ويصلح ذلك يا رسول الله؟ قال: نعم، قال: فإني أصدقها حديقتين وهما بيدها فقال النبي
 ﷺ: ((خذها وفارقها)) ففعل. أخرجه أبو داود (٢٢٢٨). وعن ابن عباس: أن امرأة ثابت بن قيس بن
 شماس أتت رسول الله ﷺ فقالت: ما أعيب على ثابت في خلق ولا دين، ولكني أكره الكفر بعد
 =

«لا أطيعه بغضاً..» الخبر.

والمختلف فيه: ما وقع بالتراضي من غير كراهة ولا نشوز ولا خوف والمال منها^(١). [القاسم والهادي والناصر وسفيان الثوري وإبراهيم النخعي وعطاء والزهري وداود ورواية عن مالك:] لا يصح؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ...﴾ الآية [البقرة: ٢٢٩]. [المؤيد بالله والفريقان ورواية عن مالك:] يصح؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ [النساء: ٤]، ولم يفصل، وقوله ﷺ: ((إلا بطيبة من نفسه)).

قلت: حجتنا أصرح وأرجح؛ للحظر والقياس؛ إذ هو طلاق، لا لخوف تعد فلا يحل العوض عليه كلو كان النشوز من الزوج بالتضرر.

وأما المحذور فحيث يتضررها^(٢) لتعطيه؛ لقوله تعالى: ﴿لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾ [النساء: ١٩]، فيقع الطلاق رجعياً.

قلت: في العقد لا في الشرط^(٣)؛ لتوقف وقوع المشروط على شرطه.

فَرْعٌ: فإن ركبت فاحشة فمنعها حقها فخالعته فوجهان: أصحهما: لا يصح؛ إذ هو عقد فلا يصح مع الإكراه، وقيل: يصح؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ﴾ [الطلاق: ١].

قلنا: منسوخة بقوله: ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ...﴾ الآية [النساء: ١٥]، وقد جعل الله هُنَّ سبيلاً بالجلد والرجم.

٢١٨٤ - **سَأَلَتْ:** [علي وعمر وعثمان وابن مسعود ثم زيد بن علي والقاسمية وأبو حنيفة

الإسلام، قال أبو عبيد - يعني تبغضه - قال رسول الله ﷺ: ((أتردين عليه حديثه؟)) قالت: نعم، قال رسول الله ﷺ: ((أقبل الحديقة وطلقها تطليقة)) أخرجه البخاري (٥٢٧٣) والنسائي (٣٤٦٣)، وفي رواية لها أن اسمها جميلة.

(١) فلو كان من غيرها لم يعتبر النشوز على الأصح؛ لما سيأتي. وقال الفقيه محمد بن يحيى: بل يعتبر. (شرح بحر).

(٢) بضرب أو نحوه أو بمنعها نفقتها أو كسوتها أو غير ذلك. (شرح بحر).

(٣) فلا يقع طلاق رأساً؛ لعدم النشوز.

وأصحابه والمزني وقول للشافعي]: وهو طلاق بائن يمنع الرجعة، وصريحه صريح الطلاق^(١)، ولفظ الخلع كناية ويقع به التثليث.

فإن قال: خالعتك بكذا أو بارأتك بكذا وقع، ويصح ناجزاً كأنت طالق على ألف، ومشروطاً إن صمت فأنت طالق على ألف، أو أنت كذا على ألف إن شئت أو نحو ذلك، لكن المشيئة يعتبر فيها المجلس؛ لما مر.

فإن قالت: طلقني بألف، فقال: طلقي نفسك إن شئت، فطلقت نفسها في المجلس وقع ولزمها الألف، ولا يشترط مشيئتها؛ إذ فعلها دال عليها.

فَرَعٌ: وتدخله السنة والبدعة كالمطلق. [ابن عباس وعكرمة وطاوس وأحد قولي الناصر وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه وأبو ثور وقول للشافعي وابن المنذر]: بل فسخ؛ إذ هو فرقة لا رجعة فيها بحال فأشبهت الفسخ فلا يقع به التثليث ولا سنة ولا بدعة؛ إذ لم يسأل رسول الله ﷺ امرأة ثابت عن حيضها عند المخالعة.

[الشافعي]: وصريحه: خالعتك، وما تصرف منه، وصرائح الطلاق ولفظ الفسخ. [الغزالي]: وفيه وجه بعيد، [أي الفسخ]^(٢) أنه كناية في الخلع.

وفي لفظ المفاداة وجهان: صريح؛ لنص القرآن، وكناية؛ لاحتماله.

لنا: ما رواه سعيد بن المسيب أنه ﷺ جعل الخلع طلاقاً، وقياسهم^(٣) ضعيف يتتقض بالتثليث^(٤).

٢٠٦- فصل في صيغته

٢١٨٥- **سَأَلَتْ:** [المذهب والناصر]: يعتبر فيه الإيجاب والقبول كما مر، ويغني تقديم السؤال عن القبول كطلقتني بألف فطلق أو أبرئني بطلاقك فأبرأت.

(١) فإذا قال: أنت طالق أو أنت مطلقة أو قد طلقتك على ألف فهذا صريح خلع وإن قال: قد خالعتك، أو فاسختك أو فاديتك فكناية خلع. (شرح بحر).

(٢) زيادة في المطبوع.

(٣) حين قالوا بأنه فرقة لا رجعة فيها بحال فأشبهت الفسخ.

(٤) لأنه فرقة لا رجعة فيها فيلزمهم أن لا يكون التثليث طلاقاً والمعلوم خلافه. (شرح بحر).

فإن قال: خالعتك ولم يذكر عوضاً، فقالت: قبلت كان رجعيًّا (١)؛ إذ شرط الخلع ذكر العوض.

٢١٨٦- **سَأَلَتْ:** [العترة والفريقان]: ولا يفتقر إلى حكم. [الحسن البصري وابن سيرين] بل يفتقر [يعتبر]؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((خذ ما أعطتك)) وأمره كالحكم. قلنا: لم يفصل قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، وأمره صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثابت ليس إلزاماً (٢).

قالوا: النشوز شرط، وهو يتضمن الخصومة.

قلنا: إنما هو للشجار ولا شجار مع التراضي.

٢١٨٧- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: ولفظ الخلع كناية فيقبل قوله: إنه نوى غير الطلاق؛ لاحتماله. [أبو طالب]: لا (٣)؛ إذ الظاهر خلافه. [أبو حنيفة]: إن أتى به عقيب ذكر العوض لم يقبل قوله؛ إذ هو قرينة للطلاق وإلا قبل. قلت: للنية تأثير مع الاحتمال القريب لا البعيد.

٢١٨٨- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة]: ويلغو شرط صحة الرجعة كخالعتك بكذا على أن لي الرجعة عليك؛ إذ قد كمل بشروطه فيلغو شرط خلاف موجب كالنكاح. [الإمام يحيى حكاية عن المذهب]: بل يصير رجعيًّا؛ إذ شرط الرجعة يُبطل العوض فيبطل الخلع.

قلت: لا نسلم بطلانه، كما مر (٤).

[رواية عن الشافعي]: بل يكون خلعاً ويلزم مهر المثل؛ لبطلان العوض.

لنا: ما مر.

(١) إذا نوى الطلاق.

(٢) وإنما هو بيان لجواز أخذ الفداء. (شرح بحر).

(٣) لكن يدين باطناً فقط. (شرح بحر).

(٤) في قوله: إذ قد كمل بشروطه.. إلخ.

فَرَعٌ: أما لو قال: خالعتك بكذا فقبلت ثم قال: ومتى راجعتك رجعت علي بالعوض فإنه يلغو اتفاقاً؛ لوقوعه بعد تمام العقد.

٢١٨٩- **سَأَلَتْ:** [الحسن البصري وإبراهيم النخعي وسفيان الثوري والأوزاعي ثم العترة والفرقان ومالك]: ولا رجعة مع الخلع؛ إذ ثمرته إزالة سلطان الزوج عليها؛ لقوله تعالى: ﴿فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾^(١) [البقرة: ٢٢٩]. [الزهري وسعيد بن المسيب]: بل يخير بين أخذ العوض ولا رجعة، أو تركه وله الرجعة، فمتى قبضه بطل خياره.

وقيل: إن وقع بلفظ الطلاق صحت الرجعة؛ لعموم قوله: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، ولفظ الخلع والمبارأة لا رجعة؛ لاقتضائهما ذلك.

لنا: قول علي عليه السلام^(٢): (إذا قبل الرجل من امرأته فدية فقد بانت منه بتطليقة واحدة)، ولا وجه للفرق، وقد ملكه بالعقد فلا يعتبر القبض.

٢١٩٠- **سَأَلَتْ:** [ابن عباس وعروة بن الزبير ثم العترة والشافعي وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه]: والمختلعة لا يلحقها الطلاق؛ إذ لا يملك عليها الرجعة فهي كالأجنبية. [أبو حنيفة وسفيان الثوري]: يلحقها في العدة من الصريح دون الكناية؛ إذ الصريح طلاق فأشبهت الرجعية.

قلنا: العوض صيرها كالأجنبية.

[الحسن البصري ومالك]: يلحقها في القرب لا في البعد. [الحسن البصري]: والقرب أن يطلقها ثانياً في المجلس لا بعده. [مالك]: بل متصللاً بالخلع والمنفصل بعيد.

قلنا: لا تأثير للقرب والبعد؛ لما ذكرنا، وهو زوال سلطان الزوج فأشبهت الأجنبية.

(١) ولئن يجتمع في ملكه العوض والمعوض.

(٢) (قوله): «لنا قول علي عليه السلام»: (إذا قبل الرجل من امرأته فدية فقد بانت منه بتطليقة واحدة) حكاه في أصول الأحكام وغيره. [أخرجه الإمام زيد في المجموع وعنه المؤيد بالله في شرح التجريد ونحوه أخرج أحمد بن عيسى في الأمالي].

٢١٩١- **سَأَلَتْ:** فإن قال: أنت طالق و عليك ألف طلقت مجاناً؛ إذ ليس بشرط ولا عقد^(١)، والطلاق ناجز وإن ضمننت له الألف لم يلزم؛ إذ ليس في الذمة، فإن أعطته فهبة لا تبطل بالرجعة^(٢).

٢١٩٢- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة]: وكذا لو قالت^(٣): طلقني ولك ألف فطلق لم يلزم؛ لما مر^(٤). [الشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وأحمد بن حنبل]: بل يلزم؛ إذ استدعت الطلاق بالعوض فكان عقداً.

قلنا: لا شيء من أدوات العقد فيه يقتضي التعليق.

٢١٩٣- **سَأَلَتْ:** فإن قال: إن أعطيتني ألفاً فأعطته ألفين طلقت.

فإن قال: على ألف فأعطته ألفين لم تطلق^(٥)؛ إذ الأول شرط وقد فت به وزيادة، والثاني عقد والإعطاء فيه نائب عن القبول و شرط القبول المطابقة كما مر^(٦).

٢١٩٤- **سَأَلَتْ:** فإن قالت: طلقني عشراً بألف فطلق واحدة: [الطبري والحداد وابن الصباغ] استحق عشر الألف، وبائنتين خمسة، وبثلاث الألف كله؛ إذ ما زاد على الثلاث لا يتعلق به حكم. [المروزي والإمام يحيى حكاية عن المذهب]: بل بالواحدة ثلاثاً وبالثنتين ثلاثين، وبالثلاث كما له؛ إذ لا حكم لما زاد، فذكره لغو؛ لقول ابن عباس^(٧)

(١) بل هو كلام مستأنف لا تعلق له بما قبله. (شرح بحر).

(٢) بل إذا استرجعها فلها الرجوع بالهبة إن شاءت ما لم يحصل مانع وإلا فلا تبطل بمجرد الرجعة. (* في الانتصار ما معناه: فهبة لا تبطل الرجعة ولعل هذا أظهر؛ لأن بيان حكم الرجعة أخص من بيان حكم الهبة، والمراد أيضاً بأن الإعطاء يكون هبة أنه إباحة فقط؛ لأن الهبة من شرطها الإيجاب والقبول كما سيأتي إن شاء الله تعالى والله أعلم. (زيد).

(٣) تطلق مجاناً.

(٤) في قوله: إذ ليس بشرط ولا عقد.

(٥) في شرح الأزهار قرر وقوع الطلاق وقال في مجموع دمار (ص ٢٤٤) يقع أيضاً فينظر في تذهيب المخطوط.

(٦) في أول الباب.

(٧) (قوله): «لقول ابن عباس.. إلخ»: روي أن رجلاً أتى ابن عباس فقال: إني طلقت امرأتى عدد نجوم السماء، فقال له: «طلقت برأس الجوزاء والباقي إثم في رقبتك» هكذا حكاها في الانتصار، والله أعلم.

لمن طلق امرأته عدد نجوم السماء فقال: «طلقت بثلاث والباقي إثم في رقبتك».
 ٢١٩٥- **مَسْأَلَةٌ:** فإن قالت: طلقني واحدة بألف فقال: أنت طالق على ألف وطاق وطاق وقعت الأولى بالألف لا الآخرين؛ إذ قد بانت فإن قال: أنت طالق وطاق وطاق بألف قيل له: أي الثلاث تريد؟ فإن قال: الأولى بانت بها ولم تقع الآخرين، وإن قال الثانية وقعت الأولى رجعية؛ إذ هي بغير عوض، ولم تقع الثانية عندنا، وتقع عند من قال بتوالي الطلاق لا الثالثة اتفاقاً.
 وإن قال: أردت الثالثة فالأوليان رجعتان إن قلنا بالتوالي وتبين بالثالثة وعلى قولنا: الأولى (١) فقط. فإن قال: أردت الثلاث بالألف وقعت الأولى بثلثه، ولم تقع الآخرين؛ لبيئتها.

٢٠٧- فصل في العاقد

٢١٩٦- **مَسْأَلَةٌ:** من صح طلاقه صح خلعه، ومن لا فلا؛ لما مر (٢).
 ٢١٩٧- **مَسْأَلَةٌ:** ويصح التوكيل فيه منه أو منها أو منهما.
 وفي صحة توكيل الزوج امرأة تردد: [الإمام يحيى]: لا يصح؛ إذ لا تملك إيقاعه لنفسها فلا تملك لغيرها. [الشافعي]: يصح؛ إذ هو عقد معاوضة كالبيع.
 قلت: وهو المذهب؛ إذ لا دليل على المنع بخلاف النكاح، فأما كونها لا تملك إيقاعه فلكون الحق للزوج، وقد مر توكيلها بطلاق نفسها فكذلك غيرها.
 وفي صحة تولي واحد طرفي الخلع وجهان: أصحهما يصح أن تخالع نفسها بالتوكيل وكذلك غيرها. وقيل: لا، كالبيع.
 قلنا: رد الطلاق إلى جنسه (٣) أولى.

(١) رجعية.

(٢) في الفصل الثامن قبل هذا الباب. (شرح بحر).

(٣) وهو النكاح.

فَرْعٌ: فإن لم يذكر العوض في التوكيل فبمهر المثل كالتوكيل بالبيع (١) مطلقاً،
ونذب أن يذكره، فإن زاد على المثل صح؛ إذ زاد خيراً.
قلت: حيث لم يتعد ما ساق إليها عندنا على ما سيأتي.
وإن نقص عن مهر المثل أو أجل فموقوف. [الإمام يحيى]: ويقع رجعيًا إن لم يجز.
قلت: فيه نظر (٢).

٢١٩٨- **سَأَلَتْ:** فإن عين قدر العوض فزاد الوكيل صح؛ لما مر (٣)، وإن نقص
فوجوه: يقع بمهر المثل؛ إذ فساد العوض يوجب الرجوع إليه كلو خالعهما على خمر.
وقيل: إن أجاز وقع بائناً وإلا فرجعي، كما مر (٤).
وقيل: لا يقع شيء إن لم يجز؛ إذ صار فضولياً بالمخالفة. [الإمام يحيى]: وهو
الأقيس (٥).

فَرْعٌ: فإن خالف في الوقت المعين صح (٦) مع التأخير؛ إذ رضائه بطلاقها في
وقت رضاه به فيما بعده بخلاف التقديم.
٢١٩٩- **سَأَلَتْ:** فإن وكلت ولم تذكر العوض وقع بمهر المثل أو دونه أو بمؤجل؛
إذ زاد خيراً وبأكثر من المثل يقع ويتعين المثل (٧)، كلو سمت هي خمرًا تغريراً، فإن
تبرعت هي بالزيادة صح، ويحتمل أن تقف (٨) الزيادة على إجازتها.

(١) يعني: حيث لم يعين ثمنًا. (شرح بحر).

(٢) لأن الوكيل صار فضولياً بالمخالفة فلا يقع شيء إن لم تحصل الإجازة وهذا في العقد لا في الشرط
فالإجازة لا تلحقه كما مر. (زيد).

(٣) إذ زاد خيراً.

(٤) للإمام يحيى في الأولى. (شرح بحر).

(٥) قال الإمام يحيى: لأن تفسير الوكالة بمنزلة النص ولا حكم للاجتهاد مع مخالفة النص فهكذا هذا.
(شرح بحر).

(٦) قال في البيان: قلت: فيه نظر؛ لأن الوكالة تبطل بخروج الوقت.

(٧) الأولى لا يقع إلا بإجازتها لأجل المخالفة.

(٨) الأولى أن يقف العقد على إجازتها.

فإن عينت القدر فخالف إلى أقل أو تأجيل صح كما مر (١)، وإلى أكثر ففيه الوجوه المتقدمة (٢).

٢٢٠٠- **سَأَلَتْ:** فإن قال (٣): طلقها على كذا وعليّ ضمانه لزم؛ إذ الزعيم غارم، فإن لم يشرط الضمان ولا قال: من مالها لزم، ولو تعدى مهر المثل؛ إذ الظاهر أنه من مال الوكيل، ولا يرجع عليها بما زاد على المثل (٤)؛ إذ لم يجب بإذنها، إذ أذنت بالمثل فقط.

فإن قال: على كذا من مالها لزمها مهر مثلها ولم تلزمه الزيادة لأجل الإضافة. قلت: وفيه نظر (٥).

٢٢٠١- **سَأَلَتْ:** وحيث العوض منها وهي صغيرة أو مجنونة لم يصح (٦) كعقودها. [الإمام يحيى]: أو محجورة لدين؛ لمنعها التصرف.

قلت: وفيه نظر، والأقرب صحته من المحجورة ويكون في ذمتها. ويصح في مرض الزوج ولو بدون المثل؛ إذ لا حق للورثة في البضع ولا قيمة لخروجه كما مر.

[الإمام يحيى حكاية عن العترة والحنفية]: فأما في مرضها فمن الثلث كلو وهبت. [الشافعي]: بل من رأس المال كلو اشترت متاعاً بقيمته. قلنا: البضع ليس بهال فكان العوض كالتبرع.

(١) إذ زاد خيراً.

(٢) المذهب لا ينفذ إلا بإجازتها.

(٣) وكيل المرأة.

(٤) في العقد لأنه لا يفسخ. (بيان).

(٥) لأنه موقوف على إجازتها؛ لأجل مخالفة الوكيل. (زيد).

(٦) ولو لها مصلحة؛ لعدم النشوز.

٢٢٠٢- **سَأَلَتْ:** وتصح مخالعة الرجعية عند من صحح توالي الطلاق لا البائنة كما مر (١).

٢٢٠٣- **سَأَلَتْ:** [العتره والفريقان]: وليس للأب مخالعة زوجة ابنه الصغير؛ إذ الطلاق لمن أخذ بالساق. [الحسن البصري وعطاء]: تصح كالبيع. قلنا: هو طلاق فافترقا.

٢٢٠٤- **سَأَلَتْ:** وللأب مخالعة زوج ابنته الصغيرة حيث العوض منه؛ إذ لا يشترط النشوز إلا حيث العوض منها؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩].
[الإمام يحيى]: فإن نوى الرجوع على مالها جاز؛ لأجل الولاية. قلت: فيه نظر (٢).

ولا يصح على مهرها؛ إذ نشوزها لا حكم له.

٢٢٠٥- **سَأَلَتْ:** فإن قال: طلق ابنتي وأنت بريء من مهرها أو على أنك بريء لم يقع (٣) صغيرة كانت أم كبيرة؛ إذ لا نشوز ولا ضمان من الأب، فإن زاد وعليّ الضمان إن طَلَبْتِكِ أو قال: طلقها على أني ضامن، أو قال الزوج: طلقت على أنك ضامن فقبِل: وقع خلعاً عند من صحح العوض من غيرها، ولا يبرأ الزوج لكن يرجع على الأب (٤) إن طولب.

قلت: بناء على أن قوله: طلقها وعلي كذا- عقد وهو محتمل (٥).

[الشافعي]: ولا يرجع بالمسمى بل بمهر المثل. [البغداديون]: بل بالمسمى؛ إذ قد ضمنه.

(١) في السادسة من الفصل الثاني. (شرح بحر).

(٢) لأنه لم يلزمها شيء فالأب كالأجنبي. (شرح).

(٣) يعني: الخلع، الإمام يحيى بل يكون رجعيّاً. (شرح بحر).

(٤) لأجل ضمانه.

(٥) يعني: لخلاف ذلك وهو الوعد لأن هذا وإن كان استدعاء للطلاق بالعوض فليس فيه من أدوات العقد ما يقتضي التعليق فعلى هذا يقع الطلاق هنا رجعيّاً والله أعلم. (زيد).

قلت: وهو الأقرب.

فإن قال: على مهرها كان رجعيًّا؛ إذ لا يلزم الأب لإضافته إلى مهرها، ولا يلزمها وقيل: يلزمها كعلى ألف.

قلنا: الفرق واضح.

٢٢٠٦- **سَأَلَتْ:** [العتره والفقهاء الأربعة]: فإن قال رجل لغيره: طلق امرأتك بألف، فطلق وقع خلعاً ولزم الألف^(١). [المنصور بالله ورواية عن الهادي ورواية عن القاسم ورواية عن أبي ثور]: بل رجعيًّا ولا عوض له؛ إذ قوله تعالى: ﴿فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] يقتضي بطلان العوض من غيرها.

قلنا: إذا جاز أن يسقط حق الزوج بعوض منها جاز من غيرها كقضاء دين عليها.

فإن قال لها: خالعي زوجك بألف ففعلت رجعت عليه بالألف؛ إذ هو كالضامن^(٢).

٢٢٠٧- **سَأَلَتْ:** وإذا أذن السيد لأمته بالمخالعة ففعلت بالمسمى^(٣) أو بدونه صح^(٤)، فإن زادت فالزيادة في ذمتها.

قلت: فإن دلست ففي رقبته ويصح من غير إذن سيدها بعوض في ذمتها فإن عينت [عيناً] فقيمة تلك العين في ذمتها^(٥).

قلت: حيث لا تدليس وإلا ففي رقبته.

(١) ويكفي في لزومه للطالب أن يقول على ألف وإن لم يقل مني. (شرح بحر).

(٢) لأنه قد التزمه.

(٣) أي: بالمهر المسمى.

(٤) الخلع ويكون العوض ديناً في ذمة السيد.

(٥) حيث جهل وهي المبتدئة.

٢٢٠٨- **سَأَلَتْ:** وليس للمكاتبة المخالعة بغير إذن؛ إذ هو تبرع^(١)، والمدبرة وأم الولد^(٢) كالمملوكة.

٢٢٠٩- **سَأَلَتْ:** فإن قالت: خالعتك بألف فقبل لم يقع؛ إذ الطلاق إليه دونها. فإن قالت: متى طلقنتي فلك ألف وقع بائناً^(٣)، وكذا أجزت لك ألفاً لتطلقني فطلق^(٤).

٢٢١٠- **سَأَلَتْ:** فإن قال: إن أعطيتني ألفاً أو ضمنت لي طَلَّقْتُ بإحضار الألف^(٥) والإذن بقبضه وإن لم يأخذه؛ إذ قد حصل الإعطاء، فإن غاب أو هرب لم يقع^(٦).

فإن قال: إن أقبضتني ألفاً لم يقع إلا بقبضه، ولو أحضرته بخلاف الإعطاء^(٧). [العترة والشافعي]: ويملكه بالقبض كلو عقد عليه. [المنزي وابن القاص]: لا؛ إذ لم يقع لفظ تمليك.

ويستحق مهر المثل؛ إذ هو معاوضة فلا يصح بالشرط فيتعين المثل كالعقد الفاسد.

قلنا: لم يفصل قوله تعالى: ﴿فِيْمَا افْتَدَّتْ بِهٖ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

٢٠٨- فصل: في أحكام العوض

٢٢١١- **سَأَلَتْ:** من شرطه أن يكون مالاً يصح تملكه، مثلياً كان أم قيمياً، عيناً أم

(١) وفي الغيث يصح.

(٢) يعني: عند من أجاز نكاحها من غير عتقها والمذهب خلافه.

(٣) يعني: خلعاً.

(٤) فيقع خلعاً إذا جرى عرف أنه يفيد التمليك.

(٥) حيث قال: إن أعطيتني ألفاً وبالضمان حيث قال إن ضمنت لي ألفاً. (زيد).

(٦) الطلاق لأن الصفة وهي الإعطاء لم توجد ذكره الإمام يحيى. (زيد).

(٧) فإنه يحصل بالإحضار وإن لم يأخذه.

ديناً، فلا ينعقد بخمر أو نحوه^(١)، ويقع رجعيّاً.

٢٢١٢- **سَأَلَتْ:** [القاسمية والناصر والحسن البصري وسعيد بن المسيب ومالك وإسحاق بن راهويه وداود]: ولا يحل منها أكثر مما لزم بالعقد؛ لقوله ﷺ: ((أما الزيادة فلا))^(٢). [المؤيد بالله والإمام يحيى والفرقان]: بل يجوز؛ لقوله ﷺ: لأخت الخديري امرأة ثابت^(٣): ((ردى عليه حديقته وزيديه)).

قلت: معارض بما روينا، وهو أرجح؛ للحظر.

[أبو العباس]: فإن زادته تبرعاً جاز إجماعاً لا لو امتنع من الطلاق إلا به. [المنصور بالله وتخريج المؤيد بالله]: لا، وإن تبرعت؛ للآية^(٤).

قلت: مخصصة بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ﴾ [النساء:٤].

٢٢١٣- **سَأَلَتْ:** [العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: ويصح على تربية الأولاد ونفقتهم ونفقة العدة؛ إذ هو في التحقيق على مثل ذلك، وتغفر هذه الجهالة؛ لصحته على مهر المثل مع جهالة فيه. [الشافعي]: لا، حتى تُبَيَّن مدة الرضاع وقدر الطعام والإدام وصفتهما، وكم لكل يوم ومدة الكفالة بعد الرضاع؛ لترتفع الجهالة.

قلنا: خروج البضع لا قيمة له فاغتفرت الجهالة في عوضه، وكعقد النكاح مع أن لدخوله قيمة فهذا أولى.

(١) الخنزير والدم والميتة. (شرح بحر).

(٢) (قوله): «أما الزيادة فلا»: قيل: في رواية لحديث امرأة ثابت أن النبي ﷺ لما قال لها: ((أتردين عليه حديقته؟)) قالت: نعم وأزيدة، فقال: ((أما الزيادة فلا)). وروي أن النبي ﷺ قال لثابت بن قيس: ((لا تأخذ منها أكثر مما أعطيتها)) حكاة في أصول الأحكام بمعناه. [أخرج نحوهما أحمد بن عيسى في الأمالي وعلي بن بلال في شرح الأحكام بسنده، والمؤيد بالله في شرح التجريد وأخرج الأولى البيهقي (١٥٢٤٢)، والدارقطني (٣/٣٢١)، وأبو داود في المراسيل (٢٣٥)].

(٣) (قوله): «لقوله ﷺ لأخت الخديري.. إلخ» قال في أصول الأحكام: فإن قيل: فقد روي عن أبي سعيد الخديري أنه قال: كانت أختي عند رجل من الأنصار تزوجها على حديقة وكان بينهما كلام فارتفعا إلى النبي ﷺ فقال: ((أتردين عليه حديقته ويطلقك؟)) قالت: نعم وأزيدة، قال: ((ردى عليه حديقته وزيديه)). قلنا: يجمل أن يكون النبي ﷺ علم أن المهر كان زائداً على الحديقة فعناه بالزيادة ليكون ذلك جمعاً بين الأخبار.

(٤) وهي قوله تعالى: ﴿فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا﴾ [النساء:٢٠].

فَرْعٌ: [المؤيد بالله والإمام يحيى]: وإذا أطلق الرضاع فحولان، والترتية سبع سنين^(١) أو ثمان سنين؛ إذ لا يستقل بنفسه دونها، ومن ثم قيل: في السبع الأولى أسير^(٢)، وفي الثانية وزير^(٣)، وفي الثالثة أمير^(٤).

فَرْعٌ: وللأب أن يطلب^(٥) النفقة إليه ويدفع للولد كل يوم قدر حاجته مما أخذ أو من ماله على ما يرى وإذا شرط أكثر من كفايته فالزائد للأب ويوفى الأقل. وإن أذن لها صح^(٦).

فإن مات الصبي أو مات فللأب أجره ما بقي من الحضانة وقدر نفقتها؛ لأجل العقد^(٧).

٢٢١٤- **سَأَلَتْ:** وإذا قالت: طلقني على ما في بطن أمي صح إن انكشف حملاً كالوصية به. [أبو العباس والمذهب وأبو حنيفة وأصحابه]: وإلا فلا شيء ووقع رجعيًا؛ إذ لا يبطل الطلاق ببطلان العوض. [الشافعي ومالك]: بل يجب مهر المثل، ويكون خلعًا؛ إذ بطلان العوض يوجب الرجوع بقيمة بدله إذا تعذر الرجوع به. قلنا: لا قيمة لخروج البضع كما قدمنا.

فإن قالت: على حمل هذه الجارية فانكشف عدمه لزم مهر المثل؛ إذ دلست بتسميته حملاً، بخلاف قولها: على ما في بطنها.

٢٢١٥- **سَأَلَتْ:** ويلزم بالتغريم مهر المثل كمسألة الحمل، ومثلها على هذه الدراهم فإذا هي نحاس، ولا تغريم إن ابتداء الزوج أو علم؛ إذ لا جناية منها

(١) التحديد بالمدة لا أثر له وإنما المعتبر الاستقلال وعدمه. (هداية).

(٢) أي: لا ينفع نفسه كالأسير.

(٣) أي: يصدر ويورد ويصلح للمشاورة في الأمور كلها.

(٤) أي: مالكا لنفسه ليس على يده يد لأب ولا غيره.

(٥) مع عدم المراضاة.

(٦) الإذن في إنفاق ذلك على الولد. قال الإمام يحيى: لأنها لا تتهم في الرفق بولدها. (شرح بحر).

(٧) إلا لعرف بأن الخلع على ذلك ما بقيت الزوجة والأولاد فلا وجوب بعد الموت.

حينئذ^(١).

٢٢١٦- **سَأَلَتْ:** [المذهب]: فإن عين عوض الخلع ثم استحق لزمت قيمته^(٢)؛ إذ هي أقل جهالة من مهر المثل.

فإن سمت عبداً فإذا هو حر، أو خلاً فإذا هو خمر صح الخلع ويلزم مهر المثل. [أبو طالب]: لو خالها على ما في هذه الجرة من الخل فإذا هو خمر لزم مهر المثل؛ لتعذر الرجوع إلى ما وقع عليه عقد الخلع؛ إذ لا قيمة له. قلت: ووجه ذلك كله: أن تسميتها العبد والخل تغرير ولم يرض بخروجه^(٣) إلا بعوض.

٢٢١٧- **سَأَلَتْ:** [أبو العباس]: فإن خالها على مهرها قبل الدخول رجع عليها بنصف المهر عيناً كان أو ديناً. [أبو طالب]: وصورتها أن يسلم إليها العين ثم يخالها عليها فيرجع عليها بنصفها وتصير مشتركة بينهما، ووجه ذلك: أنه يبطل ملكها نصفها بالطلاق، فتبطل المخالعة بالنصف؛ إذ هو ملك للغير. قلت: وهذا الكلام غير سديد، والقياس أنه يملك العين بالمخالعة ثم يرجع عليها بنصف قيمتها كلو باعها أو وهبتها^(٤).

٢٢١٨- **سَأَلَتْ:** [أبو العباس]: وإذا خالها بهذا العبد أو هذا تعين أو كسها^(٥)؛ إذ لا قيمة لخروج البضع، والأوكس هو المتيقن والزائد مشكوك فيه، بخلاف النكاح فيتعين الأقرب إلى مهر المثل منهما كما مر؛ إذ لدخول البضع قيمة بخلاف خروجه.

(١) سواء حصل منها إيهام في صحة العوض أم لا خلاف ما في حاشية على المخطوط.

(٢) مع الجهل وعدم الإجازة من مالكة ومع العلم لا يقع خلعةً [ولا يستحق عليها شيئاً عندنا ويكون الطلاق رجعيًا]. [إلا إذا أجاز مالكة. (بستان).

(٣) أي: البضع.

(٤) يعني: ثم طلقها قبل الدخول على مهرها فإنه يرجع عليها بعوض تلك العين وبمثل نصفه، فكذلك ها هنا تملك العين ويرجع بمثل نصف عوضها وهو الذي صححه المتأخرون. (زيد).

(٥) غير معيب.

فَرْعٌ: [أبو العباس]: ولو أمهرها عبداً غير معين ثم خالعتها به استحق الوسط؛ إذ هو الذي نكح به وقد عينه في الخلع فيتساقطان، وإن خالعتها بعبد غير معين فلها الوسط بالنكاح، وله الأوكس بالخلع؛ لما مر من الفرق بين دخول البضع وخروجه.

٢٢١٩- **سَأَلَتْ:** [العنزة والفريقان]: وللمخالع تجديد العقد في العدة وبعدها؛ لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يَتَرَاجَعَا﴾ [البقرة: ٢٣٠]. [أبو ثود]: يجوز من غير عقد كالرجعية.

لنا: ما مر (١).

[أحمد بن حنبل]: لا يعقد عليها إلا بعد العدة.

قلنا: لا تستبرئ من مائه.

٢٢٢٠- **سَأَلَتْ:** [العنزة والشافعي ومحمد بن الحسن]: ولا يوجب الخلع براءة الزوج من سائر الحقوق كالطلاق (٢). [أبو حنيفة وأبو يوسف]: الخلع مبارأة مطلقة فأسقطت كل حق كالبراء المطلق فيسقط بالخلع كل حق حتى الشفعة والرد بالعيب.

قلنا: بل هو براءة على مال فلا يتعدى عنه إلى غيره كلو قال: أبرأتك من الشفعة لم يسقط به غيرها.

٢٢٢١- **سَأَلَتْ:** ويقع المعقود على غرض كعلى أن تدخل في الدار بالقبول أو الامتثال في المجلس قبل الإعراض.

قلت: فإن بعدت الدار عن المجلس فامتثالها النهوض إليه (٣) ويكون رجعيًّا؛ لبطلان العوض.

(١) في الخامسة من الفصل الثاني من الخلع. من ذهاب سلطان الزوج عليها.

(٢) أي: كلو طلقها على مال لم يوجب ذلك سقوط الحقوق التي تستحقها المرأة من نفقتها وأولادها وسائر الحقوق كلها. (شرح بحر).

(٣) يعني: الدخول.

فإن قال: على خياطة هذا الثوب أو نحوه^(١) فخلع إن قبلت أو امتثلت ولا يفتقر في الشرط إلى القبول، ويقع بإحضار المشروط، ولا يجبر على^(٢) القبض. [بعض الفقهاء]: يجبر؛ ليقع الطلاق ولا وجه له؛ إذ قد حصل الشرط بالإحضار.

٢٢٢٢- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: ولو قال: إن وهبت لي نصف مهر ك لابني نصفه^(٣) فأنت كذا وقع بالهبة، ويكفي قبول الأب للصغير لا للكبير^(٤) فيكون خلعاً بما صار إلى الأب لا إلى الابن^(٥)؛ إذ شرط الخلع مصير العوض إلى الزوج دون غيره؛ لقوله تعالى: ﴿فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، والتقدير من زوجها.

[المؤيد بالله وأبو طالب]: فلو قال: إن وهبت مهر ك لفلان فوهبت كان رجعيّاً؛ لذلك^(٦).

٢٢٢٣- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: ولو قالت: أحللت لك مهري أو مهري لك حلال على أن تطلقني أو تطلقني على مهري فطلق، وقع الخلع ولها الرجوع قبل طلاقه في العقد لا في الشرط، بخلاف الزوج كما مر^(٧).

٢٢٢٤- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: ولو خالعه على بقرة فاستحقت ثم اشترتها لزم

-
- (١) وذلك كحمل كذا إلى أرض كذا مما يصح أن تعقد عليه الإجارة. (شرح بحر).
(٢) وظاهره من غير فرق أن يكون العوض ديناً أو عيناً والذي في شرح الأثمار أن الزوج لا يجبر على القبض إلا حيث كان العوض في الذمة لتبرأ ذمة الملتزم، فأما حيث كان معيناً فالتخلية كافية فلا يجبر على القبض كما في سائر الأعيان.
(٣) هذا في المهر المعين لا الذي في الذمة؛ إذ لا يصح هبة الدين إلى غير من هو عليه، ولأن لفظ المؤيد: إن وهبت مني نصف الأرض التي هي مهر ك ونصفها من ابني. (زيد).
(٤) إلا أن يوكله أو يجيز من بعد. (غيث).
(٥) فما صار إلى الابن فليس من عوض الخلع لكنه شرط فلا يقع الخلع إلا بحصوله. قال الفقيه يحیی البحيح: ولا يصح رجوعها فيما صار للابن ولو كان الابن من غيرها؛ لأنه صار له في مقابلة غرض وهو طلاقها وقد حصل.
(٦) إذ شرط الخلع مصير العوض إلى الزوج دون غيره.
(٧) يعني: فإنه لا يصح منه الرجوع مطلقاً كما مر في الثانية من الفصل الأول من هذا الباب.

الزوج قبولها^(١)؛ إذ هي التي تَصَمَّنُهَا العقد فإن استحق بعضها خيّر الزوج^(٢) بين فسخها وطلب قيمتها أو أخذ ما لم يُستحق وقيمة ما استحق.

فإن اشترت المستحق فلا خيار^(٣).

فإن خالعهأ بدراهم فدفعت البقرة عنها ثم استُحِقَّت [البقرة] طالب بالدراهم^(٤).

٢٢٢٥- **سَأَلَتْ:** [أبو العباس]: فإن قالت: طلقني ثلاثاً بألف فلا بد من الرجعة، أي: العقد بين كل تطليقتين عندنا، فإن طلق واحدة فله ثلث الألف؛ لصحة التجزؤ في العوض.

٢٢٢٦- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: فإن قال: ردي عليّ ما أخذت مني حتى أطلقك^(٥) فردت فطلق وقع الخلع؛ إذ السؤال كالقبول.

فإن قال وكيل الزوج: حلليته مهرك لأطلقك فحللت فلم يُطلق بطل التحليل. فإن قالت: أحللته مهري لله لم يبطل بامتناعه.

فإن قالت: طلقني على مهري، فقال: طلقتك لسوء عشرتك وقع الطلاق رجعيّاً؛ إذ لم يُطَلَّق بعوض ولم يطابق سؤالها.

٢٢٢٧- **سَأَلَتْ:** فإن قالت: طلقني على مهري، فقال: طلقتك بعد يوم أو بعد هذا المقام وقع الطلاق رجعيّاً؛ إذ شرط الخلع المجلس وجوابه غير مطابق.

٢٠٩- فصل: في الصيغ الموجبة للعوض

قد مر أنها عقد وشرط والفرق بينهما.

٢٢٢٨- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن المذهب وبعض أصحاب الشافعي]: فإن قال: أنت

(١) هذا إذا كان الزوج جاهلاً لكونها للغير وإلا فلا شيء له. (شرح بحر).

(٢) هذا مبني على أن عوض الخلع يثبت فيه الرد بالعيب والبقرة قد صارت معيبة بحصول الشركة فيها. (شرح بحر معني).

(٣) لأنه قد زال العيب. (شرح بحر).

(٤) لأن هذا بيع فإذا استحق أخذ العوض وهو البقرة رجع في عوضه وهي الدراهم. (شرح بحر).

(٥) بناء من المؤيد بالله أن «حتى» عقدية والمذهب أنها وعدية فيكون رجعيّاً.

طالق وعليك ألف، وقال: أردت العقد لم يقبل؛ إذ لم ينو ما يحتمله اللفظ^(١).
[الغزالي]: بل يقبل.

٢٢٢٩- **سَأَلَتْ:** والنقد في المعاملات كالبيع والخلع بالعقد ينصرف إلى الغالب في البلد، وفي الإقرار إلى ما يقع عليه اللفظ.

وفي التعليق كإن أعطيتني ألفاً فأنت كذا تردد: الأصح كالمعاوضة؛ إذ هي المقصود والتعليق عارض^(٢).

فَرَعٌ: [الإمام يحيى]: ولا ينصرف التعليق والإقرار إلى الدراهم الناقصة بالوزن ولو فضة خالصة يتعامل بها في البلد عدداً لا وزناً بل إلى الموازنة الكاملة؛ إذ العرف لا يؤثر فيهما^(٣).

فأما البيع والشراء والإجارة ففيه تردد: الأصح: يتبع العرف في المعاملة؛ إذ هي معاوضة.

أما لو أقر مبهماً^(٤) وفسر بالناقصة قبل؛ إذ الأصل البراءة، وأما المغشوشة فلا تقبل في الإقرار والتعليق، وتقبل^(٥) في العقود في الأصح حيث قدر الفضة معلوم فإن جهل ففي فساد العقد تردد^(٦).

٢٢٣٠- **سَأَلَتْ:** ويصح التعليق بالقيمي كإن أعطيتني عبداً أو نحوه، وإن لم يبين النوع، فإن أحضرت عبداً مغصوباً ففيه تردد: الأصح: لا يقع الطلاق^(٧)؛ إذ أراد عبداً

(١) لأن قوله: وعليك ألف صيغة إخبار لا صيغة إزام.

(٢) أي: نادر.

(٣) أي: في الإقرار والتعليق، والقياس الرجوع إلى العرف كالمعاوضة.

(٤) أي: لو قال: علي له دراهم ولم يصفه إلى شيء وفسر بالناقصة قبل.

(٥) المذهب لا تقبل إلا أن يتعامل بها ولا فرق بين الإقرار والعقود.

(٦) أحد الوجهين: أنه يفسد؛ للجهالة، والثاني صححه الإمام يحيى: لا يفسد؛ لما سيأتي في الثالثة من الشرط التاسع في البيع. (زيد).

(٧) لا رجعي ولا بائن.

يملكه^(١)، وحيث لم يعينه لا يرده بعيب؛ إذ يستحق الأوكس^(٢) في الإطلاق، فإن عينه فأعطته فانكشف معيياً طلقت بحصول الشرط وله رده، ويلزمها قيمته سلبياً.
قلت: وفيه نظر^(٣).

فإن استحق: [ابن أبي هريرة]: لم يقع الخلع؛ إذ إعطاؤه كلا إعطاء.

قلت: ولا تغرير منها؛ إذ هو المبتدئ فأتى من نفسه.

[الإمام يحيى والطبري]: يقع بإعطاء عينه ويستحق القيمة.

قلت: لا قيمة لخروج البضع فليس كالمهر.

فإن قال: إن أعطيتني خمراً أو ميتة أو دمأ ففيه تردد [الإمام يحيى]: الأصح: تطلق، كأن

دخلت الدار، بخلاف مسألة العبد المغصوب فصحة تملكه قرينة إرادته التملك.

وقيل: لا يقع؛ إذ مفهوم الإعطاء التملك.

قلنا: بل الاستيلاء حيث لا يُملك.

فإن قال: أنت طالق على هذا الثوب على أنه هروي فانكشف مَرَوياً صح

ولزمت قيمته.

قلت: حيث ابتدأت.

فإن قال: إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي^(٤) فانكشف مروياً لم تطلق؛ لعدم

الشرط.

فإن قال: إن أعطيتني هذا الثوب المروي فانكشف هروياً ففيه تردد: قيل: إن

قصد بالوصف الشرط لم يقع، والإخبار وقع.

٢٢٣١ - **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة وأصحابه]: فإن قالت: متى طلقتني فلك ألف. أو قال:

(١) أي: الزوج.

(٢) غير معيب.

(٣) لعل وجه النظر: أن عوض الخلع لا يرد بعيب ولا رؤية على الأصح للمذهب كما مر. (زيد).

والمختار أن له الرد في المعين ويستحق قيمته وفي غيره يستحق الأوكس غير معيب تمت.

(٤) وذلك لأن قوله وهو هروي بمنزلة الشرط فكأنه قال بشرط أن يكون هروياً. (شرح بحر).

متى أعطيتني ألفاً فأنت كذا- لم يعتبر المجلس فيهما؛ إذ هو شرط. [أصحاب الشافعي]: يعتبر في الأولى؛ إذ جانب الزوجة يختص المعاوضة فأشبهه العقد ومن جانبه طلاق معلق. قلنا: لا فرق.

٢٢٣٢- **سَأَلَتْ:** [العتره]: ويصح وقف البراءة^(١) على شرط الطلاق^(٢). [الغزالي]: لا^(٣)؛ لبطلان العوض.

قلنا: البراءة المشروط يصح كما سيأتي.

٢٢٣٣- **سَأَلَتْ:** [العتره وأبو حنيفة وأصحابه]: فإن قالت: طلقني ولك علي ألف، أو قال: أنت كذا ولي عليك ألف لم يلزم الألف فيهما. [أصحاب الشافعي]: يلزم في الأولى؛ إذ هي صالحة للالتزام، لا الثانية. قلنا: إخبار لا التزام فيهما.

٢٢٣٤- **سَأَلَتْ:** فإن قالت: طلقني على ألف فقال: طلقت ولم يذكر الألف وقال: لم أقصد الجواب بل الابتداء لتثبت له الرجعة قبل؛ لاحتماله^(٤)، فإن قال: على الألف لم يقبل؛ إذ لا احتمال.

٢٢٣٥- **سَأَلَتْ:** فإن أتيا بالكناية كأبني بألف فقال: أبتك اعتبرت النية، فإن نويًا نفذ الخلع، وإن تركا فلا طلاق، وإن نوى الزوج دونها مع ذكر العوض^(٥) بطل^(٦)؛ إذ لا يصح بذل المال منها من غير نية، فإن لم يذكر العوض^(٧) نفذ رجعيًا. فإن نوت

(١) من الزوجة فقط. (مفتاح).

(٢) فإذا قالت: إن طلقني فأنت بريء من مهري فطلق صح ذلك وكان خلعاً. (شرح بحر).

(٣) بل رجعيًا؛ لأن عنده أن تعليق البراءة بالطلاق لا يصح.

(٤) يعني: لأنه يحتمل الابتداء والاستئناف بخلاف ما لو قال: طلقت على الألف، فإنه لا يحتمل إلا الجواب فقط. (شرح بحر).

(*) نعم فإن أفهمته الزوجة فلها تحليفه. وإن لم يدع ولا صرح بقصده الجواب جعلناه جواباً لها؛ إذ هو الظاهر. (شرح أثمار).

(٥) منها جميعاً أو منها. (زيد).

(٦) لا رجعي ولا بائن، إلا أن تقبله الزوجة. (بيان). وقع خلعاً.

(٧) منها جميعاً أو منها. (زيد).

دونه فلا شيء (١).

٢٢٣٦- **مَسْأَلَةٌ:** فإن أتى أحدهما بصريح والآخر بكناية فصاحب الصريح لا يحتاج [إلى] النية وأما الكناية فكما مر (٢).

٢٢٣٧- **مَسْأَلَةٌ:** [الإمام يحيى حكاية عن المذهب والمزني]: فإن قالت من بقي لها طلقة: طلقني ثلاثاً بألف، فطلقها واحدة استحق ثلث الألف؛ إذ العوض في مقابلة الطلقات الواقعة ولم يبق لها إلا واحدة. [الشافعي]: بل يستحق الألف؛ إذ هو في مقابلة البيونة (٣) وقد حصلت. [المروزي]: إن علمت أنه لم يبق إلا واحدة استحق الألف وإلا فثلثه.

قلت: وهو الأقرب.

٢٢٣٨- **مَسْأَلَةٌ:** ولو قال زوجته: طلقنا على ألف فقال: أنتما طالقان جواباً عليهما كان الألف عليهما نصفين. [الشافعي]: بل مهر المثل.

قلنا: لا وجه له مع التسمية (٤).

فإن قالت زوجته: بعني هذا العبد وطلقني على ألف فقال: بعتك إياه وطلقتك فهو بيع وخلع، فإن قلنا (٥) بصحته كبيع ونكاح قسم الألف على قيمة العبد وعوض الخلع (٦) فما قابل قيمته فهو ثمنه والباقي للخلع.

(١) لأن نية الطلاق تختص الزوج؛ لأنه الذي بيده الطلاق. (شرح بحر).

(*) لا رجعي ولا بائن.

(٢) فحيث ينوي دونها فمع ذكر العوض يبطل الخلع ومع عدمه يقع رجعيًا، وحيث نوت دونه لا يقع شيء كما مر. (شرح بحر).

(٣) أي: البيونة الكبرى، بحيث لا تحل له إلا بعد زوج وقد حصل ذلك فيستحق الألف. (شرح بحر).

(٤) وذلك لأن تسميتها للألف صحيحة فلا وجه لإبطالها لغير موجب. (شرح بحر).

(٥) وهذا قول المؤيد بالله والمنصور بالله والناصر والشافعي أنه يصح البيع باضٍ ومستقبل خلاف الهدوية. (بيان معنى من كتاب البيع).

(٦) هذا على قول الشافعي إن لخروج البضع قيمة والمذهب خلافه.

٢٢٣٩- **سَأَلَتْ:** فَإِنْ خَالَعَهَا عَلَى مَتَاعِ الْبَيْتِ صَحَّ وَاسْتَحَقَّهُ، وَحَيْثُ لَا مَتَاعَ فِيهِ -قَلْتُ: وَلَا تَغْيِيرَ- وَقَعَ رَجْعِيًّا؛ لِبَطْلَانِ عَوْضِهِ. [الشافعي]: بَلْ يَسْتَحِقُّ مَهْرَ الْمَثَلِ.

قلت: بناء على أن خروجه قيمة.

٢٢٤٠- **سَأَلَتْ:** [العتره وأبو حنيفة وأصحابه]: فَإِنْ تَلَفَ عَوْضَ الْخَلْعِ الْمَعِينِ قَبْلَ قَبْضِهِ رَجَعَ بِدَلِهِ مِثْلَ الْمَثَلِيِّ وَقِيَمَةَ الْقِيَمِيِّ. [الشافعي]: بَلْ بِمَهْرِ الْمَثَلِ. [قول للشافعي]: بَلْ بِمِثْلِهِ أَوْ قِيَمَتِهِ مِثْلَهُ (١).

قلنا: ما اعتبرناه أقل جهالة.

٢٢٤١- **سَأَلَتْ:** وَمَنْ لَهُ زَوْجَتَانِ أَرْضَعَتِ الْكَبْرَى الصَّغْرَى وَخَالَعَ الْكَبْرَى صَحَّ الْخَلْعُ إِنْ سَبَقَ (٢) الرِّضَاعُ وَإِلَّا فَلَا؛ إِذْ تَقَدَّمَ الْفُسْخُ، فَإِنْ التَّبَسَّ السَّابِقُ مِنْهُمَا صَحَّ الْخَلْعُ؛ إِذَا أُصِلَ بَقَاءُ الزَّوْجِيَّةِ وَهُوَ يَتَرْتَبُ عَلَيْهَا.

٢٢٤٢- **سَأَلَتْ:** وَيَصِحُّ بَيْنَ الْحَرْبِيِّينَ وَالذَّمِيِّينَ؛ إِذَا هُمَا زَوْجَانِ وَأُنْكَحْتَهُمَا صَحِيحَةً كَمَا مَرَّ، لَكِنْ إِذَا تَرَاغَعُوا إِلَيْنَا قَبْلَ الْقَبْضِ لَمْ نَأْمُرْهُمُ بِإِقْبَاضِ الْخَمْرِ (٣) وَنَحْوِهِ؛ إِذْ لَا نَحْكُمُ بِخِلَافِ شَرِيعَتِنَا فَيَحْكُمُ بِمَهْرِ الْمَثَلِ؛ لِفُسَادِ التَّسْمِيَةِ، وَلَمْ يَرْضَ بِخُرُوجِهَا إِلَّا بِعَوْضٍ.

فإن ترافعا بعد التقابض لم ننقضه؛ لصحة تملكهم إياه، ويحكم ببراءتها بالتسليم، وكذلك لو قد قبض البعض برئت من قدره وحكم بقدر ما بقي من مهر (٤) المثل (٥).

فإن أسلما قبل التقابض فسد العوض ولا شيء للزوج؛ إذ لا قيمة لخروج البضع، ولا يجوز له الانتفاع به، بخلاف ما لو لم يسلما وترافعا قبل القبض فيحكم

(١) قال الإمام يحيى وهو مثل قولنا وهو المختار؛ لأنه أقل جهالة من الرجوع إلى مهر المثل لما فيه من التفاوت الكثير، نعم: وقد يقال: إن عوض الخلع قبل قبضه غير مضمون. (زيد وشرح بحر).

(٢) أي: الخلع.

(٣) وقياس المذهب أمرهم بالإقباض مع البقاء على الكفر؛ إذ هم مصالحون عليها.

(٤) والمختار: أنها توفي الباقي من الخمر.

(٥) قال الإمام يحيى: كما قلنا في الصداق. (شرح بحر).

بمهر المثل (١)؛ إذ له الانتفاع به لكن منعه الحكم (٢) فوجب عوضه فافترق الحالان (٣). [الشافعي]: بل يحكم له بمهر المثل.

قلت: بناء على أن خروجه قيمة.

٢٢٤٣- **سَأَلَتْ:** فَإِنْ ارْتَدَّ الزَّوْجَانِ ثُمَّ تَخَالَعَا صَحَّ الْخُلْعُ (٤). [المؤيد بالله]: أو ارتد أحدهما بعد الدخول (٥) ثم تخالعا في الردة بقي موقوفاً فإن أسلم في العدة صح؛ إذ انكشف وقوعه والنكاح باق. وإن لم يسلم حتى انقضت بطل؛ إذ انكشف الانفساخ بالردة (٦).

٢٢٤٤- **سَأَلَتْ:** فَإِنْ قَالَتْ: طَلَّقَنِي وَاحِدَةً بِأَلْفٍ فَتَلَّثَ وَقَعْتُ وَاحِدَةً عِنْدَنَا بِالْأَلْفِ وَقِيلَ: يَقَعُ الثَّلَاثُ وَلَهُ الْأَلْفُ؛ إِذْ فَعَلَ مَا سَأَلْتَهُ وَزِيَادَةً. [المرزوي]: ويستحقه في مقابلة الثلاث. [بعض أصحاب الشافعي]: بل بالواحدة والأخريان وقعتا مجاناً. [القفال]: بل تقع الثلاث ويستحق عليها ثلث الألف؛ إذ رضيت واحدة به فجعل كل طليقة بإزاء ثلثه. [المسعودي وغيره]: بل تقع واحدة فقط بثلث الألف؛ إذ أوقع الأخريين على العوض ولم تقبلها فلم يقعا وسقط مقابلهما. [الإمام يحيى]: والأصح الأول (٧) وعليه الأكثر من أصحاب الشافعي.

٢٢٤٥- **سَأَلَتْ:** [أكثر أصحاب الشافعي]: فَإِنْ قَالَتْ: طَلَّقَنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَقَالَ: أَنْتَ طَالِقٌ وَاحِدَةً بِأَلْفٍ وَاثْنَتَيْنِ مَجَانًا وَقَعْتُ وَاحِدَةً بِثَلَاثَةِ لَا الْأَخْرِيَانَ؛ إِذْ بَانَتِ بِالْأُولَى،

(١) بل يحكم بالمعين.

(٢) وهو أنا لا نحكم له بخلاف شريعتنا. (زيد).

(٣) حال الكفر وحال الإسلام.

(٤) لأن النكاح لا يفسخ بردهما معاً عندنا وأبي حنيفة وأصحابه كما مر. (زيد).

(٥) وهذا على أصل المؤيد بالله من أنها إن كانت مدخولة لم تبين إلا بانقضاء العدة وأما على المذهب فإنه يفسخ النكاح وتبين الزوجة في الحال مدخولاً بها أم لا ذكر معناه في الغيث.

(٦) يعني: فلا يلحقه الخلع؛ إذ الطلاق لا يتبع الفسخ. (زيد).

(٧) وهو أنها تقع الثلاث وله الألف. (شرح بحر).

وقيل: يقع اثنتان رجعتان مجاناً؛ إذ الأولى غير واقعة؛ إذ لم يرض بوقوعها إلا بألف. فإن قال: أنت طالق واحدة مجاناً واثنتين بثلثي الألف وقعت واحدة رجعية، فإن جوزنا مخالفة الرجعية وقع الأخریان بثلثي ألف.

٢٢٤٦- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: فإن قال لامرأته: أنتما طالقان إحدكما بألف فقبلتا وقعت واحدة بألف ملتبسة وقد مر حكم الملتبس.

قلت: بل الظاهر أنه واقع عليهما غير ملتبس وإنما التبس من عليها الألف (١) منهما، لكن إحداهما بائنة ملتبسة.

قال: فإن قبلت إحداهما دون الأخرى وجعلنا الملتبس غير واقع بل في الذمة أمر الزوج بالتعيين فإن عين القابلة وقع خلعاً ولزمها الألف، والأخرى رجعي، وإن عين التي لم تقبل وقع الطلاق على القابلة رجعيّاً بغير عوض ولم يقع شيء على التي لم تقبل؛ لكونه خلعاً وشرطه القبول.

قال: فإن لم تقبل أيهما فعن [ابن الحداد]: لا يقع شيء؛ إذ شرطه القبول. [الطبري]: بل يقع الأول الذي لم يقيد بعوض، ويُطالب بالتعيين (٢).

فإن قالت: طلقني نصف طلقة أو نصفي (٣) بألف تتمم كما مر.

٢٢٤٧- **سَأَلَتْ:** فإن قالت: طلقني غداً على ألف أو إذا طلقنتي غداً فلك ألف وقع بطلاقه غداً خلعاً لا بعد غد.

[الداعي والإمام يحيى]: وكذا لو طلق في الحال -قلت: مؤقتاً بغد- لقولهم (٤): إذ قد وافق وزاد خيراً (٥)، ولا يستحق الألف إلا بعد وقوع الطلاق، فإن طلق بعد الغد

(١) والأقرب أنه لا شيء على أيهما؛ لأنه التبس من عليه الحق على المذهب.

(٢) فيه.

(٣) أي: أو نصف الزوجة.

(٤) يعني: الداعي والإمام يحيى وذلك لأنه قال في الانتصار: وإن طلق في الحال أو قبل مجيء الغد فقد وافق وزاد خيراً. (زيد).

(٥) يعني: بالتعجيل.

بطل الخلع وكان رجعيًّا؛ للمخالفة.

قلت: وكذا لو طلق في الحال غير مؤقَّت بغد.

٢٢٤٨- **سَأَلَتْ:** فإن قالت: خذ مني ألفاً وأنت خير في تطليقي من اليوم إلى شهر فطلق في الشهر لقصد الأخذ استحق^(١) ما شرطت لا بعد الشهر؛ للمخالفة.

٢٢٤٩- **سَأَلَتْ:** فإن قال: أنت طالق غداً على ألف فقبلت في المجلس فإذا جاء الغد وقع الطلاق خلعاً واستحق الألف. [الشافعي]: بل مهر المثل ولا وجه له.

٢٢٥٠- **سَأَلَتْ:** [العتره والفقهاء الأربعة]: ولا يشترط كون عوض الخلع من الزوجة بل يصح من غيرها كثمن المبيع.

ويصح مخالعة الأب والأجنبي عنها كما يصح مخالعتها بنفسها؛ إذ الطلاق إلى الزوج فلا يحتاج إلى قبولها إلا لالتزام العوض فقط، فإذا التزمه غيرها وقع الطلاق لكمال شرطه وصح الالتزام، وقد مر^(٢) الخلاف.

فَرَعٌ: فإن قال الأجنبي [أو الأب]: خالعتها وأنا ضامن بمهرها فخلع، كما مر. فإن قال: وأنا ضامن بإبرائك لم يصح خلعاً؛ إذ الإبراء ليس بهال فلا يصح الضمان به فيقع رجعيًّا بالقبول في العقد.

فإن قال: خالعتها على هذا العبد وهو ملك لها دونه صح الخلع مع جهل الزوج^(٣) وتلزم قيمته كلو استحق العوض منها، ومع علمه وجهان: يبطل الخلع كلو عقد بغير عوض.

قلت: ويقع رجعيًّا.

وقيل: يصح كلو جهله. [الإمام يحيى]: وهذا أولى كلو خالع بشيء مستحق.

(١) ينظر فإنه ليس بعقد ولا شرط. فإذا طلق وقع رجعيًّا.

(٢) في العاشرة من الفصل الثالث من الباب. (شرح بحر). بل في الحادية عشرة من الفصل الثالث فيحقق. (زيد).

(٣) لحال العبد أنه ملك للزوجة دون الطالب للخلع. (شرح بحر).

فَرْعٌ: فإن قال: على هذا العبد الذي هو ملكها فوجهان: [الإمام يحيى]: أصحابها يكون خلعاً ويلزم قيمته. وقيل: لا؛ إذ هو مع العلم كالمعقود بلا عوض فيكون رجعيّاً. ٢٢٥١- **مَسْأَلَةٌ:** فإن قال الأب^(١): خالع على هذا العبد من مال ابنتي الصغرى لمكان ولايتي فوجهان: يصح خلعه عنها كشرائه لها. وقيل: لا؛ لظهور عدم المصلحة فيكون رجعيّاً.

فإن قال: على أنك بريء من مهرها فوجهان: يصح إسقاطه وضمانه فيكون خلعاً. ولا؛ لعدم المصلحة كما مر.

٢٢٥٢- **مَسْأَلَةٌ:** فإن خالعتها على مهرها وقد كانت أبرأت قلت: وقع خلعاً مع جهلها كلو استحق، ويلزم قدره، وكذا مع جهل الزوج وحده وهي المبتدئة لأجل تغريها، فإن علم وقع رجعيّاً؛ لبطلان العوض. [الإمام يحيى]: إلا أن يقول: على مثل مهرها^(٢) فيصح ويلزم مثله.

٢١٠- فصل: في الاختلاف

٢٢٥٣- **مَسْأَلَةٌ:** والقول لها في عدم التزام العوض؛ إذ هو الأصل، وتثبت البيئونة بإقراره، فإن أنكره الزوج لتثبت الرجعة فالقول له أيضاً كذلك. فإن بينت^(٣) بطلت الرجعة ولزمها الألف.

[الإمام يحيى]: فإن شاء أخذه وإن شاء تركه.

قلت: بل لبيت المال؛ لإنكاره استحقاقه حيث عين.

ويصح شهادة رجل وامرأتين. [الشافعي]: لا.

لنا: ما سيأتي.

(١) أبو الزوجة قال للزوج.

(٢) وكذا إذا قصد ذلك [وتصادقا على ذلك. غيث] وإن لم يلفظ به ذكر معناه في الزهور وغيره. (شرح بحر).

(٣) بالعوض.

وفي الشاهد واليمين تردد سيأتي^(١) إن شاء الله.
والقول لها أنه لم يقبل في المجلس؛ إذ الأصل براءة ذمتها، وتثبت البيونة بإقراره،
والقول للزوج في ذلك أيضاً؛ إذ الأصل عدم الطلاق.
فإن قالت: خالعتك مكرهة فوجهان: القول لها؛ إذ الأصل براءة الذمة. أو
للزوج؛ إذ الأصل عدم الإكراه.

٢٢٥٤- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل]: والقول للزوجة في قدر العوض
وجنسه وعينه^(٢) وعدم التأجيل^(٣) بالطلاق؛ إذ الأصل براءتها وعدم الأجل.
[الشافعي]: بل يتحالفان كالبيعين، ويلزم مهر المثل؛ إذ لا يبطل الطلاق بعد نفوذه.
قلنا: الظاهر معها، وقد قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((البينة على المدعي))، ويلزمكم انفساخ
الخلع بعد التحالف؛ للخبر^(٤) وأنتم لا تقولون به فلم تعملوا بموجبه.

٢٢٥٥- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة]: فإن قال: أردت نقد بلد كذا وقالت: بل بلد
كذا فالقول لها^(٥)؛ لما مر^(٦). [قول للشافعي]: بل يتحالفان؛ إذ النية كاللفظ في تصحيح
العقد^(٧). [قول للشافعي]: لا تحالف هنا؛ إذ لا يطلع على الضمير إلا الله تعالى فيجب
مهر المثل.

(١) فالمذهب أنه يصح.

(٢) هذا في العقد وأما في الشرط فعليها البينة. (بيان). من فصل الاختلاف من باب العدة.

(٣) بأن يكون اختلافهما من التعجيل والتأجيل لوقوع الطلاق، وعبرة الانتصار: أن يكون اختلافهما في
التأجيل والتعجيل في عوض الخلع فيقول الزوج: خالعتك على عوض معجل، وتقول الزوجة:
خالعتك على عوض مؤجل، قال فيه: فالمذهب أن القول قول الزوجة. (زيد). وقياس المذهب أن
القول قول الزوج؛ إذ الأصل عدم التأجيل.

(٤) وهو قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إذا اختلف البيعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا البيع)).

(٥) هذا إذا ادعى غير نقد البلد أو فيه نقدان. ولا غالب.

(٦) من أن القول لها في قدر العوض وجنسه وعينه. وفي الانتصار: أن هذه المخالعة وقعت في بلد لا نقد
فيها. (زيد).

(٧) قال: فكانت كاللفظ في صحة التحالف. (زيد).

٢٢٥٦- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: وإذا تزوجها على ألف ثم قضاها به أرضاً ثم خالعتها على مهرها وجب له الألف؛ إذ هو أصل المهر.

٢٢٥٧- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: فإن قال: خالعتك بهذا إن كان في ملكك -واليد لها- فقبلت طلقت، فإن استُحِقَّ بعد أن تزوجت آخر بطل النكاح الثاني؛ لبطلان طلاق الأول فترجع إليه إن استُحِقَّ بالبينة أو علم الحاكم، لا إن استُحِقَّ بنكول الزوج أو إقراره أو رده اليمين، ولا يكفي إقرارها أن طلاق الأول كان كذلك^(١) بل يبين.

٢٢٥٨- **سَأَلَتْ:** فإن قال: العوض من مالك؟ فقالت: بل من مال زيد^(٢) فالقول لها؛ إذ الأصل براءتها.

فإن قال: على ألف في ذمتك، فقالت: نعم، لكن زيدا ضمن بها عني بينت؛ إذ قد أقرت بلزومها.

فإن قالت: خالعتني على ألف [بألف] يجب على زيد دفعها عني، فالقول للزوج^(٣)؛ إذ قد أقرت بوجوبها؛ إذ لا يدفع عنها إلا ما يلزمها.

فإن قالت: خالعتني على ألف [لي] في ذمة^(٤) زيد [الإمام يحيى]: فالقول لها؛ إذ الأصل براءتها. [رواية عن الشافعي]: وجهان: يتحالفان ثم يرجعان إلى المثل. الثاني: يرجعان إليه ولا تحالف.

٢٢٥٩- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن المذهب]: فإن قالت: طلقتني ثلاثاً بألف، فقال: بل واحدة، فالقول لها^(٥)؛ إذ قد اتفقا على البيئونة وعلى أنها في يد نفسها^(١)

(١) أي: مشروط بل عليه البينة بذلك؛ لأن الظاهر صحة نكاح الثاني ما لم يثبت خلاف ذلك. (شرح بحر).

(٢) أي: بذله لك زيد من ماله دون مالي فالقول لها؛ لأن الأصل براءتها ويقع الطلاق بائناً لاتفاقهما على أنه وقع بعوض. (شرح بحر معنى).

(٣) يعني: فتبين الزوجة بذلك.

(٤) أي: دين لها على زيد.

(٥) بل القول قول الزوج؛ لأنها تدعي الزيادة في الطلقات وهو القياس.

كلوا اختلفا في قدر العوض أو جنسه.
[رواية عن الشافعي]: وجهان في التحالف وعدمه والرجوع إلى المثل.

[٥٤]- باب في تعليق الطلاق بالشرط والوقت

٢١١- فصل [في الطلاق المشروط]

[القاسمية والفريقان] - قال [الإمام يحيى]: وهو إجماع الصدر الأول -: ويتقيد بالشرط الممكن فيقف عليه؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(١) [المائدة: ١]، وقوله ﷺ: ((المؤمنون عند شروطهم))^(٢). [الناصر والإمامية]: لا يقع بمجرد الشرط؛ إذ لا علاقة بينهما، ولا بمجرد الجزاء؛ إذ هو معلق بالشرط، ولا بمجموعهما؛ إذ لا يجتمعان لعدم الشرط عند حصول الجزاء، ولا بأمر خارج؛ إذ لا يعقل فبطل.

قلنا: بل يقع بمجموعهما؛ إذ هو معلق بحدوث الشرط وقد حدث وكسائر المشروطات^(٣) ﴿إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [الأَنْفَال: ٣٨]، ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْتَحْ لَهَا﴾ [الأَنْفَال: ٦١]، ونحوه^(٤).

قالوا: عند وقوع الشرط عدم لفظ الطلاق فكيف يقع وقد عدم؟.

قلنا: عند وقوع الشرط كأنه تجدد اللفظ بإيقاع الطلاق وهو فائدة التعليق.

٢٢٦٠- **سَأَلَتْ:** [العتره والفريقان وسفيان الثوري وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه]: ويتقيد بالمقطوع به كطلوع الشمس؛ إذ لم يفصل الدليل. [الحسن البصري والزهري وسعيد بن المسيب ومالك]: بل يقع في الحال؛ إذ من حق الشرط التردد في وقوعه.

قلنا: بل من حقه الحدوث فقط^(٥).

(١) ومن قال لامرأته: إذا قدم زيد فأنت طالق، فقد عقد طلاقها على قدوم زيد فلهذا كان مندرجاً تحت الآية، وكذلك الخبر فإن ظاهره أن كل من شرط شرطاً فاللائق بخلائق الإيمان الوفاء به، وفي هذا دلالة على أن وقوع الشرط له تأثير في وجود مشروطه وأنه واقف عليه. (شرح بحر).

(٢) قوله: «المؤمنون عند شروطهم»: سيأتي.

(٣) كقوله تعالى.

(٤) كقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَشْكُرُوا يَرْضَهُ لَكُمْ﴾ [الزمر: ٧]، وقوله: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق]، وقول النبي ﷺ: ((من أتى امرأة في دبرها فقد كفر بها أنزل على محمد)) (شرح بحر).

(٥) فكل أمر حادث غير مستحيل فإنه يصح جعله شرطاً سواء كان مقطوعاً بوجوده أم لا، وما لم يكن كذلك لم يصح شرطاً كالجسم؛ لأن وجوده مستمر فلا يقال إن السماء إن الأرض. (شرح بحر). أي: إن كانت سماء إن كانت أرضاً.

قالوا: المقطوع به كالثابت في الحال فلا يصح شرطاً كالجسم (١).

قلنا: فرق بينهما الحدوث.

٢٢٦١- **سؤال:** [المذهب وقول للشافعي]: وإذا قيد بالمستحيل لم يقع؛ لترتب المشروط على الشرط. [المرتضى]: فلا يقع المؤقت بالماضي كأمس. [قول للشافعي والمرتضى]: بل يقع في الحال ويلغو الشرط؛ إذ من حقه تجويز وقوعه.

قلنا: علقه به فوقف عليه والاستحالة لا تبطل التعليق لغة ولا شرعاً (٢).

فرع: ولا يصح الرجوع عن المشروط ولو قبل حصول شرطه كالمطلق.

[الإمام يحيى]: ولو قال: قد عجلت المشروط لم يقع بل يقف على الشرط

كالتأجيل (٣).

قلت: وهو قوي.

ولو ادعى سبق اللسان إلى الشرط طلقت ناجزاً، وإن أنكرت كالإقرار بالمطلق.

قلت: يعني ظاهراً.

فرع: [المذهب والطبري]: ولو ادعى في المطلق نية الشرط نفذ ظاهراً لا باطناً

كلاستثناء بالنية وحدها. [الشافعي والإسفراييني]: بل وباطناً؛ إذ لا تأثير للنية وحدها.

لنا: ما سيأتي.

فرع: والمشروط لإنشاء لا خبر في الأصح كالمطلق.

فرع: ويصح الشرط نفيًا وإثباتًا مستحيلًا أو جائزًا من فعله أو فعلها أو غيرهما.

فرع: ولو علق طلاقهن أو طلاق كل واحدة بدخولهن وقع بدخول الجميع ولو

متفرقات إن لم ينو الاجتماع، وإن نوى أي واحدة دخلت طلقت، ولو لم تدخل

(١) كما لو قال: إن كنت جسماً فأنت كذا.

(٢) لأنه ليس فيها ما يدل على ذلك.

(٣) في الدين لأن الدين المؤجل لا يجب تعجيله قبل حصول وقت أجله. (شرح بحر).

الأخرى فله (١) نيته؛ للاحتمال.

فَرَعٌ: [أبو طالب وأبو العباس للهادي والإمام يحيى وأبو حنيفة وأصحابه ومالك وأحد أقوال الشافعي]: ولا ينهدم الشرط إلا مع الثلاث فتطلق بحصول الشرط وهي تحته ولو بعد ناجز أو زوج ثان ما لم يثلث كلو وقع قبل الناجز. [المزني والمروزي وأحد أقوال الشافعي]: بل يهدمه الناجز؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا طلاق قبل النكاح)) (٢)، وهذا وقع قبل النكاح الآخر فلا يصح.

قلنا: ما لم تثلث فكأنها في نكاحه.

[أحمد بن حنبل والإسفراييني والمحاملي]: لا ينهدم مع الثلاث أيضاً؛ إذ وقع (٣) وهي في نكاحه، فلا مانع من وقوعه بعد الثلاث كقبلها.

قلنا: الثلاث قاطعة للملك بالكلية فكان ما قبلها (٤) كقبل النكاح لا ما دونها.

فَرَعٌ: [ابن أبي الفوارس والإمام يحيى حكاية عن العترة]: ومتى تعدد الشرط لا يعطف فالحكم للأول وإن تأخر وقوعه إن تقدم الجزء؛ إذ الظاهر أن الذي قيد بالجزء هو الأول فقط؛ إذ لم يعطف عليه ما بعده، بخلاف ما إذا تأخر الجزء فالظاهر كونه [أنه] جزء لكل ما تقدمه. [أكثر أصحاب الشافعي]: بل يتقيد بمجموعها (٥) مقدماً للآخر ثم الذي يليه، ثم كذلك؛ لتعلق كل بصاحبه كقوله تعالى: ﴿وَلَا يَنْفَعُكُمْ نُصْحِي...﴾ الآية [هود:٣٤].

قلنا: لا نسلم ذلك إلا حيث التعلق ثابت بين الشروط كالأية.

فَرَعٌ: فإن تأخر الجزء أو عطف المتعدد «بأو» أو بالواو مع «إن» فلو احد

(١) باطناً فقط.

(٢) (قوله): «لا طلاق قبل النكاح»: تقدم الكلام عليه.

(٣) الشرط.

(٤) من الشروط.

(٥) في صورتين جميعاً.

وتنحل^(١)؛ إذ كل واحد شرط مستقل فلو وقعت الشروط معاً تثلت عند أهل الثلاث فإن عطف بالواو فقط لم يقع إلا بمجموعه.

فَرْعٌ: [الهادي]: ولو كرر الشرط والجزاء^(٢) لم يقع إلا واحدة؛ إذ الطلاق لا يتبع الطلاق. [الأزرقى]: بل يتكرر مطلقاً^(٣)؛ إذ لا فصل بين الأول وما بعده في المعنى. [المؤيد بالله]: يتكرر إلا أن ينوي التأكيد فالنية صارفة. لنا: الطلاق لا يتوالى.

فَرْعٌ: والفاء للتعقيب «وثم» مثلها بمهلة^(٤).

[الإمام يحيى]: فإن قال: إن دخلت الدار وإن دخلت هند فأنت طالق لم يقع إلا بدخولهما.

قلت: وفيه نظر لتكرار «إن»، ولو قال: إن دخلتما الدارين وقع بدخول كل واحدة الدارين معاً لا كل واحدة داراً في أصح الوجهين.

فَرْعٌ: [الإمام يحيى وأبو يوسف والفراء] وأنت كذا لو فعلت كذا مثل: إن فعلت مجازاً^(٥) هنا؛ إذ هي للماضي. وقيل: لا يقع؛ لتعليقه بالماضي. [بعض أصحاب الشافعي]: بل يقع مطلقاً؛ إذ هي هنا غير شرطية وتقديره أنت كذا لو فعلت لكان كذا، فرجع عن جعل الطلاق يميناً لحذفه الجواب فصار كالمطلق؛ إذ لا تعليق حينئذ. وقيل: بل يقع لكونها تعليلية كانت كذا لأجل كذا.

(١) الشروط متى فعلت واحداً منها فلا تطلق ثانياً بفعل الباقي.

(٢) نحو أن يقول: إن دخلت الدار فأنت طالق ويكرر ذلك مراراً لم يقع منها إلا طلقة واحدة فقط. (شرح بحر).

(٣) نوى التأكيد أم لا.

(٤) فلو قال: إن كلمتك فدخلت دارك فأنت طالق، لم تطلق حتى يكلمها وتدخّل دارها عقيب كلامه لها؛ لأن الفاء للترتيب والتعقيب، وفي «ثم» لا تطلق إلا إذا دخلت دارها بعد كلامه بتراخ فلو لم ترتب أو رتبت من دون تراخ لم تطلق؛ لأن «ثم» للترتيب والمهلة. (شرح بحر).

(٥) وذلك لأن «لو» في أصل وضعها شرط للزمان الماضي فحملت هاهنا على المستقبل تجوزاً وتوسعاً في الكلام. (شرح بحر).

قلت: والأقرب أنه لا يقع شيء مطلقاً؛ إذ يحتمل أن معناه: لو فعلت لكنت طالقاً لكن لم تفعل فلا طلاق نحو: أكرمك الله لو أكرمتني.

فَرَعٌ: [العترة والفريقان]: ولو شك في وقوع الشرط لم يقع المشروط؛ إذ لا يتنقل به عن اليقين. [مالك]: لا وطء إلا مع تيقن الحل، ولا يقين مع الشك^(١).
قلنا: التجويز غير معمول به شرعاً^(٢) فوجب استصحاب الحال.
[المرتضى]: والأحوط أن يفارقها ويراجعها.

قلت: ولعله أراد بفراقها اعتزالها حتى يراجعها؛ إذ لا موجب للتطبيق^(٣).
فَرَعٌ: وإذا شرط ما لا يعلم إلا من جهتها كالمحبة والبغض رجع إليها، ويعمل بالمجاز حيث غلب الحقيقة كالأرغمين أنفك فتبر بإيغار صدره إلا لنية غيره والمعلل كالمطلق^(٤)؛ إذ ليس بتقييد.

فَرَعٌ: [المذهب ومحمد بن الحسن]: ولو قال: إن فعلت كذا أنت كذا طلقت، وإن لم تفعل؛ إذ لا تقييد لحذف فاء الجزاء. [ابن سريج]: بل يتقيد وإن حذف كلو قدم الجزاء^(٥).
قلنا: خلاف الظاهر.

فلو قال: إن دخلت الدار وأنت طالق طلقت في الحال إلا أن ينوي فعبدني حر^(٦) أو نحوه^(٧) قبل إن صادفته.

(١) قالوا: فيحكم بوقوع الطلاق؛ لأنه الذي يرفع حكم الحل.

(٢) وإنما يعمل فيها بالعلم أو الظن المستند إلى أمانة صحيحة. (شرح بحر).

(٣) يعني عَلَيْهِ السَّلَامُ: بل مجرد الرجعة كافٍ في حصول الاحتياط.

(٤) أي: حكمهما واحد فمن قال لامرأته: أنت طالق لسوادك أو لسوء خلقك أو لدخولك الدار أو نحو ذلك فإنها تطلق في الحال سواء كانت على تلك الصفة أم لا، والوجه أن هذا وصف وليس بتقييد للطلاق بشرط ولا وقت. (شرح بحر).

(٥) كأن يقول: أنت طالق إن فعلت كذا.

(٦) ويكون وأنت طالق حالاً، فإذا أوقع عليها طلاقاً فدخلت الدار مطلقة عتق العبد وإن نوى: إن دخلت الدار فعبدني حر وأنت طالق وقع العتق والطلاق بدخولها الدار لتعدد الجزاء.

(٧) كطلاق امرأة أخرى.

ولو قال: إن ابتدأتك بكلام فأنت كذا وكرر ذلك طلقت وكذا ما أشبهه^(١)، ولو قال: إن كلمت زيداً ولا^(٢) عمراً ولا بكرةً طلقت بتكليم أحدهم، ولو قال: إن أقمت في هذا الماء أو خرجت منه^(٣) وهي في^(٤) جار لم تطلق بخلاف الراكد، أو في هذا النهر؛ إذ هو اسم للمكان.

ولو قال: إن خرجت^(٥) فحُمِلت كرهاً لم يحنث؛ إذ ليست خارجة، ولو كانت على سُلّم فقال: إن صعدت أو نزلت منه فانتقلت عرضاً إلى غيره لم يحنث ولو قال وفي فيها تمر: إن أكلتها أو تركتها فأكلت بعضها لم يحنث.

ولو قال: إن لم تُصدّقيني أنك سرقت فقالت: سرقتُ لم يحنث وإن كذبت، ولو قال: إن سرقت فأخذت من بيته شيئاً لم يحنث؛ إذ خيانة الوديع ليست سرقة^(٦).
ولو قال: إن بشرتني فبشرته لم يحنث إن كذبت ولو صدقت من بعد^(٧)؛ إذ البشارة هو الخبر الأول الصادق.

ولو قال: إن لم تخبريني بعدد كذا - وهو ملتبس - فقالت: واحد اثنان حتى بلغت عدداً يتيقن أنه فوق عدد ذلك لم يحنث.

ولو قال: إن خالفت أمري لم يحنث لمخالفتها النهي ولا العكس.

ولو قال: إن كلمت زيداً فكلمته حنث وإن لم يسمع زيد إلا لبعده، وفي الأصم

وجهان^(٨).

(١) نحو: إن كلمتك فأنت كذا وكرره.

(٢) في نسخة: وإلا عمراً وإلا بكرةً.

(٣) فأنت طالق.

(٤) ماء.

(٥) فأنت طالق.

(٦) حيث لم يكن محرراً منها ولا جرى العرف أنها تسمى سارقة.

(٧) في خبر آخر.

(٨) أحدهما: أنها تطلق؛ لأنها قد كلمته وإن لم يسمع لعارض فهو كما لو كان صحيحاً ولم يسمع لشغل، وثانيهما: أنها لا تطلق؛ لأن الاعتبار بها يكون كلاماً له.

فَرَعٌ: [العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: وإن خرجت إلا بإذني أو بغير إذني فهو للتكرار، لا إلا أن آذن لك ونحوه^(١)؛ إذ الباء للمصاحبة. [الشافعي]: لا تكرر فيها؛ إذ لا مقتضي.

قلنا: الباء للمصاحبة فاقتضته.

[المؤيد بالله]: ولو آذن سراً لم يحنث؛ إذ ليس من الإيذان، ولو قال: إلى الحمام فخرجت إلى غيره ثم عرض لها دخوله ولم ترده في ابتداء الخروج لم يحنث؛ إذ لم يكن خروجها إليه^(٢).

فَرَعٌ: [أبو طالب وابن الصباغ]: ولو قال: إن ضربت فلاناً فضربته ميتاً حنث؛ لحصول الضرب. [أكثر أصحاب الشافعي]: لا؛ إذ القصد الإيلام.

قلنا: العبرة عند فقد النية بظاهر اللفظ، وكلو ضربته ضرباً لا يؤلم^(٣) ولو قال: إن رأيت فلاناً فرأته ميتاً أو خلف زجاج أو نحوه^(٤) حنث لا في مرآة.

فَرَعٌ: [أبو طالب والإمام يحيى]: ولو قال: ما عندي غير أو سوى كذا حنث بالزيادة لا بذلك العدد ودونه؛ إذ القصد بهما نفي الزيادة بخلاف: إلا كذا فيحنث بالنقصان^(٥) كالزيادة. [أبو العباس]: لا، كغير وسوى.

قلنا: الاستثناء للنفي والإثبات جميعاً.

فَرَعٌ: فإن قال: إن حلفت بطلاقك فأنت كذا وكرره طلقت؛ إذ هو حلف، ولو قال: إن حلفت بطلاقك يا زينب فعمرة طالق ثم قال: إذا طلقت عمرة - بالتخفيف -

(١) حتى آذن لك أو إلى أن آذن لك. (شرح بحر).

(٢) فلو قصدته ولو مع غيره حنث؛ لوجود صفة الطلاق. (شرح بحر).

(٣) أو في حال سكره أو إغمائه أو نومه فإنه يحنث بذلك. ذكره في الانتصار. (شرح بحر).

(٤) وذلك كأن تراه في ماء منغمساً فيه فإنه يحنث الزوج بذلك لا لو رأت الفلان في مرآة أو سيف أو ماء

غير منغمس فيه فلا حنث في هذا؛ لما مر في النكاح. (شرح بحر).

(٥) قيل: والعبرة بالعرف في جميع ذلك. (قرئ).

فزینب طالق طلقتهما؛ لحصول الشرط^(١).

قلت: أما لو شدد لم تطلق زينب؛ إذ فعل الشرط ليس بطلاق.

فَرْعٌ: [القاسم والمؤيد بالله وأبو طالب]: ولو قال: إن لم أطلقك أو نحوه^(٢) طلقت بموته قبل الفعل^(٣)؛ لأن «إن لم» للتراخي. [أحد قولي أبي طالب]: بل للفور. قلنا: وضع الشرط خلاف ذلك^(٤).

فَرْعٌ: [الهادي]: ولو قال: إن ركبت وهي راكبة لم يحنث إلا إذا استمرت وكذا ما أشبهه^(٥).

فَرْعٌ: ولا برح حتى يشتري رطلاً من كذا بر بشرائه، ولو سلم البائع له غيره، فإن شري معيناً وانكشف مغشوشاً بعد براحه حنث وكذا ما أشبهه^(٦)، ولا يحنث برديء الجنس مما سماه؛ لدخوله في الاسم.

[أبو العباس]: ولو حلف ليقترض فاتهب لم يبر؛ لاختلافهما^(٧). [أبو طالب]: فإن حلف لياخذ بر بأيهما.

(١) وذلك لأن شرط طلاق عمرة هو أن يصبر حالفاً بطلاق زينب وشرط طلاق زينب وقوع الطلاق على عمرة وكل ذلك قد حصل هذا مع تخفيف اللام في «طلقت». قال الفقيه يوسف: وهذا من باب ما تقدم شرطه على جزائه فيأتي فيه خلاف الشافعي، وأما مع تشديد اللام فتطلق عمرة وفاقاً؛ لحصول شرط طلاقها ولا تطلق زينب؛ لأن شرط طلاقها هنا أن يتبدأ طلاق عمرة في المستقبل فإذا طلقت عمرة لأجل الشرط المتقدم فليس بطلاق مبتدأ فلهذا طلقت عمرة ولم تطلق زينب. (شرح بحر).

(٢) كإذا لم أطلقك. (شرح بحر).

(٣) لأن المعنى إن فاتني طلاقك فأنت طالق وتحقق الفوات إنها يمكن بالموت والمراد أنها تطلق في الحالة التي يعلم عجزه فيها عن الفعل لا قبل ذلك.

(٤) وهو التراخي فيه لا الفور وسيأتي في الفصل الخامس مزيد على ما ذكره عليه السلام في هذا الفرع. (شرح بحر).

(٥) كإن سكنت هذه الدار وهي ساكنة أو لبست هذا الثوب وهي لابسة.

(٦) نحو: أن يحلف بالطلاق لا برح من مكانه حتى يستلف عشرين درهماً فاستلفها ثم وجد فيها بعد أن برح من مكانه وزن درهم حديد فإنه يحنث إن كانت معينة لا إن كانت غير معينة نحو: أن يستلفها من كيس فيه دراهم فلا حنث؛ لأنه قد وقع البر بالقرض. (شرح بحر).

(٧) وذلك لأن القرض يوجب العوض والهبة لا توجهه. (شرح بحر).

فَرَعٌ: ويحنت الحالف ليفعلن- المؤقت بخروج الوقت وهو متمكن من البر والحنث. [القاسمية والفرقان]: والمطلق بموته قبل الفعل؛ لانقطاع الرجاء. قلت: فلو انقطع قبل موته طلقت. [مالك وسفيان الثوري والليث بن سعد]: لم يحنت بشيء من جهته بل كالملجأ. قلنا: تركه وقد أمكنه فكان تعذره كخروج وقت المؤقت. [أبو طالب]: وكذا لو ماتت كموته. [الأزرقى والإمام يحيى]: لا؛ إذ تعذر البر لا من جهته كليشربن هذا الماء فاهراق.

قلت: وهو قوي.

فَرَعٌ: ومن حلف ليفعلن اليوم كذا فعزم على الترك حنث؛ إذ العزم على الترك ترك فحنث به كخروج الوقت قبل فعله، ولو حلف لا فعل لم يحنت بعزم الفعل؛ إذ العزم على الفعل ليس فعلاً بخلاف الأول.

فَرَعٌ: وقبل موت زيد وعمرو بشهر لقبول موت آخرهما به؛ إذ علق بقبول اجتماع موتها بشهر فتعين ما ذكرنا. [أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: بل بموت الأول وضعفه أبو الهيثم.

[المذهب وأبو حنيفة]: ويقع في ابتداء الشهر. [أبو يوسف ومحمد بن الحسن]: بل عند الموت.

قلنا: علق بهما^(١) جميعاً فوقف عليهما كإذا دخلت هذه الدار، وهذه الدار، وكذا الخلاف في قبل موتي بشهر^(٢).

٢٢٦٢- **سَأَرَنَ:** ولا يقع من مكره ولو بالوعيد بأخذ مال له؛ لقوله ﷺ:

(١) أي: الشهر والموت.

(٢) يعني: فالمذهب وأبو حنيفة أنه يقع الطلاق في ابتداء الشهر وينكشف ذلك بالموت، وعلى قول أبي يوسف ومحمد: لا يقع إلا عند الموت، وفائدة الخلاف تظهر لو خالعهما بعد هذا الطلاق فعندنا إنه يبطل الخلع وعند أبي يوسف ومحمد أنه يصح ذكر ذلك في الغيث. (شرح بحر).

((وما استكروها عليه)) ونحوه (١).

قلت: إلا أن ينويه؛ إذ صار بالنية كالمختار، فإن حلف مختاراً حنث بالمخالفة ولو مكرهاً؛ لما سيأتي.

٢٢٦٣- **سَأَلَتْ**: ولو قال: أنت كذا واحدة لا بل ثلاثاً إن دخلت الدار احتمال رجوع الشرط إليهما. [الإمام يحيى]: إلى الآخر فقط.

قلت: الظاهر خلافه كالاستثناء (٢).

٢٢٦٤- **سَأَلَتْ**: [القاسمية والفريقان]: ولا يجوز التحليف به مطلقاً؛ لقوله ﷺ: ((لا تحلفوا إلا بالله)) (٣). [الناصر والإمامية]: يجوز؛ لقوله ﷺ: ((أفلق وأبيه)) ونحوه (٤).

قلنا: ملاطفة لا قسماً.

فَرَعٌ: ولو قال: إن أكلت رمانة فأنت كذا، وإن أكلت نصفاً فأنت كذا فأكلت واحدة طلقت اثنتين، وإن قال: كلما فثلاثاً.

ولو قال: كلما كلمت رجلاً، كلما كلمت طويلاً، كلما كلمت فقيهاً، فكلمت رجلاً طويلاً فقيهاً تثلث عند أهل الثلاث.

قلت: وكذا لو أتى يان.

(١) قوله: «وما استكروها عليه» ونحوه تقدم.

(٢) يعني: فإنه يكون مما تقدمه فيكون من الكل.

(٣) قوله: «لا تحلفوا إلا بالله» لفظه: عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: ((لا تحلفوا بأبائكم ولا بالأنداد ولا بالله عز وجل إلا وأنتم صادقون)) أخرجه أبو داود (٣٢٤٨) والنسائي (٣٧٦٩). [والبيهقي (١٩٦١٣)، وابن حبان (٤٣٥٧)]. وعن ابن عمر أن النبي ﷺ سمع عمر وهو يحلف بأبيه فقال: ((إن الله ينهاكم أن تحلفوا بأبائكم فمن كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت)) هذه إحدى روايات حديث أخرجه الستة. [أخرجه أحمد (٤٥٩٣)، وعبدالرزاق (١٥٩٢٣)، والبخاري (٥٧٥٧)، ومسلم (١٦٤٦)، أبو داود (٣٢٤٩)، والترمذي (١٥٣٤)].

(٤) قوله: «أفلق وأبيه» ونحوه: في إحدى روايات حديث أخرجه الستة إلا الترمذي من رواية طلحة أن رجلاً سأل النبي ﷺ عن الإسلام.. وساق الحديث إلى أن قال: فأدبر الرجل وهو يقول: والله لا أزيد على هذا ولا أنقص منه، فقال النبي ﷺ: ((أفلق وأبيه إن صدق)) وسأني قوله ﷺ: ((وأبيك لو طعنت في فخذها لأجزأ عنك)). [البخاري (٤٦)، ومسلم (١١)، أبو داود (٣٩١)، والنسائي (٤٥٨)].

ولو قال لأربع: كلما طَلَّقت واحدة [منكن] فأنتن كذا، ثم طلق واحدة تثنى عليها وعلى الثلاث واحدة واحدة. ولو قال: كلما وقع على واحدة تثلث عليهن، والوجه ظاهر.

ولو قال: أنت طالق وطالق إن دخلت الدار طالقاً تثلث إن دخلت مطلقة رجعيًا^(١)، والوجه ظاهر.

ولو قال: أنت طالق يا فلانة، لا بل هذه - طلقنا جميعاً؛ إذ لا رجوع عن الطلاق. ولو قال: أنت كذا إن دخلت الدار، لا بل هذه احتمال كون الشرط لهما^(٢) أو للأولى فقط، أو أن للأولى شرطين دخولها أو دخول الثانية.

ولو قال لغير مدخولة: إن حلفت بطلاقك وكرره لم يقع إلا واحدة؛ إذ لا يصح الحلف بطلاق البائنة.

ولو قال: أنت كذا بمكة احتمال أنه شرط كونه أو كونها بمكة، فإن لم يكن له نية وقع في الحال.

ولو قال: إن قدم زيد فقدّمه غيره كرهاً أو ميتاً لم يقع.

[الإمام يحيى]: ولو قال: إن لم أبع عبدي اليوم^(٣) فأعتقه وقع [الطلاق] عقيب العتق كخروج اليوم.

قلت: وفيه نظر^(٤).

فَرَعٌ: ولو قال: إن كانت امرأتي في السوق فعبدي حر، وإن كان عبدي في السوق فامرأتي كذا فوجدنا فيه عتق ولم تطلق؛ إذ عتق قبل الحلف بالطلاق فليس بعبده

(١) لا إن دخلتها وهي زوجة غير مطلقة أو كانت بائناً فلا طلاق؛ لأن الصفة غير موجودة. (شرح بحر).

(٢) فأيهما دخلت طلقت وحدها.

(٣) فأنت طالق.

(٤) لعل وجه النظر: أنه مؤقت باليوم وجاء آخر الوقت وهو غير متمكن من بر ولا حنث كما مر والله أعلم. (زيد). لا نظر؛ لأنه قد عزم على الترك والتارك حنث.

والعكس في العكس (١).

فإن قال: متى أعتقت عبدي فأنت طالق فعتق بشرط متقدم على اليمين لم تطلق؛ لتقدم الإيقاع بخلاف ما لو تأخر.

ولو قال لامرأته وأجنبية: إحدكما طالق قبل قوله: أردت الأجنبية؛ لاشتراك لفظ إحدى، بخلاف قوله: زينب أو أنت كذا وقال: أردت الأجنبية لم يقبل إن أنكرت الزوجة؛ إذ لا اشتراك في ذلك.

فَرْعٌ: [الإمام يحيى وابن الحداد وابن سريج والمرزوقي]: ولو قال الابن لجارية أبيه - وقد تزوجها-: متى مات أبي فأنت طالق لم يقع؛ لانفساخه بموته (٢). [الإسفرائيني]: بل يقع؛ لترتب الفسخ على ملك الابن فالطلاق متقدم.

قلنا: لا ترتب حسي.

ولو قال: أنت طالق هكذا - وأشار بثلاث أصابع - وقع ثلاثاً، لا لو لم يلفظ بهكذا واكتفى بالإشارة.

ولو قال: ملء السماوات والأرض لم يقع إلا واحدة، فإن قال: السبع تثلت؛ لإشارته إلى العدد، وكذا ملء المساجد لواحدة، فإن قال: الثلاثة تثلت.

ولو قال الحر لزوجته الأمة: إذا اشتريتك فأنت طالق، وقال سيدها: إن بعتك فأنت حرة طلقت وعتقت بالبيع؛ لحصول شرطيهما.

قلت: وفيه نظر (٣). إلا على قول المؤيد بالله (٤).

ولو قال: إن لمست فلاناً فلمسته ولو ميتاً طلقت لا بلمس شعره أو ظفره، وقذف الميت كلمسه (٥).

(١) حيث هو بائن.

(٢) فصادف الطلاق أول وقت الانفساخ فلا يقع الطلاق. (زيد). إلا أن يكون ماله مستغراً فلا.

(٣) لأنها لا تعتق عند الهادي بنفس البيع؛ لأن العتق إنما يقع بعد البيع، وبعده قد خرج عن ملكه. (شرح أزهار من العتق). وكذا لا يقع الطلاق من المشتري؛ إذ هو حين اشتراها بنفسه نكاحه. (شرح بحر).

(٤) إن الشرط والمشروط يقتربان والمذهب خلافه.

(٥) فإذا قال: إن قذفت فلاناً فأنت طالق فقذفت ولو ميتاً طلقت. (شرح بحر).

ولو قال: إن رأيت الهلال فرآه غيرها طلقت^(١) إلا أن يقول: عياناً.
فَرَعٌ: [الإمام يحيى]: ولو قال لأربع: كلما طلقت واحدة فعبدٌ حرٌّ، واثنين
 وثلاثاً فثلاثة وأربعاً فأربعة فطلقهن معاً عتق خمسة عشر^(٢)؛ لحصول شروطهم،
 وقيل: سبعة عشر^(٣) وقيل: أربعة^(٤).

فَرَعٌ: [ابن القاص]: فلو قال من له امرأتان: من لم أحلف بطلاقها فضررتها طالق
 طلقها؛ لحصول شرطها إن لم يحلف في الحال. [الإمام يحيى]: ضعيف؛ لأن «من لم»
 مثل «إن لم».

ولو قال لغير مدخولة: إن طلقك فأنت طالق ثم طلقها لم يقع إلا الناجزة؛
 لبيئوتها.

فَرَعٌ: ولو سَبَّه فقال: إن كنتُ كما قلتِ فأنت كذا- طلقت ناجزاً إن قصد
 [المجاراة] المكافأة لا التعليق، فإن كان لانية له أو عزبت فالظاهر التعليق.
 ولو قالت: يا يهودي، فقال: إن كنت كذلك فأنت طالق طلقت إن كان مثله في
 الخساسة والصغار، عند [الغزالي وأكثر أصحاب الشافعي] للعرف. [الجويني]: لا؛ إذ الظاهر
 التعليق.

وكذا لو قال: إن رأيت مثل هذه اللحية فأنت طالق احتمال مثلها في المكارم وهو
 العرف أو الصورة^(٥) وهو اللغة، والعرف أولي.

(١) وقال أبو حنيفة لا تطلق إلا برؤيتها له. (بيان).

(٢) لأنه قد وجد في طلاقهن أربعة آحاد فاعتق أربعة وصيغة الثنتين مرتين فاعتق أربعة وصيغة الثلاث
 مرة فاعتق ثلاثة ووجد فيهن صيغة الأربع مرة فاعتق بذلك أربعة. (شرح بحر).

(٣) فبواحدة عبد، وبالثانية عبد لكونها واحدة واثنان لكونها ثانية للأولى، وبالثالثة عبد لكونها واحدة
 واثنان لكونها ثانية للثانية وثلاثة لكونها ثالثة، وبالرابعة عبد لكونها واحدة واثنان لكونها ثانية للثالثة
 وأربعة لكونها رابعة.

(٤) واستقرب في البيان أنه إن كان الطلاق بألفاظ عتق عشرة وإن كان بلفظ أربعة. (وقرر).

(٥) فينظر في صفات اللحية طولاً وسواداً وغير ذلك من الصفات.

٢١٢- فصل: [في حكم وقوع شرط الطلاق في عدة الرجعي]

وإذا وقع الشرط وهي مطلقة ولو رجعيًا لم يقع الطلاق المعلق به؛ إذ هي حينئذ كالأجنبية لكن ينحل الشرط بوقوعه، فإن لم يقع الشرط حتى راجعها - وهي رجعية - وقع المشروط اتفاقاً.

[أبو طالب وأبو حنيفة وقول للشافعي]: وكذا لو رجعت بعقد. [قول للشافعي]: لا، بل ينحل لتوسط الخلع كلو أوقعه قبل النكاح. قلنا: أوقعه هنا وهي تحته فافترقا.

فَرْعٌ: [أبو طالب وأبو العباس والشافعي]: فإن طلقها ثلاثاً ثم عادت إليه بعد زوج ثم فعلت الشرط لم يقع؛ إذ ينحل مع الثلاث؛ لما سيأتي^(١). [قول للشافعي]: يقع ولا وجه له.

[أبو طالب]: ولو قال: كل امرأة أتزوج بها فهي طالق ثم طلق امرأته ثم تزوج بها طلقت؛ إذ أوقعه وهي تحته.

٢٢٥- سَأَلَتْ: فإن قال للرجعية: إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلت فعلى الخلاف في كون الطلاق يتبع الطلاق فأما في المختلعة فلا يقع اتفاقاً بيننا وبين المؤيد بالله والشافعي؛ إذ الطلاق إنما يتبع الطلاق عندهم في الرجعية دون الباتنة؛ إذ هي حينئذ كالأجنبية. [أبو حنيفة]: بل يقع؛ إذ العدة من أحكام الزوجية فولايته ثابتة فوقع طلاقه.

قلنا: لا ولاية له، وإنما العدة لارتفاع الفراش فكيف تؤثر في الولاية؟!.

(١) أظنه لما مر في الثانية من الباب الثاني من الكتاب. (شرح بحر).

٢١٣- فصل: [في توقيت الطلاق]

ويصح توقيته بمتى وحين ونحوهما^(١)، وكلها على التراخي مطلقاً^(٢) إلا «إذا» مع ذكر العوض^(٣). [الإمام يحيى وأكثر أصحاب الشافعي]: للفور كالمعاوضات. [المروزي]: للتراخي كأخواتها نحو: إذا أعطيتني ألفاً. ومتى دَخَلْتُ «لم» على أيها للفور إلا «إذا» عند الأكثر فكأن لم. [الشافعي]: بل للفور كمتى لم.

٢١٤- فصل: [في توقيته بالشهر واليوم ونحوه]

وشهر كذا لأول جزء منه. [أبو ثور]: بل لآخره.

قلنا: كان دخلت الدار فتطلق بأوله.

وغرة شهر كذا ورأسه ونهاره كذلك^(٤)، وآخره وسلخه وانفصاله لغروب شمس آخره، وأول آخره لأول النصف الأخير، وأول آخر أوله لأول الخامس عشر عند القاسم.

واليوم للحال عرفاً، وإذا مضى يوم في النهار لمجيء مثل وقته، وفي الليل لغروب شمس تاليه.

[أبو العباس]: وغداً، وإذا جاء غد، وفي غد، لطلوع فجره، وكذا غداً اليوم.

[أبو طالب وأبو حنيفة وأصحابه]: وكذا اليوم إذا جاء غد لغد؛ إذ هو شرط.

[ابن سريج]: لا يقع اليوم؛ إذ يتقدم المشروط، ولا غداً؛ لإيقاعه في يوم قبله، ولا يتأخر الوقوع عن الإيقاع، ولو قال: اليوم غداً طلقت اليوم حيث لا نية ولو قال: أردت اليوم نصفاً وغداً نصفاً وقع ثنتان ولو قال: يوم كذا فبطلوع فجره. [أبو حنيفة]: بل بغروب شمس؛ إذ هو موسع^(٥).

(١) كذا، ومتى، ومتى، ما وأي وقت، وأي حين، وأي زمان، فأما ما يتعلق بأيان فقد مر. (شرح بحر).

(٢) سواء ذكر العوض نحو: متى أعطيتني ألفاً أو لم يذكر نحو: متى دخلت الدار فإن ذلك على التراخي.

(٣) نحو: إذا أعطيتني.

(٤) أما في النهار فأول جزء منه. (شرح).

(٥) فيتعلق الحكم بآخره.

ولو قال: أنت طالق إذا جاء غد، أو عبدي حر بعد غد، لم تطلق غداً؛ للتخير، ويخير في التعيين^(١) بعد الغد.

ولو قال: إذا مضت سنة اعتبرت من حين الحلف وتعتبر بالشهور لا بالأيام؛ لقوله تعالى: ﴿قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحَجِّ﴾ [البقرة: ١٨٩]، فإن حلف بعد أيام من الشهر حُسِبَ منه اثنا عشر شهراً وكمل الأيام بالعدد^(٢) وما بعده بالأهلة. [أبو حنيفة]: بل إذا انكسر شهر انكسرت بقية الشهور.

قلنا: لا ضرورة تصرف عن اعتبار الأهلة في غير المنكسر.

ولو قال: إذا مضت هذه السنة فبانسلاخ آخرها.

٢١٥- فصل: [في تعليقه بزمان ماض]

وإذا علقه بزمان ماض لم يقع؛ إذ علقه بمحال. وقيل: يقع ويلغو التوقيت، كأنت طالق طلاقاً لا يقع عليك.

قلنا: هذا رجوع لا تعليق.

٢٢٦- **سألت:** [الإمام يحيى]: وقبل كذا للحال.

قلت: حيث قطع بحصوله^(٣).

وقبيلُه يسبقه بيسير، ولو قال: مع موتي لم تطلق كبعده أو بعد انقضاء العدة.

٢٢٦٧- **سألت:** ولو قال: ثلاثاً في ثلاث سنين أو ثلاثة أشهر أو ثلاثة أيام تفرق كذلك ما لم يتخلل كمال العدة.

[المذهب وأبو حنيفة]: ولو قال: متى رأيت هلال رمضان لم يحنث برؤيته قبل الزوال

(١) على أصل المؤيد بالله وقياس المذهب لا يقع شيء أصلاً.

(٢) أي: يكملها ثلاثين يوماً فلو حلف بعد مضي خمسة أيام من رمضان طلقت بعد مضي خمس منه في السنة الثانية إن كان رمضان الأول تاماً وإن كان ناقصاً فبعد ست من رمضان الثاني ونحو ذلك، وعلى قول أبي حنيفة لا تطلق إلا بعد مضي ثلاثمائة وستين يوماً. (شرح بحر).

(٣) كقبل موتي أو قبل رمضان أو قبل طلوع الشمس فإن كان مما لا يقطع بحصوله كقدوم زيد فإنها تطلق في الحال أيضاً بشرط قدوم زيد حياً مختاراً فيكون قدومه كاشفاً لوقوع الطلاق عقيب الكلام.

آخر شعبان، ولا برؤية غيره. [الشافعي]: بل يحنث؛ إذ المراد العلم؛ لقوله ﷺ: ((صوموا لرؤيته فإن غم فبمضي الثلاثين من شعبان)). فإن قال: إن رأيت هلاله بنفسه فغم حتى مضت ثلاثة أيام لم تطلق^(١).

٢٢٦٨- **سَأَلَتْ:** [المذهب والإمام يحيى والشافعي]: ولو قال: أنت طالق إلى شهر طلقت بمضيه؛ لنص ابن عباس^(٢) وكون «إلى» للانتهاء. [أبو حنيفة]: بل في الحال؛ لدلالة «إلى» على الابتداء مع الانتهاء^(٣).

قلت: وهو قوي.

فَرَعٌ: ويوم يقدم ونحوه؛ لوقته عرفاً.

[الشافعي]: بل للنهار فقط. قلنا: العرف حاكم.

[المذهب والإسفراييني]: ولو قال: إن لم أطلقك اليوم فأنت طالق فخرج [اليوم] ولم يطلقها طلقت آخر اليوم؛ إذ انكشف به حصول شرط الطلاق الأول. [ابن سريج]: لا؛ لفوات الشرط بخروج اليوم.

قلنا: بل حصل.

فَرَعٌ: «وإن لم» للتراخي إن لم يعين وقتاً.

[المؤيد بالله وأبو طالب وأبو حنيفة]: وكذا «إذا لم». [الإمام يحيى وأبو يوسف ومحمد بن

الحسن]: بل هي للفور؛ إذ هي زمانية كمتى.

قلت: قد غلب عليها معنى الشرط كإن.

٢٢٦٩- **سَأَلَتْ:** وينحل الشرط بغير «كلمة» بوقوعه مرة ولو مطلقة.

(١) إذ يسمى قمراً بعدها لا هلالاً. (شرح بحر).

(٢) قوله: «نص ابن عباس»: روي عن ابن عباس أنه قال في الرجل يقول لامرأته: أنت طالق إلى سنة قال: هي امرأته سنة. حكاة في الانتصار، ونسبه في التلخيص (١٦٠٤) إلى البيهقي (٧/٣٦١).

(٣) ولهذا يقال: فلان خارج إلى شهر والمعنى أن ابتداء خروجه من أول الشهر فهكذا يكون هنا ابتداء وقوع الطلاق من أول الشهر. (شرح بحر).

٢١٦- فصل: [في تعليق الطلاق بمشيئة الله ونحوه]

[أكثر العترة]: و«إن شاء الله» تعليق بإرادته. [المؤيد بالله]: بل بتمكينه فقط. [الجبائي]: بل بإيجابه [بإلجائه] واضطراره. [طاووس والفريقان والحكم]: بل لقطع الكلام عن النفوذ وبيان التردد. [مالك والليث بن سعد]: لا يتقيد بها الطلاق والعتق بل غيرهما^(١)؛ لقوله ﷺ: ((هزلهن جد)).

قلنا: هذا لا يقتضي الفرق.

[أحمد بن حنبل]: يتقيد بها الطلاق فقط؛ إذ هو مباح، لا العتاق؛ إذ هو قرينة فلا يتضيق بالشرط.

[ابن أبي ليلى والأوزاعي]: واليمين كالطلاق^(٢)؛ لجري العرف فيهما لا غيرهما.

لنا: الظاهر من الوضع اللغوي ما ذكرنا، والفرق تحكم لا برهان لها.

فَرَعٌ: فلو قال: أنت طالق إن شاء الله طلقت إن لم يكن قائماً بحقوقها عندنا؛ لما مر، وإلا فلا؛ إذ لا يريد المباحات، ولا يقع عند [الفريقين]؛ لما مر^(٣)، ولقوله ﷺ: ((لم يحنث))^(٤) ولم يفصل.

قلنا: أراد حيث لم تحصل المشيئة؛ جمعاً بين الأدلة.

فَرَعٌ: وإلا إن يشاء الله مبني على ما مر^(٥).

[المذهب والإمام يحيى]: ويا طالق إن شاء الله طلاق مشروط كالإنشاء. [أكثر أصحاب

(١) كاليمين والنذر وغيرهما.

(٢) في جواز دخول المشيئة فيها.

(٣) وهو أن معنى لفظ «إن شاء الله» موضوع لقطع الكلام عن النفوذ. (شرح بحر).

(٤) (قوله): «لم يحنث»: عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: ((من حلف فقال: إن شاء الله لم يحنث)) أخرجه الترمذي (١٥٣١). وأخرج هو وغيره نحوه من رواية ابن عمر. [أبو داود (٣٢٦١)، والنسائي (٣٨٣٠)، والدارمي (٢٣٤٢)، والترمذي (١٥٣٢)، وابن ماجه (٢١٠٥)].

(٥) فإن قصد إلا أن يشاء الله طلاقك فمعلق بنفي المشيئة فتطلق حيث يكون قائماً بحقوقها ولا يكون طلاقها واجباً ولا مندوباً عكس الصورة الأولى. وإن قصد إلا أن يشاء الله عدم الطلاق طلقت حيث يكون طلاقها واجباً أو مندوباً أو مباحاً لا حيث يكون محظوراً أو مكروهاً. (شرح بحر).

الشافعي]: لا يتقيد النداء كيا رجل (١).

قلنا: بل هو كالإنشاء عرفاً.

فَرَعٌ: وإذا علق بمشيئتها فأقرت بها وقع وإن كذبت، وفي وقوعه باطناً على الكاذبة وجهان: [الإمام يحيى]: أصحهما الوقوع (٢)؛ إذ لا طريق إلى حصول المشيئة سوى اللفظ.

[الإمام يحيى]: فإن قالت: شئتُ إن شئتَ لم يقع وإن شاء؛ إذ لا مشيئة منها بل تعليق لفظي.

ولا مشيئة للمجنونة، وفي المميّزة وجهان: أصحهما: الوقوع، ويكفي إشارة الخرساء بأنها قد شاءت، ومشيئة الغير كمشيئتها (٣).
فَرَعٌ: ولا بد من اتصال الشرط كالاستثناء.

٢١٧- فصل: [في تقييده بالاستثناء]

ويتقيد بالاستثناء إلا المنفصل. [ابن عباس]: ولو انفصل، وتؤول على تفسيره الاستثناء بالنية (٤)، وإلا المستغرق؛ إذ يكون رجوعاً، وقول [أحمد بن حنبل]: لا يصح استثناء الأكثر مردود بقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ﴾ [الحجر]. قلت: مع قوله تعالى: ﴿إِلَّا عِبَادَكَ مِنْهُمْ الْمُخْلِصِينَ﴾ [الحجر]، إن لم يسلم كثرة الغاوين.

[الإمام يحيى وأكثر أصحاب الشافعي]: وإرادته مع أول الجملة شرط (٥). [المروزي]: لا إن نواه قبل الفراغ.

(١) فلا يصح الطلاق كما لا يجوز أن يقول: يا رجل إن شاء الله. (شرح بحر).

(٢) الأصح عدم الوقوع في الباطن.

(٣) يعني: في الأحكام التي مرت، ولا بد أن تكون المشيئة في المجلس من الحاضر ومن الغائب في مجلس علمه؛ لما سيأتي. (شرح بحر).

(٤) وأنه بعد المدة بين ما نوى.

(٥) وفي البيان والغيث: عن الإمام: ليس من شرطه العزم على الاستثناء من أول كلامه.

قلنا: أصل النية المقارَنة لمتعلقها [لما مر] إلا للدليل (١).

فَرْعٌ: ويصح الاستثناء من الاستثناء نحو ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة فيقع اثنتان كقوله تعالى: ﴿إِلَّا آءَالَ لُوَطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمْ أَجْمَعِينَ﴾ [الأنعام] إلا امرأته [الحجر].

فَرْعٌ: [العتره والفريقان]: وحكمه مقدماً حكمه مؤخراً، نحو: أنت إلا واحدة طالق ثلاثاً فيقع اثنتان. [بعض أصحاب الشافعي]: لا حكم للمتقدم؛ إذ وضع الاستثناء لاستدراك شيء تقدم فيقع الثلاث هنا.

لنا: قول الشاعر: ومالي إلا آل أحمد شيعة (٢).. البيت ونحوه.

فَرْعٌ: فيلغو المستغرق ويصح ما قبله، ويصح العطف كإلا واحدة (٣) وإلا واحدة.

[العتره وأبو حنيفة والشافعي]: فإن قال: ثلاثاً إلا اثنتين وواحدة لغا الاستثناء فيقع الثلاث (٤). [أبو يوسف ومحمد بن الحسن]: بل يلغو قوله: وواحدة فقط؛ إذ هو الذي حصل به الاستغراق فتقع واحدة.

قلنا: العطف والمعطوف عليه كالشيء الواحد.

فَرْعٌ: ولو قال: ثلاثاً إلا نصف طلقة تثلث؛ إذ كسره يتمم كما مر. [بعض أصحاب الشافعي]: بل يلغو الكسر.

قلنا: لا وجه له.

[المذهب]: ولو قال: طلقتين ونصفاً إلا واحدة وقع اثنتان. [ابن الحداد]: بل يثلث؛ لرجوعه إلى الأقرب وهو النصف فيستغرق. قلنا: بل عائد إلى الجملة.

(١) يخصها بالتقديم كنية الزكاة أو بالتأخير كأداء رمضان. (شرح بحر).

(٢) تمامه: ومالي إلا مشعب الحق مشعب.

(٣) فكأنه قال: ثلاثاً إلا اثنتين.

(٤) عند أهل الثلاث.

[المذهب والمروزي]: ولو قال: طلقة وطلقة إلا طلقة وقعت واحدة. [الإمام يحيى والشافعي]: بل يرجع إلى ما يليه فيلغو.

قلنا: بل إلى الجملة.

ولو قال: أنت طالق وطالق ثم طالق إلا طلقة تثلث؛ لعوده إلى ما (١) يليه «ثم» فلغاً (٢)، وكذا الفاء وبل (٣).

فَرْعٌ: [الإمام يحيى وأكثر أصحاب الشافعي]: ولو قال: خمساً إلا ثلاثاً بقي اثنتان. [أبو إسحاق وابن أبي هريرة]: بل يتثلث؛ إذ لا استثناء إلا مما يملكه وهو الثلاث، واستثناء الثلاث من الثلاث لغو.

قلنا: بل يرجع إلى جملة العدد.

ولو قال ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين احتمل أن يتثلث؛ لبطلان الاستثناء الأول لاستغراقه والثاني تابع له، وأن يصح الثاني ويلغو الأول فتقع واحدة، وأن يصحاً فيقع اثنتان.

قلت: وهو القوي عندي.

فَرْعٌ: [الهادي]: ولو قال: أنت طالق إلا أن يشاء أبوك حبسك طلقت إن لم يظهر منه مشيئة حبسها؛ إذ قيده به.

[المذهب وأبو حنيفة والشافعي]: وتعتبر المشيئة في مجلس الإيقاع أو الخبر بها إذ هو إيقاع وتمليك؛ لما مر من أن التعليق بالمشيئة يقتضي التمليك، إذ فَوْض الأمر إلى صاحبها.

فإن قال: أنت كذا إلا أن يشاء فلان حبسك فتقديره: ملكتُ فلاناً أمرك وأنت

(١) الصواب: لعوده إلى ما يلي «ثم». ذكره السيد عبد الله بن أبي العطايا. (هامش النسخة الخطية).

(٢) عند أهل الثلاث.

(٣) فإن الاستثناء يعود إلى ما يليها من الطلاق فيلغو الاستثناء نحو أن يقول: أنت طالق وطالق فطالق إلا طلقة، أو يقول أنت طالق وطالق بل طالق إلا طلقة ونحو ذلك. (شرح بحر).

كذا إن لم يتملك، فإن شاء في المجلس فقد تملك وإلا وقع في الحال؛ لأنه لا يصح قبوله بعد مجلس العقد أو الخبر به.

قلت: أما لو علق أو استثنى بمشيئة نفسه لم يعتبر المجلس حينئذ؛ إذ لا تمليك وإنما يعتبر وقوع الشرط فقط^(١) كسائر الشروط.
[أبو طالب]: وإلا أن يفعل كذا ونحوه للفور.

قلنا: لا تختص به بل العبرة بالقرائن، فإن التبس فالظاهر أنها للاستقبال.
فَرَعٌ: ولو قال: إلا أن يشاء أبوك ثلاثاً احتمال فتلاث، واحتمل فلا شيء.

٢١٨- فصل [في تعليقه بالحيض]

وإذا علق طلاق الطاهرة بحيضها وقع برؤية الدم إن تم حيضاً.
[العترة والمروزي والطبري والصيمري وأبو يوسف]: فإن كانت حائضاً فبحيضة أخرى؛ لاقتضاء الشرط الاستقبال، وقيل: بل بما يتجدد من حيضها في الحال؛ إذ كل دفعة حيض.

قلنا: بل هي تمام حيض.

ولو قال: كلما حضت تثلث^(٢) في ابتداء الثالثة، فإن قال: حيضة فبانقضاء كل واحدة حتى يتثلث.

فَرَعٌ: ولو قال للحائض: متى طهرت فأنت طالق وقع للسنة، فإن قاله للطاهرة فعلى الخلاف الماضي في الحيض^(٣).

فإن قال: متى طهرت طهراً فكقوله: متى حضت حيضة ولو قال: إن حضت يوم الجمعة فجاءها قبل فجرها لم يقع، فإن التبس مجيئه قبله أو بعده وقع حكماً

(١) فإذا وجد نفسه في الحال راضية وقع الطلاق، وإن وجدها كارهة أو غير كارهة ولا راضية لم يقع. (شرح بحر).

(٢) مع تحلل الرجعة.

(٣) فعلى رأي العترة وأكثر أصحاب الشافعي لا تطلق حتى تحيض وتطهر وعلى قول ابن الصباغ تطلق عقيب قوله؛ لأن الطهر يتجدد. (زيد).

بأقرب وقت.

فإن قال: في نهار الجمعة فابتدأها بعد طلوع الشمس وقع، وفي قبل الشروق تردد: [الإمام يحيى]: الأصح لا يقع (١)؛ إذ النهار للشمس.

ولو قال للصغيرة: إن طهرت فأنت طالق لم يقع حتى ترى النقاء بعد الحيض. ولو قاله للآيسة لم يقع أبداً؛ لاستحالة الشرط (٢)، والقول لها في حصول الحيض والنقاء لتعذر البيينة (٣)؛ إذ لا يعلم الرائي كونه حياً.

ولو قال: إن حضت ففلانة طالق فقالت: حضت فكذبها لم يقع؛ إذ لا يقبل قولها إلا في حق نفسها.

[قلت: فإن قال: إن حضت فأنتما طالقان، فقالتا: حضنا فكذب إحداهما وصدق الأخرى طلقت المكذبة لاستكمال شرطها؛ إذ صدقت في حق نفسها وصادق الأخرى، بخلاف المصدقة إذ لم يصدق صاحبها] (٤).

٢١٩- فصل: [في تعليقه بالولادة]

وإذا علقه بالولادة وقع بوضع متخلق فإن ناكرها بينت بعدلة. [الشافعي]: بل بأربع. [الإمام يحيى ومالك]: امرأتان.

قلنا: تكفي العدالة كالنسب وسيأتي.

[الإسفرابيني]: يقبل قولها كالحيض.

قلنا: اليقين هنا ممكن.

[العتره والشافعي]: ولو قال: كلما ولدت لم يتثلث بالثالث.

قلت: حيث هو بطن آخر لانقضاء العدة بالثاني.

(١) المذهب أنه يقع.

(٢) وهو وجود النقاء بعد الحيض. (شرح بحر).

(٣) هذا أحد احتمالين لأهل المذهب والثاني: لا تقبل؛ لأنه ممكن البيينة عليه ذكر معناه في البيان.

(٤) ما بين المعكوفين ساقط في أكثر النسخ الخطية وهو في الفصل الآتي.

[رواية عن الشافعي]: يثالث وحمل على مراجعتها بعد الثاني.

قلت: يعني بعقد.

ولو قال: إن ولدت ولداً فأنت طالق، وإن ولدت غلاماً فأنت طالق فولدت غلاماً وقع ثنتان؛ لكونه ولداً وغلاماً وإن كلمت رجلاً إن كلمت هاشمياً فكلمت هاشمياً وخروج بعض الولد ليس بولادة.

فإن قال: إن كان أول ما تلدين ذكراً ففلانة طالق، وإن كان أنثى فأنت كذا فولدتها دفعة لم يقع (١).

قلت: فإن قال: إن حضمتا فأنتما طالقان، فقالتا: حضنا، فكذب إحداهما وصدق الأخرى طلقت (٢) المكذبة؛ لكمال شرطها، إذ صدقت في حق نفسها وصادق الأخرى بخلاف المصدقة؛ إذ لم يصادق صاحبها.

٢٢٠- فصل: [في تعليقه بالحبل]

[القاسم]: فإن قال: متى حبلت فأنت كذا كف عنها بعد وطئها حتى يتبين بالقرائن، فلا يطؤها في كل طهر إلا مرة فقط.

قلت: حيث ظن الحمل؛ إذ لا يبطل حقه بالشك.

[المرتضى]: ولو قال: إن كان ما في بطنك غلاماً فأنت كذا، وإن كانت جارية فلا فولدتها وقع حيث لا نية (٣)؛ لوجود الغلام، وإن نوى ما يحتمله اللفظ من الانفراد وعدمه فله نيته.

[المذهب وقول للشافعي]: ولو قال: إن كنت حاملاً فأنت طالق حرم وطؤها حتى يستبرئها بحيضة. [قول للشافعي]: بل بثلاث.

قلنا: الحيض لا يكون مع الحمل فكفت واحدة.

(١) لأنها لم توجد الأولية.

(٢) والمختار أنها لا تطلق إلا أن تبين المصدقة بعدلة أو تصادقها فيقع طلاقها كذا قرر، والله أعلم.

(٣) وفي الغيث لا يقع شيء وهو المختار؛ لأن «ما» للاستغراق.

وتكفي حيضة قبل التعليق إن لم يطأها بعدها. [الإمام يحيى وقول للشافعي]: لا يعتد بما سبق الطلاق؛ إذ هو سبب الاستبراء كالسبي.
قلت: القصد هنا معرفة خلو الرحم (١).

٢٢١- فصل: [في بعض مسائل الطلاق]

[الإمام يحيى حكاية عن المذهب]: ولا بدعة ولا سنة في الحامل والصغيرة والأيسة.
فلو قال لأيهن: أنت طالق للسنة أو للبدعة أو لهما أو لا لأيهما: [الإمام يحيى]: وقع بالرباع وتعذر الشرط في الثلاثة الأول، فلم يقع شيء بها.
قلت: وحكى [السيد يحيى بن الحسين عن الهادي والناصر وأبي طالب وأبي حنيفة والقاضي زيد]: أن طلاق هؤلاء للسنة.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى حكاية عن المذهب]: ولو قال لأيهن: أنت طالق للسنة إن كنت من أهلها في الحال لم يقع؛ لاستحالة الشرط. [الشافعي]: يقع؛ إذ المستحيل لغو عنده.
فَرَعٌ: فإن قال لغيرهن: أنت كذا للسنة وقع إن كانت في طهر لم يجامعها فيه. [العترة والشافعي]: وإلا فبأول جزء من طهر بعده. [أبو حنيفة وأصحابه]: إن طهرت لأكثر الحيض فكذلك وإلا لم تقع حتى تغتسل؛ إذ الطهر في الأول بمنزلة الغسل.
قلنا: لا دليل على الفرق.

ولو قال: أنت كذا للبدعة وقع إن كانت حائضاً أو في طهر قد جامعها فيه، أو استحملت ماء (٢) لا لو وطئها في غير القبل (٣).

فَرَعٌ: [العترة وأبو حنيفة]: ولو قال: ثلاثاً للسنة تفرق على أطهارها كما مر اعتباراً بالوقت والعدد في السنة. [الشافعي ومالك]: بل تقع الثلاث معاً في طهر لم يجامعها فيه؛

(١) يعني: بخلاف السبي فإن مجرد معرفة خلو الرحم لا يكفي بدليل وجوب الاستبراء في الصغيرة فلا قياس، وهكذا في عدة الطلاق لأن المقصود بها هو التبعيد وحفظ الأمواء عن الاختلاط. (شرح).

(٢) وفي الوايل: لا يقع بدعيًا. وهو ظاهر الأزهار.

(٣) المذهب أنه بدعي.

إذ لا يعتبران (١) العدد.

لنا: ما مر (٢).

ولو قال: أنت طالق واحدة للسنة واحدة للبدعة وقعت واحدة في الحال؛ إذ لا تخلو من أيهما، والثانية عند حصول شرطها.

ولو قال: أنت طالق رأس الشهر للسنة طلقت رأس الشهر إذا وافق السنة. [الإمام يحيى]: وإلا فمتى وافقها بعده.

قلت: فيه نظر (٣).

٢٢٧٠- **سَأَلَتْ:** [علي عليه السلام والإمام يحيى]: ولو قال: أنت طالق طلاق الحرج وقعت الثلاث؛ إذ الحرج فيها وهو الإثم والضيق. [الشافعي]: بل يقع بالبدعي.

قلنا: البدعة بغير الثلاث يمكن استدراكها فكان أخف حكماً. والحرج محمول على الأغلط؛ إذ هو الضيق والندم، ولا يقتضيها إلا فوت الزوجة بحيث يكون غيره أحق بها.

٢٢٧١- **سَأَلَتْ:** ولو قال: أنت طالق البتة احتمال التثليث وعدمه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: لركانة: ((ما أردت بالبتة..)) الخبر، فله نيته، فلو لم يكن له نية فلا تثليث؛ إذ الأصل عدمه.

٢٢٢- فصل: [في حكم تكرار الطلاق]

ومهما لم يكرره لفظاً ولا نية لم يقع إلا واحدة؛ إذ لا مقتضى للتكرار.

[الإمام يحيى حكاية عن المذهب والشافعي]: ولو قال: أنت طالق ونوى التكرار تكرر

كلا استثناء بالنية؛ إذ للنية تأثير حيث يحتملها اللفظ. [مالك]: لا يكفي مجرد النية (٤)

(١) يعني: أن عدد الطلاق لا تعلق له بطلاق السنة والبدعة بحال. (شرح بحر).

(٢) في المسألة السابعة من أول فصل من كتاب الطلاق.

(٣) وجه النظر: أنه جعل رأس الشهر ظرفاً لوقوع هذا الطلاق فلا وجه لوقوعه بعد ذلك. (شرح بحر).

(٤) بل لا بد من اللفظ كأنت طالق ثلاثاً، وأما على المذهب فلا يتكرر مطلقاً.

كلو نوى التثليث ولم يلفظ.

قلنا: لا لفظ هناك يحتملها فافترقا.

فَرَعٌ: [المؤيد بالله والشافعي]: والكناية في ذلك كالصريح^(١)؛ لاحتماها. [أبو حنيفة]: أما الكناية الظاهرة كخَلِيَّةٍ وبرِيَّةٍ ونحوهما^(٢)، فإن نوى به واحدة أو اثنتين وقعت واحدة بائنة وثلاثاً وقعت، وأما الكناية الباطنة^(٣) فواحدة رجعية ولو نوى أكثر. [مالك]: إن خاطب بالكناية الظاهرة غير المدخولة ولم ينو الطلاق وقعت الثلاث وإن نواه وقع ما نواه، وأما الباطنة فيقع ما نواه من التكرير فإن لم ينو فواحدة رجعية.

قلنا: لا دليل على هذه التفرقات بل الصريح والكناية في ذلك على سواء.

٢٢٧٢- **سَأَلَتْ:** ولو قال للمدخول بها: أنت طالق واحدة بائنة وقعت رجعية اتفاقاً، ولو قال: واحدة ونوى اثنتين فلا تأثير للنية في الأصح؛ إذ لا يحتملها اللفظ. ولو قال: أنت طالق طلاقين وقع اثنتان كمرتين، ولو قال: يا ألف طالق وقعت ثلاثاً؛ لقول ابن عباس: «طلقت برأس الجوزاء والباقي إثم في رقبتك..» الخبر. [الإمام يحيى ومحمد بن الحسن وأحمد بن حنبل وابن الصباغ]: ولو قال: أنت طالق كألف ولا نية وقعت ثلاثاً؛ إذ القصد تشبيهها^(٤) بالألف عدداً. [أبو حنيفة وأبو يوسف]: بل واحدة؛ إذ المعنى واحدة^(٥) تشبه ألفاً^(٦).

قلنا: لا نسلم بل المعنى طلاقاً كألف^(٧).

٢٢٧٣- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ولو قال: أنت كذا، أنت كذا، أنت كذا، ونوى

(١) أي: في لفظها ينصرف إلى ما نواه من اثنتين أو ثلاث. (زيد).

(٢) بته، وبتلة، بائن، حرام، فارتقتك.

(٣) استبري وأنت واحدة ونحوهما وقد مرت في هذه في الكنايات. (شرح بحر).

(٤) أي: الطلقة.

(٥) في نسخة: طلقة.

(٦) من دون نظر إلى العددية.

(٧) بالنظر إلى العددية.

التثليث في الأولى لم يقع الأخيران؛ لبينوتتها، وإن لم ينو فواحدة إن نوى بالأخيرتين التأكيد أو اثنتين إن نوى بإحدهما التأكيد، فإن قال: أردت بالثالثة تأكيد الأولى لم يقبل لفصله بالثانية.

وإن لم ينو شيئاً مع التكرار فالظاهر التثليث لا التأكيد في الأصح، فإن فصل بين كل اثنتين بسكوت طويل لم يقبل قوله: أردت التأكيد، ودُيِّنَ باطناً. فلو قال: أنت طالق وطالق وطالق احتمال التأكيد بين الأخيرين لا الأولى.

٢٢٣- فصل: [في حكم التثليث]

[علي وعمر وابن مسعود وزيد بن ثابت ثم العترة والفريقان]: والثلاث بألفاظ على غير المدخولة واحدة؛ لبينوتتها بالأولى. [مالك والليث بن سعد ورواية عن الشافعي والأوزاعي]: بل يتثلث؛ إذ هو كالكلمة الواحدة كأنت كذا ثلاثاً. قلنا: بل الألفاظ تخالف اللفظ.

٢٢٧٤- **سَأَلَتْ**: [الباقر والصادق وأحمد بن عيسى ثم القاسم والهادي والحسن البصري وعطاء^(١) وطاوس وجابر بن زيد]: فإن قال: أنت كذا ثلاثاً فواحدة أيضاً كالألفاظ؛ إذ قوله ثلاثاً منفصل فوق واحدة بما قبله^(٢). [علي وعمر وابن عباس وابن عمر وعائشة وأبو هريرة ثم زيد بن علي والناصر والداعي والمؤيد بالله والإمام يحيى والفريقان ومالك]: بل يتثلث أيضاً؛ إذ قوله ثلاثاً تفسير لطاقق وهو يحتملها.

قلنا: مبني على أن الطلاق يتوالى، وقد أبطلناه. سلمنا: فطاقق وَحْدَهُ لا يحتملها. ٢٢٧٥- **سَأَلَتْ**: ولو قال: أنت طالق مع طلقة أو تحت طلقة أو معها أو تحتها طلقة أو فوق طلقة أو فوقها طلقة أو قبل طلقة أو قبلها طلقة وقعتا معاً؛ لثلا يتقدم الوقوع على الإيقاع في قبلها طلقة، وقيل: مترتبتين^(٣) كقبل موتي بشهر.

(١) ساقط في بعض النسخ وزيادة رمز: أحمد بن حنبل. مكانه.

(٢) والذي قبل ثلاث أنت طالق.

(٣) فيقع طلقة بقوله: أنت طالق وقبلها طلقة أخرى. (شرح بحر).

[الإمام يحيى]: ولا خلاف في وقوعها جميعاً بين من يجوز توالي الطلاق، فإن كانت غير مدخولة فواحدة فقط.

٢٢٧٦- **سَأَلَتْ**: [الفريقان]: ولو قال لغير مدخولة: أنت بائن، ونوى التثليث [الثلاث] تثلت؛ إذ يحتمله اللفظ^(١). [مالك والوللوي من أصحاب أبي حنيفة]: بل واحدة؛ إذ لا تأثير للنية في العدد. قلنا: بل تؤثر؛ لما مر^(٢).

٢٢٤- فصل: [في تكرير الطلاق بالحساب]

ولو قال: واحدة في اثنتين، وأراد الضرب وهو يعرفه وقع اثنتان، فإن قال: اثنتين في اثنتين فأربع، لكن تلغو الرابعة.

فإن قال: أردت أن هذا مقرون بهذا تثلت في الصورتين، فإن قال: أردت الضرب ولا أعرفه فوجهان: يلزم موجبه لقصده، وإن لم يعرفه، أو تقع واحدة ويلغو الآخر؛ لجهل معناه كتكلم أعجمي بكلمة كفر عربية لا يعرف معناها وقصده^(٣). [الإمام يحيى] وهو قوي.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى وأبو حنيفة والشافعي]: فإن قال: لم أنو شيئاً فواحدة؛ إذ لا معنى لقوله في اثنتين مع عدم النية. [المروزي]: بل يقع موجب الضرب؛ لظاهر اللفظ.

٢٢٧٧- **سَأَلَتْ**: ولو قال: من واحدة إلى ثلاث احتمال الثلاث والثنيتين؛ إذ جعل الثالثة حداً^(٤)، وواحدة؛ إذ جعل الأولى والثالثة حدين للابتداء والانتهاء.

٢٢٧٨- **سَأَلَتْ**: [المذهب والشافعي]: ولو قال: ملء كذا فواحدة رجعية؛ إذ الصوت عرض لا يتكاثف^(٥). [أبو حنيفة]: بل بائنة؛ إذ قصد الإعظام.

(١) لأن قوله: أنت بائن يصلح للثلاث فصار كما لو قال: أنت طالق ثلاثاً. (شرح بحر).

(٢) في الفصل الذي قبل هذا.

(٣) أي: قصد موجبها في لسان العرب وهو لا يعرفه ولم يقصد الكفر نفسه. (زيد).

(٤) ولا يدخل الحد في المحدود.

(٥) فإذا قال: أنت طالق ملء الدنيا أو ملء مكة فالمراد ملء ذلك ذكراً وانتشاراً. (شرح بحر).

قلنا: لم يقصد العدد.

ولو قال: أشد الطلاق أو أغلظه فواحدة اتفاقاً^(١). [الشافعي]: رجعية. [أبو حنيفة]: بائنة؛ لما مر.

ولو قال: قبل أن تُولدي فلا شيء؛ إذ لا طلاق قبل النكاح.

٢٢٥- فصل: [في التحبب والدور]

والتحبب والدور والتنافي بمعنى واحد وصوره عامة وخاصة:

فالعامة: كلما وقع عليك طلاق فأنت طالق قبله ثلاثاً ونحوه^(٢).

والخاصة: إذا طلقك طلاقاً رجعياً فأنت طالق قبله ثلاثاً فيتحبس الرجعي، أو إذا طلقك ثلاثاً فأنت طالق قبله ثلاثاً فيتحبس التثليث فقط، أو أنت طالق اليوم ثلاثاً إن طلقك غداً فيتحبس تطليق غد ونحو ذلك^(٣)، أو إن لم أحج هذه السنة فأنت طالق ثلاثاً ثم قال قبل أن يحنث: إن حنثت في يميني فأنت طالق قبله ثلاثاً، فحبس^(٤) التثليث الأول. ذكره الطبري وعُمل به.

٢٢٧٩- **سَأَلَتْ:** [أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي]: ولا يصح التحبب، ثم اختلفوا: فقيل: يقع الناجز والمعلق؛ إذ لا يصح أن يسبق المعلق شرطه وتلغو الرابعة. [الطبري وابن سيرج وابن الصباغ]: بل يقع الناجز ويلغو المعلق؛ لرفعه صحة وقوع الناجز وهو صادر من مكلف مختار.

(١) بين الحنفية والشافعية.

(٢) إذا وقع عليك طلاق أو متى وقع أو إن وقع أو كلما طلقك أو متى طلقك أو إذا طلقك. (شرح بحر).

(٣) كلو دخلت جاريتي الدار وأنت زوجتي فهي حرة ومتى عتقت فأنت طالق قبل عتقها بثلاثة أيام ثلاثاً فمضت ثلاثة أيام ثم دخلت الأمة الدار لم تعتق الأمة ولم تطلق الزوجة وذلك لأن العتق لو وقع لوقع الطلاق قبله ولو وقع الطلاق قبله لم يقع العتق لفقد شرطه وهو الدخول مع بقاء الزوجية فهذا لم يقع الطلاق وكان دوراً. (شرح بحر).

(٤) في نسخة: فيتحبس.

فلو قال: متى انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثاً، ثم ارتد وقعت الثلاث؛ إذ لم تمنع الفسخ^(١). [المروزي والإسفراييني والقفال والمزني والمحملي وابن الحداد والعمراني والغزالي والإمام يحيى حكاية عن المذهب]: بل يصح التحبيس فلا يقع الناجز بعده؛ لصحة تعليق الطلاق بالشروط والأوقات فلو وقع الناجز كشف عن وقوع الثلاث ووقوعها يمنع وقوعه فتمانعا.

قلت: الأقرب عندي صحته على وجه دون وجه فيصح لا على جهة الشرط نحو: أنت طالق ثلاثاً قبل أن يقع عليك طلاق مني بساعة أو نحو ذلك فيصح كأنت طالق قبل موتي بشهر وفاقاً، وإذا صح تمانعا، وأما مع الشرط فلا نحو: متى وقع عليك طلاقي إلى آخره؛ لتأديته إلى تقدم وقوع الجزاء على الشرط وهو مستحيل قطعاً فيلغو كأنت طالق أمس.

[أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي]: بل يقع الناجز وتماه من الثلاث.

قلنا: الثلاث مُعلقة بمستحيل وهو تقدمها على شرطها فلم يقع.

[ابن سريج وأتباعه]: يقع الناجز فقط.

قلت: أما مع عدم الشرط فلا، لوقوع الثلاث قبله؛ إذ منَع وقوعها يؤدي إلى منع توقيته بمستقبل، ومنَعها وقوع الناجز لا يقتضي أن تبطل قاعدة مجمع على صحتها وهو التوقيت بالمستقبل فهذا تحقيق هذه القاعدة.

(١) يعني: لأن الثلاث هنا لا تمنع من وقوع الفسخ عند حصول سببه، فإذا وقع الفسخ وهو شرط الثلاث فالثلاث واقعة لا محالة؛ لأن تخلف المشروط عن شرطه لا يصح فهذا وجه وقوع الثلاث في هذه الصورة، والله أعلم. (شرح بحر).

[٥٥]- باب [الطلاق الرجعي]

والرجعي: ما كان بعد وطء على غير عوض مال وليس ثالثاً كما مر، والرجعة مشروعة فيه إجماعاً ولو بغير رضاها ووليها في المجمع عليه؛ لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، ﴿فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، ونحوهما، ولمراجعته ﷺ حفصة^(١) ومراجعة ركانة وابن عمر بأمره ﷺ^(٢).

٢٢٦- فصل: [في الرجعة]

وصريح لفظها: راجعتك وما تصرف^(٣) منه إجماعاً، ولا يفترق إلى نية كما سيأتي، وفي رددتك أو أمسكتك تردد. [الإمام يحيى]: الأصح صريح^(٤)؛ لقوله تعالى: ﴿أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ﴾ [الطلاق: ٢].

وكذا نكحتك ونحوه^(٥): الأصح: صريح كما في أصل النكاح.

٢٢٨٠- **سَأَلَتْ**: وكنايتها: كأعدتُ الحل الكامل بيني وبينك، أو أدمت المعيشة بيننا. [الإمام يحيى]: ولا تنعقد بالكناية وإن نواها كالنكاح. [الشافعي]: بل تنعقد بها كالطلاق.

قلنا: تشبيهها بالنكاح أولى^(٦).

٢٢٨١- **سَأَلَتْ**: [العتره والحنفية ومالك وسفيان الثوري والليث بن سعد والأوزاعي وإسحاق بن راهويه]: وتصح بالوطء وإن لم يلفظ؛ إذ العدة مدة تخيير، والاختيار يصح بالقول

(١) قوله: [ولمراجعته ﷺ حفصة]: تقدم.

(٢) قوله: [ومراجعة ركانة وابن عمر بأمره]: تقدما.

(٣) نحو: ارتجعتك واسترجعتك وأنت رجعية وأنت مسترجعة وأنا مسترجع لك ومراجع. (شرح بحر).

(٤) أما الرد فتعم وأما الإمساك فقد نظر عليه الإمام ﷺ.

(٥) كتزوجتك. (شرح بحر).

(٦) وذلك لأنها استباحة حل الوطاء بالقول ولأنه لو قال لها: متى طلقتك فقد راجعتك فطلقها لم تحصل الرجعة بخلاف ما لو قال لها: متى راجعتك فقد طلقتك ثم راجعها حصل الطلاق عليها. ذكره الإمام يحيى. (شرح بحر).

والفعل كخيار البيع^(١). [الإمام يحيى والشافعي]: وطء محرم فلا تحل به كالمختلعة.

قلنا: عدة المختلعة ليست مدة تخير فافترقا.

فَرَعٌ: [لهم وقول للشافعي]: ويلزمه المهر بالوطء راجعها بعده أم لا. [الإمام يحيى وقول

للشافعي]: لا؛ إذ أصل ملك النكاح باق بدليل التوارث.

فَرَعٌ: ولا تستأنف العدة عندهم^(٢)؛ إذ يتداخلان لكونهما من واحد.

٢٢٨٢ - **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن العترة ومالك]: والرجعة بالوطء ومقدماته محظورة وإن صحت.

قلت: إن لم ينو به الرجعة فنعم؛ لعزمه على قبيح وإلا فلا، لما مر^(٣).

[أحمد بن حنبل]: بل مباح؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ﴾ [المعارج: ٣٠]، والرجعية

زوجة بدليل صحة الإيلاء.

[قلنا] قلت: إن نوى به الرجعة فنعم، وإلا فلا؛ لما مر^(٤).

[الإمام يحيى والشافعي]: كان ابن عمر يتجنب سكة زوجته حتى راجعها^(٥).

قلنا: حين لم يرد رجعتها.

٢٢٨٣ - **سَأَلَتْ:** [المذهب]: ومقدمات الوطاء رجعة كتقبييل الأمة في مدة الخيار.

[أبو حنيفة]: التقبييل واللمس ونظر الفرج رجعة، لا نظر سائر الجسد. [مالك]: التقبييل

ليس برجعة.

قلنا: لا وجه للفرق.

(١) فإن من باع أمة وشرط لنفسه أو المشتري الخيار ثلاثاً ثم وطئها من له الخيار منها فإن خياره يبطل بذلك كما لو أبطله بالقول. (شرح بحر).

(٢) يعني: بهذا الوطاء المحرم.

(٣) في قوله: إذ العدة مدة تخير.

(٤) لعزمه على القبيح.

(٥) (قوله): «كان ابن عمر يتجنب سكة زوجته.. إلخ»: عن نافع أن ابن عمر طلق امرأة له في مسكن حفصة زوج النبي ﷺ وكان طريقه إلى المسجد فكان يسلك الطريق الأخرى من أديار البيوت كراهية أن يستأذن عليها حتى يراجعها، أخرجه الموطأ (١٢٣٢).

فَرْعٌ: وتصح بوطء غير العاقل كإتلاف ما فيه خيار ولو حائضاً أو محرمة أو مكرهة لا بلفظه إلا السكران على الخلاف^(١) في طلاقه.

فَرْعٌ: ولا حد عليه عند من حرم الوطء وإن علماً؛ إذ الخلاف شبهة. [الإمام يحيى]:
كنكاح خلا عن ولي وشهود لكن يعزران إن علماً.
قلت: وسيأتي له خلافه.

فَرْعٌ: [الهادي]: ويحرم مراجعتها ليمنعها التزويج؛ إذ هو ضرار وعليه إشعارها،
لثلاث تزوج جاهلةً، وإلا أساء؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ملعون من خان مسلماً أو غيره))^(٢)
فإن نكحت بعد العدة جاهلة بالرجعة فباطل مع البينة. [الحسن البصري]: بل ينعقد
النكاح وتبطل الرجعة. [مالك]: هي للثاني إن دخل بها جاهلاً للرجعة.
قلنا: لا وجه لذلك.

٢٢٧- فصل: [في بعض أحكام الرجعة]

وتصح من العبد وحال الحيض وفي البدعي والسني؛ إذ لم يفصل الدليل.
٢٢٨٤- **سَأَلَتْ:** وتصح مشروطة^(٣)؛ إذ هي إمساك لا عقد. [الشافعي]: لا،
كالنكاح.

قلنا: النكاح عقد فافترقا.
وتصح من الأخرس كالنكاح لا من السيد عن عبده؛ لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ
أَحَقُّ بِرِدَّيْنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وليس ببعل.

[المذهب والإمام يحيى]: ويصح توكيلها بها كشراء الأمة، وقيل: لا، كالنكاح.
قلنا: خصه الخبر وهذا تقرير لا نكاح.

٢٢٨٥- **سَأَلَتْ:** [القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه وقول للشافعي]: ولا يعتبر فيها الإشهاد؛

(١) فتقع رجعته.

(٢) قوله: «ملعون من خان مسلماً أو غيره»: تقدم الكلام عليه.

(٣) حالياً أو مستقبلاً.

لقوله ﷺ: ((فليراجعها))، ولم يذكره.

[الناصر وقول للشافعي]: يجب؛ لقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾.. إلى قوله: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، والأمر للوجوب.
قلنا: عائد إلى التسريح مخافة الإنكار لكن يستحب.

٢٢٨٦- **سَأَلَتْ:** [العقرة وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي]: ولا تعتبر النية. [مالك وإسحاق بن راهويه]: ((الأعمال بالنيات)).

قلنا: مخصوص بالآية^(١)، وقوله ﷺ: ((فليراجعها)) ولم يذكر النية، وبالقياس على صرائح العقود.

٢٢٨٧- **سَأَلَتْ:** [أبو العباس والمذهب والمؤيد بالله^(٢)]: وتصح مبهمه كراجعت من طلقت، فإن قال: راجعت إحداكن ثبت أحكام اللبس في الطلاق، وقد مر.

٢٢٨٨- **سَأَلَتْ:** [أبو العباس وأبو طالب]: وإذا ارتد أحدهما في العدة فلا رجعة؛ لحصول البيونة، ولا تعود بعوده إلى الإسلام؛ إذ بانث بنفس الردة. [المؤيد بالله والإمام يحيى والشافعي]: بل تعود؛ إذ لا تبين إلا بانقضاء العدة.

قلنا: لا، كلو طلقها ثلاثاً وإذا للزم استثنائها أو سبق العدة على الفرقة.

[المنزني]: يصح رجعتها حال ردتها، وتكون موقوفة على إسلامها في العدة.

٢٢٨٩- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ولا تكون الخلوة رجعة إجماعاً.

٢٢٩٠- **سَأَلَتْ:** ولو وطئ بعد العدة جاهلاً بمضيها فلا حد، وعليه المهر، ولا يتكرر بتكرر الوطء ما لم يسلم كالحد^(٣) أو يحكم به. ولا تفتقر الرجعة إلى مهر وعوض؛ لخبر ابن عمر.

(١) وهي قوله تعالى: ﴿وَيُعُولَهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فإنه لم يذكر النية. (شرح بحر).

(٢) في بعض النسخ رمز أبي طالب وساقط في أخرى وشكك في هامش بعض النسخ الرواية عنه.

(٣) يعني: كما لو زنا بها مراراً كثيرة فإن الواجب عليه حد واحد ما لم يقع الحد فإن وطئ بعد إيقاع الحد وجب عليه حد آخر. (شرح بحر).

٢٢٩١- **سَأَلَتْ:** [القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه]: وتصح الرجعة ما لم تغسل الحائض جميع بدنها من آخر حيضة. [أبو طالب]: أو تعلم وجوبه ولا يقين إلا بأن يمضي عليها وقت صلاة؛ إذ خروج وقت المؤقت بمنزلة فعله؛ لتعلقه به^(١)، ووجه ذلك: قوله تعالى: ﴿وَأَحْضُوا الْعِدَّةَ﴾ [الطلاق:١]؛ والإحصاء إنما هو بحجر الفرج بالاغتسال أو ما في حكمه^(٢)، وإذا قصد بالعدة الصلاحية للزوج، ولا صلاح قبل الغسل. [المؤيد بالله والإمام يحيى والشافعي]: بل النقاء كاف؛ لقوله تعالى: ﴿أَنْ يَصْعَنَ حَمَلَهُنَّ﴾ [الطلاق:٤]، ولم يعتبر الغسل، ولأنه إنما شرع للصلاة وحل الوطء لا للرجعة^(٣).

قلت: وهو قوي، والإحصاء استيفاء المدة.

[سفيان الثوري وزفر]: لا تنقضي العدة حتى تغتسل وإن طالت المدة. [أبو حنيفة]: بانقطاعه لأكثر الحيض أو الغسل أو التيمم مع صلاة.

فَرَعٌ: [الهادي]: وله الرجعة ما لم يعم الغسل جميع بدنها. [المرتضى]: مهما بقي عضو.

قلت: القوي قول المؤيد بالله.

فَرَعٌ: [المذهب وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: والتيمم كالغسل مع العذر وإن لم تصل به كالغسل. [أبو حنيفة ورواية عن أبي يوسف]: لا يكفي إلا مع صلاة به؛ لنقصانه^(٤) فيكمل [بالصلاة].

قلت: القوي قول المؤيد بالله.

٢٢٩٢- **سَأَلَتْ:** [أبو يوسف ومحمد بن الحسن والمذهب]: والفرقة باختلاف الدينين فسوخ لا طلاق.

- (١) أي: لتعلق الوقت بالفعل وذلك من حيث إنه زمان الفعل وظرف له فإذا لم يحصل الفعل كان فوات الوقت بمنزلة الفعل في الأحكام لتعلقه بالفعل ذكره في الانتصار. (زيد).
- (٢) وهو أن يتيمم للعذر أو يمضي عليها وقت صلاة اضطراري بعد أن طهرت. ذكره في الغيث.
- (٣) يعني: لا لأجل أن الرجعة لا تنقطع إلا بعد الغسل وأنه من كمال العدة فهذا لا دليل عليه. (شرح بحر).
- (٤) عن الطهارة بالماء في أكثر الأحكام فلا بد من إكماله بالصلاة.

[الناصر]: مطلقاً^(١)، كملك أحدهما الآخر.

[القاسمية والشافعي ومالك]: ولو أسلمت دونه؛ إذ جاء الفسخ من جهتها. [أبو حنيفة ومحمد بن الحسن]: بل طلاق هنا؛ إذ جاء من جهته، لتخلفه عن الإسلام. فإن أسلم دونها: [أبو العباس حكاية عن الهادي والشافعي]: فطلاق رجعي؛ إذ جاء من جهته. [أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: بل فسخ؛ إذ جاء من جهتها لكرهاتها الإسلام. قلنا: قول الناصر: أظهر. [الإمام يحيى]: إذ لا طلاق إلا بلفظ.

٢٢٨- فصل: [في الاختلاف في الرجعة]

وإذا ادعت الرجعية انقضاء العدة في مدة ممكنة معتادة كثلاثة أشهر فصاعداً قبلت إجماعاً؛ إذ قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، يقتضي تصديقهن^(٢).

٢٢٩٣- **سَأَلَتْ**: [العترة]: وتبين بعدلة في الممكنة غير المعتادة كتسعة وعشرين يوماً؛ لتقرير علي عليه السلام قول شريح ببطانة من أهلها.. الخبر^(٣) ولم ينكر. [الفريقان]: بل يبين الزوج؛ للآية^(٤) والمدة ممكنة.

(١) كان من جهة الزوج أو الزوجة وسواء كان برودة أو إسلام. (شرح بحر).

(٢) وإلا لم يكن للوعيد وجه على كتابتهن ما خلق الله في أرحامهن يعني: من الولد والحيض، قال الإمام يحيى: ولأن الظاهر يشهد لها فتكون البينة على مدعي خلافه. (شرح بحر).

(٣) قوله: [لتقرير علي عليه السلام قول شريح.. إلخ]: روى أن امرأة طلقها زوجها فادعت انقضاء عدتها في شهر فقال أمير المؤمنين علي عليه السلام لشريح - وكان قاضياً له - احكم بينها فقال: إن جاءت ببطانة من أهلها ممن يرضى دينه وخلقه يشهدون أنها حاضت ثلاث حيض فهي كما قالت وإلا فهي كاذبة، وقضى بذلك وحكم به فصوبه أمير المؤمنين فيها حكم به وقال له: قالون يا شريح، ومعنى قالون: أصبت. هكذا حكاه في الانتصار، ونحوه في أصول الأحكام. [أحمد بن عيسى في الأمالي بسنده عن الشعبي، وعلي بن بلال في شرح الأحكام كذلك والمؤيد بالله في شرح التجريد بسنده عنه أيضاً، والدارمي (١/٢٣٣)، وابن أبي شيبة (٤/٢٠٠)].

(٤) (ولا يحل لمن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن).

قلنا: ادعت خلاف الظاهر لتبطل حق الزوج من الرجعة فلا تقبل، وأما في غير الممكنة كثمانية وعشرين يوماً فلا تقبل إجماعاً.

فَرَعٌ: [الهادي]: وتحلف مع بيتها^(١) في غير المعتادة احتياطاً. [الإمام يحيى]: وفيه نظر^(٢) ومهما لم تبين فلزوج الرجعة. قلت: ما لم يظن صدقها.

٢٢٩٤- **سَأَلَتْ:** ولا تصح شهادة الرجل في ذلك إجماعاً. [العترة والحنفية وسفيان الثوري والشعبي]: بل تكفي عدلة، ولا يضر تجويزه دم جرح باطن [الفرج]؛ إذ الواحدة والكثير سواء في ذلك. [الشافعي]: بل أربع ليكون كرجلين. [مالك وعن ابن أبي ليلى]: بل امرأتان اعتباراً للعدد. [البيهي]: بل ثلاث تأكيداً بالثالثة؛ لنقصانهن.

قلنا: قبل رسول الله ﷺ شهادة القابلة الواحدة^(٣) في الولادة للنسب. **فَرَعٌ:** [أبو العباس]: وتسمع شهادة عدلين على مضي المدة الممكنة بعد الطلاق، ثم القول لها في استكمال الحيض في المعتادة كما مر.

٢٢٩٥- **سَأَلَتْ:** والقول لمنكر الرجعة بعد التصديق على انقضاء العدة.

[العترة والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: ويحلف. [أبو حنيفة]: لا؛ إذ هي على فعل الغير.

قلت: وقبل التصديق وقد مضت المعتادة القول لمن سبق منهما؛ إذ الظاهر معه، فإن راجعها ثم ادعت الانقضاء وأنكره فالحقول له ويحلف؛ إذ الظاهر معه قبل دعوى الانقضاء.

(١) يعني: مؤكدة.

(٢) قال الإمام يحيى: لأن إزامها اليمين مع قيام البينة يحط من البينة ويضعف من حالها؛ لأنه لا زيادة على البينة وفيه نهاية الإيضاح للحق؛ ولأن ما كان جارياً على جهة الاحتياط فلا وجه لوجوبه ولزومه. ذكره في الانتصار. (زيد).

(٣) (قوله): «قبل شهادة القابلة الواحدة»: حكاه في الانتصار من رواية حذيفة. [الدارقطني (٢٣٣/٤)، والبيهقي (١٥١/١٠)].

والقول له في وقت الإيقاع^(١)؛ إذ هو من جهته.

٢٢٩٦- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى والمروزي]: وإذا اتفقا على أن الانقضاء يوم كذا واختلفا في وقت الرجعة فالقول لها، كما مر. [العراقيون والخراسانيون من أصحاب الشافعي]: بل قوله، إذ يدعي عدم الانقضاء بتقدم الرجعة. [بعض أصحاب الشافعي]: بل قول من سبق بالدعوى.

قلت: وهو الأقرب للمذهب.

[العترة والمروزي]: وإذا ادعت الانقضاء بسقط بيّنت بعدلة؛ للإنكار. [الشافعي]:

بل تصدق كالحيض.

لنا: ما مر^(٢).

(١) نحو أن يقول: طلقت في شوال والعدة غير منقضية، وتقول الزوجة: بل طلقت في رمضان فالعدة

منقضية فالقول قول الزوج. ذكره أبو طالب. (شرح).

(٢) من أنها ادعت خلاف الظاهر لتبطل حقه من الرجعة. (زيد).

(*) في المسألة الثانية من هذا الفصل من أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قبل شهادة القابلة الواحدة في الولادة.

[٥٦]- باب العدة

الأصل فيها قوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٤]، ونحوه، وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لسودة ((اعتدي))^(١) كانياً عن الطلاق وهي مشروعة إجماعاً.

٢٢٩٧- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن العترة]: والقرء - بفتح القاف وضمها - حقيقة في الحيض مجاز في الطهر. [بعض أصحاب الشافعي]: بل العكس. [الأكثر منهم]: بل مشترك. [الأخفش الصغير]: بل اسم لانقضاء الحيض. ولا خلاف أن المراد بالآية أحدهما لا مجموعهما.

[علي وعمر وأبو موسى وابن مسعود ثم العترة والحسن البصري والأوزاعي وسفيان الثوري وأبو حنيفة وأصحابه والحسن بن صالح]: المراد به في الآية الحيض؛ إذ هو الحقيقة لسبقه إلى الفهم. سلمنا: فقد كثر استعماله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إياه فيه؛ لقوله للمستحاضة: ((دعي الصلاة أيام أقرائك))، ((صلي ما بين القرء إلى القرء)) فحمل الملتبس عليه لغلبته، وإذ لا يقال للآيسة ذات قرء، ولقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في السبي: ((حتى تستبرأ بحيضة)) وفي أم الولد: ((عدتها حيضتان)). [ابن عمر وزيد بن ثابت وعائشة ثم الباقر والصادق والإمامية والزهري وربيعة ومالك والشافعي وفقهاء المدينة وعن علي]: بل الأطهار؛ لقوله تعالى: ﴿ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، فذكرها.

قلنا: اعتباراً باللفظ كثلاثة شخوص لسنة.

قالوا: القرء: الجمع، واجتماع الدم في الرحم إنما يكون في الطهر.

قلنا: بل كمال اجتماعه وقت خروجه.

قالوا: ﴿فَطَلِقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، أي: فيها، والمراد الطهر.

قلنا: بل أراد مستقبلات، فهي حجة لنا.

٢٢٩٨- **سَأَلَتْ:** [العترة وأبو حنيفة وأصحابه وقول للشافعي]: والحلوة توجب العدة؛

(١) (قوله): «وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لسودة اعتدي»: حكى في الانتصار أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لسودة: ((اعتدي يا سودة)) فجعلته كناية في طلاقها. [أخرجه البيهقي عن أبي هريرة (٣٤٣/٧)].

لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، ولم يفصل، وقول علي عليه السلام: (إذا أرخى أحدكم الستر.. الخبر^(١)) ولم ينكر، وإذا لزم المهر لزم العدة. [ابن عباس وابن مسعود ثم الشافعي]: لا؛ لقوله: ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ...﴾ الآية [الأحزاب: ٤٩]، والخالي لم يمس.

قلنا: قول علي كالتخصيص؛ إذ لم ينكر.

[مالك]: الخلو تقوي دعوى الإصابة، وإلا فلا تأثير لها.

لنا: ما مر^(٢).

فَرَعٌ: ولا عدة على غير المدخولة إجماعاً؛ للآية.

[المذهب]: ولا تعدد المدخولة بما طلقت وهي فيه من الحيض. [الشافعي]: من الطهر؛ لقوله: ﴿لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]، أي: مستقبلات؛ إذ قرأ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: في قُبُلِ عِدَّتِهِنَّ.

٢٢٩٩ - **سَأَلَتْ:** [علي عليه السلام والحسن البصري وقتادة ثم الهادي والناصر والمرتضى]: وهي من حين العلم للعاقلة الحائل ومن الوقوع لغيرها؛ لقوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وإذا مضت بغير علمها فهي غير متربصة فتستأنف ولا تبني. [القاسم والمؤيد بالله والإمام يحيى والفريقان ومالك]: بل من الوقوع؛ إذ هو السبب، ولا تأثير للعلم والجهل فتبني.

قلت: وقوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، يعني ينوين إذا علمن وإلا فلا كالمجنونة والصغيرة.

[عمر بن عبدالعزيز]: إن ثبت الموت أو الطلاق بالبينة فمن الوقوع وإن ثبت بالسماع فمن العلم؛ إذ البينة تشهد على السبب، فكانت من وقته، بخلاف السماع فهو

(١) (قوله): «وقول علي عليه السلام: إذا أرخى أحدكم الستر.. الخبر»: هذا الخبر في هذا الموضع من الانتصار عن عمر لا عن علي عليه السلام ولفظه: إذا أرخى أحدكم الستر عليه وعلى امرأته وأغلق الباب فقد وجب المهر فما ذنبهن إن جاء العجز من قبلكم» انتهى. لكن قد تقدم في باب المهور عن علي عليه السلام وأبي بكر وعمر ما يدل على المطلوب هنا.

(٢) من الأدلة على ذلك. (شرح بحر).

العمدة فكانت من وقته.

قلنا: هذا ليس بطريق شرعي، والآية أولى.

٢٢٩- فصل: [أقسام العدة]

وهي إما عن طلاق أو وفاة أو فسخ، فالأولى لا تجب إلا بعد دخول أو خلوة بلا مانع عقلي؛ لما مر.

٢٣٠٠- **سَأَلَتْ:** [القاسمية والمؤيد بالله وداود]: وهي في المطلقة الحائض ثلاث حيض في الحرة والأمة؛ إذ لم تفصل الآية (١). [الناصر والفريقان]: قال رسول الله ﷺ: ((عدة الأمة حيضتان)) (٢).

قلنا: معارض بالآية وهي أرجح.

قلت: فيه نظر؛ لاحتمال كونه تخصيصاً لها، فإن لم يعلم تأخره فالآية أولى.

٢٣٠١- **سَأَلَتْ:** والخلوة الفاسدة بأمر شرعي (٣) توجب العدة؛ لإمكان إيصاله الماء الرحم، بخلاف المانع العقلي كصغر أيهما أو مرضه المشخن أو حضور الغير، وتستحب للخلوة بصغيرة أو صغير يشتهى كالخماسية (٤) ونحوها (٥).

٢٣٠٢- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: والمستحاضة الذاكرة لوقتها تحرى للعدة، كالصلاة؛ إذ هي ذات قرء؛ لقوله ﷺ: ((أيام أقرائك)) (٦) والناسية تربص كما سيأتي إن شاء الله.

٢٣٠٣- **سَأَلَتْ:** وإذا انقطع الحيض لعارض معلوم كالرضاع (٧) أو تباعدت

(١) وهي قوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

(٢) (قوله): «عدة الأمة حيضتان»: تقدم.

(٣) كالصيام والإحرام.

(٤) بنت الخمس. (شرح).

(٥) بنت الست وبنت السبع.

(٦) (قوله): «أيام أقرائك» تقدم في الحيض.

(٧) والمجاعة والمرض ونحو الجسم.

النوبة كفي سنتين حيضة انتظرت عوده إجماعاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ﴾ [الطلاق: ١]، ولحكم علي وزيد بن ثابت وعثمان^(١) بذلك في امرأة حبان، ولم يُخَالَف^(٢).
 ٢٣٠٤ - **سَأَلَتْ:** [علي وعثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود ثم العترة وأبو حنيفة والشافعي]:
 وإذا انقطع الحيض لا لعارض معروف تربصت حتى يعود فتبني أو تياس فتستأنف
 بالأشهر؛ لقوله: ﴿وَاللَّائِي يَيْسُنَ مِنَ الْمَحِيضِ...﴾ الآية [الطلاق: ٤]، فعين الأشهر
 للآيسة والصغيرة لا غيرها. [عمر وابن عباس ومالك وأحمد بن حنبل وقول للشافعي]: بل
 تربص تسعة أشهر؛ لتعلم براءة رحمها بمضي معتاد مدة الحمل ثم تعتد بالأشهر
 تعبداً كالأيسة. [رواية عن الشافعي]: بل تربص أكثر مدة الحمل؛ لتعلم البراءة، ثم تعتد
 كالأيسة. [الإمام يحيى]: تربص أربعة أشهر وعشراً؛ لتعلم البراءة بمضي أكثر العدة
 المشروعة ثم تعتد كالأيسة اتقاء للإضرار بها بانتظار اليأس؛ للآيات التي مرت في
 الفسخ.

قلت: وهذه الأقوال الثلاثة مبنية على القياس المرسل؛ إذ لم تستند إلى نص ولا
 [إلى] أصل معين، والأقرب قياسها على الضهياء فإن قوله: ﴿وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ﴾
 [الطلاق: ٤]، كالمصرح باعتدادها بالأشهر وليست آيسة، والعلة عدم الحيض لا على
 جهة تراخي النوبة، فكذلك من انقطع حيضها؛ لحصول العلة الجامعة، ومن قال:

(١) قوله «ولحكم علي عليه السلام» إلى آخره. روي «أن حبان بن منقذ طلق امرأته طليقة واحدة وله منها ابنة ترضعها،
 فتباعد حيضها ومرض حبان بن منقذ فقبل له: إن مت ورثتك، فمضى إلى عثمان وعنده علي عليه السلام وزيد بن
 ثابت، فسأله عن ذلك؟، فقال عثمان لعلي وزيد: ما تريان؟ فقالا: نرى أنه إن ماتت ورثها، وإن مات ورثته،
 لأنها ليست من القواعد اللائية ييسن من المحيض. فرجع حبان إلى أهله فانتزع إبنته فعاد إليها الحيض
 فحاضت حيضتين ومات حبان قبل انقضاء الثالثة، فورثها عثمان منه» هكذا روى. والذي في الجامع عن
 محمد بن يحيى بن حبان قال: «كانت عند جدي إمرأتان: هاشمية وأنصارية فطلق الأنصارية وهي ترضع،
 فمرت سنة ثم هلك ولم تحض، فقالت أنا أرثه لم أحض فاختمصوا إلى عثمان فقتضى لها بالميراث، فلامت
 الهاشمية عثمان فقال: هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا يعني علي بن أبي طالب». أخرجه الموطأ
 (١٢١٠) (ح) حبان هذا بفتح الحاء المهملة ثم باء موحدة مشددة وبعد الألف نون، منقذ بضم الميم وسكون
 النون وكسر القاف، وآخره ذال معجمة. [البيهقي (٤١٩/٧)، وابن أبي شيبة (١٢٩/٧)].

(٢) ذلك الحكم.

بتربص الضهياء محجوج بالآية.

[الباقر والصادق وأحد قولي الناصر]: لا تربص بل تعتد بالأشهر من فورها.

قلت: لعلهم يعنون بعد مضي وقت عاداتها، وإلا فلا وجه له.

فَرْعٌ: [الإمام يحيى]: وإنما تنتقل إلى الأشهر عند غلبة الظن بانقطاعه كالعمل بالعموم^(١) عند ظن فقد التخصيص.

قلت: والظن يحصل عنده بمضي أربعة أشهر وعشر كما مر، والأقرب عندي أنه يحصل بمضي مثل العدة ثلاثة أشهر، ولا وجه لما زاد على ذلك؛ إذ لا دليل عليه.

قالوا: الأشهر بدل فلا يعمل بها إلا بعد اليأس من المبدل.

قلنا: ينتقض بالقياس على الضهياء. سلمنا: فالْيَأْسُ هو ظن انقطاعه وهو يحصل بما ذكرنا؛ إذ لا فرق بين الثلاثة والأربعة والعشر والتسعة والأربع السنين، لكن الأحوط أن تنتظر حتى يمضي عليها فصول السنة إذ يختلف المزاج فيها فلا تيأس في كل فصل حتى تمضي جميعاً ثم تعتد بالأشهر.

فَرْعٌ: لمن لم يعتبر الستين: فإن رأت الدم في الأشهر انتقلت إليه وبنت على الحيض الأول، فإن لم تكن قد اعتدت بحيضة استأنفت به^(٢) إلا بعد الستين في الأصح، وكذا لو رآته بعدها^(٣) قبل أن تزوج^(٤) في الأصح كمتيمم وجد الماء قبل خروج الوقت، لا بعد التزويج كوجود الماء بعد خروج الوقت.

٢٣٠٥ - **سَأَلَتْ:** ومن اعتبر اليأس أوجب تربصها إلى سن لا تحيض فيه امرأة مطلقاً^(٥). [أحد أقوال الشافعي]: بل نساء زمانها. [أحد أقوال الشافعي]: بل بلدها. [أحد أقوال الشافعي]: بل قرابتها من قبل أبيها وأمها.

(١) في حق المجتهد فإنه لا يعمل بالعموم حتى يغلب على ظنه أنه لا مخصص له. (شرح بحر).

(٢) أي: بالحيض. (شرح).

(٣) أي: بعد الأشهر.

(٤) فإنها تستأنف العدة بالحيض.

(٥) أي: على العموم في نساء العالم.

فَرْعٌ: [الهادي والمؤيد بالله وأبو طالب والإسفراييني وابن القاص من أصحاب الشافعي]: وسن اليأس المطلق^(١) ستون سنة؛ لا طرده في النساء عموماً. [زيد بن علي وأحمد بن حنبل ومحمد بن الحسن]: بل خمسون. [أبو حنيفة وأبو يوسف]: بل خمس وخمسون. [المروزي]: اثنتان وستون.

وقيل: التركية خمسون، والعربية ستون، والقرشية أكثر؛ للعادة.

قلنا: الصحيح الستون؛ إذ هو الأغلب^(٢).

فَرْعٌ: [الإمام يحيى وغيره للمذهب]: وإذا انكشف في الآيسة حمل أو حيض متكرر بطل اليأس واستأنفت ولو بعد النكاح. [أحد أقوال الشافعي]: بل قبل النكاح لا بعده؛ لما مر. [أحد أقوال الشافعي]: لا قبله ولا بعده؛ لثلاثي يلزمها عدتان.

٢٣٠٦ - **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله والفريقان]: والضهياء وهي التي لم تر الحيض وقد بلغت بالعدد تعتد بالأشهر؛ لقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ﴾ [الطلاق:٤]، وهي كذلك. [القاسمية]: غير آيسة فتنتظر اليأس كذات الحيض. [محمد بن الحسن]: إذا لم تحض بنت الثلاثين اعتدت بالأشهر.

قلنا: لا فرق بين الثلاثين وغيرها، لكن العمل بالآية أولى من القياس.

فَرْعٌ: [الإمام يحيى وأحد وجهي أصحاب الشافعي]: وإذا زوجت الضهياء ثم ولدت فعدتها بالأشهر ما لم تحض؛ إذ لم تفصل الآية. [أحد وجهي أصحاب الشافعي]: بل الولادة كالحيض فتربص.

٢٣٠٧ - **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله ومحمد بن الحسن]: وإذا اشترت الأمة ثم انقطع حيضها قبل اليأس فاستبرأؤها بأربعة أشهر وعشر، عملاً بأكثر العِدِّ المشروعة. [مالك وأبو حنيفة]: بل بثلاثة أشهر. [أبو يوسف]: لا يطأها حتى يتيقن أن لا حمل. [سفيان الثوري وزفر]: بل بستتين. [رواية عن محمد بن الحسن]: شهرين وخمسة أيام.

(١) أي: الذي يشترك فيه النساء عموماً دون الخاص في بعضهن والله أعلم. (شرح بحر).

(٢) في العادة.

قلنا: قول المؤيد بالله: أقرب وما عداه تحكم.

٢٣٠٨- **سَأَلَتْ:** وإذا اعتدت الصغيرة بالأشهر ثم بلغت فيها فبالحيض انتقلت إليه إجماعاً. [العتره والاصطخري]: وتستأنف؛ إذ صارت ذات حيض. [ابن سريج]: بل تبني على الطهر الماضي كطهر بين حيضتين.
قلنا: مبني على الاعتداد بالأطهار وقد أبطلناه، وإن بلغت بالحيض بعد العدة لم تستأنف إجماعاً؛ للآية.

٢٣٠- فصل: (في أحكام عدة الرجعي)

وللرجعي أحكام: الأول: الرجعة والنفقة والسكنى إجماعاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، وإذ حل الاستمتاع باق والنفقة في مقابلته.
فَرَعٌ: ولا تخرج من موضعها [منزلها] يوم الطلاق إن كان للزوج ولو عارية؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَخْرُجَنَّ﴾ [الطلاق: ١]، وقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ﴾ [الطلاق: ١]، أراد إخراجها للحد أو الفاحشة هي إيذاء الزوج بالكلام فيسوغ إخراجهن لإخراجه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فاطمة بنت قيس^(١) لتهم العدة في بيت ابن أم مكتوم لإيذائها الأحماء، وليس للزوج الوقوف في موضع وقوفها بل في منزل آخر ولو في دار واحدة لكن لا يخلو بها؛ لتحريم^(٢) ذلك.
وقيل: لا يجتمعان في دار؛ إذ لا يأمن ذلك في أي أزقتها وطرقها، فإن كان معها محرم مميز لم يحرم.

ولا يبيع موضع سكنها إلا أن يستثنى^(٣) فإن طلقها وهي في مسكن ملك لها

(١) (قوله): لإخراجه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فاطمة بنت قيس: عن ميمون بن مهران قال: «قدمت المدينة فدُفِعَتْ إلى سعيد بن المسيب فقلت: فاطمة بنت قيس طلقت فخرجت من بيتها فقال سعيد: تلك امرأة فنتت الناس إنها كانت لسنة فوضعت على يدي ابن أم مكتوم الأعمى». أخرجه أبو داود (٢٢٩٦)، وفي قصتها أحاديث وروايات كثيرة. [الترمذي (١١٣٥)، ومسلم (١٤٨٠)، والنسائي (٣٢٤٤)].

(٢) حيث كان مضرراً عن مراجعتها أو كان الطلاق بائناً.

(٣) أي: السكنى.

لم تخرج في الأصح؛ للآية، ولها الأجرة، وهي أحق من الغرماء بسكنى الدار إن أفلس.

فَرَعٌ: وإذا مات انتقلت إلى عدة الوفاة واستكملتها. [الإمام يحيى]: إجماعاً؛ إذ حكم الزوجية باق في الرجعي.

[العترة والفريقان]: ولا إحداد عليها؛ لبقاء الزوجية ولقوله ﷺ: ((فإنها تُحَدُّ على زوجها أربعة أشهر وعشراً))^(١). [أبو ثور]: بل تُحَدُّ كالمتوفى عنها. قلنا: الزوجية غير باقية هناك فافترقا.

فَرَعٌ: [الهادي]: وندب لها التزين والتعرض لداعي الرجعة، ويتوارثان في عدة الرجعي إجماعاً؛ لبقاء الزوجية.

[أبو العباس وأبو حنيفة]: وله الاستمتاع في عدة الرجعي.

قلنا: إن نوى به الرجعة فنعم، وإلا فلا.

فَرَعٌ: [المذهب وأبو حنيفة]: وإذا طُلِّقت في سفر اعتدت في مكانها حتماً حيث لا خوف ولا ضرر، وإلا رجعت إلى الأقرب^(٢) من مأمنها أو منتهى سفرها أو وطنها حتماً، فإن استوت خيرت^(٣). [الشافعي]: بل تخير مطلقاً^(٤) بين الرجوع وتام السفر. [أبو يوسف ومحمد بن الحسن]: بل تتم سفرها؛ إذ لم تؤمر باللبث إلا في غير حال السفر.

(١) (قوله): «فإنها تُحَدُّ على زوجها»: عن صفية بنت أبي عبيد أنها سمعت حفصة زوج النبي ﷺ تحدث عن النبي ﷺ أنه قال: ((لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تُحَدَّ على ميت فوق ثلاث إلا على زوجها)). [عبدالرزاق (١٢١٣١)، وأحمد (٢٦٤٩٥)، والنسائي (٣٥٠٣)، وابن ماجه (٢٠٨٦)]. زاد في رواية: «فإنها تُحَدُّ عليه أربعة أشهر وعشراً». أخرجه مسلم (١٤٩٠) وغيره. وعن أم عطية قالت: كنا ننهي أن نحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً. وهذا طرف من حديث أخرجه البخاري (٥٠٢٨) ومسلم (٩٣٨) وغيرهما. [أحمد (٢٠٨١٣)، وأبو داود (٢٣٠٢)، والنسائي (٣٥٣٤)، وابن ماجه (٢٠٨٧) وابن أبي شيبة (١٩٢٨٧)].

(٢) وفي الكواكب: ولو كان بعض المسافات أقرب؛ إذ السفر حاصل في الكل. يعني فتخير.

(٣) قال الفقيه علي: وإنما تخير [مع الخوف] إن لم تكن قد أحرمت بالحج إذ لو قد أحرمت به لم تخير بل تمضي فيه. (غيث). مستقيم مع الخوف.

(٤) استوت المسافة أم اختلفت.

لنا: عموم: ﴿وَلَا يَخْرُجَنَّ﴾ [الطلاق: ١].

قلت: فأما في دون البريد فيتحتّم الرجوع إلى وطنها.

٢٣٠٩- **سَأَلَتْ:** [علي والقاسمية وأبو حنيفة وقول للشافعي]: وإذا راجعها بالقول ثم طلقها استأنفت؛ لعموم: ﴿وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ﴾^(١) [البقرة: ٢٢٨]. [رواية عن مالك وقول للشافعي]: بل تبني كالمختلعة، إذا عقد عليها ثم طلقها قبل الدخول، ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمَسِّكُوهُنَّ ضِرَارًا﴾ [البقرة: ٢٣١]، وهذا يؤدي إليه. [داود]: لا عدة عليها كقبل الدخول.

قلنا: الرجعي ضعيف تبطله الرجعة، بخلاف البائن، والضرار لا يمنع الصحة، وإلا لما وقع النهي ويأثم إن قصده، وقول داود يؤدي إلى اختلاط الأمواء ومخالفة مقصود الشرع^(٢).

٢٣١٠- **سَأَلَتْ:** والبدوية تلزم خيمتها حتى تنقضي عدتها ما لم يتنقل أهلها وتخاف من التخلف عنهم، وامرأة الملاح تعتد في بيتها في البر إن كان وإلا ففي منزل مستقل في السفينة وإلا فمعها في السفينة إن كان ثم محرم وإلا لزمه الخروج منها وتبقى هي؛ إذ لها السكنى.

٢٣١١- **سَأَلَتْ:** [العتره والشافعي]: وعدة الذمية كالمسلمة؛ لعموم الآية، وقيل: لا، إلا إذا شرعت في كتابهم؛ إذ قرروا على ما فيه وإن نسخه شرعنا كالمسكر.

قلنا: ما لم يقرره ﷺ لم نأمن تحريفهم فيه. ووجوب سكنى الأمة تابع للنفقة^(٣) وسيأتي.

(١) فإنه لم يفصل بين مطلقة ومطلقة.

(٢) لأنها إنما شرعت لأجل براءة الرحم. (شرح).

(٣) والنفقة تجب مع التسليم المستدام وتسقط مع عدمه وهكذا حكم السكنى، وأما العدة والإحداد فيجبان بكل حال. (شرح بحر).

٢٣١- فصل: [في أحكام عدة البائن]

وللبائن أحكام:

٢٣١٢- **سَأَلَتْ:** [الهادي والمؤيد بالله وأحمد بن حنبل]: لها النفقة؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَاعٌ﴾ [البقرة: ٢٤١]، ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، وإذ حسبت بسببه كالرجعية.

ولا سكنى لها؛ لقوله تعالى: ﴿مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾ [الطلاق: ٦]، فأوجب أن تكون حيث الزوج، وذلك لا يكون في البائنة.

[ابن عباس ثم الحسن البصري وعطاء والشعبي ثم القاسم وابن أبي ليلى والأوزاعي والإمامية]: لا يجبان؛ لقوله ﷺ لفاطمة بنت قيس: ((لا سكنى لك ولا نفقة)) (١). قلنا: رده عمر واتهمها بالنسيان، ولم يُنكر.

[عمر ثم عمر بن عبدالعزيز والناصر والإمام يحيى وأبو حنيفة وسفيان الثوري وأهل الكوفة]: بل يجبان؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ﴾ [الطلاق: ١]، ونحوها (٢). قلنا: أما النفقة فنعم، وأما السكنى فلا؛ لما مر.

[الشافعي ومالك والليث بن سعد]: لها السكنى فقط؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ﴾ لا النفقة؛ لخبر فاطمة بنت قيس.

(١) قوله: «لا سكنى لك ولا نفقة.. إلخ»: عن فاطمة بنت قيس أنه طلقها زوجها في عهد النبي ﷺ وكان أنفق عليها نفقة دوناً فلما رأت ذلك قالت: والله لأعلمن رسول الله ﷺ فإن كانت لي نفقة أخذت الذي يصلحني، وإن لم يكن لي نفقة لم آخذ منه شيئاً فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال: ((لا نفقة لك ولا سكنى)) هذه إحدى روايات حديث أخرجه مسلم (١٤٨٠) وغيره. [وأبو داود (٢٢٨٨)، والنسائي (٣٥٠٥)، وابن ماجه (٢٠٣٦)]. وزاد في بعض الروايات عن عمر أنه قال في ذلك: «لا تترك كتاب الله وسنة نبينا لقول امرأة لا تدري لعلها حفظت أو نسيت، لها السكنى والنفقة». وروايات هذا الحديث وأطرافه كثيرة. [الترمذي (١١٨٠)، والدارمي (٢٢٧٤)، وعبدالرزاق (١٢٠٢٧)].

(٢) قوله تعالى: ﴿أَوْ قَارِئُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢]، قالوا: فأمر الله بالمعروف عند المفارقة ولا معروف مثل إيوائهن بالسكنى والمتعة هن بالنفقة، وقوله ﷺ: ((اتقوا الله في النساء..)) الخبر، وقد مر فإنه أكد الأمر في حقهن ولم يفصل بين الطلاق والبقاء على النكاح، ولما مر عن عائشة وابن المسيب في حديث فاطمة بنت قيس. (شرح بحر).

لنا: ما مر.

٢٣١٣- **سَأَلَتْ:** [الهادي والمؤيد بالله والإمام يحيى والشافعي ومالك وربيعة ورواية عن أحمد بن حنبل]: ولا إحداد على البائنة؛ إذ عدتها عن طلاق كالرجعية. [علي ثم زيد بن علي والمنصور بالله وتخريج أبي العباس وأبو حنيفة وسفيان الثوري والحسن بن صالح وقول للشافعي]: بل يلزمها؛ إذ «نهی ﷺ المعتدة أن تختضب»^(١) وهو عام إلا ما خصه دليل. قلت: وهو المذهب.

٢٣١٤- **سَأَلَتْ:** [الحسن البصري وعطاء والليث بن سعد والبتى وأبو العباس والشافعي ومالك ومحمد بن الحسن وزفر]: وإذا عقد على المختلعة بمهر ثم طلقها قبل الدخول فلها نصفه؛ لعموم الآية^(٢). [أبو حنيفة وأبو يوسف وإبراهيم النخعي]: بل كاملاً؛ إذ هي مطلقة بعد الدخول ولا حكم لتوسط العقد. قلنا: بل له حكم.

[العترة والشافعي ومالك ومحمد بن الحسن]: وتبني على العدة الأولى. [داود وزفر]: لا عدة عليها كالمطلقة قبل الدخول.

قلنا: يؤدي إلى اختلاط الأمواء.

٢٣١٥- **سَأَلَتْ:** [العترة والشافعي ومالك ومحمد بن الحسن]: وإذا مات الزوج في عدة البائن بنت ولم تنتقل إلى عدة الوفاة؛ إذ لم يموت وهي زوجته وقد قال الله تعالى: ﴿وَيَدْرُونَ أَرْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ...﴾ الآية^(٣) [البقرة:٢٣٤]. [أبو حنيفة وأبو يوسف]: معتدة عن طلاق فتنتقل كالرجعية. قلت: الرجعية زوجة فافتراقا.

(١) قوله: «إذ نهى ﷺ المعتدة أن تختضب»: سيأتي إن شاء الله تعالى.

(٢) وهي قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ قَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا قَرَضْتُمْ﴾ [البقرة:٢٣٧].

(٣) وهذه غير زوجة فلم تكن داخلة في الآية. (زيد).

[زفر]: لا عدة عليها لوفاة؛ إذ ليست زوجة ولا لطلاق؛ إذ الموت قاطع.

قلنا: خلاف الإجماع؛ إذ أبطل القولين.

٢٣١٦- **سَأَلَتْ:** [القاسمية والمؤيد بالله والشافعي]: ولا ميراث للباثنة؛ إذ ليست زوجة.

[أبو حنيفة]: إن أبانها في المرض لا بسؤالها فلها الميراث معارضة بنقيض قصده؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من قطع ميراث وارث..)) الخبر (١)، ولا يرثها. [أبو يوسف]: إن أبانها في

الصحة من غير شرط أو في المرض مشروطاً بما لها عنه غنى كتكليم زيد ودخول الدار فلا ميراث، وإلا وجب كالمطلق في المرض والمشروط فيه بما لا بد منه كالأكل والشرب وفعل الواجب (٢)؛ إذ هو كلا شرط للقطع بحصوله. [قول للشافعي ومالك]:

كل طلاق في المرض يثبت معه التوارث؛ إذ ورث رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ امرأة ابن عوف (٣) وقد طلقها في المرض باثناً، فعارضه بنقيض قصده.

قلنا: حكاية فعل لا يعلم وجهه، والميراث فرع الزوجية، والمعارضة بنقيض

القصود لا يقوى معارضاً لعللة إسقاط الإرث وهي البيئونة.

٢٣١٧- **سَأَلَتْ:** [علي والقاسم والمؤيد بالله والمنصور بالله وأبو حنيفة وقول للشافعي]: وليس

للمبتوتة الخروج من منزلها إلا لعذر؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ [الطلاق: ١].

[الإمام يحيى وقول للشافعي]: يجوز [في] النهار كعدة الوفاة ولقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في المثلثة:

(١) قوله: «من قطع ميراث وارث قطع الله ميراثه من الجنة»: لفظه فيما رواه ابن ماجه (٢٧٠٣) عن أنس قال:

قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من فر من ميراث وارثه قطع الله ميراثه من الجنة يوم القيامة)).

(٢) نحو: إن صليت إن صمت، ونحو ذلك. (شرح).

(٣) قوله: «إذ ورث صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ امرأة ابن عوف وقد طلقها في مرضه باثناً»: هكذا وقع في الانتصار، وهو سهو

قطعا، لأن المعلوم أن عبدالرحمن بن عوف إنما مات في خلافة عثمان سنة اثنتين وثلاثين للهجرة وإنما الرواية الصحيحة في ذلك عن عثمان أنه ورث ابنة الأصمغ من زوجها عبدالرحمن لما طلقها باثناً في مرض موته، ومات وهي في عدتها. هكذا روي. ولفظه في الجامع: عن ربيعة بن أبي عبدالرحمن قال: «سألت امرأة عبدالرحمن منه الطلاق فقال: إذا طهرت فأذني فأذنته فطلقها البتة أو تطليقة كانت بقيت لها، وهو مريض يومئذ فورثها عثمان من زوجها بعد انقضاء عدتها». [عبدالرزاق (١٢١٩٢)، نحوه والبيهقي (٧/٣٦٢)]. وفي رواية: أن عبدالرحمن بن عوف طلق امرأته البتة وهو مريض فورثها ميراثها عثمان بعد انقضاء عدتها. أخرجه الموطأ (١٢٠٧) (١٢٠٩).

((اخرجني فجذبي نخلك..)) الخبر (١).

قلنا: الجذاذ عذر، والوفاة صيرتها كالأجنبية.

٢٣١٨- **سَأَلَتْ:** ومتى التبست المتوفى عنها بالبائنة المدخولة فلا بد لذات الحيض مع الأربعة الأشهر والعشر من ثلاث حيض من وقت الطلاق؛ ليحصل اليقين بأداء العديتين، وأما غير ذات الحيض فاليقين يحصل بعدة الوفاة.

٢٣١٩- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى والمؤيد بالله]: وإذا مات من علق الطلاق بدمته قبل التعيين اعتدت كل واحدة عدة وفاة؛ إذ لا يقع المبهم إلا بالتعيين (٢).

٢٣٢٠- **سَأَلَتْ:** [المذهب]: وإذا نكحت في العدة جهلاً (٣) فولدت لحق بالآخر (٤) ولو أمكن منهما (٥)؛ إذ ماؤه أجد. [الشافعي]: يعمل بالقافة.
لنا: ما مر (٦).

فإن تعذر من الآخر فبالأول إن أمكن، وإلا فلا أيهما.

وإذا لحق بالأول كان له الرجعة حتى تضع (٧)، ولا يطأها حتى تعتد من الثاني

(١) (قوله): «اخرجني فجذبي نخلك»: عن جابر قال: طلقت خالتي فأرادت أن تجذ نخلها فزجرها رجل أن تخرج، فأنت النبي ﷺ فقال: ((بلى فجذبي نخلك فإنك عسى أن تصدقي أو تفعلي معروفاً)) أخرجه مسلم (١٤٨٣) والنسائي (٣٥٥٠). وفي رواية أبي داود (٢٢٩٧) قال: طلقت خالتي ثلاثاً فخرجت تجذ نخلها فلقيها رجل فنهاها فأنت النبي ﷺ فذكرت ذلك له فقال لها النبي ﷺ: ((اخرجني فجذبي نخلك لعلك أن تصدقي أو تفعلي خيراً)). [عبدالرزاق (١٢٠٣٢)، وابن ماجه (٢٠٣٤)، والدارمي (١٦٨/٢)، والبيهقي (٤٣٦/٧)].

(٢) يعني: وقد تعذر بالموت. قال الإمام يحيى: هذا أقوى الاحتمالين والثاني على كل واحدة عدة وفاة فيها عدة طلاق. قال: هذا كلام المؤيد بالله وأما الهادي فالطلاق واقع من غير تعيين يعني فتعتد كل واحدة حيث هي بائن عدة طلاق من وقوعه وعدة الموت بعد موته إن دخل بهن وإلا فللوفاة.

(٣) ودخل بها.

(٤) إن أمكن إلحاقه به، وذلك حيث تأتي به لسته أشهر من وطء الثاني فها هنا يلحق بالثاني. (غيث).

(٥) وذلك إذا جاءت به لأربع سنين فما دون منذ غاب الأول أو طلقها، ولسته أشهر فما فوق من وطء الثاني، فإن إلحاقه بهما ممكن لكن الواجب إلحاقه بالآخر منهما. (غيث).

(٦) في باب الفراش.

(٧) بل ولو بعد الوضع وإن لحق بالأول؛ لأن عدتها لا تصح من الأول حتى تستبري من الثاني وإذ لا

بالأقراء بعد الوضع، وإن انقطعت الأقراء لعذر فبأربعة أشهر وعشر، وإذا لحق بالثاني فلأول الرجعة ما لم تضع (١).

[الإمام يحيى]: وتنقضي عدتها منبها جميعاً بالوضع.

قلت: وفيه نظر، بل القياس أن لا تنقضي عدة الأول بالوضع (٢) بل بالأقراء بعده، وأن له الرجعة حتى تنقضي عدته، وإن كان لا يلحق أيها فلأول الرجعة ما لم تكمل عدته بالأقراء، ولا يطأها حتى تعتد من الثاني بالأقراء كما مر؛ إذ لا حكم للحمل هنا كما [لما] سيأتي.

٢٣٢١- **سَأَلَتْ:** [العترة وأبو حنيفة]: وما ولدت قبل الإقرار بانقضائها لحق إن أمكن منه حلالاً في الرجعي مطلقاً حملاً على السلامة، وفي البائن لأربع سنين فدون؛ إذ لا وجه لفيه منه، وكذا بعد الإقرار بدون ستة أشهر؛ إذ ينكشف كذبها، لا بستة فصاعداً؛ لصحة الإقرار بالانقضاء إلا حملاً ممكناً من المعتدة بالشهور لليأس؛ إذ انكشف عدم اليأس.

٢٣٢٢- **سَأَلَتْ:** [تخريج أبي العباس (٣) وابن سريج]: وإذا حاضت ثلاثاً ثم أتت بولد لدون أربع سنين لم يلحق كلو أقرت بالانقضاء مجملاً. [الشافعي]: بل يلحق؛ لصحة الحيض مع الحمل عنده.

لنا: ما مر (٤).

٢٣٢٣- **سَأَلَتْ:** [العترة والفقهاء الأربعة]: ولا تحرم على الواطئ في العدة جهلاً؛ لعموم: ﴿وَأَجَلٌ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ [النساء: ٢٤].

عدة بها وقع تحت زوج جهلاً. (بيان). سواء كان الواقع تحت الزوج حملاً أو حيضاً أم شهوراً أم عدة موت لوجوب الاستبراء.

(١) بل له الرجعة مطلقاً؛ إذ لا تنقضي به عدته.

(٢) وأما الثاني فتنقضي عدتها منه بالوضع. (بيان).

(٣) أبو حنيفة: زيادة في نسخة.

(٤) في باب الفراش من أنه لا يجتمع الحيض والحمل.

[عمر وقول للشافعي]: تعجل حقه قبل وقته فحرمت عليه مخالفة لغرضه كالدية على القتال.

قلنا: لا نسلم أن العلة في الأصل المخالفة^(١). سلمنا: فلم يظاً لتحل له. سلمنا: لزم تحريم من زنى بها؛ لذلك، وينصرنا قول الشافعي: «اختلف قول علي وعمر..» إلى آخره^(٢).

٢٣٢٤ - **سَأَلَتْ**: [العترة والفقهاء الأربعة]: وللمخالع العقد عليها في عدته. [المزني] لا، كغيره.

قلنا: خطأ أصحابه؛ إذ لا وجه لاستبرائه من مائه، بخلاف غيره.

[العترة والفقهاء الأربعة]: وإذا عقد بها انقطعت [انقضت] عدتها. [ابن سيرج]: لا، حتى يدخل بها كغيره، وأنكرها عنه أصحابه لضعفها؛ إذ تصير فراشاً له بالعقد^(٣). فإن طلقها ثانياً بعد الوطء استأنفت لا قبله فتبني كلو لم يعقد. [داود وزفر]: لا عدة بعد العقد؛ إذ هي مطلقة قبل الدخول.

قلنا: يؤدي إلى اختلاط الأمواء والأنساب.

٢٣٢٥ - **سَأَلَتْ**: ومن وطئت بشبهة حرة أم أمة استبرأها من هي تحته حفظاً للنسب.

(١) وإنما هي القتل كما أوما إليها الرسول ﷺ بقوله: ((القاتل لا يرث)). (زيد).

(٢) قوله: «وينصرنا قول الشافعي: اختلف علي وعمر.. إلى آخره»: قال في الانتصار: وحكي عن الشافعي أنه قال: اختلف علي وعمر في ثلاث مسائل، القياس فيهن مع علي عليه السلام وبقوله أخذ: الأولى منهن: امرأة المفقود إذا غاب زوجها وانقطع عنها خبره فقال علي: هذه امرأة ابتليت فتصبر وهو قول الشافعي في الجديد. وقال عمر: يرفع أمرها إلى الحاكم ويضرب لها أربع سنين وتعد بتسعة أشهر ثم تزوج، وهذا قول الشافعي في القديم. الثانية: إذا طلق الرجل زوجته وغاب عنها وراجعها وأشهد على رجعتها إياها ولم تعلم المرأة بذلك ثم انقضت عدتها فتزوجت بأخر فدخل بها وجاء الأول وادعى أنه راجعها وأقام على ذلك بينة فقال علي: إنها تكون زوجة للأول وهو محكي عن الشافعي. وروي عن عمر أنه قال: هي زوجة للثاني وهو محكي عن مالك. الثالثة: التي ذكرناها وهو أنه إذا وطئها في عدة من غيره فهل تحل له أم لا؟ فقال علي: تحل له، وقال عمر: لا تحل له. انتهى

(٣) ولا يجوز أن تكون فراشاً له وهي معتدة منه. (شرح).

٢٣٢٦- **سَأَلَتْ:** [العتره والفريقان وابن سيرين]: ولا عدة على زانية؛ لقوله ﷺ: ((الولد للفراش))، [ربيعه ومالك وإسحاق بن راهويه]: يختلط الماء، فتعتد.

وقيل: تستبرئ بحیضة.

قلنا: لا حرمة له^(١)؛ إذ الولد للفراش، وإذ طلب عمر^(٢) الجمع بين الغلام والصبية بعد جلدتهما، ولم ينكر.

[العتره والشافعي]: لكن تستبرأ الحامل من زنا للوطء بالوضع حتماً؛ للعننه ﷺ من سقى حرث غيره^(٣). [أبو يوسف وابن سيرين ورواية عن أبي حنيفة]: بل وللعقد. [أبو حنيفة ومحمد بن الحسن وابن أبي لیلی]: يندب فقط.

لنا: ما مر.

فَرَعٌ: [لهم ومالك]: فإن نكحت فانكشفت حاملاً فارقها^(٤) ولها بالوطء مهر مثلها. [ربيعه]: بل لا مهر لها.

٢٣٢٧- **سَأَلَتْ:** [العتره والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: ومن أسلمت عن كافر اعتدت استبراء كامراً المرتد^(٥)؛ ولرده ﷺ امرأتی عكرمة وصفوان^(٦) بلا عقد. [أبو حنيفة]: لا؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ﴾ [المتحنة: ١٠]، أراد المشركات إذا أسلمن، ولم يفصل.

(١) أي: لماء الزاني.

(٢) قوله: «وإذ طلب عمر الجمع بين الغلام والصبية بعد جلدتهما»: تقدم ذلك إلا أنه ليس فيه ذكر الجلد.

(٣) قوله: «اللعنه ﷺ من سقى حرث غيره»: لفظه: عن رويغ بن ثابت قال: أما إني لا أقول لكم إلا ما سمعت رسول الله ﷺ يقول يوم حنين قال: ((لا يجل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره)) يعني إتيان الجبال. هذا طرف من حديث أخرجه أبو داود (٢١٥٨). [المؤيد بالله في شرح التجريد والمتوكل على الله في أصول الأحكام]. وعند الترمذي (١١٣١): ((من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقي ماءه زرع غيره)). [أحمد (١٧٠٣١)، والدارمي (٢٤٨٨)، والبيهقي (١٨٠٧٧)، وابن أبي شيبة (٣٢٥٦٥)].

(٤) وعلى المذهب تبقى زوجة ولا يطأها حتى تخرج من النفاس.

(٥) أي: قياساً عليها والجامع أنها فرقة طرت بالإسلام أو فرقة؛ لاختلاف الدينين. (شرح بحر).

(٦) قوله: «لرده ﷺ امرأتی عكرمة وصفوان»: تقدم.

قلنا: فصل القياس.

٢٣٢٨- **سَأَلَتْ**: والأمة كالحرة في عدتها؛ إذ لم يفصل الدليل. [المذهب ومالك]: ولو أعتقت خلالها لم تستأنف. [مالك]: بل تتم قرأين فقط. [المروزي]: تستأنف عدة حرة كلو أعتقت قبل الطلاق. [أبو حنيفة وأحمد بن حنبل]: تستأنف الرجعية لا البائنة فتكمل قرأين.

لنا: ما مر.

٢٣٢٩- **سَأَلَتْ**: [القاسم ومكحول]: وتعتد أم الولد عتقت بحيضتين لتفصلا بين الوطأين كما شرعا في حق البائع والمشتري، والجامع زوال الملك، وندبت ثلاثة للموت؛ لقول علي عليه السلام وهو توقيف^(١). [الإمام يحيى والأوزاعي ورواية عن الناصر]: بل عدة الوفاة كالحرة.

وللعتق قرآن والثالث ندب، [الشافعي]: بل قرء واحد^(٢)؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم في السبايا: ((بحيضة))^(٣). [أبو حنيفة ورواية عن الناصر]: بل بثلاث حيض كالحرة.

قلنا: العدة شرعت للزوجة [للزوجية] وللإماء الاستبراء والوجه ما ذكرنا، وقول علي عليه السلام: (إذا مات من له أم ولد..) الخبر^(٤) معارض برواية الشعبي فاقتضى أنه اجتهاد لا توقيف.

(١) قوله: «لقول علي عليه السلام»: حكى في الشفاء عن الشعبي عن علي عليه السلام قال: «تعتد أم الولد إذا مات عنها سيدها ثلاث حيض». [المؤيد بالله في شرح التجريد والمتوكل على الله في أصول الأحكام]. وحكى فيه أيضا عن أبي عامر عن علي عليه السلام قال: «إذا مات الرجل عن أم ولده أو أعتقها اعتدت ثلاثة قروء». وحكى فيه أيضا عن عبيد الله بن محمد بن عمر بن علي عن أبيه عن جده عن علي عليه السلام أنه قال: «أجل أم الولد والسرية إذا أعتقها سيدها ثلاث حيض إذا كانت تحيض، فإن كانت لا تحيض فأجلها ثلاثة أشهر». [أخرج الثلاث الروايات أحمد بن عيسى في الأمالي بسنده، وأخرج الثالثة علي بن بلال في شرح الأحكام، وأخرج نحو الثانية الإمام زيد في المجموع وأخرج عبدالرزاق (١٢٩٣٢)، نحو الثالثة].

(٢) للعتق والوفاة. (غيث).

(٣) قوله: «لقوله صلى الله عليه وآله وسلم في السبايا بحيضة»: تقدم ذلك.

(٤) قوله: «وقول علي عليه السلام.. إلخ»: حكى في الانتصار عن خلاص عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال: «إذا مات من له أم ولد اعتدت أربعة أشهر وعشرا» انتهى. [البيهقي (١٥٣٦٤)].

٢٣٢- فصل: [في عدة الحامل]

وعدة الحامل بالوضع إجماعاً؛ للآية (١).

[العترة والشافعي]: وإنما تعتد بوضعه حيث لحق، وإلا فلا (٢)؛ لصحة نكاح الحامل من زنا. [أبو حنيفة]: بل مطلقاً؛ لعموم: ﴿أَنْ يَضَعَنَّ﴾ [الطلاق: ٤].
قلنا: الخطاب للناكحات لا للزانيات.

فَرَعٌ: ولا تنقضي إلا بوضع جميعه؛ لقوله تعالى: ﴿حَمْلُهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]، وأن يتبين فيه تخاطيط الإنسان كالعين والشعر فتتنقضي به العدة وتصير الأمة به أم ولد إجماعاً وإن لم يكن حياً.

٢٣٣٠- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن العترة وأبو حنيفة]: فإن كان مضغة لا تتخلق فيه فلا حكم له؛ لتجويزه دماً منعقداً. [الشافعي]: بل يعمل بقول القوابل في كونه حملاً أم لا.
قلنا: أقل ما يتخلق لمائة وعشرين يوماً؛ لقوله ﷺ: ((بَدَأَ خَلْقَ أَحَدِكُمْ فِي بَطْنِ أُمِّهِ..)) [الخبير (٣)].

فَرَعٌ: والتوأمين ما لم يتخللها ستة أشهر كالواحد؛ إذ هو [هما] حمل واحد.

فَرَعٌ: فإن لم ينفصل لم تنقض به العدة إجماعاً؛ إذ ليس بوضع.

[الفقهاء]: لكن يرث ويورث إذا استهل وإن لم ينفصل.

٢٣٣١- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: وإذن المعتدة بإنكاحها إقرار بمضيها، فلا يقبل

(١) وهي قوله تعالى: ﴿وَأُولَٰئِ الْأَحْمَالُ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعَنَّ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]. (شرح بحر).

(٢) فلو تزوج الصبي الذي لا يولد لمثله امرأة ثم انفسخ نكاحه فولدت زوجته ولداً من الزنا لم تكن العدة منقضية بوضعه؛ لأن الحمل من الزنا لا حرمة له في المنع من العدة عليها فهكذا لا حكم له في انقضاء العدة. (شرح بحر).

(٣) (قوله): «بدء خلق أحدكم في بطن أمه.. الخبير»: لفظه عن ابن مسعود قال: حدثنا رسول الله ﷺ وهو الصادق المصدوق: ((إن خلق أحدكم يجمع في بطن أمه أربعين يوماً، ثم يكون علقة مثل ذلك، ثم يكون مضغة مثل ذلك، ثم يبعث الله إليه ملكاً بأربع كلمات: يكتب رزقه وأجله وعمله وشقي أم سعيد، ثم ينفخ فيه الروح)) هذا طرف من حديث أخرجه البخاري (٣٠٣٦) ومسلم (٢٦٤٣) وأبو داود (٤٧٠٨) والترمذي (٢١٣٧).

رجوعها بعد العقد، والقول للزوج في أنه طلق بعد الوضع فله الرجعة.
[الإمام يحيى]: وإذا شك في تقدم الطلاق على الوضع فالظاهر صحة الرجعة ما لم
يظن تقدمه.

٢٣٣- فصل: [في عدة الأيسة]

والأيسة لصغير أو كبر تعتد بالأشهر إجماعاً؛ للآية (١).

فَرْعٌ: فإن ابتدأ الطلاق رأس شهر اعتبر بالأهلة لا بالعدد؛ لقوله تعالى: ﴿قُلْ هِيَ مَوَاقِيْتُ﴾ [البقرة: ١٨٩].

[العتره والفريقان ومالك]: فإن طلق بعد أيام من الشهر اعتبر فيه العدد؛ للضرورة،
والشهران بعده بالأهلة؛ لما مر (٢). [ابن بنت الشافعي]: بل تتم بالعدد اعتباراً بأولها
كاعتبار الأهلة حيث ابتدأت بها.

قلنا: لا ضرورة تصرف عن الآية في الأخيرين بخلاف الأول.

٢٣٣٢- **سَأَلَتْ:** [العتره والشافعي]: وحيث يعتبر الأول بالعدد يحتسب اليوم الذي
وقع فيه فإن كان خامس الشهر كملت بأربعة من الشهر الرابع إن كان الأول (٣) تاماً
وإلا فبخمسة. [مالك والأوزاعي وسفيان الثوري]: بل لا تحتسبه كحيضة طلقت فيها.

قلنا: القياس الاحتساب بها بقي منها لولا قوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ﴾

[الطلاق: ١].

فَرْعٌ: [العتره والفريقان]: ويكمل ما مضى من ساعات اليوم من الشهر الرابع؛
ليكمل العدد. [أبو طالب]: فإن شكك في تمام الأول بنت على النقصان.

(١) وهي قوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي يَيْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَابِكُمْ إِذَا رَزَقْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ
وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ﴾ [الطلاق: ٤]. (شرح بحر).

(٢) ﴿قُلْ هِيَ مَوَاقِيْتُ﴾.

(٣) أي: الشهر الأول.

٢٣٤- فصل: [في عدة الوفاة]

وعدة الوفاة ما في الآية (١).

[علي وابن عباس ثم العترة جميعاً والفريقان]: فالحائل بأربعة أشهر وعشر ولو صغيرة ومن صغير وغير مدخولة؛ للآية. [مالك]: بل لا بد لمن تحيض كل شهر من ثلاث حيض في الأربعة؛ لتعلم البراءة.

قلنا: لا دليل.

[الأوزاعي]: بل أربعة أشهر وعشر ليال لا أيام؛ للتأنيث.

قلنا: قد يعبر بها عن الأيام كقوله تعالى في آية زكريا (٢): ﴿ثَلَاثَ لَيَالٍ﴾ [مريم: ١٠].

[علي وابن عباس والشعبي والقاسمية والمؤيد بالله والناصر]: والحامل بآخر الأجلين؛ لقوله

تعالى: ﴿أَنْ يَضَعَنَّ حَمْلُهَا﴾ [الطلاق: ٤]، وقوله: ﴿أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤].

[عمر وابن عمر وأبو هريرة ثم الشافعي وسلمة (٣) وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]:

بل بالوضع فقط؛ لقوله تعالى: ﴿أَنْ يَضَعَنَّ حَمْلُهَا﴾، ولم يفصل (٤)، وإذا ولدت

سبيعة (٥) بعد وفاة زوجها بنصف شهر فقال رسول الله ﷺ: ((حللت

(١) وهي قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]. (شرح بحر).

(٢) يعني: حيث قال: ﴿قَالَ عَائِثُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَ لَيَالٍ سَوِيًّا﴾ [مريم]، وفي آية أخرى:

﴿أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾ [آل عمران: ٤١]، والقصة واحدة. قيل: وفي مهذب الشافعي

كقول الأوزاعي: (شرح بحر).

(٣) هو ابن عبد الرحمن من الفقهاء. (شرح بحر).

(٤) في ذلك بين أن تضع لأربعة اشهر أولاً.

(٥) (قوله): «إذا ولدت سبيعة.. إلخ»: عن ابن عباس وأبي هريرة أنها سئلا عن المرأة الحامل يتوفى عنها زوجها

فقال ابن عباس: آخر الأجلين، وقال أبو هريرة: إذا ولدت فقد حلت. فدخل أبو سلمة بن عبد الرحمن على

أم سلمة زوج النبي ﷺ فسألها عن ذلك فقالت أم سلمة: ولدت سبيعة الأسلمية بعد وفاة زوجها

بنصف شهر فخطبها رجلان أحدهما شاب والآخر كهل، فخطبت إلى الشاب فقال الشيخ: لم تحلي بعد -

وكان أهلها غيباً- ورجا إذا جاء أهلها أن يؤثروها بها، فجاءت إلى رسول الله ﷺ فقال: ((قد حللت

فانكحي من شئت)) أخرجه الستة بروايات كثيرة، وفيه طرق شتى وهذا اللفظ للموطأ (١٢٥٠).

[البخاري (٣٩٩١)، ومسلم (١٤٨٥)، والترمذي (١١٩٣)، وأبو داود (٢٣٠٦)، والنسائي (٣٥١٨)].

فانكحي من شئت)) ونحوه.

قلت: إن تأخر الخبر عن آية الأشهر فقوي^(١)، وإلا فهي أقوى؛ للجمع.

[تخريج أبي العباس ومالك]: بل العبرة بالأشهر فيهما لكن لا تزوج حتى تضع؛ للآية.

قلنا: العمل بهما جميعاً أقوى.

٢٣٣٣- **سَأَلَتْ:** والأمة الحامل كالحرة في الخلاف، وفي الحائل الخلاف في

التنصيف، وقد مر. [أحد أقوال الشافعي]: شهران فقط؛ إذ عدتها حيضتان.

لنا: ما مر^(٢).

٢٣٣٤- **سَأَلَتْ:** [العترة والفقهاء الأربعة]: ويجب في عدة الوفاة الإحداد، وقد كان في

الجاهلية فأقره صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأوجبه بقوله: ((إنما هي أربعة أشهر وعشر، وقد كانت

إحدان ترمي بالبعرة رأس الحول..)) الخبر ونحوه^(٣). [الحسن البصري]: مباح فقط؛

إذ هو جاهلي لكن لم ينكره صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وكالرجعية.

لنا: ما مر.

(١) يعني: أن الخبر إذا تأخر عن الآية كان مخصصاً لها وإن لم يعلم تأخره عن الآية فهي أقوى منه؛ لأجل الجمع بين الآيتين. (شرح بحر).

(٢) وهو أن الأدلة الشرعية في جميع العدد لم تفصل بين الحرة والأمة فوجب القضاء بالمساواة بينهما في ذلك. (زيد).

(٣) قوله: «إنما هي أربعة أشهر.. إلخ»: عن زينب بنت أبي سلمة قالت: سمعت أمي أم سلمة زوج النبي

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تقول: «جاءت امرأة إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقالت يا رسول الله إن ابنتي توفي عنها زوجها وقد

اشتكت عينها أفنكحلها؟ فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا)) مرتين أو ثلاثاً كل ذلك يقول: لا، ثم قال رسول

الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إنما هي أربعة أشهر وعشر، وقد كانت إحدان في الجاهلية ترمي بالبعرة على رأس الحول)).

قال حميد: قلت لزينب: وما ترمي بالبعرة على رأس الحول؟ فقالت زينب: كانت المرأة إذا توفي عنها زوجها

دخلت حَفْشاً ولبست شَرِيابها ولم تمس طيباً حتى تمر بها سنة ثم تؤتى بدابة حجار أو شاة أو طائر فتفتض به،

فقل ما تفتض بشيء إلا مات، ثم تخرج فتعطى بعة فترمي بها ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب أو غيره.

قال مالك: تفتض: تمسح به جلدها كالبيشرة. هذا طرف من إحدى روايات حديث أخرجه الستة وفي ذكر

الإحداد أحاديث أخر. [البخاري (٥٣٢٧)، ومسلم (١٤٨٩)، والترمذي (١١٩٧)، وأبو داود (٢٢٩٩)، وابن ماجه (٢٠٨٤)، والنسائي (٣٥٣٣)، الحفش: البيت الصغير انظر مقاييس اللغة].

٢٣٣٥- **سَأَلَتْ:** [العتره والفريقان]: ويلزم الأمة (١) كالحرة؛ إذ لم يفصل الدليل (٢).

[رواية عن أبي حنيفة]: لا يلزمها.

قلنا: رواية ضعيفة أنكرت ولا وجه لها.

٢٣٣٦- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ويلزم في النكاح الفاسد في الأصح ما لم يفسخ.

[تخريج أبي العباس وأبو حنيفة وأصحابه]: ولا إحداث على غير المكلفة؛ لرفع القلم، ولا الذميمة؛ إذ هو كالعبادة. [تخريج المؤيد بالله والإمام يحيى والشافعي]: بل يلزم؛ لعموم: ((لا يحل لامرأة...)) (٣) الخبر ونحوه.

قلنا: خطاب للمكلفات المسلمات.

فَرَعٌ: وتجب نية العدة والإحداث؛ إذ لا عمل إلا بنية.

[المؤيد بالله]: ولا استتفاف لو تركت [النية] أو الإحداث؛ إذ لا دليل على

اشتراطها.

٢٣٣٧- **سَأَلَتْ:** ويحرم من اللباس المصبوغ للزينة ولو بالمعرة والحرير وما في

منزلته (٤) لحسن صنعته، والمطرز والمنقوش بالصبغ والحلي جميعاً، والطيب كالمحرم؛ لقوله ﷺ: ((لا تلبس المتوفى عنها...)) الخبر (٥).

(١) الزوجة.

(٢) على وجوب الإحداث بين أن تكون الزوجة حرة أو أمة. (شرح بحر).

(٣) قوله «لا يحل لامرأة» الخبر ونحوه تقدم.

(٤) كرفيع القطن والكتان. (شرح).

(٥) قوله: «لا تلبس المتوفى عنها..» الخبر: عن أم سلمة قالت: قال النبي ﷺ: ((لا تلبس المتوفى عنها

زوجها المعصر من الثياب ولا المشقة ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل)) أخرجه أبو داود (٢٣٠٤)

وكذا النسائي (٣٥٣٥) إلا أنه لم يذكر الحلي. [أحمد (٢٦٦٢٣)، والبيهقي (١٥٣١٠)، وابن حبان (٤٣٠٦)،

المشقة: الثوب المصبوغ بالطين الأحمر]. وفيه رواية لأبي داود (٢٣٠٥) عن أم سلمة قالت: دخل علي

رسول الله ﷺ حين توفي أبو سلمة وقد جعلت علي صبراً فقال: ((ما هذا يا أم سلمة؟)) قالت: فقلت:

إنها هو صبر يا رسول الله ليس فيه طيب، فقال: ((إنه يشيب الوجه ولا تجعله إلا بالليل، وتزعيه بالنهار،

ولا تمتشطى بالطيب ولا بالحناء فإنه خضاب)). قلت: بأي شيء أمتشط يا رسول الله؟ قال: ((بالسدر

تغلفين به رأسك)). [والنسائي (٣٥٣٧)]. وفي رواية الموطأ (١٢٧٣): وقد جعلت علي عينيها صبراً. وعن

أم عطية قالت: قال النبي ﷺ: ((لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد فوق ثلاث إلا على زوج

٢٣٣٨- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ولها لبس البياض والسواد والأكهب (١) وما يلي صبغه، والخاتم والزقر والودع وشم اللينوفر والبنفسج والعرار؛ إذ ليس بطيب، والكحل بالتوتيا والصبر وقلم الظفر وحلق الشعر والعانة، وصابون الثياب وأكل المزعفر.

قلت: أما البنفسج ففيه نظر (٢).

٢٣٣٩- **سَأَلَتْ:** [ابن عمر والقاسم والهادي والناصر والحسن بن صالح]: ولها النفقة؛ لقوله تعالى: ﴿مَتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ﴾ [البقرة: ٢٤٠]، ونسخ المدة لا يوجب نسخها (٣). [المؤيد بالله والفرقان ومالك]: لا نفقة؛ إذ لا استمتاع، ووجوبها لأجله بدليل سقوطها بالنشوز. قلنا: بل لأجله أو حبسها بسببه (٤).

قالوا: لا، كالمستبرأة.

قلنا: حبس المستبرأة غير مستند إلى عقد فضعف.

[علي وابن مسعود وأبو هريرة وشريح وابن أبي ليلى]: تجب للحامل لا للحائل؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أَوْلَاتٍ حَمْلٍ﴾ الآية [الطلاق: ٦]. قلنا: العلة تعمهما وهي حبسهما عن الأزواج. [المؤيد بالله]: وسقوط نفقتهما قطعي.

فإنها لا تكتحل ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب). وزاد في رواية: ((ولا تمس طيباً إلا إذا طهرت نبذت من قسط أو أظفان)) أخرجه البخاري (٥٠٢٨) ومسلم (٩٣٨) وغيرهما بروايات عدة وفي معناه غيره. [أخرجه أحمد (٢٠٨١٣)، وأبو داود (٢٣٠٢)، والنسائي (٣٥٣٤)، وابن ماجه (٢٠٨٧)، وابن أبي شيبة (١٩٢٨٧)].

(١) وهو الذي ليس له لون صريح كالمصبوغ بالقوة للحمرة والسواد. (زيد).

(٢) لعل وجه النظر: أن البنفسج يتخذ منه الذرور فأشبهه الورد. ووجه ما ذكره الإمام يحيى: أنه ليس بطيب وإنما هو زهر يحفف للأدوية كما مر في الحج، والله أعلم. (زيد).

(٣) أي: النفقة لأن الآية إذا كانت مشتملة على حكيمين فنسخ أحدهما لا يوجب نسخ الآخر. (شرح بحر).

(٤) يعني: أن وجوب النفقة له سببان أحدهما: الاستمتاع، والثاني: حبسها عن الأزواج بسبب هذا الزوج وذلك بالتربص لأجل براءة الرحم. (شرح بحر).

قلت: فيه نظر؛ لظهور الخلاف^(١) [في ذلك] من غير تحطئة.

٢٣٤٠ - **سَأَلَتْ:** [علي وعمر وعثمان وابن مسعود وعائشة ثم العترة وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي]: ولا سكنى لها؛ إذ لم يذكرها مع العدة^(٢). [ابن عمر وأم سلمة وعن عمر وعن ابن مسعود ثم سفيان الثوري ومالك والإمام يحيى وقول للشافعي]: بل تلزم؛ لقوله تعالى: ﴿غَيْرَ إِخْرَاجٍ﴾ [البقرة: ٢٤٠]، وقوله ﷺ: ((اعتدي في البيت الذي أتاك فيه وفاة زوجك))^(٣).

قلت: وهو قوي.

٢٣٤١ - **سَأَلَتْ:** [علي وابن عباس وعائشة وجابر ثم القاسمية]: ولها الخروج من موضع عدتها؛ لقوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، ولم يخص مكاناً [دون مكان]، والبيان لا يؤخر عن الحاجة. [زيد بن ثابت وابن مسعود ثم الفريقان]: لا؛ لقوله ﷺ: ((اعتدي في البيت...)) الخبر.

قلنا: نقل علي عليه السلام أم كلثوم^(٤)، ونقلت عائشة أختها أم كلثوم بعد قتل زوجها.

(١) في ذلك بين الصدر الأول من الصحابة وبين التابعين إلى يومنا هذا من غير تكبير، وقد روي عن المؤيد بالله قول آخر أن ذلك اجتهادي. (شرح بحر).

(٢) حيث قال: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]، فإنه ذكر العدة ولم يذكر السكنى والبيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة. (شرح بحر).

(٣) قوله: «اعتدي في البيت الذي أتاك فيه وفاة زوجك»: لفظه: عن زينب بنت كعب بن عجرة أن الفريضة بنت مالك بن سنان - وهي أخت أبي سعيد الخدري - أخبرتها أنها جاءت إلى النبي ﷺ تسأله أن يرجع إلى أهلها في بني خلدرة فإن زوجها خرج في طلب أعبد له أبقوا حتى إذا كانوا بطرف القدم لحقهم فقتلوه. قالت: فسألت رسول الله ﷺ أن أرجع إلى أهلي في بني خلدرة فإن زوجي لم يتركني في منزل يملكه ولا نفقة، قالت: فقال رسول الله ﷺ: ((نعم)). قالت: ثم انصرفت حتى إذا كنت في الحجر ناداني رسول الله ﷺ - أو أمر بي فنوديت - فقال: ((كيف قلت؟)) فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي قال: ((امكي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله)) قالت: فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشرا. قالت: فلما كان عثمان بن عفان أرسل إلي فسألني عن ذلك فأخبرته فاتبعه وقضى به. أخرجه الموطأ (١٢٠٧٣) والحاكم (٢٨٣٣)، وأحمد (٢٧١٣٢)، والدارمي (٢٢٨٧)، وابن حبان (٤٢٩٢). وقال في رواية لها أخرى: ((اعتدي حيث بلغك الخبر)).

(٤) قوله: «نقل علي عليه السلام أم كلثوم»: حكى في أصول الأحكام عن علي عليه السلام أنه نقل ابنته أم كلثوم لما قتل عمر. [أخرجه المؤيد بالله في شرح التجريد وابن أبي شيبة (١٥٦/٤)]. قال في التلخيص (١٦٥١): حديث أن عليا نقل أم كلثوم بعدما استشهد عمر لسبع ليال: الشافعي والبيهقي (٤٣٦/٧) من حديث فراس عن الشعبي بهذا. ورواه الثوري في جامعه عن فراس وزاد: لأنها كانت في دار الأمانة، والشافعي من وجه آخر =

[الإمام يحيى] لعله لضرورة.

قلنا: لم ينقل.

فَرَعٌ: ولها الخروج نهاراً ولا تبيت إلا في منزلها إجماعاً؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حين استأذنه في السَّمَر^(١): ((استمُرُنْ ما بدا لَكُنَّ)) الخبر وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فإذا أردتَنَ النومَ..)) الخبر.

٢٣٥- فصل: [في الفسخ]

والفسخ من حينه بلعان أو نحوه^(٢) كالطلاق في العدة إجماعاً.

٢٣٤٢- **سَأَلَتْ:** ولا عدة فيما عدا ذلك لكن تستبرأ الحامل من زنا بالوضع للوطء كما مر، والمنكوحه باطلاً^(٣) والمفسوخة من أصله^(٤)، وحرية أسلمت عن كافر وهاجرت كعدة الطلاق إلا أن لمنقطعة الحيض لعارض أربعة أشهر وعشراً، لما مر من أن الاستبراء أخف حكماً.

عن الشعبي أن علياً كان يرحل المتوفى عنها لا يتظر بها. انتهى. [اليهقي في معرفة السنن والآثار (٤٦٦٦)]. وحكى فيه عنه أيضاً أنه قال: تعدت المتوفى عنها زوجها حيث شاءت من منزلها أو بيت زوجها. وحكى في الشفاء أن عائشة نقلت أختها لما قتل زوجها طلحة، ولم ينكر عليها أحد من الصحابة. انتهى. وفي الانتصار أن عائشة نقلت أختها أم كلثوم لما قتل زوجها طلحة بن عبدالله بن خلف الخزاعي، والله أعلم. [هكذا في تخريج ابن بهران وهو سهو. والصواب: طلحة بن عبيدالله التيمي هو الذي تزوج أم كلثوم بنت أبي بكر، ونقلتها عائشة بعد مقتل زوجها طلحة في الجمل انظر الطبقات الكبرى (٤٦٢/٨)، والمذكور في التخريج فهو المسمى بطلحة الطلحات كان والي سجستان لبني أمية].

(١) (قوله): «حين استأذنه في السمر.. إلخ»: روي عن مجاهد أنه قال: استشهد رجال يوم أحد فأم نساؤهم فجنن إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقلن يا رسول الله إنا نستوحش بالليل أفنييت عند إحدانا حتى إذا أصبحنا بادرننا إلى بيوتنا؟ فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((تحدثن ما بدا لكن حتى إذا أردتَن النوم فلتأت كل واحدة منكن إلى بيتها)) هكذا حكاه في الشفاء، ونحوه في التلخيص ونسبه إلى الشافعي من رواية مجاهد. فهو مرسل. [اليهقي (١٥٢٨٩)، وعبدالرزاق (١٢٠٧٧)].

(٢) فسخ الصغيرة للنكاح ولو كان بالحكم والفسخ بالعيب الحادث بعد الدخول [وقبله أيضاً] واختلاف الملة وبالرضاع الحادث بعد النكاح ونحو ذلك. (غيث) كالحرة إذا نكحت على أمة جهلاً منها والأمة إذا عتقت وتجدد الرق وملك أحدهما الآخر. (وابل).

(٣) كالمعتدة وامرأة المفقود ونحوهما حيث دخل بهن الزوج. (شرح بحر).

(٤) وذلك كل ما كان سببه من قبل العقد من عدم كفاءة وغير ذلك مما يصح الفسخ به.

(*) كالمنكوحه فاسداً والمعيبة إذا فسخا بالحكم. (شرح بحر).

٢٣٦- فصل: [في أحكام النكاح في العدة]

[العترة والفرقان]: ولا تنقطع العدة بإنكاحها فيها. [الشاشي من أصحاب الشافعي]: بل تنقطع؛ إذ يراد بالعقد الافتراض، ويلحق الفاسد بالصحيح.

قلنا: العقد الباطل لا حكم له، بخلاف الوطء فقد ورد الشرع بحكمه فافترقا. **فَرَعٌ:** [الإمام يحيى]: فإن وطئ مع العقد عالماً للتحريم فزنا ولا تنقطع به العدة، ومع الجهل ^(١) تنقطع.

٢٣٤٣- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: وإذا خالغ الحامل ثم عقد بها ثم مات فعدتها بالوضع دخل أم لا. قلت: مع الأشهر عندنا.

٢٣٤٤- **سَأَلَتْ:** [العترة والشعبي وإبراهيم النخعي والشافعي]: ومن وطئت في العدة بشبهة استبرئت من الثاني ثم أتت الأولى ولا يتداخلان؛ لقول علي: (أيها امرأة..). الخبر ونحوه ^(٢).

[أبو حنيفة وأصحابه ومالك والأوزاعي وسفيان الثوري]: بل تعتد من الثاني وتدخل الأولى فيها؛ إذ هو تكرر وطء فلا يجب تعدد العدة كالحمد.

(١) منها.

(٢) (قوله): «لقول علي عليه السلام أيها امرأة.. الخبر» ونحوه: قد تقدم ما روي في ذلك عن علي عليه السلام ولفظه في أصول الأحكام في رواية: وعن عمر أنه قال في امرأة تزوجت في عدتها فقال: يفرق بينها ما عاشا ويجعل صداقها في بيت المال. فقال علي عليه السلام: يفرق بينهما ولها عليه صداقها بما استحل من فرجها، وتتم ما بقي عليها من عدتها من الأول ثم تستقبل ثلاثة قروء من الآخر ثم يخطبها الآخر إن شاء. انتهى. [أخرجه أحمد بن عيسى في الأمالي والمؤيد بالله في شرح التجريد والبيهقي (١٥٣٢٢)، و(١٥٣٢١)، وسعيد بن منصور (٦٩٩)]. وعن ابن المسيب وسليمان بن يسار «أن طليحة الأسدية كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها فنكحت في عدتها فضرها عمر وضرب زوجها بالمخفقة ضربات وفرق بينهما ثم قال عمر: أيها امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينها واعتدت بقية عدتها من الأول، ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب. وإن كان دخل بها فرق بينها ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم اعتدت من الآخر ثم لا يجمعان أبداً. قال ابن المسيب: ولها مهرها كاملاً بما استحل من فرجها». أخرجه الموطأ (١١٢١). قال في أصول الأحكام: والمراد بقوله عليه السلام: ((وتتم ما بقي من عدتها من الأول ثم تستقبل ثلاثة قروء من الآخر)) أنه يجمع فيه تقديم وتأخير، فتكون ثم بمعنى الواو فيكون تقدير الكلام: وتستقبل ثلاثة قروء من الآخر وتتم ما بقي عليها من عدة الأول. [المخفقة: ما يضرب به من سوط أو نحوه. (المعجم الوسيط)].

قلنا: قول علي عليه السلام أرجح.

٢٣٤٥- **سَأَلَتْ:** وإذا تزوجت الحربية في العدة بحربي فوجهان: تلزم عدتان كالمسلمين.

ويتداخلان؛ إذ لا حرمة لماء الحربي.

٢٣٤٦- **سَأَلَتْ:** وإذا طلقت الرجعية ثانياً في العدة وقلنا بتواليه فوجهان: تبني، كلو راجع ثم طلق. قلت: على أصل الشافعي ^(١).
وتستأنف؛ إذ الثاني واقع كالمبتدأ.

٢٣٤٧- **سَأَلَتْ:** ومن راجع ثم خالع قبل الوطاء فإن جعلناه طلاقاً فكما مر ^(٢)، وإن جعلناه فسخاً فوجهان: [الإمام يحيى]: أصحهما تستأنف؛ إذ الفسخ نوع آخر فلا تبني.

٢٣٤٨- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: وإذا لم يجعل الوطاء رجعة استأنفت له عدة وتداخلتا ولا رجعة له عند ابتدائها بأول جزء متمحض ^(٣) من المستأنفة؛ إذ هي عدة وطاء شبهة لا عدة طلاق، وله الرجعة في بقية الأولى المداخلة لأول الثانية لا المتمحض للمستأنفة، فإن حملت انقضت عدة الوطاء بالوضع.

وفي دخول بقية الأولى فيها وجهان: تدخل؛ إذ هما من شخص فكانا كالجنس الواحد. [الإمام يحيى]: وهو قوي.

ولا؛ لاختلاف الحيض والحمل فتتم بالحيض.

٢٣٤٩- **سَأَلَتْ:** [القاسمية والشعبي]: وإذا وطئ المعتدة غير الزوج بشبهة قدمت

(١) في أن الطلاق بعد الرجعة بالقول لا يوجب استئنافها والمذهب خلافه كما مر في الأولى من أحكام الطلاق الرجعي. (شرح).

(٢) يعني: أن فيه الوجهين البناء والاستئناف. (شرح بحر).

(٣) كأن يطأها وقد مضى قرءان من عدة الطلاق استأنفت له ثلاثة أقرء ويندرج الثالث من عدة الطلاق في الأول من وطاء الشبهة وللزوج الرجعة في هذا القرء؛ لأنه مشترك لا في الأخيرين. (شرح بحر).

الاستبراء على تمام العدة؛ إذ من حق الاستبراء من الماء أن يتعقب سببه كالمطلقة^(١).
 [الإمام يحيى والشافعي والأوزاعي]: بل تتم الأولى لتقدمها، ولثلاً يتأخر حق الزوج
 من الرجعة، ولقول علي عليه السلام وعمر^(٢): «تتم الأولى ثم تبتدئ الثانية»، ولم يخالفنا.
 قلنا: لا نسلم في الطرفين^(٣).

(١) وكذا المعتدة للوفاة وغيرهما فإنها تكون من عقيب السبب فهكذا في مسألتنا. (شرح بحر).

(٢) قوله: «ولقول علي عليه السلام وعمر.. إلخ»: هو ما مر عنها آنفاً.

(٣) يعني: لا نسلم أنه يجب تقديم عدة الطلاق بل الواجب تقديم عدة الاستبراء؛ لأن سببها أقرب، ولا
 نسلم أيضاً أنه يجب تقديم حق الزوج من الرجعة إلى وقت تمام عدته بل له الرجعة في أي العديتين
 شاء؛ لأن دليل الرجعة لم يفصل في ذلك. (شرح بحر).

[٥٧]- باب الظهار

هو مشتق من الظهر؛ لقوله: كظهر أمي، وخص؛ إذ هو موضع الراكب، وكان طلاقاً في الجاهلية. قيل: وفي أول الإسلام، فنقله الشرع إلى تحريم مخصوص. وحده: «قول يدل على تحريم الوطء مع بقاء الزوجية».

وهو محذور؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا﴾ [المجادلة: ٢].

والأصل فيه من الكتاب الآية، ومن السنة خبر امرأة أوس^(١) في رواية البخاري،

(١) (قوله): «ومن السنة خبر امرأة أوس في رواية البخاري أو سلمة بن صخر في رواية الترمذي. قال في الانتصار: ومن السنة روايتان: الرواية الأولى: ما حكاه البخاري في صحيحه أن خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت: ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت.. إلى آخر ما ذكره. قلت: وهذه الرواية إنما نسبتها في الجامع إلى أبي داود لا إلى البخاري، وأما ما ذكره في التلخيص من أن أصله في البخاري، فالذي فيه [أي في البخاري] ما لفظه: باب الظهار: قوله: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا..﴾ [المجادلة: ١] إلى قوله: ﴿سِتِينَ مَسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤]، وفي موضع منه [أي البخاري] آخر ما لفظه: قوله: ﴿وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾. وقال الأعمش: عن تميم عن عروة عن عائشة قالت: «الحمد لله الذي وسع سمعه الأصوات فأنزل الله على النبي ﷺ: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا..﴾ انتهى. وأما الحديث الذي ذكره في كتاب تفسير القرآن من جامع الأصول، وعزاه إلى البخاري والنسائي، فإنما هو في رواية النسائي (٣٤٦٠) فقط، ولفظه: عن عائشة قالت: «الحمد لله الذي وسع سمعه الأصوات، لقد جاءت المجادلة خولة إلى رسول الله ﷺ وكلمته في جانب البيت، فأنزل الله عز وجل: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ﴾.. إلى آخر الآية. انتهى، وليس فيه ذكر شيء من أحكام الظهار، ولذلك ذكره في الجامع في كتاب تفسير القرآن وأسباب نزوله، ولم يذكره في كتاب الظهار. [وابن ماجه (٢٠٦٣)، وأحمد (٢٣٦٧٥)]. وأما الوارد في رواية أبي داود (٢٢١٤) المذكورة فلفظه: عن خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت: ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت، فجنحت رسول الله ﷺ أشكو إليه، ورسول الله ﷺ يجادلني فيه ويقول: اتقي الله فإنه ابن عمك فما برحت حتى أنزل الله القرآن: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا﴾ [المجادلة: ١] إلى الفرض فقال: ((يعتق رقبة)) فقلت: لا يجحد، قال: ((فيصوم شهرين متتابعين)) قلت: يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام، قال: ((فليطعم ستين مسكيناً)) قلت: ما عنده شيء يتصدق به، قال: ((فاني سأعينه بعرق من تمر)) قلت: يا رسول الله وإني أعينه بعرق آخر قال: ((قد أحسنت، اذهبي فأطعمي بها عنه ستين مسكيناً وارجمي إلى ابن عمك)) قال والعرق ستون صاعاً. وفي رواية عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أنه قال: العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعاً. وفي رواية أخرى: فأني رسول الله ﷺ بتمر فأعطاه إياه وهو قريب من خمسة عشر صاعاً فقال: ((تصدق بهذا)) فقال: يا رسول الله أعلى أفقر مني ومن أهلي؟ فقال: ((كله وأهلك)) أخرجه أبو داود. وأخرج أيضاً (٢٢١٩) عن عائشة أن جميلة كانت تحت أوس بن الصامت وكان رجلاً به لم فكان إذا اشتد به لمة ظاهر من امرأته ففعل ذلك فأنزل الله فيه كفارة الظهار. انتهى. وعن سلمة بن صخر البياضي قال: كنت امرأة أصيب من النساء ما لا يصيب غيري فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتي شيئاً يتتابع بي حتى أصبح، فظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان، فبينما هي تتلممني ذات ليلة إذ تكشف لي منها شيء، فما لبثت أن نزوت عليها. فلما أصبحت خرجت إلى قومي فأخبرتهم الخبر؛ فقلت: امشوا معي إلى رسول الله ﷺ قالوا: لا والله، فانطلقت إلى رسول الله ﷺ فأخبرته، فقال: ((أنت بذلك يا سلمة؟؟)) قلت: أنا بذلك يا رسول الله -مرتين- وأنا صابر لأمر الله تعالى فاحكم في ما أراك الله. قال:

أو سلمة بن صخر في رواية الترمذي، والإجماع على تحريمه وارتفاعه بالكفارة.

٢٣٧- فصل: [في صريح الظهار]

وصريحه المجمع عليه: أنت عليّ أو منّي أو عندي أو معي كظهر أمي، أو مثل ظهر أمي. ويكفي: أنت كظهر أمي، فلا يقبل قوله: أردت على غيري كأنت طالق وقال: أردت من غيري أو من وثاق.

٢٣٥٠- **سَأَلَتْ:** [القاسم والهادي والناصر^(١) والفريقان]: ولا تشتترط النية في صريحه؛ إذ لم تعتبرها الآية، ولم يسأل رسول الله ﷺ أو ساء عنها^(٢). [المؤيد بالله والحسن بن زياد]: تعتبر؛ إذ الأعمال بالنيات.

قلنا: يكفي قصد إيقاع اللفظ على الزوجة دون غيرها؛ إذ لا يحتاج سواه.
٢٣٥١- **سَأَلَتْ:** [العتره والشافعي ومالك]: وينعقد صريحاً بتشبيهها أو جزء منها بجزء من أمه نسباً مشاع، أو أي عضو متصل؛ إذ لم تفصل الآية، والبيان لا يؤخر عن الحاجة. [أبو حنيفة]: إن شبهها بعضو له رؤيته ولا يعبر به عن الكل كالرأس والروح ولا هو مشاع فلا ظهار؛ إذ لم يشبهه بجزء محرم، والقصد التحريم.
قلنا: القصد التشبيه في تحريم الاستمتاع وكل الأم كذلك.

((حرر رقبة)) قلت: والذي بعثك بالحق ما أملك رقبة غيرها، وضربت صفحة رقبتني، قال: ((فصم شهرين متتابعين)) قلت: وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام؟ قال: ((فأطعم وسقاً من تمر ستين مسكينا)) قلت: والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين ما أملك لنا طعاماً. قال: ((فانطلق إلى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها إليك، فأطعم ستين مسكينا وسقاً من تمر، وكل أنت وعيالك بقيتها)) فرجعت إلى قومي فقلت: وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي، ووجدت عند النبي ﷺ السعة وحسن الرأي، وقد أمرني أو أمر لي بصدقتكم. قال ابن إدريس: وبنو بياضة بطن من بني زريق. أخرجه أبو داود (٢٢١٣)، وأخرج الترمذي (١٢٠٠) نحوه. وله في رواية أخرى مختصرة وقال فيها: سلمان بن صخر وفيها: فقال رسول الله ﷺ لعروة بن عمرو: ((أعطه ذلك العرق - وهو مكيل يأخذ خمسة عشر صاعاً أو ستة عشر صاعاً - طعام ستين مسكينا)) قال الترمذي يقال: سلمان بن صخر وسلمة بن صخر. وله في أخرى: عن سلمة بن صخر عن النبي ﷺ في المظاهر يواقع قبل أن يكفر قال: ((كفارة واحلة)). انتهى. [والدارمي (١٦٣/٢)، وابن ماجه (٢٠٦٢)، والبيهقي (٣٨٥/٧)، والحاكم (٢٠٤/٢)]. وسيأتي في الكتاب إشارة إلى أطراف من هذين الحديتين فليرجع في ذلك إليهما إن شاء الله تعالى.

(١) عند الناصر أن النية تشترط في الصريح. (بيان).

(٢) قوله: «ولم يسأل أوساً عنها»: هذا لا يستقيم على الرواية التي مرت؛ إذ ليس فيها أن النبي ﷺ خاطب أوساً، وإنما يستقيم على رواية أصول الأحكام، وستأتي قريباً إن شاء الله تعالى.

فَرَعٌ: فأما التشبيه بالمنفصل كالريق والبول واللعب فلا يظهر به اتفاقاً.

٢٣٥٢- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن العترة والشافعي وأبو حنيفة]: والروح كالعضو؛

إذ هو قوام البدن. [ابن أبي هريرة]: لا يوصف بالتحريم؛ إذ هو كاللباس.

قلت: وهو الأقرب إن أريد به النفس.

[الإمام يحيى]: هو قوام البدن فهو كعضه.

[المسعودي]: يحتاج إلى النية؛ لاحتماله الكرامة.

قلنا: احتمال ضعيف.

٢٣٥٣- **سَأَلَتْ:** [تخريج أبي العباس والشافعي]: ولو قال (١): حرام كظهر أمي فله نيته

في الظهر أو الطلاق؛ لتردده بينهما. [الناصر وأبو حنيفة وزفر]: بل صريح في الظهر فلا

تأثير لنية الطلاق؛ إذ لا يحتمله.

قلنا: بل يحتمله.

[أبو يوسف]: يقع الظهر بلفظه فقط والطلاق بلفظ التحريم؛ إن نواه.

قلنا: ضعف الصريح بانضمام التحريم؛ لاحتماله فافتقرا معاً إلى النية.

[محمد بن الحسن]: ولو نوى بالظهر الطلاق لم يقع؛ إذ هو لغيره فيكون مُطَلَّقاً

بالنية فقط، فإن نواه بالتحريم وقع؛ لاحتماله.

قلنا: والظهر محتمل (٢).

[الإمام يحيى]: فإن لم ينو شيئاً فظهر؛ إذ هو الظاهر والتحريم تأكيد له.

فَرَعٌ: فإن نوى بالتحريم تحريم العين فيمين (٣)؛ لما سيأتي، ولزمه الظهر بقوله:

كظهر أمي، فإن قدم الظهر على التحريم كان صريح ظهار؛ إذ التحريم تأكيد له حيثئذ.

(١) أنت عليّ.

(٢) فإن نواه وقع.

(٣) المذهب أنه ليس بظهار ولا يمين.

٢٣٥٤- **سَأَلَتْ:** [العتره والفريقان]: ويتقيد بالشرط والاستثناء كالطلاق فإن علق إثباته بمشيئة الله تعالى لم يقع؛ إذ لا يشاؤه. [قول للشافعي]: يقع، ولا وجه له. وإن علق بمشيئتها اعتبر المجلس.

٢٣٥٥- **سَأَلَتْ:** [العتره والفريقان]: ويتوقت فيقف على خروجه؛ لوقوفه على الكفارة. [ابن أبي ليلى والليث بن سعد والحسن بن صالح]: لا يقع؛ إذ يبطل معناه وهو التشبيه بمؤبد التحريم.

قلنا: يلزم مثله لو قيده بالتكفير.

[مالك]: يقع ويلغو التوقيت كالطلاق.

قلنا: الطلاق مبطل للعقد لا الظهار.

٢٣٨- فصل: [كناية الظهار]

وكنايته: أنت مني [أمي] ^(١) كأمي، مثلها، في منازلها، فتشترط النية؛ لاحتماله. **فَرَعٌ:** [العتره والشافعي]: فإن لم يرد بالكناية شيئاً فلا ظهار؛ لتردها. [الهادي]: كذبة كذّبها. [أبو حنيفة ومالك وأحمد بن حنبل ومحمد بن الحسن]: بل يقع ظهاراً؛ إذ هو كالصريح. قلنا: لا؛ لاحتماله الكرامة.

فَرَعٌ: قلت: والتحرير المطلق: هو أن يقصد تحريمها غير معلق له بعينها ولا بالاستمتاع بها، بل أراد تحريماً غير مُعَيَّن ما يتعلق به كلو قال: أوجبت منك تحريماً ما، وتحريم العين هو تحريم عام معلق بجميع الانتفاعات كتحرير الميتة كلو قال: أوجبت تحريم منافعك جميعاً.

وتحريم الوطء المطلق: هو تحريم يقع بالطلاق أو الفسخ فقط. وتحريم الظهار: هو الذي يرتفع بالكفارة.

فَرَعٌ: [أبو طالب وأبو العباس والمذهب]: فإن نوى بالصريح أي الأنواع الثلاثة ^(٢)

(١) زيادة في بعض النسخ.

(٢) التي هي التحريم المطلق وتحريم العين وتحريم الوطء المطلق لم يقع الظهار كما في الكتاب. (شرح بحر).

المتقدمة لم يقع (١)؛ إذ صرفه إلى غير معناه الخاص كصرف صريح الطلاق. وإن نوى بصريحه التحريم الذي يرتفع بالكفارة أو لم ينو شيئاً وقع كسائر الصرائح. [المؤيد بالله والمنصور بالله وأبو حنيفة]: بل يقع بأي الأنواع قصد. قلنا: صرفه إلى غير معناه الخاص فلم يقع كالطلاق.

فَرَعٌ: [المذهب]: فلا يقع بالكناية ممن لا يعرف معناه الخاص، وهو التحريم المرتفع بالكفارة؛ إذ شرطه النية ولم ينو حيث لم يعرف معناه الخاص. ولا يقال: بل معناه الخاص التحريم المشبه بتحريم الأم وقد قصده؛ إذ التحريم المشبه بتحريم الأم كناية في الطلاق كالظهار فلا يتعين الظهار إلا بما ذكرنا وهو التحريم المرتفع بالكفارة. [السيد يحيى بن الحسين]: بل يقع بالكناية ممن لم يعرف معناه، وغلط مخالفه (٢).

قلنا: باطل محض بما ذكرنا.

فَرَعٌ: قلت: وخبر أوس مخالف للقياس؛ إذ قصد به الطلاق حيث كان طلاقاً في الجاهلية، ولقول امرأته خولة: «اللهم إن أوساً طلقني..» الخبر (٣)، والمعلوم أن من

(١) في الباطن.

(٢) حيث قال في الياقوتة: إذا نوى تحريم الوطاء كان مظاهراً لأن هذا معنى الظهار ولهذا قيل في حده: تحريم يرتفع بالكفارة، وبالغ السيد يحيى بن الحسين في هذا حتى قال: من أفتى بغير هذا فقد خلع ربة الإسلام. (شرح بحر).

(٣) قوله: «اللهم إن أوساً طلقني..» الخبر: حكى في أصول الأحكام عن الهادي إلى الحق عليه السلام أن آية الظهار نزلت في شأن أوس بن الصامت الأنصاري، من زوجته خولة بنت ثعلبة وذلك أنه نظر إليها وهي تصلي فأعجبه فأمرها أن تتصرف إليه فأبت وثبتت على صلاحها فغضب وقال: أنت علي كظهر أمي، وكان طلاق الجاهلية هو الظهار، فندم وندمت، فأنت رسول الله ﷺ فذكرت له ذلك وقالت: انظر هل ترى له من توبة. فقال: ((ما أرى له توبة في مراجعتك)) فرفعت يدها وقالت: اللهم إن أوساً طلقني حين كبرت سني ورق عظمي وضعف بدني وزهبت حاجة الرجال مني؛ فرحمها الله عز وجل فأنزل الكفارة. فدعا رسول الله ﷺ فقال: ((أعتق رقبة)) فقال: لا أجد، فقال: ((صم شهرين)) فقال يا رسول الله إن لم أكل كل يوم ثلاث مرات لم أصبر، فقال رسول الله ﷺ: ((فأطعم ستين مسكيناً)) فقال: ما عندي ما أتصدق به إلا أن يعينني الله ورسوله فأعانه رسول الله ﷺ بعرق من تمر -وهو المكمل الكبير- فيه ثلاثون صاعاً فقال: يا رسول الله والذي بعثك بالحق ما بين لابتيها أهل بيت أحوج منا إليه فقال النبي ﷺ: ((انطلق فكله أنت وأهلك وقع على امرأتك)) انتهى. [الهادي في الأحكام وعلي بن بلال في شرح الأحكام مسنداً، وأحمد بن عيسى في

قصد به الطلاق لم يكن مظاهراً، لكن لما أراد الله سبحانه نقل هذا اللفظ في الشرع عن التحريم المطلق إلى تحريم خاص (١) جعل طلاق أوس ظهاراً ترخيصاً له؛ لأجل شكاية زوجته وابتهاها كما حكى الله سبحانه عنها، وإعلاماً بنقل اللفظ إلى معنى آخر وهو الظهار ما لم يصرفه اللفظ إلى غير ما نُقِلَ إليه (٢) فلا يقاس على حكم أوس فيمن قصد بظهاره الطلاق؛ لخصوصيته بما ذكرنا، وهذا أمر واضح اقتضاه البرهان كما ترى.

فَرْعٌ: [الإمام يحيى]: ولو نوى بالطلاق الظهار طلقت والعكس ظهار؛ إذ لا حكم لنية ما لم يوضع له اللفظ حقيقة أو مجازاً.
قلت: بل تطلق (٣)؛ إذ هو كناية طلاق؛ إذ كان موضوعاً له في الابتداء.

٢٣٩- فصل: [في الظهار غير المنعقد]

[العترة والشافعي]: ولا ينعقد قبل النكاح كالطلاق (٤). [أبو حنيفة ومالك]: يقف على الشرط فيقف على النكاح إذا شرط به لا المطلق إجمالاً.
قلنا: لم يقف على الشرط قبل النكاح.

٢٣٥٦- **سَأَلَتْ:** ولا يقع على المبانة. [الحسن البصري]: بل يقع.
قلنا: ليست زوجة.

[القاسمية]: ولا على الرجعية؛ لذلك، وكالطلاق. [المؤيد بالله والإمام يحيى والفريقان]: بل الرجعية زوجة.

[الأمالي]. وفي الانتصار نحو ذلك، وفيه: أنها قالت: «قدمت منه صحبتي ونثرت له كنانتي، ولي منه صبية إن ضمهم إليه ضاعوا، وإن أضمهم إلي جاعوا، أشكو إلى الله عجري ويجري» إلى آخر ما ذكره، والله أعلم.
(١) وهو الذي يرتفع بالكفارة.

(٢) وهو: التحريم المرتفع بالكفارة فلو صرفه إلى تحريم العين أو تحريم الوطء، أو التحريم المطلق لم يقع ظهاراً. (شرح).

(٣) مع الظهار ويلزمه حكم الظهار [ويحكم بتقدم الظهار لكونه لا يصح ظهار المطلقة] في الظاهر. والله أعلم.

(٤) والجامع أن كل واحد منهما يقتضي التحريم في الزوجة فإذا بطل الطلاق قبل النكاح لما مر وجب مثله في الظهار لأن أحداً لم يفرق بينهما في هذا الحكم. (شرح بحر).

قلنا: لا نسلم.

٢٣٥٧- **سَأَلَتْ:** [العترة والفريقان ومالك]: ولا يصح من المرأة؛ إذ الآية خصت الرجال. [الحسن بن زياد]: إن قالت: أنا منك أو عليك كظهر أمي انعقد؛ إذ هو يمين فيصح منها جميعاً. [أبو يوسف]: هو تحريم فيلزمها، أقل ما فيه كفارة يمين. [الحسن البصري وإبراهيم النخعي]: علقه الله بالأزواج فلا يصح من المزوجة، ويصح من الأيم للأجنبي؛ إذ لا زوج هناك شغلت به فصح منها. [الحسن بن صالح]: ينعقد منها وتجزئها كفارته أو كفارة يمين؛ لتردده بينهما. [الأوزاعي]: يمين من المزوجة ظهار من الأيم للأجنبي فتكفر للظهار متى تزوجته.

قلنا: كلها تحكيمات لا تقتضى العدول عن ظاهر الآية.

٢٤٠- فصل: [في شروط الظهار]

وإنما ينعقد من مسلم مكلف مختار لزوجة تحته ولو صغيرة وغير مدخولة. [الناصر]: لا يصح منها. قلنا: لم تفصل الآية.

٢٣٥٨- **سَأَلَتْ:** [العترة والفريقان]: ولا يصح من أم الولد؛ لقوله تعالى: ﴿مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [المجادلة: ٢]، والمراد الزوجات عرفاً، وكالطلاق والإيلاء. [مالك وسفيان الثوري والليث بن سعد والأوزاعي والحسن بن صالح وعن علي]: يصح قياساً على الزوجة. قلنا: الزوجة يلحقها الطلاق فافترقا.

٢٣٥٩- **سَأَلَتْ:** [ابن عمر والعترة والأوزاعي وأحمد بن حنبل والفريقان وعن علي]: ويصح من الزوجة الأمة؛ لما مر. [موسى بن جعفر والبستي من الناصرية]: لا؛ إذ نساؤهم الحرائر. قلنا: بل الظاهر الزوجات هنا، وإذ لم يسأل صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سلمة عمن ظاهر منه فلا فصل. [قالوا]: عرف حالها، فقال لها: اتق الله في ابن عمك الخبر^(١).

(١) زيادة في نسخة.

٢٣٦٠- **سَأَلَتْ:** ويصح من العبد لزوجته ولو أمة إجماعاً؛ إذ لم تفصل الآية.

وعن قوم: لا؛ لتعذر التكفير.

قلنا: صح طلاقه فصح ظهاره ويكفر بالصوم.

فَرَعٌ: [العتره والفريقان]: ولا يكفر بالعتق والإطعام؛ إذ لا يملك. [مالك]: إن أطعم

يأذن مولاه جاز، لا العتق. [أبو ثور]: إن أعطاه عبداً جاز أيضاً.

قلنا: هما فرع الملك وهو لا يملك؛ لقوله تعالى: ﴿لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾ [النحل: ٧٥].

٢٣٦١- **سَأَلَتْ:** [العتره وأبو حنيفة وأصحابه والأوزاعي]: ولا يصح من كافر؛ لاستلزامه

الكفارة، ولا قرينة لكافر، ولو ارتفع التحريم بغيرها لم يكن تحريم الظهار [ظهاراً].

[زيد بن علي والشافعي وأصحابه]: يصح منه كالمسلم، ويكفر بالعتق أو الإطعام.

قلنا: هما بنية الكفارة قرينة.

٢٣٦٢- **سَأَلَتْ:** ولا يصح من غير مكلف، وظهار السكران كطلاقه^(١).

٢٣٦٣- **سَأَلَتْ:** [أكثر العتره والشافعي]: ولا ظهار بغير الأم؛ لمفهوم الآية، إذ لم ينه إلا

عن التشبيه بها فبقي ما [من] عداها على الإباحة. [أبو حنيفة وأصحابه والأوزاعي وسفيان

الثوري والحسن بن صالح والناصر والإمام يحيى وزيد بن علي وقول للشافعي]: بل تقاس المحارم

ولو من رضاع عليها؛ إذ العلة التحريم المؤبد. [ابن القاسم من أصحاب الشافعي]: ولو من

الرجال. [مالك والبتي وأحمد بن حنبل]: وغير المؤبد فيصح بالأجنبيات.

قلنا: إنما نهى عما كان مستعملاً ولم تستعمله العرب في غير الأم نسباً لا رضاعاً؛

لخصوصيتها فافترقا. سلمنا: فيلزم فيمن قال: كفرسي أو نحوه^(٢).

٢٣٦٤- **سَأَلَتْ:** [القاسمية وأبو حنيفة]: ولا تهدمه البيئونة بنفسه أو طلاق؛ إذ لا دليل.

[الشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: إذا بطلت الزوجية بطل الظهار؛ إذ هو تابع.

(١) يقع.

(٢) كالناقاة والبقرة ونحوهما، فهذه محرمة على التأييد فيلزم أن يصح الظهار بها، وأنتم لا تقولون به فصح

أنه لا ظهار إلا بالأم من النسب فقط؛ لخصوصيتها كما قلنا. (شرح بحر).

قلنا: فيعود حكمه بعودها.

٢٣٦٥- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب]: ويدخله التشريك فتشترط النية؛ لاحتيماله، نحو:

وأنت يا فلانة مثلها أو شريكها.

قلت: والتخير فيقع مُبَهَمًا كالإيلاء.

٢٣٦٦- **سَأَلَتْ:** ولو قال: أنت (١) حرام ونوى به الظهر والطلاق معاً (٢): [الإمام

يحيى]: عين أحدهما؛ إذ لا تكون اللفظة طلاقاً ظهاراً.

وقيل: يتعين ما أقر به أولاً والثاني رجوع.

٢٣٦٧- **سَأَلَتْ:** ولو علق ظهار امرأته بظهار الأجنبية وأراد اللفظ وقع عند تلفظه

به للأجنبية وإن لم يصح في حقها، وإن أراد المعنى لم يقع؛ إذ لا يصح في الأجنبية.

٢٣٦٨- **سَأَلَتْ:** وإذا ظاهر منها ثم اشتراها (٣) فإن كان بعد العود كفر. [الشافعي]:

وكذا قبله، كلو لم يشتريها. [الإمام يحيى]: بل لا يلزم هنا؛ إذ لا يصير بمجرد الشراء

عائداً.

قلت: ولا يطؤها بالملك حتى يكفر؛ لظاهر الآية.

٢٤١- فصل: في أحكام الظهر

ويحرم به الوطء حتى يكفر إجماعاً، لقوله تعالى: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا﴾

[المجادلة:٣].

قلت: وتَقْضِي وقت المؤقت كالتكفير.

[العترة وأبو حنيفة ومالك وقول للشافعي]: وكذا مقدماته لشهوة؛ لعموم المس. [سفيان

الثوري وقول للشافعي]: المس الوطء فقط؛ لقوله تعالى: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾

[البقرة:٢٣٧]، فيحل ما سواه للمظاهر.

(١) عليّ. (غيث).

(٢) المؤيد بالله: وقعا معاً وعند الهادي يقع الطلاق؛ لأنه أقوى، وفي المعيار: لا يقع أيها.

(٣) وإذا أعتقها عن ظهارها بعدما اشتراها أجزته، ذكره في البيان.

قلنا: خصه هناك^(١) بالمجاز الإجماع، وهنا لا مانع من إرادة الحقيقة معه.
[أبو حنيفة وأبو هاشم وأبو عبد الله البصري]: لا يراد باللفظة حقيقتها ومجازها. [الشافعي
والقاسمية]: لا مانع عقلي ولا لغوي. [الأوزاعي]: يحل له ما فوق الإزار كالحيض.
لنا: عموم المس.

فَرَعٌ: ولها طلب رفع التحريم.

[أبو العباس وأبو يوسف]: فيحبس له إن لم يطلق ولو عاجزاً عن الوطء في الحال
كالمولي. [مالك]: بل تمنع نفسها حتى يرفعه. [أبو حنيفة وأصحابه وابن شبرمة]: تستنصر
عليه^(٢) حتى يرفعه.

قلنا: عليها غضاضة فلزمه رفع الضرر برفع التحريم.

٢٣٦٩ - **سَأَلَتْ:** [ابن داودي والمذهب]: فإن وطئ كف حتى يكفر؛ لقوله ﷺ لمن
فعل: ((لا تقر بها حتى تكفر))^(٣). [المذهب]: وهي أداء. [أصحاب الشافعي]: بل قضاء؛
إذ وقتها قبل الوطء.

لنا: ظاهر الخبر.

[بعض الفقهاء]: بل تسقط؛ لفوات وقتها.

لنا: الخبر.

[مجاهد]: لا تسقط بل يلزم معها أخرى للوطء.

قلنا: لم يوجب الخبر الثانية.

[المنصور بالله]: لا يكف والكفارة في ذمته.

(١) في النكاح.

(٢) بما لا يقدر على مخالفته ولا حبس عليه. (شرح).

(٣) قوله: «لا تقر بها حتى تكفر»: عن ابن عباس أن رجلاً أتى النبي ﷺ قد ظهر من امرأته فوقه عليها
فقال: يا رسول الله إني ظاهرت من امرأتي فوقت عليها قبل أن أكفر قال: ((وما حملك على ذلك يرحمك
الله؟)) قال: رأيت خلتها في ضوء القمر فقال: ((لا تقر بها حتى تفعل ما أمر الله عز وجل)) أخرجه
النسائي (٣٤٥٧)، وأخرجه أيضاً هو وأبو داود (٢٢٢١) عن عكرمة مرسلًا، وقال النسائي: المرسل أولى
بالصواب. [عبدالرزاق (١١٥٢٥)، والترمذي (١١٩٩)، وابن ماجه (٢٠٦٥)].

لنا: الخبر.

٢٣٧٠- **سَأَلَتْ**: [العترة والفريقان]: ولا يصير مولياً بتأخير الوطء عن العود بالإرادة؛

إذ لا مقتضى له. [مالك]: يدخل في حكم الإيلاء بمضي مدته مع تقدم التحريم.

قلنا: الظهر مُحَرَّم لا الإيلاء^(١) فلا ينعقد أحدهما بلفظ الآخر.

٢٣٧١- **سَأَلَتْ**: وتجب الكفارة بعد العود إجمالاً؛ لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ...﴾

الآية [المجادلة:٣].

[ابن عباس وقتادة وسعيد بن جبير والحسن البصري ثم العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: والعلة

العود^(٢)؛ إذ رتب الحكم عليه بالفاء وهو تنبيه نص. [مجاهد وسفيان الثوري]: بل

الظهار وحده؛ إذ قصد به التحريم وهو موجبها.

قلنا: فيلزم صحتها قبل العود ولا قائل به.

[الإمام يحيى والزهري وطووس ومالك وأحمد بن حنبل والشافعي وداود]: بل مجموعها؛

إذ رتبها عليهما معاً. [الإمام يحيى]: إلا أن العود شرط كالإحصان مع الزنا. [الشافعي]:

بل جزء من العلة.

قلت: وهو قوي.

٢٣٧٢- **سَأَلَتْ**: [قتادة وسعيد بن جبير ثم العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: والعود إرادة المس

وهو ما حرم بالظهار؛ لأنه إذا أراد فقد عاد عن عزم الترك إلى عزم الفعل سواء فعل

أم لا؛ إذ لم تفصل الآية. [الشافعي]: بل هو إمساكها بعد الظهر وقتاً يسع الطلاق ولم

يطلق؛ إذ تشبيهها بالأمر يقتضي إبانته، وإمساكها يقتضيه^(٣).

قلنا: الإمساك ليس بعود لغة ولا عرفاً.

(١) فهو مباح.

(٢) يعني: أنه السبب الموجب للكفارة على انفراده، والوجه أن الله رتب الحكم وهو وجوب الكفارة

على العود بالفاء. (شرح بحر).

(٣) أي: العود.

[مالك وأحمد بن حنبل]: بل العزم على الوطء^(١) فقط وإن لم يوطأ. [الحسن البصري وطاووس والزهري]: بل الوطء نفسه؛ إذ هو الذي حرم.

قلنا: بل إرادة المس؛ لما مر.

[داود وشعبة]: بل إعادة لفظ الظهر.

قلنا: السابق إلى الفهم خلافه^(٢).

٢٣٧٣- **سَأَلَتْ:** ولو ظاهر ثم طلق بائناً فلا كفارة؛ إذ لا عود حيثئذ، كلو مات قبل العود^(٣)، فإن عقد بعد البائن وأراد المماساة كفر؛ إذ لا يهدمه إلا الكفارة، وكذا لو ارتد أو جُنَّ قبل العود أو بعده ثم أسلم أو أفاق^(٤). [المؤيد بالله والمنصور بالله والشافعي]: بل تسقط بالردة بعد العود.

لنا: ظاهر الآية.

٢٣٧٤- **سَأَلَتْ:** [القاسمية وزيد بن علي وأبو حنيفة وسفيان الثوري والحسن بن صالح والأوزاعي]: وتعدد بتعدد المظاهرات؛ لظاهر الآية^(٥). [مالك]: لا؛ إذ هو يمين؛ لقوله ﷺ لأوس: ((كفر عن يمينك)) وكفارة الإيلاء.

[الشافعي وأصحابه]: إن تعدد اللفظ تعددت وإلا فقولان: أحدهما [وعمر وأحمد بن

حنبل] كقولنا. والثاني كقول مالك.

فَرَعٌ: [القاسمية والأوزاعي ومالك وقول للشافعي]: ولا تكرر بتكرره ما لم يكفر كالطلاق^(٦) قبل الرجعة. [الصادق]: بل تكرر؛ لظاهر الآية وكالطلاق. [زيد بن علي

(١) لا العزم على مقدماته عندهما وهو عندنا عود كما مر. (زيد).

(٢) وهو إرادة المس.

(٣) فإنه لا كفارة عليه لعدم العود.

(٤) فإنه إذا أراد المماساة لزمته الكفارة.

(٥) فإنه لم يفصل بين أن يكون المظاهر منها زوجة واحدة أو أكثر ولا بين أن يتعدد لفظ الظهر أم لا. قال في الغيث: وقياساً على الطلاق. (شرح بحر).

(٦) والجامع بين الفرع والأصل أن كل واحد منها لفظ له مدخل في تحريم الوطء فلا يكون تكرير لفظه موجباً لتكرير حكمه حتى يرتفع ذلك الحكم. (شرح بحر).

وسفيان الثوري وأبو حنيفة وأصحابه وقول للشافعي: إن كان في مجالس تكررت، وإلا فلا؛ إذ هو كالتأكيد. [الشافعي]: إن لم يقصد به التأكيد تكررت.

قلنا: لا نسلم تكرار الطلاق؛ وإذا لم يسأل رسول الله ﷺ أو سأل عن التكرير. فإن تحلل التكفير تكررت إجماعاً كالحد والطلاق بعد الرجعة. **فَرَعٌ:** وإذا تعددت وتعذر العتق للجميع أعتق ما استطاع ثم البذل (١) في الباقي.

٢٤٢- فصل: [في كفارة الظهار]

والكفارة واجبة على الترتيب إجماعاً؛ للآية أما العتق ففيه مسائل:

٢٣٧٥- **مَسْأَلَةٌ:** أكثر العترة ومالك والشافعي: ولا يجوز ولا يجزئ عتق الكافر؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَعْلُظْ عَلَيْهِمْ﴾ [التحریم: ٩]، والعتق يخالف (٢). [عطاء وإبراهيم النخعي وزيد بن علي وأبو حنيفة وأبو يوسف]: لم يشترط الإيذان في الآية فتجزئ الذمية.

قلنا: اكتفاء بالأمر بالغلظة وشرطه في رقبة القتل فكذا هنا كالعدالة في الشهود (٣)، ولبحثه ﷺ عن إيمان أمة سألها سيدها عن إجزائها (٤). [الإمام يحيى]: أما كافر التأويل فيجزئ؛ إذ له حكم الإسلام (٥) عند المكفر له. قلت: وسيأتي له خلاف هذا (٦).

(١) فيصوم عما استطاع ويطعم عما لم يستطع فالترتيب في الكفارات المتعددة واجب كما في الكفارة الواحدة. (شرح بحر).

(٢) الأمر بالغلظة لأنه يحصل به الترفيه عليه فلا يجوز ذلك بل بقاؤه على الرق والإهانة أقرب إلى رضا الله تعالى وامتنال أمره. (شرح بحر).

(٣) يعني: فإنه تعالى ذكرهم في موضع وقيدهم بالعدالة وذكرهم في موضع آخر ولم يقيدهم بها. (زيد).

(٤) روى الأمير الحسين عليه السلام في شفاء الأوام (خبر) وعن النبي ﷺ أن رجلاً أتاه فقال: إن علي رقبة، وحمل معه أمة خرساء، وقال: هل تجزي هذه؟ فامتحنها رسول الله ﷺ بالإيذان فقال: ((أعتقها فإنها مؤمنة))، دل ذلك على أن الإيذان شرط في صحة العتق. (خبر) وروي أن رجلاً من الأنصار جاء إلى رسول الله ﷺ بجارية له سوداء فقال: يا رسول الله إن علي رقبة مؤمنة، فإن كنت تراها مؤمنة أعتقتها، قال لها رسول الله ﷺ: ((أتشهدين أن لا إله إلا الله؟ قالت: نعم قال: أفتشهدين أن محمداً رسول الله؟ قالت: نعم قال: أتؤمنين بالبعث بعد الموت؟ قالت: نعم. قال رسول الله ﷺ: أعتقتها)).

(٥) المذهب لا يجزي.

(٦) في الغصب.

ويجزئ الفاسق تصریحاً وتأويلاً؛ لإسلامه. [الناصر والشافعي]: لا.
قلنا: مؤمن بالله ورسوله.

٢٣٧٦- **سَأَلَتْ**: [العتره والفريقان]: ويجزئ الصغير المسلم؛ إذ لم تفصل الآية. [مالك وأحمد بن حنبل]: لا، إلا من صلى وصام؛ إذ الإيذان قول وعمل واعتقاد.
قلنا: للصغير حكم الكبير كما سيأتي (١).

٢٣٧٧- **سَأَلَتْ**: والبالغ المجلوب من دار الشرك إن نطق بالشهادتين أجزأ وإلا فلا، ولا يكفي في اليهودي حتى يتبرأ مما عدا دين الإسلام؛ لإقرار بعضهم بنبوة محمد ﷺ إلى العرب.

٢٣٧٨- **سَأَلَتْ**: [أكثر العتره وداود]: وتجزئ المعيبة بالعمى ونحوه؛ إذ لم تفصل الآية، والسليم أفضل؛ لقوله ﷺ: ((أفضل الرقاب عند الله..)) الخبر (٢).
[المرتضى ومالك والفريقان]: لا، كالحب المسوس.

قلنا: القصد بالطعام الأكل، بخلاف العتق.

٢٣٧٩- **سَأَلَتْ**: [العتره]: ومستند الإجزاء فك الرقبة فأجزأ المأيوف أي آفة.
[الشافعي]: بل كمال المنفعة فلا يجزئ المأيوف بما ينقص منفعته نقصاناً ظاهراً؛ إذ العتق تمليك المنفعة (٣) فلا يجزئ مع نقصها الواضح كالأقطع والأعمى، لا الأعور (٤)؛ لبقاء المنفعة. [أبو حنيفة]: بل كمال الأعضاء والمنافع فلا يجزئ ذاهب عضوين أخوين ولا أصم ولا أبكم ولا ذاهب رجل ويد من جانب ويجزئ من خلاف. [مالك وزفر]: بل الكمال مطلقاً فلا يجزئ ذاهب أذن ونحوه.

(١) لعله يريد ما في باب الكفارة.

(٢) (قوله): «وأفضل الرقاب عند الله..» الخبر: لفظه: عن عائشة أن رسول الله ﷺ سئل عن الرقاب أيها أفضل قال: ((أغلاها ثمناً وأفسها عند أهلها)) أخرجه الموطأ (١٥١٨) وقيل هو مرسل. [وأحمد (٢٠٩٨٩) عن أبي ذر، وأبو نعيم في الحلية (١٦٦/١) عنه أيضاً].

(٣) قال: لأن العبد لا يملك نفسه بالعتق وإنما يملك منفعته. (زيد).

(٤) فيجزئ.

لنا: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة: ٣]، ولم يفصل.

فَرَعٌ: [المذهب والفریقان]: وتجزئ الرتقاء ونحوها^(١) والمجبوب ونحوه. [مالك]: لا، و[الشافعي] فيمن أطبق جنونه قولان. ويجزئ ولد الزنا؛ للآية. [الأوزاعي والزهري وعطاء وإبراهيم النخعي والشعبي]: لا؛ لقوله ﷺ: ((ولد الزنا شر الثلاثة)). قلنا: مرّ تأويله^(٢).

[الشافعي]: لا يجزئ ذو المرض المخوف كالسل والإسهال والحمى المطبقين، ولا مقطوع الإبهام أو أصبعين من يد أو أنملي السبابة والوسطى لا الخنصر والبنصر ولا أصلخ أي: أخرس.

لنا: قوله ﷺ: ((من أعتق رقبة..)) الخبر^(٣)، ولم يفصل. ٢٣٨٠ - **سَأَرَنَ:** [العترة والشافعي والبتى]: ويجزئ المدبر؛ لكمال رقه، ولجواز بيعه في حال^(٤). [أبو حنيفة وأصحابه ومالك]: لا؛ إذ استحق العتق بالتدبير. قلنا: غير منبرم^(٥).

٢٣٨١ - **سَأَرَنَ:** [الإمام يحيى حكاية عن العترة وأبو حنيفة وأصحابه وقول للشافعي]: ولا تجزئ أم الولد لاستحقاقهما العتق. [الباقر والصادق والناصر والإماميه والبتى ورواية عن الشافعي]: تجزي؛ لجواز بيعها.

(١) كالقرناء والعفلاء وكذلك المجبوب ونحوه كالخصي والمسلول. (شرح بحر).

(٢) في صلاة الجماعة.

(٣) (قوله): «من أعتق رقبة.. إلخ»: عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: ((من أعتق رقبة مسلمة أعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار)) أخرجه مسلم (١٥٠٩) والترمذي (١٥٤١). [والبخاري (٦٧١٥)، وأبو داود (٣٩٦٦)، والبيهقي (٢١٠٩٥)، وابن حبان (٤٣٠٨)، وقد روي الحديث عن ابن عباس، وأبي موسى، وسهل بن سعد وغيرهم].

(٤) على أصلنا وأما الشافعي فيجوز بيعه مطلقاً. (زيد).

(٥) وإنما هو عتق موقوف على ما بعد الموت فأشبه ذلك ما لو وقفه على شرط ثم باعه قبل مجيء ذلك الشرط، وهذا أيضاً على أصلنا، وأما الشافعي فهو لا يميز تعليق أصل الوقف على شرط كما سيأتي. (شرح بحر).

قلنا: لا نسلم كما سيأتي.

[المذهب والشافعي ومالك والاوزاعي وسفيان الثوري]: ولا مكاتب كره الفسخ لاستحقاقه العتق بعقدها. [أبو حنيفة وأصحابه والليث بن سعد]: لا يجزي إن قد أدى شيئاً؛ إذ لا كمال حيثئذ كلوا أعتق نصيباً.
قلنا: إن فسخها كمل رقه.

[أبو ثور وابن أبي ليلى]: يجزئ مطلقاً^(١)؛ إذ هو عبد ما بقي درهم.

قلنا: المراد إن عجز وإلا لزم جواز بيعه.

٢٣٨٢- **سألت:** [المذهب والشافعي ومالك وزفر]: ولا ذورحم محرّم ملكه فأعتقه عنها، إذ يعتق بالملك. [أبو حنيفة وأصحابه]: يجزئ استحساناً إذا اقترنا ترجيحاً لما فيه قرابة.
قلنا: عتقه بالملك سابق.

٢٣٨٣- **سألت:** [الإمام يحيى]: ولا يجزئ مع شرط العوض فلو قال له آخر: أعتق عبدك عن ظهارك على أن علي مائة [درهم] فأعتق عتق، ولا يجزئ؛ إذ العتق لأجل الكفارة والعوض جميعاً.

قلت: وفيه نظر^(٢) على مذهبنا.

٢٣٨٤- **سألت:** [المذهب]: ومن أعتق عبد نفسه عن غيره فأمره عتق عنه^(٣)؛ إذ هو كالوكيل فكأنه تملكه له ثم أعتقه عنه.

(١) أي: أدى شيئاً أم لم يؤد.

(٢) في الانتصار ما معناه: أن الغير هو الطالب لسيد العبد أن يعتقه عن ظهار السيد على مائة من ذلك الغير وفي كثير من نسخ البحر العكس وهو أن المكفر هو الطالب للغير أن يعتق عبد ذلك الغير على مائة من المكفر ثم نظر عليه السلام هذا. ووجه النظر: هو أنه لا مانع من الإجزاء في هذه الصورة على المذهب لكن يقال: الذي في الانتصار إنما هو الصورة الأولى وهي صحيحة لا نظر فيها، ووجهها ما في الكتاب، وهو أن المكفر أعتق العبد لأجل الكفارة ولأجل العوض جميعاً، ومن حق ما كان عن الكفارة أن يكون خالصاً لها وإلا لم يجز. (زيد). المختار: تجزي ولو لزم العوض؛ لأنه من غير العبد. ذكر معناه في (البيان).

(٣) أي: عن الأمر.

[الهادي والمؤيد بالله والشافعي]: فيجزئ عن ظهار من أعتق عنه، وقيل (١): إن كان بعوض أجزاء؛ إذ يصير كالمشتري، وإلا وقع عن المعتق.
قلنا: لا وجه للفرق.

[المذهب وأبو حنيفة والشافعي]: ولا يجزئ من غير إذنه بل يقع عن المعتق فالولاء له؛ لقوله ﷺ: ((الولاء لمن أعتق)) (٢).

[مالك]: إن كان واجباً أجزاءً ووقع عنه كالدين، وإلا فكقولنا.

قلنا: الدين لا يفتقر إلى نية فافترقا، وسواء كان المعتق عنه حياً أم ميتاً.

٢٣٨٥- **سَأَلَتْ**: [الهادي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: ولا يجزئ المشترك إلا عن الموسر (٣)؛ إذ هو بالضمان كمعتق الكل، والمعسر كمعتق البعض؛ لسعاية العبد. [الشافعي]: يجزئ المعسر النصف إن تعقبه شراء النصف الآخر (٤)، وإلا بقي النصف مملوكاً ولم يُجْزِ النصف العتيق؛ لنقصانه. وهو مبني على تبعض العتق وسنبطله.
[الناصر وأبو حنيفة]: لا يجزئ مطلقاً (٥). [أبو حنيفة]: لتبعض العتق. [الناصر]: لسعايته عن الموسر كالمعسر.

قلنا: سنبطله.

٢٣٨٦- **سَأَلَتْ**: ويجزئ المغصوب من مالكة. [أكثر أصحاب الشافعي]: مغلوب على منافعه فلا يحصل القصد بالعتق.

قلنا: القصد الحرية، فإن أعتق الحمل عنها عتق ولا يجزئ؛ إذ ليس بمستقل.

ويجزئ الراهن بإذن المرتهن ومن غير إذنه يكون موقوفاً، ويجزئ العبد الجاني

(١) ذكره أبو حنيفة ومحمد بن الحسن وزيد.

(٢) قوله: «الولاء لمن أعتق»: تقدم وسيأتي.

(٣) حيث نوى الكل وإلا لم يجز. (بيان معنى).

(٤) وأعتقه أيضاً.

(٥) سواء كان المعتق موسراً أم معسراً. (شرح بحر).

عندنا؛ لما سيأتي (١).

٢٣٨٧- **سَأَلَتْ:** ونية التكفير شرط ولا يكفي نيتها عن الواجب؛ لتنوعه (٢)، وتكون مقارنة أو متقدمة بيسير كالزكاة ولو نواها عن الظهار لم تجزه عن القتل (٣).

٢٣٨٨- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ومن عليه كفارة يمين وظهار وقتل ولا يجد إلا رقبة فأعتقها بنية التكفير ثم صام شهرين ثم مرض فأطعم ستين مسكيناً سقطت الثلاث؛ لحصول الوفاء.

قلت: وفيه نظر إن لم يعين (٤).

٢٣٨٩- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة]: وإذا أعتق عبيدين عن كفارتي قتل وظهار لم يصح؛ لعدم التعيين (٥)، بخلاف ظهارين وقتلين؛ لدخولهما في مطلق النية.

٢٣٩٠- **سَأَلَتْ:** [العتره والأوزاعي وإبراهيم النخعي وأبو حنيفة وأصحابه (٦) ومالك]: ومن لا يملك إلا رقبة يحتاجها كمقعد وأعمى أعتقها؛ لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ﴾ [المجادلة: ٤]، ولم يفصل (٧). [المنصور بالله والإمام يحيى والشافعي والليث بن سعد]: بل يجزئه الصوم إن أحاطت الحاجة بالرقبة كالمسكن، فإن كان في ثمنها فضلة تكفيه ورقبة للكفارة باعها.

٢٣٩١- **سَأَلَتْ:** [العتره والفريقان]: ولو أعتق نصف عبد وصام شهراً، أو أطعم

(١) من أن عتق الجاني اختيار لنقل الجناية إلى ذمة السيد. (بستان).

(٢) إلى كفارة وغير كفارة فإذا نوى الواجب أو الفرض لم تكن النية خالصة للكفارة على انفرادها. (شرح بحر).

(٣) حيث بان أنه ليس عليه كفارة ظهار وإنما عليه كفارة قتل. (زيد).

(٤) لأن التعيين واجب عندنا مع اختلاف السبب. (زيد).

(٥) إذا كان الإعتاق في وقتين فلا بد من تعيين الأولى بلا إشكال، وأما الثانية فإذا نوى بها ما عليه جاز ذلك كما سيأتي في الخامسة من الفصل السابع، وأما إذا أعتق في وقت واحد فحيث يتحد الجنس نحو: ظهارين أو قتلين لا يجب التعيين، وحيث لا يتحد الجنس نحو: ظهار وقتل، فالمذهب وأبو حنيفة أنه لا بد من التعيين خلاف الشافعي. (شرح بحر).

(٦) في نسخة زيادة: سفيان الثوري.

(٧) بين أن يكون محتاجاً إليها أو غير محتاج. (شرح بحر).

ثلاثين لم يجزه؛ إذ لا يصح النوع الثاني إلا بعد تعذر الأول؛ للآية.
 ٢٣٩٢- **مَسْأَلَةٌ:** [أبو العباس والإمام يحيى]: ولو أعتق نصف عبده عن كفارته عتق جميعه، ولم يجزه؛ إذ عتق النصف الثاني بالسراية لا بنية الكفارة. [أبو طالب]: القصد عتق الرقبة وقد حصل.

قلنا: لا عمل إلا بنية.

[أبو يوسف ومحمد بن الحسن]: يجزئ عتق النصف؛ إن تعقبه عتق النصف الثاني بناء على تبعيض العتق وسنبطله.

٢٣٩٣- **مَسْأَلَةٌ:** [أبو العباس وقول للشافعي]: ولو أعتق نصف عبدين عتقا، ولم يجزه؛ إذ ليس رقبة كاملة. [الشافعي]: النصفان كالواحد.

قلنا: أوجبت الآية رقبة.

٢٣٩٤- **مَسْأَلَةٌ:** ومن ظاهر [من] زوجته المملوكة ثم لزمته الكفارة بالعود فاشتراها وأعتقها عن ظهاره أجزأته كما لو قال: إن ملكت أمة فعلي عتق رقبة فاشترى أمة ثم أعتقها عن نذره أجزأته.

٢٣٩٥- **مَسْأَلَةٌ:** [الإمام يحيى]: ولا يجزئ عتق الغائب [غيبية] منقطعة إذ لا تعلم حياته فلا يتيقن البراء.

قال: ويحتمل الإجزاء؛ إذ الظاهر الحياة.

قلت: والأول أرجح؛ إذ عليه تيقن برأئته.

٢٣٩٦- **مَسْأَلَةٌ:** [أبو العباس]: فإن أعتق عبدين عن ظهارين أجزأ إلا أن ينوي كل واحد عنهما معاً؛ لما مر^(١).

٢٣٩٧- **مَسْأَلَةٌ:** [الإمام يحيى]: ولو قال: أنت حر الساعة عن ظهاري إن ظهرت عتق في الحال ولم يجزه إن ظاهر، فإن لم يقل الساعة لم يعتق حتى يظاهر.

قلت: والقياس أن لا يعتق فيهما حتى يظاهر كما مر في اليوم إذا جاء غد، إلا أن

(١) وهو عدم كمال الرقبة. (زيد).

يجعل إن ظهرت تنمة لقوله: عن ظهاري، لا قيداً للعتق، والوجه ظاهر.
 ٢٣٩٨- **سَأَلَتْ:** [القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه]: ومن وجد العتق حال الصوم أعتق؛
 إذ صار واجداً قبل فراغ الصوم. [الشافعي]: لا حكم لوجوده بعد التلبس بالبدل
 كبعد فراغه. [الصادق ورواية عن الناصر^(١)]: إن وجدها في الشهر الأول فكقولنا؛ إذ لم
 يمض الأكثر وإلا فكالشافعي.

قلنا: وجد قبل الخروج من عهدة الأمر فتعينت كقبل الشروع.
 ٢٣٩٩- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب وأبو حنيفة ومالك والشافعي]: والعبرة بالوجود حالة الأداء؛
 إذ قوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ﴾ متعلق بحال الأداء. [قول للشافعي ورواية عن أحمد^(٢) بن
 حنبل]: بل بحال الوجوب كالحدود^(٣).

قلنا: حق ذو بدل من غير جنسه^(٤) فاعتبر بحال الأداء كالطهارة^(٥).

قالوا: قال ﷺ: ((الحدود كفارات))^(٦) فترد إليها.

قلنا: أراد سقوط العقاب بها مع التوبة.

[الإسفرابيني]: العبرة بأغلظ الأحوال كالحج^(٧).

لنا: ما مر.

(١) في بعض النسخ قول للناصر.

(٢) الرواية عن أحمد بن حنبل في بعض النسخ غير موجودة.

(٣) فيمن زنا وهو عبد ثم أعتق أو بكر ثم أحسن. (زيد).

(٤) يجترز ما هو بدل من جنس المبدل فإن العبرة فيه بحال الوجوب كقضاء صلاة السفر في الحضر
 والعكس. (شرح).

(٥) إذا فاتته صلاة في وقت يتمكن فيه من الماء وأراد أن يقضي في وقت لا يجد فيه الماء فإن التيمم يجزيه
 وكذلك حال العجز والصحة في الصلاة. (شرح).

(٦) (قوله): «الحدود كفارات»: حكاية في الانتصار.

(٧) فإن المكلف إذا تمكن من المال في ابتداء تكليفه أو في وسطه ثم انقطع أو لم يكن يجد شيئاً في الحالين
 ثم وجده بعد ذلك فإنه يلزمه الحج. قال الإمام يحيى وهذا ليس مذهباً للشافعي وإنما هو تحريج
 والصحيح للشافعي كمذهبنا.

٢٤٣- فصل: [في الصوم عن كفارة الظهار]

فمن لم يجد (١) فصيام شهرين هلالين تامين أم ناقصين، لقوله ﷺ: ((الشهر يكون هكذا وهكذا..)) الخبر (٢)، فإن ابتدأه بعد مضي بعض الشهر اعتبر الأول بالعدد والثاني بالهلال، كما مر (٣).

٢٤٠٠- **سَأَلَتْ:** ولا بد من نية الصوم؛ إذ لا عمل إلا بنية، وكونه عن الظهار؛ لتمييز عن أنواع الصوم (٤)، ولا تجب نية التابع؛ إذ القصد وقوعه فقط كعدد الركعات.

ولا يحتاج إلى نية الوجوب. [قول للشافعي]: تجب. ولا وجه له.

٢٤٠١- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى وقول للشافعي]: وإذا فسد التابع صار الأول نفلاً. [قول للشافعي]: لا.

لنا: قوله تعالى: ﴿لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَامِلٍ﴾ [آل عمران: ١٩٥]، وإذا بطل الوجوب تعينت النافلة؛ إذ لم يفسد الصوم.

٢٤٠٢- **سَأَلَتْ:** [أبو العباس والشافعي]: ومن صام ستة أشهر عن ظهارات كفى نية صومه عن الظهار وإن لم يعين (٥)؛ إذ الجنس الواحد كالشيء الواحد. [أبو حنيفة]: القياس يمنعه؛ إذ المتعدد كالمختلف في وجوب التعيين بالنية، والاستحسان يصححه؛ لتماثله.

٢٤٠٣- **سَأَلَتْ:** [القاسمية والحنفية]: وإذا اختلف الجنس وجب التعيين (٦)، كالصوم عن رمضان والندر. [الشافعي]: قال تعالى: ﴿فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ﴾ [المجادلة: ٤]،

(١) في الناحية (بيان).

(٢) (قوله): «الشهر يكون هكذا.. إلخ» تقدم.

(٣) في تعليق الطلاق بوقت. (شرح بحر).

(٤) الواجبة والمندوبة. (شرح بحر).

(٥) النية لكل كفارة أنها عن واحد من المظاهر منهن. (شرح بحر).

(٦) قال الفقيه يوسف: إلا في الأخرى التي لم يبق إلا هي فلا يجب. (كواكب).

ولم يفصل (١).

قلنا: يعني عما سياقها له من قتل أو ظهار.

٢٤٠٤ - **سَأَلَتْ:** [العتره والفريقان]: ويجب تجديد النية لكل يوم وتبسيثها، وإذا التبس السبب جاز أن ينوي عما عليه إجماعاً إن تعذر التعيين.

٢٤٠٥ - **سَأَلَتْ:** [العتره وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: وإذا نوى رمضان عن الكفارة لم يجزه عنها؛ لتعيينه لغيرها، ولو مسافراً أو مريضاً؛ لما مر. [المذهب]: ولا عن رمضان؛ إذ نوى غيره. [أبو حنيفة]: إذا سقط بالسفر أو المرض أجزأ عن الكفارة؛ لزوال المانع. قلنا: عيّن لغيرها فلا يجزئ غير المعين.

٢٤٠٦ - **سَأَلَتْ:** ولا يجزئ صوم العيدين والتشريق؛ لتحريم صومها.

وله وطء غير التي ظاهر منها في حال التكفير إجماعاً، لا وطؤها في الشهرين؛ للآية. ٢٤٠٧ - **سَأَلَتْ:** وإذا وطئها قبل التكفير أثم إجماعاً، لقوله تعالى: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا﴾ [المجادلة:٣].

وإذا وطئ نهاراً متعمداً استأنف إجماعاً؛ لقوله تعالى: ﴿مُتَتَابِعِينَ﴾ [المجادلة:٤].

٢٤٠٨ - **سَأَلَتْ:** [الحسن البصري والقاسمية وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن وسفيان الثوري والليث (٢) بن سعد وابن أبي ليلى وإبراهيم النخعي]: وإذا وطئها قبل فراغ الشهرين ليلاً استأنف ولو ناسياً؛ لقوله تعالى: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا﴾. [الشافعي وأبو يوسف]: له أن يطأها ليلاً؛ إذ علة النهي إفساد الصوم، ولا إفساد بوطاء الليل.

قلنا: عموم الآية لا يعارضه القياس.

[**سَأَلَتْ:** **فَرَعٌ:** [الحسن البصري وإبراهيم النخعي والليث بن سعد والقاسمية وأبو حنيفة ومحمد

بن الحسن وسفيان الثوري]: فإن وطئ نهاراً ناسياً استأنف أيضاً؛ إذ لم يفصل الدليل، وكالاعتكاف. [الناصر والإمام يحيى والشافعي وأبو يوسف]: لم يفسد الصوم فكذا التتابع.

(١) بين أن يكون صوم الشهرين عن كفارة أو كفارتين مختلفتين فهذا تجزي نية الكفارة مطلقاً. (شرح بحر).

(٢) ساقط من نسخة.

قلنا: لا نسلم الأصل.

٢٤٠٩ - **سَأَلَتْ:** وإذا أفطر متعمداً بلا عذر استأنف إجماعاً. [القاسمية ومالك وأحمد بن حنبل وقول للشافعي]: ولعذر ما يوس بنى وإن زال كتخلل الحيض. [أبو حنيفة والشافعي]: بل يستأنف؛ لاختياره التفريق.

قلنا: العذر صيره كغير المختار.

[أبو طالب وأبو العباس]: فإن كان مرجواً فكذلك ^(١). [المؤيد بالله والإمام يحيى وقول للشافعي] ^(٢): الرجاء صيره كالمختار ^(٣).

قلنا: لا اختيار مع العذر.

فَرَعٌ: ولا تستأنف من حاضت في كفارة القتل؛ لتعذر الاحتراز، وفي النفاس تردد: [الإمام يحيى]: تستأنف؛ لإمكان الاحتراز.

٢٤٤ - فصل: [في الإطعام عن كفارة الظهار]

ومن عجز عن الصوم لضعف يضره معه الجوع أو العطش أو يزيد في علته أو يمددها ^(٤) أو يحدثها أجزأه الإطعام إجماعاً؛ للآية.

[القاسمية وأحمد بن حنبل ومالك والشافعي]: ولا يجزئ دون ستين؛ للآية. [زيد بن علي والناصر وأبو حنيفة وأصحابه]: بل يجزئ إطعام واحد ستين يوماً ونحوه؛ إذ هو في اليوم الثاني مستحق كقبل الدفع إليه.

قلنا: مسكين واحد قبض قوت يوم من كفارة فلا تجوز له الزيادة كأخذ صاعين في يوم. سلمنا ^(٥): فقياسكم دافع لظاهر الآية.

(١) إن تعذر الوصال.

(*) أي: بنى.

(٢) في نسخة: (قين) أي: الفريقان، وفي أخرى: (قش) أي: قول للشافعي، وفي ثالثة: (قن) قول للناصر.

(٣) فيستأنف إن زال العذر؛ لأن زواله يكشف أنه كان أفطر لغير عذر. (شرح بحر).

(٤) أي: يمد مدة العلة أو يحدثها أو يحدث معها علة أخرى. (شرح بحر).

(٥) سلامة قياسكم.

قالوا: تقديرها: فإطعام طعام ستين.

قلنا: لا دليل.

٢٤١٠- **سَأَلَتْ:** [القاسمية والمؤيد بالله وأبو حنيفة وأصحابه [وسفيان الثوري]]: وهو صاع من تمر أو ذرة أو شعير أو زبيب أو نصفه من بر؛ لإعائه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سلمة بن صخر بستين صاعاً تمرأً، فقيس عليه غيره. [الشافعي]: بل مد؛ لإعائه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الواطئ في رمضان^(١) بعرق خمسة عشر صاعاً تمرأً.

قلنا: في كفارة وطء رمضان لا الظهر فافترقا^(٢). سلمنا: فحديث سلمة أرجح؛ إذ هو صاحب القصة وصاحب العرق مجهول.

[مالك]: بل عن كفارة اليمين ورمضان مد، وللظهار مد وثلاث. [أحمد بن حنبل]: بل من البر مد ومن غيره مدان.
لنا: خبر سلمة ورجحانه.

٢٤١١- **سَأَلَتْ:** [العرة والشافعي]: ولا يجزئ في مكاتبه؛ إذ هو عبد ما بقي [عليه] درهم. [الإمام يحيى وأبو حنيفة وأصحابه]: فقير مالك للتصرف فأشبهه الحر، وكانزكاة.

قلنا: لم تنفذ حرّيته، فملكه غير مستقر، وإذ لو عجز رد^(٣).

٢٤١٢- **سَأَلَتْ:** [القاسمية]: ويجزئ في عبد الفقير؛ إذ يملكها سيده بقبوله. [الناصر والإمام يحيى والشافعي]: لا يملكها لنفسه لرقه ولا لسيده؛ إذ لم يأمره.

قلنا: قبضه قبض لسيده؛ لملكه كسبه.

قلت: والأقرب أن الإباحة^(٤) كالتملك.

ولا يجزئ في أم ولده لرقها، ولا تجزئ في حربي وزنديق إجماعاً؛ إذ أمرنا

(١) قوله: «لإعائه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الواطئ في رمضان» تقدم في كتاب الصيام.

(٢) يعني: أن كفارة وطء رمضان مخالف لكفارة الظهر فلا يصح قياس أحدهما على الآخر، ومن المخالفة أن كفارة الوطء مختلف فيها لا كفارة الظهر. (شرح بحر).

(٣) في الرق. (بستان).

(٤) حيث كان العبد مصرفاً ولا يحتاج إلى إذن سيده. وقيل: لا بد أن يكون مأذوناً في الإباحة (وقرز).

بالإغلاظ عليهم. [العترة والشافعي]: ولا في ذمي؛ لكفره كالحربي. [أبو حنيفة]: آمنٌ محقون الدم كالمسلم.

قلنا: حقن دمه بالجزية لا بالإسلام فافترقا.

[وعن ابن شبرمة والغبري]: إجزاؤها في كل كافر، ولعلها يعينان غير الزنديق والحربي. ولا تجزئ في غني (١) إجماعاً كالزكاة، ولا تجزي في من تلزمه نفقته (٢) على الخلاف، وحكم الفاسق ما مر في الزكاة.

[العترة والشافعي]: وتجزئ في الصبي والمجنون، ولا يعتبر إذن الولي في الإباحة عندنا، ويعتبر في التملك كالزكاة.

[أبو حنيفة وأصحابه والأزرقى]: إنما يملكها من يتصرف لنفسه.

قلنا: تصرف الولي كتصرفه فدخل في عموم الآية، وتعتبر النية كما مر (٣)، وتجزئ إلى الولي اتفاقاً.

٢٤١٣ - **سَأَلَتْ**: والإطعام تملك وإباحة، فالتمليك دفع الصيعان بنيتها.

[العترة والفقهاء الأربعة]: ويجزئ دفعه جملة ويقتسمونه. [الاصطخري]: لا، لمشقة القسمة كالسنابل.

قلنا: السنابل مجهولة، ولا تجزئ الجملة حتى يقول: لكل واحد منكم صاع.

٢٤١٤ - **سَأَلَتْ**: [العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: وتجزئ الإباحة وهي تقريب الطعام مصنوعاً ليأكلوه أو التمر أو الزبيب؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ﴾ (٤) [المجادلة: ٤]، وحصول المقصود. [الشافعي]: ظاهر الآية التملك فلا تجزئ الإباحة. قلنا: لا نسلم.

(١) غنَىَّ مجمع عليه (غيث).

(٢) لأجل القرابة أو الزوجية كما مر في الزكاة. (شرح بحر).

(٣) يعني: في التكفير بالعتق والصوم. (شرح بحر).

(٤) فإن السابق إلى الفهم من الآية هو الإباحة كما في التملك.

٢٤١٥- **سَأَلَتْ:** والواجب إخراجها من أي قوت في البلد، وندب من غالب قوته، والعدول إلى الأعلى، ويكره الأدنى، ويجزئ في الأصح.

٢٤١٦- **سَأَلَتْ:** [الهادي والشافعي]: ولا تجزي القيمة. إزيد بن علي وأحمد بن عيسى والقاسم والناصر والمنصور بالله والمؤيد بالله وأبو حنيفة]: تجزي؛ لما مر في الزكاة.

٢٤١٧- **سَأَلَتْ:** [العتره وأبو حنيفة وأصحابه]: وإنما يجزئ في الإباحة عونتان؛ إذ هو الوسط بين الثلاث والمرة في اليوم. [الإمام يحيى والشافعي]: بل شبعة واحدة؛ إذ هو أوسط ما يحتمله لفظ إطعام.

قلت: وجوب الصاع في التملك يقتضي العونتين في الإباحة؛ إذ هو قدرهما أو أكثر. **فَرَعٌ:** فإن ماتوا بعد إحدى العونتين أو بطل استحقاقهم بأي وجه استأنف المكفر، ويضمن الممتنع فيعلمهم أنه مكفر ليشبعوا ويحضروا للأخرى.

٢٤١٨- **سَأَلَتْ:** ولا بد من الإدام في الإباحة قولاً واحداً. [الهادي والناصر]: وفي التملك. [المؤيد بالله والشافعي]: لا.

لنا: ما سيأتي، وأعلاه اللحم والعسل وأدناه الخل واللبن وأوسطه السمن.

[الإمام يحيى]: ولا يجزئ^(١) الملح؛ إذ هو مما يصلح به الطعام كالماء.

٢٤١٩- **سَأَلَتْ:** [تخريج المؤيد بالله وتخريج أبي طالب]: وتجزئ الإباحة للمراهق؛ إذ لم تفصل الآية. [الأزرقى وأبو حنيفة وأصحابه]: يأكل قليلاً فلا يجزئ كمنصف^(٢) صاع. قلنا: لا نسلم في المراهق.

٢٤٢٠- **سَأَلَتْ:** فإن دفع الستين إلى ثلاثين رجع بنصفها إن كانت باقية ويين^(٣) أنها عن واحدة، وإن كانت تالفة فلا؛ إذ هو في حكم المبيع وفيه ما قدمنا من النظر^(٤)، ولو دفع الصاع إلى فقير مفرقاً في أوقات أجزاء؛ لتتام الصاع.

(١) حيث لم يجر عرف بأنه إدام. (شرح فتح معنى).

(٢) يعني: كما لو دفع إلى مسكين نصف صاع فإنه لا يجزي؛ لتقصانه، وكذلك إطعام الصغير. (شرح بحر).

(٣) يعني: وقد كان بين لهم أنها عن كفارة واحدة. (شرح).

(٤) وهو أنه لم يدفعه إلا في مقابلة براءته فإذا بطل العوض بطل المعوض كما مر في الزكاة. (زيد).

فَرْعٌ: [أبو طالب والقاضي زيد]: ويجوز وضع: كفارات ولو من جنس واحد^(١) في جماعة، ويكره مع وجود غيرهم؛ إذ القصد الموساة فإن تعذر إكمال العدد من بلدة فمن بلد أخرى.

٢٤٢١- **سَأَلَتْ:** [الهادي والمؤيد بالله والفريقان ورواية عن مالك]: ولا يطأ قبل الإطعام وحاله كالصوم. [تخريج أبي العباس ورواية عن مالك وعن سفيان الثوري]: لم تشتطه الآية إلا مع العتق والصوم.

قلنا: والإطعام مقيس؛ إذ القصد تقديم التكفير على المس.

فَرْعٌ: [أبو العباس وأبو جعفر وابن داعي والزمخشري]: فإن فعل لم يستأنف؛ إذ لم يشترط تقدمه، ولالإجماع.

قلنا: إن صح الإجماع فمسلم، وإلا فالقياس وجوبه.

٢٤٢٢- **سَأَلَتْ:** [القاسمية والفريقان ومالك]: وكفارة العبد شهران؛ إذ لم يفصل الدليل^(٢). [الصادق والباقر والناصر]: بل شهر؛ إذ هي عقوبة كالحلد. قلنا: بل عبادة فلا تنصف كالصلاة.

(١) كمن ظاهر من أربع زوجات له ولم يجب عليه إلا الإطعام فإنه يجوز أن يدفع إلى كل واحد منهم أربعة أصواع ولو في وقت واحد. (شرح بحر).
(٢) في ذلك بين الحر والعبد. (شرح بحر).

[٥٨]- باب [الإيلاء]

والإيلاء في اللغة: الحلف بالله مُطْلَقاً^(١). قال الشاعر^(٢):
 فأليت لا أرثي لها من كلالته ولا من وجى حتى تلاقي محمداً
 وفي الشرع: الحلف من الزوجة^(٣) أربعة أشهر فصاعداً، وكان في الجاهلية تحريماً
 مؤبداً، قيل: وفي أول الإسلام ثم نسخ.
 والأصل فيه قوله تعالى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ...﴾ الآية [البقرة: ٢٢٦]، وإيلاؤه
 ﷺ من نسائه^(٤)، والإجماع على إباحته^(٥).
 ٢٤٢٣- **سَأَلَتْ**: وصريحه: الحلف من جماعها بلفظ لا يحتمل غيره كالنون والياء
 والكاف، وإدخال الذكر في الفرج، ونحوهما^(٦)، فلا تعتبر النية فإن قال للبكر: لا
 افتضضتك احتمل الصريح للعرف، والكنية؛ إذ قد تفتض بالأصبع، ولا وطئت،
 ولا أصبتك صريح عرفاً، ومثله: لا جامعتك، فإن قال: بذكر صريح من الأصل.
 وكنيته: لا جمعنا ثوب واحد أو بيت واحد، ولأغايظتك بما تكرهين، ونحوه^(٧).
 [المذهب وقول للشافعي]: أو لا مسستك، أو لا أفضيت إليك؛ للاحتمال، والعجمي
 في ذلك كالعربي؛ إذ لم يفصل الدليل. [المذهب والإمام يحيى]: ولا غشيتك ولا قَرَبْتُكَ
 ولا باضعتك كناية. [الإسفراني]: صريح.

(١) أي: غير مقيد بمدة. (شرح بحر).

(٢) هو الأعشى والبيت من قصيدة مدح فيها النبي ﷺ حين وفد إليه.

(٣) أي: من وطئها.

(٤) قوله: «وإيلاؤه ﷺ من نسائه»: عن أنس بن مالك قال: ألقى رسول الله ﷺ من نسائه شهراً وكانت
 انفكت قدمه فجلس في عليّة له فجاءه عمر فقال: أطلقت نساءك؟ قال: ((لا، ولكن آليت منهن شهراً))
 فمكث تسعاً وعشرين ثم نزل فدخل على نسائه. هذه إحدى روايات البخاري (٥٢٨٩) وفيه روايات أخر
 له ولغيره، وفي معناه أحاديث. [والترمذي (٦٩٠)، وابن ماجه (٢٠٦١)، وأحمد (١٢٦٥٨)، والعلية:
 الغرفة في الطبقة الثانية من الدار وما فوقها. المعجم الوسيط].

(٥) ما لم يقصد الضرار. (غيث معني).

(٦) كالجماع بالذكر والافتضاض به ومن الصريح الوطء والجماع والوقاع.

(٧) لا دخلت عليك ولا دخلت علي وما أشبه ذلك من الألفاظ المحتملة للجماع وغيره. (شرح).

قلنا: محتمل.

٢٤٢٤- **سَأَلَتْ:** ولو قال: لا جامعتك إلا جماعاً ضعيفاً لم ينعقد، فإن قال: إلا جماع سوء وأراد الضعيف لم ينعقد؛ إذ الضعيف جماع، وإن أراد إلا في الدبر انعقد؛ إذ قد آلى من القبل، ولا اغتسلت ولا اجتنبت منك كناية، ولا كسوتك ولا أطعمتك غير صريح ولا كناية.

٢٤٢٥- **سَأَلَتْ:** وينعقد في الغضب إجماعاً. [ابن عباس والناصر ومالك]: لا في الرضا. [القاسمية والفريقان]: لم يفصل الدليل.

فإن حلف من الدبر لم ينعقد.

٢٤٢٦- **سَأَلَتْ:** ويتقيد بالشرط كالطلاق. [أبو طالب]: فإن قيده بمشيئتها اعتبر المجلس إن أتى بـ «إن» لأن «إن شئت» للفور؛ لما مر، لا متى شئت ونحوها فللترخي، ولا ينعقد إن قيد بمشيئة الله تعالى؛ إذ لا يريده ولا يكرهه؛ لإباحته.

فإن قال: إن لم يشأ الله تقيد به، فإن قال: لا وطئتك حتى كذا لم ينعقد إلا مع تيقن تأخره عن الأربعة. [مالك]: إلا أن يقول: حتى تفطمي ولدك فلا ينعقد مطلقاً^(١)؛ إذ القصد منفعة الولد لا الإيلاء؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لولا أن أشق لنهايت الرجال..)) الخبر^(٢).

قلنا: فيلزم لو آلى ليفرغ للعبادة، ولا قائل به.

(١) سواء تيقن تأخر الفطام عن الأربعة أم لا، والمذهب أنه لا ينعقد إلا حيث يعلم تأخره عنها؛ لأن المقصود هنا هو فعل الفطام لا مدته المقدرة له شرعاً. (شرح بحر).

(٢) (قوله): «لولا أن أشق على أمتي لنهيت على الغيل»: هكذا في الانتصار. والذي في الجامع عن جذامة بنت وهب أنها سمعت النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: ((لقد هممت أن أنهي عن الغيلة حتى ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلا يضر أولادهم)). هذه إحدى روايات حديث أخرجه الستة إلا البخاري. [أحمد (٢٧٤٨٧)، ومسلم (١٤٤٢)، وأبو داود (٣٨٨٢)، والترمذي (٢٠٧٧)، والنسائي (٣٣٢٦)، وابن حبان (٤١٩٦)].

(ح): الغيل - بفتح الغين المعجمة - وطء الموضع، وكذلك الغيلة بكسر الغين. «فائدة»: قال مالك: من حلف لامرأته لا يطأها حتى تفطم ولدها فإن ذلك لا يكون إيلاء، قال: وبلغني أن علي بن أبي طالب سئل عن ذلك فلم يره إيلاء. ذكره في الموطأ (١١٧٤). [أخرج نحوه البيهقي (١٥٠١٧)].

٢٤٢٧- **سَأَلَتْ:** [المذهب]: وينعقد وإن لم يقصد ضرراً كمن يضره الجماع. [المنصور بالله ومالك]: لا.

قلنا: لم يفصل الدليل.

٢٤٥- فصل: [في شروط الإيلاء]

وإنما ينعقد من مكلف مختار مسلم غير أخرس بالقَسَمِ فقط من زوجة تحته كيف كانت؛ لما سيأتي، ويصح من العبد إجماعاً؛ إذ لم تفصل الآية. [العترة ومالك وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: لا من كافر؛ لاستلزامه الكفارة وهي قرينة. [الأوزاعي والشافعي وأبو حنيفة]: لم تفصل الآية فيصح من الذمي ويكفر بالعتق.

قلنا: خصصها القياس (١).

فَرَعٌ: وينعقد بالقسم (٢) إجماعاً؛ للآية. [العترة وقول للشافعي]: لا بالمركبة؛ إذ لا تسمى آليّة. [الشافعي وأبو حنيفة وأصحابه ومالك]: بل تدخل في الآية.

قلنا: لا نسلم لغة ولا عرفاً.

ولا بالحلف بالأنبياء والقرآن؛ إذ ليست يميناً عندنا؛ لما سيأتي.

فَرَعٌ: وإنما ينعقد من الزوجة لا الأجنبية إجماعاً؛ لقوله تعالى: ﴿مِنْ ذَسَائِهِمْ﴾

[البقرة: ٢٢٦]، والمراد الزوجات بلا خلاف.

٢٤٢٨- **سَأَلَتْ:** [المذهب وابن الصباغ]: ولا ينعقد بالأجنبية وإن تزوجها في المدة كالطلاق. [الطبري ومالك]: إذا تزوجها وقد بقيت الأربعة صار كمن آلى ثم خالعه ثم تزوجها في المدة.

قلنا: ذاك آلى وهي زوجته فافترقا.

٢٤٢٩- **سَأَلَتْ:** [المذهب]: ولا إيلاء من مطلقة ولو رجعية كالأجنبية، خلاف من يقول بتوالي الطلاق و[ابن أبي الفوارس والوافي].

(١) على سائر العبادات ولأن الآية خطاب للمسلمين. (شرح).

(٢) وكذا بالتحريم عند من جعله يميناً. (بيان).

فَرَعٌ: [لهم]: ومدته من يوم اليمين. [الشافعي]: بل من يوم الرجعة.

قلنا: لا يمنع الوطء في عدة الرجعي فيكون من يوم اليمين كالزوجة.

٢٤٣٠- **سَأَلَتْ:** ولا يصح من المملوكة؛ لقوله تعالى: ﴿مِنْ نِسَائِهِمْ...﴾ [البقرة: ٢٢٦]، وهن الزوجات عرفاً، ولقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ [البقرة: ٢٢٧].

٢٤٣١- **سَأَلَتْ:** ويصح من المجبوب وإن استؤصل؛ إذ لم يفصل الدليل.

[الإمام يحيى وقول للشافعي]: ويحتمل أن لا ينعقد؛ للاستحالة كصعود السماء. وينعقد من المريض والمحبوس؛ للآية.

٢٤٣٢- **سَأَلَتْ:** [القاسمية والفريقان ومالك والأوزاعي]: ويصح مبهماً كالطلاق، فمن حلف لا قرب واحدة من نسائه انعقد منهن جميعاً؛ للإبهام (١). [الناصر]: لا؛ إذ لا بد من تعيين المحلوف منه، وإلا كان كقوله: لا قاربت، ولم يذكر أحداً. قلنا: العلم بها جملة يغني عن التفصيل كالطلاق المبهم (٢).

[أبو حنيفة والشافعي]: ينعقد ما لم تمت إحداهن فيسقط، لا إذا طلقها. [أبو يوسف وزفر ورواية عن أبي حنيفة]: لا ينعقد حتى يطأ الثلاث فينعقد للرابعة.

فَرَعٌ: [أبو طالب]: فيوقف لكل واحدة بعد مضي الأربعة، ومن وطئها ارتفع حكم الإيلاء في حقها، لا غير.

وإذا حلف لا وطئهن ونوى جميعاً لم يحنث إن بقيت واحدة إجماعاً.

[الهادي وأبو طالب ومالك]: فإن لم ينو حنث بالبعض؛ إذ لا يصدق عليه نفي الوطء.

[أبو العباس والفريقان]: لا؛ إذ حلف من الجميع.

قلنا: اللفظ يحتمل هذا وغيره.

(١) يعني: لأجل أن المحلوف منها هنا مبهمة غير معينة وذلك يقتضي ثبوت الحكم لجميعهن لعدم المخصص حيثئذ. (شرح بحر).

(٢) فإنه لو قال: إحداكن طالق فإن الطلاق واقع مع كون المطلقة غير معلومة تفصيلاً فهكذا يجب مثله في الإيلاء. (شرح بحر).

[الإمام يحيى]: ولا تعدد الكفارة على القولين؛ إذ هي يمين واحدة.
 [الإمام يحيى]: فإن طلق إحداهن بقي حكم الإيلاء في الباقي، وكذا لو ماتت.
 فلو راجع المطلقة في المدة رجع حكم الإيلاء، وإن وطئ^(١) إحداهن ارتفع حكم الإيلاء عنهن جميعاً؛ إذ انحلت بالحنث.
 ٢٤٣٣- **سَأَلَتْ:** ويصح من الصغيرة والمجنونة والرتقاء ونحوها^(٢)؛ لعموم الآية، ولا يُطالَبُ ولي الصغيرة؛ إذ هو حق لا تصح فيه النيابة؛ إذ القصد التلذذ.
 [الإمام يحيى]: بل الإمام أو الحاكم.
 قلت: فيه نظر^(٣).

[المذهب]: وغير المدخولة. [الصادق والباقر والناصر]: لا.
 قلنا: لم يفصل الدليل.
 ٢٤٣٤- **سَأَلَتْ:** [العتره والشافعي ومالك والليث بن سعد]: وإذا طلقها في مدته لم يكن بائناً؛ إذ لا موجب لذلك.

[أبو ثور]: أراد البائن بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ [البقرة: ٢٢٧]، وإلا كان كالفيئة^(٤)؛ لبقائها في حكمه فيكون^(٥) تكراراً بخلاف البائن؛ لملكها نفسها.
 قلنا: لا نسلم بقاء المطلقة في حكمه حتى يراجع وبعد الرجعة تطالب.
 ٢٤٣٥- **سَأَلَتْ:** فإن راجع بالقول عادت المطالبة^(٦)، وبالوطء فيئة.

(١) قبل الأربعة. (بيان). وأما إذا وطئ بعد الأربعة فللبواقي المطالبة لرفع الغضاضة.
 (٢) العفلاء والقرناء. (شرح).
 (٣) لعل وجه النظر: هو أن ولاية الأب أخص من الإمام والحاكم فإذا كانت المطالبة لا تصح من الأب فعدم صحتها منها أولى، والله أعلم. (زيد).
 (٤) يعني: أنه لو أراد تعالى الطلاق الرجعي ولم يرد البائن لكان ذكر الطلاق في الآية تكراراً لذكره الفيئة فيها لا فائدة فيه؛ لأن الرجعية في حكم الزوجة بخلاف الطلاق البائن فإنها تملك نفسها فيه فيكون هو المراد في الآية. (شرح).
 (٥) الطلاق.
 (٦) مهما كانت مدة الإيلاء باقية.

٢٤٣٦- **سَأَلَتْ:** فَإِنْ انْقَضَتِ الْعِدَّةُ قَبْلَ الْفِيءِ بَطَلَ الْإِيْلَاءُ فَإِنْ عَقَدَ بِهَا عَادَ حُكْمَهُ (١).

٢٤٣٧- **سَأَلَتْ:** [أَبُو الْعَبَّاسِ وَأَبُو طَالِبٍ وَسَفِيَانُ الثَّوْرِيِّ وَأَبُو حَنِيفَةَ وَقَوْلُ لِلشَّافِعِيِّ]: وَيُهْدِمُهُ لَا الْكُفْرَةَ التَّثْلِيثَ؛ إِذْ يَصِيرُ كَالْمَوْلِيِّ مِنَ الْأَجْنِبِيَّةِ؛ لَمَّا مَرَّ (٢) فِي هُدْمِهِ الشَّرْطِ. [الْهَادِي وَالْمُوَيْدُ بِاللَّهِ وَالْإِمَامُ يَحْيَى وَمَالِكٌ وَحَمَادٌ وَزُفَرٌ وَقَوْلُ لِلشَّافِعِيِّ]: لَمْ تَفْصَلْ آيَةَ الْإِيْلَاءِ.

قلنا: القياس مخصص كالنص.

٢٤٣٨- **سَأَلَتْ:** وَلَا يَنْهَدُمُ (٣) بِالرَّدَةِ وَتَعُودُ الْمَطَالِبَةُ بِالْإِسْلَامِ؛ لِعُودِ الزَّوْجِيَّةِ.

٢٤٣٩- **سَأَلَتْ:** [الْعَتْرَةُ وَالشَّافِعِيُّ]: وَلَوْ عَفَتْ عَنِ الطَّلَبِ ثُمَّ رَجَعَتْ فِي الْمُدَّةِ طَالِبَتْ؛ إِذْ يَتَعَلَّقُ الْعَفْوُ بِهَا تَسْتَحِقُّهُ فِي الْحَالِ، لَا فِي الْمُسْتَقْبَلِ؛ إِذْ هُوَ حَادِثٌ لَمْ يَمْلِكْ حِينَ الْعَفْوِ كَمُسْتَقْبَلِ النِّفْقَةِ. [الْمُوَيْدُ بِاللَّهِ]: لَا تَرْجِعُ فِيهَا (٤)؛ إِذْ يَصِحُّ الْإِبْرَاءُ مِنَ الْمُسْتَقْبَلِ؛ لَوْجُودِ سَبَبِهِ وَهُوَ النِّكَاحُ كَالْأَجْرَةِ.

قلنا: الأجرة معاوضة محضة فافترقا.

٢٤٤٠- **سَأَلَتْ:** [الْقَاسِمِيَّةُ وَالشَّافِعِيُّ]: وَالْأُمَّةُ فِي ذَلِكَ كَالْحَرَّةِ إِذْ لَمْ يَفْصَلِ الدَّلِيلُ. [زَيْدُ بْنُ عَلِيٍّ وَأَحْمَدُ بْنُ عَيْسَى وَمَالِكٌ وَالنَّاصِرُ وَأَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ]: بَلْ إِيْلَاؤُهَا شَهْرَانٌ تَنْصِيفًا إِلَّا أَنْ تَعْتَقَ انْتَقَلَتْ إِلَى مَدَّةِ الْحَرَائِرِ.

[الْمَذْهَبُ]: وَالْعَبْدُ كَالْحَرِّ. [مَالِكٌ]: بَلْ مَدَّةُ إِيْلَائِهِ شَهْرَانٌ.

قلنا: لم يفصل الدليل.

(١) هذا مع بقاء مدته. (بيان).

(٢) من أن الثلاث قاطعة للملك بالكلية فكان ما قبلها كقبل النكاح.

(٣) يعني حكم المرافعة للزوجة فأما اليمين فقد بطلت بالردة. (كواكب وشرح فتح).

(٤) أي: ليس للزوجة أن ترجع في مستقبل النفقة فكذا ليس لها أن ترجع في العفو عن الطلب كما في الإبراء من الأجرة بعد عقد الإجارة. قلنا: الأجرة معاوضة محضة بخلاف عقد النكاح فليس العوض فيه النفقة على جهة التحقيق وإن دخل ذلك ضمناً فلم يصح البراء من مستقبلها بخلاف الأجرة ونقيس الإيلاء على النفقة. (شرح بحر).

٢٤٦- فصل: [في أقسام الإيلاء]

والإيلاء: مطلق ومؤقت.

٢٤٤١- **سَأَلَتْ:** [القاسم والهادي والمؤيد بالله والإمام يحيى وأبو حنيفة وأصحابه وقول للشافعي]: وينعقد مع الإطلاق^(١)؛ إذ لم تفصل الآية. [المنتخب وأبو العباس]: لا ينعقد؛ لدلالة الآية على التقييد [التوقيت].

قلنا: بل على مدة التربص فقط.

٢٤٤٢- **سَأَلَتْ:** [العترة والحنفية]: وينعقد المقيد بالأربعة؛ لظاهر الآية. [الشافعي ومالك]: لا بد من زيادة تسع المرافعة؛ إذ يرتفع حكم الإيلاء بمضي الأربعة، ولا يثبت حكمه قبلها فبطل.

قلنا: ارتفاع الحث لا يرفع حكم الإيلاء؛ إذ هما شيئان مختلفان.

قلت: وفيه نظر^(٢).

٢٤٤٣- **سَأَلَتْ:** [العترة والفقهاء الأربعة]: ولا ينعقد بدون الأربعة؛ إذ علق حكمه في الآية بها. [ابن مسعود وابن سيرين وابن أبي ليلى والحسن البصري وقتادة وإبراهيم النخعي وحماد وابن عيينة]: بل ينعقد؛ إذ القصد مضارة الزوجة وهو حاصل في دونها.

قلت: ولعلمهم يجعلون المرافعة بعد الأربعة؛ لثلاث يخالف النص.

لنا: الآية وقول علي عليه السلام وابن عباس: (لا ينعقد بدونها)^(٣)، وهو توقيف فلا يعارض بالاستنباط.

(١) وذلك نحو أن يقول: والله لا وطأتك ولا يذكر مدة. (شرح بحر).

(٢) وجه النظر: أن ثمرة المرافعة رفع الإيلاء بالفئنة وقد ارتفع ولأصحابنا أن يجيبوا بأن المطلوب ليس مجرد ارتفاع الإيلاء بل ارتفاعه بالوطء فيجوز المرافعة مهما لم يطق ولهذا يطالب به بعد الفئنة باللفظ متى قدر هكذا في حاشية الأم بخطه عليه السلام. (زيد).

(٣) (قوله): «وقول علي عليه السلام وابن عباس لا ينعقد بدونها»: حكى في الشفاء عن زيد بن علي عن آبائه عن علي عليه السلام أنه قال: «الإيلاء هو القسم وهو الحلف فإذا حلف الرجل لا يقرب امرأته أربعة أشهر أو أكثر من ذلك فهو مول، وإذا حلف دون أربعة أشهر فليس بمول». [الإمام زيد في المجموع ومن طريقه علي بن بلال في شرح الأحكام، والمؤيد بالله أيضاً في شرح التجريد]. وفيه عن ابن عباس قال: «كان إيلاء أهل الجاهلية السنة والستين فوقت الله تعالى أربعة أشهر فمن كان إيلاؤه دون ذلك فليس بإيلاء». [علي بن بلال في شرح الأحكام مسنداً، وعبدالرزاق (٦/٤٤٧)].

٢٤٤٤- **سَأَلَتْ:** [العترة والفقهاء الأربعة]: وينعقد بأكثر من الأربعة؛ إذ لم تفصل الآية. [ابن عباس]: لا ينعقد إلا مؤبداً؛ إذ القصد الإضرار.

قلنا: يحصل بالمؤقت أيضاً بدليل فعل عمر حين سمع: ألا طال هذا الليل..
الآيات (١).

٢٤٤٥- **سَأَلَتْ:** ولو قال: خمسة أشهر فإذا انقضت فوالله لا وطئتك سنة،
فإيلاء ان يوقف لكل واحد.

فإن لم يقل: فإذا انقضت، فاحتملان: أصحهما إيلاء ان أيضاً.

[أبو العباس]: ومثله سنة ثم بعدها سنة؛ إذ لو انفرد كل واحد كان إيلاء صحيحاً.
[بعض أصحاب الشافعي]: إيلاء واحد فيتداخلان؛ إذ لم يفد الثاني إلا الزيادة في الأول (٢).

قلت: وهو قوي.

٢٤٤٦- **سَأَلَتْ:** ولو حلف منها ثلاثة أشهر ثم في الشهر الثاني حلف كذلك ثم لم
يزل على ذلك [هكذا] ففيه تردد: الأصح: لا يكون مولياً، وإن حصل الضرر؛ إذ لم
يقيد بأربعة، ولو قال: إذا مضت خمسة أشهر فوالله لا وطئتك بعدها- صار مولياً
بعد الخمسة ونحو ذلك (٣).

(١) (قوله): «بدليل فعل عمر.. إلخ»: روي عن عمر بن الخطاب أنه مر يوماً في موضع من المدينة ليلاً فسمع
امرأة تقول:

ألا طال هذا الليل وأزورّ جانبه	وليس إلك جنبي خليل ألاعب
فوالله لولا الله لا شيء غيره	لزلزل من هذا السرير جوائبه
مخافة ربي والحياء يكفني	وإكرام بعلي أن تُنال مراكبه

فسأل عمر عن حالها فأخبر أن زوجها قد بعته للجهاد، فلما كان من الغد سأل عمر نسوة كم تصبر المرأة عن
زوجها؟ فقلن: شهرين ويقل صبرها في ثلاثة أشهر، ويفنى الصبر في أربعة أشهر. فضرب عمر لهم ملة
أربعة أشهر، فكلما أقام الرجل في الغزو أربعة أشهر قدم إلك أهله وذهب مكانه غيره، وكتب إلك أمراء الجهاد
والقائمين على الأجناد: ألا يحبس الرجل عن امرأته أكثر من أربعة أشهر. هكذا حكاها في الانتصار. وقد ذكر
هذه القصة في التلخيص بروايات تزيد وتنقص. [ورواه البيهقي (١٧٦٢٨)، وعبدالرزاق (١٢٥٩٣)].

(٢) فيدخل الثاني فيه.

(٣) من الشروط، إذا قدم زيد، وإذا دخل، وإذا شئت، وإذا شاء زيد، فإنه في ذلك كله يصير مولياً بعد
حصول الشرط فتعتبر المدة من بعد ذلك. (شرح بحر).

ولو قال: لا وطئتك حتى تصعدي السماء أو أبدأ أو عمري أو عمرك أو إلى يوم القيامة أو خروج عيسى أو الدجال- انعقد؛ إذ الظاهر تأخر هذه عن الأربعة، وكذا لو قال: حتى أصل الصين والمسافة أربعة فصاعداً، وكذا حتى أموت أو تموتي.

[الإمام يحيى]: وكذا حتى يموت زيد في أصح الاحتمالين.

قلت: بل المذهب و[أبو حنيفة]: ليس بإيلاء. [مالك]: بل إيلاء.

قلنا: يجوز موته قبل مضي الأربعة.

ولو قال: حتى يقدم زيد أو نحوه^(١) لم ينعقد إلا أن يعلم تأخره عن الأربعة.

٢٤٤٧- **سَأَلَتْ**: ولا ينعقد مع الاستثناء إلا حيث تبقي معه أربعة.

[المذهب والفريقان]: فلو قال: سنة إلا يوماً لم ينعقد^(٢). [زفر]: ينعقد ويكون اليوم

من آخرها.

قلنا: لا وجه لتعيينه، لاحتمال كونه أولاً وآخرأً ووسطاً.

[المذهب والفريقان]: ولا ينعقد بلفظ التشريك؛ إذ ليس بيمين ولا من كنياتها.

٢٤٤٨- **سَأَلَتْ**: [أبو العباس]: ولو آلى ثم ظاهر أو العكس كفر لظهاره، ثم وطئ،

ثم كفر للإيلاء؛ لوجوب تقديم الأولى^(٣) وتأخير الثانية، ولا تتداخل الكفارتان؛

لنص علي عليه السلام على ذلك^(٤)، وله الاستمتاع في مدة الإيلاء؛ لا الظهار.

٢٤٤٩- **سَأَلَتْ**: [العترة والفريقان]: ولا يوقف من امتنع من الوطاء من غير إيلاء؛ إذ

لا دليل. [أحمد بن حنبل]: يوقف بعد الأربعة إذا قصد الإضرار.

قلنا: لا دليل.

(١) حتى يجز هذا العجين أو يفسد هذا الطبخ أو يحف هذا الثوب من غسله أو تطهري من حيضك. (زيد).

وما أشبه ذلك فإن ما هذا حاله لا يكون مولياً؛ للقطع بأنه يوجد في أقل من أربعة أشهر. (شرح بحر).

(٢) حتى يظاً ويبقى من المدة أربعة فصاعداً فيصير مولياً لما بقي. (شرح بحر).

(٣) وهي كفارة الظهار.

(٤) قوله: «لنص علي عليه السلام على ذلك»: روي عن علي عليه السلام أنه قال: «لا يدخل إيلاء في ظهار ولا ظهار في إيلاء»

حكاة في الانتصار. [أخرجه أحمد بن عيسى في الأمالي، والعلوي في الجامع الكافي، وعبدالرزاق (١١٥٧٢)].

٢٤٧- فصل: [في المطالبة في الإيلاء]

والإيلاء متى تكاملت قيوده أوجب للزوجة حق المطالبة بالفيء إجمالاً.
 ٢٤٥٠- **سَأَلَتْ:** [علي وعمر وعائشة ثم العترة والشافعي ومالك وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه]: ولا تطالب بالفيء قبل الأربعة؛ للآية^(١). [ابن مسعود وزيد بن ثابت وابن أبي ليلى وسفيان الثوري وأبو حنيفة]: بل تطالب؛ لقراءة ابن مسعود: «فإن فاءوا فيهن»، وإذا جاز الفيء جاز الطلب؛ إذ هو تابع.
 قلنا: تبطل فائدة التربص^(٢). سلمنا: فالشاذة تناولت الفيء ولا جامع بينه وبين الطلب.

٢٤٥١- **سَأَلَتْ:** [ابن عباس وعثمان وزيد بن ثابت وابن مسعود ثم العترة ومالك والشافعي والليث بن سعد]: ويوقف الزوج بعد الأربعة للفيئة أو الطلاق؛ لظاهر الآية. [أبو حنيفة وأصحابه وسفيان الثوري]: بل يقع الطلاق بمضي الأربعة ولم يفيء فيها؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ [البقرة: ٢٢٧]، [إذ لا مقتضى للبينونة] بعد قوله: «فإن فاءوا فيهن». [أبو حنيفة وأصحابه]: ويكون بائناً؛ إذ لا فائدة لها في الرجعية. [الأوزاعي]: بل رجعيّاً؛ إذ لا مقتضى للبينونة، ولقول علي عليه السلام^(٣): (إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة).
 قلنا: حُجِّلَ على أنه وُقِفَ فطلق؛ إذ الوقف قول أربعة عشر من الصحابة^(٤)؛ لظاهر الآية.

- (١) فإنها دالة على أن مدة التربص حق للزوج، فلا يجوز أن يجعل الحق عليه كما لا يجوز المطالبة بالدين مع استقرار الأجل. (شرح بحر).
 (٢) وهو سقوط المطالبة في الأربعة فلو جازت المطالبة فيها لذلك كان مناقضاً لموضوعها. (شرح بحر).
 (٣) قوله: «ولقول علي عليه السلام»: إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة: حكاية في الانتصار وتأوله. [أخرجه عن عمر الدارقطني (٦٣/٤)، والبيهقي (١٥٠٠٠)].
 (٤) قوله: «أربعة عشر من الصحابة»: عن نافع قال: قال ابن عمر: إذا مضت أربعة أشهر يوقف حتى يطلق ولا يقع عليه طلاق حتى يطلق يعني المولي. قال: ويذكر ذلك عن عثمان وعلي وأبي الدرداء وعائشة وأبي هريرة وعمر بن الخطاب وأصحاب النبي صلى الله عليه وسلم. أخرجه البخاري (٥٢٩١)، وللموطأ نحو الطرف الأول منه. وأخرج الموطأ (١١٦٢) عن علي عليه السلام أنه كان يقول: «إذا أكل الرجل من امرأته لم يقع عليه طلاق، وإن مضت الأربعة الأشهر حتى يوقف فإما أن يطلق وإما أن يفيء». [البيهقي (١٤٩٩٢)].

٢٤٥٢- **سَأَلَتْ:** [المذهب والشافعي ومالك]: ولها المطالبة وإن انقضت مدة الإيلاء كالدين بعد مضي أجله، ولو وقف علي عليه السلام رجلاً آلى من امرأته بعد مضي سنة (١). قلت: وقد مضى خلاف أبي حنيفة.

ويصح الفيء قبل مضي الأربعة إجماعاً كتعجيل المؤجل.

٢٤٥٣- **سَأَلَتْ:** [العترة والحنفية ورواية عن أحمد بن حنبل]: فإن امتنع من الفيء والطلاق حبس ولا يطلق عنه الحاكم؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾ [البقرة: ٢٢٧]، فأضاف إليهم. [الشافعي (٢) ومالك ورواية عن أحمد بن حنبل]: تدخله النيابة فينوب عنه كقضاء الدين.

قلنا: الدين حق مالي فافترقا، وقال صلى الله عليه وسلم: ((الطلاق لمن أخذ بالساق)).

٢٤٥٤- **سَأَلَتْ:** [القاسم والهادي]: فيحبس حتى يطلق أو يفيء القادر بالوطء، وأقله موجب الغسل في القبل، وفي البكر إذهاب بكارتها، ولا يكفي الدبر؛ إذ لا يزول به الضرر، فإن باشرته نائماً لم يحنث. [الإمام يحيى]: ولا يسقط حكم الإيلاء؛ إذ تستحق الفيئة بفعله لا فعلها.

فإن باشر محرماً أو صائماً أو مكرهاً (٣) ارتفع الإيلاء بالحنث.

٢٤٥٥- **سَأَلَتْ:** ولو نشزت مدة الإيلاء لم تحسبها (٤).

[أبو طالب]: فإن وطئها ناشئة ارتفع الإيلاء.

[الإمام يحيى]: ولو وطئها مجنوناً لم يحنث؛ لرفع القلم.

قلت: بل يحنث عندنا.

[الإمام يحيى]: وفي رفع الإيلاء وجهان: أصحهما: يرتفع؛ لزوال الضرر.

(١) (قوله): «ولو وقف علي عليه السلام»: حكى في الشفاء عن علي عليه السلام أنه وقف رجلاً آلى من امرأته بعد سنة أن يفيء أو يعزم وكان يقول: «لا أرى امرأته تبين حتى يوقف». [أخرجه أحمد بن عيسى في الأمالي، ومن طريقه علي بن بلال في شرح الأحكام].

(٢) (اسحاق بن راهويه). زيادة في بعض النسخ. و(مالك) ساقط في نسخة.

(٣) له فعل.

(٤) بل تحسبها وهو ظاهر التذكرة والأزهار. والآية أيضاً.

٢٤٥٦- **سَأَلَتْ:** وليس لها المطالبة وفيها عذر يمنع الوطء^(١): عقلي أو شرعي كالحبس والمرض والإحرام؛ إذ المانع من جهتها، فإن جُنَّ الزوج أو أغمي عليه فلا تطالبه حتى يفيق؛ إذ لا تكليف عليه.

٢٤٥٧- **سَأَلَتْ:** [العتره والفريقان]: والعاجز والمعذور يفيء بلسانه حتماً. [أبو ثور]: لا يلزم؛ إذ لا يزول به الضرر.

قلنا: لم يمكنه إلا اللفظ فلزم كالشفيع الغائب^(٢)، ويكلف متى قدر. **فَرَعٌ:** ولفظ الفيء: ندمت على يميني ولو قدرت الآن لفعلت، أو رجعت عن يميني ونحوه^(٣).

[المذهب]: ولا حنث إلا بالوطء. [المنصور بالله]: يحنث العاجز باللفظ لقيامه مقام الوطء. قلنا: لم تعلق به اليمين.

[الحسن البصري وقول للشافعي]: إذا فاء في المدة فلا حنث ولو بالوطء؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة].

قلنا: يعني مع الكفارة جرياً على قياس الأيمان.

٢٤٥٨- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: ومتى قدر لم يؤخر ساعة واحدة؛ إذ لا وجه يقتضي التوسيع بعد التضيق إلا بعد مضي مدة الإيلاء فيمهل يوماً أو يومين؛ لضعف حكمه بعد مضي المدة؛ إذ لا حنث ولا إجماع على المطالبة.

[الإمام يحيى]: ويمهل حتى يأكل أو يشرب أو يصلي أو يخف الشابع أو ينام الناعس إجماعاً؛ للمسامحة في ذلك، لا شهراً ونحوه إجماعاً، وفي الثلاثة الأيام وجهان: يلزم فصلاً بين قليل المدة وكثيرها، ولا؛ إذ لا عذر.

(١) لعله حيث طالبت بالوطء لا بالفية باللسان.

(٢) فإنه يجب عليه أن يشهد على نفسه أنه يطالب بها. (شرح بحر).

(*) بل فإنه يطلب بلسانه؛ إذ الإشهاد لا يعتبر إلا لرفع الشجار.

(٣) وذلك كأن يقول: إذا قدرت على الوطء فعلته أو يقول: فئت عن يميني.

٢٤٥٩- **سَأَلَتْ:** ولها توكيل من يطالبه، فالغائب يطلق أو يرجع (١) فوراً إن لم يستوطن مكانه فيطلبها إليه.

٢٤٦٠- **سَأَلَتْ:** ويُطالَب المحرم فيفيء باللفظ، فإن أراد الفيء بالوطء فلها الامتناع؛ للتحريم في الأصح، ويُطالَب المظاهر.

فإن تعذر العتق لم يمهل مدة الصوم لطولها بل يفيء باللفظ، فإن أراد بالوطء قبل التكفير فكالمحرم.

٢٤٦١- **سَأَلَتْ:** والقول له في العجز؛ إذ لا يعلم إلا من جهته، وقيل: بل يطلق إن كذبت؛ إذ الظاهر السلامة، وليس للسيد مطالبة زوج أمته كالولي؛ لما مر.

٢٤٦٢- **سَأَلَتْ:** [المذهب]: وإذا انفسخ نكاح المولى منها بأي وجه ثم عادت إليه ولو بعد زوج عاد حكم (٢) الإيلاء؛ للآية. [الشافعي]: لا، كعودها إليه بعد التثليث.

٢٤٦٣- **سَأَلَتْ:** والمجبوب المستأصل يفيء باللسان؛ لتعذر الوطء منه، وكذا العين بعد (٣) المهلة.

٢٤٦٤- **سَأَلَتْ:** والقول لمنكر وقوع الإيلاء ومضي مدته والوطء في غير المدخولة؛ إذ الأصل عدم ذلك.

[الإمام يحيى]: والقول للزوج في وطء المدخولة؛ إذ هي تدعي موجب رفع النكاح والأصل بقاؤه.

قلت: وفيه نظر (٤)، ويعمل بقول العدالة في (٥) البكر.

(١) أي: يرجع من مكان الغيبة إلى مكان الزوجة، ويكون ذلك على الفور حسب الإمكان، فإن كان له عذر عن الرجوع فوراً فاء بلسانه أو طلق في الحال، وإن استوطن المكان الذي هو فيه أو كان وطناً له من قبل فله طلب الزوجة إليه. (شرح بحر).

(٢) حيث مدته باقية. (زيد).

(٣) الأولى أنه يجب عليه أن يفيء باللفظ لعجزه عن الوطء ولا يمهل ويكلفه متى قدر، والله أعلم.

(٤) لعل وجه النظر: هو أن الزوج مقر بوجوب الموجب من جهته لكن ادعى زواله بالوطء والأصل عدمه فبين والله أعلم وتكون البينة على إقرارها أو المفاجأة. (زيد).

(٥) فإن قالت العدالة: هي بكر، فالقول قولها مع يمينها، وإن قالت العدالة: ثيب، فالقول قول الزوج مع يمينه. (زيد).

[٥٩]- باب اللعان

هو مصدر لاعن، واللعن في اللغة: الطرد. وفي الشرع: الإبعاد من رحمة الله تعالى، وسبب تلقيب الباب لعاناً وقوع اللعن من الزوج آخر الأيمان. والأصل فيه الآية، وفعله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مع هلال وعويمر العجلاني^(١)، والإجماع ظاهر.

(١) قوله: (فوفعله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مع هلال وعويمر العجلاني): أما حديث هلال فعن ابن عباس قال: جاء هلال بن أمية - وهو أحد الثلاثة الذين تاب الله عليهم - من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلاً فرأى بعينه وسمع بأذنه فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: يا رسول الله إني جئت أهلي عشاء فوجدت عندهم رجلاً فرأيت بعيني وسمعت بأذني، فكره رسول الله ما جاء به واشتد عليه فنزلت: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾ [النور]. إلى قوله: ﴿وَالْحَامِسَةَ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ﴾ [النور]. فسرى عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وقال: ((أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجاً ومخرجاً)). قال هلال: قد كنت أرجو ذلك من ربي تعالى. فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أرسلوا إليها)) فجاءت فتلاها عليها رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وذكرها وأخبرها أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا، وقال هلال: لقد صدقت عليها فقالت: كذب. فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لاعنوا بينها)) فشهد هلال أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين فلما كانت الخامسة قيل له: يا هلال اتق الله، فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب. فقال: والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها، فشهد الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. ثم قيل لها: اشهدي فشهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين، فلما كانت الخامسة قيل لها: اتقي الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة، وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت: والله لا أفضح قومي فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين. ففرق بينها رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا ترمى ولا يرمى ولدها، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد، وقضى أن لا يبيت عليه لها ولا قوت من أجل أنها يفرقان من غير طلاق ولا متوفى عنها. وقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إن جاءت به أصيغب أرنسبح أئيبج ناتئ الألبتين حمش الساقين فهو لهلال، وإن جاءت به أورق جعداً جمالياً خدلج الساقين فهو للذي رميت به)) فجاءت به أورق جعداً جمالياً خدلج الساقين فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لولا الأيمان لكان لي ولها شأن)). وفي رواية: أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بشريك بن سحاء فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((البينة أو حد في ظهرك)) قال: يا رسول الله إذا وجد أحدنا رجلاً على امرأته يلتمس البينة، فجعل النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: ((البينة وإلا فحد في ظهرك)) فقال هلال: والذي بعثك بالحق إني لصادق، ولينزلن الله في أمري ما يرى ظهري من الحد، فنزلت: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾ فقرأ حتى بلغ: ﴿لَمِنَ الصَّادِقِينَ﴾. وانصرف النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأرسل إليها فجاء، فقام هلال بن أمية فشهد والنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: ((إن الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منك من نائب؟)) ثم قامت فشهدت فلما كان عند الخامسة: أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين وقالوا: إنها موجبة. قال ابن عباس: فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها سترجع فقالت: لا أفضح قومي سائر اليوم فمضت، فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((انظروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الألبتين خدلج الساقين فهو لشريك بن سحاء)) فجاءت به كذلك، فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لولا ما مضى من كتاب الله تعالى لكان لي ولها شأن)). أخرجه أبو داود (٢٢٥٦)، وأخرج البخاري (٤٧٤٧) والترمذي (٣١٧٩) الرواية الثانية، وأخرج مسلم (١٤٩٦) والنسائي (٤٣٦٩) نحوه من رواية أنس وهذا أتم. [وأبو داود (٢٢٥٤)، والطيالسي (٢٦٦٧)، وابن ماجه (٢٠٦٧)]. وأما حديث عويمر العجلاني فعن

٢٤٨- فصل: [في كيفية اللعان]

وكيفيته أن يقول الحاكم: قل: والله إني لصادق فيما رميتك به من الزنا ونفي ولدك هذا -أربعاً- ثم يخوفه قبل التأكيد بالخامسة، ويأمر من يضع يده (١) على فيه (٢)، فإن أبى أكد الخامسة، وكذلك الزوجة كفعله صلى الله عليه وسلم مع هلال وخولة (٣)

ابن شهاب أن سهل بن سعد الساعدي أخبره: أن عويمراً العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له: رأيت يا عاصم لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقنته فيقتلونه؟ أم كيف يفعل؟ فسل لي عن ذلك يا عاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم. فسأل عاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما رجع عاصم إلى أهله جاءه عويمر فقال له: يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ قال عاصم لعويمر: لم تأتني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل التي سألته عنها، فقال عويمر: والله لا أنتهي حتى أسأله عنها. فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم أوسط الناس فقال: يا رسول الله أرأيت لو أن رجلاً وجد مع امرأته رجلاً أيقنته فقتلونه أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((قد نزل فيك وفي صاحبك فاذهب فأت بها)) قال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغ قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم. قال ابن شهاب: فكانت سنة المتلاعنين. هذه إحدى روايات حديث أخرجه البخاري (٤٧٤٥) ومسلم (١٤٩٢) وأبو داود (٢٢٤٥) والنسائي (٣٤٦٦). وفي بعض رواياته زيادات وفيه طرق أخر وعن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم للمتلاعنين: ((حسابك على الله أحذركا كاذب لا سبيل لك عليها)) قال: يا رسول الله مالي؟ قال: ((لا مال لك، إن كنت صادقاً عليها فهو بما استحلتت من فرجها، وإن كنت كذبت عليها فذلك أبعث لك منها)) هكذا في إحدى روايات حديث أخرجه الستة. [البخاري (٥٠٠٦)، ومسلم (١٤٩٣)، وأبو داود (٢٢٥٧)، والنسائي (٣٤٧٦)، وأحمد (٤٥٨٧)، وعبدالرزاق (١٢٤٥٥)].

(ح): قوله: أصهب: الصهبة بين الحمرة والبياض [وهو الأشقر]، وأريصح بسين وحاء مهملتين [وفي سنن أبي داود: بالصاد والحاء]: قليل لحم الأيتين، وأثيبج أي كثير لحم الصدر، وناتي بنون وتاء مثناة فوقانية أي: مرتفع الأيتين، وحش الساقين: دقيقها. وأورق: بياض يضرب إلى سواد كلون الرماد، وجعدا أي الشعر منعقد، وجاليا: أي عظيم الخلقه [كأنه الجمل في القدر]. خدلج الساقين: أي مدلجها، وسابغ- بسين مهملة وبعد الألف باء موحدة ثم غين معجمة- أي عظيمها منبسطةها، والألية بفتح الهمزة مع التخفيف وقيل الأثيبج غليظ ما بين الكتفين تحت الكاهل وهو أصل العنق من اللحم، وقيل: ثبج كل شيء غلظه. [الخدلج: أي الضخم. قال في جامع الأصول: وإنما جاء بهذه الألفاظ مصغرة لكونها صفة لمولود. أهـ وقوله: «لم يهجه: أي لم يزعه ولم ينفره». نهاية].

(١) قوله: «ويأمر من يضع يده على فيه»: وذلك لما أخرجه النسائي عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر رجلاً حين أمر المتلاعنين أن يتلاعنا أن يضع يده على فيه، وقال: ((إنها موجبة)). [أخرجه أبو داود (٢٢٥٥)، والنسائي في الطلاق باب وضع اليد في المتلاعنين والبيهقي (٤٠٥/٧)].

(٢) ندباً.

(٣) قوله: «كفعله صلى الله عليه وسلم مع هلال وخولة»: قلت: ليس في شيء من روايات الجامع ذكر خولة لكن في الشفاء وأصول الأحكام عن ابن عباس ما لفظه: «لما نزلت هذه الآية: ﴿وَالَّذِينَ يَزُمُونَ الْمُبْحَنَاتِ﴾ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ... الآية [النور:٤]. قال عاصم بن عدي: رأيت يا رسول الله لو وجدت رجلاً علي بطن امرأتي فقلت لها: يا زانية أتجلدي ثمانين جلدة؟ قال: ((كذلك يا عاصم نزلت الآية)) فخرج سامعاً مطيعاً

في خبر ابن عباس.

٢٤٦٥- **سَأَلَتْ**: [العترة وقول للشافعي]: وهو يمين؛ لقوله ﷺ لهلال: ((قم فاحلف))^(١). [الإمام يحيى والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه]: بل شهادة فيعتبر لفظها؛ لقوله تعالى: ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ...﴾ الآية [النور:٦]، ولقوله ﷺ لهلال: ((قم فاشهد)) في رواية.

قلت: روايتنا أشهر، ويعضدها قوله ﷺ لخولة: ((لولا الأيمان لكان لي ولها شأن))، وإذا لا شهادة لفاسق.

٢٤٦٦- **سَأَلَتْ**: وإذا فرق الحاكم بينهما بعد الأربع صح إجماعاً؛ لقوله ﷺ: ((فاشهد أربعاً))^(٢)، فاقضى أن الخامسة تأكيد فقط.

٢٤٦٧- **سَأَلَتْ**: [الأزرقي والإمام يحيى حكاية عن المذهب والشافعي]: فإن فرق بعد اثنتين أو ثلاث لم ينفذ؛ لمخالفة النص. [أبو حنيفة وأبو طالب]: بل ينفذ الحكم وإن أخطأ السنة؛ إذ لم يصرح بما إذا تقع الفرقة، ومن ثم اختلفوا:

[الشافعي]: بأيمان الزوج فقط. [الصادق والباقر والناصر ومالك]: بأيمانها.

وقيل: بأيمانها. وقيل: بالحكم وإن لم تستكمل الأيمان. وقيل: بهما^(٣) جميعاً

فلم يصل إلى منزله حتى استقبله هلال بن أمية وكان زوج ابنته خولة بنت عاصم فقال: ما وراءك؟ فقال: الشر، قال: وما ذاك؟ قال: رأيت شريك بن سحاء على بطن امرأتي يزني بها. فرجع إلى النبي ﷺ فأخبره هلال بالذي كان فبعث إليها فقال: ((ما يقول زوجك؟)) فأنكرت ذلك فأنزل الله تعالى آية اللعان: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ...﴾ الآية [النور:٦]. فأقامه النبي ﷺ بعد العصر على يمين المنبر فقال: ((يا هلال انت بالشهادة)) ففعل حتى قال: إن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. فقالت: كذب يا رسول الله، فأقامها مقامه فقالت: أشهد بالله ما أنا بزانية وإنه لمن الكاذبين حتى قالت الخامسة: أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين. ففرق بينهما رسول الله ﷺ وقال: ((لا يجتمعان إلى يوم القيامة)) وذكر نحو ما تقدم. [أخرجه المؤيد بالله بسنده في شرح التجريد].

(١) (قوله): «قم فاحلف»: حكى في الشفاء أن النبي ﷺ قال لهلال لما نزلت آية اللعان: ((قم فاحلف)) والله أعلم.

(٢) (قوله): «فاشهد أربعاً»: حكى في الانتصار أن النبي ﷺ قال لهلال: ((قم فاشهد أربع شهادات)) وقال لزوجه: ((قومي فاشهدي أربع شهادات)).

(٣) بالأيمان وبالحكم.

فصارت اجتهادية فينفذ الحكم.

قلنا: الحكم إذا خالف ظاهر النص نقض ما لم يعارض بمثله.

قلت: فإن حكم بعد تحليف الزوج فقط لم ينقض (١)؛ إذ قد قال به قائل.

٢٤٦٨ - **سَأَلَتْ**: وإذا قال في الخامسة: أبعد الله إن كان من الكاذبين، أو قالت في

خامستها: سخط الله عليها- [الإمام يحيى]: صح في الأصح؛ إذ القصد المعنى.

[الإمام يحيى]: وإن قدم الخامسة أو وسطها خطأ؛ لمخالفة ترتيب الآية، وفعله

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ويحتمل الجواز؛ لحصول المقصود (٢).

[الإمام يحيى]: وتغني الإشارة إليها عن ذكر اسمها ونسبها، ويحتمل الجمع؛ لبنائه

على التعليل، ويعتبر حضور الإمام أو الحاكم إجماعاً (٣)؛ إذ هو شهادة أو يمين،

وإنما يكونان عند أيهما. فلو حلفا قبل أمر الحاكم أعاداً بأمره؛ إذ لم يعتد صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

بيمين ركاة (٤) قبل أن يطلبها منه حتى أعاد.

[الإمام يحيى]: ولو حلفا عند من حكماه لم ينفذ في الأصح؛ إذ يجب الحد بالنكول

وليس إليه.

[أبو جعفر]: وكذا من جهة خمسة.

٢٤٦٩ - **سَأَلَتْ**: وإذا أراد نفي الولد فلا بد أن ينسبه إلى الزنا في أيانه مصرحاً،

وإن قذفها بمعين ذكره في أيانه كأصل الزنا؛ إذ هو من متعلقه.

٢٤٧٠ - **سَأَلَتْ**: والسنة تقديم الزوج إجماعاً.

[المؤيد بالله وأبو طالب وأبو العباس وأحد قولي الهادي والإمام يحيى والشافعي]: ويجب؛

لظاهر الآية، ولفعله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بياناً، فإن قدمها أعاد ما لم يحكم. [الشافعي]: بل ولو

(١) المذهب خلافه.

(٢) وهو التعليل وقد حصل وسواء تقدم أو تأخر. (شرح بحر).

(٣) أو نائبيها.

(٤) قوله: «إذ لم يعتد بيمين ركاة»: تقدم في الطلاق.

حكم؛ لمخالفة النص. [أبو حنيفة ومالك]: لا يستأنف؛ إذ قد حصل المقصود.
قلنا: الترتيب من كماله؛ لظاهر النص، وأما نقض الحكم فلا وجه له؛ إذ هي
خلافية اجتهادية.

٢٤٧١- **سَأَلَتْ:** [العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: ولا تغليظ بزمان أو مكان؛ إذ هو يمين
أو شهادة. [الإمام يحيى والشافعي]: يستحب؛ لفعله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (١) وقوله تعالى: ﴿وَلْيَشْهَدْ
عَدَابُهُمَا ظَافِقَةً مِنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور]، ولحضور ابن عباس (٢) وابن عمر وسهل
مع الناس حيثئذ.
قلنا: لم يحضروا بطلب.

فَرَعٌ: [هم]: ويغلظ بالمكان: ففي مكة بين الركن والمقام وفي المدينة في مسجده
صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (٣) ((من حلف على منبري..)) الخبر (٣)، وفي بيت المقدس
عند الصخرة، ثم في الجوامع، والحائض تقام بباب المسجد.
وفي الأوقات: يوم الجمعة بعد العصر؛ لقوله تعالى: ﴿تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ
الصَّلَاةِ﴾ [المائدة: ١٠٦]، أراد صلاة العصر، وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ((ثلاثة لا يكلمهم الله..))
الخبر (٤)، وباجتماع طائفة؛ ليقع التحذير، ويقومان عند التحليف اتفاقاً؛ لقوله
صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ((قم فاحلف..)).
[القاسم]: ولا يسوغ في المساجد بناء على عدم التغليظ.

(١) قوله: «يستحب لفعله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»: يعني ما تقدم حكايته في الشفاء قريباً.

(٢) قوله: «ولحضور ابن عباس.. إلخ»: يعني مع كون المذكورين من صغار الصحابة فلا يحضرون إلا تبعاً
لغيرهم.

(٣) قوله: «من حلف على منبري.. إلخ»: عن جابر أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((من حلف على منبري هذا
يمين أئمة تبوأ مقعده من النار)) هذه رواية الموطأ (١٤٣٤). [الهادي في الأحكام، والأمير الحسين في
الشفاء، وأحمد (١٥٠٦٦)، وأبو داود (٣٢٤٦)، وابن حبان (٤٣٦٨)، والحاكم (٧٨١٠)، والبيهقي
(١٥٠٨٦)].

(٤) قوله: «ثلاثة لا يكلمهم الله.. الخبر»: ذكر منهم رجلاً بايع رجلاً بسلعة بعد العصر فحلف له بالله
لأخذها بكذا وكذا فصدقه فأخذها وهي على غير ذلك، وسيأتي الحديث بتامه إن شاء الله تعالى.

٢٤٩- فصل: [فيما يوجب اللعان]

وإنما يوجبه رمي زوج مكلف مسلم غير أخرس لزوجة مثله حرة ممكنة الوطاء تحته عن نكاح صحيح أو في العدة بزنا في حال يوجب الحد ولو قبل العقد، أو نسبة ولده منها إلى الزنا مصرحاً، كما سيأتي تفصيله.

٢٤٧٢- **سَأَلَتْ:** [العتره وأبو حنيفة وأصحابه]: فلا يصح بين كافرين ولا عبيدين؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: ((لا لعان بين العبيدين والكافرين)) ونحوه^(١). [الحسن البصري وسعيد بن المسيب وربيعة وسليمان بن يسار ثم الشافعي ومالك وأحمد بن حنبل والليث بن سعد]: بل يصح؛ إذ لم تفصل الآية.

قلنا: خصصها الخبر.

٢٤٧٣- **سَأَلَتْ:** [العتره والشافعي]: ويصح بين العبد والحرة؛ لعموم الآية. [أبو حنيفة]: شهادة ولا شهادة لعبد.

قلنا: بل يمين. سلمنا: فالعبد من أهلها.

[العتره والشافعي]: ويصح لعان المحدود بقذف؛ للآية. [الشافعي]: بعد التوبة، لا قبلها. [أبو حنيفة]: شهادة، وقد قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ [النور:٤]. لنا: ما سيأتي^(٢).

٢٤٧٤- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: وإذا ترفع الذميان إلينا أجرينا عليهما أحكامه^(٣).

(١) قوله: «لا لعان بين العبيدين والكافرين» ونحوه: لفظه في أصول الأحكام: وعن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أنه قال: ((لا لعان بين أهل الكفر وأهل الإسلام، ولا بين العبد وامرأته)) المراد به إذا كانت مملوكة. وفي الحديث: ((ولا بين المحدود في القذف وامرأته)) انتهى. وحكى في الانتصار عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أنه قال: ((لا لعان بين اليهودي والنصراني)). [أخرج عبدالرزاق نحوه مطولاً في المصنف (١٢٥٠٨)، والدارقطني (١٦٣/٣)، والبيهقي].

(٢) في الشهادات. (شرح).

(*) وهو أن قوله تعالى: ﴿إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾ [النور:٥]، عائد إلى جملة الآية لا إلى ما يليه، ولقول عمر لقذفة المغيرة: توبوا تقبل شهادتكم ولم ينكر. (شرح بحر).

(٣) الذي في هذا الموضع من الانتصار أنها إذا ترفعا إلينا حكمنا عليهما بأحكامنا من بطلان اللعان بينهما، وإن تحكما إلى حاكمهم حكم عليهم بأحكامهم هذا لفظه فينظر في حكاية الكتاب عن الإمام

قلت: ليس للمذهب، ولا لعان بين مسلم وذمية^(١)؛ إذ لا يحد قاذفها، ويصح بين الفاسقين؛ لعموم الآية، ولا يصح من غير مكلف كالحد.
[أصحاب الشافعي]: إن قذفت الصغيرة بزنا في حال يصح فيه جماعها طلبته متى بلغت.

قلنا: لم يوجب عليها حداً، واللعان بدله.

٢٤٧٥- **سَأَلَتْ**: [العتره وأبو حنيفة وأصحابه]: ولا يصح من أخرس؛ إذ لا يصح قذفه، ولا من خرساء؛ إذ لا يحد قاذفها؛ لما سيأتي^(٢). [الشافعي ومالك]: يصح من الأخرس كطلاقه. [الإمام يحيى]: إن أفهم بإشارته أو كتابته صح؛ إذ هو كالناطق. قلنا: ليس بصريح.

[الإمام يحيى]: فإن لم يفهم فكالصغير في جميع عقود.

[الإمام يحيى]: فإن تلاعنا ثم تكلم وقال: لم أقصد اللعان بقي تأييد التحريم ولحقه الولد، وحُدَّ تصديقاً له فيما عليه لا فيما له^(٣).

ومن قذَفَ ثم اعتقل لسانه وقال طيب عارف: إن علته لا تزول، فكالأخرس، وإلا فالاحتمالان: كالأخرس؛ لعمله ﷺ بإشارة الأمة التي رضخ رأسها^(٤) وعمل الصحابة بإشارة أمانة، ولا، كالساكت.

٢٤٧٦- **سَأَلَتْ**: والعجمي إن أحسن العربية فوجهان: يلاعن بها فقط؛ إذ هو من لفظ^(٥) القرآن.

والثاني: يجوز بلغته كاليمين، فإن لم يحسنها فبلغته كأذكار الصلاة.

يحيى. (شرح بحر).

(١) يعني: على القول بجواز نكاح الكتائب. (شرح بحر).

(٢) في الحدود. (شرح بحر).

(٣) وهو عود النكاح وسقوط الحد. (شرح بحر).

(٤) قوله: «لعمله ﷺ بإشارة الأمة التي رضخ رأسها»: سيأتي في الجنائيات إن شاء الله تعالى.

(٥) أي: لأن اللعان ورد بألفاظ القرآن فلا يجوز تغييره مع القدرة عليه. (شرح بحر).

[المذهب والشافعي]: ويعبر عنهما عدلان من ذوي لغتها. [أبو حنيفة]: يكفي عدل.

٢٤٧٧- **سَأَلَتْ**: ولو قذفها في عدة الرجعي لاعنها اتفاقاً؛ لبقاء الزوجية.

[الإمام يحيى حكاية عن المذهب وأبو حنيفة]: لا البائنة والمفسوخة^(١) كالأجنبية.

[البتى]: بل يلاعن في العدة كالرجعي.

قلت: وهو المذهب، كما سيأتي^(٢).

[الشافعي ومالك]: إن كان لنفي الولد لاعن، وإلا فلا.

لنا: أنها كالأجنبية.

ولا لعان بعد العدة؛ لذلك. [الهادي]: إلا لنفي ولد.

قلنا: أجنبية فلا لعان.

٢٤٧٨- **سَأَلَتْ**: ولا لعان بعد اللعان؛ للينونة المؤبدة، لكن يلزم الحد، إلا أن

يقذفها بما لاعن لأجله^(٣). وقيل: لا يلزم مطلقاً؛ لسقوط إحصانها باللعان.

قلنا: لا نسلم^(٤) سقوطه.

٢٤٧٩- **سَأَلَتْ**: ولو مات الزوج قبل كمال أيمانه فلا حد على المرأة ولا لعان ولا

فرقة ولا نفي؛ إذ لم يحصل السبب.

[الإمام يحيى]: فإن كمل أيمانه ثم مات لاعنت لدرء الحد إلى وجه الإمام أو الحاكم.

قلت: فيه نظر^(٥).

(١) قياساً على الأجنبية؛ لأن أحكام النكاح كلها قد ارتفعت. (شرح بحر).

(٢) في الخامسة عشرة من الفصل الرابع فإن مقتضى كلامهم فيها صحة اللعان في العدة مطلقاً، وقد ذكره أبو طالب وغيره ونص عليه في المنتخب. (زيد).

(٣) المذهب يلزم الحد مطلقاً.

(٤) لقصور اللعان عن بطلان الإحصان. (شرح).

(٥) ولعل وجه النظر: هو أن موت الزوج هنا شبهة في سقوط الحد عنها كموت شهود الزنا وإذا سقط الحد عنها فلا وجه لملاعتها حيثئذ والله أعلم. (زيد).

٢٤٨٠- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: وإذا حَدَّ أيُّهما بعض الحد ثم طلب اللعان أجيب (١).

قلت: أما الزوج فنعم وفي الزوجة نظر (٢).

ومن قذف ثم أُعْتِقَ حَدَّ حَدَّ العبد اعتباراً بحال الوجوب.

٢٤٨١- **سَأَلَتْ:** ولا لعان لمملوكة (٣)، لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾

[النور:٦]، ولا للمتعدرة الوطاء، ولا من لا يحد قاذفها (٤)؛ إذ شرع اللعان لدرء الحد.

٢٤٨٢- **سَأَلَتْ:** ولو قذفها ثم جُنَّتْ أو قذفها حال جنونها بزنا في الصحة فلا

لعان حتى تفتيق؛ إذ المطالبة إليها. [المروزي]: بل يُلاعِن؛ لدرء الحد. [بعض أصحاب

الشافعي]: ولرفع الفراش. [أكثر أصحاب الشافعي]: للنفي، وإلا فلا.

قلنا: ليس لغيرها المطالبة؛ إذ هو حق بدني كالقصاص (٥).

٢٤٨٣- **سَأَلَتْ:** [العتره وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي]: ومن قذف أجنبية ثم تزوجها

فلا لعان؛ لقوله تعالى: ﴿أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور:٦]. [القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه]: فإن قذفها

حال الزوجية بزنا قبلها التعنا؛ للآية. [الشافعي]: لا، كلو لم يتزوجها.

قلنا: رماها وهي زوجة، فتناولتها الآية (٦).

٢٤٨٤- **سَأَلَتْ:** [العتره والشافعي]: ولو قذفها أجنبي بها لاعنت لأجله حَدَّ؛ إذ لم

يسقط إحصانها باللعان. [أبو حنيفة]: إذا مات الولد المنفي سقط إحصانها فلا حد،

وإلا حَدَّ؛ لبقاء دليل الإحصان.

(١) مثال ذلك: أن يقذفها ولم يلاعن فحد بعض الحد ثم طلب اللعان فإنه يجب إلى ذلك فإذا لاعن

سقط عنه بقية الحد. (شرح بحر).

(٢) وقيل: لا وجه لتنظير الإمام عليه السلام بل إذا طلب اللعان قبل منها الرجوع وقد ذكر معنى ذلك في

البيان.

(٣) قال الإمام يحيى لكن يعزر لأجل الإيذاء. (شرح بحر).

(٤) كالمجنونة والصغيرة والمكرهة والخرساء.

(٥) فإن المطالبة به إنما هي إلى المجني عليه لا إلى وليه مطلقاً فكذلك اللعان. ذكره أبو طالب. (شرح بحر).

(٦) لأن الآية لم تفصل بين أن يكون الزنا قبل الزوجية أو بعدها. (شرح بحر).

قلنا: قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فمن رماها أو ولدها فعليه الحد))^(١)، ولم يفصل.
 ٢٤٨٥- **سَأَلَتْ**: [القاسمية والشافعي]: ومن رمى زوجته وأمها لزمه حدان، ولا يتداخلان؛ لتغايرهما. [أبو حنيفة]: إن حد للأم لم يلاعن للبت؛ إذ هو شهادة وقد حد للقتل فلم تقبل.

لنا: ما سيأتي^(٢).

٢٤٨٦- **سَأَلَتْ**: [القاسمية والشافعي]: ولو قالت [قال]: زنت [زنت] مكرهة فلا لعان. إذ لا حد^(٣). [قول للشافعي]: بل يُلاعن، ولو قذفها ثم أقر بالكذب.

قلنا: لا نسلم الأصل^(٤). سلمنا: فالكذب مؤكد لسبب اللعان، لا الإكراه.

٢٤٨٧- **سَأَلَتْ**: [القاسمية والشافعي]: ولو قذفها بوطء في الدبر لاعن؛ لعموم الآية^(٥). [أبو حنيفة]: لا حد فلا لعان.

قلنا: بل يحد؛ لما سيأتي إن شاء الله.

٢٤٨٨- **سَأَلَتْ**: [القاسمية والفريقان]: ولا يشترط في القذف الإسناد إلى المشاهدة. [مالك]: يشترط؛ إذ قال هلال: رأيت.

قلنا: قبل صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قذف عويمر ولم يقل: رأيت.

٢٤٨٩- **سَأَلَتْ**: ولا لعان لقذف بلفظ محتمل نحو أن يقول لها ولأجنبية: إحداكم زانية، أو هذا الولد لفلان لا لي، ما أظنك إلا زانية؛ إذ لم يقطع. [تخريج أبي طالب]: لكن يؤدب. [المرتضى وأبو طالب والشافعي ومحمد بن الحسن]: وكذا زنات في

(١) قوله: «فمن رماها.. الخ»: تقدم في الباب.

(٢) في الشهادات وقد تقدم في الثانية. (شرح بحر).

(٣) عليه.

(٤) وهو ثبوت اللعان بعد إقراره بكذب نفسه بل نقول: يلزمه الحد ولا لعان، ولو سلمنا ذلك فهو أيضاً مخالف لما نحن فيه من حيث إن قوله: كذبت فيما قلته، هو مؤكد لسبب اللعان الذي هو رمي الزوجة بخلاف قوله: زنت مكرهة فإنه لا تأكيد فيه بحال فافترقا. (شرح بحر).

(٥) فإنها لم تفصل في ذلك.

الجبيل (١) - مهموزاً - لاحتماله الصعود. [أبو حنيفة وأبو يوسف]: بل صريح؛ إذ قد يطلق على الفاحشة بالهمز.

قلنا: مجازاً (٢).

٢٤٩٠ - **سَأَلَتْ**: [الإمام يحيى]: ولو غلب في ظن الزوج زناها بخبر ثقة أو استفاضة جاز (٣) له قذفها وإن لم يتيقن، بخلاف الأجنبية.

وله إمساكها؛ لقوله ﷺ لمن شكك ذلك من زوجته وأنه يحبها: ((أمسكها)) (٤).

[الإمام يحيى]: والصحيح إرسالها؛ لثلاثاً تختلط الأمواء.

قلت: ويتأول الخبر على أنه اتهمها فقط.

ومهما لم يغلب على ظنه حرم؛ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزُمُونَ الْمُدْحَفَاتِ...﴾

الآية [النور: ٤].

٢٤٩١ - **سَأَلَتْ**: [الإمام يحيى]: ويلاعن لإسقاط التعزير كالحمد وفيه نظر (٥).

(١) قال الإمام يحيى: يقال: زنا الرجل في الجبل يزناً زناً بالهمزة في تصريفه إذا صعد، وزنا الرجل يزني زناً من غير همز إذا أتى الفاحشة فأحدهما مغاير للآخر. (زيد).

(٢) فقط لا حقيقة فلا حد به إلا أن يفسره بالزنا. (شرح بحر).

(٣) والمذهب أنه لا يجوز له قذفها ما لم يتيقن زناها.

(٤) (قوله): «لقوله ﷺ لمن شكك ذلك.. إلخ»: هو حديث الذي قال: إن امرأته لا ترد يد لأمس وقد تقدم. [أبو

داود (٢٠٤٩)، والنسائي (٣٢٢٩)، والبيهقي (١٥٤/٧)]. قال في التلخيص ما لفظه: تنبيه: اختلف العلماء في

معنى قوله: «لا ترد يد لأمس» قيل: معناه الفجور، وأنها لا تمتنع ممن يطلب منها الفاحشة. وهذا قول أبي عبيد

والخلال والنسائي وابن الأعرابي والخطابي والغزالي والنواري وهو مقتضى استدلال الرافعي به هاهنا. وقيل:

معناه التبذير وأنها لا تمتنع أحداً طلب منها شيئاً من مال زوجها وبهذا قال أحمد والأصمعي ومحمد بن ناصر

ونقله عن علماء الإسلام وابن الجوزي وأكر على من ذهب إلى القول الأول. وقال بعض حذائق المتأخرين قوله

ﷺ ((أمسكها)) معناه: عن الزنا أو عن التبذير إما بمراقبتها أو بالاحتفاظ على المال أو بكثرة جماعها.

ورجح القاضي أبو الطيب الأول بأن السخاء مندوب إليه فلا يكون موجِباً لقوله ﷺ: طلقها، ولأن التبذير

إن كان من مالها فلها التصرف فيه وإن كان من ماله فعليه حفظه، ولا يوجب شيء من ذلك الأمر بطلاقها.

قيل: والظاهر أن قوله: «لا ترد يد لأمس» أنها لا تمتنع ممن يمد يده ليلتذ بلمسها ولو كان كثر به عن الجماع لعد

قاذفاً وأن زوجها فهم من ذلك أنها لا تمتنع ممن أراد بها الفاحشة لأن ذلك وقع منها. انتهى

(٥) وذلك لأن التعزير حتى لله فلا يسقطه اللعان كما سيأتي، والله أعلم. (مرغم).

٢٤٩٢- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: وإذا وجد بيته تدرأ عنه الحد فلا لعان.

قال: ويحتمل جوازه؛ لاستوائيهما^(١) في درء الحد كرجلين أو رجل وامرأتين^(٢).

٢٤٩٣- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ومن أقرت أو ثبت زناها ثم قذفت به لم تلاعن؛ إذ ليست محصنة، ويعزر للأذى^(٣).

[الربيع]: وله إسقاط التعزير باللعان، وغلطه أكثر أصحاب الشافعي.

ويعزر الأجنبي للأذى^(٤)، ولا يسقط بالبينة.

٢٤٩٤- **سَأَلَتْ:** [العتره والفريقان]: ويتعدد اللعان بتعدد المقذوف، ولو بلفظ واحد؛

لتعدد الحق كاليمين، ويرتّب، ولا استثناء لو لم يرتب؛ إذ قد وصل كل إلى حقه، فإن نكل تعدد الحد كاللعان. [أبو حنيفة]: لا؛ إذ الحد تابع للفظ وهو واحد.

قلنا: وإن اتحد كلو قتل جماعة دفعة واحدة.

ومن قذف امرأته قذوفاً مختلفة كفى لعان واحد إن لم يكن قد تخلل^(٥) كالحد.

٢٤٩٥- **سَأَلَتْ:** ويصح النفي للحمل إن وضع لدون أدنى مدته^(٦)، وإن لم

يشترط لفظاً. [المذهب وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: لا، اللعان قبل الوضع؛ لاحتمال كون

الحمل ریحاً أو نحوه. [أبو طالب]: بل يصح اللعان قبل الوضع لافظاً بالشرط^(٧).

قلنا: لا دليل على صحته مع اللفظ.

(١) البينة والإيمان.

(٢) أعني كما أنه يخير في أي الشهادتين يقيم إما الرجلين أو رجل وامرأتين في تقرير الأموال. (مرغم).

(٣) بعد التوبة منها.

(٤) بعد التوبة.

(٥) ينظر فإنه لا لعان بعد اللعان.

(٦) فإذا ولدت لدون ستة أشهر من يوم النفي انكشف صحة ذلك النفي فيلاعن عليه بعد الولادة، ولا

يحتاج إلى إعادة النفي، وإن وضعت لأكثر من هذه المدة لم يلاعنها عليه إلا أن يجدد نفيه بعد الولادة،

هذا هو الظاهر من المذهب. ذكره القاضي زيد. (شرح بحر).

(٧) فيقول: والله إني لصادق فيما رميتك به إن أتيت به لدون ستة أشهر. (شرح بحر).

[المروزي ومالك]: يصح مطلقاً (١) كبعد الولادة (٢).

لنا: عدم اليقين كما مر.

[أبو حنيفة والمزني]: لا يصح النفي قبل الوضع إلا مع الشرط؛ لعدم اليقين (٣).

قلنا: هو مشروط وإن لم يلفظ.

٢٤٩٦- **سَأَلَتْ**: ولا لعان للمنكوحة باطلاً إجماعاً إن لم تحمل؛ إذ ليست بزوجة.

[العترة وأبو حنيفة]: ولا لنفي حملها؛ لذلك. [الشافعي وأصحابه]: بل يلاعن للنفي؛

إذ يلحق به كالصحيح.

قلنا: لا دليل فيما سوى الزوجة.

٢٤٩٧- **سَأَلَتْ**: [القاسمية والمنصور بالله]: ولا في الفاسد؛ لقوله تعالى: ﴿أَزْوَاجَهُمْ﴾

[النور:٦]، وإنما يتعلق الخطاب بالأنكحة الصحيحة لا الفاسدة. [المؤيد بالله والإمام يحيى]:

بل يصح؛ إذ هو كالصحيح حتى يفسخه الحاكم.

قلت: وهو قوي.

٢٤٩٨- **سَأَلَتْ**: ولو قال لامرأته: يا زاني - بالتذكير - أو زنيّت - بفتح التاء -

فكناية (٤).

٢٤٩٩- **سَأَلَتْ**: [الإمام يحيى حكاية عن المذهب وأبو حنيفة وأبو يوسف]: فإن قالت له:

يا زانية - فوصفٌ له بالعلم بالزنا كعلامة فلا قذف. [الشافعي ومحمد بن الحسن]: إن

قصدت به الزنا فقذف كلو قالت له: زنيّت - بكسر التاء -.

(١) سواء وضعت لدون ستة أشهر أو لأكثر، ونحو هذا في أصول الأحكام عن الشافعي. (زيد).

(٢) لأنه ﷺ في قصة عويمر العجلاني لاعن بينها وهي حامل. قلت: وهو قوي؛ إذ الأثر مقدم على النظر. (سلوك).

(٣) بصحة الحمل، قلنا: النفي مشروط في نفس الأمر بصحة الحمل وإن لم يقترن النفي بلفظ الشرط. (شرح بحر).

(٤) فإن قال: إنه أراد بذلك غير المرأة صدق في ذلك، وإن قال: أردتها، كان قاذفاً عند القاسمية والفريقين. قال الإمام يحيى: لأن الإشارة أقوى من تصريف النحو في التذكير والتأنيث. (شرح بحر).

قلت: القوي أنه صريح في القذف، والتاء للمبالغة في الفعل كَفَرُوْة (١).
 ٢٥٠٠- **سَأَلَتْ:** [المرتضى وأبو طالب والشافعي]: أنت أزننى الناس أو من فلانة قذف
 إن لم يقصد به الاستفهام (٢). [أبو حنيفة وأصحابه]: يحتمل العلم بالزنا كأرمى الناس،
 أي: أعلمهم بالرمي فلا قذف.
 قلنا: الظاهر خلافه.

٢٥٠١- **سَأَلَتْ:** ولو قذفها وقذفته لم يتساقط الحدان إلا [رواية عن أبي حنيفة].
 لنا: لا وجه للتقاص في العقوبات؛ إذ يزول المقصود (٣) بها.
 فلو قال: فرجك زان فقذف، لا لو قال: عينك أو يدك إلا عن [المنزني].
 لنا: قوله ﷺ: ((ويصدق ذلك الفرج أو يكذبه (٤)) (٥).
 ولو قال: لم أجذك عذراء فلا قذف؛ إذ قد تزول العذرة بغير الوطء.

٢٥٠٢- **سَأَلَتْ:** [القاسمية]: ومن قال: يا زانية، فقالت: زنيت بك، أو العكس (٦)
 فلا حد ولا لعان؛ لاحتمال إضافتهما إلى حال الزوجية وقاحة منهما. [أبو حنيفة
 وأصحابه]: لا حد عليهما جميعاً أما هو فلا إقرارها، وأما هي فلا احتمال التهكم، كقول
 من اتهم بالسرقة: سرقت معك (٧) - متهكماً -.

(١) أي: كثير الفرق. والفروقة: الدليل.

(٢) فإن قصده لم يكن قاذفاً وهذا مع القصر في أنت أما مع المد فلا يحتمل إلا الاستفهام فلا يسأل عن
 قصده. (شرح بحر).

(٣) وهو الزجر عن المعاصي. (شرح).

(٤) فدل هذا على إضافة الزنا إلى العين واليد على جهة المجاز، ولهذا قال ﷺ: ((زنا العين النظر))
 ولو كان زناً على الحقيقة لكان لا وجه لقوله: ((ويصدق ذلك كله الفرج)). (شرح بحر).

(٥) (قوله): ((ويصدق ذلك الفرج)): عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: ((العينان زناها النظر، والأذنان زناها
 الاستماع، واللسان زناه الكلام، واليدان زناها البطش، والرجل زناها المشي، والقلب يهوى ويتمنى،
 ويصدق ذلك الفرج أو يكذبه)) هذا طرف من حديث رواه البخاري (٦٢٣٨) ومسلم (٢٦٥٧) وأبو داود
 (٢١٥٢)، والنسائي.

(٦) تقول له: يا زاني فيقول لها: زنيت بك. (زيد).

(٧) يعني: مع القائل للمتهم: سرقت. (شرح بحر).

قلنا: الظاهر خلافه.

[الإمام يحيى]: تقبل دعواها [دعواهما] التهكم هنا؛ لاحتماله.

قلت: والأقرب حمل اللفظ على حقيقته؛ إذ لا مقتضى للمجازية، وظاهر الزنا أنه في غير حال الزوجية فيكونان كأجنبيين فيحد القائل: زنت بك إن كمل إقراره أربعاً^(١).

٢٥٠٣- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: والفعل الموهم للكدف كالكناية^(٢) في الأصح؛ إذ هو في الإفهام كالقول^(٣)، ولقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(٤) لعائشة حيث أشارت بشبرها إلى قصر ضرتها: ((اغتبتها)).

٢٥٠- فصل: في نفي الولد وأحكامه

٢٥٠٤- **سَأَلَتْ:** لا نفي إلا بلعان؛ إذ لا يمكن بالبينة^(٥).

[الإمام يحيى]: وله أن يبين بالزنا، وينفي باللعان.

٢٥٠٥- **سَأَلَتْ:** [العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: ولا بد من الحكم بنفيه؛ إذ لم يكتف صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالترفة بين هلال وخولة بل ألحق ولدها بها، وقضى أن لا يدعى لأب.

٢٥٠٦- **سَأَلَتْ:** [العترة والفريقان]: ولا يتنفي بتصادقهما؛ إذ هو إقرار بإسقاط حق الولد^(٦). [المنصور بالله والليث بن سعد ومالك]: بل يتنفي كما يثبت به.

قلنا: الإثبات إقرار له لا عليه.

(١) لا دون ذلك فلا يحد للزنا ولا يحد للكدف في هذه الصورة مطلقاً؛ لأنه أضاف الزنا إلى نفسه فقط، ولعل صاحبه مكره أو نائم. (شرح بحر).

(٢) المذهب: لا كناية ولا صريح.

(٣) مع القرائن الدالة على المقصود. (شرح بحر).

(٤) قوله: «ولقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.. الخ»: الذي في الجامع عن عائشة قالت: قلت يا رسول الله حسبك من صفة قصرها قال: ((لقد قلت كلمة لو مزج بها البحر لمزجته)) قالت: وحكيت له إنساناً فقال: ((ما أحب أني حكيت إنساناً وأن لي كذا وكذا)). أخرجه الترمذي (٢٥٠٢) وأبو داود (٤٨٧٥). [وبلفظ الكتاب أخرجه أحمد في مسند عائشة (٢٦٤٥٦)].

(٥) وذلك لأنه لا سبيل للشهود إلى معرفة ذلك. (شرح بحر).

(٦) وهو لحوق نسبه والإقرار على الغير لا يصح. (شرح بحر).

٢٥٠٧- **سَأَلَتْ:** ولا نفي بعد الإقرار أو السكوت حين العلم به، وأن له النفي؛ إذ يكون رجوعاً عن إقرار بحق آدمي فلا يصح.

فَرَعٌ: [أبو طالب والإمام يحيى]: فإن علم به ولم يعلم أن له نفيه فله النفي متى علم؛ إذ لا يثبت التخيير من دون علم به. [المؤيد بالله]: لا؛ إذ بطل حقه بالسكوت وإن لم يعلم كالشفيع أبطلها قبل العلم باستحقاقها.

قلنا: لا نسلم اطراد الأصل^(١). سلمنا: فهو مالي فافترقا.

٢٥٠٨- **سَأَلَتْ:** [أبو العباس وأبو طالب]: فإن ترك النفي عند العلم بالخيار لحق ولا نفي. [الإمام يحيى والشافعي]: خياره فوري كخيار المعتقة^(٢) فلا تراخي إلا قدر ما يلبس أو يتتعل أو يسرج دابته أو يأكل أو يصلي أو يحرز ما يخشى ضياعه أو يجهز ميته أو يكون في زيارة من حضر موته أو نحو ذلك ثم يأتي الحاكم للنفي؛ إذ مثله ليس بتراخ عرفاً. [قول للشافعي]: بل له ثلاثة أيام بعد الولادة وليست تراخياً؛ لقوله تعالى: ﴿عَذَابٌ قَرِيبٌ ﴿٦٤﴾﴾ [هود]، وفسره بثلاث في قوله تعالى: ﴿تَمَتُّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ﴾ [هود:٦٥]. [أبو حنيفة]: القياس الفور، والاستحسان يسوغ التراخي يوماً أو يومين؛ لينظر في أمره. [رواية عن أبي حنيفة]: بل إلى سبعة أيام؛ ليكمل التأمل. [أبو يوسف ومحمد بن الحسن]: بل إلى آخر مدة النفاس أربعين. [مجاهد وعطاء]: بل على التراخي ما لم يقر به؛ إذ دليل التخيير لم يعتبر الفور.

قلنا: شرع لرفع [لدفع] الضرر^(٣) فاقتضى الفورية كالمعتقة، ولا وجه لتراخي الثلاث ونحوها؛ إذ لا دليل على التقدير بذلك إلا ما لا يعد تراخياً كما قدمنا.

(١) وهو أن حق الشفيع يبطل بالسكوت مطلقاً؛ إذ لا تبطل الشفيع بذلك حيث جهل استحقاقها لجهله ملكه السبب واتصاله بالمبيع كما سيأتي، ولو سلمنا أن حق الشفيع يبطل بالسكوت مطلقاً فهو حق مالي، والنفي حق يتعلق بثبوت نسب فافترقا. (شرح بحر).

(٢) على أصلها وقد تقدم في فصل خيار المعتقة، وأما على المذهب فهو على التراخي.

(٣) تحرير هذا الوجه أنه خيار شرع لدفع ضرر يلحق بالسكوت فكان على الفور كخيار الأمة المعتقة، هكذا ذكره الإمام يحيى، وهو مبني على أصله في خيار المعتقة أنه فوري، والمذهب خلافه كما مر. (شرح بحر).

٢٥٠٩- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: والقول له في نفي العلم بالولادة ما لم يكن حاضراً^(١) وبالخيار ما لم يكن متفقهاً، والمحبوس ونحوه^(٢) يطلب من الحاكم يرسل من يستحلفه في موضعه؛ لتعذر الوصول، فإن تراخى عن طلب ذلك بطل الخيار، فإن لم يجد من يبلغه الحاكم أشهد على النفي إن وجد شهوداً، فإن ترك مع الوجود بطل النفي، فإن تراخى وقال: لم أصدق الخبر قُبِلَ ما لم تكمل الشهادة أو يستفيض.

قلت: قياس المذهب أنه لا يبطل خياره إلا حيث لم ينف مع إمكان الإشهاد، وليس عليه مطالبة الحاكم بما ذكر.

وإن قال للمهني: استجاب الله دعاءك فإقرار، لا لو قال: أحسن الله جزاءك. [الشافعي]: أو رزقك الله مثله. [أبو حنيفة]: لا.

٢٥١٠- **سَأَلَتْ:** ومن أشهد على النفي صح، ولا يبطل بتمرده عن اللعان؛ إذ لا يكون إقراراً حتى يحد للنكول، ولا يتم الانتفاء إلا بالحكم؛ لما مر^(٣).

٢٥١١- **سَأَلَتْ:** [العتره وأبو حنيفة وأصحابه]: ولو نفاه بعد الإقرار به لم ينف؛ لما مر^(٤)، ولا عن للقدف؛ للآية. [ابن أبي ليلى والشافعي]: لا موجب للعان؛ إذ لم يحصل به إلا رفع النكاح والطلاق يرفعه. قلنا: لدرء الحد.

٢٥١٢- **سَأَلَتْ:** ومن أقر بالوطء مع العزل لحقه الولد للفراش؛ إذ قد ينزل من الماء في الوطء ما لا يحس به، ولقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لمن سأله عن العزل^(٥): ((إذا قضى الله خلق نسمة خلقها)).

-
- (١) معها إما في دار واحدة أو في محلة متقاربة بحيث لا يخفى عليه مثل ذلك. (شرح بحر).
 (٢) وهو المريض الذي لا يقدر على الحضور إلى مجلس الحكم. (شرح بحر).
 (٣) في الثانية وأن اللعان لا يكون إلا عند الإمام أو الحاكم. (شرح بحر).
 (٤) وهو أن الرجوع بحق الآدمي لا يصح ونحو هذا في الانتصار. (زيد).
 (٥) قوله: «لمن سأله عن العزل.. إلخ»: تقدم ما يتضمن معناه.

فإن أقر بالوطء في غير الفرج أو في الدبر لحقه في الأصح؛ للفراش.
 ٢٥١٣- **سَأَلَتْ:** ولو تصادقوا [تصادقا] على أن الولد للواطئ بشبهة ألحق به إن أمكن، وإلا فلذي الفراش إن أمكن^(١)، وإلا فلا أيهما.
 [الشافعي]: يعمل بالقافة، فإن ألحقته^(٢) به^(٣) أو نفته أو لم توجد القافة أو أشكال^(٤) انتظر اليأس من التمييز بالقافة، فمتى أيس خير بالانتساب إلى من شاء منهما، فإن انتسب إلى الزوج فله نفيه باللعان.
 قلنا: القافة غير معمول بها ولا لعان مع التصادق.

ولو قال: وُطِّتِ مكرهة فلا لعان ولا حد لكن يعزر^(٥)؛ إذ لم يرمها بمعصية.
 [الإمام يحيى]: ويلاعن للنفي، وفيه نظر^(٦).

٢٥١٤- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ويجب على الرجل النفي والقذف حيث لم يطأها بعد طهرها وشاهد الزنا وأتت به لسته أشهر؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أيها امرأة..)) الخبر^(٧)، وإذا حرم على المرأة حرم على الرجل^(٨).

٢٥١٥- **سَأَلَتْ:** [العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: ولا نفي لولد مات قبل الحكم بنفيه؛

(١) ولا ينتفي باللعان لعدم الزوجية وحيث يمكن إلحاقه بالزوج فقط يلحق به وله نفيه باللعان، وحيث لا يمكن إلحاقه بواحد منهما ينتفي عنهما من دون لعان، هذا هو المذهب في ذلك. (شرح بحر).

(٢) القافة.

(٣) أي: بالزوج.

(٤) عليهم.

(٥) لأنه آذاها بحصول ماء محرم في فرجها وأحد الاحتمالين ورجحه الإمام يحيى أنه لا يعزر؛ لأنه لم ينسبها إلى معصية. (زيد).

(٦) يبض له في الشرح [يعني شرح البحر] ولعل الوجه أن اللعان شرع لدرء الحد ولا حد هنا.

(٧) (قوله): «أيها امرأة.. الخبر»: عن أبي هريرة أنه سمع رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول حين نزلت آية الملاعنة: ((أيها امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء، وأيها رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين)) أخرجه أبو داود (٢٢٦٣) والنسائي (٣٤٨١). [ابن ماجه (٢٧٤٣)، وابن حبان (٤١٠٨)، والحاكم (٢٨١٤)، والبيهقي (١٥١١٠)].

(٨) يعني: إذا حرم على المرأة أن تدخل على القوم من ليس منهم فإنه يحرم على الرجل ذلك أيضاً. قال الإمام يحيى: ولأنه إذا حرم عليه نفي نسب يقطع بصحته حرم عليه استلحاق نسب يقطع أنه ليس منه. (شرح بحر).

إذ لا ثمرة له بعد الموت. [الشافعي وأصحابه]: بل ثمرته قطع لحوق النسب؛ إذ يقال: قبر فلان بن فلان كالحلي. [الغزالي]: وللميراث.

قلنا: لا فائدة في نسبة القبر، والميراث يمكنه رده بغير اللعان (١).

وكذا لو مات أحد أبويه قبل الحكم (٢).

٢٥١٦- **سَأَلَتْ**: [العتره والفريقان]: ولا نفي لبعض بطن دون بعض؛ إذ لا يتبعض كالواحد.

[العتره والحنفية]: لكن يُلاعِن للذف. [الشافعي]: لا؛ إذ هو لرفع النكاح والطلاق يرفعه.

قلنا: بل لدرء الحد.

فَرَعٌ: ويكفي النفي الأول لمن ولد بعده لدون أدنى الحمل؛ إذ هما بطن واحد، ولا لعان لبطن ثان لحقه بعد اللعان (٣)؛ لارتفاع الفراش.

٢٥١٧- **سَأَلَتْ**: [الفريقان]: وطلب اللعان إليها لا إليه للنفي أو غيره (٤)؛ لتدفع عن نفسها (٥). [بعض أصحاب الشافعي]: بل إليه؛ للفرقة ودفع العار. [القاسمية]: إن كان للنفي فإليه؛ لثلا يلحق به من ليس منه، وإلا فإليها؛ لنفي العار.

(١) يعني: بأن يخرج الميراث عن ملكه بوجه ما، لكن يقال: هذا الرد غير مطابق؛ لأن مرادهم بقطع الميراث أن يكون الزوج غير وارث للميت شرعاً وهذا لا يصح بغير اللعان والله أعلم. نعم، ما في الكتاب عن الغزالي في الميراث ليس في هذا الموضوع من الانتصار وهو صحيح على أصلهم أن الموت غير قاطع للنسب. (شرح بحر).

(٢) بالنفي فإنه لا يصح النفي بعد ذلك عندنا بل يثبت نسب الولد والميراث. (شرح بحر).

(٣) وذلك حيث تأتي به لستة أشهر [فصاعداً] من ولادة الأول ولدون أربع سنين من يوم الحكم فإنه يلحق بالزوج لمكان الفراش الأول، ويحمل على أنه وطئ قبل تفريق الحاكم إما قبل اللعان أو بعده؛ لأن الزوجية باقية بينهما ولا يصح نفي هذا الولد بحال من الأحوال؛ لأن نفيه لا يكون إلا بلعان ولا مساغ له لتأبد التحريم وارتفاع الفراش بالحكم فصارت كالأجنبية. (شرح بحر).

(٤) إسقاط الحد وحقوق العدة ونفي العار. (زيد).

(٥) الحد.

[الإمام يحيى]: بل إليه؛ لنفي الولد أو العار إن استفاض خبر زناها.
قلت: أما الثاني (١) فلا؛ إذ الطلاق كاف بل يطلبه لنفي الولد أو إسقاط حد
القذف أو حقوق العدة (٢)؛ إذ لا يتنفي أيها إلا بلعان.
وهي تطلب لنفي الولد؛ إذ قد يتعلق غرضها بذلك أو لنفي العار.

٢٥١- فصل: في أحكام اللعان

٢٥١٨- **سَأَلَتْ:** [القاسمية والناصر والمؤيد بالله والشافعي وزفر وأبو يوسف ورواية عن محمد
بن الحسن]: فرقة اللعان فسخ؛ لقوله ﷺ: ((لا يجتمعان أبداً))، ولو كان طلاقاً لم
يتأبد. [أبو حنيفة ورواية عن محمد بن الحسن]: بل طلاق بائن؛ إذ يختص النكاح (٣)،
والفسخ لا يختص به.

قلنا: بل فسخ وإن اختص؛ إذ لا نفقة ولا سكنى، ولا هو صريح طلاق ولا
كناية ولا اختيار للزوج فيه.

٢٥١٩- **سَأَلَتْ:** [علي وعمر وابن عمر وابن مسعود ثم الزهري وعطاء ثم القاسم والهادي
والمؤيد (٤) بالله والناصر ومالك والشافعي وسفيان الثوري وأبو يوسف الأوزاعي وزفر والحسن بن
صالح وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه]: ويتأبد التحريم؛ لقوله ﷺ: ((أبداً)).
[المنتخب وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن]: لا، كالطلاق وعود النسب.
قلنا: منعه النص.

[سعيد بن المسيب]: إن أكذب نفسه في العدة عادت بعقد كالخلع. [إبراهيم النخعي]:
إذا حُدَّ للقذف فخاطب من الخطاب؛ إذ يكذب نفسه صار كمن لم يلاعن.

(١) وهو دفع العار عن الزوج. (شرح بحر).

(٢) كالنفقة والكسوة وغيرها، فإنه يلزمه مع الطلاق ويسقط عنه مع الفسخ، فله أن يطالب باللعان لهذا
الغرض. ذكره الفقيه يحيى البحيح وصححه في الغيث. (شرح بحر).

(٣) من حيث إن اللعان يختص بالنكاح فأشبه الطلاق بخلاف سائر الفسوخ من الجنون والجدام
والبرص والرضاع فإنها غير مختصة بالنكاح بل هي تكون فيه وفي غيره. (زيد).

(٤) سقط رمز المؤيد بالله والناصر من نسختين.

لنا: الخبر.

٢٥٢٠- **سَأَلَتْ**: [العتره والفرقان]: وتقع الفرقة باللعان وإن لم يطلق (١)؛ لقوله ﷺ بعده: ((لا تجتمعان))، ولم يأمر بطلاق.

[البتى]: قال العجلاني: إن أمسكتها فهي طالق ثلاثاً (٢)، ولم ينكره ﷺ بل قال: ((لا سبيل لك عليها)).

قلنا: قوله ﷺ: ((لا سبيل لك عليها)) إنكار للإمساك والطلاق.

٢٥٢١- **سَأَلَتْ**: [القاسمية وأصحاب أبي حنيفة]: وإنما تقع الفرقة بالحكم بعد كمال أيمانها؛ لرواية ابن عباس: «فرق ﷺ بين هلال وامرأته وقضى أن ولدها لا يدعى لأب». [البقر والصادق والناصر ومالك]: بل بأيمانها فقط؛ إذ قال بعد فراغها: ((لا سبيل لك عليها)) ولم يقل: فرقت بينكما.

قلنا: قوله ﷺ: ((لا يجتمعان)) في معناه.

فَرَعٌ: وثمرة الخلاف في الطلاق: فعندنا يقع ما لم يحكم الحاكم بقوله: فرقت بينكما، أو نحوه (٣)، وعندهم لا يقع بعد الفراغ؛ إذ لا زوجية. [الشافعي]: وكذا عقيب فراغ الزوج، وكذلك النسب والميراث ونحوهما (٤).

٢٥٢٢- **سَأَلَتْ**: ويتنفي الولد باللعان إجماعاً إلا عن البتى؛ لقوله ببقاء النكاح ما لم يطلق.

قلنا: خلاف النص والإجماع.

٢٥٢٣- **سَأَلَتْ**: ولو لم يذكر نفي الولد في أيمانه استأنف وذكره مشيراً إليه، وفي المرأة وجهان: تذكره؛ لتطابق الأيمان، ولا؛ إذ لا نفي إليها.

(١) بعد الحكم بالفرقة.

(٢) قوله: «قال العجلاني: إن أمسكتها فهي طالق ثلاثاً»: لفظه في الحديث: قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله ﷺ. وقد تقدم.

(٣) لا تجتمعان أبداً أو فسخت النكاح أو رفعته بينكما. (زيد).

(٤) وهو سائر الأحكام. فإنها باقية عندنا حتى يحكم الحاكم بالفرقة. (شرح بحر).

٢٥٢٤- **سَأَلَتْ:** ولا لعان إلا بعد المطالبة به إجماعاً كحد القذف.

٢٥٢٥- **سَأَلَتْ:** [العتره وأبو حنيفه وأصحابه]: وحد القذف حق لله تعالى فلا يورث ولا يسقط بالإسقاط بعد الرفع؛ لقوله ﷺ: ((تعافوا الحدود...)) الخبر (١).
[الشافعي]: بل لأدمي فيورث ويسقط؛ لقوله ﷺ: ((وأعراضكم عليكم حرام)) (٢) فجعل العرض كالمال (٣).

قلنا: في التحريم لا غير، وإلا لزم استباحته بالإباحة، ولا يسقط اللعان بالعمو عنه عندنا، لا عندهم.

٢٥٢٦- **سَأَلَتْ:** [القاسمية والمزني وأبو ثور]: وفسق الزوجين لا يمنع اللعان (٤)؛ لعموم الآية، ولو حدث بعد القذف. [أبو طالب والإمام يحيى والفرقان]: يبطل الإحصان فلا قذف ولا لعان.

قلنا: لم يفصل قوله تعالى: ﴿أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور:٦].

٢٥٢٧- **سَأَلَتْ:** [عمر وعثمان وابن مسعود ثم العتره والشافعي والبتي]: ويسقط باللعان حد القذف؛ إذ سقط عن هلال باللعان. [أبو حنيفه وأصحابه]: قذف الزوج لا يُلْزِمُهُ الحد بل اللعان فقط فلم يسقط باللعان شيء؛ إذ لا يجب بقذف الزوج إلا اللعان.
لنا: قوله ﷺ: لهلال: ((البينة أو جلد في ظهره)).

٢٥٢٨- **سَأَلَتْ:** [عمر وعثمان وابن مسعود ثم العتره والشافعي وأصحابه]: ويلزمها الحد بأيمان الزوج؛ إذ هي كشهود أربعة، ولها درؤه بأيمانها؛ لقوله تعالى: ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا

(١) قوله: «تعافوا الحدود... الخبر»: سيأتي في الحدود إن شاء الله تعالى.

(٢) قوله: «وأعراضكم عليكم حرام»: عن سليمان بن عمر بن أبي الأحوص قال: حدثني أبي أنه شهد حجة الوداع مع رسول الله ﷺ فحمد الله وأثنى عليه وذكر ووعظ ثم قال: ((أي يوم أحرم أي يوم أحرم أي يوم أحرم؟)) قال: فقال الناس: يوم الحج الأكبر يا رسول الله، قال: ((فإن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا)) هذا طرف من إحدى روايات حديث أخرجه الترمذي (٣٠٨٧). [وابن ماجه (٣٠٥٥)، والنسائي في الكبرى (٤١٠٠)].

(٣) بإضافته إلينا. (زيد).

(٤) إلا فسق الزوجة بالزنا فيمنع اللعان من غير فرق بين الحدوث وعدمه وسيأتي في الحدود إن شاء الله تعالى.

الْعَذَابِ ﴿[النور:٨]. [أبو حنيفة وأصحابه والبتي]: قاذف فلا شهادة له فلا حد.
لنا: ما سيأتي.

٢٥٢٩- **سَأَلَتْ:** [العتره والشافعي]: وإذا نكل الزوج عن أيانه أو بعضها حد للقذف؛
لقوله تعالى: ﴿فَاجْلِدُوهُمْ﴾ [النور:٤]. وإذا نكلت حدت للزنا؛ إذ أيانه كالشهود لقوله
تعالى: ﴿وَيَذْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابِ﴾ [النور:٨]. [أبو حنيفة]: بل يجبس الناكل حتى يلاعن؛
إذ هو الواجب فقط بقذف الزوج (١)؛ لقوله تعالى: ﴿فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ﴾ [النور:٦].

قلنا: قال ﷺ لهلال: ((البينة أو الجلد))، فلم يتعين اللعان.

قالوا: النكول قائم مقام غيره (٢) فلا يثبت به الحد كالإرعاء.

قلنا: يثبت (٣) بالقذف مشروطاً بالنكول كالرجم بشرط الإحصان.

قالوا: لو لزمها بأيانه لم يسقط بعد وجوبه.

قلنا: يسقط؛ لقوله تعالى: ﴿وَيَذْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابِ﴾ [النور:٨].

قالوا: أراد الحبس.

قلنا: بل المعهود في قوله تعالى: ﴿وَلَيْشْهَدَ عَذَابَهُمَا﴾ [النور:٢]، ونحوه (٤).

(١) فأما الحد فلا يجب؛ لأن الأزواج قد خرجوا عندهم من آية القذف إلى آية اللعان، فإذا نكل الزوج عنه حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد، وإذا نكلت بعد لعانه حبست حتى تلاعن أو تقر فيسقط عنه الحد ولا تحد هي. قال الفقيه يوسف: ذكره في مجمع البحرين وغيره. (زيد). [مجمع البحرين وملتمتي النيرين في فقه الحنفية مؤلفه أحمد بن علي الساعاتي البغدادي الحنفي المتوفى ٦٩٤ هـ جمع فيه بين مختصر القدوري ومنظومة النسفي].

(٢) وهو الإقرار وما قام مقام غيره فلا حد به كالإرعاء وشهادة النساء مع الرجال وكتاب القاضي إلى القاضي. (زيد).

(٣) الحد.

(٤) قوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ﴾ [النساء:٢٥]، وقوله ﷺ لهلال: ((البينة أو جلد في ظهره)) فإن المراد بذلك الحد. قال الإمام يحيى: فلا وجه لحمل العذاب في الآية على الحبس كما زعموا. (زيد).

٢٥٣٠- **سَأَلَتْ:** [القاسمية والإمام يحيى]: ويحد لنكوله مرة كلو أقر، وهي لنكولها أربعاً كلو أقرت^(١). [المؤيد بالله]: بل مرة فيهما كالإقرار^(٢).

لنا: ما سيأتي^(٣).

٢٥٣١- **سَأَلَتْ:** وإذا كمل اللعان والحكم سقط الحد وانفسخ النكاح وانتفى النسب وارتفع الفراش وحرمت مؤبداً؛ لما مر.

٢٥٣٢- **سَأَلَتْ:** فإن أكذب نفسه حد ولحقه نسب الحي المنفي إجماعاً ولم تعد الزوجية بغير عقد إجماعاً.

[القاسم والمؤيد بالله وأبو طالب والأحكام ومالك والشافعي]: ويبقى التحريم المؤبد؛ لما مر.

[المنتخب]: لا.

قلنا: يصدق فيما عليه؛ لقوله تعالى: ﴿بَلِ الْإِنْسَانُ عَلَىٰ نَفْسِهِ بَصِيرَةٌ﴾ [القيامة]، لا فيما له؛ لتقدم كذبه.

فَرَعٌ: [القاسمية والإمام يحيى]: فإن رجع بعد موت المنفي لم يلحقه كالإقرار بالميت ابتداء^(٤)؛ إذ يستلزم صحة أن يُشترى له، ويُقضى عنه من ماله وهو ممنوع. [الشافعي]: بل يلحقه ويرثه مطلقاً كالحي، وقيل: يصح إن كان للميت ولد^(٥)؛ ليلحق نسبه^(٦).

(١) يعني: أن نكول الزوجة هنا بمنزلة إقرارها بالزنا في وجوب الحد عليها، فكما أنه يعتبر في إقرارها أن يكون أربع مرات فكذا في نكولها يجب أن يكون كذلك، بخلاف نكول الزوج فهو بمنزلة إقراره بالقذف والمرة الواحدة تكفي في ذلك فهذا وجه الفرق بين نكولها. (شرح بحر).

(٢) في سائر المواضع لأن التكرار فيه لا يعتبر بحال، وقواه الفقيه يوسف؛ لما مر من أنها إنما تحد بشهادات الزوج لا بنكولها فيكفي فيه المرة. (زيد).

(٣) من أن النكول يشبه الإقرار وأن الإقرار بالزنا يجب أن يكون أربع مرات. (زيد).

(٤) والميت لا يجوز إثبات نسبه على جهة الابتداء؛ لأن ذلك يؤدي إلى إثبات حقوق عليه على جهة الابتداء لأنه إذا ثبت له ثبت عليه فيلزم صحة أن يشتري لميت شيئاً ويقضى ثمنه من مال الميت وذلك ممنوع. (زيد).

(٥) حي.

(٦) وميراثه. (غيث).

بالراجع (١)، وإلا فلا؛ إذ لا ثمرة إلا الإرث فلا يقبل (٢).

قلنا: أما الإرث فيمتنع كمدعي الرجعة بعد موت المرأة ليرثها ولا (٣) يلحقه نسبه؛ إذ لا ثمرة له، بخلاف الولد الحي (٤).

٢٥٣٣- **سَأَلَتْ:** ومن تزوجت في العدة ثم ولدت لدون ستة أشهر من طلاق الأول فنفاه التعنا إن قلنا لا تنقضي العدة إلا بالغسل، وإلا فلا؛ لانقضائها بالوضع. [المذهب وأبو حنيفة]: فإن تزوجت بعد انقضاء العدة بالحيض ثم ولدت لدون ستة أشهر من دخول الثاني ولستة من الطلاق (٥) لم يلحق أيهما أما الثاني فواضح (٦) وأما الأول فلاستحالة الحيض مع الحمل.

[الإمام يحيى]: فإن كان النقصان من الستة بقدر تفاوت الأهلة (٧) في التهام والنقصان فلا عبرة به بل بما زاد عليه. [الشافعي]: بل يلحق بالأول مطلقاً لصحة الحيض مع الحمل عنده.

لنا: ما مر.

(١) أي: ليثبت نسب الولد من جده وكذا يثبت نسب الميت من أبيه أيضاً فيرث الأب من الميت ذكره في شرح الإبانة عن الهادي عليه السلام. (شرح بحر).

(٢) يعني: أنه لا يحصل بثبوت النسب حكم زائد على المال فلا يقبل فيه. (شرح بحر).

(٣) في بعض النسخ إثبات حرف النفي «لا» وفي بعضها حذفه.

(٤) فإن نسبه يلحقه إجماعاً؛ لأن لذلك حكماً زائداً على المال. (شرح بحر).

(٥) في نسخة: من انقضاء العدة.

(*) لعله من يوم الإقرار بانقضاء العدة.

(٦) وذلك لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر لا دونها. (شرح بحر).

(٧) من كون بعضها ثلاثين وبعضها تسعة وعشرين يوماً، فإن هذا النقصان لا عبرة به لكمال ستة أشهر حيثئذ فيكون الولد لاحقاً بالثاني كما لو كانت الأهلة كاملة، فأما لو كان النقصان أكثر من ذلك لم يكن الولد لاحقاً بأيها. (شرح بحر).

٢٥٢- فصل: [في الاختلاف]

والقول له في نفي القذف وفي وقوعه بعد الزوجية ليلاعن^(١)؛ إذ القول له في أصله، فكذا في وقته، وكذا لو قال: قبل الفرقة وقالت: بعدها.
فإن أنكرت الزوجية حال القذف يئن؛ إذ الأصل عدم النكاح، وكذا لو ادعى قذفها مرتدة^(٢).

ولو أنكرك القذف فبينت به فطلب اللعان أجيب؛ إذ ليس مكذباً لنفسه^(٣).
٢٥٣٤- **سألة:** ولو ولدت لفوق أربع سنين من طلاقه وادعت أنه نكحها فيها بينت أو حلف على القطع.
[الهادي]: فإن نكل لحقه؛ إذ النكول كالإقرار عنده. وقال [المؤيد بالله وأبو حنيفة]: لا؛ إذ ليس كذلك عندهما.

فإن قال: هي التقطته بينت بعدلة أنها ولدته على فراشه.

[الشافعي]: بل بأربع.

لنا: ما مر.

فإن أراد نفيه لاعن.

(١) أي: يسقط عن نفسه حد القذف باللعان فإذا قالت: قذفتني قبل أن تتزوج بي فلي عليك حد لا يسقط باللعان، وقال: بل قذفتك بعد الزوجية فلي إسقاط الحد باللعان كان القول قوله في ذلك مع يمينه وذلك لأن القول له في أصل القذف فكذا في وقته. (شرح بحر).
(٢) فإن عليه البينة بالردة؛ لأن الأصل عدمها، قال الإمام يحيى: فإن بين بالنكاح والردة حيث أنكرتها كان القول قوله. (شرح بحر).
(٣) بل للبينة؛ لأنها تشهد بأنه قال: يا زانية، وهو يقول ما قلت ذلك. (شرح بحر).

[٦٠]- باب الرضاع

هو بكسر الراء وفتحها، والرضاعة بفتحها.
والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَأَخْوَاتِكُمْ مِنَ الرِّضَاعَةِ﴾ [النساء: ٢٣]، ونحوها^(١)،
وقوله ﷺ: ((يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب)) ونحوه^(٢)، والإجماع على
اقتضائه التحريم.

٢٥٣- فصل: فيما يقتضي التحريم من الألبان

٢٥٣٥- **مَسْأَلَةٌ:** [العتره والفريقان]: لبن البهيمة لا يقتضي التحريم؛ إذ لا توصف
بكونها أمًا، والأخوة فرعها. [عطاء ثم مالك]: استرضعا ثدياً واحداً فكان كثدي الآدمية.

قلنا: الخطاب بالتحريم متعلق بالأدميين فافترقا.

٢٥٣٦- **مَسْأَلَةٌ:** [العتره والفقهاء الأربعة]: ولبن الرجل لا يحرم؛ إذ لم يتعلق به
الخطاب. [الكرابيسي من أصحاب الشافعي]: آدمي كالمراة.

قلنا: الخطاب لا يتناول لبنة عرفاً^(٣).

٢٥٣٧- **مَسْأَلَةٌ:** [العتره والفقهاء الأربعة]: واللبن من الخنثى لا يقتضي أنوثتها؛ إذ قد
يثور من الرجل؛ لرواية الشافعي^(٤). [المروزي من أصحاب الشافعي]: إن أنكرت النساء
حصول مثله من الرجال فأنثى.

لنا: رواية الشافعي.

(١) كقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتِكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء: ٢٣].

(٢) (قوله): «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»: هكذا رواه زرين عن أبي هريرة عن النبي ﷺ إلا أنه
قال: ((من الرضاعة)). وعن علي عليه السلام قال: «قال رسول الله ﷺ: ((إن الله حرم من الرضاع ما حرم من
النسب)) أخرجه الترمذي (١١٤٦)، وفي ذلك أحاديث أخر. [أحمد بن عيسى في الأمالي، والهادي في
الأحكام، وعلي بن بلال في شرح الأحكام، وأخرجه أيضاً عبدالرزاق (١٣٩٤٦)، وأحمد (١٠٩٦)، وأبو
يعلى (٣٨١)].

(٣) إذ ليس والده ولا من جنس الوالدات. (زيد).

(٤) (قوله): «الرواية الشافعي»: روي عن الشافعي أنه قال: رأيت رجلاً في مجلس هارون الرشيد يرضع كما
ترضع المرأة. حكاة في الانتصار.

٢٥٣٨- **سَأَلَتْ:** ولا حكم للبن الثَّمَانِيَّةِ فما دون كالرجل فإن دخلت التاسعة فوجهان: يحرم؛ إذ تصح منها الولادة، ولا؛ إذ لا تلد قبل مضي التاسعة فأشبهت الرجل.

٢٥٣٩- **سَأَلَتْ:** والكافرة كالمسلمة؛ لتحريم بنت حمزة عليه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ لتراضعها^(١).

٢٥٤٠- **سَأَلَتْ:** [القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه ومالك]: والميتة كالحية؛ لعموم قوله تعالى: ﴿مِنَ الرِّضَاعَةِ﴾ [النساء: ٢٣]. [الشافعي]: منفكة عن الحل والحرمة كالبهيمة وكلو أوجر الميت لبناً.

فإن حلبها وهي حية وشربه بعد موتها فقولان: أصحهما: يحرم اعتباراً بانفصاله. قلنا: لا ثمرة لإيجار الميت فافترقا.

٢٥٤١- **سَأَلَتْ:** [القاسمية والناصر]: ويحرم استرضاع الكوافر؛ لنجاستهن إلا لضرورة.

قالوا^(٢): أَرْضَعْتَهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَلِيمَةً^(٣).

قلنا: قبل التحريم.

[الباقر والإمام يحيى]: وتجاوز الذميمة كنكاحها.

(١) قوله: «لتحريم بنت حمزة عليه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لتراضعها»: عن علي عَلَيْهِ السَّلَامُ قال: قلت يا رسول الله ما لك تتوق في نساء قريش وتدعنا؟ قال: ((وعندكم شيء؟)) قلت: نعم، بنت حمزة، فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إنها لا تحل لي، إنها ابنة أخي من الرضاعة)) أخرجه مسلم (١٤٤٦) والنسائي (٣٣٠٤). [الإمام زيد في المجموع والهادي في الأحكام، وأحمد بن عيسى في الأمالي، وعلي بن بلال في شرح الأحكام]. وعن ابن عباس أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أريد على ابنة حمزة فقال: ((إنها لا تحل لي إنها ابنة أخي من الرضاعة، ويحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب))، وفي رواية: ((من الرحم)) أخرجه البخاري (٢٦٤٥) ومسلم (١٤٤٧) والنسائي (٣٣٠٥). فائدة: المرأة التي رضع النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وحمزة من لبنها هي جارية لأبي لهب اسمها ثوية -بضم الثاء المثناة وفتح الواو وسكون الياء المثناة من تحت ثم باء موحدة ثم هاء- وهي غير بركة أم أيمن حاضنة النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بعد أمه أم أسامة بن زيد وقد ظن بعض أهل الحديث اتحادهما وهو سهو.

(٢) يعني: من قال بطهارة رطوبتهم والله أعلم.

(٣) قوله: «أرضعته حليمة»: هي حليمة بنت أبي ذؤيب السعدية ظنر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقصتها مشهورة.

قلنا: لا نسلم الأصل.

٢٥٤٢- **سَأَلَتْ:** وتكره الفاسقة؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الرضاع يغير الطباع)) ونحوه^(١). وتجاوز إجماعاً.

٢٥٤٣- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: ولا يسري الحكم إلى إخوة الرضيع ونحوهم إجماعاً؛ إذ لا اتصال.

٢٥٤٤- **سَأَلَتْ:** [علي وابن عباس وابن مسعود ثم طاووس والليث بن سعد وسفيان الثوري والأوزاعي ومجاهد وعطاء ثم العترة والفريقان ومالك]: ويسري إلى الأب^(٢) وأقاربه^(٣) كأقاربها^(٤)؛ إذ يقال: أخ لأب كمنهما، ولقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أئذني له فإنه عمك من الرضاعة))^(٥). [ابن عمر وابن الزبير وعائشة ثم سعيد بن المسيب وإبراهيم النخعي وجابر بن زيد وسليمان بن يسار وأبو سلمة بن عبد الرحمن وربيعة ورافع بن خديج وحمام وداود]: بل يختص الأم وأقاربها؛ لإضافة [إيضاف] اللبن إليها؛ وإذ أجرة الرضاع لها لا للأب. لنا: ما مر.

(١) (قوله): «يغير الطباع» روي عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: ((الرضاع يغير الطباع)) حكاه في الانتصار والله أعلم. [أخرجه القضاعي (٥٦/١)، والذهبي في الميزان ترجمة (٣٨١٤)، عن ابن عباس وأخرجه عن ابن عمر اللديلمي (٣٢٩٩)، وقد ضعف ابن حجر في اللسان (١٧٢/٣) الرواية عن ابن عباس].

(٢) أب الرضيع.

(٣) أي: أقارب الأب الذي هو زوج المرضعة وهم أصوله وفصوله وإخوته وأخواته وأعمامه وعماته وأحواله وخالاته. (شرح بحر).

(٤) يعني: أنه يسري إلى أقاربه كما يسري إلى أقاربها.

(٥) (قوله): «أئذني له.. الخ»: عن عائشة قالت: إن أفلح أخوا أبي القعيس - وهو بضم القاف وفتح العين المهملة وسكون الياء المثناة من تحت وآخره سين مهملة - استأذن علي بعدما نزل الحجاب، فقلت: والله لا آذن له حتى استأذن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فإن أخوا أبي القعيس ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأة أبي القعيس فدخل علي رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقلت يا رسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني ولكن أرضعتني امرأته، فقال: ((أئذني له فإنه عمك تربت يمينك)) هذه إحدى روايات حديث أخرجه الستة. [أحمد بن عيسى في الأمالي، والمؤيد بالله في شرح التجريد والعلوي في الجامع الكافي، وأخرجه عبدالرزاق (١٣٩٣٧)، ومسلم (١٤٤٥)، وأبو داود (٢٠٥٧)، والترمذي (١١٤٨)، والنسائي (٣٣١٧)].

٢٥٤٥- **سَأَلَتْ:** والخالص منه والمشوب بما لم يغيره يقتضي التحريم إجماعاً، رضع بنفسه أم بفعل غيره، فإن غلبه الشائب غلباً ظاهراً كنهراً أو بركة عظيمة فلا حكم له إجماعاً؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم)) (١) (٢).

٢٥٤٦- **سَأَلَتْ:** [العترة وأبو حنيفة وأصحابه ومالك]: فإن مزج بشراب أو عجن بما غلبه من الطعام فلا حكم له؛ لاستهلاكه حيثئذ، وإذا لا تغذية به. [الشافعي]: وصل جوف الطفل فأوجب التحريم.

قلنا: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الرضاع ما فتق المعاء)) (٣) والفاثق هنا غيره (٤).

٢٥٤٧- **سَأَلَتْ:** [الهادي والناصر وأبو طالب والإمام يحيى وأبو حنيفة]: فإن عقد جُبناً أو إقطاعاً لم يحرم كخلطه في المرقة والعصيدة، وإذا لا ينبت اللحم. [المؤيد بالله والشافعي]: فتق المعاء وغذى.

قلنا: لا ينبت لحمًا بل يضر، وقد شرط فلم يؤثر كاللبن مع السم (٥) فإنه لا يحرم؛ لمخالفة الشرط.

(١) يعني: والمغلوب غلباً ظاهراً فلا يقع به إنبات اللحم للطفل ولا نشز العظم. (شرح بحر).

(٢) (قوله): «ما أنبت اللحم وأنشز العظم»: الأقرب أن هذا الحديث من كلام ابن مسعود لا من كلام النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولفظه: عن يحيى بن سعيد أن رجلاً سأل أبا موسى الأشعري فقال: إني مصصت من امرأتي من ثديها لبناً فذهب في بطني، فقال أبو موسى: لا أراها إلا قد حرمت عليك فقال ابن مسعود: انظر ما تفتي به الرجل فقال أبو موسى: فما تقول أنت؟ فقال ابن مسعود: لا رضاعة إلا ما كان في الحولين. فقال أبو موسى: لا تسألوني عن شيء ما كان هذا الخبر بين أظهركم. أخرجه الموطأ (١٢٩٠) واختصره أبو داود (٢٠٦٠) قال: ابن مسعود: لا رضاع إلا ما شد العظم وأنبت اللحم، فقال أبو موسى: لا تسألوني وهذا الخبر فيكم، وفي رواية: وأنشز العظم. [أخرج حديث ابن مسعود مرفوعاً علي بن بلال في شرح الأحكام والمؤيد بالله في شرح التجريد والمتوكل على الله في أصول الأحكام والدارقطني (١٧٣/٤)، وأحمد (٤١١٤)، والبيهقي (١٥٤٣١) مرفوعاً عندهم جميعاً وقد رويت موقوفة عنه].

(ح): يروى: وأنشز العظم بالزاي المعجمة وبالراء.

(٣) (قوله): «الرضاع ما فتق المعاء»: لفظه: عن أم سلمة أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء في الثدي، وكان قبل الفطام)) أخرجه الترمذي (١١٥٢). [وابن حبان (٤٢٢٤)، وعبدالرزاق (١٣٩١٠)، والبيهقي (١٥٤١٣) كلاهما عن أبي هريرة وابن ماجه (١٩٤٦)، عن ابن الزبير].

(٤) وهو الغالب للبن فلماذا لم يكن محرماً.

(٥) المختار تحريم اللبن مع السم.

٢٥٤٨- **سَأَلَتْ:** [العتره وأبو حنيفة والشافعي]: وإذا اختلط لبن امرأتين صارتا أميين^(١). [أبو يوسف]: لا حكم للمغلوب.

قلنا: مهها وصل الجوف فحكمه ثابت كلو انفرد.

[المؤيد بالله]: والسمن مؤثر^(٢) كاللبن؛ إذ يغذو.

٢٥٤٩- **سَأَلَتْ:** [علي وابن عباس وابن عمر ثم سعيد بن المسيب ثم العتره ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وزيد بن أوس]: وقليله إن وصل الجوف حرم؛ إذ لم يفصل الدليل^(٣). [عائشة وابن الزبير ثم سعيد بن جبير وطاوس وعطاء ثم أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه والشافعي]: لا، إلا الخمس فصاعداً، إذ قالت عائشة: «كان فيما أنزل الله..» الخبر^(٤).

قلنا: لو كان قرأناً لتواتر، ولما أكلته الداجن؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ﴾ [الحجر]، فبطل.

إزيد بن ثابت ثم أبو ثور وداود وابن المنذر: لا يحرم إلا الثلاث فصاعداً؛ لقوله ﷺ: ((لا تحرم الرضعة والرضعتان)) ونحوه^(٥).

قلت: لعله أراد ما لم يصل الجوف؛ إذ قد روي: ((المصة والمصتان،

(١) إذا كان يصل الجوف لو انفصل عن الخلط. (غيث).

(٢) في التحريم كاللبن لأن السمن يغذو بل هو أدخل في التغذية من اللبن.

(٣) بين قليل الرضاع وكثيره.

(٤) (قوله): «كان فيما أنزل الله..» الخبر: عن عائشة قالت: كان فيما أنزل الله من القرآن: عشر رضعات معلومات يحرم ثم نسخن بخمس معلومات وتوفي رسول الله ﷺ وهي فيما يقرأ من القرآن. أخرجه الستة إلا البخاري. [مسلم (١٤٥٢)، وأبو داود (٢٠٦٢)، والنسائي (٣٣٠٧)]. وروي أن هذه الزيادة كانت مكتوبة في صحيفة تحت السرير فاشتغل الناس بتجهيز رسول الله ﷺ فدخلت الداجن فأكلتها، وحكمها باق. والداجن: شاة البيت. قلت: قد أنكر المحققون من العلماء هذه القصة فإن الله عز وجل قد تكفل بحفظ القرآن من الداجن وغيرها.

(٥) (قوله): «لا تحرم الرضعة والرضعتان ونحوه»: عن أم الفضل قالت: دخل أعرابي على رسول الله ﷺ وهو في بيتي فقال: يا نبي الله إني كنت لي امرأة فتزوجت عليها أخرى فزعمت امرأتي الأولى أنها أرضعت امرأتي الحداثي رضعة أو رضعتين، فقال رسول الله ﷺ: ((لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان)) وفي رواية: ((لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان، والمصة والمصتان)) أخرجه مسلم (١٤٥١). وفي رواية النسائي (٣٣٠٨): أن نبي الله سئل عن الرضاع فقال: ((لا تحرم الإملاجة ولا الإملاجتان)). وعن عائشة أن النبي ﷺ قال: ((لا تحرم المصة ولا المصتان)) أخرجه مسلم (١٤٥٠) وأبو داود (٢٠٦٣) والترمذي (١١٥٠) والنسائي (٣٣١٠). [ابن ماجه (١٩٤١)، وأحمد (٢٤٠٧٢) وابن الجارود (٦٨٩)، وأبو عوانه (٤٤١٣)]. وفي أخرى للنسائي (٣٣١١) من طريق أخرى: ((لا تحرم الخطفة ولا الخطفتان)).

والإملاجة^(١) والإملاجتان)) ومثلها لا يكاد يصل في الأغلب.

٢٥٥٠- **سَأَلَتْ:** [القاسم والهادي والناصر]: وحد المحرم أن يصل الجوف بنفسه.

[الإمام يحيى]: وهو مخالف لظاهر الخبر؛ إذ القطرة لا تفتق المعاء ولا تثبت اللحم وإن وصلت فلا بد أن يتبعه ما تحصل به التغذية^(٢).

قلت: لا يبعد أن للقطرة حظاً في التغذية كالضرر بالسم وإن قل لكن من البعيد أن يقدر وصول القطرة لو انفردت عن الريق فنقول: إن كلامهم موافق للخبر؛ إذ لا يصل الجوف إلا ما يفتق ويُنبت.

٢٥٤- فصل: [في توقيت الرضاع]

[عمر وابن عباس وابن مسعود ثم العترة والشافعي وأبو حنيفة وسفيان الثوري والحسن بن صالح

ومحمد بن الحسن ومالك وزفر]: ولا يحرم إلا في مدته؛ إذ هي حولان كاملان، فلا حكم

لما بعدهما. [عائشة ثم داود]: بل يحرم مطلقاً ولو شيخاً؛ إذ أمر رسول الله ﷺ

سهلة أن ترضع سالماً ليدخل عليها^(٣).

(١) الإملاجة بالخاء المهملة: الرضعة الواحدة وبالجميم المصبة. (زيد).

(٢) يعني: أنه لا بد أن يحمل كلام الأئمة عليهم السلام على أن التحريم إنما يتعلق بالقطرة إذا تبعها غيرها مما يجانسها من اللبن مما يحصل به التغذية ليكون كلامهم مطابقاً للخبر. (شرح بحر).

(٣) (قوله): «إذ أمر رسول الله ﷺ سهلة أن ترضع سالماً»: عن عائشة أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس وكان ممن

شهد بدرًا مع النبي ﷺ تبنى سلماً وأنكحه ابنة أخيه الوليد بن عتبة بن ربيعة وهو مولى لامرأة من الأنصار كما

تبنى رسول الله ﷺ زيدا، وكان من تبنى رجلاً في الجاهلية دعاه الناس إليه وورثه من ميراثه حتى أنزل الله

تعالى: ﴿أذْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥٥]، فردوا إلى آبائهم فمن لم يعلم له أب كان مولى وأخا في

الدين. فجاءت سهلة بنت سهيل بن عمرو القرشي ثم العامري وهي امرأة أبي حذيفة إلى النبي ﷺ فقالت: يا

رسول الله إنا كنا نرى سالماً ولداً، وقد أنزل الله تعالى فيه ما قد علمت، وذكر الحديث. [أي: البخاري (٥٠٨٨)].

وذكر البرقاني تمامه بعد قولها ولداً: وكان بأبي معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد، ويراني فضلاً^[١] وقد أنزل الله

عز وجل ما قد علمت فكيف ترى يا رسول الله؟ فقال لها رسول الله ﷺ: ((أرضعية)) فأرضعته خمس

رضعات فكان بمنزلة ولدها من الرضاعة فبذلك كانت عائشة تأمر بنات إختها وبنات أخواتها أن يرضعن من

أجبت عائشة أن يراها ويدخل عليها - وإن كان كبيراً - خمس رضعات ثم يدخل عليها. وأبت أم سلمة وسائر

أزواج النبي ﷺ أن يدخلن عليهن بتلك الرضاعة أحداً من الناس، حتى يرضع في المهده، وقلن لعائشة: والله ما

ندري لعلها رخصة لسالم من رسول الله ﷺ دون الناس. هذه إحدى روايات حديث أخرجه الستة إلا

الترمذي. [مسلم (١٤٥٣)، وأبو داود (٢٠٦١)، وعبد الرزاق (١٣٨٨٦)، والنسائي (٣٣١٩)].

[١]- قوله: فضلاً: أي مبتدلة في ثياب مهنتها. يقال: تفضلت المرأة إذا لبست ثياب مهنتها أو كانت في ثوب واحد، وهو قُصْل.

قلنا: قالت أم سلمة: «كان رضاع سالم خاصاً له».

قلت: فلا يقاس عليه كإباحة الحرير لعثمان ونحوه^(١).

فَرَعٌ: [العتره]: ومدته حولان لا غير؛ للآية وقوله ﷺ: ((لا رضاع بعد الحولين)) ونحوه^(٢). [رواية عن مالك]: بل وشهر، وعنه: شهران، وعنه: مثلنا. [أبو حنيفة]: ثلاثون شهراً؛ للآية، فزيدت الستة تكملة للتغذية فكانت كالحولين. [زفر]: بل حتى يستغني عن اللبن ولو إلى ثلاث سنين.

لنا: ما مر، فلا يحرم بعد حولين؛ لقول علي ؓ: (خذ بأي رجلي جاريتك شئت.. الخبر)^(٣).

(١) (قوله): «كإباحة الحرير لعثمان»: الذي في الجامع عن أنس قال: رخص رسول الله ﷺ للزبير وعبدالرحمن في لبس الحرير لحكة كانت بهما. وفي رواية قال: «شكوا إلى رسول الله ﷺ القمل فرخص لهما في قمص الحرير في غزاة لهما». وفي رواية: «في السفر من حكة كانت بهما أو وجع كان بهما» أخرجه الستة إلا الموطأ، ولم يذكر عثمان، والله أعلم. [البخاري (٢٩١٩)، وأبو داود (٤٠٥٦)، والنسائي (٥٣١٠)، ومسلم (٢٠٧٦)، والترمذي (١٧٢٢)].

(قوله): «ونحوه»: كما ورد في شهادة خزيمة وتضحية أبي بردة بن نيار وسيأتي ذكرهما وغير ذلك.

(٢) (قوله): «لا رضاع بعد الحولين»: الذي في الجامع عن ابن عباس موقوفاً عليه أنه كان يقول: من كان في الحولين وإن كان مصة واحدة فهو يحرم الصغير ولا رضاعة لكبير. أخرجه الموطأ (١٢٨٠). [حديث ابن عباس المرفوع أخرجه الدارقطني (١٧٤/٤)، والديلمي (٧٩٦٧)، والموقوف أخرجه عبدالرزاق (١٣٩٠٣)، والبيهقي (١٥٤٤٦)، وكلا الروايتين بلفظ الكتاب]. وحكى في أصول الأحكام عن النبي ﷺ أنه قال: ((لا رضاع بعد فطام)) وفي رواية: ((لا رضاع بعد فصال)). [أخرجه عن علي بن بلال في شرح الأحكام مسنداً، وأحمد بن عيسى في الأمالي، والمؤيد بالله في شرح التجريد مسنداً، وأخرجه عنه أيضاً عبدالرزاق (١١٤٥٠)، والبيهقي (١٥٤٣٦)، وقد روي الحديث عن جابر وابن عمر]. وحكى فيه أيضاً عن علي ؓ أنه قال في قول الله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]: (الرضاع ستان فما كان من رضاع في الحولين حرم وما كان بعد الحولين فلا يحرم). [الإمام زيد في المجموع، وعلي بن بلال في شرح الأحكام، والمؤيد بالله في شرح التجريد وأخرجه أيضاً ابن أبي شيبة (١٧٠٥٢)، وعبدالرزاق عن ابن عباس (١٣٩٠١)].

(٣) (قوله): «خذ بأي رجلي أمتك شئت» الخبر: لفظه في أصول الأحكام: عن زيد بن علي عن أبيه عن جده عن علي ؓ أن رجلاً أتاه فقال: إن لي زوجة، وإني أصببت خادمة فأتيتها يوماً فقالت: إني أرويتها من ثديي فما تقول في ذلك؟ فقال علي ؓ: (انطلق فأتل زوجتك عقوبة ما أتت وخذ بأي رجلي أمتك شئت، لا رضاع إلا ما أنبت لحمًا أو شد عظمًا، ولا رضاع بعد فصال) انتهى. [أخرجه المؤيد بالله بسنده في شرح التجريد، وعلي بن بلال في شرح الأحكام]. وفي الجامع عن عبدالله بن دينار قال: جاء رجل إلى عبدالله بن عمر وأنا معه عند دار القضاء يسأله عن رضاعة الكبير فقال ابن عمر: جاء رجل إلى عمر بن الخطاب فقال: إني كانت لي وليدة أطوها فعمدت امرأتي فأرضعتها ثم قالت لي: دونك قد والله أرضعتها، فقال عمر: أوجعها وائت

٢٥٥١- **سَأَلَتْ:** [العتره والفريقان]: ولو استغنى بالطعام في الحولين لم يبطل حكمه. [مالك]: بل يبطله؛ إذ من شرطه التغذية. قلنا: حاصلة به إن استعمل.

٢٥٥- فصل: [في محل اللبن الموجب للتحريم]

[العتره والفريقان]: والإيجار والسعوط والنشوق كالرضاع؛ إذ لم يفصل الدليل. [عطاء وداود]: الرضاع اسم لمص الثدي فقط، فلا حكم لغيره. قلت: العلة وصول اللبن المعدة، ثم إن سهلة لم ترضع سالماً من ثديها؛ إذ هو أجنبي بل سقته.

فَرَعُ: ولا يُحَرِّم إيجار الميت إجماعاً.

٢٥٥٢- **سَأَلَتْ:** [العتره وأبو حنيفة ومالك وأحمد بن حنبل والشافعي]: ولا تُحَرِّم الحقنة (١)؛ لقوله ﷺ: ((الرضاع ما أنبت اللحم)) (٢)، وليست كذلك. [المنزي وقول للشافعي]: نفطر فتحرم، لكن تعتبر الخمس كالرضاع. قلت: لا نسلم الأصل.

٢٥٥٣- **سَأَلَتْ:** وما صب في الأذن والعين محرّم إن وصل الجوف كالإيجار، وفي دهن الرأس وجهان: [الإمام يحيى]: يحرم كالسعوط. قلت: وفيه نظر (٣).

جارتك فإنها الرضاعة في الصغر. أخرجه الموطأ (١٢٨٩). [عبدالرزاق (١٣٩٠٥)]. وأخرج أيضاً (١٢٨٢) عن نافع عن ابن عمر أنه كان يقول: «لا رضاعة إلا لمن أرضع في الصغر، ولا رضاعة لكبير». وعن عائشة قالت: دخل علي النبي ﷺ وعندي رجل فقال: ((يا عائشة من هذا؟)) فقلت: أخي من الرضاعة، فقال: ((يا عائشة أنظرن من إختكن من الرضاعة فإنها الرضاعة من المجاعة)) أخرجه البخاري (٢٦٤٧) ومسلم (١٤٥٥) وأبو داود (٢٠٥٨) والنسائي (٣٣١٢). [علي بن بلال في شرح الأحكام مستندا، والمؤيد بالله في شرح التجريد والمتوكل على الله في أصول الأحكام].

(١) وهي صب اللبن في الدبر. (شرح بحر).

(٢) قوله: «الرضاع ما أنبت اللحم»: تقدم الكلام فيه.

(٣) لعل وجه النظر أن يقال: من البعيد أن يصل الجوف من ذلك ما يفتق المعاء وينبت اللحم منفرداً، والله أعلم. (زيد).

فَرْعٌ: فإن شك في وصوله إلى الجوف لم يحرم؛ إذ الأصل عدمه، وإن شك في بقاء الحولين (١) فكذلك؛ إذ الأصل عدم التحريم، وهو أقوى من أصالة بقاء الحولين.

فَرْعٌ: فإن رده الطفل قبل تغييره في المعدة فوجهان: مُحَرَّمٌ؛ إذ قد اغتذى به، ولا، كلو رده من الفم (٢)، والأول أصح؛ إذ لم يفصل الدليل.

٢٥٦- فصل: [في بيان من يحرم بالرضاع ومن لا يحرم وما يتعلق بذلك]

ويقتضي تحريم الأم ولو بكرراً وأولادها وقرباتها [قرباتها] كالنسب، ويحرم عليها هو ونسله فقط؛ إذ لا تعلق لغيرهم.

والأب كالأم في الطرفين (٣).

٢٥٥٤- **سَأَلَتْ:** وإنما يكون اللبن للرجل حيث علقت منه ولحقه. [الإمام يحيى]: ولو انقطع ثم عاد إجماعاً (٤) حتى تعلق من غيره. [المذهب]: فيشترك الثلاثة من العلوق الثاني إلى الوضع. [أبو العباس]: لا حق للثاني حتى تبلغ حد نزول اللبن فإن بلغت ولم يزد فلأول لا للثاني، فإن زاد اشتركا عندنا [محمد وأحمد بن حنبل وزفر وقول للشافعي]؛ إذ لبن الأول باق وظاهر الزيادة من الثاني وينقطع حق الأول بالوضع. [الباقر والصادق والناصر]: لا اشتراك، بل يتمحض للثاني بظهور الحمل. [الإمام يحيى وأبو حنيفة والشافعي]: بل للأول فقط حتى تضع ثم يتمحض للثاني لاحتمال كون الزيادة من طيب الغذاء.

قلنا: بل الظاهر أنه من الحمل.

(١) المراد حيث قد تحقق تعدي عمره على الحولين حال اللبس فإنه يحكم بأقرب وقت فلا يقع تحريم. (شرح آثار بهران معن).

(٢) فإنه لا يحرم بلا إشكال؛ إذ لا تغذية. (شرح بحر).

(٣) طرف الأبوة وطرف البنوة فيحرم الأب هو وأولاده وقرباته على الرضيع كما في الأم سواء، ويحرم الرضيع هو ونسله فقط دون سائر قرباته على ذلك الأب وقرباته كما مر، وكل هذا مبني على سراية التحريم إلى الأب وأقاربه، وقد مر الخلاف في ذلك. (شرح بحر).

(٤) دعوى الإجماع ليس في هذا الموضوع من الانتصار. (شرح بحر).

فَرْعٌ: [الإمام يحيى]: فإن انقطع اللبن بعد الحمل وقت دروره ثم عاد فلأول؛ إذ لا يعتد بلبن الحمل (١) قبل الوضع فلا يحرم فيتعين التحريم للأول. [أحد أقوال الشافعي]: بل للثاني؛ إذ الظاهر أن الحادث بعد انقطاع الأول لبن الحمل. [أحد أقوال الشافعي]: بل لهما؛ لاحتماله منهما ولا مرجح. قلت: وهو الأقرب للمذهب.

٢٥٥٥- **سَأَلَتْ:** ولو أرضعت طفلاً ثلاث رضعات ثم طلقت فاعتدت فتزوجت فعلمت فوضعت فأرضعت ذلك الطفل ثلاثاً أخرى - صار ابناً لها (٢) اتفاقاً؛ لكمال الخمس، لا للرجلين عند الشافعي بل عندنا؛ لما مر (٣).

٢٥٥٦- **سَأَلَتْ:** [المذهب]: وتثبت البنوة للرجل فقط بلبن من زوجته لا يصل إلا مجتمعاً، والوجه واضح (٤).

٢٥٥٧- **سَأَلَتْ:** وما حرم للنسب من المصاهرة والجمع حرمه الرضاع (٥). [الهادي]: إلا الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها من الرضاع فيجوز؛ لضعف الرضاع، وتأوله أبو العباس على أن خلافه في العلة (٦) لا الحكم؛ إذ لم يفصل دليل تحريم الجمع.

(١) يعني: في حق الزوج الثاني. (شرح بحر).

(٢) في نخ: لهما والصواب ما أثبت.

(٣) من أن قليل اللبن وكثيره يحرم بكل حال. (شرح بحر).

(٤) وهو أن لبنها للرجل وقد وصل الجوف بخلاف لبن كل واحدة منهما. (شرح بحر).

(٥) فالمصاهرة نحو: زوجات الأب وآبائه وزوجات الابن وأبنائه وأزواج المرضعة على الرضاعة، وأما الجمع فنحو: الجمع بين الأختين أو العممة وبنات أخيها أو الخالة وبنات أختها، فما حرم من ذلك لأجل النسب حرم مثله لأجل الرضاع؛ لأن الرضاع تابع للنسب في الحل والحرم إلا ما خصه دليل. (شرح بحر).

(٦) ووجه افتراقهما في العلة هو أن الجمع بينهما من جهة النسب إنما كان محرماً؛ لأنه يؤدي إلى التباغض وقطع الرحم بخلاف ما إذا كان من جهة الرضاع فإنه لا نسب هناك بينهما يؤدي إلى قطعه فهذا افتراقاً في العلة، فأما في الحكم فهما مستويان في التحريم. (زيد). لعموم قوله ﷺ: ((لا يجمع بين العممة وبنات أخيها ولا بين الخالة وبنات أختها)) وهذا هو الذي صححه أبو طالب وغيره للمذهب. (شرح بحر).

٢٥٥٨- **سَأَلَتْ:** وما حرم بالنسب حرم بالرضاع ولو بمصاهرة وجمع؛ لعموم الخبر إلا خمس، وهي جدة الابن وأم الأخ وجدَّاته وعمة الابن وأخت الابن وأخت الأخ فلا يحرم؛ إذ لا عُلُقَةٌ بهن^(١) بخلافهن من النسب فلهن عُلُقَةٌ، فإن جدة ابنتك هي أمك أو أم زوجتك فحرمت؛ لذلك.

٢٥٥٩- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: وللرجل نكاح من أقر برضاعها صغيراً؛ إذ لا حكم لإقراره.

٢٥٦٠- **سَأَلَتْ:** [العتره والشافعي ومالك]: ومن أقر برضاعة ثم أكذب نفسه لم يقبل؛ إذ لا يؤمن كذبه في الرجوع. [أبو حنيفة وأصحابه]: بل يقبل استحساناً لا قياساً. [المنصور بالله والوافي]: إن ادعى العدلُ الغلطَ قُبِلَ لا الكذب. [الإمام يحيى]: يعمل بغالب الظن في صدقه ديناً فلا يفرق بينهما ما لم يتشاجرا.

قلت: وهو قوي؛ إذ يعمل بالظن [الغالب] في النكاح تحليلاً وتحريماً.

٢٥٦١- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: ومن أقرت قبل النكاح برضاع أخرى لم يجز الجمع بينهما لمن ظن صدقها وإلا جاز له أن ينكح المقررة أولاً.

فإن أقرت بعد النكاح وظن الصدق حرم الجمع [بينهما]، وإلا فلا، وعليها الهرب مع القطع.

٢٥٦٢- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب]: ومن بعثت به قبل أن ترضعه عالمة أنه يهلك ضمته ويُقتل الحامل إن علم وإلا فالعاقلة^(٢)، والوجه ظاهر.

٢٥٦٣- **سَأَلَتْ:** وإذا أرضعت [رضعت] الزوجة ممن صيرها محرماً للزوج انفسخ النكاح^(٣)، وإن أرضعت إحدى الزوجتين الأخرى انفسخ نكاحهما؛ إذ صارت

(١) يعني: بل هن أجنبيات عنه بخلافهن من النسب فلهن عُلُقَةٌ به. (زيد).

(٢) يعني: وإن لم تكن الأم عالمة بأن الولد يهلك كان ما يتعلق بها من ضمانه على عاقلتها وكذلك الحامل إذا لم يكن عالماً بذلك كان ما يتعلق به من الضمان على عاقلته. (شرح بحر).

(٣) وذلك نحو: أن ترضع في الحولين من أم الزوج أو بنته أو أخته أو نحوهن كما مر. (شرح بحر).

الكبرى صهره والبنت ربيبة أو بتاً^(١).

فإن لم يكن قد دخل لم يتأبد تحريم الصغرى؛ إذ هي ربيبة لم يدخل بأمرها.
٢٥٦٤- **سَأَلَتْ:** وإذا طلق الصغرى ثم أرضعتها زوجته في الحولين انفسخ نكاحها؛ إذ صارت أمأ لمن كانت زوجته، وفي العكس^(٢) تنفسخ الصغرى إن كان قد دخل بالكبرى، وإلا فلا.

٢٥٦٥- **سَأَلَتْ:** [العتره وقول للشافعي]: وإذا أرضعت زوجته أجنبية انفسختا ولو مرتباً؛ إذ صارتا أختين ولا مزية.

[قول للشافعي]: بل المتأخرة فقط؛ إذ الجمع حصل بها.

قلنا: علة التحريم الجمع^(٣).

٢٥٦٦- **سَأَلَتْ:** ولو تزوج بنت عمه لأبيه فرضع أحد الزوجين من أم أحد الأبوين انفسخ نكاحهما، والوجه ظاهر^(٤).

ولو فسخت زوجها الصغير بغيث ثم تزوجت آخر ثم أرضعت الأول بلبن الآخر انفسخ؛ إذ صارت حليلة ابنه، وكذا لو أرضعت زوجها الآخر بلبن الأول تأبد تحريمها^(٥) على الأول.

[الأحكام ورواية عن الشافعي والمزني وابن الحداد]: الحكم تابع للاسم وهي لا تسمى حليلة عند الانفساخ^(٦)، فلا تحرم على الأول. [الإمام يحيى]: الأحوط الترك؛

(١) حيث يكون اللبن للمرضة وحدها فالبنت ربيبة للزوج وحيث يكون اللبن للمرضة وللزوج فالبنت لها معاً. (شرح بحر).

(٢) والعكس هو حيث طلق الكبرى ثم أرضعت الصغرى فتصير الصغرى ربيبة له إن كان قد دخل بالكبرى وإلا فلا انفساخ؛ إذ هي ربيبة لم يدخل بأمرها. (شرح بحر).

(٣) وهو حاصل بكل واحدة منهما.

(٤) وهو أنها إن أرضعت الابن صار عم زوجته وإن أرضعت الابنة صارت عمه زوجها. (شرح بحر).

(٥) وذلك لأنها صارت حليلة ابنه. (زيد).

(٦) المعنى أنه يسمى ابناً لا تسمى هي حليلة وحيث كانت حليلة فلا بنوة وإذا لم يكن الاسم ثابتاً لم يكن التحريم حاصلًا فلهذا لا تحرم على الأول. (شرح بحر).

لتعارض الحظر والإباحة، وظاهر الشرع الجواز لما ذكرنا.

قلت: وهو قوي؛ إذ المراد «بحلائل أبنائكم» من استقر نكاحها^(١).

٢٥٦٧- **سَأَلَتْ:** وإذا أرضعت أجنبية^(٢) ثلاث ضرات معاً^(٣) انفسخ نكاحهن للجمع، ومرتباً الأولتين فقط^(٤)، وإن كُنَّ أربعاً فالكل، والوجه ظاهر.

٢٥٦٨- **سَأَلَتْ:** [العتره وأبو حنيفة وأصحابه]: ولا مهر لمنفسخة غير مسمى لها أو تسميتها باطلة كحر أو خمر، ولا مدخولة كلو ارتدت^(٥) أو طلقت. ولا دليل على المتعة في الفسوخ.

[الشافعي]: بل لها نصف مهر المثل، كالمطلقة المسمى لها.

قلنا: بل كالمطلقة غير المسمى لها.

٢٥٦٩- **سَأَلَتْ:** [العتره والفريقان]: وللمسمى لها نصف المهر كالمطلقة.

[مالك وابن علية]: الرضاع فعل الرضيع فالفسخ من جهته.

قلنا: بل من جهتها؛ إذ ألقمته الثدي ولا عقل له كالنائم.

٢٥٧٠- **سَأَلَتْ:** فيرجع الزوج على المرضعة؛ لقوله تعالى: ﴿فَأَتُوا الَّذِينَ ذَهَبَتْ أَرْوَاهُكُمْ﴾ [المتحة: ١١]، فجعل الحيلولة عنها كاستهلاك قدر المنفق عليها.

[الإمام يحيى]: ولا يلزم من هذا أن يجعل لخروج البضع قيمة كقول [الشافعي]؛

إذ جعلنا الغرامة عوضاً للمُنْفَقِ^(٦) لا عن البضع، والتسبيب كالمباشرة.

(١) يعني: في حال البنوة وهنا لم يستقر بل انقطع بالرضاع؛ لأن حال البنوة حصل الفسخ. (شرح بحر).

(٢) والمراد بالأجنبية من لا يحرم على الزوج من أرضعته. (كواكب).

(٣) بالإيجار.

(٤) لا الثالثة؛ لأن رضاعها لم يصادف جمعاً بين الأخوات.

(٥) ولم يسم لها ولا دخل بها فإنها لا تستحق شيئاً، فهكذا في مسألتنا بجامع أنها فرقة وقعت قبل الدخول من غير تسمية. (شرح بحر).

(٦) وهو المهر.

٢٥٧١- **سَأَلَتْ:** [العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: ولا يرجع على من أرضعتها لخشية تلفها جاهلة حصول التحريم؛ إذ ليست مع ذلك بجانية بل محسنة و﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ [التوبة: ٩١]. [الشافعي والأوزاعي وسفيان الثوري^(١)]: ما ضمن بالعمد ضمن بالخطأ كالمال.

قلنا: بالمباشرة لا بالتسبب إلا لتعدُّ ولا تعدي.

٢٥٧٢- **سَأَلَتْ:** [العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: وإنما يرجع بنصف المسمى كالطلاق. [الشافعي]: بل بنصف مهر المثل كقيم المتلفات.

قلنا: إنما يرجع بما لزمه وهو نصف المسمى، ولا يرجع بمهر مدخولة؛ إذ قد استوفى عوضه.

٢٥٧- فصل: [في الطريق إلى ثبوت حكم الرضاع]

وإنما يثبت حكم الرضاع بعد النكاح بإقراره^(٢) أو بيئتها وتحليفه على العلم. [القفال]: على القطع؛ إذ هو على فعله، وفي إقراره وحده يبطل النكاح لا الحق، والعكس في إقرارها إلا المهر بعد الدخول، والوجه ظاهر.

٢٥٧٣- **سَأَلَتْ:** [العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: وبيئته رجلان أو رجل وامرأتان كغيره؛ لقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ...﴾ الآية [البقرة: ٢٨٢]. [الشافعي وأصحابه]: بل أربع نسوة؛ إذ هن كرجلين لا اختصاصه بالنساء كالقوابل. [مالك]: امرأتان؛ إذ تعذرت الرجولية فبقي العدد.

قلنا: لا موجب للعدول عن ظاهر الآية؛ لجواز شهادة الرجال على مثله في النساء^(٣).

(١) زيادة في بعض النسخ.

(٢) بأن المرأة محرمة عليه بسبب الرضاع أو بأنها أخته أو نحو ذلك. (شرح بحر).

(٣) يعني: أن الرضاع مما يجوز للرجال المحارم والأجانب الاطلاع عليه عند تحمل الشهادة بخلاف أمراض الفروج فالشهادة عليها تختص بالنساء. (شرح بحر).

٢٥٧٤- **سَأَلَتْ:** وتصح الحسبة في شهادة الرضاع؛ إذ هو أمر ديني كالأمر بالمعروف والشهادة على الإسلام وحرية الأصل والعتق.

٢٥٧٥- **سَأَلَتْ:** [المذهب والفريقان]: ويجب العمل بالظن الغالب في النكاح تحريماً، ويطلقها إن لم تكمل الشهادة؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فارقها..)) الخبر (١). قلت: والمراد إن ظننت صدقها ولو جَوَّزْتَ كذبها.

[الإمام يحيى]: الخبر محمول على النذب.

قلت: بل على الوجوب؛ إذ هو الظاهر كما ذكرنا.

٢٥٧٦- **سَأَلَتْ:** ويكفي شاهد الرضاع رؤية المص المتدارك (٢) والثدي في فمه مع صحة الثدي والصبي وقرب الولادة.

[الإمام يحيى]: وهي قرينة تفيد العلم.

٢٥٧٧- **سَأَلَتْ:** ويشهد على القطع أن بينهما رضاعاً مُحَرِّماً واصلاً إلى الجوف في الحولين، فلو اقتصر على مُحَرِّمٍ، فوجهان: أصحهما: وجوب التفصيل احتياطاً في فسخ النكاح، ولو شهد على القرائن المشاهدة لم يكف إجماعاً حتى يقول: رضاعاً مُحَرِّماً أو نحوه (٣).

(١) (قوله): «فارقها..» الخبر: عن عقبه بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت: قد أرضعتكما، فذكرت ذلك للنبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأعرض عني فتنجيت فذكرت ذلك له، فقال: ((كيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما دعها عنك)). وفي أخرى: ((كيف وقد قيل؟ دعها)) فنهاه عنها. وفي رواية: فقلت: إنها كاذبة، قال: ((كيف بها وقد زعمت أنها أرضعتكما؟ دعها عنك)). وفي أخرى: ((كيف وقد قيل، دعها عنك)) هذه بعض روايات البخاري (٢٦٥٩) وأخرج أبو داود (٣٦٠٣) والترمذي (١١٥١) والنسائي (٣٣٣٠) نحواً من بعضها. [عبدالرزاق (١٣٩٦٧)، وابن أبي شيبة (١٦٤٢٧)].

(٢) أي: المتتابع. (شرح بحر).

(٣) مما يكون مفيداً لمعنى التحريم نحو أن يقول: رضاعاً لا يجوز معه التناكح بينهما أو رضاعاً صيرها أمماً له أو بتناً أو أختناً أو نحو ذلك. (زيد).

كتاب النفقات

والأصل فيها قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وإذا وجبت في العدة فقبلها أولاً، وقوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ﴾ [الطلاق: ٧]، ﴿ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا﴾ [النساء: ٥]، أي: لا يكتر من تنفقون عليه في أحد التأويلين (١).

ومن السنة قوله ﷺ ((وَأَنْ يَطْعَمَهَا إِذَا طَعِمَ)) (٢)، وقوله ﷺ هُند: ((خذي ما يكفيك...)) الخبر (٣)، وله (٤) فوائد ظاهرة، ونحوها (٥).
والإجماع على وجوبها.

٢٥٨ - فصل: في نفقة الزوجة

٢٥٧٨ - **سَأَلَتْ**: وندب الاكتفاء بواحدة؛ لقوله تعالى: ﴿فَوَاحِدَةٌ﴾ [النساء: ٣] الآية.
[ابن داود] (٦): جمع ﷺ تسعاً.

- (١) والثاني: أنه من عال يعول إذا جار. (شرح). لأنها واردة في الجمع بين الزوجات. (شرح بحر).
- (٢) (قوله): «وَأَنْ يَطْعَمَهَا إِذَا طَعِمَ»: لفظه: عن حكيم بن معاوية عن أبيه قال: قلت يا رسول الله: ما حق زوجة أحدنا عليه؟ قال: ((أَنْ يَطْعَمَهَا إِذَا طَعِمَتْ وَتَكْسُوَهَا إِذَا اكْتَسَبَتْ...)) الحديث وقد تقدم بتامه. [أبو داود (٢١٤٢)، وابن ماجه (١٨٥٠)، والبيهقي (١٤٥٥٦)].
- (٣) (قوله): «خذي ما يكفيك»: عن عائشة قالت: قالت هند يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت من ماله وهو لا يعلم، فقال رسول الله ﷺ: ((خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)). أخرجه البخاري (٦٧٥٨) ومسلم (١٧١٤) وأبو داود (٣٥٣٢) والنسائي (٥٤٢٠). [وابن ماجه (٢٢٩٣)، وابن حبان (٤٢٥٦)، وأحمد (٢٥٧٥٤)].
- (٤) أي: خبر هند.
- (٥) (قوله): «ونحوها»: عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: ((دينار أنفقته في سبيل الله ودينار أنفقته في ربة، ودينار تصدقت به على مسكين، ودينار أنفقته على أهلك أعظمها أجراً الذي أنفقته على أهلك)). أخرجه مسلم (٩٩٥). وعن ثوبان قال: قال رسول الله ﷺ: ((أفضل دينار ينفقه الرجل دينار ينفقه على عياله، ودينار ينفقه على دابته في سبيل الله، ودينار ينفقه على أصحابه في سبيل الله)) أخرجه مسلم (٩٩٤) والترمذي (١٩٦٦). وفي حديث عمرو بن أبي الأحوص أنه سمع النبي ﷺ يقول: ((ألا واستوصوا بالنساء خيراً)) وساق الحديث إلى أن قال: ((وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن)) أخرجه بكهال الترمذي (٣٠٨٧). [وابن ماجه (١٨٥١)].
- (٦) هو أبو بكر بن داود الظاهري.

قلنا: لعصمته من الجور.

٢٥٧٩- **سَأَلَتْ**: [العتره والشافعي وأصحابه]: ولها كفايتها على قدر حال الزوج؛ لقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ﴾ [الطلاق:٧]. [مالك]: بل بحالها، لقوله ﷺ: «لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ» لهن: ((خذي ما يكفيك)).

قلنا: لم يُطَلَق، بل قال: «بالمعروف»^(١)، وليسار أبي سفيان.

٢٥٨٠- **سَأَلَتْ**: [الهادي والقاسم والمؤيد بالله وأبو طالب وقول للشافعي]: ولا تقدير إلا بالكفاية؛ لقوله تعالى: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ﴾ [البقرة:٢٣٦]، ولم يبين^(٢). [أبو حنيفة والمنتخب]: بل مقدرة. [الهادي]: والموسر ثلاثة أمداد^(٣) سوى الإدام، والمعسر مد ونصف. [أبو حنيفة]: الموسر سبعة دراهم إلى ثمانية في الشهر والمعسر أربعة إلى خمسة. [الشافعي]: الموسر مدان، والمعسر مد والمتوسط مد ونصف؛ إذ أراد بقوله تعالى: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ﴾ [البقرة:٢٣٦]، التقدير. قلنا: بل الاستطاعة^(٤).

٢٥٨١- **سَأَلَتْ**: والواجب للزوجة ستة أشياء: طعام وإدام وخادم^(٥) وكسوة وتنظيف وسكنى.

فَرَعٌ: فالطعام غالب قوت البلد من تمر أو بر أو شعير أو ذرة أو أرز؛ لقوله تعالى: ﴿بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٦].

[الإمام يحيى]: وإنما يجزئ الحب لا الدقيق والخبز ولا القيمة كالكفارة، فإن تراضيا فوجهان: يصح^(٦) كالقرض وهو الأصح.

(١) وهو ما جرت به العادة من الاعتبار بحال الزوج في يساره وإعساره. (شرح بحر).

(٢) قدر ما يجب على الموسر والمعسر. (شرح بحر).

(٣) في اليوم واللييلة.

(٤) والقدرة على الإنفاق دون تقدير النفقة؛ إذ هو خلاف ظاهر الآية. (شرح بحر).

(٥) إن كانت لا تخدم نفسها.

(٦) قد فهم أنهما إن لم يراضيا فالواجب لها الحب، والمذهب أن لها طعاماً مصنوعاً مادوماً إلا أن تضرر به سلم لها طعاماً غير مصنوع ومؤنته ذكره الفقيه علي. (غيث).

قلت: وهو الأقرب للمذهب.

ولا، كالكفارة؛ لمخالفة المشروع.

وعليه مؤنة الطحن والخبز والعجن.

فَرَعٌ: والإدام الغالب في الجهة كالنفقة من زيت أو سليلط أو سمن أو لبن أو لحم، على ما يعتاد في الجهة في كل الأسبوع أو في بعضه^(١)؛ لقول ابن عباس: «لها الخبز وإدامه»^(٢)، وتقديره بالعرف، وقد قدر في اليوم أوقيتان دهنًا من الموسر، ومن المعسر أوقية، ومن المتوسط أوقية ونصف.

[الإمام يحيى]: ولا يلزمه الدواء كالمستأجر لا يلزمه إصلاح ما انهدم.

قلت: بل المذهب خلافه^(٣).

وله منعها من أكل ما يكرهه من ثوم أو غيره.

فَرَعٌ: [المذهب والشافعي]: وإخدامها إن كانت ممن لا تخدم نفسها. [داود]: لا.

لنا: ﴿وَعَايِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٤) [النساء: ١٩]، وكإخدام الطفل.

قلت: ويعتبر في الطفلة بعادة أهلها وفي الكبيرة بعادتها عند العقد.

[الإمام يحيى]: وفي إخدام الأمة الزوجة وجهان: أصحهما: يجب؛ لعموم الدليل.

قلت: إن كانت لا تخدم نفسها. [الوافي]: لا، مطلقاً.

(١) وذلك كمن عادتهم اللحم في يوم الجمعة أو يوم سوق جهتهم. (شرح بحر).

(٢) (قوله): «لها الخبز وإدامه»: روي عن عكرمة عن ابن عباس أن امرأة سألت فقالت له: ما الذي لي في مال زوجي؟ فقال لها: الخبز وإدامه. فقالت: آخذ من دراهمه شيئاً؟ قال لها: أتحيين أن يأخذ من حليتك شيئاً يتصدق به؟ قالت: لا، قال: فكذلك، لا تأخذي من دراهمه شيئاً بغير أمره. هكذا حكاه في الانتصار. [رواه مختصراً أحمد بن عيسى في الأمالي]. وفي رواية لأبي داود (١٦٨٨) عن أبي هريرة أنه سئل عن المرأة هل تتصدق من بيت زوجها؟ فقال: لا إلا من قوتها، والأجر بينهما، ولا يجلب لها أن تتصدق من مال زوجها إلا بإذنه. [عبدالرزاق (٧٢٧٣)]. وفي حديث أخرجه الترمذي (٦٧٠) عن أبي أمامة عن النبي ﷺ قال: ((لا تنفق المرأة شيئاً من بيت زوجها إلا بإذن زوجها)) قيل: يا رسول الله، ولا الطعام؟ قال: ((ذلك أفضل أموالنا))، والله أعلم. [أبو داود (٣٥٦٥)، وعبدالرزاق (٧٢٧٧)، والبيهقي (١٩٨٢)].

(٣) وهو وجوب الدواء.

(٤) ومن المعروف أن يقيم لها من يخدمها فيما تحتاج إليه حيث كانت عادتها لا تخدم نفسها وقياساً على الطفل، فإنه يجب على الأب إخدامه لما وجب عليه نفقته فكذلك الزوجة. (شرح بحر).

[العترة والفريقان]: وإنما يلزم خادم واحد؛ لكفايته. [مالك]: بل إن كان لها قبل النكاح أكثر لزمه.

قلنا: القصد الكفاية.

وإنما يُجْذَمُها امرأةٌ أو محرماً؛ إذ قد تفتقر إلى الخلوة به في حال، وفي استخدام الذميمة وجهان: أصحابهما: يجوز إن رضيت وإلا فلا لاستقذارها، وله أن يستأجر أو يستعير، فإن اختلف اختيارهما قدم اختياره كالنفقة^(١) ولتندفع التهمة عنها. وفي خدمته بنفسه إياها وجهان: تجزئ وإن كرهت؛ لحصول المقصود، ولا؛ للغضاضة عليها.

فَرْعٌ: ويكسوها المعتاد في الناحية؛ لقوله تعالى: ﴿وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وهي قميص وسراويل وخمار ومقنعة ونعل، ولا تقاس^(٢) في التقدير على الكفارة إجماعاً بخلاف النفقة؛ إذ القصد هنا الكفاية لا ما يسمى كسوة. ويعتبر في جنسها بالغالب في الجهة كما مر.

فَرْعٌ: ومؤنة التنظيف والدهن والمشط والسدر والماء وأجرة الحمام إن كانت تعتاده لا الخضاب^(٣) والكتم والطيب والصبغة.

فَرْعٌ: [الإمام يحيى]: والسكنى على حسب الحال، ففي المصر دار، وفي القرى منزلان، وفي البدو خيمة أو كهف؛ لقوله تعالى: ﴿مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦].

٢٥٨٢ - **سَأَلَتْ:** وعليه الماعون كالجرة والقصعة والقدر والمعرفة ونحوها مما لا بد منه لإصلاح المعيشة، ويكفي المدر والخشب.

[القاسم]: ويزيد لها في الشتاء الدفاء. [الإمام يحيى]: كالمحبس^(٤) والملحفة.

(١) كما تقدم أنه يعتبر بحاله.

(٢) الكسوة.

(٣) وهو الخناء.

(٤) ما يغطى به الفراش للنوم عليه. (المعجم الوسيط).

قلت: ويدخل فيه الفراش ولحاف الليل.

٢٥٨٣- **سَأَلَتْ:** [المذهب والشافعي]: وإنما تستحق يوماً فيوماً فلا يصح الضمان بمستقبلها ولا إسقاطه. [أبو حنيفة وقول للشافعي]: بل جملة بالعقد فيصح ذلك كالمهر ولا يلزمه التعجيل لمستقبل إجمالاً؛ إذ هو بإزاء التمكين فيلزم نفقة اليوم في أوله ليتسع للطحن والعجن والخبز وإلا أضر بها. [الإمام يحيى]: فإن سلم خبزاً فأكلته طالبتة بالحب؛ إذ هو الواجب، وطالبها بقيمة الخبز؛ إذ ليس بمتبرع، وفيه نظر (١).

٢٥٩- فصل: [في كيفية الإنفاق]

وتسلم (٢) البالغة نفسها تسليماً تاماً لا في جهة دون أخرى أو نحوه (٣) كوجوب تسليم المبيع.

فَرَعٌ: [العقرة والشافعي وأحمد بن حنبل]: ولا يسقط الماضي بالمطل؛ لعموم الدليل. [أبو حنيفة]: بل يسقط ما لم يحكم بها [به]؛ لتنازهما في النشوز وعدمه. قلنا: مسلم مع التناكر.

فَرَعٌ: [فإن قالت: لا أسلم نفسي إلا في هذا المكان أو بشرط أن لا تكشف ثيابي فنشوز مسقط.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى والشافعي]: فإن عقد فلم يُطالَب ولا سلمت نفسها مدة فلا نفقة للماضي؛ لفعله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في عائشة (٤).

(١) لعل وجه النظر: أنه يصح التراضي بغير الحب في أصح الوجهين كما مر في الرابعة؛ لأن المقصود هو الكفاية وقد حصلت. (شرح بحر).

(٢) في نسخة: ويجب على البالغة تسليم.

(٣) وقت دون وقت.

(٤) (قوله): لفعله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في عائشة: يعني فإنه عقد بها وهي ابنة ست سنين ودخل بها وهي ابنة تسع سنين كما تقدم، ولم يؤثر أنه أنفق عليها شيئاً قبل أن يدخل بها.

قلت: المذهب وجوبها، وحجتهم حكاية ترك لم يعرف وجهه، فلا حجة (١) فيه.
فَرَعٌ: [الإمام يحيى]: وتسليم الولي للبالغة الكارهة لا يوجب لها شيئاً إذا لم يتسلمها؛ إذ لا ولاية للولي في مالها، فإن أرادت تسليم نفسها للغائب أعلمت الحاكم فراسله وفرض لها بعد صحة تمرده، فإن عاقه عن تسليمها عائق (٢) في سفره فلا نفقة لها حتى يتسلمها (٣).

٢٥٨٤- **سَأَلَتْ:** وإذا سلمت المراهقة نفسها أو وليها فكالكبيرة، فإن امتنعا فالقياس يقتضي كونه نشوزاً.

[الإمام يحيى]: وغير المراهقة تسليمها كلا تسليم (٤) وإن صلحت.

قلت: فيه خلاف سيأتي.

٢٥٨٥- **سَأَلَتْ:** [القاسم والهادي وأبو العباس وأبو طالب وقول للشافعي]: وعليه نفقة الطفلة التي لا تصلح؛ إذ تعذر الوطاء لا من جهتها كالمريضة (٥). [زيد بن علي والمؤيد بالله والإمام يحيى وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي ومالك]: متعذر كالتاشرة.

قلنا: محبوسة من أجله غير ممتنعة كالمريضة.

٢٥٨٦- **سَأَلَتْ:** [المذهب]: وتلزم الصغير في ماله؛ إذ لم يفصل الدليل. [الإمام يحيى]: ويحتمل أن لا تجب؛ إذ لا تمكين.

قلنا: العذر من جهته كلو هرب (٦).

(١) لجواز أن يكون أنفق ولم ينقل إلينا أو لم ينفق واستحل أو حمل ذلك أبواها أو أحدهما فلا ظاهر للخبر يمكن الاحتجاج به ولا يعترض ما قدمناه. (شفاء بلفظه).

(٢) من عدم رفقة أو خوف طريق. (زيد).

(٣) هذا يأتي على أصل أبي جعفر لا شتراطه رجوعها إلى يده لا على ظاهر المذهب فلا يشترط. (شرح ذويد).

(٤) فلا نفقة لها حتى يتسلمها الزوج. ذكره الإمام يحيى. (شرح بحر).

(٥) فأشبهت المريضة التي لا تصلح للجماع ولا يرجى برؤها كمن أصابها السل فإن نفقتها واجبة إجماعاً ذكره في الشفاء. (شرح بحر).

(٦) أي: البالغ. (زيد).

فإن كانا صغيرين فعلى الخلاف في الصغيرة^(١).

٢٥٨٧- **سَأَلَتْ**: وإذا ادعت ضرراً بالوطء بينت بعدلة. [الشافعي]: بأربع. [مالك]: باثنتين، وأمر بالكف؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

٢٥٨٨- **سَأَلَتْ**: [العقرة والفريقان]: وتسقط بخروجها من غير إذنه. [ابن عيينة]: لا. قلنا: خلاف الإجماع.

فإن خرجت بإذنه فلحاجته وجبت. [قول للشافعي]: وكذا لحاجتها. [الإمام يحيى حكاية عن المذهب وأبو حنيفة وأحمد بن حنبل]: لا، إذ لا تمكين.

قلت: وفيه نظر^(٢).

٢٥٨٩- **سَأَلَتْ**: وإذا امتنعت لتسليم المهر - ولها ذلك^(٣) - فلها النفقة إجماعاً، وإذا نشزت ثم طلقت فلا نفقة للعدة ما لم تتب كقبل الطلاق ولا تسقط بإنفاق الغير إلا عنه، ويرجع إن لم يتبرع.

قلت: حيث له ذلك^(٤).

٢٥٩٠- **سَأَلَتْ**: [الهادي]: ويجبس لينفق؛ لفعل علي عليه السلام^(٥)، ولا تمنع منه في الحبس مع الخلوة؛ إذ الحبس لا يسقط حقه، ولها تحليفه ما أراد إضرارها^(٦). [الإمام يحيى]: فإن ظهر إعساره أطلق إجماعاً.

(١) المذهب تجب.

(٢) وجه النظر: أن إذن الزوج بالخروج يسقط حقه من التمكين.

(٣) وإنما يكون لها ذلك حيث تمتنع قبل الدخول والمهر غير مؤجل أو بعد الدخول بها مكرهة أو نائمة أو مجنونة أو صغيرة بغير إذن ولي مالها لا إن دخل بها مكلفة مختارة فليس لها الامتناع خلاف أبي العباس وأبي حنيفة كما مر في المهور. (شرح بحر).

(٤) حيث أنفقها من إليه ولاية الإنفاق من ولي أو حاكم بنية الرجوع عليها، فإن نوى الرجوع على الزوج رجع الحاكم عليه حيث كان الزوج غائباً أو متمرداً لا غيره إلا أن ينفق بأمر الحاكم. ذكر معناه في الغيث.

(٥) (قوله): «لفعل علي عليه السلام»: روي عن علي عليه السلام أنه كان يجبس في نفقة الزوجة كما كان يجبس في سائر الحقوق، حكى ذلك في الانتصار والله أعلم.

(٦) بطلب الوقوف معه في الحبس.

قلت: ويؤمر بالتكسب، فإن تمرد حبس له.

وينفقها الحاكم من مال الغائب بعد تحليفها والتكفيل عليها احتياطاً.

[العترة والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: ويبيع عنه العروض؛ لإنفاقها

كالدين^(١). [أبو حنيفة]: لا تصير ديناً إلا بعد الحكم فلا بيع لها بخلاف الدين.

لنا: ما مر^(٢).

٢٥٩١- **سَأَلَتْ**: [الهادي]: فإن شكت تضيق النفقة عدلها الحاكم عند ثقة إجماعاً؛

لدفع الضرر، والقول لمن صدقته، ونفقتها على الطالب، وله^(٣) الاستدانة للمعسر،

ويزيد وينقص منها في الإيسار والإعسار^(٤)؛ للآية.

[الإمام يحيى حكاية عن العترة والشافعي وأحمد بن حنبل]: ولو ماتت بعد تسليم نفقة اليوم

لم يستردها؛ إذ قد ملكتها بخلاف نفقة الشهر فيسترد حصة ما بعد يوم الموت

ونحوه^(٥)؛ إذ هي في مقابلة الزوجية المستقبلية وقد ارتفعت كتعجيل الزكاة مع

الشرط. [أبو يوسف ومحمد بن الحسن]: ملكتها بالقبض فلا رد.

قلنا: ملك غير مستقر.

قلت: والقياس أن اليوم كالشهر.

٢٥٩٢- **سَأَلَتْ**: وإذا خَلِقَتْ كسوتها قبل الوقت الذي يبلى مثلها فيه لم يلزمه

البذل^(٦) كلو مزقتها أو سرقت^(٧).

(١) فإن للحاكم أن يبيع العروض على من وجب عليه الدين وطالبه الغرماء، والنفقة من جملة الديون؛ لما مر من الأدلة الدالة على وجوبها، فلهاذا جاز بيع العروض من أجلها ذكر ذلك في الانتصار. (شرح بحر).

(٢) من الأدلة الدالة على وجوبها. (زيد).

(٣) أي: للحاكم.

(٤) فإن كان الزوج معسراً ثم أيسر زيد عليه في النفقة، وإن كان موسراً ثم أعسر نقص عنه منها وذلك

لقوله تعالى: ﴿عَلَى الْمَوْسِعِ قَدْرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾ [البقرة: ٢٣٦]. (شرح بحر).

(٥) البيئونة بالفسخ بالحكم.

(٦) حيث خَلِقَتْ كسوتها بلبس غير معتاد فيكون كالجناية.

(٧) وفي الغيث: يلزمه كسوتها ويلزمها ضمان ما فات في يدها إن كان بتفريط ذكره الفقيه علي، ومثله في الوابل.

[القاسم وأبو طالب وقول للشافعي]: وإن بقيت بعد مضي المعتاد لم يحتسبها بل يكسوها؛ إذ ذاك لترك لبسها بعض المدة.

[الإمام يحيى]: ويحتمل أن لا تلزم؛ إذ لم يدعها [تدعها] محتاجة.

قلنا: كلو لم تأكل النفقة وقتها.

[محمد بن الحسن]: يلزم في النفقة؛ لعظم التفاوت بين التوسيع والإقتار فيها^(١)، لا الكسوة؛ لقلّة التفاوت فقد تبقى لصفقتها لا للصيانة.

[المؤيد بالله والقاضي زيد وقول للشافعي]: ولو كساها ثم ماتت أو نحوها^(٢) استرجعها كالنفقة. [الداعي وأبو حنيفة]: لا، كنفقة اليوم^(٣).

قلنا: بل كالسكنى.

فَرَعٌ: وليس لها بيع الكسوة؛ إذ لم تملكها، إذ له إيدائها^(٤).

[الإمام يحيى]: ويحتمل الجواز؛ إذ ملكتها بالقبض، فإن تبدلت مثلها أو أجمل جاز،

وإلا فلا.

٢٥٩٣- **سَأَلَتْ:** ولا يلزم السيد تسليم أمته لزوجها نهراً؛ لملكه استخدامها، فإن فعل لزم نفقتها؛ لتمام التسليم.

[الإمام يحيى]: ويحتمل أن يلزم نصفها لتسليم الليل.

٢٥٩٤- **سَأَلَتْ:** [العتره]: ونفقة زوجة العبد ولو مدبراً على سيده كالمهر^(٥).

(١) أي: النفقة.

(٢) ما بقي بعد مضي العدة. (بيان).

(٣) الواحد فإنه لا يسترجعها كما مر فهكذا حال الكسوة بجامع أن دفعها إليها بعد وجوبها عليه. قلنا: بل الكسوة كالنفقة المعجلة والسكنى فإن له استرجاعها بعد موتها فكذلك الكسوة. وقال المنصور بالله: يتبع العرف فيها. (شرح بحر).

(٤) فلو كانت تملكها لم يكن له إيدائها. (شرح بحر).

(٥) بجامع أن كل واحد منها غرامة لزم العبد بإذن السيد فوجب أن يكون المطالب بها السيد دون العبد. (شرح بحر).

[الشافعي]: بل عليه.

قلنا: لا يملك.

٢٥٩٥- **سَأَلَتْ**: وتسقط نفقتها بالإحرام بغير إذنه^(١)، لما مر. فإن صامت بإذنه لم تسقط.

وله منعها من التطوع؛ لقوله ﷺ: ((إلا بإذنه))^(٢) فإن امتنعت فناشزة وإن لم تخرج من المنزل.

ولا تسقط بصوم الفرض أداء أو قضاء قد تضيق بقرب رمضان الدائر، وله منعها من الكفارة والنذر المطلق^(٣).

[الإمام يحيى]: إذ حقه فوري وهما تراخ، لا المعين إن التزمته بإذنه.

٢٥٩٦- **سَأَلَتْ**: وليس للزوج منعها من الفريضة المؤداة، ورواتها في أول الوقت؛ إذ هي مخاطبة^(٤) ولا المقضية إن جعلناه فورياً والمنذورة والتطوع كالصوم^(٥).

٢٥٩٧- **سَأَلَتْ**: وإذا ارتدت أو أسلم دونها فلا شيء لها في العدة؛ إذ هو كالنشوز، وفي العكس^(٦) تلزم.

٢٥٩٨- **سَأَلَتْ**: والذمية في النفقة كالمسلمة إن وافق نكاح المسلمين قطعاً أو اجتهاداً، وإلا فلا.

(١) حيث أحرمت بنافلة أو نذر له المنع منه. (غيث).

(٢) (قوله): «إلا بإذنه»: تقدم في الصيام.

(٣) حيث أوجبت معه لا بإذنه والكفارة حيث حثت معه لا بإذنه.

(٤) يعني: لأن الزوجة مخاطبة بتأدية الفريضة في أول الفريضة وراتب الفريضة كالجزم منها. (شرح بحر).

(٥) أي: حكمها حكم الصوم وقد مر. (شرح بحر).

(٦) يعني: حيث يرتد الزوج دونها أو تسلم هي دونه. (شرح بحر).

٢٦٠- فصل: [في النفقة حال العدة]

وتجب للمعتدة عن موت أو طلاق أو فسخ من حينه^(١)، إذ حبسها من أجله. قلت: إلا الفسخ لأمر يقتضي النشوز كفسخ اللعان والردة^(٢) والعيب^(٣)، وتسقط بالخروج^(٤)؛ إذ هو نشوز كقبل الطلاق.

٢٥٩٩- **سَأَلَتْ:** ولا نفقة لعدة الموطوءة بشبهة؛ إذ هي استبراء، والنفقة إنما تلزم بالعقد. ولا على زوجها الأول؛ إذ هي مشغولة عنه.

[الإمام يحيى]: بل تلزم الواطئ؛ إذ العدة منه، وفي سقوطها عن الزوج وجهان: تلزم وإن تعذر الوطء كالحائض، ولا؛ إذ لا تستحق نفقتين.

قلنا: محبوسة عن الأول، ولا عقد للثاني.

فَرَعٌ: وفي إنفاق الحامل تردد: ينفق؛ لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَضَعَنَّ حَمْلَهَا﴾

[الطلاق:٦]، وهو الأصح، ولا؛ لاحتمال كون الحمل ریحاً أو نحوه^(٥).

قلنا: إذا انقطع الحيض وعظم البطن وتحرك في الرابع، وركض في الخامس، غلب في الظن بكونه حملاً.

قلت: ويلزم أن لا تجب قبل اليقين فإن انكشف أن لا حمل ردت؛ إذ أنفق بنية الوجوب^(٦)، والعدة في وجوب النفقة الحامل لا الحمل في الأصح، وإلا قدرت كنفقة الأقارب^(٧).

(١) وذلك كأن يرتد الزوج أو تسلم الزوجة دونه أو تفسخ عند بلوغها أو عتقها أو يعيب فيه أو لعدم كفايته لها أو ترضعه أو ترضع زوجته عند الحشية عليهما فإن لها النفقة وسواء فسخت بالحكم أم بالتراضي. (شرح بحر).

(٢) يعني: ردتها.

(٣) يعني: يعيبها.

(٤) من منزل عدتها. (زيد).

(٥) كالأخلاق المجتمعة ونحو ذلك. (شرح بحر).

(٦) فلو نوى التبرع أو أطلق لم يرجع عليها بشيء. (شرح بحر).

(٧) أي: لو كانت لأجل الحمل لكانت مقدرة بقدر كفايته كنفقة الأقارب، ولا شك أن الجنين مكنت من دون المرأة من جهة الله على تقدير عجيب في خلق الأجنة وفي هذا دلالة على أن وجوب النفقة إنما كان من أجل المرأة الحامل. (شرح بحر).

٢٦٠٠- **مَسْأَلَةٌ:** وإذا نشزت بعض (١) اليوم سقطت حصته (٢). [الإمام يحيى]: لا؛ إذ اليوم لا يتبعض.

وإن طلب الزفاف فامتنعت لا لعذر فنشوز.

٢٦١- فصل: [في حكم الإعسار بالنفقة]

[القاسم]: ويلزم التكسب والمسألة لها (٣) لا كالدين، وإلا منعت نفسها؛ إذ هي أكد (٤)؛ لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، وقال في الدين: ﴿فَنظَرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

فَرْعٌ: [عطاء والزهري وسفيان الثوري ثم القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه وقول للشافعي]: فإن أعسر وتعذر التكسب بأي وجه حيل بينه (٥) وبينها ولا فسخ؛ إذ لا دليل عليه. [علي وعمر وأبو هريرة ثم الحسن البصري وسعيد بن المسيب وحمام وربيعة ثم مالك وأحمد بن حنبل والشافعي والإمام يحيى]: بل لها الفسخ؛ إذ النفقة عوض الاستمتاع بدليل سقوطها بالنشوز، فإذا بطل العوض بطل المبيع فيه كالمبيع والثلث (٦)، وكالفسخ بالعيب، ولقوله تعالى: ﴿فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، ونحوها.

(١) العبرة بما له قسط من قيمة النفقة.

(٢) يعني: حيث حصته قسط من قيمة النفقة.

(٣) أي: لنفقة الزوجة.

(٤) من الدين.

(٥) المذهب لا يفرق بينها وليس لها أن تمتنع منه.

(٦) يعني: فإنه إذا بطل المبيع بطل عوضه وهو الثمن فلا يستحقه البائع مع بطلان البيع البتة فهكذا في مسألتنا يبطل استحقاق الاستمتاع بالزوجة ويجوز لها الفسخ لأجل بطلان عوض الاستمتاع وهو النفقة، ومن وجه آخر وهو القياس على فسخ الزوج بعيبه فإن ذلك يجوز لأجل دفع الضرر عنها، والتضرر بعدم الإنفاق أبلغ؛ إذ القوت قوام الروح، ولقوله تعالى: ﴿فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، والإمساك بالمعروف هو الإنفاق عليهن والقيام بأحوالهن، والتسريح بالإحسان هو إيفاءهن مهورهن في الطلقة الثالثة، وقوله تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢]، ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِنَعْتِدُوا﴾ [البقرة: ٢٣١]، وعنه عَلَيْهِ السَّلَامُ أنه قال: ((إذا أعسر الرجل بنفقة زوجته يفرق بينهما))، وعنه عَلَيْهِ السَّلَامُ أنه سئل عن رجل لا ينفق على زوجته فقال: ((يفرق بينهما)). (شرح بحر).

قلت: وهو قوي كلو طراً عليه عيب منفر.

فَرَعٌ: [المهم]: فإن تعذر التكسب والقرض خيرت بين الفسخ أو الامتناع منه، ولها الخروج بغير إذنه؛ إذ قد سقط حقه أو التمكين وتبقى نفقتها ديناً، ولا يبطل خيارها متى شاءت؛ لوجوبها يوماً فيوماً، فإذا عفت تناول ذلك الوقت لا غير^(١).

فَرَعٌ: [الإمام يحيى]: وفي الفسخ للإدام والسكنى والخادم والكسوة وجهان: أصحهما الفسخ للكسوة لا غير؛ إذ الضرر بعدمها كالنفقة.

فَرَعٌ: ولا فسخ إن حصل قوت كل يوم، فأما الغداء وقته والعشاء وقته فوجهان: أصحهما: كذلك^(٢). [المروزي]: بل تفسخ كلو لم يجد.

فَرَعٌ: فإن كان ذا حرفة فمرض أو عجز لم تفسخ إن رُجِيَتْ صحته في يومين أو ثلاث؛ إذ لا ضرر، وإن نكحته عاملة بعجزه لم يبطل خيارها؛ إذ يُجَوِّزُ أن يقترض أو يحتال، ولوجوبها يوماً فيوماً، فإن تمرد فلا فسخ إن أمكن إجباره. [الإمام يحيى]: وإلا فسخ.

وكذا غائب لم يعلم خبره دفعاً للضرر.

فَرَعٌ: [المهم]: والفسخ إلى الزوجة؛ إذ يختص بها، فلا يفسخ ولي الصغيرة وسيد الأمة وإن كان هو المستحق لكن تسقط عن السيد إن لم تفسخ هي.

قلت: وسلمها مستداماً وتبقى ديناً على الزوج.

فَرَعٌ: [المهم]: وفي وقت الفسخ وجوه: من وسط النهار؛ إذ لا يعتاد التأخير إليه، أو بعد يوم وليلة ليستقر الحق؛ إذ تراد النفقة لليوم أو بعد الثلاث ليتحقق العجز.

[الإمام يحيى]: أو موضع اجتهاد للحاكم^(٣) إن كان وإلا فبعد مضي وقت الغداء؛ إذ لا تصبر أكثر.

(١) ثم يتجدد لها جواز الفسخ بعد ذلك الوقت. (شرح بحر).

(٢) أي: لا فسخ؛ لأن المقصود كفايتها وقد حصلت فلا وجه لما ذكره المروزي. (شرح بحر).

(٣) في الإمهال أو تركه، وإن أمهل فعلى قدر ما يرى من طول المدة وقصرها. (شرح بحر).

٢٦٠١- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ولا فائدة للإمهال إن لم يرج إعساره في مدته (١)، ولها فسخ الراعي ونحوه (٢) إن لم يأت بالنفقة إلا وقت إيوائه ولا تساقط ديناً عليها (٣) له إن كانت معسرة (٤)؛ لاستثناء قوت اليوم للمعسر.

٢٦٠٢- **سَأَلَتْ:** وهو (٥) فسخ في الأصح كفسخ العيب، لكن يرفع إلى الحاكم ليقطع الاجتهاد، فإن لم يكن فلها الفسخ لدفع الضرر، وقيل: بل يجب حتى يطلق وإلا طلق عنه الحاكم، فإن راجع طلق عنه ثانية، فإن راجع زاد ثالثة، والأول أصح.

٢٦٠٣- **سَأَلَتْ:** [العتره والفريقان وأحمد بن حنبل]: والقول لها في عدم الإنفاق ولو غائباً؛ إذ الأصل عدمه. [مالك]: إن كان غائباً فالقول له؛ إذ الظاهر أنها لم تمتثل إلا وقد قبضت.

قلنا: لا نسلم.

فَرَّغَ: فإن قال: ولدت بعد الطلاق فلا نفقة لك، وقالت: بل قبله فالقول لها؛ إذ هي أعرف بنفسها، وتبطل الرجعة بإقراره والقول له في عدم التمكين (٦)؛ إذ هو الأصل.

قلت: ولها في نفى (٧) النشوز الماضي وقدره؛ إذ يريد إسقاط حق عن نفسه، إلا أن تكون في الحال ناشزة فهو قرينة صحة دعواه.

٢٦٠٤- **سَأَلَتْ:** [الفنون وأبو العباس وأبو حنيفة]: والقول له في الإعسار؛ إذ هو الأصل (٨).

(١) فإذا أقر أو علم من حاله أنه عاجز وأنه لا يتوقع شيئاً يزول به إعساره فلها الفسخ في الحال. (شرح بحر).

(٢) وهو من يعتاد الإتيان بالنفقة ليلاً قال الإمام يحيى: لأن هذا يؤدي إلى الإضرار بالزوجة بتأخر الطعام. (زيد).

(٣) يعني: نفقة الحال لا الماضي فتساقط.

(٤) يعني: أنه إذا كان للزوج دين في ذمة الزوجة من جنس النفقة وأراد الزوج أن يقاصها في ذلك فإن كانت موسرة جاز ذلك وإن كانت معسرة لم يكن له ذلك. (شرح بحر).

(٥) أي: الرفع بالإعسار.

(٦) من نفسها؛ إذ الأصل عدمه. (شرح بحر).

(٧) إذا كانت مطيعة في الحال.

(٨) واليسار وهو وجود المال أمر طارئ فتبين به الزوجة. (شرح بحر).

[المؤيد بالله وأبو طالب ومحمد بن شجاع وغيره من أصحاب أبي حنيفة]: يريد إسقاط حق قد لزم فيبين^(١). قلت: وهو قوي.
[الإمام يحيى]: أما عوض المبيع والقرض والمستأجر فيبين؛ إذ الدخول فيها أمانة اليسار في الظاهر.

٢٦٢- فصل: [في نفقة الأولاد الصغار]

ونفقة الطفل على أبيه، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق:٦]، والنفقة أولى من أجره الرضاع^(٢)، وقوله ﷺ: ((أنفقه على ولدك))^(٣)، والإجماع ظاهر.
٢٦٠٥- **سَأَلَتْ**: وعلى الأم إرضاع اللبا ثلاثة أيام أو سبعا. [النصار]: ثلاث رضعات. قلنا: بل حسب العادة^(٤).

ولا أجره؛ إذ لا يعيش من دونه^(٥)، ولا قيمة له، ولا يلزمها ما زاد إلا بالأجرة [بأجرة] ولا تجبر. [الإمام يحيى]: إجماعاً^(٦).
وعلى منفقه أجره استرضاعه كالنفقة.

٢٦٠٦- **سَأَلَتْ**: [الهادي وأبو طالب وأبو العباس]: ولو كان ذا مال فنفقته على الأب لا

(١) هذا قول الهادي عليه السلام في الأحكام والمنتخب كما مر في الثانية عشرة من الاختلاف في المهور. (شرح بحر).
(٢) وذلك لأن الرضاع وإن كان بمنزلة النفقة للولد ما دام طفلاً فقد يعيش من دون الرضاع بغير أيام اللباء ولا يعيش من دون نفقة قطعاً فلهذا كانت النفقة أولى والله أعلم. (شرح بحر).
(٣) قوله: «أنفقه على ولدك»: تقدم.
(٤) ولفظ البيان: الذي لا يعيش إلا به من يوم إلى ثلاث. (بيان).
(٥) فكانت كسد الرمق.

(*) قد صحَّ خلاف ذلك وعاش أولادُ بدونه، فالأولى في التعليل ما ذكره الإمام المؤيد بالله عليه السلام في شرح التجريد حيث قال: ووجه ما قلناه إن على الأم أن تُرضع ولدها اللبا ما استقرَّ في العادة أن غير اللبا من الألبان لا يقوم مقام اللبا في التغذية والتقوية وفي قطعه عن الولد إضراراً به، وقد قال الله تعالى: لا تضارَّ والدة بولدها... الخ. تمت من خطِّ الإمام الحجَّة/ مجد الدين بن محمد المؤيدي عليه السلام.
(٦) فيه خلاف مالك وأبي ثور كما سيأتي في الرابعة، وأيضاً فإنها تجبر عندنا إن لم يقبل غيرها كما سيأتي في الخامسة. (زيد).

الأم؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ...﴾ الآية [البقرة: ٢٣٣]، وقوله ﷺ: ((أنفقه على ولدك))، ولم يفصل (١). [الناصر والمؤيد بالله والفريقان والإمام يحيى]: موسر فلا يلزم إنفاقه كالكبير (٢).

قلت: وهو قوي.

فإن أعسر الأب ولا كسب له فمن مال الولد إجماعاً ويستنفق منه (٣) لنفسه.

فَرَعٌ: [أبو طالب للهادي]: فإن كان له كسب أنفق نفسه وولده منه. [المؤيد بالله]: بل في مال الولد.

قلنا: الكاسب كالموسر؛ لتمكنه.

٢٦٠٧- **سَأَلَتْ:** ولا يجب الرضاع بعد الحولين، ويجوز النقص إن لم يضر به.

٢٦٠٨- **سَأَلَتْ:** [العتره والفريقان]: ولا تتعين الأم (٤) للرضاع؛ لقوله تعالى: ﴿فَسْتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى﴾ [الطلاق]. [أبو ثود]: بل تعين؛ إذ قوله تعالى: ﴿يُرْضِعَنَّ أَوْلَادَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، بمعنى الأمر. [مالك]: الربيعة لا تجبر؛ إذ لا تخدم نفسها فكذا ولدها، وإلا أجبرت.

قلنا: الأمر ليس للوجوب بدليل: ﴿فَسْتَرْضِعْ﴾.

٢٦٠٩- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: وندب أن لا يمنعها الأب (٥)؛ إذ هي أشفق ويزيد على نفقتها أجرة حتماً؛ لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وهي قدر ما يراه الحاكم.

(١) في الآية والخبر بين أن يكون للولد مال أولاً وأيضاً فإنه ﷺ لم يسأل هنداً هل لولدها مال أم لا. (شرح بحر).

(٢) الموسر فإن نفقته في ماله اتفاقاً فكذا الصغير الموسر وتحمل الآية والخبر على المعسر. (شرح بحر).

(٣) أي: يستنفق الأب من مال ابنه.

(٤) إن قبل غيرها وقبله غيرها. (قرر).

(٥) من إرضاع ولدها يعني حيث هو يجد مثلها بغير أجرة أو بدون ما طلبت كما سيأتي في السادسة. (شرح بحر).

قلت: لعله عند لبس أجرة المثل، وتجبر الأم إن لم يقبل غيرها؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَالِدِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣].

٢٦١٠- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله وقول للشافعي]: ويصح استئجارها للرضاع وخدمة البيت مع بقاء الزوجية؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]. [الهادي وأبو حنيفة والشافعي]: لا؛ إذ يرفع حق الاستمتاع وقت الخدمة.

قلنا: طلبه إياه رضاء بإسقاط حق الخدمة تلك الحال، فإن بانت جاز إجماعاً. [المذهب والشافعي وأبو حنيفة]: وللأب نقله إلى مثلها^(١) تربية بدون ما طلبت؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاسَرْتُمُ فَاسْتَزِضِعْ لَهُ أُخْرَىٰ﴾ [الطلاق: ٦]، وإلا فلا^(٢)؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الأم أحق بحضانه ولدها))^(٣). [أبو حنيفة]: له أن يسترضع غيرها ويبقى معها؛ إذ هي أرفق وتأثيرها المرصعة.

فَرَعُ: والبينة عليه^(٤)؛ إذ يريد إسقاط حق قد ثبت للأم. [الشافعي]: بل القول له؛ لتعذر البينة على دعواه. قلنا: لا تعذر.

٢٦١١- **سَأَلَتْ:** [المذهب والفریقان]: ولا نفقة على الأم مع يسار الأب؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

٢٦١٢- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب والهادي وأبو حنيفة]: وعلى الأم والجد الموسرين حسب الإرث^(٥). [أبو يوسف ومحمد بن الحسن وأصحاب الشافعي والإمام يحيى]: بل على الجد

(١) أو أحسن. (قرئ).

(٢) أي: وإلا تكن الحاضنة الأخرى مثل الأم في التربية أو مثلها لكن أجرتها مثل أجرة الأم أو أكثر [١]. فلا يجوز له نقله إلى غيرها.

(٣) (قوله): «الأم أحق بحضانه ولدها»: سيأتي ما يتضمن معناه.

(٤) يعني: بحصول الشرطين. (شرح بحر).

(٥) فيكون على الجد ثلثا النفقة وعلى الأم ثلثها. (شرح بحر).

[١]- أو استويا بكونها بلا أجرة معاً فالأم أقدم (قرئ).

وحده؛ إذ هو أب، لقوله تعالى: ﴿مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾ [الحج: ٧٨].
قلنا: مجاز.

٢٦١٣- **سَأَلَتْ:** [العترة والفريقان]: وعلى الكافر نفقة ولده المسلم كالعكس (١)؛
لقوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣].

٢٦١٤- **سَأَلَتْ:** [الهادي وأبو طالب وأبو العباس وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: فإن أعسر
الأب لم يلزم الأم الموسرة إلا قرصاً للأب؛ إذ نفقة الطفل كنفقة الزوجة بدليل
لزومها وإن كان له مال. [المؤيد بالله والإمام يحيى وأصحاب الشافعي]: بل على الأم؛ لقوله
تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣].
لنا: ما مر (٢).

٢٦١٥- **سَأَلَتْ:** ومن له أب وابن صغير معسران ولا يجد إلا لأحدهما فوجوه:
أحدها: الأب أولى لحرمة؛ إذ لا يقاد به.
الثاني: الابن؛ لثبوت نفقته بالنص (٣).

الثالث: سواء (٤)؛ إذ في كل واحد ترجيح فيقسم.
فَرَعٌ: [الإمام يحيى]: والأب أولى من الجد؛ لقربه، وقيل: سواء.

٢٦٦- فصل: في نفقة الوالدين

وعلى الولد الموسر مؤنة الأبوين المعسرين إجماعاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ
إِحْسَانًا﴾ [الإسراء: ٢٣]، ولو كافرين (٥)؛ لقوله تعالى: ﴿وَأِنْ جَاهِدَاكَ﴾ [لقمان: ١٥]،
و((أنت ومالك لأبيك)) (٦) ونحوه.

(١) أي: إذا كان الولد كافراً والوالد مسلماً فتجب نفقة الولد.

(٢) إذ نفقة الطفل كنفقة الزوجة.

(٣) ونفقة الأب ثبتت بالاجتهاد. (زيد).

(٤) حيث كان الأب عاجزاً عن التكسب وإلا فالابن الصغير أقدم. (قرن).

(٥) أراد ذميين لا حربيين.

(٦) قوله: «أنت ومالك لأبيك»: تقدم بمعناه.

٢٦١٦- **سَأَلَتْ:** [العتره والفريقان]: والأم المعسرة كالأب في وجوب نفقتها؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أملك ثم أمك ثم أمك..)) الخبر (١). [مالك]: لا دليل شرعي.

قلنا: الخبر، سلمنا فمقيسة على الأب.

فَرَعٌ: وكذلك الخلاف في الجدات.

٢٦١٧- **سَأَلَتْ:** ومن لا يجد إلا لأحد أبويه فوجوه: الأول: الأب أولى؛ لولايته والانتساب إليه. الثاني: الأم، للخبر. الثالث: سواء؛ إذ لا ترجيح.

٢٦١٨- **سَأَلَتْ:** [العتره وأبو حنيفة]: ومن له أب وابن موسران أنفقه الابن (٢)، لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أنت ومالك لأبيك..)).

٢٦١٩- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة وقول للشافعي]: ولا يلزم إعفاف الأب (٣) كالابن. [الإمام يحيى والشافعي]: يستتر بفقده كالنفقة.

قلنا: النفقة لقوام الروح، وهذا للذة كالطيب.

قالوا: الذين كالروح.

قلنا: لا نسلم، وإلا لزم في الابن.

فَرَعٌ: [لهم]: والخيرة للأب فيمن يعفه من تسري أو نكاح، ولا ينكحه أمة (٤) ولا شوهاء ولا عجوزاً؛ لفوات المقصود (٥).

(١) قوله: «أملك ثم أمك..» الخبر: عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال: قلت: يا رسول الله من أبر؟ قال: ((أملك ثم أمك ثم أمك ثم أبك، ثم الأقرب فالأقرب)) هكذا في رواية أبي داود (٥١٣٩). [أخرجه المرشد بالله في الأمالي بسنده، والترمذي (١٨٩٧)، والحاكم (٧٢٤٢)، والبيهقي (٧٥٥٢)].

(٢) أما إذا كان الابن كبيراً فذلك قويم، وإن كان صغيراً فلا يستقيم إلا إذا كان الأب عاجزاً عن التكسب كما مر وهذا هو المذهب.

(٣) إلا أن يتضرر فيكون من باب الدواء.

(٤) قالوا: لأنه قد صار مستغنياً بمعنى الابن فلا يجوز له نكاح الأمة. (شرح بحر)؛ ولأن فيه غضاضة على الأب. (شرح بحر).

(٥) وهو إعفاف الأب وتحصين فرجه. قال الإمام يحيى: ولا يلزم الابن أن تكون بكرة؛ لأن المقصود يحصل بالثيب. (شرح بحر).

فَرَعٌ: وإذا أيسر بعد قبضه مالا من ابنه ليتزوج به لم يلزمه رده؛ إذ قبضه مستحقاً له كالزكاة، ومتى طلق أو أعتق لم يلزم الابن التعويض.
فإن ماتت فاحتملان: [الإمام يحيى]: أقواهما لزوم التعويض.
٢٦٢٠- **سَأَلَتْ:** [العترة وأبو حنيفة]: ولا يلزم الابن التكسب إلا للعاجز؛ لخشية ضرره.

٢٦٤- فصل: [في نفقة الأقارب]

وندبت صلة الرحم لأثار فيها^(١)، وقوله تعالى: ﴿وَأُولُو الْأَرْحَامِ...﴾ الآية [الأحزاب:٢].
٢٦٢١- **سَأَلَتْ:** [عمر ثم ابن أبي ليلى والحسن بن صالح ثم العترة وأحمد بن حنبل وابو ثور]:
وعلى كل موسر نفقة معسر على ملته^(٢) يرثه بالنسب؛ لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلَ ذَلِكَ﴾^(٣) [البقرة:٢٣٣]، واللام للجنس، وقوله ﷺ: ((لا صدقة وذو رحم محتاج))^(٤). [أبو حنيفة وأصحابه]: تلزم للرحم المحرم فقط؛ إذ القصد الصلة

(١) (قوله): «وندبت صلة الرحم لأثار فيها»: عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: ((إنَّ الرحم شجنة من الرحمن، فقال الله عز وجل: من وصلك وصلته، ومن قطعك قطعته)). أخرجه البخاري (٥٩٨٨). وله (٥٩٨٧) ومسلم (٢٥٥٥) عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: ((الرحم معلقة بالعرش تقول: من وصلني وصله الله، ومن قطعني قطعته)). [ابن أبي شيبة (٢٥٣٨٨)، والديلمي (٣٣٢٢)]. وعن عبد الرحمن بن عوف قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: ((قال الله تعالى: أنا الله وأنا الرحمن خلقت الرحم وشققت لها من اسمي فمن وصلها وصلته، ومن قطعها قطعته)) أو قال: «بتته». أخرجه أبو داود (١٦٩٤) والترمذي (١٩٠٧). [المرشد بالله في الأمالي بسنده، وعبدالرزاق (٢٠٢٣٤)، والبيهقي (١٢٩٩٤)، والحاكم (٧٢٦٨)]. وعن أبي هريرة: أن النبي ﷺ قال: ((من سره أن ييسط له في رزقه وأن ينسأ له في أثره فليصل رحمه)) أخرجه البخاري (٥٦٣٩) والترمذي (١٩٧٩) ونحوه مع زيادة، وفي ذلك أحاديث أخر. [البخاري (١٩٦١) ومسلم (٢٥٥٧)، وأبو داود (١٦٩٣) جميعهم عن أنس].

(٢) هذا الشرط في غير الأبوين؛ لأن نفقتها تجب ولو كانا كافرين كما مر. (شرح بحر).

(٣) أي: مثل ما يلزم الوالد للولد، فثبت أن كل وارث يلزمه من الإنفاق على من يرثه مثل ما يلزم الوالدين صغيراً كان أم كبيراً؛ لأن الوارث معرف بلام الجنس وهي للعموم. وأما قوله ﷺ: ((لا صدقة وذو رحم محتاج)) فوجه دلالاته هو أن الصدقة [النفقة/ نخ] على القرابة لو لم تجب لم تمنع وقوع الصدقة موقعها؛ لأن التطوع لا ينافي بعضه بعضاً فعلى هذا يكون معنى الخبر لا صدقة نافلة وتجب الصدقة على ذي الرحم المحتاج. ذكره في الانتصار. (شرح بحر).

(٤) (قوله): «لا صدقة وذو رحم محتاج»: تقدم ما يتضمن معناه في فضل صدقة التطوع.

والمواساة، وأما غير المحارم فالنكاح عوض عن الصلة.

قلنا: لا دليل على ذلك.

[الشافعي وأصحابه]: بل للأصول والفصول فقط؛ لقوله ﷺ لمن قال معي

دينار: ((أنفقه على ولدك...)) الخبر، ولم يذكر الأقارب.

قلنا: ولا الوالدين، فجوابكم جوابنا.

[مالك]: بل للولد والوالد فقط؛ لقوله تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ...﴾ الآية [البقرة: ٢٣٣]،

ولم يذكر غيرهما والمراد في الإنفاق.

قلنا: لدليل آخر (١).

فَرَعٌ: ولا تجب لقریب كافر؛ إذ هي صلة، والكفر قاطع؛ لقوله ﷺ:

((المؤمن والكافر لا تترأى نيرانهما)) (٢) وكالإرث، ولا لغير موروث من النسب؛

لقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، ولا على معسر؛ لقوله ﷺ: ((الفقراء

عالة الأغنياء)) (٣) ونحوه (٤)، وتلزم في مال الصغير كالزكاة (٥).

٢٦٢٢ - **سَأَلَتْ:** وإنما تلزم الموسر؛ لما مر. [الهادي]: وهو من يملك مائة دينار تزيد

أو تنقص تقريباً. [أبو العباس]: من لا يسمى فقيراً. [زيد بن علي وأبو حنيفة وأبو يوسف]:

من تلزمه الزكاة. [بعض الحنفية]: من له فضلة على قوت شهر له وللأخص به.

(١) هكذا في هذا الموضوع من البحر وهو مخالف لما تقدم حكايته عنه أن نفقة الأم لا تجب على الولد؛ إذ

لا دليل والله أعلم. (شرح أثمار).

(٢) قال الإمام يحيى: أراد أن بينهما بعداً عظيماً لا تقارب فيه. (شرح بحر).

(٣) فاشترط الغنى في كونهم يعولون من احتياج من الأقارب. (شرح بحر).

(٤) قوله: «الفقراء عالة الأغنياء»: حكاة في الانتصار وقد تقدم.

(قوله): «ونحوه»: عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: ((خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى، وأبدأ بمن

تعول)) أخرجه البخاري (١٣٦٠) وغيره. وفي روايات أخرى من طرق شتى، وله شواهد كثيرة. [أبو داود

(١٦٧٦)، والنسائي (٢٥٤٤)، وابن خزيمة (٢٤٣٩)].

(٥) وذلك لأن الحقوق المتعلقة بالأموال يستوي فيها الصغار والكبار والنساء والرجال لا اشتراكهم في

السبب الموجب لها. (شرح بحر).

[الإمام يحيى والشافعي]: بل على قوت يوم وليلة؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فليبدأ بنفسه..))
الخبر (١).

قلت: الصحيح أنه من يملك الكفاية له وللأخص (٢) به إلى الدخل (٣) من سنة أو يوم؛ إذ لا يسمى من دونه موسراً لغة ولا عرفاً.

٢٦٢٣- **سَأَلَتْ**: ومن له حرفة يتفضل منها فكموسر؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا حظ فيها لغني ولا لمكتسب)) (٤) فجعله كالغني.

فَرَعٌ: [المذهب وأبو حنيفة]: ولا يباع عَرَضٌ لنفقة القريب ولو أباً إلا بأمر الحاكم.
[الإمام يحيى والشافعي]: يجوز مطلقاً كالدرهم ونحوها.

قلنا: لا ينتقل الملك إلا بحكم أو تراض، والدرهم مخصوصة بكونها مثلية كالطعام.

٢٦٢٤- **سَأَلَتْ**: [الإمام يحيى حكاية عن العترة والشافعي]: والمعسر من لا يجد ما يتقوته؛
إذ إنفاقه مواساة. [الإمام يحيى]: وهو إجماع.

قلت: فيه نظر، بل هذا قول المؤيد بالله وفسر بالغداء والعشاء وهو قوي.

[أبو العباس وأبو طالب]: بل من لا يجد قوت عشرة أيام غير ما استثنى للمفلس (٥)؛
لما مر في الفطرة. [زيد بن علي والوافي]: من لا يملك نصاباً.

(١) (قوله): «فليبدأ بنفسه.. الخبر»: روي عن جابر عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: ((إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه فإن فضل فعلى عياله، فإن فضل فعلى قرابته)) هكذا روي. وفي رواية لمسلم (٩٩٧) عن جابر قال: أعتق رجل من بني عذرة عبداً له عن دبر فبلغ ذلك رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: ((ألك مال غيره؟)) قال: لا، فقال: ((من يشتريه مني؟)) فاشتراه نعيم بن عبد الله العدوي بثمانمائة درهم فجاء بها إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فدفعها إليه ثم قال: ((ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلاهلك فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك، فإن فضل عن ذي قرابتك شيء فهكذا وهكذا - يقول: فيين يديك وعن يمينك وعن شمالك-)) انتهى. [البيهقي (٧٥٤٤)، والنسائي (٢٥٤٦)، وأبو داود (٣٩٥٧)، وأبو عوانة (٥٨٠٥)].

(٢) وهم الزوجات والأولاد الصغار والأبوان المعسران والخادم لا من عداهم. (قررو).

(٣) فإن لم يكن له دخل فكفاية السنة وينفق الزائد. (قررو).

(٤) (قوله): «لا حظ فيها لغني ولا لمكتسب»: تقدم في الزكاة.

(٥) وفي الغيث: في الزكاة.

[الشافعي والإمام يحيى]: ويشترط أن لا يمكنه التكسب لصغر أو هرم أو مرض مزمن.

قلنا: لا دليل على اعتبار ذلك.

٢٦٢٥- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة وقول للشافعي]: وتلزم للصحيح الذي لا حرفة^(١) له كالزمن^(٢). [الإمام يحيى]: سيما الذي ينقص قدره بالحرفة. [الشافعي]: بل هو كالمتكسب؛ لتمكنه.

قلنا: لم يفصل دليل وجوب إنفاق المعسر.

٢٦٢٦- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله وأبو العباس والشافعي]: وإذا بلغت في بيت أبيها فلا نفقة لها^(٣)؛ لإمكان التكسب. [المذهب وأبو حنيفة]: يتعذر لأجل الخفارة^(٤)، وفيه نظر^(٥).

٢٦٢٧- **سَأَلَتْ:** والكسوة ما يعتاد في الجهة، وكذا النفقة والسكنى.

٢٦٢٨- **سَأَلَتْ:** [العترة والفريقان]: ويسقط الماضي بالمطل؛ إذ هو [هي] لدفع الحاجة وقد مضت.

٢٦٢٩- **سَأَلَتْ:** [المذهب والشافعي]: وللحاكم بيع العقار؛ لنفقة القريب. [أبو حنيفة]: لا، إلا للزوجة.

قلنا: والقريب مقيس^(٦).

٢٦٣٠- **سَأَلَتْ:** ويؤخذ من مال الغائب^(١) مع الكفيل؛ لما مر.

(١) بل ولو له حرفة.

(٢) أي: قياساً على الزمن بجامع الحاجة إلى الإنفاق. (شرح بحر).

(٣) يعني: بل تسقط نفقتها عن الأب عند بلوغها؛ لأنه يمكنها التكسب بالغزل والخياطة والخدمة ونحو ذلك. (شرح بحر).

(٤) وهي الحياء. يقال: حَفَرَت المرأة استحيت. (مقاييس اللغة).

(٥) وجه النظر: أن التكسب ممكن مع الخفارة كما ذكره الشافعي، فعلى هذا قياس المذهب أن يقال: تسقط نفقتها حيث يمكنها التكسب مع الخفارة لا مع عدمها ولا حيث لا حرفة لها رأساً فلا تسقط، والله أعلم.

(٦) على الزوجة بجامع الوجوب. (شرح بحر).

٢٦٣١- **مَسْأَلَةٌ:** فإن تعدد الموسرون فحسب الإرث.

[الأحكام]: فإن أعسر أحدهم فكلها على الموسر كلوا انفراد. [المنتخب]: بل حصته فقط كلوا يسرا جميعاً.

قلنا: إذا شملها اليسار افترقا^(٢).

ويرجع الحاضر على الغائب إن أنفق عنه كالشريك، وذوو الأرحام إن ورثوا أنفقوا كغيرهم.

فَرْعٌ: وإذا أعسر أحد الابنين فكلها على الموسر قولاً واحداً؛ لحرمة الأبوة، وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أنت ومالك لأبيك)).

٢٦٥- فصل: [في نفقة الرقيق]

وتجب نفقة المملوك إجمالاً؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف))^(٣) ونحوه فيخير بين إحالة الكسوب^(٤) على كسبه والفضلة له^(٥)، ويوفى إن نقص أو أخذه وإنفاقه؛ لملكه^(٦) منافعه.

(١) إذا كانت غيبته يتضرر بها القريب بعد أن طلب كفيلاً بالضمان إن تبين عدم ثبوت النفقة. (قرور).
(٢) أي: افترق المقيس والمقيس عليه ومن حق المقيس أن يوافق المقيس عليه في المعنى الجامع ولا يفترقان فيه. (تعليقة).

(٣) (قوله): «للمملوك طعامه.. الخبر إلخ»: لفظه عن أبي هريرة أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((للمملوك طعامه وكسوته، ولا يكلف من العمل ما لا يطيق)) أخرجه مسلم (١٦٦٢) والموطأ (١٨٠٦). [عبدالرزاق (١٧٩٦٧)، وأحمد (٧٣٥٩)].

(قوله): «ونحوه»: عن أبي ذر قال: سمعت رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: ((إخوانكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس، ولا يكلفه ما يغلبه فإن كلفه ما يغلبه فليعنه عليه)) هذه إحدى روايات حديث أخرجه البخاري (٣٠) ومسلم (١٦٦١) وأبو داود (٥١٥٨) والترمذي (١٩٤٥). [ابن ماجه (٣٦٩٠)]. وعن ابن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((كفى بالمرء إثماً أن يجسس عمن يملك قوته)) هذه رواية مسلم (٩٩٦) وفي رواية أبي داود (١٦٩٢): ((كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يقوت)). [الحاكم (١٥١٥)، والبيهقي (١٥٤٧٢)، وابن حبان (٤٢٤٠)].

(٤) أي: القادر على الاكتساب بالخدمة والاحتراف. (شرح بحر).

(٥) أي: للسيد.

(٦) هذا تعليل للتخيير والمعنى، وإنما قلنا إن السيد بالخيار؛ لأنه مالك لمنافع العبد. (شرح بحر).

- ٢٦٣٢- **سَأَلَتْ:** وينفقه المعتاد؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((بالمعروف))^(١)، وقوله: ((مما تطعمون))^(٢) نذب أو نهي عن إجلائهم إلى ما ينفر عنه لخشونته.
- ٢٦٣٣- **سَأَلَتْ:** [العتره والشافعي]: وتقدر بالكفاية؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((بالمعروف)).
[أصحاب الشافعي]: بل يتجنب النادر في كثرة الأكل وقلته، ويعطى الغالب.
قلنا: بل الظاهر الكفاية؛ لظاهر الخبر.
- ٢٦٣٤- **سَأَلَتْ:** ونذب أن يطعمه مما يصنعه؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إذا كفى أحدكم خادمه..)) الخبر^(٣)، وكسوته من الغالب لمثله كنفقته، ونذبت التسوية^(٤) اتقاء لإيغار الصدر إلا في السرية^(٥) فله تفضيلها كالبار من أولاده.
- ٢٦٣٥- **سَأَلَتْ:** ولا يكلف إلا ما يطيق الدوام عليه، وله تأجيرها ولو لرضاع ما لم يضر بولدها.
- ٢٦٣٦- **سَأَلَتْ:** وله مخارجته، وهي: خارجتك على أن تعطيني كل يوم كذا.
[الإمام يحيى]: لا من لا كسب له؛ لقول عثمان: ((لا يكلف المملوك))^(٦).
ولا يجبر الممتنع منهما^(٧).

(١) قوله: «بالمعروف»: تقدم في المتن.

(٢) قوله: «مما تطعمون»: تقدم بمعناه.

(٣) قوله: «إذا كفى أحدكم خادمه.. الخبر»: لفظه: عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إذا أتى أحدكم خادمه بطعامه فإن لم يجلسه معه فليناوله لقمة أو لقمتين أو أكلة أو أكلتين فإنه ولي حره وعلاجه)) أخرجه البخاري (٢٥٥٧)، ولأبي داود (٣٨٤٦) والترمذي (١٨٥٣) نحوه، والذي في الكتاب من لفظ رواية الترمذي. [ابن ماجه (٣٢٩٠)، وأحمد (٧٧٩٢)، ومسلم (١٦٦٣)].

(٤) بين جماعة العبيد في الكسوة. (شرح بحر).

(٥) لأن المقصود بها الاستمتاع فاستحب لها التجميل. (شرح بحر).

(٦) قوله: «لا يكلف المملوك.. إلى آخره»: الذي في الجامع عن أبي سهيل بن مالك عن أبيه أنه سمع عثمان بن عفان يقول في خطبته حين ولي: ولا تكلفوا الصبيان الكسب فإنكم متى كلفتموهم الكسب سرقوا، ولا تكلفوا الأمة غير ذات الصنعة الكسب فإنكم متى كلفتموها كسبت بفرجها، وعفوا إذ أعفكم الله، وعليكم من المطاعم بما طاب منها. أخرجه الموطأ (١٨٣٨). [أخرجه الشافعي في الأم (١٠٣/٥)، والبيهقي (١٥٥٦٣)]. وعن رافع بن خديج قال: نهى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن كسب الأمة حتى يعلم من أين هو. أخرجه أبو داود (٣٤٢٦) وفي ذلك أحاديث أخر.

(٧) من السيد والعبد.

٢٦٣٧- **سَأَلَتْ:** ويجبر السيد على إنفاقه إجماعاً، أو تحلية القادر للتكسب أو إزالة الملك، فإن تمرد فالحاكم كبيع مال المحجور عليه ونحوه.

٢٦٣٨- **سَأَلَتْ:** وعلى الشريك حصته، والوجه ظاهر، وعلى قدر حاله.

٢٦٣٩- **سَأَلَتْ:** [العتره ومالك]: وعليه حصة شريكه الغائب والمتمرد، ويرجع (١) ولو مستقلاً (٢). [الفريقان]: لا، إن لم يكن بأمر الحاكم؛ إذ لا يثبت في الذمة إلا ما التزمه أو ألزمه ذو الولاية.

قلنا: للشريك ولاية؛ لصحة تصرفه فيه.

والمدبرة والمستولدة كالرقيقة (٣).

٢٦٦- فصل: [في نفقة الحيوان]

ونفقة الحيوان المملوك واجبة؛ لقوله ﷺ: ((اطلعت ليلة أسري بي..))

الخبر (٤)، ونحوه.

(١) إذا نوى الرجوع.

(٢) أي: لا يحتاج الشريك إلى إذن الحاكم مع الغيبة والتمرد ولو كان الحاكم في البلد؛ لأن له ولاية على ما هو شريك فيه على المختار للمذهب. (حاشية السحولي وشرح آثار). (قررو).

(٣) فيلزم السيد إنفاقهم كما يلزم إنفاق العبد القن سواء سواء. (شرح بحر).

(٤) (قوله): «اطلعت ليلة أسري بي..» الخبر ونحوه: هذا غير معروف في حديث الإسراء لكن في حديث صلاة الكسوف عن جابر عن النبي ﷺ ما لفظه: ((وعرضت علي النار فرأيت امرأة من بني إسرائيل تعذب في هرة ربطتها فلم تطعمها ولم تدعها تأكل من خشاش الأرض)) أخرجه مسلم (٩٠٤) وغيره. [والنسائي (١٤٨٢)، والطيالسي (١٧٥٤)، وابن خزيمة (١٣٨٦)، وابن حبان (٢٨٤٤)]. وفيه روايات أخرى من طرق شتى. وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: ((عذبت امرأة في هرة لها ربطتها لم تطعمها ولم تسقها ولم تركها تأكل من خشاش الأرض)) أخرجه مسلم (٢٦١٩)، وفي ذلك أحاديث أخرى. وعن أبي هريرة قال: بينما رجل يمشي بطريق اشتد عليه العطش فوجد بئراً فنزل فيها فشرب ثم خرج فإذا كلب يلهث يأكل الثرى من العطش فقال الرجل: لقد بلغ من هذا الكلب مثل الذي بلغ مني فنزل البئر فملاً خفه ماء ثم أمسكه بفيه ثم رقى فسقى الكلب، فشكر الله له، فغفر له، قالوا: يا رسول الله إن لنا في البهائم أجراً؟ فقال: (في كل كبد رطبة أجر)) أخرجه البخاري (٢٣٦٣) ومسلم (٢٢٤٤) والموطأ (١٧٢٩) وأبو داود (٢٥٥٠). وفي رواية للصحيحين: أن امرأة بغيا رأت كلباً في يوم حار يطفئ بيتر قد أدلع لسانه من العطش فتزعت له بموقها فغفر لها. [البخاري (٢٣٢١)، ومسلم (٢٢٤٥)].

(ح): خشاش الأرض -بفتح الخاء المعجمة- حشراتهما. ودلع بالعين المهملة. والموق: الخف.

٢٦٤٠- **سَأَلَتْ:** فيعلفه أو يبيعه أو يسيبه في مرتع. [العتره والشافعي وأصحابه]: فإن
تمرد أجبر كالعبد. [أبو حنيفة وأصحابه]: بل يؤمر استصلاحاً لا حتماً؛ إذ لا يثبت له
حق ولا خصومة، ولا يُنصَّب عنه، فهو كالشجر ونحوه.

قلنا: ذات روح يجب حفظه ولو بغصب؛ خشية التلف فأشبهت الآدمي.
فَرَعٌ: ولا يؤخذ من لبنها ما يضر أولادها كولد الأمة. والطيور والكلب والهر
المملوكة تطعم كل ما يعتاد كالبهيمة.

٢٦٤١- **سَأَلَتْ:** ولا يجبر على إصلاح شجره أو بنيانه ^(١) إجماعاً، ويندب أمره؛
للنهي عن إضاعة المال.

(١) كلام البحر مستقيم في ملكه، وأما المشترك فيجب على الشريك إصلاحه مع غيبة شريكه أو تمرده.
(قرئ).

[٦١]- باب [الحضانة]

والحضانة -بفتح الحاء وكسرها- من الحضن اسم لضم المحضون إليه، وفي الشرع: حفظ المولود وترتيبه.

وهي على منفق الطفل. ودليلها: من الكتاب والسنة والإجماع ظاهر^(١).

٢٦٧- فصل: في ثبوت حق الحضانة وما تبطل به

٢٦٤٢- **مَسْأَلَةٌ:** حق الحضانة ثابت إجماعاً؛ لقوله ﷺ: ((أنت أحق به ما لم تنكح))^(٢)، ويبطل حق مستحقه بالجنون؛ إذ لا يحفظ، والرق؛ إذ لا ولاية لها على نفسها، والكفر؛ إذ لا يتولى كافر مسلماً، ولنجاسة لبنها، وبأي فسق؛ إذ لا أمانة، ولئلا يُغيّر الطباع.

قلت: وبالنشوز^(٣)؛ لذلك.

٢٦٤٣- **مَسْأَلَةٌ:** [العتره والفريقان ومالك]: وبالنكاح؛ لقوله ﷺ: ((ما لم تنكح)). [الحسن البصري]: لا؛ إذ لم تبطل حضانة أم سلمة^(٤) لبتنها حين نكحها ﷺ، وحضانة امرأة جعفر لبنت حمزة، ولقوله تعالى: ﴿وَرَبَّابِيكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣].

(١) فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ...﴾ إلى آخر الآية [البقرة: ٢٣٣]، ومن السنة قوله ﷺ: ((أنت أحق به ما لم تنكح)) ونحو ذلك كما سيأتي والإجماع ظاهر. (شرح بحر).

(٢) (قوله): «أنت أحق به ما لم تنكح»: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة أنت النبي ﷺ فقالت: إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن يتزعه مني، فقال لها رسول الله ﷺ: ((أنت أحق به ما لم تنكح)). أخرجه أبو داود (٢٢٧٦).

(٣) عن الزوج سواء كانت الأم أو من له حق الحضانة. (قرئ).

(٤) (قوله): «إذ لم تبطل حضانة أم سلمة.. إلخ»: أما حديث أم سلمة فسيأتي، وأما حديث امرأة جعفر فعن علي بن أبي طالب قال: خرج زيد بن حارثة إلى مكة فقدم بابنة حمزة فقال جعفر: أنا أخذتها أنا أحق بها ابنة عمي وعندني خالتها وإنما الخالة أم. وقال علي: أنا أحق بها هي ابنة عمي وعندني ابنة رسول الله ﷺ فهي أحق بها. وقال زيد: أنا أحق بها هي ابنة أخي وإنما خرجت إليها وسافرت وقدمت بها، فقضى بها رسول الله ﷺ لجعفر وقال: ((الخالة أم)) أخرجه أبو داود (٢٢٧٨)، وفيه رواية أخرى. [أبو طالب في الأمالي مستندا نحوه، وأبو العباس في المصاييح، والحاكم (٤٩٣٩)، وأحمد (٧٧٠)، وابن حبان (٤٨٧٣)].

قلنا: لعدم الحليّة.

فَرْعٌ: [القاسمية ومالك]: ولا تعود الولاية بالطلاق؛ لقوله: ((ما لم تنكحي)) وأطلق^(١)، وكسقوط القود. [الشافعي]: تعود ولو في عدة الرجعي؛ لتحريم الوطاء فيها كالبائنة. [المؤيد بالله وأبو حنيفة والمزني]: بل بالبائن^(٢) أو مضي عدة الرجعي؛ لبقاء حكم الزوجية فيها.

قلت: وهو قوي؛ لزوال العارض المانع، وفي قوله: ((ما لم تنكحي)) تنبيه على أن المانع اشتغالها بالزوج.

٢٦٤٤ - **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: وتبطل حضانة الجدة تبعاً للأم؛ إذ هي فرعها. [أبو طالب والإمام يحيى]: لا. قلت: وهو قوي وإلا لزم في الحالة.

٢٦٤٥ - **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة]: ولا تبطل الحضانة إن نكحت ذا رحم له^(٣)؛ إذ يصير كالأب. [الشافعي]: لم يفصل الدليل.

قلنا: فصل القياس^(٤).

٢٦٤٦ - **سَأَلَتْ:** [الهادي]: وليس للزوج المنع من الحضانة حيث لا يوجد مثلها؛ لوجوبها عليها، فإن وجد جاز كفعله ﷺ في بنت أم سلمة^(٥).

٢٦٤٧ - **سَأَلَتْ:** [العتره والشافعي]: والأم الحرة أولى بولدها المستقل من العبد حتى يعتق؛ إذ لا ولاية للمملوك. [أبو حنيفة وأصحابه]: متى استقل بنفسه وأطاق الأدب

(١) أي: لم يفصل في ذلك بين أن تطلق الأم أو لا. (شرح بحر معني).

(٢) أي: تعود بالبائن بمجرد الطلاق وإن لم تمض العدة والرجعي بمضي العدة.

(٣) ولو لم يكن محرماً. (قرر).

(٤) على الأب إذا نكحها بعد الطلاق البائن فيحمل الخبر على نكاح الأجانب ووجه الجامع زيادة القرب والأنس. (شرح بحر وبستان).

(٥) (قوله): «كفعله ﷺ في بنت أم سلمة»: حكى في الشفاء وغيره أن النبي ﷺ لما تزوج أم سلمة أمر من يكفل ابنتها زينب، وكان ذلك برضا أم سلمة. [المؤيد بالله في شرح التجريد والمتوكل على الله في أصول الأحكام].

فالأب أحق به؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أنت ومالك لأبيك)) (١)، ولم يفصل (٢).

قلنا: فصل القياس.

٢٦٤٨- **سَأَلَتْ**: [ابن أبي ليلى وأبو طالب]: وللمطلقة نقل أولادها إلى مقرها؛ إذ قرارها فيه مستحق في الأصل لكن تعين الخروج لأجل الزوج، فأما إلى غيره فلا؛ إذ ليس بمستحق من قبل. [أبو حنيفة وأصحابه]: لها نقلهم إلى المصر الذي وقع فيه عقد النكاح إذا كان مصرها، فأما إلى غير ذلك فلا. [أبو حنيفة]: ولا تخرجهم من المصر إلى السواد، ولها ردهم من السواد إلى المصر؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من بدا فقد جفا)) (٣) (٤). [الشافعي والإمام يحيى]: إذا اختلفت دار الأبوين فالأب أحق بالذكر والأم بالأثني؛ ليتعلم كل ما يليق به. [مالك]: ليس لها نقله إلى فوق البريد؛ لئلا يتغرب عن أهله.

قلت: الصحيح أنها أحق به حتى يستغني عنها، ثم الأب أحق بالذكر، والأم بالأثني؛ ليتعلم كل ما يليق به إلا أن تكون الأم أفضل خلقاً وتاديباً فهي أحق به.

٢٦٤٩- **سَأَلَتْ**: وللأم الامتناع إن قبل غيرها؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمُ فَسَترُضِعْ لَهُ أُخْرَى﴾ [الطلاق]، ولها الأجرة كما مر (٥) إلا أيام اللبأ؛ لتعينها عليها، وللأب نقله إلى مثلها تربية بدون ما طلبت؛ للآية، وإلا فلا.

(١) قوله: «أنت ومالك لأبيك»: قد تكرر.

(٢) بين الحر والعبد، فإذا كان الأب مالكا لمال ولده كان مالكا لمنافعه يقوم عليها ويرعاها. قلنا: فصل القياس وهو عدم صحة الولاية مع الرق. (شرح بحر).

(٣) قوله: «من بدا فقد جفا»: لفظه: عن ابن عباس أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((من سكن البادية جفا، ومن تبع الصيد غفل، ومن أتى أبواب السلطان افتتن)) أخرجه الترمذي (٢٢٥٦) والنسائي (٤٣٠٩)، ولأبي داود (٢٨٥٩) نحوه مع زيادة. [وأخرجه بلفظ الكتاب أحمد (٨٨٢٣)، والبيهقي (٢٠٠٤٢)، وأبو يعلى (١٦٥٤) جميعهم عن البراء].

(٤) أي: من سكن البادية غلظ طبعه بقله مخالطة الناس والجفاء غلظ الطبع. (نهاية).

(٥) في الفصل الخامس من النفقات. (شرح بحر).

٢٦٨- فصل: [في صفة المحضون والحكم بعد الحضانة]

وإنما يُحْضَنُ طفل أو مجنون أو معتوه حتى يستغني بنفسه، ثم الأب أولى بالذكر والأم بالأثني. وبهما حيث لا أب، فإن تزوجت فمن يليها، فإن تزوجن خير بين الأم والعصبة، وينقل إلى من اختار ثانياً؛ لما سيأتي.

٢٦٥٠- **سَأَلَتْ:** [أبو العباس وأبو طالب وأبو حنيفة وأصحابه]: وحد الاستغناء أن يأكل ويشرب ويلبس بنفسه لأوقاتها كالعقلاء. [المؤيد بالله والشافعي]: بل ببلوغ السبع؛ لتخيير علي عليه السلام عمارة بين أبيه وأمه ^(١)، وعمر غلامه بين أبويه ^(٢)، وكانا سباعيين، ولم يخالفا. قلنا: لاستغنائهما، وإلا فلا وجه له.

٢٦٥١- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب حكاية للمذهب وأبو حنيفة وأصحابه]: ومتى استغنى بنفسه فالأب أولى بالذكر، والأم بالأثني ^(٣)؛ لما مر ^(٤). [الشافعي وأصحابه والإمام يحيى]: بل يخير؛ لفعله صلى الله عليه وسلم ^(٥) وعلي عليه السلام وعمر ^(٦). قال [مالك]: الأثني للأم حتى تزوج

(١) قوله: «لتخيير علي عليه السلام عمارة بين أبيه وأمه»: روي عن عمارة بن ربيعة أنه قال: قتل أبي فخاصم عمي أمي فجاء إني علي بن أبي طالب عليه السلام ومعني أخ لي صغير فخبرني علي عليه السلام فاخترت أمي، وقال: (لو بلغ هذا لخيرته). وفي بعض الأخبار عن عمارة أنه قال: كنت ابن سبع سنين أو ثمان هكذا حكاها في أصول الأحكام والشفاء. وذكر نحوه في التلخيص ونسبه إلى الشافعي في الأم (٦٣/٢) إلا أنه قال عمارة الجرمي ولم يقل ابن ربيعة ولا ذكر قتل الأب والله أعلم. [المؤيد بالله في شرح التجريد].

(٢) قوله: «وعمر غلاماً بين أبويه»: ذكر في التلخيص أن عمر خير غلاماً بين أبيه وأمه. ونسبه إلى الشافعي والبيهقي (٨/٤).

(٣) حيث كانت الأم فارغة فإن كانت مزوجة فالأب أولى بها معاً.

(٤) قال في حاشية في شرح الأزهار. قلنا: لولا الشرع لقدمناه على الأم؛ لأنه يختص بالانتساب إليه وثبوت القرابة والولاية.

(*) وهو أن كلاً منهما يتعلم ما يليق به. (شرح بحر).

(٥) قوله: «ولفعله صلى الله عليه وسلم.. الخ»: عن أبي هريرة قال: كنت قاعداً مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فأتته امرأة فقالت يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني، وقد نفعتني وسقاني من عذب الماء. وعند أبي داود: وقد سقاني من بئر أبي عتبة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((استها عليه)) فقال زوجها: من يحاقتني في ولدي؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((هذا أبوك وهذه أمك، فخذ بيد أيها شئت)) فأخذ بيد أمه فانطلقت به، أخرجه أبو داود (٢٢٧٩) واختصره الترمذي (١٣٥٨) قال: إن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاماً بين أبيه وأمه، وأخرج النسائي (٣٤٩٦) نحو ما ذكرناه من رواية أبي داود. [عبدالرزاق (١٢٦١١)، وابن ماجه (٢٣٥١)، وابن حبان (١٢٠٠)].

(٦) قوله: «وعلي عليه السلام وعمر»: هو ما مر عنها آنفاً.

وتدخل، والذكر للأب حتى يبلغ؛ إذ لا استغناء قبل ذلك. [أحمد بن حنبل]: يخير الذكر فقط؛ لفعله ﷺ، والأنثى للأم. قلنا: لا يهتدي إلى مصلحة فيخير، وفعله ﷺ يحتمل أنه لعدم أمانة الأب أو غير ذلك.

فَرَعٌ: [إهم]: فإن اختارهما معاً فالقرعة^(١) أو يجبر على الاختيار، وإذا اختار الأم كان في النهار عند أبيه؛ ليؤدبه وليس لها منعه^(٢)، وإذا اختار الأب فللأم زيارة البنت إلى موضعها، ولا تخرج^(٣)؛ لثلاث^(٤)، بخلاف الابن فيخرج إليها، فإن مرض فالأم أحق^(٥) بتمريضه؛ إذ هي أرفق ولها نقله إلى بيتها كلو كان طفلاً.

فَرَعٌ: [إهم والإمام يحيى]: وينقل إلى من اختار ثانياً؛ إذ التخيير إثارة لشهوته، ما لم يكن لضعف عقله، ولا يمنع الولد عن زيارة من مرض من أبويه؛ إذ يكون قطيعة^(٦)، والقول للأم في أمها غير ناكحة، وللزوج في بقاء العدة.

٢٦٩- فصل: في ترتيب الحواضن

أقدمهن الأم الحرة إجماعاً؛ للخبر، ثم أمهاتها وإن علون.

[الشافعي]: لا حضانة لجدة لا ترث.

قلنا: لم تُبَيَّنْ على التوريث كما مر.

[الهادي والشافعي وأصحابه]: ثم الأب الحر. [المنتخب والإصطخري]: بل الخالة؛

(١) أي: يقرع بينهما فيه أو يجبر هو على أن يختار أحدهما بعينه، قالوا: فلا بد من فعل أحد هذين الأمرين. (شرح بحر).

(٢) وذلك لأن الأب أعرف بمصالح الولد منها. (شرح بحر).

(٣) البنت بل تزورها الأم.

(٤) أي: تكره على الفاحشة.

(٥) قال في حاشية شرح الأزهار: والمذهب خلافه. وذهب في المخطوط هنا فينظر.

(٦) للرحم.

لقوله ﷺ: ((الخالة أم)) (١).

قلنا: لولا الشرع لقدمناه على الأم؛ للقياس (٢)، ولا دليل فيمن عداها (٣)،
والخبر ليس على حقيقته فيتأول على ما يوافق القياس وهو كونها بعد الأبوين.

[القاسمية وابن سريج وزفر ورواية عن أبي حنيفة]: ثم الخالة؛ لخبر بنت حمزة. [الشافعي]:
بل أم الأب كأم الأم.

قلنا: حق الأب متأخر عن حق الأم فكذا من يليه متأخر عنم يليها.
[الناصر والمؤيد بالله وأكثر أصحاب الشافعي ورواية عن أبي حنيفة]: بل الأخوات؛
لإدلائهن بالأب، وهو مقدم على أمه فكذا من يلي به.

قلنا: قال ﷺ: ((الخالة أم))، وخص الأب وأم الأم بالإجماع (٤).
٢٦٥٢- **سَأَلَتْ**: [القاسمية]: ثم بعد الخالة أمهات الأب (٥) كأم الأم لكن قدمت
الخالة؛ للخبر.

٢٦٥٣- **سَأَلَتْ**: [المذهب]: ثم أمهات أب الأم. [الإمام يحيى]: لا حضانة لهن.
قلنا: يدلين بالأم كأمهاتهما.

٢٦٥٤- **سَأَلَتْ**: ثم الأخوات؛ لأنهن أقرب ممن بعدهن.

٢٦٥٥- **سَأَلَتْ**: ثم بنات الخالات لإدلائهن بالأم، ثم بنات الأخوات؛ للقرب،
ثم بنات الأخ؛ لقربه، ثم العمات، ثم بناتهن.

(١) (قوله): «الخالة أم»: تقدم قريباً: تنبيه: عن القاسم بن محمد قال: كانت عند عمر بن الخطاب امرأة من
الأنصار فولدت له عاصم بن عمر، ثم إنه فارقتها فجاء عمر قباه فوجد ابنه عاصماً يلعب بقاء المسجد، فأخذ
بعضه فوضعه بين يديه على الدابة فأدركته جدة الغلام فتنازعت إياه حتى أتيا أبا بكر الصديق فقال عمر:
ابني، وقالت المرأة: ابني، فقال أبو بكر: خل بينها وبينه، قال: فما راجعه عمر الكلام. أخرجه الموطأ
(١٤٩٨). قلت: وهذا هو الخبر الذي أشرت إليه أولاً ولعل ما سبق ذكره سهو، والله أعلم.

(٢) على ولاية المال.

(٣) أي: في تقديم من سواها.

(٤) الإجماع غير مسلم؛ لما مر.

(٥) من قبل أمه ولو تخلل ذكر، ثم من قبل أبيه ولو تخللت أنثى، لكن أمهات الأم أقدم من أمهات أبيه.
(قرو).

قلت: ثم بنات العم، ثم عمات الأب، ثم بناتهن، ثم بنات أعمام الأب؛ إذ قرابة النساء من جهة الأب معتبرة حيث عُدت في درجتهم قرابة الأم كالأخوات. ويقدم ذو السبين، ثم ذو الأم كذلك^(١).

٢٦٥٦- **سَأَلَتْ:** [الناصر]: بل بعد الأب أمهاته ثم الأخوات ثم الخالات ثم خالات الأب وبناتهن ثم العمات وبناتهن كذلك.

[الناصر]: وإذا تزوجت البنت لم ينقلها الزوج إلا برضا الحاضنة حتى تبلغ.

[المؤيد بالله]: كالتقاسمية إلا أنه يقدم الأخوات على الخالات.

٢٦٥٧- **سَأَلَتْ:** [العترة وأبو حنيفة وأصحابه وقول للشافعي]: والأخت لأم أولى من الأخت لأب؛ إذ تدلي بالأم فهي أقوى. [الشافعي]: هي أقوى ميراثاً فتقدم. لنا: ما مر^(٢).

٢٦٥٨- **سَأَلَتْ:** والأخوات أحق من العمات، وإن أدلين بالأب لركضهن معه في بطن أمه، واللاتي لأب مقيسات.

٢٦٥٩- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: وبنات الخال أحق من بنات العم؛ إذ يدلين بالأم، وكذا بنات خالات الأب أحق من بنات عماته.

قلت: وفيه نظر؛ إذ لا علاقة بينهن وبين أم الطفل فاعتبر فيما عدا ذلك القرب من الأب والمديلي بأبيه أقرب، فبنت العم أولى كما مر.

(١) المعنى: أن كل من أدلى من هذه الأصناف المتقدمة بسبين إلى المولود فهو أولى ممن أدلى إليه بسبب واحد، فالخالة لأب وأم أولى من الخالة لأحدهما، والأخت لأب وأم أولى من الأخت لأحدهما، والعمة لأب وأم أولى من العممة لأحدهما، وكذلك بناتهن على هذا الترتيب، فإن كان أحدهما يدلي بأب والآخر بأم فالذي يدلي بالأم أولى، فالخالة لأم أولى من الخالة لأب، والأخت لأم أولى من الأخت لأب، وكذلك سائرهن على هذا الترتيب. (شرح بحر).

(٢) من أن الحضانة مبنية على الشفقة والحنو لا على التوريث. (شرح).

٢٧٠- فصل: [في حضانة الرجال]

[العترة والشافعي]: ومتى بطلت حضانة النساء فالأقرب الأقرب من (١) العصبية المحارم؛ لتنازع علي وجعفر في ابنة حمزة، ولم ينكره ﷺ. [بعض أصحاب الشافعي]: لا حق لمن عدا الأب وأباه كفي المال.

قلنا: الحضانة مبنية على الحنو وهو حاصل فيهم.

[أبو طالب]: فتقدم عصبية محرم ثم ذو رحم محرم.

ثم الأولى بالذكر عصبية غير محرم؛ لأن رجاءهم لمنفعته أكثر من رجاء ذوي أرحامه فهم به أشفق، ثم ذو رحم كذلك (٢)، ولا يرجع الحاضن بما أنفق من غير إذن ولي المال؛ إذ لا ولاية له على المال.

٢٦٦٠- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله حكاية عن الهادي وابن الحداد]: فإن امتنعت الأم بطل حق أمهاتها كبقية الأولياء مع عضل الأقرب. [المذهب والمؤيد بالله لنفسه وابن الصباغ والطبري]: بل إلى أمها كلومات أو جُنَّتْ أو نحوهما [من العوارض].

٢٦٦١- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى وابن سريج والإصطخري]: وأم (٣) الأب أقدم منه؛ إذ حضانة النساء أرفق، وكذا الأخت لأم.

قلنا: ولاية الأب أقوى، ولا دليل على من عدا أم الصبي وأمها.

[أبو حنيفة]: لا حق للأب إلا مع انقطاع النساء.

لنا: ما مر.

٢٦٦٢- **سَأَلَتْ:** ولا حق لمن عدا الأب من الرجال مع وجود أحد من النساء ولو في درجتهم قريباً.

(١) الذكور.

(٢) أي: هم أولى بالذكر دون الأنثى كالعصبية غير المحارم.

(٣) في نسخة: وأم أب الأب.

قلت: والمزوجات مع عدم الفارغات أقدم من الرجال؛ إذ هن أعرف بالتربية وأرفق.

[الإمام يحيى]: فإن تساوى أهل درجة فالقرعة.

قلت: القرعة غير معمول بها عندنا فتقسم الحضانة مهياًة.

فَرَعٌ: والأخت لأب أولى من الخنثى لأبوين في الأصح؛ لاحتمال الذكورة.

فَرَعٌ: [قول للشافعي]: ولا حق لذوي الأرحام في الحضانة؛ إذ لا ميراث.

لنا: ما مر.

٢٦٦٣ - **سَأَلَتْ:** وإذا غاب الأولى فمن يليه من الحاضرين حتى يحضر [الأولى]؛

لثلا يضيع الصبي.

كتاب البيع

هو إخراج عين عن الملك بعوض، والشراء إدخالها، وقد يعكس مجازاً، قال الله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخِيسٍ﴾ [يوسف: ٢٠]، أي: باعوه، وقوله ﷺ: ((لا يبيعن أحدكم على بيعه أخيه)) (١) ونحوه (٢)، أي: لا يشتري. وفي الشرع: إيجاب وقبول بشروط مخصوصة تقريباً (٣). والأصل فيه من الكتاب: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ التَّيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ونحوها (٤). ومن السنة: فعله (٥) ﷺ وقوله: ((فبيعوا كيف شئتم)) (٦). والإجماع ظاهر، وقد اشترى علي بن أبي طالب نخيلاً (٧) في يبيع بأفواهاها (٨)، واتجر عمر في الأدم والجلود، وأبو بكر في البز، والعباس في العطر.

- (١) قوله: «لا يبيعن أحدكم على بيعه أخيه» ونحوه: لفظه: عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: ((لا يبيع الرجل على بيع أخيه حتى يبتاع أو يذر)) رواه النسائي (٤٥٠٤) وللباقين نحوه، وله شواهد كثيرة. [أحمد بن عيسى في الأمالي، وعلي بن بلال في شرح الأحكام، والمؤيد بالله في شرح التجريد بسندهم عن ابن عمر، وأخرجه أبو داود (٢٠٨١)، ومسلم (١٤١٢)، وعبدالرزاق (١٤٨٦٨)، وابن ماجه (٢١٧١)].
- (٢) ((لا يسومن على سومة أخيه حتى يبتاع أو يذر)).
- (٣) وليس بحد حقيقي لأن قولنا مع شرائط إحالة لمعرفة البيع على معرفة الشروط. (غيث).
- (٤) وذلك كقوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨].
- (٥) قوله: «ومن السنة فعله ﷺ»: ستأتي أحاديث تتضمن ذلك كحديث يبعه ﷺ المجلس والقدح وحديث شراء الفرس من الأعرابي، وحديث بيع العبد أو الأمة من العداء بن خالد، وشرائعها منه على اختلاف الرواية وغير ذلك.
- (٦) قوله: «فبيعوا كيف شئتم»: سيأتي.
- (٧) قوله: «وقد اشترى علي بن أبي طالب نخيلاً في يبيع بأفواهاها.. إلخ»: المراد بأفواهاها نصيبها من الماء، هكذا قيل. وروي عن أبي بكر أنه كان بزازاً يبيع البز، وروي عن عمر بن الخطاب أنه كان يبيع الأدم والحنطة والأقط وكان العباس بن عبدالمطلب يبيع العطر. والله أعلم.
- (٨) يعني: نصيبها من الماء.

٢٧١- فصل: في الثمن والمبيع

٢٦٦٤- **سَأَلَتْ:** الثمن: ما لا يبطل العقد بتلفه ويصح إبداله قبل القبض، وهو المتصل بالباء في الغالب^(١).

٢٦٦٥- **سَأَلَتْ:** والنقدان الثابتان في الذمة ثمن إجمالاً؛ إذ هما الأصل في تقدير القيم والأروش.

[أبو العباس وأبو طالب والهادي وأبو حنيفة وأصحابه]: وكذا الموجود المعين^(٢) فيصح إبداله، ولا يبطل العقد بتلفه.

[الناصر والمؤيد بالله والإمام يحيى والشافعي وأصحابه]: بل يتعين إن عين كتعيينه إذا قابله جنسه؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا تبعوا الذهب..)) الخبر^(٣). ولتعيينها غصباً وشركة ورهنًا ووديعة.

قلنا: ثبوته في الذمة وصحة العقد عليه غير معين يقتضي أنه لا يتعين في البيع خاصة وإلا كان كالعروض.

قلت: والربويات خصها الخبر وبقي فيما عدا البيع^(٤) على القياس، وقول الفراء في تفسيره: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ [يوسف: ٢٠]: «الثمن ما يثبت في الذمة» يقتضي عدم تعينه؛ إذ لو تعين لم يثبت فيها فلا يكون ثمنًا.

قلت: وهذا الاحتجاج ضعيف؛ إذ يلزم لأجله أن لا يتعين المثلي غير النقد، فالأولى الاحتجاج بالإجماع على جواز التصرف فيه قبل قبضه وأن البيع لا يبطل بتلفه وإن عين فيهما، وإن فسد عند المؤيد بالله فاقتضى أنه لا يتعين، وإلا كان كالقيمي والمثلي في ذلك.

(١) يعني: إلا أن تقوم دلالة على خلافه. (شرح بحر).

(٢) من النقد.

(٣) قوله: ((لا تبعوا الذهب بالذهب))، الخبر سيأتي. [فقوله: عيناً بعين، يفيد أنه إذا عين تعين]. (شرح بحر).

(٤) وهي الشركة وما بعدها.

فَرْعٌ: وفي السبائك ونحوها^(١) وجهان: لا تتعين كالنقد؛ لتقديرها بالوزن كالنقد في العدد وتتعين كالعرض وهو الأصح؛ إذ النقود أثمان لا المصوغات فتشبه العروض [العرض].

فَرْعٌ: ويثبت النقد في الذمة؛ لخبر ابن عمر^(٢)، والمثلي غير النقد يثبت في الذمة لانضباطه، ويتعين إن عين؛ إذ تفاوته أبلغ من تفاوت النقد.

فَرْعٌ: وإذا عين النقد فله أحكام الثمن عندنا والمبيع عندهم إلا ما ذكرناه آنفاً^(٣).
٢٦٦٦ - **سَأَلَتْ:** [الغزالي]: وفيما يتميز به الثمن وجوه: أحدها: لا ثمن إلا النقدان. الثاني: ما اتصل بالباء.

الثالث: النقدان ومن غيرهما ما اتصل بالباء.
والأصح: أنه النقدان وما لم يتعين من المثلي ولا قابله نقد، والمبيع هو القيمي والمسلم فيه مطلقاً، ومن المثلي ما عين أو قوبل بالنقد.

٢٧٢ - فصل: [في أحكام المبيع والثمن]

والمبيع يتعين فلا يصح معدوماً؛ لنهيهِ ﷺ عن بيع ما ليس عنده^(٤)، إلا في السلم؛ لترخيصه^(٥) ﷺ، ولضبطه بالوصف، وإلا في ذمة مشتريه؛ إذ هو

(١) وهي المصوغات. (شرح بحر).

(٢) قوله: «لخبر ابن عمر»: عن ابن عمر قال: كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وأخذ مكانها الورق وأبيع بالورق فأخذ مكانها الدنانير فأتيت رسول الله ﷺ فوجدته في بيت حفصة فسألته عن ذلك فقال: لا بأس بالقيمة. هذه رواية الترمذي (١٢٤٢) وسيأتي غيرها.

(٣) أي: قبيل، وهو أنه يجوز التصرف فيه قبل قبضه، وأن البيع لا يبطل بتلفه واستحقاقه بل يفسد بذلك كما مر. (شرح بحر).

(٤) قوله: «لنهيهِ ﷺ عن بيع ما ليس عنده»: عن حكيم بن حزام قال: قلت: يا رسول الله إن الرجل ليأتيني فيريد مني البيع وليس عندي ما يطلب فأبيع منه ثم أبتاعه من السوق قال: لا تبع ما ليس عندك. أخرجه الترمذي (١٢٣٢) وأبو داود (٣٥٠٣) والنسائي (٤٦١٣). [ابن ماجه (٢١٨٧)، والبيهقي (١٠٤٨٦)، وابن أبي شيبة (٢٠٤٩٩)].

(٥) قوله: «إلا في السلم لترخيصه ﷺ»: سيأتي.

كالمقبوض (١)، ولا يتصرف فيه قبل قبضه؛ لنهيه ﷺ عن بيع ما لم يقبض (٢)، ويطل البيع باستحقاقه وبتلفه (٣)، ويفسخ معيبه، ولا يبدل؛ إذ يصير بيع ما ليس عنده، والثلث عكسه في ذلك كما مر.

٢٧٣- فصل: [في شروط البيع الصحيح]

وشروط البيع الصحيح تسعة:

(الأول): التمييز، فلا يصح من غير مميز إجماعاً؛ لقوله ﷺ: ((رفع القلم)) (٤).

٢٦٦٧- **مسألة:** [العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: ويصح من المميز المأذون وإن لم يبلغ؛ لمعرفته النفع والضرر كالعاقل. [الشافعي]: لا؛ لقوله ﷺ: ((حتى يبلغ)).
قلنا: مخصوص بقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى﴾ [النساء: ٦٠]، والابتلاء بالتصرف.
قلت: وفيه نظر (٥).

ويصح من المجنون بعد إفاقته إجماعاً.

[القاسم والهادي]: ومن السكران. [القاسم والناصر والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن ورواية عن أبي حنيفة]: وهو الذي ذهب حياؤه ورزاقته وخلط في كلامه.
[الإمام يحيى]: أراد الهادي والقاسم من [ما] لم يذهب عقله؛ لقولهما: إذا كان يعقلهما (٦).

[رواية عن أبي حنيفة]: إذا كان لا يفرق بين الأرض والسماء، والرجل والمرأة.

(١) بشرط قبض الثمن.

(٢) (قوله): «لنهيه ﷺ عن بيع ما لم يقبض»: في رواية النسائي (٤٦٠٣) عن حكيم المذكور قال: ابتعت طعاماً من طعام الصدقة فربحت فيه قبل أن أقبضه فأتيت رسول الله ﷺ فذكرت له ذلك فقال: ((لا تبعه حتى تقبضه)) وفي ذلك أحاديث أخر. [البيهقي (١٠٤٥٩)، والدارقطني (٣/٩)، وابن حبان (٤٩٨٣)].

(٣) بل يبقى موقوفاً.

(٤) (قوله): «رفع القلم»: تكرر.

(٥) وجه النظر: أن الابتلاء بالتصرف لا يجب عندنا والمراد بالابتلاء عندنا العقل والبلوغ. (شرح).

(٦) أي: النفع والضرر.

قلت: وقد ذكر (١) تحقيقه في موضع آخر (٢).

٢٦٦٨- **سَأَلَتْ:** [العترة والفريقان]: وتصح عقود الأخرس بالإشارة إلا فيما يفتقر إلى لفظ مخصوص كالشهادة؛ ففعله ﷺ في تعريف عدد أيام الشهور أنها ثلاثون أو تسعة وعشرون (٣)، ولإفهامها كالكتابة. وكذا المعتقل لسانه عندنا والشافعي؛ لتعذر النطق كالأخرس. [الحنفية]: لا؛ لرجوى زواله. [الطحاوي]: يمهل كالعنين ثم يعمل بإشارته.

(الثاني): **الاختيار:** لقوله ﷺ: ((إنما البيع ما كان عن تراض)) ونحوه (٤)، إلا أن يكرهه حاكم؛ إذ هو بحق.

٢٦٦٩- **سَأَلَتْ:** [القاسمية والمؤيد بالله والفريقان]: ويصح بيع المضطر ولو غبن فاحشاً، ومنه بيع المصادر؛ إذ ليس بمكره على نفس البيع، بل على غيره (٥). [الناصر والمنصور بالله وقاضي القضاة]: هو في حكم المكره لما أُلجئ إليه. [الإمام يحيى]: إن لم يجد سواء وغبن فاحشاً فهو كالمكره، وإلا فلا.

قلت: إن باعه إلى المصادر فمكره قطعاً وإلا فلا، كمن باع ليشتري دواء، أو لينكح من افتتن بها أو نحوهما.

قالوا: نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضطر (٦).

- (١) الإمام يحيى.
- (٢) وهو ما مر في الطلاق والله أعلم. (شرح بحر).
- (٣) (قوله): «أو تسعة وعشرون»: هذا لا يصلح دليلاً لأن الكلام إنما هو في إشارة الأخرس والأولى الاستدلال بخبر المرأة التي رضخ اليهودي رأسها، وحديث أمامة بنت أبي العاص، وقد تقدما.
- (٤) (قوله): «إنما البيع ما كان عن تراض»: حكاية في الشفاء ونحو قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونُوا بِيحَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ الآية [النساء: ٢٩]. [أخرج الحديث ابن ماجه (٢١٨٥)، عن أبي سعيد، والبيهقي عنه أيضاً (١٠٨٥٨)، وأخرجه عبدالرزاق (١٤٢٦٤)، والديلمي (٢٢١٧)، كلاهما عن ابن أبي أوفى].
- (٥) وهو تسليم المال.
- (٦) (قوله): «عن بيع المضطر» عن شيخ من بني تميم قال: خطبنا علي بن أبي طالب أو قال: قال علي: سيأتي على الناس زمان عضوض بعض الموسر على ما في يده ويباع المضطرون ولم يؤمروا بذلك قال الله تعالى: ﴿وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضطر وعن بيع الغرر وعن بيع الثمرة قبل أن تدرك. أخرجه أبو داود (٣٣٨٢). [والبيهقي (١٠٨٥٩)، وأحمد (٩٣٧)].

قلنا: يعني المكره على البيع؛ إذ ليس على عمومه، وإلا لزم فيمن حبس ليقضي دينه أن لا يصح بيعه.

(الثالث): الملك أو الولاية.

[العترة والفريقان]: فلا يصح^(١) تصرف العبد إلا بإذن مالكه، لملكه منافعه.

فَرَعٌ: [العترة وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي]: ولا يملك؛ لقوله تعالى: ﴿لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾ [النحل: ٧٥]. [مالك وقول للشافعي]: يملك؛ إذ هو آدمي مكلف حامل للأمانة كالحر.

قلنا: علة الأصل الحرية.

٢٦٧٠ - **مَسْأَلَةٌ:** [القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه]: ويصح من الأعمى كما كان يفعل ابن عباس وابن عمر وابن أم مكتوم ولم ينكر، ولصحة توكيله فيه، وكانكاح والتسلم^(٢). [سفيان الثوري]: لا، مطلقاً؛ لجهله لما عقد عليه، وقد نهى صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع الغرر. [الشافعي وأصحابه]: كذلك في الأكمه^(٣)، لا من طرأ عليه فيصح فيما قد رآه، إلا فيما يتسارع فساده كالفاكهة الرطبة.

قلنا: يكفي في رفع الجهالة جس ما يجس ووصف غيره.

(الرابع): وجود المبيع في الملك؛ لما سيأتي، ولنهي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع

الغرر، وهذا منه.

[الإمام يحيى]: ومعنى الغرر التردد في وجوده.

قلت: أو إمكان قبضه كبيع الطير في الهواء.

وما في الذمة فكالوجود فيصح بيعه إلى من هو عليه إلا ثمن الصرف والسلم

إجمالاً؛ لعدم استقراره حتى يقبض.

(١) أي: لا ينفذ.

(٢) وهو القبض. (شرح). وفي الانتصار: السلم.

(٣) الذي ولد أعمى.

[العترة وقول للشافعي]: ولا يصح إلى غير من هو عليه؛ لنهيهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع ما لم يقبض. [قول للشافعي]: يصح كإلى من هو عليه.
قلنا: هو كالقابض بخلاف غيره.

(الخامس): كون المبيع جائز البيع ليس بموقوف ^(١) أو نحوه ^(٢).

(السادس): صحة تملكه والتمن ^(٣)؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ثلاثة لا يقبل الله منهم صرفاً ولا عدلاً...)) الخبر ^(٤).

(السابع): تعريه عن المضسات التي نهى عنها، وستأتي.

فَرْعٌ: [الإمام يحيى]: ومطلق النهي يقتضي الفساد إلا لقرينة.

قلت: وقد مر الخلاف في ذلك ^(٥).

[الإمام يحيى]: وما نهى عنه لاقتضائه خللاً في العقد أو المال أفسد كبيع الملائح والملاسة وبيع وشرط إلا شرط الخيار، وأن ينتفع به المشتري، والتأجيل والوثيقة برهن أو ضميين أو على أن يأكل أو نحو ذلك ^(٦).

٢٦٧١- **سَأَلَتْ:** وقد نهى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع الطعام المشتري قبل قبضه ^(٧) فيفسد. [البتى]: لا.

لنا: نهيه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

(١) أي: وقف.

(٢) كالمدبر وأم الولد. (شرح بحر).

(٣) للبائع والمشتري جميعاً فلو كان حراً أو خمرأ أو خنزيراً وهما مسلمان لم يصح كما سيأتي. (شرح بحر).

(٤) قوله: «ثلاثة لا يقبل الله منهم صرفاً ولا عدلاً.. الخبر»: لفظه في الجامع: عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً ثم أكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه العمل ولم يوفه أجره» أخرجه البخاري (٢٢٢٧). [وابن ماجه (٢٤٤٢)، وأحمد (٨٦٧٧)، والبيهقي (١٠٨٣٦)].

(٥) يعني عَلَيْهِ السَّلَامُ في مقدمة الكتاب. (شرح بحر).

(٦) فيصح البيع في هذه الصور إذ لم يرفع موجب.

(٧) قوله: «وقد نهى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع الطعام المشتري قبل قبضه»: تقدم شيء من ذلك، وفي إحدى روايات حديث أخرجه الستة إلا الترمذي عن ابن عمر أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه)). [مسلم (١٥٢٦)، وأبو داود (٣٤٩٢)، والبخاري (٢١٣٣)].

وفي غير الطعام خلاف (١) سيأتي (٢).

ونهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر (٣)، كالطير في الهواء والحوت في الماء. والمقيد بشرط مستقبل ونحوه.

وعن بيع الملامسة (٤) وهو بيع ما لا يره بل يلمسه مع عدم الخيار؛ للجهالة، أو على أنه متى لمسه نفذ البيع ولا خيار، أو إلقاء الثوب على المبيع ثم يلمسه أمانة للتعقد ولا لفظ.

وعن بيع المنابذة؛ للجهالة، وهو قول البائع: ما نبذته إليك فقد بعته منك، أو ما نبذته إليك فلا خيار لك فيه، أو ينبذ إليه أثواباً أو نحوها ليختار أيها فما اختاره نفذ البيع فيه.

وعن بيع الحصاة (٥)، وهو أن يقول: أي ثوب رميته بالحصاة فقد بعته منك أو فقد انقطع خيارك أو بعتك من هذه الأرض من هاهنا إلى حيث تنتهي إليه الحصاة.

وعن بيع حَبَلِ الحَبَلَةِ (٦)؛ [ابن عمر]: وهو شراء الفحل حتى تنتج (٧) الناقة.

(١) لا يصح

(٢) في الباب الثاني في الخامسة عشر. (شرح بحر).

(٣) قوله: «ونهى عن بيع الغرر»: عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر وعن بيع الحصاة. أخرجه مسلم (١٥١٣) وأبو داود (٣٣٧٦) والترمذي (١٢٣٠) والنسائي (٤٥١٨). [ابن ماجه (٢١٩٤)، والدارقطني (١٦/٣)].

(٤) قوله: «وعن بيع الملامسة»: عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الملامسة والمنابذة. [الإمام زيد في المجموع عن علي ؓ، ومن طريقه محمد بن منصور في الأمالي، ومن طريقه علي بن بلال في شرح الأحكام]. وفي رواية: نهى عن بيعتي الملامسة والمنابذة: أما الملامسة فأن يلمس كل واحد منها ثوب صاحبه بغير تأمل. والمنابذة أن ينبذ كل واحد منها ثوبه إلى الآخر ولم ينظر أحدهما إلى ثوب صاحبه. أخرجه البخاري (٢١٤٦) ومسلم (١٥١١) وغيرهما. [أبو داود (٣٣٧٧)، والنسائي (٤٥٠٩) والترمذي (١٣١٠)، وابن ماجه (٢١٦٩)].

(٥) قوله: «وعن بيع الحصاة»: تقدم.

(٦) قوله: «وعن بيع حبل الحبل»: عن ابن شهاب أن سعيد بن المسيب كان يقول: لا ربا في الحيوان، فإن رسول الله ﷺ نهى في بيع الحيوان عن ثلاث: المضامين والملاقيح وحبل الحبل، فالمضامين: ما في بطون إناث الإبل، والملاقيح: ما في ظهور الجمال. وحبل الحبل: هو بيع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم تنتج الذي في بطنها. أخرجه الموطأ (١٣٥٨). [أخرج نحوه أحمد بن عيسى في الأمالي عن عمران بن حصين، وعلي بن بلال في شرح الأحكام وأخرج نحوه أبو داود (٣٣٨٠)، والترمذي (١٢٢٩)، وعبدالرزاق (١٤١٣٧)].

(٧) أي: تلتقح.

[أبو عبيدة]: بل بيع نتاج التناج، فيفسد؛ للجهاالة أو لكونه بيع معدوم.
وعن بيعتين في بيعة^(١) وشرطين في بيعة، [زيد بن علي وأبو حنيفة]: وهما بيع سلعة
بكذا نقداً، أو بكذا نسيئة^(٢). [أبو العباس]: بل بشرط أن لا يبيع المشتري السلعة ولا
يهبها. وقيل: بل بشرط^(٣) أن يبيعه بالثمن شيئاً آخر.
وعن سلف وبيع^(٤)، وهو: بيع المسلم فيه قبل قبضه، أو مسألة العينة وستأتي،
أو الكالء بالكالء.

قلت: أو بعتك هذا على أن تقرضني كذا، كما سيأتي.

وعن بيع المضامين^(٥)، وهي: الحمل أو ماء الفحل؛ إذ كانوا يبيعون ما في بطن
الناقة وما يضربه الفحل في عام أو أعوام. وعن بيع الملاقيح وهي المضامين. وعن
بيع المجر^(٦) وهو المضامين والحمل أو ماء الفحل، وقد يطلق على المحاقلة والمزابنة
والربا والقمار.

وعن المزابنة^(٧): وهي بيع الرطب قبل جذه بخرصه تمراً؛ لقوله ﷺ: ((فلا

(١) (قوله): «وعن بيعتين في بيعة»: أخرجه الترمذي (١٢٣١) والنسائي (٤٦٣٢) من رواية أبي هريرة. [أحمد
بن عيسى في الأمالي عن ابن عمر، والمؤيد بالله في شرح التجريد].

(٢) هذا مثال الشرطين في بيع.

(٣) هذا مثال بيعتين في بيع. (غيث).

(٤) (قوله): «وعن سلف وبيع»: عن ابن عمرو بن العاص قال: قال رسول الله ﷺ: ((لا يجل سلف وبيع،
ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك)) أخرجه الترمذي (١٢٣٤) وأبو داود
(٣٥٠٤) والنسائي (٤٦٣٠). [الإمام زيد في المجموع عن علي عليه السلام ومن طريقه المرادي في الأمالي ومن
طريقه علي بن بلال في شرح الأحكام].

(٥) (قوله): «وعن بيع المضامين وقوله: وعن بيع الملاقيح»: تقدما.

(٦) (قوله): «وعن بيع المجر»: قيل: المجر بفتح الميم وسكون الجيم هي المضامين. [أخرجه بلفظ الكتاب أحمد
بن عيسى في الأمالي بسنده عن ابن عمر].

(٧) (قوله): «وعن بيع المزابنة»: عن زيد بن ثابت: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع المحاقلة والمزابنة إلا أنه
أذن لأهل العرايا أن يبيعوا بمثل خرصها» هذه رواية الترمذي (١٣٠٠). وعن أبي سعيد قال: نهى رسول
الله ﷺ عن المزابنة والمحاقلة والمزابنة: أن يشتري التمر بالتمر في رؤوس النخل. والمحاقلة: كراء
الأرض. هذه رواية البخاري (٢١٨٦)، ومسلم (١٥٤٦). وعن ابن عباس قال: «نهى النبي ﷺ عن
المحاقلة والمزابنة»: أخرجه البخاري (٢١٨٧). وعن جابر قال: «نهى النبي ﷺ عن المحاقلة والمزابنة

إذا))، ورخص في العرايا؛ لما سيأتي.

وعن المحاقلة: وهي بيع الحب في سنبله بحب مثله، ويجوز^(١) ما لم يظهر الحب بالحب، كالحشيش، أو كان للتبن قيمة وغلب الحب، وبالدرهم مطلقاً كالعروض. وعن ربح ما لم يضمن^(٢)، أي: يملك^(٣) احترازاً من الغصب فلا يطيب ربحه عندنا، أو أراد ما لم يقبض، فلا يطيب ربح المبيع قبل^(٤) قبضه.

قلت: وفي تسمية الملك والقبض ضماناً تجوز.

[المؤيد بالله]: بل يطيب ربح الغصب؛ لقوله ﷺ: ((الخراج بالضمان))^(٥) لا المسروق؛ إذ لا يجتمع قطع وضمان كحد ومهر.

[الهادي]: بل يملك ربح الغصب؛ للخبر، ويتصدق به؛ إذ ملكه من وجه محذور.

[الإمام يحيى]: وقول المؤيد بالله أرجح؛ لظاهر الخبر.

ونهى رسول الله عن بيع العربون^(٦)، وهو: دفع الشيء إلى البائع على أنه إن تم

والمعاومة والمخابرة - قال: بيع السنين هي المعاومة - وعن الثنيا ورخص في العرايا. هذه إحدى روايات مسلم (١٥٣٦). [والترمذي (١٢٩٠)، وابن حبان (٤٩٥٠)]. وعن أنس رضي الله عنه: نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمخابرة والملاسة والمنايلة. أخرجه البخاري (٢٢٠٧). وعن ابن المسيب: «أن رسول الله ﷺ نهى عن المزانية والمحاقلة، والمزانية: اشتراء التمر بالتمر، والمحاقلة اشتراء الزرع بالقمح واستكراء الأرض بالقمح» هذا طرف من حديث أخرجه مسلم (١٥٣٩) وغيره. [روى الإمام زيد في المجموع عن علي بن عيسى بن نحوها، وأحمد بن عيسى في الأمالي عن جابر وابن عمر، وعلي بن بلال في شرح الأحكام عن ابن عمر].

(١) بيع الزرع.

(٢) قوله: «وعن ربح ما لم يضمن»: تقدم.

(٣) كأن يغصب شيئاً أو يسرقه ثم يبيعه ويربح فيه فإنه يجب صرفه إلى بيت المال عند الهادي. ذكر ذلك أبو العباس. (شفاء).

(٤) ولعله يستقيم على القول بأن البيع الفاسد محذور لا على قولنا إنه جائز. (بيان) فيطيب. (بيان).

(٥) قوله: «الخراج بالضمان» سيأتي.

(٦) قوله: «ونهى عن بيع العربون»: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيع العربون» أخرجه الموطأ (١٢٩٣) وأبو داود (٣٥٠٢). وحكى في الشفاء عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع المحاقلة والمزانية والثنيا وعن بيع المواصفة وعن تلقي الركبان وعن الكالي بالكالي وعن بيع العربان وعن النجش، وعن عسب الفحل. انتهى

البيع فمن الثمن، وإلا فهبة. ويقال: عربان بفتح العين وضمها، وأربان وأربون.
[المذهب والفريقان]: ولا ينعقد. [أحمد بن حنبل]: ينعقد.

قلنا: النهي يقتضي الفساد؛ إذ شرط شيئاً للبائع بغير عوض فلا يصح كشرط الأجنبي.

ونهى صلى الله عليه وسلم عن بيع التجلية^(١)، وهو: إظهار العقد بثمن ثم يعقدان بدونه. [الإمام يحيى للمذهب والشافعي]: ويصح العقد الثاني؛ إذ الأول كالتواطؤ فلا يضر كتواطئها على شرط فاسد ثم عقداً صحيحاً. [أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: القياس يبطله؛ إذ يصيران كالهالزين بالعقد ويصح استحساناً؛ إذ العقد الأول كالتواطؤ.

قلت: بل يصح الأول؛ إذ هزله جد، والعقد الثاني كالحط من الثمن الأول.
وعن بيع الثنياه^(٢)، وهو: أن يبيع أشياء ويستثنى واحداً لا بعينه فيفسد؛ للجهالة، فإن عين المستثنى صح؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: ((فله ثنياه))^(٣).

وعن بيع المعاومة^(٤)، وهو: بيع ثمر نخلة سنين معلومة فيفسد؛ إذ هو بيع معدوم. وعن بيع النجش^(٥)، وهو: أن يساوم المشتري بثمن ليرفع ثمن السلعة لا

(١) قوله: «ونهى صلى الله عليه وسلم عن التجلية»: بالثناء الفوقانية والجيم ولم أقف على ذكرها في شيء من كتب الحديث، والله أعلم.

(٢) قوله: «وعن بيع الثنياه»: تقدم. وفي التلخيص ما لفظه: مسلم (١٥٣٦) من حديث جابر: نهى عن بيع الثنياه. زاد الترمذي (١٢٩٠) والنسائي (٣٨٨٠) وابن حبان (٤٩٥٠) في صحيحه: «إلا أن يعلم». انتهى.

(٣) قوله: «فله ثنياه»: روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: ((من استثنى فله ثنياه)) والله أعلم. [أخرجه أحمد بن عيسى بلفظ: «من استثنى الطلاق والعتاق فله ثنياه» وهو في الشفاء، وأخرج الدارقطني (٣٦/٤) من حديث معاذ نحوه في الطلاق، وأخرج ابن ماجه في حديث أبي هريرة (٢١٠٤) نحوه في الكفارات].

(٤) قوله: «وعن المعاومة»: تقدم.

(٥) قوله: «وعن النجش»: فتح النون وسكون الجيم وآخره شين معجمة: عن ابن عمر قال: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجش. أخرجه البخاري (٢١٤٢) ومسلم (١٥١٦) والموطأ (١٣٩٢) والنسائي (٤٥٥٥). [عبدالرزاق (١٤٨٦٧)، وابن ماجه (٢١٧٥)]. وزاد الموطأ: والنجش أن تعطيه بسلعته أكثر من ثمنها وليس في نفسك اشتراؤها فيقتدي بك غيرك. وعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: ((لا تناجشوا)) هذا لفظ أبي داود (٣٤٣٨) والترمذي (١٣٠٤) وهو طرف من حديث أخرجه البخاري (٢١٤٠) ومسلم (١٥١٥)، ولفظه: نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع حاضر لباد ولا تناجشوا ولا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في إناثها. وفي رواية: ((ولا يزيدن على بيع أخيه))، وفي رواية: ((ولا يسم الرجل على سوم أخيه)).

ليشتري به فيغّر المشتري. [المذهب]: ولا يفسد. [مالك]: يفسد؛ لأجل النهي؛ إذ حصل به الغرر.

قلنا: ليس النهي لأمر يرجع إلى العقد، ولا إلى المبيع بل إلى أمر خارج. ولا خيار للمشتري هنا إلا حيث حصلت مواطأة من البائع على النجش فيكون مدلساً فيخير المشتري؛ للغرر.

وعن السوم^(١) على السوم، والبيع على البيع بعد التراضي؛ لقوله ﷺ: ((لا يبيعن أحدكم على بيعه أخيه..)) الخبر. ولا إفساد هنا في الأصح؛ إذ لا غرر. وعن تلقي الجلوبة^(٢)؛ لقوله ﷺ: ((لا تلقوا السلعة حتى تهبط الأسواق))، ولا يفسد بل يقتضي خيار الغرر إن غر.

وكذا بيع الجلب والجنب. قيل: فإن تلقى في المصر جاز اتفاقاً، وخارجه لا يجوز، ولو بريداً، ولا فرق بين السلع والمواشي.

ونهى عن بيع الحاضر للبادي^(٣)، ولا يفسد إجماعاً؛ إذ لم يكن النهي لأجل خلل في العقد ولا في المال. [الهادي]: ولا يكره كتوكيله^(٤)، إلا لإضرار. [المؤيد بالله]:

(١) قوله: «وعن السوم.. إلخ»: تقدم قريباً.

(٢) قوله: «وتلقى الجلوبة.. إلخ»: عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ أن يتلقى الجلب فمن تلقى فاشتره منه فإذا أتى سيده السوق فهو بالخيار. أخرجه مسلم (١٥١٩) والترمذي (١٢٢١) وأبو داود (٣٤٣٧). [أحمد (١٠٣٢٩)، وابن ماجه (٢١٧٨)، والبيهقي (١٠٦٩٩)]. وعن ابن عمر قال: نهى رسول الله ﷺ عن تلقي البيع. هذه رواية مسلم (١٥١٨). وفي رواية له (١٥١٢) وللبخاري (٢١٦٥) قال: قال رسول الله ﷺ: ((لا تلقوا السلعة حتى تهبط بها إلى الأسواق)). وعند أبي داود (٣٤٣٦): ((لا يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا تلقوا السلعة)) الحديث، وعند النسائي (٤٥٠١) «الجلب» بدل «السلع»، وفي ذلك أحاديث أخر. [مالك (١٣٦٥)، وأحمد (٥٣٠٤)، وابن حبان (٤٩٥٩)].

(٣) قوله: «ونهى عن بيع الحاضر للبادي»: عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: ((لا يبيع حاضر لبادي، ودعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض)) أخرجه مسلم (١٥٢٢) والترمذي (١٢٢٣) وأبو داود (٣٤٤٢) والنسائي (٤٤٩٥). [الإمام زيد في المجموع عن علي عليه السلام والهادي في الأحكام وعلي بن بلال في شرح الأحكام عن جابر وعن علي عليه السلام وأحمد بن عيسى في الأمالي عن جابر]. وعن ابن عمر قال: نهى رسول الله ﷺ أن يبيع حاضر لباد. أخرجه البخاري (٢١٥٩). وفي ذلك أحاديث أخر.

(٤) في النكاح والطلاق والخصومات وغير ذلك. (شرح).

يكره؛ للنهي. [الشافعي]: بل يحرم وإن صح العقد؛ للنهي.

قلنا: لا نهي إلا حيث ثمّ إضرار.

فَرْعٌ: وإنما يكره حيث يطلبه الحاضر ويجلبه البادي لبيعه في الحال، وفي تولي الحاضر له إضرار بأهل البلد لحاجتهم وصغرها^(١)، لا لو طلبه البادي^(٢) أو أهدها، أو أراد التربص؛ لدلالة أخبار النهي على اعتبار ذلك.

وعن المعاوضة^(٣)، وهي: المعاوضة لا بإيجاب وقبول، وليست بيعاً عندنا؛ لعدم اللفظين. [مالك]: ما عده الناس بيعاً فيبيع.

قلنا: لا بيع إلا بلفظين؛ للخبر^(٤).

(الثامن): العقد، وهو: إيجاب وقبول؛ لنهيه ﷺ عن بيع الجاهلية كالمنابذة والحصاة.

[الإمام يحيى]: ولفظ البيع منقول بالشرع كالصلاة والزكاة؛ إذ بيع الميتة والدم لغوي لا شرعي.

٢٦٧٢- **سَأَلَتْ:** وينعقد بالماضيين المضافين إلى النفس إجماعاً لا المستقبلين المحضين أو أحدهما إجماعاً. [القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه ومالك]: ولا بأمر وماض؛ إذ البيع في الشرع: هو الخبر الدال على الإنشاء. [الناصر والإمام يحيى والشافعي]: يحصل به معنى الإيجاب فانعقد به كالنكاح.

(١) أي: البلد.

(٢) يعني: فلا كراهة؛ لقوله ﷺ: ((إذا استنصح أحدكم فليصحب)) ولأن ترك ذلك قد يؤدي إلى الإضرار بصاحب المتاع، وقد يؤدي إلى انقطاع الجلب لأن كل واحد لا يقدر على البيع بنفسه. (شرح بحر).

(٣) نحو أن يقول: أعطني هذا وخذ هذا عوضه أو يتواطيا على ذلك ثم يسلم كل لصاحبه وسيأتي الخلاف في حكم المعاوضة في البيع الباطل، ولعل النهي عن المعاوضة يتناول غير المحقر؛ لما سيأتي فيه والله أعلم. (شرح بحر).

(*) (قوله): «وعن المعاوضة»: لم يرد لفظة المعاوضة في الحديث لكن قد تضمن النهي عنها ما تقدم ذكره من النهي عن المنابذة والملاسة ولعل ذلك المراد بقوله للخبر، والله أعلم.

(٤) وهو النهي عن بيع المعاوضة. (شرح بحر).

قلنا: خص النكاح (١) الخبر، ولعدم كثرة المماكسة فيه.

قلت: ويلزم لو قال: أبيع منك، وقصد الإنشاء فقال: اشتريت، ولا قائل به.

فَرَعٌ: ولا بد من تواليهما فلا يتخللهما إضراب أو رجوع، فإن سكت يسيراً (٢)

ثم قبل انعقد في الأصح؛ إذ ليس بإعراض، فإن مات القابل بعد الإيجاب ووارثه في المجلس لم يرث القبول؛ إذ الإيجاب ليس إيجاباً له، كلو أو جب لزيد فقبل عمرو.

فَرَعٌ: [المذهب والناصر]: وينعقد بكل لفظ يقتضي التمليك عرفاً.

[المؤيد بالله]: فلو قال: دفعت إليك هذا بمهرك كان بيعاً إن قبَلتُ، وكذا: دفعت

إليك هذا بهذا.

[الإمام يحيى]: وينعقد بـ«خذ هذا بهذا»، أو: «أعطيتك هذا بهذا»، أو بـ«أخذت»

أو «فعلت» مكان «قبلت»؛ لإفادة الملك. [المؤيد بالله]: لا «جعلت لك هذا بهذا»؛

إذ هو صريح نذر وكناية وقف، لا غير. [أبو طالب]: بل يفيد الملك؛ إذ هو في معنى:

خذ هذا بهذا.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى]: وفي الكتابة وجهان: ينعقد بها كالنكاح، ولا، كالإيحاء مع

إمكان النطق، وهو المختار.

ويصح بالفارسية؛ إذ هي نطق مفهم كالعربية.

فَرَعٌ: وتكره اليمين عند المبايعة؛ لقوله ﷺ: ((اليمين تنفق السلعة وتمحق

البركة)) ونحوه (٣).

(١) قوله: «خص النكاح.. الخبر»: يعني ما تقدم في حديث الواهة نفسها حيث قال ﷺ: ((الذي زوجه

إياها: ((قد زوجتها)) [البخاري (٥٠٢٩) ومسلم (١٤٢٥)] وفي رواية: ((ملكتها)) ولم يأمره بالقبول.

[البخاري (٥٠٣٠)، والنسائي (٣٣٣٩)].

(٢) أو كثيراً ما لم يتخلل إعراض.

(٣) قوله: «تنفق السلعة وتمحق البركة» ونحوه: عن أبي قتادة أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: ((إياكم

وكثرة الحلف في البيع فإنه ينفق ثم يمحق)) أخرجه مسلم (١٦٠٧) والنسائي (٤٤٦٠). وعن أبي هريرة

قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: ((الحلف منفقة للسلعة محقة للكسب)) هذه رواية البخاري

(٢٠٨٧) ومسلم (١٦٠٦). وعند أبي داود (٣٣٣٥): ((محقة للبركة)). [الإمام زيد في المجموع عن علي

٢٦٧٣- **سَأَلَتْ:** [القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه ومالك وأحد أقوال الشافعي]: ويتنقل الملك بالعقد. [أحد أقوال الشافعي]: لا حتى يبطل خيار المجلس. [أحد أقوال الشافعي]: لا ينتقل به (١) إن تفساخا في المجلس وإلا انكشف أنه ملك به (٢).

قلنا: مبني على خيار المجلس، وسنبطله، ثم قوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: ((من باع عبداً وله مال...)) (٣) الخبر ونحوه (٤) يقتضي الملك بالعقد.

٢٦٧٤- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: والاصطناع عِدَّةٌ لا عقد لازم عندنا، وهو: اصنع لي كذا بكذا أو نحوه (٥)، وهو جائز؛ لعمل المسلمين به. فإن قال: بع مني قوساً بكذا لم يصح. [الهادي والشافعي]: إلا أن تجتمع فيه شروط السلم. [الناصر]: لا.

قلنا: بناء على منعه السلم في غير المكيل والموزون.
[أبو حنيفة]: يصح الاصطناع مطلقاً (٦)، ويخير المصطنع عند حصول المعمول فيه (٧). [أبو يوسف ومحمد بن الحسن]: إن ذكر الأجل فَسَلَّمْ، وإلا فاصطناع. [مالك]: إن

عَلَيْهِ مَرْفُوعاً وَالْمُؤَيَّدُ بِاللَّهِ فِي شَرْحِ التَّجْرِيدِ، وَأَخْرَجَهُ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ الْبَيْهَقِيِّ (١٠١٨٩)، وَابْنِ حَبَانَ (٤٩٠٦)، وَأَحْمَدَ (٧٢٠٦). [I.]

(١) أي: بالعقد.

(٢) أي: بالعقد.

(٣) وجه الدلالة هو أن الخبر الأول يفيد بظاهره أن المبتاع إذا اشترطه كان له بالشرط، فمن قال إنه لا يملكه بالشرط والعقد فقد خالف ظاهر الخبر والخبر الثاني يفيد ترتب الخيار على الشراء فلولا أن الملك ينتقل بنفس العقد وإلا فلا وجه لترتب الخيار على العقد. (زيد).

(٤) (قوله): «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع»: أخرجه أبو داود (٣٤٣٣)، وقد أخرجه هو وغيره من رواية ابن عمر، وقد روي موقوفاً على عمر، والله أعلم. [وأبن أبي شيبة عن علي **عَلَيْهِ مَرْفُوعاً** (٢٢٥٢٣) وعن ابن عمر (٣٦٣٢١)، والبيهقي (١٠٥٤٢)، عن عمر موقوفاً والنسائي (٤٦٣٦)، والترمذي (١٢٤٤)، كلاهما عن ابن عمر مرفوعاً].

(قوله): «ونحوه»: روي عن النبي **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** أنه قال: ((من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه)) هكذا روي في هذا الموضوع، وسيأتي والله أعلم.

(٥) أي: مما يفيد معناه من الألفاظ والاصطناع عام في جميع الملابس والآلات وسائر المصنوعات. (شرح).

(٦) سواء ذكر الأجل أم لا.

(٧) إن شاء أخذه وإن شاء رده فإن أخذه وجب عليه ما وعد به فقط. (شرح).

ضرب له أجلاً فاصطناع، وإلا لم يصح ولم يجبر^(١). [رواية عن أبي يوسف]: إن جاء به الصانع لزم قبوله؛ إذ في رده إضرار بصاحبه لنسجه الغزل أو تقطيعه الجلد أو نحوهما.

قلنا: لا عقد يقتضي لزوم.

٢٦٧٥- **سَأَلَتْ:** والمحقر كأجرة الحمام والحجام والسقاء في السوق وقيمة لحم القصاب ونحوه من الفواكه مما يباع في الخانات من المأكولات، وقيمة القلائس والكرابيس^(٢)، والوقايا^(٣) والخُمُر^(٤) وخرز الزجاج والقوارير، وأوعية الفخار، وقُدِّرَ بما قيمته قدر قيراط المثقال^(٥).

٢٦٧٦- **سَأَلَتْ:** ولا يتقل الملك بالمعاطاة في غير المحقر. [العترة وأبو حنيفة وأصحابه وابن سريج]: وتكفي المعاطاة في ملك المحقر. [الشافعي وأكثر أصحاب الشافعي]: لا، كغيره.

قلنا: اعتاده المسلمون فلم ينقل عن السلف التلافظ في شيء منه سوى: **خُذْ، زَنْ، هَاتِ،** ونحوها، وما استحسنته المسلمون فحسن^(٦)، ولقوله **وَاللَّهُ وَسِعَ كُلَّ شَيْءٍ عِلْمًا** في القعب^(٧) والجلس^(٨) لمن قال: هما عليٌّ بدرهمين: ((خذ)) ولم يلافظ، وكالهدايا^(٩). **فَرَعٌ:** ويملك بقبضه كالهديّة ولا خيار فيه؛ لحقارته^(١٠).

(١) بالجيم والباء الموحدة من أسفل.

(٢) القمصان الصغار.

(٣) المصاون.

(٤) حصيرة صغيرة.

(٥) وقال أبو مضر وابن الخليل: دون ربع المثقال.

(٦) قوله: «ما استحسنته المسلمون فهو عند الله حسن»: لعل هذا من كلام بعض السلف، والله أعلم.

(٧) هو القدح.

(٨) هو كساء بال.

(*) قوله: «في القعب والجلس»: تقدم ذلك في كتاب الزكاة في النهي عن السؤال.

(٩) فإن الإيجاب والقبول غير شرط فيها.

(١٠) يعني: بعيب ولا رؤية لحقارته. (شرح) والقياس ثبوت الخيار في العيب. (غيث معني). وتثبت الشفعة في المحقر كذا قرر.

- (التاسع): **كون الثمن والمبيع معلومين؛** لنهيه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع الغرر.
- ٢٦٧٧- **سَأَلَتْ:** فلو قال: بعث هذا بدينار إلا درهماً صح، حيث صرف الدينار معلوم، وإلا فلا. وكذا بألف درهم صرف عشرين درهماً بدينار.
- ٢٦٧٨- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ولو باع بنقد ثم حرم السلطان التعامل به قبل قبضه فوجهان: يلزم ذلك النقد؛ إذ عقدا عليه.
- الثاني: تلزم قيمته^(١)؛ إذ صار لكساده كالعرض^(٢)، ولو قال: بنصفي دينار سلم ديناراً؛ إذ هما عبارة عنه، بخلاف نصف وثلث وسدس فليس عبارة عن الكل.
- ٢٦٧٩- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ويصح التعامل بالمغشوش حيث لا قدر للغش^(٣) كالمرنخ والمنور^(٤)، إذ الغش مستهلك، وفيها له قدر وجهان: لا يصح؛ للجهالة، ويصح؛ لقول ابن عمر^(٥): «من زافت دراهمه» إلى آخره، ولاعتياد المسلمين ذلك للحاجة.
- ٢٦٨٠- **سَأَلَتْ:** ولو قال: بعثكما هذا بكذا فقبلاً فنصفان.
- [الإمام يحيى]: فإن قبل أحدهما صح^(٦) نصفه بنصف الثمن، ولو قال: بألف ذهباً وفضة لم يصح؛ للجهالة^(٧). [أبو حنيفة]: يصح وينصف.

(١) قبل كساده.

(٢) هذا حيث كانت مغشوشة فأما لو كانت خالصة فهي مثلية فالواجب مثلها.

(٣) وذلك لو حكّت أو صفت لم يكن لغشها قيمة. (سلوك).

(٤) فالمرنخ الدراهم التي طليت بالزرنخ، والمنور الدراهم التي جليت بالنورة؛ لأجل إزالة سوادها واستجلاب بياضها وفضيتها تكون غير مختلطة بالغش بل مطلية به ومعنى الاستهلاك فيها هو أنها إذا حكّت وصفت لا يكون لغشها قيمة. (شرح بحر).

(٥) (قوله): «لقول ابن عمر.. إلخ»: روي عن عمر أنه قال: من زافت دراهمه فليأت السوق بها وليقل: من يبعني بها سحق عمامة أو ثوب أو شيناً من الأعيان التي يحتاج إليها، ولا يخالف الناس في أنها جيد ماضية. هكذا حكى عن عمر لا عن ابنه والله أعلم. [عبدالزراق (١٤٩٨٣) نحوه].

(٦) المذهب خلافه.

(٧) في قدر كل واحد منهما. (شرح بحر).

[٦٢]- باب فيمن تحرم معاملته وتجاوز

٢٧٤- فصل:

لا تجوز معاملة من ماله حرام كالبغي والكاهن، فإن كان الأكثر حلالاً جاز؛ لرهنه ﷺ من اليهودي (١) في شعير، مع تصرفهم في الخمر والربا. ٢٦٨١- **سَأَلَتْ:** [الهادي] (٢): وتجاوز معاملة الظالم بيعاً وشراء فيما لم يظن تحريمه، وتكره؛ لقوله ﷺ ((فمن اتقى الشبهات..)) الخبر (٣) ونحوه. وقيل: لا تجوز مع اللبس إلا حيث أكثر ما عنده حلال، وقيل: يعمل بقوله: إنه حلال.

قلنا: الأصل الإباحة فيرجع إليها مع اللبس، لكن يكره لإيناسهم. ٢٦٨٢- **سَأَلَتْ:** [الهادي] وما أصله الحظر كمدك في أرض كفر، أو مستو فيه الكفر والإسلام فحرام (٤)، وما أصله الإباحة كماء التبس مغيره فباح، وما لا أصل له فيهما كمعاملة من أكثر ماله حرام فمكروه؛ لما مر. ٢٦٨٣- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: ويكره بيع العنب والعصير ممن يخمره.

[المؤيد بالله]: أراد مع الشك، ويحرم مع العلم؛ للمعاونة على المعصية، وقوله ﷺ ((لعن الله بائعها..)) الخبر (٥)، وكذا بيع الخشب للمزامير ونحوها،

(١) قوله: «لرهنه ﷺ من اليهود»: سيأتي في الرهن إن شاء الله تعالى.

(٢) زيادة في نسخة.

(٣) قوله: «فمن اتقى الشبهات..» الخبر ونحوه: تقدم جميع ذلك.

(٤) مع ظن كفره.

(٥) قوله: «لعن الله بائعها..» الخبر: لفظه: عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: ((لعن الله الخمر وشاربها وساقبها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة له)) أخرجه أبو داود (٣٦٧٤). [أبو طالب في الأمالي بسنده عن ابن عمر، وأخرجه أحمد بن عيسى في الأمالي بسنده عن علي بن الهادي في الأحكام عنه أيضاً وعلي بن بلال في شرح الأحكام عنه أيضاً وأخرج حديث ابن عمر الحاكم (٧٢٢٨)، والبيهقي (١٠٨٢٨)]. وعن أنس قال: «لعن رسول الله ﷺ في الخمر عشرة: عاصرها ومعتصرها وشاربها وساقبها وحاملها والمحمولة إليه وبائعها ومبتاعها وواهبها وأكل ثمنها» أخرجه الترمذي (١٢٩٥). [ابن ماجه (٣٣٨١)].

والسلاح ممن يعصي به، فإن ظن فوجهان: يحرم، كلو علم، ويكره؛ لتجويز خلافه، فإن فعل لم يفسد؛ إذ النهي لا يقتضي جهالة.

قلت: وظاهر المذهب الجواز ^(١) وإن كره.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى]: فإن باع العنب على أن يتخذ خمرًا لم ينعقد البيع؛ إذ الخمر لا يتموله المسلمون.

قلت: بل لمكان الشرط.

٢٦٨٤- **سَأَلَتْ:** ولا يباع مصحف ولا كتاب حديث من كافر؛ إذ لا يرعى حرمة. [الإسفرابيني]: إلا كتب الحنفية؛ لعدم السنة فيها.

قلت: وهو بهت.

[الناصر والمؤيد بالله وقول للشافعي]: ولا العبد المسلم من كافر؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ...﴾ الآية [النساء: ٦٤١].

[أبو العباس وأبو طالب والمنصور بالله وأبو حنيفة وقول للشافعي]: ويصح إن فعل ^(٢).

٢٦٨٥- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: وتجوز مبايعة الكافر لا يبيع آلة حرب منه.

قيل: ويجوز ممن لا يضر المسلمين به كاهند، ومع الضرر فلا لكن ينعقد؛ لما مر.

[الإمام يحيى]: ولا يكره صناعة آلة الحرب، وإن صارت إلى الفساق؛ إذ الإعانة

هي التمكين مع النية، ولم يجتمعا.

٢٦٨٦- **سَأَلَتْ:** [القاسم]: وإذا التبس حال القصاب في الجبر والتشبيه، فالحكم

للدار. [القاسم والهادي والمؤيد بالله في الهوسميات ^(٣) وأكثر المعتزلة]: وهما كفر. [الإمام يحيى

وأبو الحسين والمؤيد بالله في الزيادات]: لا، والحجج في مواضعها.

٢٦٨٧- **سَأَلَتْ:** [الهادي وأبو حنيفة وأصحابه]: وإذا استولى الحريون على دار الإسلام

(١) إلا في بيع السلاح.

(٢) ثم يؤمر المشتري ببيعه وإلا باعه عنه الحاكم كما يصح أن يرثه ثم يبيعه. (بيان).

(٣) مسائل وردت من هوسم بلدة وقيل: هو كتاب للمؤيد بالله. (شرح).

واحتوتها لم تصر دار حرب إلا حيث تاخمت دارهم، والمتاخمة أن لا يتوسط بينها وبين دارهم دار إسلام؛ إذ يكونون مع ذلك على زوال منها. [المعتزلة]: بل دار حرب؛ لاستيلائهم [عليها]، والحجج ستأتي.

٢٧٥- فصل: [في بيع الأب ونحوه مال الصغير وما يتعلق بذلك]

[العترة والفريقان]: ويصح بيع الأب مال طفله لمصلحة، للولاية الثابتة له. [أبو يوسف ومحمد بن الحسن]: لا ولاية له على المال بل للإمام أو الحاكم؛ إذ هو كغيره من الأقارب في التهمة.

قلنا: لا نسلم؛ إذ للأب من الحنو ما يستدعي تحري المصلحة أبلغ من الحاكم. ٢٦٨٨- **سَأَلَتْ**: [العترة والشافعي وأصحابه]: فإن ظهر عدم المصلحة لم ينفذ بيعه؛ إذ علة ولايته تحريمها. [أبو حنيفة]: بل ينفذ مطلقاً ما لم يكن بغبن فاحش؛ إذ ولايته من جهة الله تعالى.

قلنا: ثبتت لتحريمه المصلحة، وقد بطل.

٢٦٨٩- **سَأَلَتْ**: [القاسم والمؤيد بالله وأبو حنيفة وأصحابه]: ووصي الأب بعده أولى من الجد؛ لقيامه مقام الأب كوكيله^(١). [الشافعي وأصحابه]: بل الجد أولى؛ إذ ولايته أصلية لا الوصي.

قلنا: بعد الأب إجماعاً والوصي قائم مقامه.

٢٦٩٠- **سَأَلَتْ**: ثم الجد إجماعاً؛ إذ هو أب؛ لما مر^(٢)؛ لا غيره من الأقارب إجماعاً، ثم وصي الجد؛ لقيامه مقامه كالوكيل، وهما أولى من وصي وصي الأب؛ لبعده.

فَرَعٌ: [العترة]: والقول للولي في مصلحة الشراء. [أبو حنيفة والشافعي]: بل القول للصغير إذا بلغ؛ إذ الأصل عدمها.

(١) فإن وكيل الأب أولى من الجد فكذا وصيه.

(٢) في ولاية النكاح وذلك قوله تعالى: ﴿مِلَّةٌ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾ [الفتح: ٧٨]. (شرح بحر).

قلنا: أمناء فالقول لهم.

فَرْعٌ: [الهادي]: فأما البيع فالقول للصغير؛ إذ الظاهر عدم الصلاح. [المؤيد بالله والإمام يحيى]: أمناء، فالقول قو لهم. [أبو طالب]: للأب فقط؛ لظهور حنوه.

قلت: الصحيح للمذهب أن القول لهم في بيع المنقول لا غير؛ إذ الظاهر عدم المصلحة في بيع غيره فيكون كظهور التفريط.

والقول لهم في الإنفاق والتسليم اتفاقاً.

٢٦٩١- **سَأَلَتْ:** [القاسمية وزفر]: وليس للولي الشراء لنفسه من نفسه؛ إذ لا بد من إيجاب وقبول من جهتين؛ لاستلزامه أن يكون مسلماً متسلاً ضامناً للدرك مضموناً له. [الشافعي]: يجوز^(١)؛ للولاية. [أبو حنيفة ومالك]: للأب ووصيه فقط. [الناصر والمنصور]: الأب فقط بلا عقد؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ((أنت ومالك لأبيك)) لكن يقدر الثمن بالقيمة؛ للإجماع^(٢)، وليخرج عن الهدية.

لنا: ما مر^(٣)، والخبر ليس على ظاهره، وإلا لزم جواز وطئه جارية ابنه وإعتاق عبده، فيحمل على جواز الاستنفاق مع العسر.

فَرْعٌ: وكما لا يشتري مال ابنه من نفسه لا يشتري من نفسه لابنه؛ لما مر.

قلت: بل يبيع من غيره ثم يشتريه.

فَرْعٌ: وقول [الهادي]: للابن فسخ عقد الأب متى بلغ - محمول على عدم المصلحة. ٢٦٩٢- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: وتبطل ولاية الأب بخيانتها، فإن تاب عادت؛ إذ هي أصلية فلم يقطعها الفسق من أصلها بل منع مقتضاها فإذا زال المانع ثبت التصرف، وكذا الإمام إذا فسق عادت ولايته بالتوبة كالأب، وقيل: مع تجديد الدعوة؛ لبطلان شرطها. [الإمام يحيى]: إن فسق جهراً جردها، وإلا فلا.

(١) للأب والجد.

(٢) على أنه لا بد من تقدير ثمنه بالقيمة.

(٣) لاستلزامه أن يكون مسلماً متسلاً.

قلت: وهو قوي.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى]: ويجوز الشراء من الولي، وإن لم تعلم المصلحة حملاً له على السلامة.

٢٦٩٣- **سَأَلَتْ:** [القاسمية والمؤيد بالله]: والوارث ليس بخليفة، فلا يملك تركة المستغرق ولا تنتقل الديون إليه؛ لقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ [النساء: ١٢]، فشرط في انتقال الملك تقديم الدين والوصية. [الإمام يحيى وأحد قولي المؤيد بالله والشافعي]: بل خليفة من غير واسطة (١)؛ لقوله ﷺ: ((من ترك مالا ف لأهله، ومن ترك عيلة فإلي)) (٢) فأتى بلام الملك ونحوه (٣).

قلنا: مطلق فحمل على المقيد.

قالوا: مؤاذنة الوارث تقتضي ملكه.

قلنا: بل أولويته. وليس خليفة حيث لا تركة إجماعاً فلا يلزمه الدين، وخليفة حيث لا دين ولا وصية (٤) إجماعاً.

فَرَعٌ: فلا ينفذ بيع الوارث تركة المستغرق إلا للقضاء (٥)، ولا إعتاق عبده على القول الأول، بل يوقف (٦) على الإيفاء أو الإبراء. [القاضي زيد]: لا ينفذ مطلقاً. قلنا: لهم ملك ضعيف فصح ووقف (٧).

(١) عدم الدين والوصية.

(٢) قوله: «من ترك مالا ف لأهله»: تقدم في كتاب الجنائز وغيره.

(٣) كقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ...﴾ الآية [النساء: ١١]، فأضاف المال المستحق بالموت باللام وهي دالة على الاستحقاق والملك وكقوله ﷺ: ((إن الله جعل لكم ثلث أموالكم زيادة في آخر أجالكم)) فدل ظاهر الخبر أن المال ينتقل بالموت لكن الله تعالى استثنى الثلث في آخر الأعمار. (شرح بحر).

(٤) أو في الزائد.

(٥) ولعله حيث لا وصي. وإلا فالولاية إليه.

(٦) مجاز لا حقيقة.

(٧) على الإيفاء أو الإبراء.

٢٧٦- فصل: في تصرف المميز والعبد

وإنما يصير الصبي والعبد مأذونين، حيث صارا مميزين وأذن لهما وليهما إذناً عاماً أو خاصاً نطقاً أو سكوتاً، كما سيأتي.

٢٦٩٤- **سَأَلَتْ:** وتجوز معاملة المميز والعبد ما لم يظن حجرهما وهو بالخطر^(١).

٢٧٧- فصل: في تصرف العبد

٢٦٩٥- **سَأَلَتْ:** وليس لغير المأذون^(٢) تصرف فيما يضر سيده كالنكاح والهبة ونحوهما^(٣)، ويجوز ما لا ضرر فيه كقبول الهبة والصدقة ومال الخلع ونحوها^(٤).
وليس له خدمة أحد من غير إذن، ولا للغير استخدامه^(٥)؛ لقوله ﷺ: ((إلا بطيبة من نفسه))^(٦).

٢٦٩٦- **سَأَلَتْ:** وللمأذون البيع والشراء ولو غبن المعتاد لا الفاحش؛ إذ لا يتناوله الإذن. [أبو حنيفة]: بل ينفذ حيث الإذن مطلق.
قلنا: المطلق لا يتناول خلاف المعتاد.

٢٦٩٧- **سَأَلَتْ:** وإذا نطق بالإذن صح تصرفه إجماعاً.
[القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه]: فإن رآه يتصرف وسكت عنه صار مأذوناً في شراء كل شيء، ويبيع ما اشتراه. [المؤيد بالله والإمام يحيى والشافعي وأصحابه]: لا، كسكوت الراهن عن إنكار بيع الرهن.

قلنا: بل كالشفيح رأى المشتري يتصرف فهو به أشبه^(٧).

(١) بمعنى أنه إذا انكشف حجرهما فسدت تلك المعاملة وانتقضت. (غيث).

(٢) في نسخة: وليس للعبد تصرف.

(٣) كالإعارة والإجارة والكفالة ببال وبدن ونحو ذلك فإن فعل بغير إذن سيده لم يصح. (شرح بحر).

(٤) كقبول الوصية والاحتطاب والاحتشاش والإحياء والاصطياد ونحو ذلك. (شرح بحر).

(٥) في غير المعتاد.

(٦) (قوله): «إلا بطيبة من نفسه»: روي عن النبي ﷺ أنه قال: ((لا يجمل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه)) وتقدم الكلام فيه.

(٧) من حيث إنها عقداً لأنفسهما ما لغيرهما فيه حق فكان سكوت ذلك الغير إجازة، والمرتمن لم يعقد لنفسه، ومن زوج نفسه بنت زيد وسكت لأنه لا حق للأب في بضعها فلا يكون إجازة. (شرح بحر).

فَرَعٌ: فأما بيع مال سيده فلا يكفي السكوت كلو باعه أجنبي.

٢٦٩٨- **سَأَلَتْ:** [العتره والشافعي وأبو حنيفة]: وما اكتسبه العبد فلسيده؛ لقوله تعالى:

﴿لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾ [النحل:٧٥]. [مالك وداود]: بل يملكه العبد ولسيده انتزاعه، فإن أعتق قبل انتزاعه ملكه العبد.

٢٦٩٩- **سَأَلَتْ:** وإذا أذن له بالتجارة مطلقاً صح؛ للعموم.

وقيل: لا؛ للجهاالة كالوكالة المجهولة.

قلنا: الوكالة العامة تصح (١).

فإن قال: اتجر في هذا المال صح قولاً واحداً.

٢٧٠٠- **سَأَلَتْ:** [القاسمية وأبو حنيفة]: فإن أمره بشراء شيء خاص كلحم أو طعام

كان إذناً بالتجارة؛ لقول علي عليه السلام: (هل كنت تبعث عبدك..) الخبر (٢)، وهو توقيف. [زيد بن علي والإمام يحيى والشافعي]: بل لا يعم كالمضارب. [أبو يوسف ومحمد بن

الحسن]: القياس يقتضي العموم، والاستحسان الخصوص، وهو أقوى.

قلت: قول علي عليه السلام كالنص فهو أولى.

قلت: ولا يتناول مال سيده إلا بخاص، وإذا أذن له ببيع شيء كان وكياً فيه

ومأذوناً في غيره (٣).

٢٧٠١- **سَأَلَتْ:** [القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه]: ودين المعاملة يتعلق بما في يده ثم في

رقبته؛ إذ تعلق به برضا سيده، فكان كما لو رهته. ويستوفي في رقه كنفقة زوجته ومهرها. [الشافعي وأصحابه]: بل في ذمته؛ إذ ثبت عليه برضا الغريم كلو أقرض العبد

(١) المعنى: أن المخالف لما قاس الإذن المطلق على الوكالة المجهولة في نفي الصحة رد عليه السلام بأن الإذن المطلق عام فيصح كالوكالة العامة فإنها تصح كما سيأتي فلا يقال: إن هذا فيه نقض لما سيأتي من أن الإذن إطلاق حجر لا توكيل والله أعلم. (شرح بحر).

(٢) (قوله): «ولقول علي عليه السلام.. إلخ»: روي عن علي عليه السلام أن رجلين ارتفعا إليه فقال أحدهما: يا أمير المؤمنين إن عبيدي ابتاع من هذا شيئاً فرددته عليه فأبين أن يقبله فقال له أمير المؤمنين: هل كنت تبعث عبدك بالدرهم يشتري لك بها اللحم؟ فقال: نعم، فقال له: أجزت عليك شراءه. حكاه في الشفاء وغيره.

(٣) وفي شرح الفتح أنه لا يصير مأذوناً في غير ما أذن له ببيعه.

المحجور.

قلنا: لا سبب من السيد هناك فافترقا.

[أحمد بن حنبل]: بل بذمة السيد؛ إذ العبد كالوكيل.

قلنا: الإذن إطلاق حجر لا توكيل.

٢٧٠٢- **مَسْأَلَةٌ**: وللمأذون في التصرف ما جرت العادة للتجار بمثله فيرهن

ويرتمن، ويوكل ويبيع بالعرض وغيره مما يتعامل به ولو بغير نقد البلد.

[المذهب]: وكذا البيع بالنسيئة المعتادة^(١). [الشافعي]: لا.

لنا: العادة.

٢٧٠٣- **مَسْأَلَةٌ**: وليس له السفر بالمال؛ إذ لم يتناوله الإذن بالتجارة؛ إذ هي البيع

والشراء لا السفر، بخلاف المضارب.

ولا يضيف أو يهب أو يتصدق؛ إذ ذلك تفريط، ولا يؤجر^(٢) نفسه، ولا يأذن

لعبد اشتراه بالتجارة، ولا يكفل ببدن ولا مال، ولا يقرض، ولا يبيع من سيده إن لم

يكن هو وما في يده مستغرقاً بالدين، بخلاف المضارب؛ لما سيأتي.

ووجه منع هذه الأمور: أن الإذن المطلق لا يتناولها.

قيل: فإن جرى بها عرف لمثله جازت.

٢٧٠٤- **مَسْأَلَةٌ**: ويقبل قول العبد في الإذن كالدلال في البيع لما في يده، والمهدي

في الهدية؛ لثبوت اليد وعمل المسلمين بذلك.

٢٧٠٥- **مَسْأَلَةٌ**: [المذهب وأبو حنيفة]: وليس للسيد بيع ما في يده إن تعلق به دين؛ لتعلق

حق الغير به كالرهن، ويجوز حيث لا دين إجماعاً، ولا يكون حجراً^(٣)؛ إذ لا يقتضيه.

(١) أي: الذي يعتاد مثلها في المدة والسلعة والشخص الذي يعامل مثله وما خالف فيه عادة التجار من

ذلك كله لم يجوز ولا ينفذ البيع. (شرح بحر).

(٢) والمذهب أنه يؤجر نفسه.

(٣) أي: تصرف السيد فيها في يد العبد.

٢٧٠٦- **سَأَلَتْ:** وإذا حجره عن شيء لم يعم، بخلاف الإذن؛ إذ الإذن نفي الحجر، والنفي المطلق يعم ك: لا رجل في الدار، بخلاف الإثبات ك: رجل في الدار.

وجاهل الحجر يستصحب الحال، وعلى السيد إعلامه^(١)؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ليس منا من غش))^(٢)، وللغرماء استسعاؤه بما لزمه إن رضوا وإلا لزم السيد بيعه لا هم؛ لبقاء ملكه، فإن تمرد فالحاكم كسلعة المفلس.

٢٧٠٧- **سَأَلَتْ:** وما صار إلى المأذون برضا أربابه فدين معاملة يتعلق برقبته وما في يده فقط، فيباع إن لم يفده ولا رضوا الاستسعاء.

٢٧٠٨- **سَأَلَتْ:** ومن عامل محجوراً عالماً أو جاهلاً لا لتغيير ففي ذمة الكبير يطالب به إذا عتق؛ إذ لا سبب يقتضي ضمان السيد، والرقبة مال له. [أبو العباس]: ولا في ذمة العبد؛ إذ سلمه إلى من لا تصح عقود الصغير.

قلنا: الكبير مكلف بالحفظ لا الصغير^(٣).

٢٧٠٩- **سَأَلَتْ:** وإذا باعه وعليه دين معاملة لزمه لهم الأوفى من القيمة^(٤) أو الثمن إن لم يوفهم الناقص؛ إذ بيعه اختيار لنقل الدين إلى ذمته، فإن تمرد أجبر، وهم النقض إن فوته معسراً.

[الإمام يحيى]: وهم تضمين المشتري لتخييرهم بين نقض البيع أو طلب القيمة، ويرجع على البائع.

٢٧١٠- **سَأَلَتْ:** [القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه]: ويرتفع الإذن بإبائه؛ لتعذر الإيفاء من ثمنه وكسبه، كلو خرج عن ملكه. [الشافعي]: لا، كلو غصب أو حبس.

(١) في نسخة: إعلانه. أي: إعلان الحجر.

(٢) (قوله): «ليس منا من غش»: هذا طرف من رواية أبي داود لحديث سيأتي.

(٣) فلا يضمن مطلقاً.

(٤) أي: قيمته وقيمة ما في يده. (بيان).

قلنا: لا نسلم الأصل. سلمنا: فليس بعاص هنا فافترقا.
 قيل: ويعود الإذن بعوده؛ لزوال المانع، ويرتفع أيضاً بحجر الحاكم على سيده؛
 إذ تصرفه فرع على تصرفه. ولا حجر بالتدبير والتأجير والاستيلاء.
 ٢٧١١- **سَأَلَتْ:** [العتره وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي]: فإن هلك العبد لم يضمه سيده
 وبطلت الديون؛ لتعلقها برقبته لا غير، وكذا الجاني والمهون^(١).

[الإمام يحيى]: فإن مات بعد تمرد السيد عن بيعه ضمنه؛ إذ صار كالغاصب.
 قلت: والمذهب لا ضمان؛ لتعلقه برقبته، ولا نسلم أن التمرد كالغصب؛ إذ هو
 في ملكه.

فإن أعتقه أو قتله ضمنه كما مر في بيعه.
 ٢٧١٢- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: ومن ضارب المحجور فالربح له وعليه للعبد أجره
 المثل، والوجه ظاهر^(٢).

٢٧١٣- **سَأَلَتْ:** وإذا اشترى المأذون من يعتق على السيد لم يصح إن نهاه، فإن أمره
 صح وعتق حيث لا دين^(٣)، فإن كان فوجهان: لا يعتق؛ إذ صار مستحقاً، أو يعتق
 ويغرم السيد الموسر، وفي المعسر وجهان: [الإمام يحيى]: أصحابهما: يعتق ويسعى.
 [الشافعي]: لا، للإضرار بالغرماء.
 قلنا: للعتق قوة.

فإن لم يأمره ولا نهاه فوجهان، [الإمام يحيى]: أصحابهما لا يصح الشراء؛ إذ لا
 يتناول الإذن لعدم الحظ.

٢٧١٤- **سَأَلَتْ:** والقول للسيد في نفي الإذن؛ إذ الأصل عدمه، وكذا الحجر^(٤).

(١) يعني: أن العبد المهون إذا مات لم يضم الراهن قيمته بل يضم الزائد من الدين على القيمة
 والقيمة مضمونة على المرتهن فتساقط ولا يطالب المرتهن بالزائد قبل حلول الأجل.
 (٢) وهو فساد المضاربة، فكان الربح للمالك وعدم تبرع العبد بالعمل فاستحق أجره مثله. (شرح بحر).
 (٣) على العبد.
 (٤) يعني: أن القول للسيد في نفي الحجر على عبده المأذون؛ لأن الأصل عدم الحجر بعد تقدم الإذن. (شرح بحر).

٢٧٨- فصل: [في تصرف الصبي]

والصبي إذا أذن له الولي كالعبد.

٢٧١٥- **سَأَلَتْ:** [العتره وأبو حنيفة وأصحابه]: ويصح تصرفه مع الإذن من ولي ماله؛ لقوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى﴾ [النساء: ٦]، والابتلاء بالتصرف. [الشافعي]: لا؛ لقوله ﷺ: ((حتى يبلغ))، ولا استلزامه صحة طلاقه وعتقه للإذن.

قلنا: المراد بالخبر رفع الإثم، والطلاق والعتق منعهما الإجماع، وإذ ليس له (١) توليها فلا يوليها (٢).

٢٧١٦- **سَأَلَتْ:** ولا يضمن الصبي المحجور ما دفع إليه (٣) إن تلف إجماعاً. [أبو طالب والمؤيد بالله وأبو العباس وأبو حنيفة]: أو أتلفه؛ إذ سلمه إلى مضبعة (٤) فكأنه أتلفه برضاه، ولأنه ضمان عقد (٥)، ولا عقد للمحجور، بخلاف الجناية. [الشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: يضمن؛ لقوله ﷺ: ((على اليد ما أخذت)) (٦).

قلنا: أراد حيث كُلف؛ لقوله ﷺ: ((رفع القلم)).

٢٧١٧- **سَأَلَتْ:** وحكم المأذون حكم البالغ يضمن حيث يضمن، ولا حيث لا.

(١) أي: للولي.

(٢) يعني: وفرق آخر وهو أن طلاق زوجة الصبي وعتق عبده لا يملكها الولي ولا يصح منه فعلهما في حال من الأحوال فلم يصح منه الإذن للصبي فيهما بخلاف بيع ماله والشراء له فهما يصحان من الولي في حال فصح منه الإذن له فيهما فافترقا. (شرح بحر).

(٣) من ودبعة أو نحوها ثم تلف ذلك معه لا بسبب منه فإنه لا ضمان عليه إجماعاً؛ لأن الضمان فرع على التعدي ولا تعدي. (شرح بحر).

(٤) قال الفقيه علي: أما لو سلم إليه ما لا يستباح بالإباحة فأتلفه فإنه يضمن بلا خلاف كأن يقتل الحيوان الذي يؤكل والذي لا يؤكل. (زهور).

(٥) يعني: ولأنه لو وجب على الصبي المحجور ضمان ما أودع عنده ثم أتلفه لكان ذلك ضماناً لأجل عقد وهو الإيداع عنده وقد ثبت أن المحجور لا يصح منه فعل شيء من العقود الشرعية أي عقد كان من بيع أو شراء أو إجارة وأنه لا ضمان عليه في شيء منها فكذلك عقد الإيداع لا ضمان عليه بسببه وهذا بخلاف ضمان الجناية فإنها لازمة للمحجور. (شرح بحر).

(٦) قوله: «على اليد ما أخذت»: تمامه: ((حتى ترده)) وسيأتي.

٢٧٩- فصل: [في البيع والشراء الموقوفين]

[علي وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وأبو هريرة ثم القاسمية]: ويصح البيع والشراء موقوفين على الإجازة؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ولتقريره صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بيع عروة وابن حزام وشراءهما للأضحية^(١) وهما موقوفان. [الناصر والشافعي وأصحابه]: لا؛ إذ نهى صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع ما ليس عند الإنسان.

قلنا: أراد المعدوم.

[أبو حنيفة]: يجوز البيع لا الشراء. [مالك]: العكس.

قلنا: لا وجه للفرق.

[الخصاص]: لا يجوز الشراء الموقوف عند أصحابنا إلا من يؤمر بشراء شيء فيشتري نصفه أو بخيار أو غائباً موصوفاً فيخير للرؤية.
قلنا: وكذا خيار الإجازة لخبر البارقي وحكيم^(٢).

(١) (قوله): «ولتقريره صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بيع عروة وابن حزام وشراءهما للأضحية»: سيأتي الخبران في كتاب الوكالة إن شاء الله.

(٢) (قوله): «ولخبر البارقي وحكيم»: قلت: البارقي هو عروة، وحكيم هو ابن حزام المتقدم ذكرهما آنفاً.

[٦٣]- باب ما يحرم بيعه وما يجوز**وما يصح وما لا، وما يصح استثنائه وما لا، وفيه فصول (١):****٢٨٠- فصل: [فيما يحرم بيعه وما يتعلق بذلك]**

يحرم بيع الحر إجماعاً؛ لقول علي عليه السلام (٢): (ليس على حر ملكة)، وهو توقيف، ويؤدب العالم؛ لقول علي عليه السلام لعمر: (اضربه ضرباً شديداً)، والصبي والأعجمي يفزعان (٣) فقط كفعل الصادق في حك أنامل صبي سرق.

فَرَعٌ: ويرد الثمن من قبضه؛ إذ هو مال الغير، إلا الصبي ما أتلف؛ إذ هو كالمباح له.

قيل: والأعجمي؛ لجهله الشرائع.

[الهادي وأبو حنيفة وأصحابه]: فإن غاب القابض منقطعة فالحر المبيع إن دلس؛ لقول علي عليه السلام لعمر: (استسعه).

وله الرجوع على القابض؛ إذ على اليد ما أخذت. [الناصر والشافعي]: لا رجوع إلا على البائع؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((على اليد ما أخذت)).

قلنا: قد عملنا بموجبه في إيجاب الرجوع عليه (٤).

(١) تسعة.

(٢) قوله: «لقول علي عليه السلام إلى آخره»: قال في الشفاء: روى الهادي إلى الحق عليه السلام بإسناده أن رجلاً باع نفسه في ولاية عمر فلما اشتد عليه البلاء أتى عمر فقال: إني رجل حر فقال له عمر: أبعدك الله أنت الذي وضعت نفسك فقال له علي بن أبي طالب: «إنه ليس على حر ملكة فاضربه ضرباً شديداً والبائع له، ومرا المشتري أن يتبع البائع بالثمن فإن كان في أفق من الآفاق فاستسعه أما إني أقول ذلك لأنه قد حنكته السن فلو كان صبياً صغيراً أو أعجمياً مستسفه لم أضربه ولم أستسعه».

(٣) قال الإمام يحيى: ومعنى الإفزاع في حقها التهديد البالغ بالقول الشنيع لئلا يعود إلى مثله، وعن الصادق جعفر بن محمد عليه السلام أنه جيء إليه بصبي قد سرق فأمر من قرض أنامله وأمرهم بحكها في الجدار. قال الإمام يحيى: وفي هذا دلالة على أنه يجوز التعزير وإن لم يكن بالضرب في حق غير العاقل. (شرح بحر).

(٤) يعني: وأما وجوب السعاية فهو مخصوص بفعل علي عليه السلام، ولم يخالف. (شرح بحر).

٢٧١٨ - **سَأَلَتْ:** [ربيعة والحسن البصري وحماد ثم أحمد بن حنبل والشافعي وتخريج المؤيد بالله للهادي]: ولا يصح بيع الكلب مطلقاً^(١)؛ لقوله ﷺ: ((ثمن الكلب حرام))^(٢)، وكالميتة والخمر. [زيد بن علي والناصر والقاسم والمؤيد بالله وأبو طالب]: يصح بيع كلب الصيد والزرع والماشية؛ لخبر جابر: ((إلا كلب الصيد))^(٣)، ولقوله ﷺ: ((لغير زرع وماشية))^(٤).

قلنا: أراد تجويز اقتنائه جمعاً بين الأخبار.

[أبو حنيفة]: يجوز بيعه، ويبيع كل ذي ناب ومخلب، وفي الأسد الكبير روايتان؛ إذ هي حيوانات يتتبع بها فجاز بيعها كالبقرة، وكهبتها والوصية بها. قلنا: فرق الخبر.

[مالك]: يحرم بيعه، ومن قتله لزمته قيمته؛ إذ هو مملوك.

قلنا: حرم بيعه فحرمت قيمته.

(١) سواء كان معلماً أم لا ولا فرق بين كلب المحلة وغيره.

(٢) قوله: «ثمن الكلب حرام»: لفظه عن رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ قال: ((مهر البغي خبيث وثمان الكلب خبيث، وكسب الحجام خبيث)). [مسلم (١٥٦٨)، وابن حبان (٥١٥٣)، والحاكم (٢٢٧٨)]. وفي رواية: ((شر الكسب مهر البغي، وثمان الكلب، وكسب الحجام)) أخرجه الترمذي (١٢٧٥) وأبو داود (٣٤٢١). وعن أبي مسعود قال: «نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن» أخرجه الستة وقد تقدم. [مسلم (١٥٦٧)، والبخاري (٢٢٣٧)، وأبو داود (٣٤٢٨)، والترمذي (١١٣٣)، والنسائي (٤٢٩٢) جميعهم من حديث أبي مسعود الأنصاري]. وعن ابن عباس قال: نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب فإن جاء يطلب ثمن الكلب فاملاً كفه تراباً. أخرجه أبو داود (٣٤٨٢).

(٣) قوله: «لخبر جابر إلا كلب الصيد»: عن جابر قال: نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب والسنور. أخرجه مسلم (١٥٦٩) وأبو داود (٣٤٧٩) والترمذي (١٢٧٩). وزاد النسائي (٤٦٦٨): ((إلا كلب صيد)). وعن أبي هريرة قال: «نهى عن ثمن الكلب إلا كلب صيد» أخرجه الترمذي (١٢٨١). وعن جابر قال: نهى رسول الله ﷺ عن أكل الهر وثمانه» أخرجه الترمذي (١٢٨٠)، وفي رواية أبي داود (٣٨٠٧): «نهى عن ثمن الهر».

(٤) قوله: «لغير زرع وماشية»: عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: ((من أمسك كلباً فإنه ينقص كل يوم من عمله قيراط إلا كلب حرث أو ماشية)) أخرجه البخاري (٢٣٢٢) ومسلم (١٥٧٥)، وفيه روايات أخر. [البيهقي (١٠٨١٤)، وأحمد (٩٤٨٩)]. وعن عبدالله بن مغفل أن النبي ﷺ قال: ((من اتخذ كلباً إلا كلب صيد أو ماشية أو زرع نقص من أجره كل يوم قيراط)) أخرجه النسائي (٤٢٨٨).

٢٧١٩- **سَأَلَتْ:** ويجوز اقتنائه للصيد والزرع والماشية؛ لخبر أبي هريرة، فأما لحفظ الدور ونحوها^(١) فوجهان: يصح كالزرع، ولا؛ إذ لم تخص إلا الثلاثة.

قلنا: والقياس مشروع.

فأما اقتناؤه لغير ذلك^(٢) فلا اتفاقاً؛ لقوله ﷺ: ((لا تدخل الملائكة بيتاً فيه كلب ولا صورة))^(٣).

٢٧٢٠- **سَأَلَتْ:** ولا يجوز بيع الدم والميتة والخنزير. وعن [الصادق والباقر]: يجوز بيع الخنزير. [الناصر وأبو حنيفة]: شعره لا هو.

ولا العذرة والبول، ولا اقتناؤها؛ لنهيهِ ﷺ^(٤).

٢٧٢١- **سَأَلَتْ:** [العتره والشافعي وأصحابه]: ولا زبل ما لا يؤكل؛ لنجاسته. [أبو حنيفة]: المال ما يتتفع به، وهذا كذلك فيباع.

لنا: قوله ﷺ: ((إذا حرم الله شيئاً حرم ثمنه)) ونحوه^(٥).

(١) كالسكك والشوارع.

(٢) الأظهر أنه مكروه تنزيهاً فقط.

(٣) قوله: «لا تدخل الملائكة بيتاً فيه كلب ولا صورة»: عن علي بن أبي طالب أن رسول الله ﷺ قال: ((لا تدخل الملائكة بيتاً فيه صورة، ولا جنب، ولا كلب)) أخرجه مسلم (٢١٠٦) وأبو داود (٢٢٧) والنسائي (٢٦١)، وفي ذلك أحاديث أخر. [الحاكم (٦١١) وابن حبان (١٢٠٥)، والبخاري (٣٢٢٥)، عن ابن عباس ومسلم أيضاً عنه].

(٤) قوله: «لنهيهِ ﷺ»: عن جابر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول عام فتح مكة: ((إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام)) فقيل: يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس؟ فقال: ((هو حرام)) ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: ((قاتل الله اليهود إن الله لما حرم عليهم شحومها أجملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه)) أخرجه الستة إلا الموطأ. [البخاري (٢٢٣٦)، ومسلم (١٥٨١)، وأبو داود (٣٤٨٦) والترمذي (١٢٩٧)، والنسائي (٤٢٥٦)].

(٥) قوله: «إذا حرم الله شيئاً حرم ثمنه»: ونحوه عن ابن عباس قال: رأيت رسول الله ﷺ جالساً عند الركن فرفع بصره إلى السماء فضحك وقال: ((لئن الله اليهود ثلاثاً إن الله حرم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها وإن الله عز وجل إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه)) أخرجه أبو داود (٣٤٨٨). [أحمد (٢٩٦٤)، والبيهقي (١٩٤٠٨)، وأبو يعلى (٢٠٠)]. وعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: ((إن الله حرم الخمر وثمانها، وحرم الميتة وثمانها، وحرم الخنزير وثمانها)) أخرجه أبو داود (٣٤٨٥). [البيهقي (١٠٨٣٢)، والطبراني في الأوسط (٤٣/١)]. وعن ابن عباس: أن رجلاً أهدى إلى رسول الله ﷺ راوية خر فقال له رسول الله ﷺ: ((هل علمت أن الله حرمها؟)) قال: لا، فسار إنساناً إلى جنبه فقال له رسول

[الإمام يحيى]: ويكره ادخاره وإصلاح الأرض به؛ لمباشرة النجاسة، فإن ادخره حتى صار رماداً جاز.

٢٧٢٢- **سَأَلَتْ:** ويحرم بيع الخمر؛ لقوله ﷺ: ((إن الله ورسوله حرم بيع الخمر)) ونحوه^(١). [العدة والشافعي]: فإن باعها ذمي لمسلم لم يصح؛ إذ حُرِّمَ ثمنها. [أبو حنيفة]: عقد صدر ممن له ولاية عليه فجاز، ولو كان المالك الذمي.

قلنا: أبيحت للذمي فافترقا.

٢٧٢٣- **سَأَلَتْ:** ويحرم^(٢) بيع الغرر، وهو التردد في حصول المبيع وعدمه، بلا ترجيح، كبيع المعدوم والمعاومة والطير في الهواء، وإن اعتاد الرجوع أو في برجه وهو مفتوح لقدرته على النفور أو مغلق ويحتاج في قبضه إلى كلفة وكذا السمك في الماء إن احتاج تصيداً^(٣).

[المذهب والفريقان]: وكذا في الأجمة^(٤)؛ لما مر^(٥). [ابن أبي ليلى]: يجوز.

قلنا: غرر إن احتاج تصيداً.

الله ﷺ: ((بم سارته؟)) قال: أمرته ببيعها، فقال: ((إن الذي حرم شرها حرم ثمنها)) ففتح المزدتين حتى ذهب ما فيها. أخرجه مسلم (١٥٧٩) والموطأ (١٥٥١) والنسائي (٤٦٦٤). [الرواية: وعاء يحمل فيه الماء كالقربة. المعجم الوسيط].

(١) (قوله): «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر»: ليس في الحديث: «ورسوله» وهو خبر جابر المتقدم. [بل هو موجود بلفظ: ((إن الله ورسوله حرم.. الخ))، عند البخاري في أكثر من موضع، والبيهقي في أكثر من موضع، وهو لفظ الترمذي والنسائي وابن ماجه كذلك، وقد تقدم تحريجه فتأمل].

(قوله): «ونحوه»: تقدم، وفي حديث أخرجه البخاري (٤٥٩) وغيره من رواية عائشة أن رسول الله ﷺ حرم التجارة في الخمر. [وأبو داود (٣٤٩٠)، وعبد الرزاق (١٤٦٧٤)، والنسائي (٤٦٦٥)]. وعن المغيرة قال: قال رسول الله ﷺ: ((من باع خمراً فليشقص الخنازير)) أخرجه أبو داود (٣٤٨٩). [البيهقي (١٠٨٢٩)، والدارمي (٢١٠٢)، والطيالسي (٧٠٠)، وشقص الذبيحة: قطعها وفصل أعضائها، والمعنى: من استحل بيع الخمر فليستحل بيع الخنزير فإنها في التحريم سواء، وهذا لفظ أمر ومعناه النهي. (نهاية)].

(٢) المذهب: يجوز ولا يصح.

(٣) وفي شرح الأزهار ما لفظه: إن كان لا يمكن أخذها إلا بتصيد كان ذلك كبيع الأبق. يصح بيعه ويثبت لهما الخيار. ومثل كلام (البحر) في (شرح الفتح).

(٤) قال الإمام يحيى: والأجمة بناء مرتفع يوضع على النهر يصطاد منها الحوت إما بالشبك وإما بالكلايب وجمعها آجام وأجم وأجمات. (شرح بحر).

(٥) وهو نهي ﷺ عن بيع الغرر، وعن ابن مسعود: ((لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر)). (شرح بحر).

٢٧٢٤- **مَسْأَلَةٌ:** وتحرم إجارة البرك والغدر لأخذ السمك، فأما لحبسها فيصح.
 ٢٧٢٥- **مَسْأَلَةٌ:** [القاسمية ورواية عن مالك]: ويحرم بيع المدبر؛ لقوله ﷺ:
 ((المدبر لا يباع...)) الخبر^(١) إلا لضرورة؛ لبيعه ﷺ أبا يعقوب مدبر أبي مذكور
 لحاجته^(٢). [عائشة ثم عمر بن عبدالعزيز ثم الناصر والشافعي]: يجوز مطلقاً؛ لهذا الخبر.
 قلنا: معارض بالأول.

زيد بن علي وأبو حنيفة: لا يصح مطلقاً^(٣)؛ للأول.

قلنا: إلا مع ضرورة جمعاً بين الأخبار.

[مجاهد]: يصح الرجوع عن التدبير بالقول كالوصية.

قلنا: التدبير عقد بدليل سرائته كالكتابة فلا رجوع، بخلاف الوصية.

٢٧٢٦- **مَسْأَلَةٌ:** [الغرة والفقهاء الأربعة]: وأم الولد؛ لقوله ﷺ في مارية:
 ((أعتقها ولدها...)) الخبر، ونحوه^(٤). [علي وابن عباس وابن الزبير ثم الصادق والناصر والباقر
 والليث بن سعد وبشر المريسي وداود والإمامية]: يجوز؛ لرجوع علي عليه السلام إلى تجويزه^(٥)، ولم

(١) (قوله): «المدبر لا يباع»: تامه: ((ولا يشتري، وهو حر من الثلث)) هكذا حكاه في الشفاء من رواية ابن عمر. [الدارقطني (١٣٨/٤)، والبيهقي (٢١٣٦١)، وضعفاه وصححا وقفه].

(٢) (قوله): «لبيعه ﷺ يعقوب مدبر أبي مذكور لحاجته»: تقدمت إحدى روايات هذا الحديث. وفي البخاري (٢١٤١) ومسلم وغيرها: أن رجلاً أعتق غلاماً له عن دبر فاحتاج فأخذه النبي ﷺ فقال: ((من يشتريه؟)) فاشتره نعيم بن عبدالله بكذا وكذا فدفعه إليه. وفي رواية لمسلم (٩٩٧): «أن رجلاً من الأنصار يقال له أبو مذكور أعتق غلاماً له عن دبر يقال له يعقوب». وساق الحديث بمعناه. وفيه روايات أخر. [أبو داود (٣٩٥٧)، والنسائي (٤٦٥٣)].

(٣) يعني: لا لضرورة ولا غيرها. (شرح بحر).

(٤) (قوله): «أعتقها ولدها»: تامه: ((وإن كان سقطاً)) حكاه في الشفاء من رواية ابن عمر وهو في أصول الأحكام عن ابن عباس قال: «ذكرت مارية أم إبراهيم عند رسول الله ﷺ فقال: ((أعتقها ولدها وإن كان سقطاً)). [الدارقطني (١٣٢/٤)، وابن ماجه (٢٥١٦)].

(قوله): «ونحوه»: عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب قال: أيا وليدة ولدت من سيدها فإنه لا يبيعها ولا يهبها ولا يورثها، وهو يستمتع بها فإذا مات فهي حرة. أخرجه الموطأ (١٥٠٩).

(٥) (قوله): «الرجوع علي عليه السلام إلى تجويزه.. إلخ»: روي عن علي عليه السلام أنه قال: (تجدد لي رأي في أمهات الأولاد أنهن يبعن) فقال له عبيدة السلماني: رأيك في الجماعة أحب إلينا من رأيك وحلك. هكذا حكاه عضد الدين في شرحه على مختصر المنتهى. وعن جابر قال: بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر فلما كان عمرهنانا فأنتهينا. ذكره رزين. [أبو داود (٣٩٥٦)، وابن ماجه نحوه (٢٥١٧)، والبيهقي في الكبرى (٢٢٣١٧)].

ينكر بل قال له المسلماني: رأيك مع الجماعة أحب إلينا من رأيك وحدك.
لنا: الخبر.

فَرْعٌ: [الصادق والباقر والإمامية]: وإنما يجوز بيعها في حياة سيدها فإن مات ولها منه ولد باق عتقت عندهم، وكذا أولادها من غيره.
فإن لم يكن باقياً فعن [الناصر]: يملكها أولاده من غيرها. وعنه: تعتق حيث له ولد من غيرها.

فَرْعٌ: [المذهب وأبو حنيفة وأصحابه]: ويسري إلى من ولدت بعد استيلادها؛ إذ حكم الولد تابع لحكم الأم في الرق وكذا العتق، ولهم جميعاً قبل موت السيد حكم الرق إلا في امتناع البيع وتزويجها فقط.

فَرْعٌ: ولا ينقض الحكم ببيعها؛ إذ لا إجماع على التحريم متحقق لخلاف من مر، وقيل: بل ينقض، ولا وجه له.

فَرْعٌ: فإن أعتقها مشتريها ثم صح أنها أم ولد صح العتق إن جعلنا العقد فاسداً لا باطلاً.

فَرْعٌ: [المذهب والإمام يحيى]: وإذا قلنا بصحة العتق رجع الولد للبائع بحصته من الثمن إن ثبت [الاستيلاء] بالبينة لا بمصادقة المشتري؛ إذ هو كالإقرار على الغير وحصه الولد ما بين قيمتها حاملاً وغير حامل.

٢٧٢٧- **سَأَلَتْ:** [العترة والفقهاء]: ولا يجوز بيع جزء غير مشاع من حي كالرجل والكرش؛ لتعذر التسليم، فأما الصوف فللشجار في موضع القطع ولضرر الحيوان إن أغرق.

٢٧٢٨- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب والشافعي والإمام يحيى والحسن بن صالح]: ولا الدهن المتنجس ونحوه^(١) كالخمر. [أبو حنيفة]: يجوز كالثوب المتنجس.

(١) وذلك كاللبن والخل وماء الورد وسائر المائعات فإنه لا يجوز بيع المتنجس منها قياساً على الخمر بجامع النجاسة مع تعذر التطهير ولقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إذا وقع الحيوان في السمن أريق المائع وقُور ما حولي الجامد)) وأراد إذا مات فيه؛ إذ الحي طاهر. (شرح بحر).

قلنا: الثوب المتنجس يمكن تطهيره فافترقا.
[سفيان الثوري ومالك والعبدي]: لا يؤكل ولا يباع بل ينتفع به في الاستصباح
ونحوه^(١)؛ إذ هو استهلاك كالقاء الزبل في الطين.
قلنا: قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إذا وقع الحيوان في السمن أريق المائع))^(٢).
وتوقف [المؤيد بالله] في ذلك؛ لتعارض الأدلة.

قلنا: لا تعارض مع هذا الخبر.
٢٧٢٩- **سَأَلَتْ**: فأما [وأما] الثوب المتنجس فيجوز إجماعاً، وفي الماء تردد: [الإمام
يحيى]: الأصح الجواز؛ لإمكان تطهيره بالمكاثرة، ومن قال بإمكان تطهير الدهن
أجاز بيعه.

٢٧٣٠- **سَأَلَتْ**: [العتره والفريقان]: وبيع ماء الفحل للضراب؛ لنهاية صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(٣).
[مالك وبعض أصحاب الشافعي]: يجوز؛ للضرورة، وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لبني كلاب: ((إن كان
إكراماً فلا بأس))^(٤) أي: إن كان نجيباً يُولد النجائب^(٥).

قلنا: يقتضي جواز الإنزاء لا الإكراء.

قلت: وفيه نظر^(٦).

فأما أجرة تلقيح النخل فجائز إجماعاً.

(١) كالصابون.

(٢) قوله: «إذا وقع الحيوان في السمن.. إلخ آخره»: تقدم في كتاب الطهارة إلا أنه قال فيه الفأرة مكان الحيوان.

(٣) قوله: «لنهاية صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»: عن ابن عمر قال: نهي رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن عصب الفحل. أخرجه البخاري (٢٢٨٤)

وأبو داود (٣٤٢٩) والترمذي (١٢٧٣) والنسائي (٤٦٧١) وأخرجه النسائي (٤٦٧٣) أيضاً من طريق آخر.

(٤) قوله: «إن كان إكراماً فلا بأس»: لفظه: عن أنس «أن رجلاً من كلاب سأل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن عصب

الفحل فنهاه فقال: يا رسول الله إنا نطرق الفحل فنكرم فرخص له في الكرامة». أخرجه الترمذي (١٢٧٤)

وكذا النسائي (٤٦٧٢) إلا أنه لم يذكر الترخيص.

(٥) فلا بأس بإكراهه للضراب لهذا المقصد.

(٦) وجه النظر: أن سبب الحديث يقضي بخلاف التأويل، وفي بعض النسخ: وجه النظر: أن ظاهر كلام

الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على تفسيرهم.

٢٧٣١- **سَأَلَتْ:** [العتره]: ويكره (١) إنزاء الحمير على الخيل؛ لقوله ﷺ: ((إنما يبيح ذلك الذين لا يعلمون)) ونحوه (٢).

[أبو حنيفة وأصحابه والإمام يحيى]: جائز؛ لركوبه ﷺ البغال.

قلت: الركوب خلاف الإنزاء.

٢٧٣٢- **سَأَلَتْ:** [ابن عباس ثم العتره والشافعي ومحمد بن الحسن]: ولا يجوز بيع الشيء قبل قبضه؛ لقوله ﷺ لحكيم (٣): ((إذا ابتعت مبيعاً فلا تبعه حتى تستوفيه)).

[المذهب والإمام يحيى]: كل ما يبطل العقد بتلفه حرم بيعه قبل قبضه فخرج المهر

ونحوه (٤). [البيهي]: يجوز مطلقاً.

لنا: الخبر.

[أبو حنيفة وأصحابه]: يحرم فيما ينقل فقط؛ إذ خبر حكيم وارد فيه.

(١) تنزيه.

(٢) قوله: «إنما يبيح ذلك الذين لا يعلمون» ونحوه: لفظه: عن علي عليه السلام قال: أهديت لرسول الله ﷺ بغلة فركبها فقال علي عليه السلام: (لو حملنا الحمير على الخيل فكانت لنا مثل هذه فقال رسول الله ﷺ: إنما يفعل ذلك الذين لا يعلمون). أخرجه أبو داود (٢٥٦٥) والنسائي (٣٥٨٠). [ابن حبان (٤٦٨٢)، والبيهقي (١٩٥٦٩)]. وعن ابن عباس قال: والله ما خصنا رسول الله ﷺ بشيء دون الناس إلا بثلاثة أشياء: أمرنا أن نسيغ الوضوء ولا نأكل الصدقة ولا ننزي الحمر على الخيل. أخرجه النسائي (١٤١)، ولترمذي (١٧٠٢) نحوه. [أبو داود (٨٠٨)، وأحمد (١٩٧٧)].

(٣) قوله: «لقول حكيم.. إلخ»: روي عن حكيم بن حزام أنه سأل النبي ﷺ فقال: إني اشتري بيوعاً كثيرة فما يحل لي منها؟ فقال: ((إذا اشتريت بيعاً فلا تبعه حتى تقبضه)). هكذا في أصول الأحكام، وقد تقدم عنه من روايات الجامع قريب منه لكنه في الطعام. [المؤيد بالله في شرح التجريد وعبدالرزاق (١٤٢١٤)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (٥٦٤٦)]. وعن ابن عمر قال: ابتعت زيتاً في السوق فلما استوجته لقيني رجل فأعطاني ربها حسناً فأردت أن أضرب به على يده فأخذ رجل من خلفي بذراعي فالتفت فإذا هو زيد بن ثابت فقال: لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك، فإن رسول الله ﷺ نهى أن تباع السلعة حتى يجوزها التجار إلى رحالهم. أخرجه أبو داود (٣٤٩٩). [عبدالرزاق في المصنف نحوه (١٤١٦٨)]. وعن ابن عباس قال: «أما الذي نهى عنه النبي ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض» قال ابن عباس: ولا أحسب كل شيء إلا مثله، هذه من روايات البخاري (٢١٣٥) ومسلم (١٥٢٥). [المؤيد بالله في شرح التجريد والمتوكل على الله في أصول الأحكام والأمير الحسين في الشفاء، والترمذي (١٢٩١)، والنسائي (٤٦١٢)].

(٤) وهو عوض الخلع والصلح عن دم العمدة فهذه يجوز التصرف فيها قبل قبضها كما يأتي في الثامنة عشرة وكذلك النذر والوصية والميراث لا الهبة والصدقة كما يأتي في التاسعة عشرة. (شرح بحر).

قلنا: الظاهر العموم.

[عثمان ثم سعيد بن المسيب]: يحرم في المكيل والموزون والمعدود والمذروع فقط؛ لقوله ﷺ: ((من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه))^(١) وقيس عليه الثلاثة للتقدير. [مالك]: بل الطعام فقط؛ للخبر.

قلنا: خبر حكيم عام.

قالوا: علة التحريم خشية تلفه قبل القبض، وغير المنقول ليس كذلك.

قلنا: بل هلاكه ممكن بسبيل أو نحوه. سلمنا: فالخبر عام، والعلة ضعف الملك قبله، فلا بيع ولا هبة.

[الشافعي]: بل توالي الضمانين: ضمان البائع [وضمان] المشتري فيتلف من مالهما، فيكون ملكاً بين مالكين وهو ممتنع، فعلى هذا له يبعه من بائعه وهبته. لنا: عموم الخبر.

فَرَعٌ: ورهنه وهبته وإجارته وإعارته وإنكاحه كالبيع؛ إذ العلة ضعف الملك.

٢٧٣٣- **سَأَلَتْ:** ويجوز بيع دور المدينة وضياعها إجماعاً؛ لعموم الأدلة.

[العترة ومالك ورواية عن أبي حنيفة]: لا دور مكة وأراضيها؛ لقوله تعالى: ﴿سَوَاءٌ الْعَاكِفُ فِيهِ وَالْبَادِ﴾ [الحج:٢٥]، وقوله ﷺ: ((لا يحل بيع بيوت مكة ولا إجارتهما))^(٢).

[الإمام يحيى]: والمسجد الحرام متى أطلق في القرآن فهو الحرم المحرم.

قلت: وقد مر له عن العترة أنه إلى المواقيت، واختاره.

[الشافعي وأبو يوسف]: قال الله تعالى: ﴿الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ﴾ [الحج:٤٠].

(١) (قوله): «ومن ابتاع طعاماً.. إلخ»: في رواية للبخاري (٢١٢٦) ومسلم (١٥٢٦) عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: ((من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه)) وفيه روايات أخر وعن جابر قال: كان رسول الله ﷺ يقول: ((إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه حتى تستوفيه)) أخرجه مسلم (١٥٢٩)، وفي ذلك أحاديث أخر.

(٢) (قوله): «لا يحل بيع بيوت مكة ولا إجارتهما»: حكاها في الشفاء. [التوكل على الله في أصول الأحكام، والدارقطني عن ابن عمرو بن العاص (٥٧/٣)].

قلنا: الإضافة لا تقتضي الملك كسرج الدابة ونحوه^(١) مع قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من أكل أجر بيوت مكة فإنما أكل الربا))^(٢).

قالوا: لم ينقض صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بيع عقيل لرباعه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ^(٣). قلنا: كما أهدر الدماء.

قالوا: اشترى عمر من صفوان داراً^(٤)، ومعاوية من حكيم دارين^(٥)، وكذلك سائر السلف ولم ينكر.

قلنا: الخشب والأجر لا العراص، سلمنا فليس بحجة؛ إذ لا إجماع.

(١) لقوهم لسائس الدابة: أجم فرسك ونحوه. (شرح). فالشيء قد يضاف إلى غيره لأدنى ملابسة. (شرح بحر).

(٢) قوله: «من أكل أجر بيوت مكة فكأنما أكل الربا»: لفظه في الشفاء: ((من أكل من أجر بيوت مكة شيئاً فكأنما أكل الربا)) انتهى. [الدارقطني عن عبدالله بن عمرو (٣/٥٨)، وقال: الصحيح أنه موقوف]. وعن عائشة قالت: قلت: يا رسول الله ألا تبني لك بمنى بيتاً يظلك من الشمس، فقال: ((إنما هو مباح لمن سبق إليه)) أخرجه الترمذي. [أبو داود (٢٠١٩)، والترمذي (٨٨١)، وابن ماجه (٣٠٠٦)، والحاكم (١٧١٤)].

(٣) قوله: «قالوا: لم ينقض بيع عقيل لرباعه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»: عن أسامة أنه قال: قلت يا رسول الله أين تنزل غداً في دارك بمكة؟ فقال: ((وهل ترك لنا عقيل من رباح أو دور؟)) وكان عقيل ورث أبا طالب هو وطالب، ولم يرثه جعفر ولا علي شيئاً لأنهما كانا مسلمين وكان عقيل وطالب كافرين. [النسائي في الكبرى (٤٢٥٥)، وابن ماجه (٢٧٣٠)، وابن خزيمة (٢٩٨٥)، وابن حبان (٥١٤٩)]. وفي رواية: قلت: يا رسول الله أين تنزل غداً؟ وذلك في حجة الوداع حين دنا من مكة فقال: ((هل ترك لنا عقيل منزلاً)). هذا طرف من حديث أخرجه البخاري (١٥٨٨) ومسلم (١٣٥١). وأخرج أبو داود (٢٩١٠) الرواية الثانية مع زيادة. وعن علي بن الحسين قال: إننا ورث أبا طالب عقيل وطالب ولم يرثه علي فلذلك تركنا حقنا من الشعب. أخرجه الموطأ (١٠٨٧). قلت: ولا يخفى أنه لا حجة للمخالف في هذه الأخبار لما يفهم من سياقها من أن العلة في عدم نقضه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لبيع عقيل غير ما ذكره والله أعلم.

(٤) قوله: «قالوا اشترى عمر من صفوان داراً.. إلى آخره»: روي أن عمر بن الخطاب أمر نافع بن عبد الحارث أن يشتري داراً بمكة للسجن من صفوان بن أمية فاشتراها بأربعة آلاف درهم. هكذا حكاه في الشفاء وأصول الأحكام. [أخرجه البخاري في ترجمة باب والبيهقي (١١٥١)].

(٥) قوله: «ومعاوية من حكيم دارين»: روي أنه جاء الإسلام ودار الندوة في يد حكيم بن حزام فباعها من معاوية بمائة ألف درهم فقال له ابن الزبير: بعت مكرمة قريش فقال له حكيم بن حزام: ذهبت المكارم إلا التقوى. هكذا حكى والله أعلم. [الطبراني في الكبير (١٨٦/٣)، وابن كثير في جامع المسانيد والسنن بزيادة: «وتصدق بمنها وقال: والله لقد ابتعتها في الجاهلية بزق خمر» وأسد الغابة ترجمة حكيم]. وذكر في تاريخ الطبري ما لفظه: وفي سنة سبع عشرة اعترم عمر بناء المسجد الحرام فيما زعم الواقدي، ووسع فيه وأقام بمكة عشرين ليلة، وهدم على قوم أبوا أن يبيعوا ووضع أثان دورهم في بيت المال حتى أخذوها. انتهى

٢٧٣٤- **سَأَلَتْ:** [تخريج المؤيد بالله للهادي والشافعي^(١)]: ولا العبد الأبق والمسروق والفرس الشارد ونحوه^(٢)؛ لنهايه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع الغرر. [تخريج أبي العباس والمؤيد بالله وأبو طالب وأبو حنيفة وأصحابه]: يصح موقوفاً على التسليم؛ لعموم: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، مع خيار التعذر، كما سيأتي. قلنا: يلزم في الطير.

فَرَعٌ: [العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: فأما إلى من أبق إليه فيجوز؛ إذ لا غرر.

٢٧٣٥- **سَأَلَتْ:** [الهادي وأبو حنيفة وأصحابه]: ويجوز بيع ما عوضه غير مال كالمهر، وجعل الخلع والصلح عن دم العمد قبل قبضه؛ إذ لا دليل على التحريم، وكالبيع يُطَلَّقُ^(٣) قبل الدخول. [المؤيد بالله والشافعي]: لا، كالبيع^(٤). قلنا: بل كالميراث؛ إذ لا يبطل العقد بتلفه.

٢٧٣٦- **سَأَلَتْ:** وفي الوصية احتمالان تردد فيهما [أبو طالب]، صحح [القاضي زيد] الجواز.

قلت: والنذر كالوصية.

[أبو طالب]: لا الهبة فكالبيع. [أبو مضر للهادي]: بل كالوصية^(٥).

قلنا: هي بالبيع أشبه، ويجوز في الميراث إجماعاً.

٢٧٣٧- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله وأبو طالب وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي]: ويصح العتق قبل القبض؛ إذ هو استهلاك، واستهلاك المشتري للمبيع كالقبض. [ابن خيران]: لا، كالبيع.

قلنا: هذا استهلاك فافترقا.

(١) في بعض النسخ: [الهادي وتخريج المؤيد بالله للهادي والشافعي].

(٢) كالجمل الشارد وسائر ما لا يقدر على تسليمه. (شرح).

(٣) فإنه يجوز التصرف فيه قبل قبضه بالطلاق والإيلاء والظهار.

(٤) والجامع الملك بعقد المعاوضة.

(٥) حيث كانت بغير عوض.

فَرْعٌ: فإن تعذر الثمن بعد إعتاقه فللبائع فسخ ما لم ينفذ، كلو أعتق على مال لم يوفه واستسعاؤه في النافذ بالأقل من القيمة أو الثمن؛ إذ حقه أسبق. ويرجع العبد على المعتق بما سعى به إن نواه؛ إذ أصل الوجوب عليه، بخلاف العبد المشترك حيث أعتقه الشريك المعسر فأصل الوجوب على العبد فلم يرجع بما سعى.

فَرْعٌ: ولا يسلم المعتق على مالٍ سعائتهُ إلى البائع إلا بإذن المشتري أو الحاكم، وإلا لم يبرأ.

٢٧٣٨- **سَأَلَتْ:** ومن أعتق ما اشتراه من مشتر لم يقبضه صح إن أعتقه بعد القبض بإذن الأولين، أو الثاني موفراً للثمن [في العقد الصحيح]؛ إذ الفاسد يملك بالقبض بالإذن، خلاف [الناصر والشافعي] وسيأتي (١).

٢٧٣٩- **سَأَلَتْ:** [أبو العباس والشافعي]: وإذا بيع من ذي اليد لم يكن قبضاً، فلو تلف قبل تجديد قبضه فمن مال البائع؛ إذ يد الأمين يد المالك. [أبو حنيفة]: يد الشراء أقوى من يد الإيداع؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ابدأ بنفسك)) (٢).

قلنا: معارض بقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ليس على المودع غير المغل ضمان)) (٣)، وهو أرجح؛ لاقتضائه براءة الذمة وهي الأصل. قلت: أما يد الضامن للعين فهي قبض حيث لا تعدي؛ إذ يده ليست يد المالك؛ إذ قوة ولايته توجب له المطالبة بها وبعوضها.

(١) في البيع الفاسد.

(٢) قوله: «ابدأ بنفسك»: تقدم.

(٣) قوله: «ليس على المودع»: سيأتي.

٢٨١- فصل: في بيع الشجر والتمر ونحوهما واستثنائهما

٢٧٤٠- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة]: ومن باع شجراً ولم يقل: بحقوقه، وجب رفعه كالمقول. [الشافعي]: لا، إن لم يشرطه؛ إذ اللبث حق عرفي كالطريق. قلنا: لا نسلم.

فإن شرط البائع بقاء مدته فسد؛ لرفعه موجب العقد وهو تصرف المشتري. [الهادي وأبو طالب]: وكذا لو شرطه المشتري، قيل: لكونه بيعاً وإجارة، والمدة مجهولة. [المؤيد بالله]: بل يصح كلو قال: بحقوقه. قلت: الأقرب أنه إن شرطه جميعاً أو البائع وحده فسد؛ لرفعه موجب العقد، وإلا صح كلو اشتراه بحقوقه.

فإن شرط البائع بقاء مدة معلومة ليتنفع به صح؛ إذ يصح الاستثناء كذلك. **فَرَعٌ:** [الحسن البصري والمذهب]: فإن اشتراه بحقوقه فانقلع فله تعويضه. [أبو حنيفة] وبعض أصحابنا: لا؛ إذ هو حق له لا لغيره. قلنا: العقد متناول له وللحق.

فإن امتدت عروقه وأغصانه فليس لذي القرار المنع؛ لتناوله عرفاً، وقيل: يمنع ما زاد على الحاصل وقت العقد. لنا: العرف.

٢٧٤١- **سَأَلَتْ:** ومن باع أرضاً واستثنى شجراً أو جداراً بحقوقه استحق اللبث كما مر^(١)، والقرار لذي الأرض.

٢٧٤٢- **سَأَلَتْ:** ولا يجوز بيع التمر قبل خروجه إجماعاً؛ لنهيه ﷺ عن بيع ما ليس عندك، ولا بعده قبل نفعه؛ إذ لا يباع ما لا ينفع. [المؤيد بالله]: إلا بشرط القطع؛ لعموم: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ولا بعد نفعه قبل صلاحه بشرط البقاء

(١) في بيع الشجرة بحقوقها فحكم الشجرة والجدار في ذلك واحد. (شرح بحر).

اتفاقاً؛ للجهالة. [الإمام يحيى]: ويصح بشرط القطع إجماعاً، وفيه نظر (١).

[القاسم والهادي والناصر ومالك وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه]: ولا يصح مع الإطلاق؛ لقوله ﷺ: ((لا تبيعوا التمر حتى يزهو..)) الخبر، ونحوه (٢). [الإمام يحيى]: فأما مع شرط القطع فخصه الإجماع. [زيد بن علي والمؤيد بالله والإمام يحيى وأبو حنيفة والشافعي]: يصح؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]. [أبو حنيفة]: ويؤمر بالقطع كلوا اشترط. قلنا: منع الخبر.

٢٧٤٣ - **سَأَلَتْ**: [العتره والفقهاء]: وأما بعد نفعه وصلاحه فمع شرط القطع يصح إجماعاً، ومع شرط البقاء يفسد إجماعاً إن جهلت المدة (٣).

[الإمام يحيى]: فإن علمت صح عند [القاسمية]؛ إذ لا غرر. [المؤيد بالله]: لا؛ للنهي عن بيع وشرط. فإن أطلق صح عندنا و[أبي حنيفة]؛ إذ ما تردد بين وجهي صحة وفساد عمل بالصحة؛ إذ هي الظاهر.

قلت: إلا أن يجري العرف بالبقاء مدة مجهولة فيفسد.

(١) لأن ظاهر إطلاق الهادي والقاسم والناصر والمؤيد بالله قديماً أن يبعها قبل بدو صلاحها لا يصح مطلقاً لظواهر الأخبار. (شرح بحر).

(٢) (قوله): «لا تبيعوا التمر حتى يزهو.. الخبر ونحوه»: عن أنس أن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تزهو قيل لأنس: ما زهوها؟ قال: تحمر وتصفر، قال: ((أرأيت إن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك)) أخرجه البخاري (٢٢٠٨) ومسلم (١٥٥٥) والموطأ (١٣٠٤) والنسائي (٤٥٢٦). [المؤيد بالله في شرح التجريد بسنده عن أنس وروى نحوه عن جابر، وروى نحوه الإمام زيد عن علي في المجموع ومن طريقه علي بن بلال في شرح الأحكام]. وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: ((لا تبتاعوا التمر حتى يبدو صلاحه ولا تبتاعوا التمر بالتمر)). أخرجه مسلم (١٥٣٩) والنسائي (٤٥٢١). [وقد وقع في كتب الحديث اختلاف في لفظة: الثمر في الروايات كلها ففي بعضها بالثاء المثناة وفي بعضها بالتاء المثناة]. وعن جابر أن رسول الله ﷺ نهى أن تباع الثمرة حتى تشقق، قيل وما تشقق؟ قال: ((بحار ويصفار ويؤكل منها)) هذه رواية البخاري ومسلم وأبي داود. وفي رواية لمسلم (١٥٣٧) قال: نهى عن بيع الثمر حتى يطيب. وفي رواية لأبي داود (٣٣٧٣): نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه ولا يباع إلا بالدنيار والدرهم إلا العرايا.

(٣) لا فرق.

فَرَعٌ: [المذهب وأبو حنيفة والشافعي]: فأما قبل صلاحه بشرط القطع ولم يقطع حتى صلح فلا يفسده البقاء^(١). [رواية عن أحمد بن حنبل]: يبطل. قلنا: الزيادة لا تفسد كلو اشترى صغيراً فكبر. فإن اشترى ما قد صلح مع ما سيحدث فباطل؛ للجهالة. [مالك]: بل يصح فيهما جميعاً.

لنا: نهي عن بيع الغرر.

٢٧٤٤ - **سَأَلَتْ:** والتأبير علاج خروج الشمرة من أكمامها والتمر من طلعه والعنب من عنقوده. وقيل: تلقيح النخل بأن يؤخذ من الجُمَّار^(٢) فيُدْر على النخلة فتحمل، وقد أنكره صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حين هاجر^(٣) فتركوه فلم يحمل فأمر به. ٢٧٤٥ - **سَأَلَتْ:** وثمره الشجرة المبيعة لمن اشترطها من بائع أو مشتر، فإن أطلق ولم تكن بارزة عند العقد فللمشتري.

[العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: فإن برزت فللبائع؛ لانفصالها كالمؤبرة وكالزرع. [الشافعي ومالك]: إن أبرت فللبائع، وإلا فللمشتري؛ لاستتارها كالحمل. [ابن أبي ليلى]: للمشتري مطلقاً؛ لذلك.

(١) المذهب الفساد وإن قطع.

(٢) الجمار: شحم النخل الذي في جوفه وهو شديد البياض حسن اللون. (شرح بحر)

(٣) قوله: «وقد أنكره صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حين هاجر.. إلخ»: عن طلحة قال مررت مع رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقوم على رؤوس النخل فقال: ((ما يصنع هؤلاء؟)) قالوا: يلحقونه يجعلون الذكر في الأنثى يلحق، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ما أظن يغني ذلك شيئاً)) فأخبروا بذلك فتركوه، فأخبر رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بذلك فقال: ((إن كان يضعهم ذلك فليصنعه فإني إنما ظننت ظناً فلا تؤاخذوني بالظن، ولكن إذا حدثكم عن الله بشيء فخذوا به فإني لن أكذب على الله)). [مسلم (٢٣٦١)، وأحمد (١٣٩٥)، والطيالسي (٢٣٠)]. وفي رواية: ((فإن الله لا يخلف وعده)). وعن رافع بن خديج قال: قدم نبي الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للمدينة وهم يؤبرون النخل فقال: ((ما تصنعون؟)) قالوا: كنا نصنعه، فقال: ((لعلكم لو لم تفعلوه لكان خيراً)) فتركوه فنقص أو قال فقصت، قال: فذكر ذلك له، فقال: ((إنما أنا بشر إذا أمرتكم بشيء من أمر دينكم فخذوا به، وإذا أمرتكم بشيء من رأيي فإنما أنا بشر)) أخرجه مسلم (٢٣٦٢). [ابن حبان (٢٣)، والطبراني (٤/٢٨٠)]. وعن أنس وعائشة أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مر بقوم يلحقون فقال: لو لم تفعلوا لصلح، قال: فخرج شيصاً فمر بهم فقال: ((ما لنخلكم؟)) فقالوا: قلت كذا وكذا، قال: ((أنتم أعلم بأمر دنياكم)). أخرجه مسلم (٢٣٦٣). [ابن حبان (٢٢)، وابن ماجه (٢٤٧١)].

لنا: قوله ﷺ: ((من باع نخلة قبل أن تؤبر..)) الخبر، ونحوه^(١).
 وإذا اشترى شجرة مثمرة ثم ظهر بعض ثمرها فالأولى للبائع والأخرى
 للمشتري، فإن التبس فوجهان: يفسخ العقد؛ لتعذر التسليم. الثاني: إن سمح
 البائع أجبر المشتري على القبول وإلا انفسخ.
 قلت: ويحتمل أن يقسم كمسألة الخلط.
 ٢٧٤٦- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن المذهب]: ومن اشترى شجراً مثمراً أو أرضاً
 فيها زرع لم يلزم البائع رفع الثمر والزرع حتى يصلح؛ للعرف كما لا يلزم من باع
 داراً رَفَعُ ما فيها ليلاً أو حال المطر أو نحوه^(٢). [الإمام يحيى وأبو مضر]: وتجب الأجرة.
 وقيل: لا؛ إذ هو كالمستثنى. [المنصور بالله وابن أبي الفوارس وأبو حنيفة]: يلزم الرفع؛ لئلا
 يتنفع بملك الغير.
 قلت: وهو قوي.

فَرَعٌ: وإذا بقيت عروق الذرة بعد حصدها فقلعها على البائع؛ إذ هي ملكه، فإن
 حصده قبل أوانه لم يكن له التعويض؛ إذ الحق لذلك الزرع فقط.
 ٢٧٤٧- **سَأَلَتْ:** وما يبقى من القطن سنة فصاعداً فكالشجر، وإلا فكالزرع.
 [أبو طالب]: ويجوز بيع جوزه مقطوعاً كمع الأرض. [الإسفرابيني]: لا يصح بيعه
 مطلقاً^(٣)؛ للجهالة.

قلنا: يجوز، ويخير المشتري كلو اشترى شيئاً في جراب.

(١) (قوله): ((من باع نخلة قبل أن تؤبر.. الخبر)): لفظه: عن ابن عمر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: ((من ابتاع)) وفي رواية: ((من باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع)) أخرجه البخاري (٢٣٧٩) وغيره. [الإمام زيد في المجموع عن علي وأخرجه الإمام أحمد بن عيسى في الأمالي بسنده عن ابن عمر، وعن جابر وأخرجه مسلم (١٥٤٣)، وعن علي رواه البيهقي (١٠٥٥٢)]. ونحوه ما روي: أن رجلاً ابتاع من رجل نخلاً فاختلفا فقال المشتري: أشتريت وأبرت، وقال البائع: أبرت ثم بعت فاحتكما إلى رسول الله ﷺ فجعل الثمرة للذي أبرها. هكذا روي. وفي التلخيص نحوه، ونسبه إلى البيهقي والله أعلم.
 (٢) كرفع ما في الدار مرة واحدة بل ينقله حسب ما جرت به العادة.
 (٣) أي: سواء كان منفرداً أو مع الأرض. (شرح).

٢٧٤٨- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: والورد قبل تفتحه للمشتري وبعده للبائع.

قلت: وفيه نظر^(١).

٢٧٤٩- **سَأَلَتْ:** وورق التوت كالثمر في الأصح، وكالأس^(٢) والحناء.

[ابو طالب]: والأغصان كالصوف^(٣). [المؤيد بالله]: بل تتبع الورق الموجود عليها.

وإذا بيع الشجر والثمر فإن لم يكن ذا قشر كالتين والعنب أو قشره يصحبه لحفظ رطوبته كالرمان والموز فللبائع؛ وما له زهر كالشمش والتفاح والخوخ فيبيع بعد تناثر ورده فللبائع وقبله للمشتري، وقد قيل: إن العنب لا ورد له.

[الإمام يحيى]: بل له ورد؛ إذ يخرج في الابتداء مزهراً كالعطب.

وما له أصل يبقى سنة فصاعداً كالقضب والبطيخ والقثاء والهندبا دخل في بيع

الأرض كالشجر، فأما فرعه الظاهر عند العقد فللبائع كالثمر.

٢٧٥٠- **سَأَلَتْ:** ويصح بيع الأرض مع الزرع الظاهر كالشعير والذرة، وفي

العلس والحنطة وجهان: يفسد؛ لحصول الجهالة باستتاره، ولا، كشيء في جراب، بل يخير إذا رآه.

وإذا اشترى أرضاً غائبة فوجدتها مزروعة خير لشغلها، فإن اشترى مبدورة بما

يبقى سنة فصاعداً دخل في البيع كالشجر، وإلا فلا كزرعه، ويبقى للصلاح على

الخلاف، فإن اشترىها معاً فوجهان: يفسد؛ للجهالة، ولا؛ إذ صار تابعاً كالحق.

وكل عقد معاوضة في الشجر فهو كالبيع^(٤).

٢٧٥١- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن العترة والشافعي]: ولا يجوز^(٥) بيع كامن في

الأرض كأصل البصل والجزر والثوم والفُجُل؛ للجهالة كالحوت في الماء.

(١) وجه النظر: أنه بعد كمال أزراره كالزرع فيكون للبائع قبل التفتح وبعده.

(٢) وهو الهدس. (شرح بحر).

(٣) فإذا بيع شجر التوت دخلت معه أغصانه كما يدخل في بيع الحيوان الصوف الموجود على ظهره.

(شرح بحر).

(٤) وذلك كاهية بعوض والمهر وعوض الخلع. يقال: وكالندر والوقف والوصية والله أعلم.

(٥) أي: لا يصح.

[أبو حنيفة وأبو يوسف وزفر والقاضي زيد]: يصح ويخير إذا رآه كالغائب إن لم يتضرر بالقلع.

قلنا: خيار الرؤية فيما يرد على حاله، وهذا يرد بعد القلع فلا يصح.

[النصر ومالك]: إن كان مورقاً صح؛ إذ هو علامة صلاحه للأكل، وإلا فلا.

قلنا: فيه غرر كما مر.

فَرْعٌ: [أبو طالب]: والحيلة في شرائه أن يشتري الأرض فيدخل تبعاً ثم يردها بعد قطعه. [الإمام يحيى]: وهو غلط؛ إذ لا يدخل تبعاً كالزراع.

قلت: فإن اشتراها معاً فسد؛ للجهاالة.

٢٧٥٢- **سَأَلَتْ:** [العترة والفريقان]: وما يخرج حالاً فحالاً كالقثاء لا يباع ما سيخرج مضافاً إلى ما قد خرج؛ إذ هو بيع معدوم. [مالك]: منافع معدومة مضافة إلى موجودة فجاز كالإجارة.

قلنا: هذه أعيان فافترقا.

٢٧٥٣- **سَأَلَتْ:** [العترة والفقهاء الأربعة]: ويجوز بيع الجوز واللوز والبقلاء الأخضر في قشرها، لفعل المسلمين. [الشافعي]: لا؛ لسترها وفيها الصغير والكبير والصحيح والفاسد.

قلنا: اغتفرها المسلمون.

٢٧٥٤- **سَأَلَتْ:** ولا يجوز بيع العسل معاومة^(١) كالتمر، ولا لبن الميتة؛ لنجاسته عندنا، وقد مر^(٢).

(١) وهو مشتق من العام.

(٢) في كتاب الطهارة.

٢٨٢- فصل: [في من يحرم التفريق بينهم في البيع]

ويحرم بيع الأمة دون ولدها والعكس؛ إذ يحرم التفريق بينهما في الملك.
[الإمام يحيى]: إجماعاً حتى يستغني بنفسه؛ لقوله ﷺ: ((من فرق بين والدة وولدها..)) الخبر^(١) ونحوه.

فإن باع أو وهب أحدهما، [الشافعي]: لم ينعقد؛ إذ نقض ﷺ البيع في رواية علي^(٢). [أبو حنيفة وقول للشافعي]: ينعقد^(٣) وإن عصي؛ لما مر.

قلنا: مخالفة لفعله ﷺ.

وكذا بعد الاستغناء عندنا حتى يبلغ.

قالوا: المستغني كالبالغ.

قلنا: لا؛ إذ لم يفصل الدليل.

والجدة كالأم، وكذا الأب إلا عن بعض الفقهاء.

قلنا: مقيس على الأم.

وكذا سائر الأرحام المحارم عندنا وأبي حنيفة قياساً. [الإمام يحيى والشافعي]: قرابة

لا تمتنع القصاص فلا تمتنع التفريق كابن العم.

قلنا: العلة الرأفة هنا، لا في القصاص فافترقا.

فرع: وفي البهيمة وولدها وجهان: لا يجوز؛ لنهاي ﷺ عن تعذيب

(١) (قوله): «من فرق بين والدة وولدها.. إلخ»: عن أبي أيوب قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: ((من فرق بين والدة وبين ولدها فرق الله بينه وبين أحبه يوم القيامة)) أخرجه الترمذي (١٥٦٦). [الأمير الحسين في الشفاء والحاكم (٢٣٣٤)، والدارمي (٢٤٧٩)، والبيهقي (١٨٠٨٩)]. وعن علي^(٢) أنه قال: وهب لي رسول الله ﷺ غلامين أخوين فبعت أحدهما فقال لي رسول الله ﷺ ما صنع غلاماك؟ فأخبرته فقال: ((رده)) أخرجه الترمذي (١٢٨٤). [ابن ماجه (٢٢٤٩)، والحاكم (٢٥٧٤)، والبيهقي (١٨١٠)].

(٢) (قوله): «إذ نقض ﷺ البيع في رواية علي^(٢)»: عن علي^(٢) أنه فرق بين والدة وولدها فنهاه رسول الله ﷺ عن ذلك ورد البيع. أخرجه أبو داود (٢٦٩٦). [وروى الإمام زيد في المجموع عن علي^(٢) نحوه].

(٣) فاسداً.

البهائم^(١). ويجوز كالذبح، وهو الأصح، بخلاف الأدمي؛ للحرمة. ٢٧٥٥- **سَأَلَتْ**: ولا يصح بيع بهيمة واستثناء سواقطها^(٢) كبيع السواقط، ويدخل الحمل؛ إذ هو كالجزة بدليل سراية العتق إليه. ولا بيع أمة حامل بحر؛ إذ يصير كالمستثنى فيفسد.

قلت: بل يصح؛ لما سيأتي^(٣).

ولا بيع قطن واستثناء حبه؛ لجهالة حجم الصبرة حيثئذ، ولا سمسم واستثناء عصارته؛ إذ يكون المبيع الدهن وهو كالمعدوم.

٢٨٣- فصل: [في تحريم التسعير]

[العترة والشافعي]: ويحرم التسعير في القوتين؛ لقوله ﷺ: ((إن الله هو المسعر..)) الخبر^(٤). [مالك]: للإمام الاستصلاح. قلنا: ما لم يخالف النص.

فأما غير القوتين فقليل: له الاستصلاح فيه، وفي الانتصار خلافه.

(١) (قوله): [لنهيهِ ﷺ عن تعذيب البهائم] في حديث أخرجه أبو داود (٢٥٤٨) عن النبي ﷺ أنه قال: ((اتقوا الله في هذه البهائم اركبوها سالحة وكلوها سالحة)) [وابن خزيمة (٢٥٤٥)، وأحمد (١٧٦٦٢)، عن سهل بن الخنظلية] وفي حديث أخرجه مسلم (٢٦١٣) عن هشام بن حكيم أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: ((إن الله يعذب الذين يعذبون في الدنيا)) ونحو ذلك كثير. [أبو داود (٣٠٤٥)، وأحمد (١٥٣٦٦)].

(٢) وهي ما لا ينتفع به [١] من الشاة والبقرة قال الإمام يحيى: لأنه لو باع سواقطها لم يصح. (شرح بحر).

(٣) في الفصل الخامس من الباب في المسألة الحادية عشرة.

(٤) (قوله): [إن الله هو المسعر]: عن أنس: أن الناس قالوا لرسول الله ﷺ: يا رسول الله غلا السعر فسعر لنا. فقال: ((إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطالبني بمظلمة في دم ولا مال)) أخرجه الترمذي (١٣١٤)، وأبو داود (٣٤٥١). [أحمد بن عيسى في الأمالي بسنده عن سالم بن أبي الجعد والعلوي في الجامع الكافي، وابن حبان (٤٩٣٥) والبيهقي (١٠٩٢٧)، والدارمي (٢٥٤٥)]. وعن أبي هريرة أن رجلا جاء قال: يا رسول الله سعر، فقال: ((بل ادعوا الله)) ثم جاء آخر فقال: يا رسول الله سعر، فقال: ((بل الله يخفض ويرفع، وإني لأرجو أن ألقى الله وليس لأحد عندي مظلمة)) أخرجه أبو داود (٣٤٥٠).

[١]- وقيل: الكبد والكرش.

٢٧٥٦- **سَأَلَتْ:** [المذهب]: ويحرم احتكار قوت الأدمي والبهيمة. [قول للشافعي]: يكره. [أبو حنيفة]: إذا اشتراه من المصر لا من زرعه ولا من السواد. [زيد بن علي]: لا احتكار إلا في الحنطة والشعير.

لنا: عموم قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من احتكر الطعام..)) الخبر ونحوه ^(١). وإنما يحرم في الفاضل عن كفايته ومن يمون إلى الغلة؛ إذ كان رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يحتكر قوت السنة ^(٢)، فيجوز مثله. [المؤيد بالله]: أو إلى الغلة إن لحق الجذب في بعض السنة.

وإنما يحرم مع حاجة الناس إليه ولا يوجد إلا مع مثله؛ إذ لا إضرار مع خلاف ذلك فيجبر على البيع، ولا يباع عنه.

قيل: فإن تورد فالحاكم، ويعزر المحتكر؛ لعصيانه.

فَرَعٌ: ولا يفسد عقد من [ما] اشترى للاحتكار؛ لما مر، وإذا لم يفسد عمر عقد مولاه ومولى عثمان ^(٣)، ولا يحرم احتكار غير ذلك؛ إذ لا إضرار.

(١) (قوله): «من احتكر الطعام.. الخ»: عن ابن عمر أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((من احتكر الطعام أربعين يوماً يريد به الغلاء فقد برئ من الله وبرئ الله منه)) رواه أحمد (٤٨٦٥) وأبو يعلى (١١٦/١٠) والبخاري (١٣١١) والحاكم (١١/٢) مع زيادة، وذكره رزين. [أحمد بن عيسى في الأمالي بسنده]. وعن ابن المسيب أن معمر بن أبي معمر وقيل ابن عبد الله أحد بني عدي بن كعب قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من احتكر فهو خاطئ)) قيل لسعيد: فإنك تحتكر، فقال: إن معمر الذي كان يحدث بهذا الحديث كان يحتكر. أخرجه مسلم (١٦٠٥) وأبو داود (٣٤٤٧) والترمذي (١٢٦٧). وعن معاذ قال: سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: ((بئس العبد المحتكر إن أرخص الله الأسعار حزن وإن أغلاها فرح)) رواه الطبراني (٩٥/٢٠) بإسناد واه وذكره رزين. [البيهقي في شعب الإيمان (١١٢١٥)]. وعن أبي أمامة أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((أهل المدائن هم الحبساء في سبيل الله فلا تحتكروا عليهم الأقوات ولا تغلوا عليهم الأسعار فإن من احتكر عليهم طعاماً أربعين يوماً ثم تصدق به لم يكن له كفارة)) ذكره رزين، وفي ذلك أحاديث أخر. [أخرج نحوه الإمام أحمد بن عيسى في الأمالي عن الحسن].

(٢) (قوله): «إذ كان صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يحتكر قوت السنة»: عن معمر قال: قال لي الثوري: هل سمعت في الرجل يجمع لأهل قوت سنتهم أو بعض السنة قال معمر: فلم يحضرنى ما أقول ثم ذكرت حديثاً حدثنا ابن شهاب عن مالك بن أوس عن عمر بن الخطاب أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يبيع نخل بني النضير ويحس لأهله قوت سنتهم. ذكره رزين. [البخاري (٥٣٥٧) ومسلم (١٧٥٧)، وأبو داود (٢٩٦٥)، والترمذي (١٧١٩)، والبيهقي (١٢٥٠٤)].

(٣) (قوله): «وإذا لم يفسد عمر عقد مولاه ومولى عثمان»: عن الهيثم بن رافع عن أبي يحيى المكي عن فروخ مولى عثمان بن عفان أن طعاماً ألقى على باب المسجد فخرج عمر بن الخطاب وهو أمير المؤمنين يومئذ فقال: ما هذا

٢٨٤- فصل: [في مسائل مما يجوز بيعه وغير ذلك]

ويصح البيع جزافاً حيث علمه جميعاً أو جهلاً إجماعاً؛ إذ صار معلوماً بالمشاهدة، فإن علم قدره أحدهما دون الآخر فسد عند الهادي للغرر من العالم. [أبو طالب والقاسم]: إن علم البائع دون المشتري فغرر، وإلا فلا. [أبو طالب]: ويحتمل أن يصح ويخير الجاهل^(١) لمعرفة قدره. [المؤيد بالله والإمام يحيى والفرقان]: لا غرر مع المشاهدة وإن علم أحدهما. قلنا: لا نسلم.

٢٧٥٧- **سؤال:** [العترة والفقهاء الأربعة]: ويجوز بيع المصاحف؛ إذ يتناول الجلد والكاغد فقط، والكتابة تدخل تبعاً. [ابن عمر ثم ابن شبرمة]: المقصود المكتوب فلا يصح.

ولا الأجرة على نسخه إلا تبرعاً.

[ابن عمر]: «وددت أني قد رأيت الأيدي تقطع في بيع المصاحف» وهو توقيف. قلنا: بل مذهب له.

[ابن عباس وجابر]: يجوز الشراء لا البيع؛ إذ فيه إبعاد للبركة.

قلنا: سئل ابن عباس عن بيع المصاحف^(٢) فقال: «لا بأس»، سلمنا فمذهب له.

الطعام؟ فقالوا: طعام جلب إلينا أو علينا، فقال: برك الله فيه وفيمن جلبه علينا أو إلينا فقال له بعض الذين معه: يا أمير المؤمنين قد احتكر قال: ومن احتكره؟ قالوا: احتكره فروخ وفلان مولى عمر بن الخطاب فأرسل إليهما فأتياه. فقال: ما حملكما على احتكار طعام المسلمين فقالا: يا أمير المؤمنين نشترى بأموالنا ونبيع، فقال عمر: سمعت رسول الله ﷺ يقول: ((من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجنام والإفلاس)) فقال عند ذلك فروخ: يا أمير المؤمنين فاني أعاهد الله وأعاهدك أني لا أعود إلى احتكار طعام أبدا فتحوّل إلى مصر. وأما مولى عمر فقال: نشترى بأموالنا ونبيع فزعم أبو يحيى أنه رأى مولى عمر مجذوما مشدوخا. رواه الأصبهاني هكذا وروى ابن ماجه (٢١٥٥) المرفوع منه فقط. [وأحمد (١٣٧) في مسند عمر].

(١) من البائع أو المشتري. (غيث). حيث جهل المشتري علم البائع فإن علم أن البائع عالم بقدره فلا خيار للمشتري ذكر معناه في (البيان).

(٢) (قوله): «سئل ابن عباس عن بيع المصاحف.. إلى آخره»: الذي في الجامع عن ابن عباس أنه سئل عن أجرة كتابة المصحف فقال: لا بأس إنما هم مصورون وإنهم إنما يأكلون من عمل أيديهم. ذكره رزين. [أخرج الحديث بلفظ الكتاب البيهقي (١٠٨٤٧)].

٢٧٥٨- **سَأَلَتْ:** ويصح بيع كل حيوان ذي نفع بلحمه كالصيد، أو فعله كالعبد والفهد والنسر والصقر والهـر والقرد؛ إذ تقبل التعليم، أو صوته كالقمري، أو لونه كالطاووس. [المذهب ومحمد بن الحسن]: أو بذرقه كالنحل ودود القز. [أبو حنيفة وأبو يوسف]: لا، فيها، إلا حيث مع النحل عسل ومع الدود قز.

قلنا: متفع بهما في المستقبل فيجوز كالطفل^(١)؛ لعموم الدليل.

ولا يصح فيما لا نفع فيه كالأسد والنمر والرخم ونحوها^(٢).

٢٧٥٩- **سَأَلَتْ:** [أبو العباس والشافعي وأصحابه]: ويجوز بيع لبن الأدمية؛ إذ هو طاهر يتفع به. [أبو طالب وأبو حنيفة ومالك]: لا، كالدمع والعرق والبصاق.

قلنا: لا نفع في هذه بخلافه.

٢٧٦٠- **سَأَلَتْ:** [العترة والفقهاء الأربعة]: ويجوز بيع المسك. [بعض أصحاب الشافعي]:

لا؛ لنجاسته إذ هو منفصل من حي ومنعقد من دم غزال.

قلنا: تطيب به ﷺ في حياته^(٣) وحنط به وأهداه للنجاشي ووهبه لنسائه.

وفي صحة بيعه في فأرته وجهان: أحدها: يصح، كقشر الرمان، ولا؛ لجهل قدره وصفته.

٢٧٦١- **سَأَلَتْ:** [العترة والفقهاء الأربعة]: ويصح الشراء بملء الكف دراهم، وإن لم

يعلم عددها. [مالك]: لا؛ للجهالة.

قلنا: يعلم بالمشاهدة كالجزاف.

٢٧٦٢- **سَأَلَتْ:** فإن قال: بعتك الشاة وفيها لبن دخل تبعاً فيصح. فإن قال: الشاة

(١) من العبيد وكذا فرخ البازي ومهر الفرس ونحوها. (شرح بحر).

(٢) كالذئب وسائر السباع التي لا نفع فيها في الحال ولا في المستقبل. (شرح بحر).

(٣) (قوله): «تطيب به ﷺ في حياته.. إلخ»: تقدم ذكر ذلك في كتاب الحج، وفي كتاب الجنائز. وروي عنه ﷺ أنه أهدى إلى النجاشي أواق من مسك وحلة فلما تزوج بأم سلمة قال: إني قد أهديت إلى النجاشي أواق من مسك وإنه يموت قبل أن تصل إليه فإذا ردت إلي أعطيتك منها فمات النجاشي قبل أن تصل إليه فردت إليه فأعطاهم منها وأعطى غيرها من نسائه. هكذا روي والله أعلم. [الأمير الحسين في الشفاء، وأحد (٢٧٣١٧)، والطبراني كما في مجمع الزوائد (٤/١٤٨)].

ولبنها فوجهان: يفسد؛ للجهالة، ولا؛ لدخوله تبعاً، ويلغو ذكره. [الإمام يحيى]: وهو الأصح.

٢٧٦٣- **سَأَلَتْ**: [العتره وأبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي]: ولا يجوز بيع المكاتب إن لم يعجز نفسه؛ إذ عقدها منع استحقاق السيد الكسب، فكذا البيع، وسيأتي الخلاف فيه إن شاء الله تعالى.

٢٧٦٤- **سَأَلَتْ**: ويصح استثناء المشاع من الحيوان إجماعاً كبيعه لصحة الانتفاع به مهياًة، لا الجزء المعين إلا من المذكى كبيعه؛ إذ يمكن الانتفاع به بعد الذبح، لا قبله. [المنصور بالله]: إلا من شاة القصاب.

وإن استثنى أرتالاً معلومة ولم يعين (١) موضعها من المذكى فسد؛ للجهالة إذ هو أجناس، وبعد الذبح يجوز بيع ما شاء منها. [الطبري]: لا يجوز قبل السلخ؛ للغرر.

قلنا: لا غرر مع خيار الرؤية، وقول الهادي: «إذا سلخ فلا خيار في اللحم» حمله أبو العباس على أنه قد عرف السمن. قلت: وفيه نظر (٢).

٢٧٦٥- **سَأَلَتْ**: [العتره وأبو حنيفة والشافعي]: ولا يصح بيع صوف الحي قبل فصله؛ لنهيه ﷺ عن بيع الصوف على ظهر الغنم (٣). [أبو يوسف ومالك وسفيان الثوري

(١) مفهوم هذا أنه إذا عين موضعها صح، وظاهر الأزهار أنه لا يصح الاستثناء إلا في صورتين أن يكون مشاعاً أو مختاراً وليس هذا منه. فينظر.

(٢) وجه النظر: أن كلام الهادي لا يحتمل كلام أبي العباس، والصحيح أن له خيار الرؤية ما دام اللحم مستتراً بالجلد. ذكره الإمام يحيى وغيره.

(٣) قوله: «لنهيه ﷺ عن بيع الصوف على ظهر الغنم»: قلت: هكذا حكاه في الشفاء لكن الذي في أصول الأحكام عن النبي ﷺ أنه نهى عن بيع اللبن في الضروع ثم ذكر بعد ذلك ما لفظه: قال أبو حنيفة: وما روي من النهي عن بيع الغرر يدل على أن بيع البهيمة واستثناء جلدها أو عضو منها لا يجوز إلا أن تكون قد ذبحت؛ لأنها إذا لم تكن مذكاة تعذر التسليم وكان ذلك غرراً، وكذلك بيع الصوف على ظهر البهيمة لا يجوز إلا أن تكون مذكاة؛ لأنه غرر إذا كانت حية، ولأنه لا يوصل إلى استيفائه إلا بيلامها انتهى. ويفهم منه أنه لم يرد في ذلك حديث عن النبي ﷺ ولعله أصح والله أعلم، لكن في التلخيص ما لفظه: أن النبي ﷺ نهى أن يباع صوف على ظهر أو لبن في ضرع: الدارقطني (١٤/٣) والبيهقي (٣٤٠/٥) من طريق عمر بن فروخ عن حبيب بن الزبير عن عكرمة عنه [أي ابن عباس]. قال البيهقي: تفرد به عمر، وليس بالقوي، قلت: وقد وثقه ابن معين. انتهى. [وأخرج نحوه

والليث بن سعد]: مشاهد يمكن تسليمه فيصح كمن المذبوح، والخبر موقوف على ابن عباس.

قلنا: وروي مرفوعاً إلى النبي ﷺ، ويقع اللجاج في موضع القطع من الحي فافترقا.

٢٧٦٦- **سَأَلَتْ:** [العتره والفقهاء]: ولا يجوز^(١) بيع اللبن في الضرع؛ لنهيهِ ﷺ صريحاً، وللجهالة كالمضامين. [سعيد بن جبیر]: الضرع كالخزانة له؛ لقوله ﷺ فيمن يجلب شاة غيره لا ياذنه: ((يعمد أحدكم إلى خزانة أخيه..)) الخبر^(٢). قلنا: استعارة لا حقيقة.

٢٧٦٧- **سَأَلَتْ:** [الهادي والناصر والمؤيد بالله وأبو طالب]: ويصح استثناء الحمل؛ إذ لا يقتضي جهالة. [الإمام يحيى والفريقان]: لا، كاستثناء جزء. قلنا: لا نسلم؛ لانفصاله.

فَرَعٌ: وإذا استثنى فعلى المشتري تمكينه اللبأ. قيل: ثلاث رضعات، وقيل: ثلاثة أيام، والأصح المعتاد؛ إذ لا يعيش بدونه فلا ضرار.

[المؤيد بالله]: وعليه قيمة اللبأ؛ إذ هو ملك الغير. [أبو طالب]: لا؛ إذ هو كالمستثنى. ٢٧٦٨- **سَأَلَتْ:** [القاسمية]: ويصح استثناء لبن المبيع مدة معلومة؛ إذ باع جابر منه ﷺ ناقة واستثنى حلابها إلى المدينة^(٣). [الإمام يحيى والفقهاء]: يمنع تسليم المبيع

أحمد بن عيسى في الأمالي بسنده عن ابن عباس مرسلًا، والأمير الحسين في الشفاء وعبدالرزاق في المصنف (١٤٣٧٣)، عن ابن عباس، وابن أبي شيبه (٥٣٤/٦) مرسلًا. (١) يعني: لا يصح.

(٢) قوله: «يعمد أحدكم.. الخ»: لفظه: عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: ((لا يجلبن أحدكم ماشية أحد إلا ياذنه، يجب أحدكم أن تؤتى مشرته فتكسر خزائنه فينتل طعامه فإنما تخزن لهم ضرور مواشيهم أطعمتهم فلا يجلبن أحد ماشية أحد إلا ياذنه)) أخرجه البخاري (٢٤٣٥) ومسلم (١٧٢٦) والموطأ (١٧٤٥) وأبو داود (٢٦٢٣). [وأبن حبان (٥١٧١)، وابن ماجه (٢٣٠٢)، وعبدالرزاق (٦٩٥٨)، يتنل: يستخرج ويؤخذ. المشربة: بالضم والفتح الغرفة. نهاية.]

(٣) قوله: «إذ باع جابر منه ﷺ ناقة واستثنى حلابها إلى المدينة»: قلت: كأن هذه الرواية وقعت هكذا في الانتصار وغيره وهو سهو قطعاً؛ لأن المعروف في حديث جابر على اختلاف رواياته أنه باع من النبي ﷺ

عقيب العقد كشرط أن لا يقبضه.

قلنا: مغتفر كاستثناء السكنى شهراً ونحوه^(١)، وكالحمل، والخبر نص في محل النزاع.

قالوا: مدة الحلاب إلى المدينة مجهولة فيحمل على أنه أباح.

قلنا: الظاهر الاستثناء، ولعلها أيام معلومة.

فَرْعٌ: ويمنع المشتري إتلاف مستثنى اللبن؛ لتعلق حق البائع به، فإن فعل فلا ضمان؛ إذ قد دفع القيمة، وقيل: يضمن ما بين قيمتها مستثنى لبنها وغير.

٢٧٦٩- **سَأَلَتْ:** [أبو حنيفة وأصحابه]: واشترط كونها لبوناً مفسد؛ إذ فَعُول للمبالغة. [أبو العباس والإمام يحيى والشافعي]: بل معناه وجود اللبن، وهو مستحق في الحيوان، وعدمه عيب، فصح شرطاً.

قلنا: إن لم يقصد المبالغة فصحيح.

٢٧٧٠- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ولو اشترى ثوباً مركباً على آلة النسج قبل فراغه لم يصح؛ إذ هو كالمشروط بتمام العمل فيفسد كلو شرط خياطته؛ إذ هو بيعتان فيبيعة. قلت: وفيه نظر، بل كبيع وإجارة^(٢).

٢٧٧١- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ولا يصح أن يأخذ بالثمن المؤجل غير جنسه قبل حلول أجله؛ إذ لا يملك المطالبة به فكأنه أخذ بما لا يملك.

قلت: والمذهب صحته^(٣).

٢٧٧٢- **سَأَلَتْ:** ولا بيع الخمس والغنيمة والزكاة بعد التخلية قبل النقل؛ لنهي

جلاً.. الحديث، لكن في بعض رواياته ما لفظه: واستثنت حملانه إلى أهلي كما سيأتي وكان الميم سقطت من قلم الناسخ فقيل: حلابه تصحيفاً ثم كمل ذلك بجعل الجمل ناقة والله أعلم. [حديث جمل جابر أخرجه البخاري (٢٧١٨)، والسنائي (٤٦٣٧)، وأبو داود (٣٥٠٥)].

(١) وهو استثناء خدمة العبد وركوب الدابة. (شرح بحر).

(٢) في عقد واحد والمذهب صحتهما خلاف الشافعي. (شرح).

(٣) لأن ما في الذمة كالحاضر والحوالة بها في ذمة الغير تصح كما سيأتي. (شرح).

علي عليه السلام عن بيع الخمس حتى يحاز ويقبض^(١).

ويكفي التخلية إلى المصدق.

٢٧٧٣- **سألة:** ولا يصح بيع نجوم الكتابة^(٢) في الأصح؛ إذ لا تستقر حتى

يعتق.

٢٧٧٤- **سألة:** ويصح بيع الملتصق بغيره كالفص والمسمار وإن تضررا ويخيران

قبل الفصل.

[الإمام يحيى]: مع الضرر لا غير؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((لا ضرار))^(٣).

قلت: وفيه نظر^(٤).

٢٧٧٥- **سألة:** [الحسن البصري وإبراهيم النخعي والشعبي ثم العترة وقول للشافعي]: ويصح بيع

الغائب وإن لم يكن قد رآه أيهما؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا

رآه))^(٥)، ولم يفصل. [الشافعي]: فيه غرر، والخبر رواه ابن خالد^(٦)، وكان كذاباً.

(١) (قوله): [لنهي علي عليه السلام عن بيع الخمس حتى يحاز ويقبض]: الذي في الشفاء وأصول الأحكام قيل: وهو

كذلك في الانتصار: عن زيد بن علي عن أبيه عن علي عليه السلام قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الصدقة حتى تقبض وعن بيع الخمس حتى يحاز». انتهى. [الإمام زيد في المجموع ومن طريقه أحمد بن عيسى في الأمالي وعلي بن بلال في شرح الأحكام]. وعن أبي هريرة قال: «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الغنائم حتى تقسم». هذا طرف من حديث أخرجه أبو داود (٣٣٦٩).

(٢) من المكاتب.

(٣) (قوله): [لا ضرار]: روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: ((لا ضرر ولا ضرار في الإسلام)) حكاه في الشفاء

وأصول الأحكام، وأخرجه الموطأ (١٤٦١) لكن لم يقل: ((في الإسلام)). [الهادي في الأحكام والمؤيد بالله في شرح التجريد، وأحمد (٢٨٦٧)، وابن ماجه (٢٣٤١) كلاهما عن ابن عباس والبيهقي عن عبادة بن الصامت (١١٦٥٧)].

(٤) وجه النظر: أن خيار تعذر التسليم ثابت.

(*) لنصهم على أن لها الخيار لتعذر التسليم قبل الفصل وبعده لا خيار إلا لعيب أو رؤية. (شرح).

(٥) (قوله): ((من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه)) قيل: رواه أبو هريرة ونسبه في التلخيص إلى الدارقطني

والبيهقي وأنها قالوا: المعروف أن هذا من كلام ابن سيرين، قال: ونقل النواوي اتفاق الحفاظ على تضعيفه، انتهى والله أعلم.

(٦) هكذا في نسخ البحر بلفظ: (ابن خالد)، وفي لفظ البحر ما يوهم أنه (أبو خالد) يعني الواسطي، ولم

يذكره في شرح البحر، ولم أر من عقب على ذلك، والأثر الذي رواه أبو خالد في المجموع هو من

قلنا: قضى بصحته جبير بن مطعم^(١) ولم ينكر، والخبر رواه أئمة الزيدية، والرواية تعديل في الأصح أو من غير ابن خالد.

[العترة والفقهاء الأربعة]: فأما بعد معرفتهما له فيصح. [حماد والحكم والتماضي من أصحاب الشافعي]: الرؤية شرط لنفوذه فلا يكفي تقدمها كالشهادة على النكاح.

قلنا: لا نسلم كونها شرطاً.

فَرَعٌ: فإن كان البائع رآه وحده صح؛ لما مر.

[قول للشافعي]: نهي عن بيع الغرر.

لنا: ما مر.

وكذا العكس يصح، خلاف الشافعي أيضاً.

٢٧٧٦- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن المذهب وأبو حنيفة وأصحابه]: وإذا باع ما في بيته أو في كفه أو جرابه ولم يذكر الجنس والنوع صح؛ لإغناء الإشارة عن ذكرهما. [الشافعي وأصحابه]: لا بد في الحاضر من ذكرهما، ولا تكفي الإشارة.

قلنا: القصد التمييز.

قلت: في الحكاية للمذهب نظر^(٢)، وإنما يصح عند المؤيد بالله.

كلام الإمام زيد ليس مرفوعاً، ولا موقوفاً على الوصي عليه السلام وحديث أبي هريرة المرفوع عند البيهقي والدارقطني هو من طريق عمر بن إبراهيم بن خالد الكردي مولى بني هاشم، ولعل الإمام في البحر عنه حيث قال: (ابن خالد) ورواه من أصحابنا الأمير الحسين فقط في الشفاء والله أعلم فتأمل.

(١) قوله: «قضى بصحته جبير بن مطعم»: روي أن عثمان باع مالا له بالكوفة من طلحة بن عبيدالله فقال طلحة: لي الخيار لأنني اشتريت ما لم أره، وقال عثمان: لي الخيار لأنني بعته ما لم أره، فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة. هكذا في أصول الأحكام. [المؤيد بالله في شرح التجريد والبيهقي (٢٦٨/٥)، والطحاوي في شرح معاني الآثار (١٠/٤)]. قال في التلخيص: وأخرجه الطحاوي والبيهقي من طريق علقمة بن وقاص أن طلحة اشترى من عثمان مالا فقبل لعثمان: إنك قد غبت فقال عثمان: لي الخيار لأنني بعته ما لم أره وقال طلحة: لي الخيار لأنني اشتريت ما لم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى أن الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان. انتهى. وعن ابن عمر قال: بعته من أمير المؤمنين عثمان مالا بالوادي ببال له بخير فلما تابعتنا رجعت على عقبي حتى خرجت من بيته خشية أن يرادني البيع. هذا طرف من إحدى روايات حديث أخرجه البخاري (٢١١٦).

(٢) لعل وجه النظر: أنه لا يصح إلا إذا كان مشاهداً للمبيع أو موصوفاً وإلا لم يصح، والله أعلم.

٢٧٧٧- **سَأَلَتْ:** [العترة جميعاً وأبو حنيفة وأصحابه والأوزاعي وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه]: ويصح استثناء الخدمة والسكنى والركوب مدة معلومة؛ لاستثناء جابر ركوب بعيره^(١) إلى المدينة وعثمان سكنى داره شهراً^(٢)، ولم ينكر. [الشافعي]: لا؛ إذ نهي عن بيع وشرط.

قلنا: حيث يقتضي جهالة، ولا جهالة هنا، وكذا الخلاف في كل شرط يصح إفراده بالعقد كما يصل المبيع المنزل وخياطة الثوب وطحن الطعام.

٢٧٧٨- **سَأَلَتْ:** [القاسم]: ويجوز بيع الماء كقسمته.

فَرَعٌ: ولا يملك الماء العام كسيحون^(٣) إجماعاً؛ لقوله ﷺ: ((الناس شركاء في ثلاثة))^(٤)، ويملك ما نقل وأحرز في الأواني إجماعاً. [الإمام يحيى]: وفي حكمها ما اتخذ لحبس الماء للمالك من المواجل في البيوت أو غيرها^(٥)، ويصح بيعه. [الإمام يحيى]: إجماعاً.

فَرَعٌ: [الهادي وأحد قولي المؤيد بالله والفريقان]: ومن استنبط نهراً أو بئراً فهاؤه حق لا

(١) (قوله): «لاستثناء جابر ركوب بعيره إلى المدينة»: قلت: هذا الحديث رواه البخاري (٢٧١٨) ومسلم (٧١٥) وغيرهما بروايات كثيرة تشتمل على فوائد عديدة فلنذكر منها الرواية التي تقدمت الإشارة إليها عن جابر أنه كان يسير على بعير له قد أعيأ فمر النبي ﷺ فضربه ودعا له فسار بسير ليس يسير مثله، فقال: ((بعنيه بأوقية)) قلت: لا ثم قال: بعنيه بأوقية فبعته واستثنيته حملته إلى أهلي، فلما قدمنا أتيت به بالجمل وتقدي ثمنه ثم انصرفت فأرسل على أثري فقال: ((ما كنت لأخذ جملك فخذ جملك فهو مالك)). وفي رواية أخرى: فبعته على أن لي فقار ظهره حتى أبلغ المدينة. [المؤيد بالله في شرح التجريد والمتوكل على الله في أصول الأحكام والترمذي (١٢٥٣)، وابن ماجه (٢٢٠٥)].

(٢) (قوله): «وعثمان سكنى داره شهراً»: حكى في الشفاء عن عثمان أنه باع داراً واشترط منافعتها شهراً، ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه. انتهى

(٣) نهر في وسط آسيا يمر من أوزباكستان ثم كازاخستان ومنبعه من مرتفعات بأمر في جمهورية قرغيزيا الإسلامية ويصب في بحيرة خوارزم.

(٤) (قوله): «الناس شركاء في ثلاثة»: عن رجل من المهاجرين من أصحاب النبي ﷺ قال: غزوت مع رسول الله ﷺ ثلاثاً سمعته يقول: ((المسلمون شركاء في ثلاث: الماء والكلا والنار)) أخرجه أبو داود (٣٤٧٧). [المؤيد بالله في شرح التجريد والعلوي في الجامع الكافي، والبيهقي (١١٦١٤)، وأحمد (٢٣١٣٢)، وابن أبي شيبة (٢٣١٩٤)].

(٥) الحصون.

ملك؛ إذ نهيه ﷺ عن بيع الماء عام إلا ما خصه دليل. [المؤيد بالله وملك]: بل ملك؛ لصحة قسمته اتفاقاً وهي في معنى البيع.

لنا: عموم قوله ﷺ: ((من منع فضل الماء..)) الخبر (١)، وذلك لا يقال في الملك، وإذ لا يبطل رد الدار بعيب بعد استهلاك بعض ماء بئرها، ولصحة الانتفاع بماء بئر الدار المكترة ونحوها، لكن يَأْتُم الداخل إلا بإذن؛ إذ المكان ملك، والآخذ على وجه يضر؛ إذ حق المحتفر أقدم، فأما قسمته فإنما تكون تبعاً كالحقوق. وما يقع في الأرض المملوكة من ماء السماء فحق لا ملك، كالكلأ.

٢٧٧٩- **سَأَلَتْ**: [الإمام يحيى]: والمعادن الجامدة تملك بملك الأرض وتتبعها في البيع؛ إذ هي جزء منها، ولا يباع معدن ذهب بذهب؛ إذ لا يعلم التساوي. ولا يدخل الركاز في بيع الأرض؛ إذ ليس منها، والقول للبائع في أنه له، وهو لقطة في الملك وركاز في الموات.

ولا تدخل المعادن المائعة كالنفط والقار؛ إذ ليس من جنس الأرض، ولا يباع إلا بعد حيازته كالماء، وإذا استنبط فملك، بخلاف الماء.

٢٧٨٠- **سَأَلَتْ**: [العتره وأبو حنيفة وأصحابه وأحد أقوال الشافعي]: ومتى انضم إلى جائز البيع غيره كعبد وحر وخل وخمر، ومذكاة وميتة أو ذبيحة من لا يجوز أكل ذبيحته - فسد إن لم يتميز ثمنه؛ إذ يبيع ما يصح حيثئذ كالمشروط بالآخر. [أحد أقوال الشافعي]: يصح فيما يجوز بثمن الكل كلوا انفراد.

[أحد أقوال الشافعي]: بل بحصته من الثمن؛ لمقابلة أجزاء الثمن أجزاء المبيع.

(١) (قوله): (من منع فضل الماء.. الخبر): تمامه: لينبت منه الكلأ منع الله منه فضل رحمته، هكذا روي. [أخرج نحوه عبدالرزاق (١٤٤٩٢) عن أبي قلابة مرسلًا وكذلك ابن أبي شيبة (٢٠٩٤٣)]. والذي في الجامع عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: ((لا تمنعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلأ)) أخرجه الستة إلا النسائي. [العلوي في الجامع الكافي والبخاري (٢٣٥٤)، وابن حبان (٤٩٥٤)، وأبو داود (٣٤٧٣)، والترمذي (١٢٧٢)]. وعنه أيضاً قال: قال رسول الله ﷺ: ((لا يباع فضل الماء ليبيع به الكلأ)) أخرجه البخاري ومسلم (١٥٦٦). وعن إياس بن عبدالله قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الماء. أخرجه الترمذي (١٢٧١)، وفيه أحاديث أخر. [مسلم (١٥٦٥) والنسائي (٤٦٦١)، والدارمي (٢٦١٢)].

قلنا: يفسد؛ لما مر^(١)، ولجهالة الثمن.

فَرْعٌ: [العترة وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: فإن تميز الثمن صح فيما يجوز؛ إذ ليس كالمشروط حيثئذ. [أبو حنيفة]: بل يفسد؛ إذ شملها العقد.

قلنا: تميز الثمن صيره^(٢) كالعقدين.

٢٧٨١- **سَأَلَتْ:** [الهادي والإمام يحيى وزفر]: وكذا مدبر أو أم ولد أو مكاتب مع مملوك، لما مر^(٣). [أبو حنيفة]: بل يصح هنا؛ إذ هو مشروط بما يصح بيعه في حال كالحكم في أم الولد فيأخذه بحصته كلو باع ملكه ومملك الغير.

قلنا: لا تحريم في بيع ملك الغير حين العقد؛ إذ لو أجاز صح، بخلاف أم الولد ونحوها.

٢٧٨٢- **سَأَلَتْ:** [العترة وقول للشافعي]: ولو قال: بعتك هذا العبد وعبداً مجهولاً بألف فسد في الجميع؛ لما مر^(٤). [الشافعي]: يخير المشتري إما فسخ؛ إذ لم يرض به وحده، أو يأخذه بكل الثمن؛ إذ المجهول لا قيمة له، أو بحصته [إن قلنا له قيمة]، ويبطل شراء المجهول.

قلنا: مشروط بالمجهول فلا يصح.

٢٧٨٣- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن المذهب وقول للشافعي]: ولو اشترى عبدين بألف فتلّف أحدهما ولو بعد قبض الآخر فسد بيع الآخر؛ لجهالة حصته من الثمن. [الشافعي]: لا يبطل.

(١) من أن بيع ما يصح كالمشروط بالآخر، والمفسد هنا مقارن للعقد بخلاف ما لو باع ملكه ومملك الغير ولم يميز الغير فإنه يصح بيع ملكه بحصته من الثمن ولو كانت مجهولة؛ لأن الجهالة فيها طارئة بعد العقد لعدم الإجازة. (غيث).

(٢) صيرهما. نخ.

(٣) إذ بيع ما يصح حيثئذ كالمشروط بالآخر.

(٤) من أنه مشروط بالآخر وللجهالة المقارنة أيضاً.

قلت: وهو الأقرب للمذهب (١).

فإن أبق أحدهما لم يبطل حتى يئأس من رجوعه فيفسد كالتالف.

٢٧٨٤- **سَأَلَتْ:** ومن جمع بين بيع وإجارة في عقد كأجرتك داري وبعتك عبدي، أو بيع ونكاح كزوجتك ابنتي وبعتك عبدي- صح مع تميز الأعواض، فإن تلف أحدهما لم يفسد الآخر؛ إذ هو كالعقدين، فإن اتحد العوض صح أيضاً عندنا، كلو باع ثوباً وسيفاً، فإن تلف أحدهما قبل القبض لم يفسد الآخر بل يصح بحصته ثم ينسب الثمن من القيمة. [الشافعي]: بل يبطل العقد؛ لتنافي أحكام الإجارة والبيع.

قلنا: لا يضر في عينين مختلفتين.

فَرَعٌ: وكذا البيع والكتابة والإجارة والنكاح.

٢٧٨٥- **سَأَلَتْ:** [المذهب]: ولو اشترى الزرع على أن يحصده البائع أو الثوب على أن يخيطه أو الخنطة على أن يطحنها صح ذلك كلو أفرد كلاً بعقد، فإن تعذرت الخياطة ونحوها لم يفسد البيع، بل تحط حصته من الثمن. [الشافعي]: بل يفسد العقد كالبيع والإجارة.

لنا: ما مر (٢).

٢٨٥- فصل: [في بيع الصبرة]

ويصح بيع صبرة من مقدر كيلاً أو وزناً أو عدداً أو ذرعاً مستوٍ أو مختلف ولو جزافاً [صح] (٣) كما مر. [أصحاب أبي حنيفة والشافعي]: يكره؛ إذ فيه نوع غرر.

قلنا: لا، مع المشاهدة.

٢٧٨٦- **سَأَلَتْ:** [العترة والشافعي ومالك وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: فإن قال: بعتك

(١) وذلك لأن من أصلنا أن تلف بعض المبيع لا يفسخ به العقد في الباقي بل في التالف فقط كما سيأتي

في موضعه. (شرح بحر).

(٢) كلو أفرد كلاً بعقد.

(٣) ساقط من نسخ كثيرة.

الصبرة كل مد بدرهم صح؛ إذ لا جهالة، ويخير لمعرفة قدر الثمن. [أبو حنيفة]: لا يصح؛ إذ قوله: كل كذا بدرهم بيان للأول، فكأنه قال: بعث كل مد بدرهم. قلنا: بل منعقد على جملة الصبرة ثم يفصلها، ومن ثم خير لمعرفة قدر الثمن كالمراوحة فلا جهالة.

فإن قال: بعثك منها عشرة أمداد صح ^(١) إن علمها ^(٢) أكثر. [داود]: لا؛ إذ هو في التحقيق بيع ما في الذمة فيكون كالمعدوم. قلنا: بل باع قدراً معلوماً من موجود فصح كلباوع نصفها أو ثلثها. **فَرَعٌ:** [المذهب وأبو حنيفة]: فلو تلفت وبقي قدر المبيع سلمه. [الطبري]: لا؛ إذ صاراً شريكين في الباقي؛ لأن ما تلف تلف عليها. قلنا: بل حكمه حكم ما في الذمة.

٢٧٨٧- **سَأَلَتْ:** ويصح بيع ثلثها ونحوه واستثناؤه؛ إذ لا جهالة وتتعين ^(٣) فلا يعطى من غيرها، ويحنت بالعقد لو حلف لا باع منها. وأجرة الكيل عليها ^(٤)، والعرف على البائع؛ إذ عليه التمييز، والصب على المشتري؛ إذ القبض عليه.

[الإمام يحيى]: ولا يأخذ أحدهما [أيها] نصيبه حتى يحضر الآخر. قلت: عند [المؤيد بالله]: وتسليم جملة الصبرة تسليم له ^(٥)؛ لشياعه. قيل: ويبيع المشاع منها يخالف بيع المقدر ففي المشاع تسليمها تسليم له، ويقاسم من أي

(١) وظاهر الكتاب هنا عدم الفرق بين المستوي والمختلف وليس كذلك إلا إذا ميز في المختلف قبل البيع. والله أعلم.

(٢) وكذا إن لم تنقص وإن لم يعلم حيث لم تنقص.

(٣) يعني: الصبرة وإذا تعينت فلها أحكام التعيين وهي خمسة في الكتاب. (شرح بحر).

(٤) على قدر الحصص ويصح قبضه بالتخلية بين المشتري والصبرة. (بيان).

(٥) أي: للمبيع.

(*) يعني: فتكون التخلية فيه قبضاً له خلاف أبي مضر وابن الخليل. (شرح بحر).

الجوانب شاء المشتري، والأجرة عليهما معاً لا على البائع وحده، والعكس في المقدر.

قلت: والأقرب عندي أنهما يستويان في ذلك إن جعلنا القسمة إفرازاً لا بيعاً. **فَرَعٌ:** فإن قال: بعتك من هذه الصبرة كل مد بدرهم ففاسد؛ لجهالة المبيع؛ إذ لا عموم لحصول «من»^(١).

٢٧٨٨- **سَأَلَتْ:** فإن قال: بعتكها على أنها مائة بكذا، أو مائة كل كذا بكذا، فما زاد فللبائع؛ إذ لم يدخل في العقد، فإن نقص خير بين أخذه بحصته أو فسخه. [الإمام يحيى]: فإن قال: كل قفيز بدرهم وأزيدك قفيزاً ففسد^(٢)؛ لأنه إن أراد الهبة كان بيعاً وشرطاً، وإن أراد أنه لا يحتسب عليه القفيز ففسد أيضاً؛ إذ يصير التقدير: كل قفيز وشيء مجهول بدرهم، وكذا إن قال: على أن أنقصك قفيزاً يفسد إن لم يعلم قدر الصبرة؛ إذ يكون المعنى: كل قفيز وشيء مجهول.

قلت: فيه نظر، بل صوابه: كل قفيز إلا شيئاً مجهولاً بدرهم.

وكذا لو قال على أن أزيدك أو أنقصك قفيزاً؛ للترديد.

فإن قال: بعت منك الصبرة وهي عشرون قفيزاً بعشرين درهماً على أن أنقصك قفيزاً صح؛ إذ المعنى: بعت منك تسعة عشر قفيزاً.

٢٨٦- فصل: [في بيع المذروع]

والمذروع كالمكيل فيما مر^(٣) إلا أنه حيث يقول: على أنه مائة ذراع كل ذراع بكذا فزاد يخير بين الفسخ أو أخذ الزيادة بحصتها؛ لضرر الفصل هنا. وحيث يقول: على أنه مائة ذراع بكذا فنقص يخير بين الفسخ وأخذه بكل

(١) يعني: وهي هنا للتبعض فلذلك صار المبيع مجهولاً، وهكذا لو قال: بعتك بعض هذه الصبرة لم يصح البيع؛ لأن البعض يقع على القليل والكثير. (شرح بحر).

(٢) قياس المذهب الصحة.

(٣) يعني: من الصور التي مرت في المكيل إلا فيما استثناه في الكتاب من ذلك. (شرح بحر).

الثمن؛ إذ هو نقصان صفة لا قدر في التحقيق، فإن زاد أخذه بلا شيء؛ لذلك^(١)، كلو اشترى جارية على أنها ثيب فانكشفت بكرأ. [الإمام يحيى]: بل بحصته؛ إذ لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه، بخلاف البكارة فهي صفة محضة. فإن قال: بعث منك هذه العرصة [العرصة] أو الثوب كل ذراع بدرهم صح؛ إذ لا جهالة كالمكيل.

ولو قال: بعثك من هذه عشرة أذرع صح إن علمها أكثر، وقد مر خلاف [أبي حنيفة] وداود^(٢) في الصورتين.

فإن قال: من هاهنا إلى هاهنا صح؛ إذ لا جهالة.

فإن باع ذراعاً من خشبة صح إن عينه من أحد الطرفين.

٢٨٧- فصل: [في بيع بعض الصبرة]

ويصح بيع بعض صبرة مشاعاً أو مقدراً إن ميز قبل البيع في المختلف أو عينت جهته في مختلف المذروع، أو ذكر خيار لأحدهما فقط مدة معلومة يختار في أيها، وإلا فلا عند [أبي العباس وأبي حنيفة]؛ إذ فيه غرر. [الإمام يحيى]: ويحتمل الصحة ويشتركان كلو اشترى مشاعاً.

٢٧٨٩- **مَسْأَلَةٌ:** وتعين الأرض بما يميزها من إشارة أو حد أو لقب.

٢٧٩٠- **مَسْأَلَةٌ:** [أبو طالب والهادي والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: ويصح بيع الدار مذارعة^(٣) كالسهم المشاع. [الإمام يحيى وأبو حنيفة^(٤)]: فيه غرر.

قلنا: فيلزم في المشاع.

٢٧٩١- **مَسْأَلَةٌ:** [الهادي]: ولا يباع السقف مذارعة؛ لتفاوت أخشابه^(٥) وترصيفها.

(١) أي: لأنه زيادة صفة لا قدر. (شرح بحر).

(٢) زيادة في نسخة.

(٣) وصورته أن يقول: بعثك من هذه الدار عشرة أذرع بكذا أو نحو ذلك.

(٤) زيادة في نسخة.

(٥) من الطول والعرض والصلابة واللين والدقة والجلد ونحو ذلك.

٢٨٨- فصل: [في بيع المعدود]

والمعدود المستوي كالمكيل والموزون فيصح جزافاً وغيره كما مر، فإن زادت الصبرة أو نقصت عن العدد المشروط فسد في المختلف مطلقاً^(١)، لا في المستوي، كما مر. [أبو حنيفة]: بل إن قال: على أنها مائة كل رمانة بدرهم فسد إن زادت؛ للتشاجر في الزائد، لا إن نقصت فيؤخذ بحصته. [الإمام يحيى]: وهو قوي من جهة القياس.

٢٧٩٢- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: ولو باع عدلاً على أن فيه مائة ثوب صح إن ساوى أو زاد، ويرد الزائد. [أبو طالب]: من الوسط.

وإن نقص فسد عند الهادي ومالك؛ لاستلزامه بيع المعدوم. [أبو حنيفة]: بل يفسد إن زاد؛ للتشاجر في المردود.
قلنا: الوسط معلوم.

[ابن سريج]: إن زاد خير البائع بين تسليمه بالثمن فقط أو الفسخ وإن نقص خير المشتري^(٢).

قلنا: لا دليل على ذلك.

[ابن حي]: إن زاد فسد؛ للتشاجر في المردود، وإن نقص فعيب.

لنا: ما مر.

قلت: الأقرب أن الزيادة والنقصان يفسدان العقد في المختلف؛ لما مر^(٣). وأما المستوي فحكمه ما مر في المكيل.

(١) سواء كان معدوداً أم مذروعاً أم مكيلاً أم موزوناً. (غيث).

(٢) بين الرضا بالناقص بجميع الثمن أو الفسخ.

(٣) وهو أن البيع مع النقصان يستلزم بيع المعدوم، ومع الزيادة يؤدي إلى الشجار في المردود وفي قيمة التالف أيضاً هذا إذا كانت مختلفة ومع الاستواء فحكمها مع الزيادة والنقص حكم المكيل والموزون وهو أن الزيادة تكون للبائع ومع النقصان يخير المشتري بين أخذ المبيع بحصته وفسخه. (شرح).

[٦٤]- باب [العقد الموقوف]

والعقد الموقوف ينفذ بالإجازة عند القائل بصحته، فإن كان فاسداً لم ينفذ بها؛ إذ مستندنا في الموقوف خبر حكيم وكان عقده صحيحاً.

فَرَعٌ: وله شروط وهي صحة العقد؛ لما مر، وعدم فسخه قبل الإجازة، وكالفسخ بيعه من آخر وبقاء المجيز وإلا بطل تنفيذه. [المذهب وأبو حنيفة]: والمتعاقدين. [المنصور بالله والإمام يحيى]: لا؛ إذ لم يتعرف رسول الله ﷺ بقاء العاقد في خبر حكيم.

قلنا: موته كإبطاله العقد؛ لبطلان تصرفه.

قلت: وزوال عقله كموته، وأن يضيف في الشراء لفظاً أو نية، وإلا لزمه إن لم يضيف البائع، ولا تشتط [الإضافة] في البائع؛ إذ لم يسأل رسول الله ﷺ حكيماً عنها. [المنصور بالله]: بل لو نوى عن نفسه لم يضر، وصح موقوفاً وأن يجيزه من له ولايته حال العقد، فلو خرج عن ملك المالك قبل الإجازة بطل، ولم يجزه من صار إليه؛ لبطلان ولايته عند العقد.

[المؤيد بالله]: ولا يشترط بقاء المبيع. وعنه: بل يشترط، والأول أقرب؛ إذ لا وجه لاشتراطه.

[المنصور بالله]: أما لو باع فضولي مال صبي ثم بلغ أجازة الصبي. وقيل: بل الولي.

أما لو لم يكن له ولي عند البيع ثم دعا إمام لم تصح إجازته؛ لعدم ولايته عند العقد.

٢٧٩٣- **مَسْأَلَةٌ:** وتصح الإجازة بكل لفظ أو فعل يفيد التقرير كطلب ثمن المبيع ونحو ذلك، ولو جهل كونه إجازة كالهزل باللفظ، لا إن أجاز ظاناً تأخر العقد؛ إذ ليست تقريراً إلا لمتقدم عنده، وإجازة الإجازة كإجازة العقد.

٢٧٩٤- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية للمذهب]: ويدخل في ملك الفضولي لحظة كالوكيل (١).

٢٧٩٥- **سَأَلَتْ:** ولا يتعلق حق بفضولي؛ لانقطاع تصرفه بالإجازة. [الإمام يحيى]: يحتمل مصيره بعد الإجازة كالوكيل، أما لو أجاز بعد علمه بقبض البائع الفضولي للثمن كان إجازة لقبضه فيراً المشتري (٢).

٢٧٩٦- **سَأَلَتْ:** وينفذ بالإجازة منعطفاً فتدخل الفوائد الحادثة بعد العقد. وقيل: غير منعطف فلا تدخل. [المنصور بالله]: تدخل المتصلة حال الإجازة لا المنفصلة. وقيل: إن أجاز عالمياً بها دخلت، وإلا فلا.

قلنا: موجب الملك العقد فالحكم له والإجازة شرط. **فَرَعٌ:** [المنصور بالله]: ويخير المالك لغبن فاحش جهله حال الإجازة. [المؤيد بالله]: لا، وقيل: إن انكشف الثمن غير النقدين خير أيضاً (٣).

فَرَعٌ: فإن باع فضوليان كل واحد من شخص فأجاز العقدين (٤) بلفظ واحد لحقت آخرهما (٥). [المنصور بالله]: بل يبطلان؛ إذ لا مخصص. قلنا: التأخر مخصص (٦).

فَرَعٌ: وإذا باع أحد الشريكين نفذ في نصيبه فقط إلا لإضرار كبيع أحد الشركاء شقصاً في جانب معين.

-
- (١) المذهب أنه ليس كالوكيل.
(٢) وكذا المشتري له إذا أجاز بعد قبض المبيع من الفضولي. (فتح).
(٣) حيث كان العرف جارياً بالتعامل بالدرهم فقط أما إذا كان بها وبغيرها لم يستقم ما ذكر من التخيير بل يصح البيع ويخير مع الغبن فقط.
(٤) وهذا إذا كان العاقد خلاف المفروض واحداً فإن كانا فضولين خير المالك في إجازة أيهما شاء وإن أجازهما فإنه يقسم بينهما نصفين ويثبت لهما الخيار إلا أن يكون أحدهما أقوى كبيع العبد وعتقه على مال ثم أجازهما مالكة صح العتق. (بيان).
(٥) فإن التيسر المتقدم من العقدين فنصفان ولهما الخيار. (بيان).
(٦) حيث كان العاقد واحداً.

- ٢٧٩٧- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب وأبو العباس]: وإذا اشترى جماعة شيئاً لم يبيع أحدهم حصته إلا بعد انقطاع خيار رؤيتهم؛ لثلاثين يفرق الصفقة على البائع أو يبطل خيارهم. [المؤيد بالله]: يصح، ويرد المشتري إن ردوا.
- ٢٧٩٨- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: ويصح بيع ميراث علم جنساً ونصيياً وإن لم يذكرهما، فإن جهلاً أو أحدهما فسد؛ للغرر.
- ٢٧٩٩- **سَأَلَتْ:** ومن باع أو اشترى بغبن في مرض موته كان الغبن من الثلث؛ لما سيأتي.

[٦٠]- باب الربويات

الربا لغة: الزيادة، قال تعالى: ﴿اهْتَرَتْ وَرَبَّتْ﴾ [فصلت: ٣٩].

وفي الشرع: التفاضل في متفقي الجنس أو زيادة لأجل النساء.

٢٨٠٠- **سَأَلَتْ** والربا محرم إجماعاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ونحوها، وقوله ﷺ: ((الكبائر سبع)) الخبر ونحوه^(١).

قيل: وما أحل في شريعة قط قال الله تعالى: ﴿وَأَخْذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ﴾

[النساء: ١٦١].

٢٨٠١- **سَأَلَتْ** وقد نص ﷺ في تحريم التفاضل على ستة حيث قال: ((لا تبيعوا الذهب بالذهب بالذهب..)) الخبر، ونحوه^(٢) وأجمع عليها.

(١) قوله: «الكبائر سبع».. الخبر ونحوه: عن عبيد بن عمير عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال وقد سأله رجل عن الكبائر فقال: ((هن تسع)) فذكر الشرك والسحر وقتل النفس وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولي يوم الزحف وقذف المحصنات وعقوق الوالدين المسلمين واستحلال البيت الحرام قبلتكم أحياء وأمواتا. هذه الرواية ذكرها رزين، ولأبي داود (٢٨٧٥) والنسائي (٤٠١٢) نحوه. [والحاكم (١٩٧)، والبيهقي (٦٥١٤)، والطبراني في الكبير (٤٧/١٧)]. وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: ((اجتنبوا السبع الموبقات)) قيل: يا رسول الله وما هن؟ قال: ((الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق، وأكل مال اليتيم، والربا، والتولي يوم الزحف، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات)) أخرجه البخاري (٢٦١٥) وأبو داود (٢٨٧٤) والنسائي (٣٦٧١). [وابن حبان (٥٥٦١)، والبيهقي (٢٤٤٧)، ومسلم (٨٩)]. وعن ابن مسعود قال: لعن رسول الله ﷺ أكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه. أخرجه أبو داود (٣٣٣٣) والترمذي (١٢٠٦)، وأخرج مسلم (١٥٩٨) عن جابر مثله إلا قوله: «وموكله». [وابن ماجه (٢٢٧٧)، وأحمد (٣٧٢٥)].

(٢) قوله: «لا تبيعوا الذهب بالذهب.. الخبر ونحوه»: عن أبي سعيد أن رسول الله ﷺ قال: ((لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق إلا وزناً مثلاً بمثل سواء بسواء)) هذه من روايات مسلم (١٥٨٤). وفي أخرى له وللبخاري (٢٠٦٨) والموطأ (١٢٩٩) أن رسول الله ﷺ قال: ((لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا منها غائباً بناجز)). [عبدالرزاق (١٤٥٦٣)، والترمذي (١٢٤١)، والنسائي (٤٥٦٥)، لا تشفوا: أي لا تفضلوا، والشف النقضان فهو من الأضداد. نهاية]. وفي أخرى لمسلم (١٥٨٤) قال: قال رسول الله ﷺ: ((الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل يدا بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، الأخذ والمعطي فيه سواء)). [النسائي (٤٥٦٥)، وعبدالرزاق (١٤٥٤٦)، وأحمد (١١٩٤٧)]. وعن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ: ((الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلاً بمثل سواء بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد)) هذا طرف من

٢٨٠٢- **سَأَلَتْ:** [العترة والفقهاء]: والتحريم لمعنى فيها فيقاس عليها. [داود ونفاة القياس]: بل لأعيانها فلا قياس.

قلنا: القياس حجة شرعية، كما مر (١).

٢٨٠٣- **سَأَلَتْ:** [العترة جميعاً وأبو حنيفة وأصحابه]: وعلة التحريم اتفاق الجنس والتقدير؛ إذ نبه على ذلك صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بقوله: ((ولا صاعاً بصاعين)) (٢) وقوله: ((إلا كيلاً بكيل)) ونحوهما، ثم قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((وكذلك الموزون)). [سعيد بن المسيب وقول للشافعي]: بل مع الطُّعْم فيما عدا النقيدين. [قول للشافعي] (٣): بل الطُّعْم والجنس فقط؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا تبيعوا الطعام بالطعام..)) الخبر (٤). [مالك]: بل الجنس والتقدير

إحدى روايات حديث أخرجه الستة إلا البخاري والموطأ، وفي ذلك أحاديث أخر. [أخرج نحوه علي بن بلال في شرح الأحكام بسنده، والمؤيد بالله في شرح التجريد ومسلم (١٥٨٧)، وأبو داود (٣٣٤٩)، وابن ماجه (٢٢٥٤)، والدارقطني (٢٤/٣)، وابن أبي شيبة (٢٠٦٠٤)].

(١) في المقدمة.

(٢) (قوله): «ولا صاعاً بصاعين وقوله: إلا كيلاً بكيل» ونحوهما: عن أبي سعيد قال: كنا نرزق تمر الجُمع على عهد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وهو الخلط من التمر فكان نبيع صاعاً بصاعين فبلغ ذلك رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: ((لا صاعني ثمر بصاع ولا صاعني حنطة بصاع ولا درهمين بدرهم)). [البخاري (١٩٧٤)، ومسلم (١٥٩٥)، والنسائي (٤٥٥٦)، وعبدالرزاق (١٤١٩١)]. وفي رواية قال: جاء بلال إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بتمر برني فقال له النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من أين هذا؟)) فقال بلال: كان عندنا تمر رديء فبعت منه صاعين بصاع لنطعم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عند ذلك ((أوه، عين الربا عين الربا، لا تفعل ولكن إذا أردت أن تشتري فبع التمر يبعاً آخر ثم اشتريه به)). أخرجه البخاري (٢٣١٢) ومسلم (١٥٩٤). [أخرج حديث بلال الإمام زيد في المجموع عن علي أطول منه واشتمل على بعض الروايات المتقدمة ومن طريقه أحمد بن عيسى في الأمالي، والمؤيد بالله في شرح التجريد]. وعن عثمان بن عفان أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال -وفي رواية- قال لي: ((لا تبيعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين)) أخرجه مسلم (١٥٨٥) والموطأ (١٣٠١). [البيهقي (١٠٢٦٥)]. وفي ذلك روايات وأحاديث أخر ليس في شيء منها لفظ: ((إلا كيلاً بكيل)) والله أعلم. [أوردته بهذا اللفظ علي بن بلال بسنده في شرح الأحكام عن عبادة بن الصامت، والبيهقي عنه أيضاً (٢٩١/٥)، وأحمد في مسند أبي هريرة (٧٣٧٠)، وفي مسند أبي سعيد الخدري (١٢٠٩٠)، وأبو يعلى (٥٧١٦)، عن ابن عمر، والهيثمي في مجمع الزوائد (١١٤/٤)].

(٣) في نسخة: الشافعي.

(٤) (قوله): «لا تبيعوا الطعام بالطعام..» الخبر: ليس في أحاديث الجامع لكن في رواية لمسلم عن معمر بن عبدالله كنت أسمع رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: الطعام بالطعام مثلاً بمثل. [مسلم (١٥٩٢)، وأحمد (٢٧٢٩١)، وابن حبان (٥٠١١)، والبيهقي (١٠٢٨٧)].

والاقتيات أو الصلاحية له كالعدس واللوبيا^(١)؛ إذ نص صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على المقتات فقط. قلنا: قد نص على المكيل والموزون.

[ربيعة]: بل اتفاق الجنس ووجوب الزكاة؛ إذ نص صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على ما تجب فيه فتحرم شاة بشاتين ونحوه^(٢).

قلنا: بل الظاهر اعتبار الكيل والوزن، ولأنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اشترى عبداً بعبدين^(٣). [سعيد بن جبيرة]: بل العلة تقارب المنفعة فيحرم التفاضل بين الزبيب والتمر والبر والشعير والذرة والدخن.

قلنا: لم ينبه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على ذلك.

[ابن شبرمة]: بل اتفاق الجنس فقط، فيحرم فرس بفرسين ونحو ذلك.

قلنا: والتقدير؛ لتبنيه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عليه.

فَرَعٌ: [المذهب وقول للشافعي]: فتجوز رمانة برمانتين وشعيرة بشعيرتين؛ إذ لا

تقدير. [الشافعي]: لا؛ لحصول الطعم.

ويحرم التفاضل في الجص والنورة عندنا لا عنده.

[الشافعي]: علة التحليل الكيل فلا يُعَلَّقُ به التحريم^(٤).

قلنا: التحليل بالمساواة فيه والتحريم بعدمها فاختلف الوصف.

قالوا: التعليل بالطعم يعم المنصوص عليه كالحبة والحبتين.

قلنا: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((كَيْلًا بِكَيْلٍ)) فخرج الحبة والحبتان، ونحوه.

٤٢٨٠ - **سَأَلَتْ:** ويحرم التفاضل مع النساء إجماعاً؛ لما مر^(١)، ولقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:

(١) هي الدرجة.

(٢) كبقرة ببقرتين وناقة بناقتين وما أشبه ذلك. (شرح بحر).

(٣) قوله: «ولأنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اشترى عبداً بعبدين»: عن جابر قال: جاء عبد فبايع النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على الهجرة ولم يشعر أنه عبد فجاء سيده يريد به فقال له النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((بعنيه)) فاشتراه بعبدين أسودين ثم لم يبايع أحداً بعد حتى يسأل أعبد هو أم حر)) أخرجه مسلم (١٦٠٢) والترمذي (١٥٩٦) والنسائي (٤١٨٤) واختصره أبو داود (٣٣٥٨) فقال: إن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اشترى عبداً بعبدين.

(٤) لأن الوصف الواحد لا يكون علة للتحليل والتحريم.

((إلا يداً بيد)) (٢) و((إلا ها وها)) (٣).

[العترة جميعاً والفقهاء]: وكذا مع النقد (٤)، وهو قول ثلاثة عشر من الصحابة، ولقوله ﷺ: ((إلا مثلاً بمثل)) (٥) و((لا تبعوا غائباً منها [منها] بناجز)) ونحوه. [ابن عباس وابن الزبير وأسامة بن زيد وزيد بن أرقم]: بل يجوز درهم بدرهمين نقداً ونحوه (٦)؛ لقوله ﷺ: ((لا ربا إلا في النسيئة)) (٧).

قلنا: خبرنا أصرح وأشهر فيحمل خبركم على المختلفين جنساً؛ لرجوع ابن عباس إلى مثل قولنا (٨).

فَرَعٌ: وفي انعقاد الإجماع بعد الخلاف نزاع موضعه الأصول، وقد مر.

(١) من الأدلة على تحريم الربا. (شرح).

(٢) قوله: «إلا يداً بيد»: تقدم ما يتضمنه.

(٣) قوله: «إلا ها وها»: عن عمر بن الخطاب قال: قال رسول الله ﷺ: ((الذهب بالذهب رباً إلا ها وها، والورق بالورق رباً إلا ها وها، والبر بالبر رباً إلا ها وها، والشعير بالشعير رباً إلا ها وها، والتمر بالتمر رباً إلا ها وها)) وفي رواية: ((الذهب بالورق رباً إلا ها وها)) أخرجه البخاري (٢١٣٤) ومسلم (١٥٨٦). [وأبو داود (٣٣٤٨)، والترمذي (١٢٤٣)، والنسائي (٤٥٥٨)، وابن حبان (٥٠١٣)].

(٤) يعني: مع الحضور.

(٥) قوله: «إلا مثلاً بمثل... إلخ»: تقدم.

(٦) كدينار بدينارين وصاع بصاعين من جنس واحد.

(٧) قوله: «لا ربا إلا في النسيئة»: سيأتي لفظه: وعن أسامة بن زيد أن النبي ﷺ قال: ((الربا في النسيئة)) وفي رواية: ((إنها الربا في النسيئة)) وفي أخرى: ((لا ربا فيما كان يداً بيد)) أخرجه البخاري (٢١٧٩) ومسلم (١٥٩٦) والنسائي (٤٥٨٠). [أخرج نحوه علي بن بلال في شرح الأحكام بسنده والطيالسي (٦٢٢)، وابن ماجه (٢٢٥٧)].

(٨) قوله: «لرجوع ابن عباس إلى مثل قولنا»: عن أبي نضرة قال: سألت ابن عمر وابن عباس عن الصرف فلم يريا به بأساً فإني لقاعد عند أبي سعيد الخدري فسألته عن الصرف فقال: ما زاد فهو ربا فأنكرت ذلك لقولهما فقال: لا أحدثك إلا ما سمعت من رسول الله ﷺ جاءه صاحب نخلة بصاع من تمر طيب، وكان تمر النبي ﷺ هذا اللون فقال له النبي ﷺ: ((أني لك هذا؟)) قال: انطلقت بصاعين فاشتريت بهما هذا الصاع، فإن سعر هذا في السوق كذا، وسعر هذا كذا، فقال رسول الله: ((أربيت، إذا أردت ذلك فبع تمر ك بسبعة ثم اشتر بسبعتك أي تمر شئت)). قال أبو سعيد: التمر بالتمر أحق أن يكون ربا أم الفضة بالفضة قال: فأتيت ابن عمر بعد فنهاني ولم آت ابن عباس قال: فحدثني أبو الصهباء أنه سأل ابن عباس عنه بمكة فكرهه. [مسلم (١٥٩٤)، وأحمد (١١٥٩٩)، والبخاري (٢١٧٩)]. وفي الحديث روايات أخر قال في بعضها: قال أبو سعيد: سألت -يعني ابن عباس- فقلت: سمعته من النبي ﷺ أو وجدته في كتاب الله فقال: كل ذلك لا أقول وأنتم أعلم برسول الله مني، ولكن حدثني أسامة بن زيد أن رسول الله ﷺ قال: ((لا ربا إلا في النسيئة)). [ابن ماجه (٢٢٥٦)، والترمذي (١٢٤١)].

٢٨٠٥ - **سَأَلَتْ:** [العتره وأبو حنيفة وأصحابه]: والعلة في النقدين الجنس والتقدير؛ لما مر، ولقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((وكذلك الموزون)) (١). [الشافعي]: بل النقدية فلا تتعدى (٢). [الطبري] بل تتعدى إلى الفلوس بجامع كونها ثمنين، وضعفه أكثر [أصحاب الشافعي]؛ لندور كون الفلوس ثمناً، ولا حكم للنادر.

قلنا: علتنا أرجح؛ لتعديها والتنبيه عليها (٣).

قالوا: يلزم أن لا يُشْتَرَى موزون بهما نساءً، وأن لا يُسَلَّمَا فيه.

قلنا: جوزه الإجماع، والقياس المنع.

٢٨٠٦ - **سَأَلَتْ:** ويحرم التفاضل بين الوضح (٤) إجماعاً؛ لما مر (٥). [العتره جميعاً والفرقان]: وكذا بين الوضح والمصوغ؛ إذ نهى صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عنه في خبر أبي الدرداء لمعاوية وزجره (٦).

[رواية عن مالك] المصوغ [المصنوع] مخالف للوضح فهما [فيهما] كالجنيين.

قلنا: لا نسلم، وقد أنكر أصحاب مالك الرواية عنه.

(١) (قوله): «وكذلك الموزون»: لفظه عن أبي سعيد وابي هريرة أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ استعمل رجلاً على خبير فجاءهم بتمر جنب فقال له: ((أكل تمر خبير هكذا؟)) قال: إنا لنأخذ الصاع بالصاعين والصاعين بالثلاثة، قال: ((لا تفعل بع الجمع بالدرهم ثم اتبع بالدرهم جنيياً)) وقال في الميزان مثل ذلك. هذه رواية البخاري (٢٢٠٢) ومسلم (١٥٩٣) والموطأ (١٣١٥) والنسائي (٤٥٥٣). [ابن حبان (٥٠٢١)، والدارمي (٢٥٧٧)]، وفي بعض ألفاظه: «وكذلك الميزان». الجنيب: التمر الجيد. والجمع: تمر مختلط من أنواع متفرقة وليس مرغوباً فيه. نهاية.]

(٢) بل هي مقصورة على محلها فلا فرع لها.

(٣) بقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((وكذا الموزون)).

(٤) الوَضْحُ: الدَّرْهَمُ الصَّحِيحُ. والأَوْضَاحُ: حُلِيُّ مِنَ الدَّرَاهِمِ الصَّحَاحِ. [نقلًا من لسان العرب، ومثله في مختار الصحاح].

(٥) في الخامسة من الباب.

(٦) (قوله): «في خبر أبي الدرداء لمعاوية»: عن عطاء بن يسار قال: إن معاوية بن أبي سفيان باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها فقال أبو الدرداء: سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ينهى عن مثل هذا إلا مثلاً بمثل، فقال له معاوية: ما أرى بمثل هذا بأساً فقال أبو الدرداء: من يعذرني من معاوية أنا أخبره عن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ويخبرني برأيه، لا أسألك بأرض أنت بها. ثم قدم أبو الدرداء على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له فكتب عمر إلى معاوية ألا يتبع ذلك إلا مثلاً بمثل وزناً بوزن. هذه رواية الموطأ (١٣٢٧).

٢٨٠٧- **سَأَلَتْ:** [العتره وأبو حنيفة وأصحابه]: وما لا يكال ولا يوزن جاز التفاضل فيه كرمانة برمانتين، ويحرم النساء؛ لقوله ﷺ: ((لا ربا إلا في النسئة)) فَعَمَّ إِلَّا ما خصه دليل (١). [الشافعي]: يجوز النساء في غير المطعوم كعبد بعبدین؛ إذ كان ﷺ يأخذ البعير ببعيرين إلى إبل الصدقة (٢)، ولفعل علي عليه السلام وابن عباس (٣). قلنا: معارض بنهيه ﷺ (٤) عن بيع الحيوان بالحيوان نساء، فحمل على أنهم اقترضوا بالوصف، والقرض خلاف البيع. قلت: وفيه نظر (٥).

٢٨٠٨- **سَأَلَتْ:** [العتره والشافعي]: فإن اتفقا جنساً وتقديراً أو في أحدهما اشترط التقابض في المجلس، لقوله ﷺ: ((إلا يداً بيد))، ولقوله ﷺ: ((والتمر بالملح يداً بيد كيف شئتم)) (٦). [أبو حنيفة وأصحابه]: لا يشترط فيها كالثياب بالعييد. قلنا: اختلف الجنس هنا، ولا تقدير، فافترقا، ولقوله ﷺ: ((البر بالبر رباً إلا

(١) كالموزون بالنقد.

(٢) (قوله): «إذ كان ﷺ يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة»: عن ابن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ أمره أن يجهز جيشاً فنفتد الإبل فأمره أن يأخذ على قلاص الصدقة فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة. أخرجه أبو داود (٣٣٥٧). [أخرجه علي بن بلال في شرح الأحكام بسنده].

(٣) (قوله): «ولقول علي عليه السلام وابن عباس»: عن علي أنه باع جملاً له يدعى عصفيراً بعشرين بعبراً إلى أجل. أخرجه الموطأ (١٣٥٤). [عبدالرزاق (١٤١٤٢)، والبيهقي (٢٨٨/٥)]. وعن ابن عمر أنه اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة عليه يوفيهما صاحبها بالربذة. أخرجه الموطأ (١٣٥٥)، وأخرجه البخاري في ترجمة باب ولم يذكر في الجامع شيئاً عن ابن عباس في ذلك، والله أعلم.

(٤) (قوله): «قلنا معارض بنهيه ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نساء»: عن سمرة بن جندب قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة. أخرجه الترمذي (١٢٣٧) وأبو داود (٣٣٥٦) والنسائي (٤٦٢٠). [أخرجه علي بن بلال في شرح الأحكام بسنده عن ابن عباس، وكذلك البيهقي (٢٨٨/٥)]. وعن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: ((لا يصلح الحيوان اثنان بواحد نسيئة ولا بأس به يداً بيد)) أخرجه الترمذي (١٢٣٨).

(٥) ووجهه: أن قرض الحيوان لا يصح عندنا فالأولى حمل الخبر على أنه ﷺ كان يأخذ البعير بدراهم ويقبضهم بها البعيرين هكذا بخط المصنف عليه السلام.

(٦) (قوله): «والتمر بملح يداً بيد كيف شئتم»: لفظه فيما أخرجه الترمذي (١٢٤٠) من رواية عبادة بن الصامت يرفعه: يبعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد، وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يداً بيد)) انتهى، ولم يذكر الملح والله أعلم.

ها وها)) (١) ونحوه، وقول عمر لطلحة (٢): «لا تفارقه حتى تعطيه ورِّقَه».

٢٨٠٩- **سَأَلَتْ**: ويحرم بيع النسيسة بالنسيسة كبعني ثوباً في ذمتك صفتة كذا إلى شهر كذا بدينار في ذمتي؛ لنهيه ﷺ عن بيع الكالئ بالكالئ (٣)، وهو بيع الدين بالدين.

٢٨١٠- **سَأَلَتْ**: [زيد بن علي والقاسم والهادي والناصر]: والاعتبار بعادة البلدان في المكيل والموزون؛ إذ ورد تحريم التفاضل فيهما مطلقاً (٤)، فاعتبر بعادة كل جهة فيما يكال أو يوزن كاعتبار نقد البلد في الأثمان، والرطل والمن. [المؤيد بالله والإمام يحيى ورواية عن الشافعي]: بل العبرة بعادة المدينة في المكيل، وبمكة في الموزون؛ لقوله ﷺ ((المكيل مكيل المدينة والميزان ميزان مكة)) (٥)، ولا يحتمل سوى ما ذكرنا. [أبو حنيفة]: بل ما كان مكيلاً أو موزوناً في عهده ﷺ اعتبر به؛ للخبر،

(١) قوله: «البر بالبر إلا ها وها»: تقدم، ونحوه كثير.

(٢) قوله: «وقول عمر لطلحة.. إلخ»: في رواية للبخاري (٢١٧٤) قال مالك بن أوس بن الحدثان النضري: أنه التمس صرفاً بائة دينار قال: فدعاني طلحة بن عبيدالله فتراوضنا حتى اصطرف مني وأخذ الذهب يقلبها في يده ثم قال: حتى يأتيني خازني من الغابة وعمر بن الخطاب يسمع فقال عمر: والله لا تفارقه حتى تأخذ منه، ثم قال: قال رسول الله ﷺ ((الذهب بالورق ربا إلا ها وها)) وذكر الحديث مثل الرواية التي تقدمت عن عمر. وفي رواية لمسلم (١٥٨٦) والترمذي (١٢٤٣) قال مالك أقبلت أقول: من يصطرف الدراهم فقال طلحة بن عبيدالله وهو عند عمر بن الخطاب: أرنا ذهبك ثم اتنا إذا جاء خازننا نعطك ورقك، فقال عمر: كلا والله لتعطينه ورقة أو لتردن عليه ذهبه فإن رسول الله ﷺ قال: ((الورق بالذهب ربا إلا ها وها)) وأبي داود (٣٣٤٨) والنسائي (٤٥٥٨) نحو الأولى. [مالك (١٣٠٨)، وعبدالرزاق (١٤٥٤)، وابن حبان (٥٠١٣)].

(٣) قوله: «لنهيه ﷺ عن الكالئ بالكالئ»: حكاه في أصول الأحكام عن ابن عمر عن النبي ﷺ، ونسبه في التلخيص إلى الحاكم والدارقطني، وحكى تضعيفه عن أحمد وغيره، قال أحمد: ليس في هذا حديث يصح لكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين. انتهى. [الطحاوي في شرح معاني الآثار (٥٥٥٤)، وعبدالرزاق (١٤٤٤٠)].

(٤) يعني: ولم يعين ما يكون مكيلاً وما يكون موزوناً بل أطلق الأمر في ذلك فوجب الرجوع فيه إلى عادة البلدان.

(٥) قوله: «المكيل مكيل المدينة، والميزان ميزان مكة» لفظه: عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: ((الوزن وزن أهل مكة، والمكيل مكيل أهل المدينة))، وفي رواية: ((وزن المدينة ومكيل مكة)) أخرجه أبو داود (٣٣٤٠) والنسائي (٤٥٩٤). وأخرجه النسائي أيضاً عن ابن عباس مرفوعاً. [أحمد بن عيسى في الأمالي بسنده عن طاووس مرسلاً والعلوي في الجامع الكافي، والبيهقي (١٠٩٤٢)].

وما لا فبالعرف؛ إذ لا نص.

قلت: الخبر لا يقتضي بظاهره ما ذكره، ولعله صلى الله عليه وآله أراد أنه يرجع إليهما عند اللبس، فإذا أطلق القفيز أو الرطل والتبس مقدارهما، رجع إلى قفيز المدينة ورطل مكة؛ إذ هما منشأ ذلك، فهذا أقرب إلى ظاهر الخبر.

فَرْعٌ: فإن اختلف التقدير اعتبر بالأغلب في البلد فإن لا خَيْرٌ كتعارض الأمارتين (١).

٢٨٩- فصل (٢): [فما يجوز فيه التفاضل وما لا يجوز]

والحبوب أجناس وقد مر (٣) خلاف [مالك] في كون البر والشعير جنساً واحداً، وتحت كل جنس أنواع، وكذلك الثمار.

ويحرم التفاضل بين النوعين؛ لاتفاق الجنس.

٢٨١١- **سَأَلَتْ:** فإذا اختلفا جنساً وتقديراً جاز التفاضل والنساء؛ لقوله صلى الله عليه وآله:

((إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم))، وفي أحدهما أو لا تقدير لهما التفاضل فقط؛ لما مر.

ويجوز بيع البر بالعلس منسلاً متفاضلاً؛ إذ هما جنسان في الأصح.

[الإمام يحيى]: وكل شيئين اتفقا في اسم خاص فجنس واحد كأنواع البر.

٢٨١٢- **سَأَلَتْ:** [العترة والشافعي ومالك وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: ويحرم بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب، والحب المبلول والمقلوب بجنسه يابساً؛ إذ لا يعلم التساوي، ولقوله صلى الله عليه وآله: ((أينقص إذا جف..)) الخبر (٤). [أبو حنيفة]: تساوياً كلاً

(١) في حق المجتهد، فإنه يكون مخيراً في العمل بأيها شاء فهكذا هاهنا؛ لأن بكل واحد منهما يحصل

المقصود، وهو معرفة المائلة والخلاص من الربا.

(٢) في بعض النسخ: مسألة. نخ.

(٣) مر في كتاب الزكاة في الثالثة عشرة من باب ما أخرجت الأرض والله أعلم.

(٤) (قوله): «أينقص الرطب إذا جف.. الخبر»: حكى في أصول الأحكام عن زيد أبي عياش عن سعد بن أبي وقاص قال: شهدت رسول الله صلى الله عليه وآله سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال صلى الله عليه وآله: ((أينقص الرطب إذا

فتماثلاً، ولا يضر النقصان من بعد.

قلنا: الخبر يقتضي أن توهم النقصان من بعد مانع.

[المؤيد بالله]: ويجوز [بيع] الرطب بالرطب والعنب بالعنب كيلاً أو وزناً؛ لقلة التفاوت. [الإمام يحيى]: والمقلو بالمقلو كذلك (١).

٢٨١٣ - **سَأَلَتْ**: [المؤيد بالله ومحمد بن الحسن وأبو جعفر]: ويحرم التفاضل بين القطن والغزل. [المنصور بالله وأبو يوسف]: يجوز.

قلنا: متفقان جنساً وتقديراً.

٢٨١٤ - **سَأَلَتْ**: [العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: ولحوم الأجناس أجناس كأصولها. [الشافعي]: بل جنس واحد كأنواع العنب.

قلنا: هذه فروع أجناس مختلفة فافترقا.

فَرَعٌ: والإبل جنس، والبقر - ولو وحشية - أو جواميس جنس، والضأن والمعز جنس، وكذا الظباء في الأصح، والأوعال جنس، وقيل: من جنس الغنم، والصيد أجناس من طير (٢) وغيره.

والسمين والعجف من الجنس جنس، وشحم الألية جنس، والكبد والطحال والمعا والكرش والكلية والرئة والقلب والأنثيان أجناس مختلفة.

[مالك والأوزاعي]: لا يباع اللحم بالشحم متفاضلاً؛ لاتصاله بالحيوان، فأشبهه عضواً منه.

قلت: وهذا التعليل يقتضي التعميم (٣).

جف؟؟) قالوا: نعم، قال: ((فلا إذا)). انتهى. وقد ذكره في التلخيص بمعناه ونسبه إلى مالك والشافعي وأحمد وأصحاب السنن وغيرهم. [أبو داود (٣٣٥٩)، والترمذي (١٢٢٥)، والنسائي (٤٥٤٥)، وابن ماجه (٢٢٦٤)، وابن أبي شيبة (٣٦٢٤)].

(١) المذهب خلافه في المقلو بالمقلو؛ لأن النار تأخذ من المقلو فلا يعلم من أيها أخذت أكثر. (غيث معني).

(٢) ظاهره أن الطير أجناس وصرح به الذويد وظاهر الغيث أن الطير كلها جنس واحد. غير الجراد.

(٣) يعني: أن هذا التعليل يعم جميع ما اتصل بالحيوان فيعم المعاء والكبد وغير ذلك. (شرح).

قلنا: اللحم غير الشحم اسماً وصفة.
 [أبو حنيفة]: شحم البطن والألية جنسان.
 قلنا: مشتركان في الاسم والصفة كأنواع البر.
 [أبو حنيفة]: ويصح بيع النيء بالمطبوخ والعكس^(١) مثلاً بمثل. [الشافعي]: لا،
 كالحنطة.

قلت: وهو الأقرب للمذهب.
 [مالك]: يجوز ولو متفاضلاً؛ إذ صاروا كالجنيين.
 قلنا: لا نسلم.

٢٨١٥- **سَأَلَتْ**: [العترة والشافعي]: ولا يحل بيع لحم بحيوان مأكول؛ لنتيجه ﷺ؛
 عن بيع اللحم بالحيوان^(٢). [أبو حنيفة وأبو يوسف]: يجوز؛ لعموم: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ
 الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

قلنا: خصص بالنتيجه.
 [محمد بن الحسن]: إن عُلبَ اللحم جاز؛ ليقابل الزائد الجلد.
 لنا: الخبر.

٢٨١٦- **سَأَلَتْ**: [العترة ومالك وقول للشافعي وأحمد بن حنبل]: ويجوز بحيوان غير
 مأكول؛ لاختلاف الجنس فلا ربا، والمأكول المختلف خصه ما سيأتي^(٣).
 [قول للشافعي]: الخبر عام.

(١) يعني: به بيع المطبوخ بالمطبوخ، وقال الشافعي: لا يجوز بيع النيء بالمطبوخ ولا المطبوخ بالمطبوخ كما
 لا يجوز بيع الحنطة بالسويق والتمر بالدبس وهذا رجحه في الكتاب للمذهب. (شرح بحر).
 (٢) قوله: «لنتيجه ﷺ» عن بيع اللحم بالحيوان: حكاية في الشفاء وأصول الأحكام ونسبه في التلخيص إلى
 مالك وضعفه. [الهادي في الأحكام وعلي بن بلال بسنده عن ابن عباس في شرح الأحكام، والدارقطني
 (٣/٧١)، عن سهل بن سعد والبيهقي (١٠٨٧٧)، عن سعيد بن المسيب مرسلًا].
 (٣) قوله: «خصه ما سيأتي»: هو الحديث الذي يليه.

قلنا: والعلة اتفاق الجنس^(١).

فأما لحم بقر بشاة فيحرم عندنا وقول للشافعي؛ للخبر. [قول للشافعي]: يجوز؛ لاختلاف الجنس، كلحم بثوب.

قلنا: قال أبو بكر: «لا يصلح ذلك»^(٢)، ولم ينكر.

٢٨١٧- **سَأَلَتْ**: [العتره]: ولحوم البحرية أجناس كلحوم البرية. [قول للشافعي]: بل جنس؛ إذ يقال لجميعه: لحم حوت.

قلنا: لا نسلم. ولا يباع لحمه بحيوان كما مر.

٢٨١٨- **سَأَلَتْ**: والألبان والأدهان أجناس كأصولها: من سمن وودك وغيرهما فيدخلها الربا، ويوافقنا الشافعي فيما يؤتم به منها لا في غيره كدهن البان للطيب، والقُرْطُم للاستصباح، واللوز للدواء.

فإن صحب أحد المتفقين غيره غُلب المنفرد.

٢٨١٩- **سَأَلَتْ**: ولا يجوز بيع حليب مغلي بنيء؛ إذ ينعقد المغلي فلا تساوي كالمقلو باليابس. [المذهب والفريقان]: ولا السمن بالزبد؛ لنقصان الزبد بالإذابة، وكذا الحليب بالمخيض؛ لخلطه بالماء. [المذهب]: فأما الزبد بالأقط أو الجبن فيجوز. [الشافعي]: لا.

لنا: لم يتفقا جنساً وتقديراً.

ويجوز الجبن بالمخيض؛ لاختلافهما بالتقدير^(٣)، لا الرائب بالرائب، إلا مثلاً بمثل ما لم يُخْلَطَ بهاء. والجبن بالجبن أو الأقط اعتباراً؛ إذ لا بد فيه من الأنفحة والملح.

(١) وهو كونه مأكولاً.

(٢) (قوله): [قال أبو بكر: لا يصلح]: حكى في الشفاء عن ابن عباس أن جزوراً نحر على عهد أبي بكر فجاء رجل بعناق فقال: أعطوني جزءاً بهذا العناق فقال أبو بكر: لا يصلح هذا، وكان بمحضر الصحابة، ولم يخالفه أحد منهم. انتهى. [عبدالرزاق (١٤١٦٥)، والبيهقي (١٠٨٧٧)]. وقد ذكر نحوه في التلخيص ونسبه إلى الشافعي في الأم عن إبراهيم بن أبي يحيى عن صالح مولى التوأمة عن ابن عباس. انتهى. ولعله أصبح مما حكاه في أصول الأحكام أن ذلك كان على عهد النبي ﷺ والله أعلم.

(٣) إذ الجبن موزون والمخيض مكيل.

قلت: وكذلك الزبد بالحليب أو الرائب أو اللبأ اعتباراً، ومثله الزيتون (١) بالزيت (٢).

٢٨٢٠ - **سَأَلَتْ:** [القاسمية والشافعي]: ولا يباع دقيق بدقيق من جنس؛ إذ لا يتيقن التساوي؛ لاختلافهما نعومة وخشونة. [المؤيد بالله والإمام يحيى والبويطي والمزني ومالك وأحمد بن حنبل]: يجوز مثلاً بمثل.

قلنا: لا مماثلة.

[أبو حنيفة وأصحابه]: إن اتفقا نعومة وخشونة جاز، إلا فلا.

قلنا: تحقيق التساوي متعذر، والتفاوت غير يسير.

٢٨٢١ - **سَأَلَتْ:** [القاسمية والفريقان وسفيان الثوري وحما]: ولا يباع البر بدقيقه ونحو

ذلك (٣)؛ لما مر. [مالك وابن شبرمة]: يجوز؛ للتساوي في الكيل.

قلنا: القصد تساوي الأجزاء؛ لظاهر الخبر.

[الأوزاعي وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه]: يجوز وزناً؛ لمعرفة التساوي.

قلنا: مكيل، فلا عبرة بوزنه.

قلت: وفيه نظر (٤).

[أبو ثور]: اختلاف الصفة كاختلاف الجنس فيجوز متفاضلاً.

قلنا: لا نسلم، ولمخالفته الإجماع (٥).

(١) غير الخالص.

(٢) الخالص.

(٣) وهو بيع الشعير بدقيقه والذرة بدقيقها وكذلك سائر الأدقة.

(٤) لعل وجهه هو أن هذا الرد ينقض التعليل بعدم تيقن التساوي، والتعليل به صحيح، فيلزم مع العلم بالتساوي أن يصح البيع هنا لزوال المانع. (شرح) لكن يقال: إن الكيل معتبر في الربويات كما سيأتي في السلم أنه يعتبر في الربويات.

(٥) لأن منهم من قال بصحة المسألة ومنهم من قال بفسادها فأما القول بجواز بيعها متفاضلاً فلا قائل به غير أبي ثور. (شرح بحر).

٢٨٢٢- **سَأَلَتْ:** والسويق كالدقيق^(١)؛ لما مر. [أبو يوسف ومالك]: يجوز سويق البر بدقيقه متفاضلاً؛ إذ هما كالجنسين.

قلنا: لا نسلم.

٢٨٢٣- **سَأَلَتْ:** ولا يباع العنب بعصيره، ولا الجلجلان بسليطه؛ إذ لا تساوي. قلت: إلا اعتباراً^(٢).

ولا خل العنب بخل الخمر [التمر] أو الزبيب؛ لخلط الماء فيهما، ويجوز خل الخمر بعصير العنب متماثلاً.

وعصير الرمان والتفاح ونحوهما^(٣) أجناس، ولا يباع النبيء بالطبيخ من جنسه؛ لما مر.

٢٨٢٤- **سَأَلَتْ:** والحلاوات أجناس كالعسل والسكر، وتحت الجنس أنواع كالبر، ولا يباع نبيء بمطبوخ كما مر، وفي بيع بعض المطبوخ ببعض تردد: [الإمام يحيى]: الأصح الجواز^(٤)؛ إذ لم تفعل النار سوى إخلاصه.

٢٨٢٥- **سَأَلَتْ:** والثياب سبعة أجناس: خز وحرير وكتان وقطن وصوف وشعر ووبر، ويجوز فيها التفاضل إجمالاً لا النساء^(٥) إلا سَلَمًا.

[المذهب]: وكذلك المعدودات^(٦). [الشافعي]: لا.

(١) فلا يجوز بيع البر بسويقه ولا سويقه بسويقه وذلك لما مر في منع بيع البر بدقيقه وفي بيع الدقيق بالدقيق من جنس. (شرح بحر).

(٢) فإذا كان العصير أكثر من العنب والسليط أكثر من الجلجلان جاز ذلك لتقابل المثل بمثله والباقي في مقابلة العصاره. (شرح بحر).

(٣) السفرجل والعنبرود. (شرح).

(٤) قيل: إذا كان في إناء واحد. وطبخه واحدة.

(٥) وهو عدم وجودها في الملك. (صعيتري). والنساء في المثليات أن يدخلها فيه مؤجلاً.

(٦) كالبيض والرمان والسفرجل والتفاح والبادنجان ونحوها فإنه يجوز فيها التفاضل سواء اتفق الجنس نحو: رمانة برمانتين أم اختلفت كسفرجلة برمانتين ونحو ذلك، فأما النساء فلا يجوز فيها إلا على جهة السلم فقط. وقال الشافعي: إنه لا يجوز فيها التفاضل ولا النساء.

٢٨٢٦- **مَسْأَلَةٌ:** [أبو العباس وأبو طالب وأبو حنيفة وأصحابه]: ويجوز حفنة بحفتين^(١)، وبرة ببرتين؛ لعدم الكيل والوزن. [الشافعي وسفيان الثوري]: لا؛ إذ خبر التحريم عام. قلنا: أراد ما يكال في العادة؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((كَيْلًا بِكَيْلٍ)).
والمطبوعات أجناس: ذهب وفضة ورمصاص وحديد ونحاس، والهندوان نوع من الحديد والشبه نوع من النحاس.

ولا تفاضل في قليل الموزون^(٢) بخلاف المكيل. والرياحين والبقول أجناس.

٢٩٠- فصل: في مسائل الاعتبار

٢٨٢٧- **مَسْأَلَةٌ:** [العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: ويجوز بيع جنسين ربوين مختلفين متفاضلين اعتباراً؛ لمقابلة كل جنس الجنس [الأخر] المخالف له؛ لعموم: **﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾** [البقرة: ٢٧٥]. [الشافعي وأصحابه]: لا؛ لعموم قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا حتى يميز..)) الخبر^(٣).

قلنا: محمول على أن المنفرد لم يكن غالباً جمعاً بين الأدلة.

فَرَعٌ: [الهادي]: ولا يباع الزبد بالرائب إلا حيث زيد الرائب أقل.

[العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: وكذا مد عجوة ودرهم بمدين عجوة. [الشافعي]: لا.

لنا: ما مر.

[أبو حنيفة]: ولو باع قرطاساً فيه درهم بمائة درهم صح اعتباراً، وأما قرطاس فيه مائة درهم بمائة درهم فلا؛ إذ يعرئ القرطاس من الثمن أو يتفاضل الصرف.

(١) حيث لا يكال في العادة.

(٢) أي: لا يجوز التفاضل فيه بكل حال.

(٣) (قوله): «حتى يميز..» الخبر: عن فضالة بن عبيد قال: أتى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عام خير بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا، حتى يميز بينه وبينه))، فقال: إنها أردت الحجارة. [أخرج نحوه الهادي في المنتخب]. وفي رواية البخاري: فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا، حتى يميز بينهما)) قال: فرده حتى ميز بينهما. هذه الرواية لأبي داود (٣٣٥١)، وفي روايات أخر نحوها له ولمسلم (١٥٩١) والترمذي (١٢٥٥) والنسائي (٤٥٧٣). [وابن أبي شيبة (٢٠١٨٥)].

[المؤيد بالله]: ولا يعتبر كون للقرطاس ونحوه^(١) قيمة؛ إذا كان جنسه مما يقوم، وقيل: يعتبر^(٢)؛ إذ وجود ما لا قيمة له كعدمه.

وكذا سيف مفضض بفضة أو مذهب بذهب يغلب المنفرد، وكذا الخنطة الخالصة بحنطة مشوبة بشعير أو حنذرة^(٣) إلا حيث الخلط يسير لا يعتد به في الكيل، بخلاف الوزن. وكذا غسل مصفى بعسل فيه شمع.

٢٨٢٨ - **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله وأبو طالب وأبو حنيفة وأصحابه وقول للشافعي]: ويجوز بيع بر ببر في سنبله اعتباراً. [الشافعي]: لا، حتى ينفصل عن سنبله؛ لنهيهِ ﷺ عن بيع الحب^(٤) حتى يشتد وحتى يبيض.

قلنا: يحصلان في سنبله.

٢٨٢٩ - **سَأَلَتْ:** [مالك والطحاوي]: ومن باع ثوباً بدينار إلا درهماً أو إلا صاعاً فسد إن قصد إخراج ما يساوي درهماً أو صاعاً من الدينار. [بعض أصحاب الشافعي]: إلا حيث الصرف معلوم^(٥).

قلت: وهو المذهب، كما مر^(٦).

فإن جعل «إلا» بمعنى «مع» صح. فإن جهل قصده صح^(٧)؛ لتردده بين وجهي

(١) أي: نحو القرطاس مما يجعل مصاحباً لأحد الربويين. (شرح بحر).

(٢) فعلى هذا هل يعتبر فيها أن تكون قيمة لما قابلها فقال السيد يحيى بن الحسين وإليه رجع الفقيه يحيى البحيح: إنه لا يعتبر بخلاف جريرة الصرف.

(٣) لم أجدتها في القاموس ولم يذكر معناها في شرح البحر.

(٤) (قوله): «لنهيهِ ﷺ عن الحب.. إلخ»: عن أنس أن رسول الله ﷺ «نهى عن بيع العنب حتى يسود، وعن بيع الحب حتى يشتد». أخرجه الترمذي (١٢٢٨) وأبو داود (٣٣٧١). [والحاكم (٢١٩٢)، والدارقطني (٤٧/٣)]. وعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ «نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة، نهى البائع والمشتري». أخرجه مسلم (١٥٣٥) وأبو داود (٣٣٦٨) والترمذي (١٢٢٧) والنسائي (٤٥٥١).

(٥) كأن يكون الدينار يساوي عشرة دراهم فكأنه قال: بعت منك بتسعة أعشار دينار وهكذا في الصاع. (شرح).

(٦) في الشرط التاسع من شروط البيع. (شرح).

(٧) المذهب يفسد رجوعاً إلى معنى «إلا» الحقيقي وهو الاستثناء، وهو أن الاستثناء من غير الجنس لا يصح.

صحة وفساد، والأصل الصحة. [بعض أصحاب الشافعي]: بل يحتمل تقديره: بعتك هذا الثوب والدرهم بدينار، فيصح.

قلت: هذا التقدير لا يقتضيه اللفظ.

[أكثر أصحاب الشافعي وأصحاب أبي حنيفة]: بل يفسد مطلقاً^(١)؛ لتردده بين الجهالة في الثمن والتخيير فيه.

قلنا: لا جهالة حيث جعلت «إلا» بمعنى «مع».

[الأوزاعي]: يكره فقط؛ للشجار.

قلنا: لا شجار حيث هي بمعنى «مع».

[الإمام يحيى]: إن قدر استثناء الدرهم من الدينار أفسد؛ للجهالة، وإن قدر منقطعاً صح ولغا الاستثناء.

قلنا: لا بد له من فائدة.

٢٨٣٠- **سَأَلَتْ:** ويصح بيع العجين بالحنطة^(٢) وبالخبز اعتباراً.

[الحنفية]: ويجوز النساء؛ إذ الصنعة عندهم ضروب: غير مؤثرة، كصنعة الذهب والفضة. ومؤثرة في جواز التفاضل لا النساء كصنعة الحديد. ومؤثرة في جوازهما وهي ما لا يمكن معه العود إلى الحالة الأولى كالحب بالعجين والخبز.

٢٨٣١- **سَأَلَتْ:** ويصح بيع الأرض المزروعة^(٣) بحب من جنسه اعتباراً وبغير جنسه مطلقاً، وكذا ما أشبهه.

٢٨٣٢- **سَأَلَتْ:** ويجوز بيع المعجون المركب كالخبث العسلي^(٤) والغالية

(١) أي: في جميع الأحوال المذكورة.

(٢) هذا إذا اتفق العجين والخبز في التقدير لم يميز إلا اعتباراً وإلا جاز التفاضل ولو من غير اعتبار. فتكون الحنطة أكثر من دقيق العجين والخبز ليقابل المبيع منها مثله من الحنطة والباقي منها يقابل ما فيها من الماء والملح. (شرح بحر).

(٣) زرعاً قد استحصد. (بيان).

(٤) وهو مركب من العسل والزعفران والسليط والكافور وقوله: الغالية وهي مروقة من الزعفران والعنبر والمسك وغيرها. (شرح بحر).

ومعجون الورد واللباب^(١) بمثله وإن تفاضلا اعتباراً، وحيوان فيه حليب بحليب أو فيه بيض ببيض اعتباراً^(٢).

٢٨٣٣- **مَسْأَلَةٌ**: والتراب الأبيض والأسود والأصفر أجناس، وحكمه في الربا ما مر^(٣). [الشافعي]: لا ربا إلا في الخراساني؛ إذ قد يؤكل تفكهاً.

لنا: ما مر.

٢٨٣٤- **مَسْأَلَةٌ**: [القاسمية والشافعي ومالك وأحمد بن حنبل وأبو يوسف]: ولا يحل الربا في دار الحرب؛ إذ لم يفصل الدليل. [الناصر وأبو حنيفة وأصحابه]: يجوز بين من أسلم هناك ولم يهاجر وبين الذميين، وبين مسلم وذمي؛ إذ هي دار إباحة.

قلنا: بين أهل الحرب وفيما يؤخذ قهراً.

٢٨٣٥- **مَسْأَلَةٌ**: [المنتخب]: ويندب لمن باع مكيلاً أن لا يشتري بالثمن قبل قبضه مكيلاً من جنسه^(٤). [الإمام يحيى]: بُعداً من تهمة الربا.

٢٨٣٦- **مَسْأَلَةٌ**: وتحرم المزابنة إجماعاً ورخص صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في العرايا.

[القاسم وأبو العباس ومالك وأبو حنيفة]: وهي بيع الرطب على النخل بخرصه تمرأً فيما دون خمسة أوسق؛ لخبر أبي هريرة: «رخص في العرايا فيما دون خمسة أوسق»^(٥)،

(١) وهو ما يجعل في أعناق النساء وهو مركب من اللباب والزعفران والكافور والقرنفل. (شرح).

(٢) قوله: إعتباراً قيد للتفاضل فقط؛ إذ الاعتبار هو الزيادة ولا يحصل ذلك إلا مع التفاضل.

(٣) من أن المتفق في الجنس والتقدير يحرم فيه التفاضل والنساء، وفي أحدهما أو لا تقدير لهما التفاضل لا النساء. (شرح).

(٤) فإن شري صح.

(٥) (قوله): «لخبر أبي هريرة رخص في العرايا.. إلخ»: لفظه: عن أبي هريرة أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رخص في بيع العرايا بخرصها من التمر فيما دون خمسة أوسق» أخرجه الستة إلا النسائي. [أبو داود (٣٣٦٤)، والترمذي (١٣٠١)]. وعن زيد بن ثابت: «أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها من التمر». [عبدالرزاق (١٤٤٨٦)، ومسلم (١٥٣٩)، وأبو داود (٣٣٦٢)]. وفي رواية: «رخص في العرية يأخذها أهل البيت بخرصها تمرأً يأكلونها رطباً». قال يحيى بن سعيد: والعرية النخلة تجعل للقوم فيبيعونها بخرصها تمرأً، وقال في أخرى: والعرية: أن يشتري الرجل تمر نخلات لطعام أهله رطباً بخرصها تمرأً. هذه روايات البخاري (٢١٩٠)، ومسلم (١٥٤١)، ولكل من الباقيين نحو من ذلك، وفيه أحاديث أخر. [وأخرج نحو هذه الروايات للمؤيد بالله في شرح التجريد، والعلوي في الجامع الكافي، والمتوكل على الله في أصول الأحكام].

ووجهه: التوسعة للفقراء الذين لا يجدون نقداً يشترون به رطباً.

[أبو يوسف]: بل كان الرجل يهب تمر نخله لغيره، فإذا طاب كره الواهب دخول المتهب بستانه؛ لخروج حريم المالك إليه فيشتري ما وهبه بخرصه تمرّاً؛ لئلا يخلف وعده فرخص فيه النبي ﷺ.

[محمد بن الحسن]: بل ليس بيعاً في الحقيقة؛ إذ لم يملك المتهب لعدم القبض، فرخص في أخذ عوض ما لم يملك ليفي بالوعد.

[الشافعي وأصحابه]: بل العرايا: شراء الفقراء الرطب على النخل بخرصه تمرّاً ولا يفترقان حتى يتقابضا التمر بالكيل والرطب بالتخلية؛ لخبر سهل (١): «نهى ﷺ عن بيع الرطب بالتمر» إلا أنه ﷺ رخص في العرايا أن تباع بخرصها تمرّاً يأكلها [أهلها] رطباً.

قلنا: هذا الخبر موافق لما ذكرنا، ولا دليل على اشتراط التقابض.

[الإمام يحيى]: بل العرايا جمع عرية، [الجوهري]: هي النخلة التي يعريها صاحبها رجلاً محتاجاً بأن يجعل له ثمرها عاماً، من عراه إذا قصده.

[الأزهري]: بل النخلة التي يفرداها الخارص لرب الحائط ليأكل منها ويتصدق؛ لقوله ﷺ: ((لا زكاة في العرية)) (٢)، فلا ترخيص فيها بهذا المعنى؛ إذ الرخصة ما أبيع، وسبب التحريم فيه قائم.

قلت: ظاهر الآثار الترخيص، ولا موجب للعدول عنه، وقول [القاضي زيد]: مشتق من العارية غلط، إذ لا يقتضيه الاشتقاق العربي [العرفي].

٢٨٣٧ - **سَأَلْنَا:** [القاسمية وزين العابدين والناصر والمنصور بالله والإمام يحيى]: ويحرم بيع الشيء بأكثر من سعر يومه لأجل النساء؛ لقوله تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]،

(١) (قوله): «خبر سهل.. إلخ»: لفظه عن سهل بن أبي حثمة أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع التمر [التمر] بالتمر، ورخص في العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً. هذه إحدى روايات حديث أخرجه البخاري (٢١٩١) ومسلم (١٥٤٠) وغيرهما.

(٢) (قوله): «لا زكاة في العرية»: هكذا روي والله أعلم. [العمراني في البيان].

والربا لأجل النساء من ربا يربو، ولقول علي عليه السلام: (سيأتي على الناس زمان..))
الخبر (١). [زيد بن علي والمؤيد بالله والفريقان]: يجوز؛ إذ هو بيع كلو كان نقداً.

قلنا: الزيادة لأجل النساء لا لأجل المبيع.

فَرْعٌ: [القاسمية والناصر]: فأما الجملة بسعر التفاريق نساء فجائز (٢)؛ إذ التفاريق هي الجملة.

فَرْعٌ: [أبو طالب والإمام يحيى]: وما فسد لأجل الربا فباطل لا يملك بالقبض؛
للاجماع على بطلان الربا فلا يملك ربحه.

قلت: فيه نظر (٣).

وما باعه بزيادة لا لأجل النساء صح.

٢٨٣٨ - **مَسْأَلَةٌ:** وما أجمع على كونه ربا كدرهم بدرهمين نساء فسق فاعله، ولا فسق مع الخلاف في ظني كرها الفضل والنساء.

(١) (قوله): «سيأتي على الناس زمان.. الخبر»: تقدم.

(٢) لعله حيث لم تجعل الزيادة لأجل النساء أو كان الزائد مما يتغابن الناس بمثله ولعله وجه التشكيل مع الإطلاق.

(٣) لا وجه للنظر.

[٦٦]- باب الشروط المقارنة للعقد

٢٩١- فصل: في الشروط المفسدة للعقد.

يفسده صريحها إلا الحالي، ومن عَقَدَها ما اقتضى جهالة في العقد أو المبيع أو الثمن أو رفع موجب أو علقه بمستقبل أو لا تعلق له به، وسنصلها.
 ٢٨٣٩- **سَأَلَتْ:** [العترة والفريقان]: فمن شرط خياراً مجهول المدة أو صاحبه فسد؛ للجهالة في العقد، لمنعه استقراره. [مالك]: بل يصير الخيار لهما قدر ما يختبر به المبيع في العادة؛ إذ أصل العقد الصحة لولا الجهالة وقد أمكن رفعها بما ذكرنا.

قلنا: العقد منطوق على الجهالة حاله فيفسد؛ للغرر.

[ابن شبرمة]: بل يصحان، ولا تضر الجهالة كالمهر.

قلنا: ذكر العوض ليس شرطاً في النكاح فافترقا.

[ابن أبي ليلى]: بل يلغو الشرط؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ما بال أقوام...)) الخبر (١).

قلنا: في الجهالة غرر وقد نهى عنه.

٢٨٤٠- **سَأَلَتْ:** ولو شرط إرجاح المبيع فسد؛ للجهالة، إلا قدر معلوماً (٢).

[أبو العباس]: ومنه (٣) كون البقرة لبيناً؛ لجهالة المبالغة، إذ معناه: على أن فيها لبناً

كثيراً، والكثرة مجهولة.

٢٨٤١- **سَأَلَتْ:** [الناصر والإمام يحيى والشافعي]: ومن باع ثوباً من ثياب أو باعها إلا

واحداً فسد مطلقاً؛ لجهالة المبيع حال العقد.

[أبو العباس وأبو حنيفة]: إن كان واحداً من اثنين أو من ثلاثة صح كخيار الثلاثة

الأيام؛ لخبر حبان (٤)، لا واحداً من أربعة فصاعداً. [مالك]: إن تقاربت صفات

(١) قوله: «ما بال أقوام...» الخبر: تقدم.

(٢) لفظاً أو عرفاً.

(٣) أي: ومما يقتضي الجهالة من المبيع شرط كون... إلخ.

(٤) قوله: «لخبر حبان»: سيأتي.

الثياب وخَيْرَ المشتري صح؛ إذ لا غرر.

قلت: والأصح للمذهب أنه إن خير المشتري في تعيين المبيع مدة معلومة صح؛ إذ لا جهالة، وتمت مضت المدة كلف التعيين؛ لما سيأتي، وقول أبي حنيفة مبني على مذهبه في الخيار ثلاثاً، وسنبطله.

٢٨٤٢- **سَأَلَتْ:** ولو شرط إرجاح الثمن فسد؛ للجهالة^(١)، إلا قدراً معلوماً أو تبرعاً؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((زن وأرجح)).

[المرتضى]: ومنه شرط الإنفاق من غلة المبيع ولو لمعلوماتين، لا من غير غلته إذا قدر وعين جنسه فيصح. ومنه: بعت هذا بمائة دينار أو ألف درهم. [الإمام يحيى]: إلا أن يخيره مدة معلومة صح كالمبيع إن لم يمنع إجماع في الثمن.

٢٨٤٣- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن المذهب]: ومن باع ظرفاً بما فيه على أنه مائة رطل والظرف خمسة بمائة درهم، ويحط^(٢) لمكان الظرف خمسة صح، فإن زاد وزن الظرف خير بين الفسخ والأخذ بالحصصة كما مر في الصبرة، وإن نقص رد الزائد، فإن لم يذكر وزن الظرف صح أيضاً وخير لمعرفة مقدار المبيع، وكذا لو قال: وأحط لمكان الظرف بحسابه [حسابه]، وكذا لو قال: وأحط من الثمن خمسة دراهم^(٣)، فإن قال: وأحط قيمة خمسة أرتال فسد؛ للجهالة القيمة.

٢٨٤٤- **سَأَلَتْ:** ومن اشترى أرضاً على أن خراجها كذا صح وخَيْرَ لفقد الصفة، فإن شرط أن يكون المدفوع من خراجها كذا وكان خراجها أقل أو أكثر فسد؛ لتضمنه أن يؤدي البائع عن المشتري أو العكس الزيادة مدة مجهولة.

[الإمام يحيى وغيره]: وكذا إن ساوى؛ لتضمنه اشتراط منفعة لمشروط له مجهول، وقد نهى صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع وشرط.

(١) في قدر الثمن. (شرح).

(٢) فحط. نخ. يحط نخ بحذف الواو.

(٣) المذهب أن البيع فاسد في جميع ما تقدم؛ للجهالة المبيع، وقد أشار إليه الإمام صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالنشك في أول المسألة.

فإن علما قدر الخراج وشرطه أحدهما مدة معلومة صح، وكان كالزيادة في الثمن أو النقص من المبيع.

٢٨٤٥- **سَأَلَتْ:** ولو قال: على أن تغل أو تحلب كذا شرطاً في المستقبل فسد؛ للجهالة؛ إذ لا استقرار. لا على أنها تغل كذا صفة في الماضي فيصح ويخير لفقد الصفة.

قلت: ويعرفه بأول المستقبل مع انتفاء الضار وحصول ما يحتاج.

٢٨٤٦- **سَأَلَتْ:** ولو قال: على أن لا تتفع فسد؛ إذ رفع موجهه، ومنه (١) بقاء المبيع ولو رهناً لا رده وبقاء الشجرة المبعة في قرارها مدتياً.

فَرَعُ: [العتره وأبو حنيفة وقول للشافعي]: فإن شرط أن لا يعتقه أو لا يبيعه أو ألا خسارة (٢) عليه - فسد؛ لرفعه موجب العقد. [الحسن البصري وابن أبي ليلى وإبراهيم النخعي وقول للشافعي]: بل يلغو كلو شرط أن يعتقه.

قلنا: هذا منع تصرف فافترقا.

[ابن شبرمة]: بل يصحان؛ لما مر.

لنا: ما مر (٣).

وعلى أن يفسخ إن شفع فيه مفسد إجماعاً.

قلت: لرفعه موجب العقد؛ إذ فسخ البيع إلى الشفيع لا إلى المشتري، ولنهيته

صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ.

٢٨٤٧- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب والمنصور بالله وأبو حنيفة]: فإن قال: على تأدية الثمن ليوم كذا وإلا فلا بيع - صح؛ لتضمنه خيار المشتري (٤) إلى ذلك الوقت. [الشافعي

(١) أي: ومن الشرط الذي يرفع موجب العقد.

(٢) معنى هذا أنه متى خسر فضمانه على البائع. ذكره الإمام يحيى. (شرح).

(٣) لرفعه موجب العقد.

(٤) وتثبت الشفعة في المبيع مع هذا الخيار كما لو انفرد المشتري بخيار الشرط والله أعلم. (حاشية السحولي).

والوفاي]: لا؛ إذ نقض آخر ما أثبتته أولاً.

قلنا: خيار لا نقض.

٢٨٤٨- **سَأَلَتْ:** [أبو العباس والإمام يحيى]: ولو اشترى شيئين أو أكثر كل واحد بكذا

على أنه بالخيار يرد ما شاء ويأخذ ما شاء -صح إن عينت مدة الخيار، إذ لا جهالة.

[الشافعي والأزرقي للمذهب]: لا؛ إذ المبيع غير معلوم بمشاهدة ولا صفة.

قلنا: بل بصفة وهي الاختيار.

[أبو العباس وأبو حنيفة]: إن عينت المدة وكان المبيع دون أربعة.

لنا: ما مر (١).

٢٨٤٩- **سَأَلَتْ:** وما لا تعلق له به كشرطين أو بيعين في بيع أو شرط يتضمن سلماً

وبيعاً أو سلفاً وبيعاً -مفسد؛ لنهيهِ ﷺ عن بيع وشرط.

٢٨٥٠- **سَأَلَتْ:** والتأجيل مدة مجهولة مفسد إجمالاً.

٢٨٥١- **سَأَلَتْ:** وما فسد لكون ثمنه خمرأ أو نحوه (٢) أو لجهالة في ثمنه أو لشرط

لا يقتضي الربا -ملك بالقبض، وما ثمنه ميتة أو نحوها (٣) مما لا يملك بحال لم

يملك بالقبض، وكذا لو لم يسم الثمن إلا عند [الخصاص]؛ إذ البيع يقتضيه وإن لم

يذكر، واستقر به [الإمام يحيى] للمذهب.

قلت: والصحيح خلافه.

(١) إذ لا جهالة.

(٢) قرر أنه باطل على الصحيح.

(*) مما يصح تملكه في حال وذلك كالتنزيير في حق الذمي. (شرح بحر).

(٣) كالدوم والبول. (شرح).

٢٩٢- فصل: [فيما يصح من الشروط]

ويصح من الشروط ما لا يقتضي الجهالة من وصف للعقد، كخيار معلوم أو للثمن كتأجيله أو للمبيع كعلى أنها لبون، أو تغل كذا صفة في الماضي.
قلت: وتعرف بأول المستقبل مع انتفاء الضار وحصول ما تحتاج إليه، أو يصح إفراده بالعقد كإيصال المنزل أو سكنى الدار المبيعة مدة معلومة، ونحو ذلك وقد مر^(١) الخلاف فيه، وما سوى هذه الشروط المفسدة والصحيحة فلغو.
٢٨٥٢- **سَأَلَتْ:** [القاسمية وأبو ثور]: ومن باع عبداً على أن يعتقه المشتري صح العقد ولغا الشرط؛ لشراء عائشة بريرة على أن تعتقها^(٢). [أبو حنيفة وأصحابه وأحد وجهي أصحاب الشافعي]: بل يبطلان؛ لنهيه ﷺ عن بيع وشرط.

قلنا: أراد ما يقتضي الجهالة.

قالوا: كشرط بيعه.

قلنا: هما سواء في إلغائه.

[الشافعي ومالك]: بل يصحان؛ إذ أمر النبي ﷺ . [عائشة]: بالشرط^(٣).

(١) في الثانية عشرة من فصل بيع الخزاف.

(٢) قوله: «لشراء عائشة بريرة على أن تعتقها»: اعلم أن روايات شراء بريرة كثيرة جداً وأقربها إلى ما ذكره في الكتاب ما وقع في إحدى روايات البخاري (٢٥٦١) عن عائشة: أن بريرة دخلت عليها تستعينها في كتابتها وعليها خمس أواقى نجمت عليها في خمس سنين فقالت عائشة -ونفس فيها- رأيت إن عدت لهم علة واحدة؟ أبيعك أهلك فأعتقك ويكون ولاؤك لي؟ فذهبت بريرة إلى أهلها فعرضت ذلك عليهم فقالوا: لا، إلا أن يكون لنا الولاء، قالت عائشة: فدخل رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له، فقال رسول الله ﷺ: ((اشترىها فأعتقها فإننا الولاء لمن أعتق)). [ومسلم (١٥٠٤)، وأبو داود (٣٩٢٩)]. وفي بعض الروايات: ثم قام فخطب الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: ((ما بال أقوام يشترون شروطاً ليست في كتاب الله عز وجل يقول: أعتق فلاناً والولاء لي، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق، وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط)). [المؤيد بالله في شرح التجريد، والمتوكل على الله في أصول الأحكام، والأمير الحسين في الشفاء].

(٣) قوله: «إذ أمر ﷺ عائشة بالشرط» ذكر في بعض روايات الحديث المذكور مالفظة: فقال رسول الله ﷺ: ((اشترىها فأعتقها وليشترطوا ما شاءوا))، قالت فاشتريتها وأعتقتها واشترط أهلها ولاءها فقال النبي ﷺ: ((الولاء لمن أعتق، وإن شرطوا مائة شرط)). [البخاري (٢٧٢٦)، والبيهقي (٢٢٢٦٢)].

قلنا: وأبطله بعد.

قالوا: لتقدمه على العقد.

قلنا: الرواية أنها اشترتها (١) على أن تعتقها فالشرط مقارن.

فَرَعٌ: [المذهب وقول للشافعي]: وكذا من باع أمة على أن له الولاء، أو أن لا يطأها المشتري قياساً (٢). [أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي]: اشتراط الولاء خاص لعائشة.

قلنا: لا دليل.

[الناصر وأبو حنيفة]: اشتراط أن لا يطأها يرفع موجب العقد كعلى أن لا يبيع.

قلنا: امتناع الوطء لا ينافي الملك كالرضيعة (٣) فافترقا.

قلت: وفيه نظر (٤)، وقول الهادي: «يكراه الوطء»، وجهه: قول عمر: «لا تقرها وفيها شرط لأحد» (٥).

[أبو العباس]: بل ككراهة وطء المرتجعة من غير إسهاد.

٢٨٥٣- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: وندب الوفاء بالشرط وإن لغا؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((المؤمنون عند شروطهم)) (٦).

(١) قوله: «قلنا: الرواية أنها اشترتها على أن تعتقها»: قيل: روى إبراهيم عن الأسود عن عائشة أنها اشترت بريدة على أن تعتقها فاشترتها وأعتقتها. انتهى. [المؤيد بالله في شرح التجريد، والأمير الحسين في الشفاء والعلوي في الجامع الكافي، وقد تقدم في بعض ألفاظ الحديث ما يدل على ذلك]. وليست هذه الرواية في الجامع والله أعلم.

(٢) على اشتراط العتق، والجامع أن كل واحد منها عقد معاوضة لم يشترط فيه ما يقتضي جهالة في العقد ولا في المبيع ولا في الثمن ولا منعاً من التصرف فيه. (شرح).

(٣) فليس جواز الوطء مما يوجب العقد فيلغو اشتراط المنع منه وقاسوا على الرضيعة غيرها بخلاف أن لا يبيع ونحوه.

(٤) لأنه ينتقض بشراء ذي الرحم فإنه يصح ويبيعه ممنوع فلم يفترق المقيس من المقيس عليه والله أعلم. (شرح بحر).

(٥) قوله: «لا تقرها وفيها شرط لأحد»: عن ابن مسعود: أنه اشترى جارية من امرأته زينب الثقفية واشترطت عليه أنك إن بعتهما فهي لي بالثمن الذي بعتهما به فاستفتى في ذلك ابن مسعود عمر بن الخطاب فقال له عمر: «لا تقرها وفيها شرط لأحد» أخرجه الموطأ (١٢٩٨). [والبيهقي (١١١٤٥)، وعبدالرزاق (١٤٢٩١)].

(٦) قوله: «المؤمنون عند شروطهم»: لفظ الحديث: ((والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً)) وسيأتي.

[الإمام يحيى]: فإن امتنع من العتق المشروط فوجهان: يجبر؛ إذ قد لزمه، كلو نذر.
قلت: وفيه نظر^(١).

ولا؛ إذ قد ملكه، وللبائع الفسخ^(٢) إن شاء، والأول مبني على أن العتق حق للعبد فلا يسقط بإسقاطه، والثاني على أنه حق للبائع فيسقط بإسقاطه.

فَرَعٌ: [الهادي]: ويرجع بما حط لأجل شرط يلغو لم يوف به. [المؤيد بالله]: ويرجع بما حط من الثمن. [أبو العباس]: بل بما بين قيمته مشروطاً عتقه وغير، من دون اعتبار الثمن. [أبو طالب]: بل يحط من القيمة معتبراً^(٣) بالثمن.

قلنا: الظاهر قول المؤيد بالله.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى حكاية عن المذهب وقول للشافعي]: فإن شرط عتقه بعد شهر لغا أيضاً، كلو أطلق. [قول للشافعي]: بل يبطل العقد.
لنا: ما مر.

فإن شرط أن يقفه فكالعتق؛ إذ هو استهلاك.

(١) لعل وجه النظر هو أن شرط الوفاء مندوب على أصلنا فلا وجه للإجبار ولعل الوجهين على أصل من صحح العقد والشرط وهو الشافعي ومالك. (شرح).

(٢) المذهب خلافه.

(٣) أظنه أبا طالب بل يحط من الثمن معتبراً بالقيمة والذي في الانتصار عن أبي طالب ما لفظه: الثالث: أن يكون نقصانه من الثمن باعتبار القيمة وهذا هو الذي ذكره أبو طالب وصورته إذا بيع من غير شرط العتق فقيمه خمسمائة درهم وإذا بيع بشرط العتق فقيمه أربعمائة درهم وثمانه مائة درهم فالنقصان خمس القيمة فينقص من الثمن خمسة وهو عشرون درهماً. (شرح بحر).

[٦٧]- باب الخيارات هي أنواع

٢٩٣- فصل [في خيار المجلس]

[بعض العترة وبعض الفقهاء]: وخيار المجلس قبل تفرق الأبدان مشروع في كل عقد^(١)، ولو مشاركة أو صلحاً، لا النكاح؛ إذ شرع لدوام العُشرة والخيار ينقضه، ولا الرهن؛ لبقائه على ملك المالك، ولا الهبة من غير عوض ولا الصدقة؛ إذ شرع لدفع الغبن، ولا غبن فيهما، وفي الإجارة والإقالة والهبة على عوض والقسمة والشفيع^(٢) تردد، سيأتي إن شاء الله تعالى.

٢٨٥٤- **مَسْأَلَةٌ**: وهو قبل التفرق بالأقوال ثابت إجماعاً.

[زيد بن علي والقاسمية وأبو حنيفة وأصحابه والليث بن سعد ومالك وسفيان الثوري والغنبري والإمامية]: ولا خيار بعده؛ إذ لزم البيع بنفس العقد فلا يثبت بعده إلا بالشرط؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع))^(٣)، ولم يفصل^(٤) ونحوه.

[علي وابن عباس وابن عمر وأبو هريرة وأبو بزة^(٥) ثم الشعبي والحسن البصري [وسعيد بن المسيب] وطاوس وعطاء والزهري والباقر والصادق وزين العابدين والناصر وأحمد بن عيسى والإمام يحيى والأوزاعي وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه وأبو ثور والشافعي]: قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((البيعان بالخيار ما لم يفترقا)) ونحوه^(٦).

(١) عندهم.

(٢) يعني: إذا بذل عوض المشفوع فهل له فيه خيار أم لا. (شرح).

(٣) قوله: «إذا اختلف المتبايعان.. إلخ»: لفظه في الموطأ (١٣٦٨) قال مالك: بلغه أن ابن مسعود كان يحدث أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((أبياً يعين تبايعاً فالقول ما قال البائع أو يترادان)). وفي رواية الترمذي (١٢٧٠) عن ابن مسعود قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إذا اختلف البيعان فالقول قول البائع والمتابع بالخيار)). [البيهقي (١٠٥٨٧)، وأحمد (٤٤٤٤)].

(قوله): ونحوه: كقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه)) وأمثاله، قال في التلخيص: أما رواية التخالف فاعترف الرافعي في التذنيب أنه لا ذكر لها في شيء من كتب الحديث.

(٤) بين أن يكون قبل التفرق أو بعده. (شرح).

(٥) في نسختين: أبو يرده.

(٦) قوله: «البيعان بالخيار ما لم يفترقا ونحوه»: عن ابن عمر أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((المتبايعان بالخيار في بيعها

قلنا: معارض بقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ [النساء: ٢٩]،
﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فلم يفصل، ولا
صرح في خبركم بفرقة الأبدان، فحملناه على تفرق الأقوال وجمعاً بين الظواهر،
وظاهر خبركم أصرح إلا أنه يعضد ظاهرنا القطع بأصله، والقياس على النكاح
والإجارة.

قلت: إن أجمع على صحة خبرهم فهو أقوى، ولا يعارضه ما ذكرنا بل كالمطلق
والمقيد، والخبر أولى من القياس.

فَرَعٌ: [لهم]: والتفرق المبطل للخيار ما يسمى في العادة تفرقا ففي المنزل الصغير
بخروج أحدهما، وفي الكبير التحول من مجلسه إلى آخر بخطوتين أو ثلاث كفعل
ابن عمر^(١).

فإن قاما جميعاً وذهبا معاً فلها الخيار ما لم يفترقا؛ لقضاء أبي برزة بذلك^(٢) مسنداً

ما لم يفترقا أو يكون البيع خياراً)) هذه إحدى روايات حديث أخرجه الستة. [الإمام زيد في المجموع عن
علي بن النخوع وأحمد بن عيسى في الأمالي بسنده عنه، وعن ابن عمر، وعلي بن بلال في شرح الأحكام بسنده
من طريقها، والمؤيد بالله في شرح التجريد، والبخاري (٢١٠٧)، والنسائي (٤٤٧٣)، والبيهقي
(١٠٢١٢)، والترمذي (١٢٤٥)]. وعن حكيم بن حزام أن رسول الله ﷺ قال: ((البيعان بالخيار ما لم
يفترقا -أو قال: حتى يفترقا- فإن صدقا وبيننا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما))
أخرجه الستة إلا الموطأ، وفي ذلك أحاديث أخر. [علي بن بلال في شرح الأحكام بسنده، والبخاري
(٢٠٧٩)، ومسلم (١٥٣٢)، وأبو داود (٣٤٥٩)، والترمذي (١٢٤٦)، وابن حبان (٤٩٠٤)].

(١) قوله: «لن فعل ابن عمر»: ذكر في بعض روايات حديث ابن عمر الذي تقدم قال نافع: فكان ابن عمر إذا
باع رجلاً فأراد ألا يقيله قام فمشى هنيئة ثم رجع. [مسلم (١٥٣١)]. قلت: لكن في حديث أخرجه أبو
داود (٣٤٥٦) والترمذي (١٢٤٧) والنسائي (٤٤٨٣) عن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال:
((البيعان بالخيار ما لم يفترقا، إلا أن تكون صفقة خيار ولا يحل أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله)) انتهى.
[الدارقطني (٥٠/٣)، والبيهقي (١٠٢٢٩)]. ويحتمل أن يكون قوله: «ولا يحل أن يكون» مدرجا في
الحديث من كلام الراوي، والله أعلم.

(٢) قوله: «لقضاء أبي برزة بذلك.. الخ»: عن أبي الوضئ قال: غزونا غزوة ففتلنا متزلاً فباع صاحب لنا فرساً
بغلام ثم أقاما بقية يومها وليتئها، فلما أصبحنا من الغد حضر الرحيل فقام إلى فرسه يسرجه وندم فأتى
الرجل وأخذه بالبيع، فأبى الرجل أن يدفعه إليه فقال: بيني وبينك أبو برزة صاحب رسول الله ﷺ فأتيا
أبا برزة في ناحية العسكر فقالا له هذه القصة فقال: أترضيان أن أقضي بينكما بقضاء رسول الله ﷺ؟ قال
رسول الله ﷺ: ((البيعان بالخيار ما لم يفترقا)). وفي رواية أنه قال: «ما أراكما افترقتما» أخرج الحديث أبو
داود (٣٤٥٧). [والترمذي (١٢٤٦)، والبيهقي (١٠٧٤٣)].

إلى قضاء رسول الله ﷺ، فإن جعل بينهما حائل من حائط أو غيره لم ينقطع ولا ينقطع بامضاء أحدهما، وينفسخ بفسخه، ولا يكرهاهما على التفرق بل بهرب أحدهما وإن لم يرض الآخر، ولا بجنون أحدهما أو نحوه^(١).

[الإمام يحيى]: فإن استمر ناب عنه وليه وكذا لو خرس ولم تمكنه الإشارة، ويثبت^(٢) [الخيار] للوكيل فإن مات انتقل إلى الأصل^(٣)، فإن تقابضا ثم تبايعا^(٤) صح الثاني؛ إذ دخولهما فيه يبطل للخيار في الأول. وإن مات المتعاقدان انتقل إلى الوراث^(٥) وإلا فالحاكم، ويبطل الخيار بإبطالهما إياه قولاً حال العقد أو بعده، لا قبله، أو فعلا كبيع المبيع أو إعتاقه ونحوه^(٦). والقول لمنكر التفرق والفسخ؛ إذ الأصل عدمهما.

٢٩٤- فصل: [في خيار الشرط]

وخيار الشرط مشروع إجماعاً؛ لقوله ﷺ لِحَبَّانٍ^(٧): ((ولك الخيار ثلاثاً)).

- (١) الإغناء. (شرح).
- (٢) عندهم.
- (٣) حيث كان في المجلس.
- (٤) يعني: إذا باع منه شيئاً ثم قبضه المشتري وقبض البائع الثمن ثم إن المشتري باعه بيعاً آخر من البائع صح البيع الثاني.
- (٥) إن كان في المجلس.
- (٦) كالوقف وسائر التصرفات. (شرح).

(٧) قوله ﷺ لِحَبَّانٍ^(٧) ولك الخيار ثلاثاً: لفظه في الشفاء: وروي أن رسول الله ﷺ قال لحبان بن منقذ لما كان يخدم في البيع والشراء ولا يتركها: ((من بايعته فقل: لا خلافة، وأنت بالخيار ثلاثاً)) أنتهى. [أخرج نحوه الإمام زيد في المجموع، والمؤيد بالله في شرح التجريد]. والذي في الجامع عن ابن عمر أن رجلاً ذكر لرسول الله ﷺ أنه يخدم في البيوع فقال النبي ﷺ: ((من بايعت فقل: لا خلافة)) زاد في رواية للبخاري (٢١١٧): فكان إذا بايع قال: لا خلافة. أخرجه إلا الترمذي. [مسلم (١٥٣٣)، وأبو داود (٣٥٠٠)، والنسائي (٤٤٨٤)]. وعن أنس أن رجلاً كان يبتاع على عهد رسول الله ﷺ وفي عقده ضعف فأتى أهله رسول الله ﷺ فقالوا: يا رسول الله احجر على فلان فإنه يبتاع وفي عقده ضعف، فنهاه فقال الرجل: إني لا أصبر عن البيع، قال: ((إن كنت غير تارك للبيع فقل: ها وها ولا خلافة)) [أخرجه علي بن بلال في شرح الأحكام بسنده عن أنس] أخرجه أبو داود (٣٥٠١) والترمذي (١٢٥٠) وكذا النسائي (٤٤٨٥) إلا أنه لم يذكر «ها وها» وليس في شيء من روايات الجامع ذكر الخيار ثلاثاً والله أعلم. وقد حكى في التلخيص عن الراعي أن الروايات التي فيها ذكر الخيار ثلاثاً ليست في كتب الحديث =

٢٨٥٥- **سَأَلَتْ:** ولا يصح شرطه قبل العقد إجماعاً؛ إذ هو كالصفة للعقد فلا تذكر قبل الموصوف.

ويصح مقارناً إجماعاً؛ إذ يصير كالجزم منه. [القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه]: ويصح متأخراً؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ﴾ [النساء: ٢٤]، والبيع كالنكاح. [الناصر والشافعي]: لا يلحق إلا في المجلس، إذ المتأخر منفصل كالمقدم.

قلنا: هو صفة للعقد فامتنع تقدمه.

فَرَعٌ: والتأجيل والزيادة والنقص المعلومات في المبيع والثلث والخيار والأجل كالخيار في محل الإجماع^(١) والخلاف.

٢٨٥٦- **سَأَلَتْ:** [القاسمية وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وابن أبي ليلى والأوزاعي]: ويصح في شرط الخيار الزيادة على الثلاث لقوله ﷺ: ((إن لم تكن صفقة خيار))^(٢) ونحوه، ولم يفصل^(٣). [زيد بن علي وأبو حنيفة والشافعي وزفر]: لا؛ لقوله ﷺ: ((ولك الخيار ثلاثاً)).

قلنا: ثبتت الثلاثة بهذا، والزيادة بخبرنا.

[مالك]: يصح قدر ما يختبر به المبيع في العادة؛ إذ القصد رفع الخديعة.

قلنا: إن كانت معلومة فموافق، وإلا فلا؛ للجهالة.

المشهور، وإنما هي في كتب الفقه، ثم حكى الحافظ ابن حجر عن الحميدي والحاكم (٢٢٠١) وغيرهما من حديث ابن عمر ما لفظه في بعض الروايات: ((إذا ابتعت قفل: لا خلافة، وأنت بكل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال))، ونسب نحو ذلك إلى الدارقطني (٥٣/٣) وابن ماجه (٢٣٥٥) وغيرهما من طريق آخر فيه مقال. [اليهقي (١٠٢٣٩)، وابن حبان (٥٠٥١)]. ثم قال: وأما رواية الاشتراط فقال ابن الصلاح: منكورة لا أصل لها، وأراد برواية الاشتراط ما ورد في بعض الروايات: «قل: لا خلافة، واشترط الخيار ثلاثاً» انتهى.

(١) يعني: كخيار الشرط إن قارنت العقد صحت إجماعاً وإن تقدمت العقد بطلت إجماعاً وإن تأخرت فالخلاف المذكور في الكتاب.

(٢) قوله: «إن لم تكن صفقة خيار.. إلخ»: تقدم ما يتضمن معناه.

(٣) بين قليل المدة وكثيرها.

[الشافعي وزفر]: فإن زاد على الثلاث فسد العقد؛ إذ الزيادة كالمنهي عنها لِقَصْرِه في الثلاث، ولا يصححه إسقاطها من بعد. [أبو حنيفة]: بل يصححه إن أسقطت قبل مضي المدة؛ إذ تصير كأنها لم تكن من الأصل. قلنا: الزيادة تصح؛ للخبر. ويصح دون الثلاث إجمالاً.

فَرْعٌ: [العترة والفقهاء الأربعة]: فإن جهلت مدته فسد العقد^(١). [ابن أبي ليلى]: بل يلغو الشرط. [الحسن بن صالح وابن شبرمة]: يصحان ويتأبد الخيار. [المنصور بالله]: يصح حيث أطلقت وتكون ثلاثاً ويفسد حيث ذكرت مجهولة^(٢). لنا: النهي عن بيع الغرر.

٢٨٥٧- **سَأَلَتْ:** [العترة والفريقان]: ويصح اشتراطه لأيهما؛ إذ هو صفة للعقد فاستويا فيه. [سفيان الثوري وابن شبرمة]: لا يصح شرطه للبائع. [سفيان الثوري]: فإن فعل أفسد؛ إذ القياس منعه مطلقاً^(٣) كالمقيد بمستقبل لكن أثبتته الشرع للمشتري فبقي البائع على المنع. قلنا: وهو مقيس^(٤).

٢٨٥٨- **سَأَلَتْ:** [العترة والفريقان]: ويصح لغيرهما؛ إذ لا مقتضى للمنع. [قول للشافعي]: لا؛ إذ هو حكم للعقد فيفسد بجعله لغير العاقد كسائر أحكامه. قلنا: قد يتعلق بالأجنبي غرض كخبرته فلو اشترى عبداً على أن للعبد الخيار صح كالأجنبي.

فإن قال: على أن أستأمر أبي لم يرده حتى يستأمره.

-
- (١) إن قارن وإن تأخر لغني. (شرح أنهار).
 (٢) نحو أن يقول: ولي الخيار إلى ما شئت أو حتى يقدم فلان. (شرح بحر).
 (٣) من البائع والمشتري.
 (٤) بجامع كون الخيار إنما شرع لرفع الغبن والخديعة، وهذا حاصل في حق البائع على حد حصوله في حق المشتري. (شرح).

قلت: وفيه نظر إن قلنا يتبعه الجاعل.

فَرَعٌ: ويتبعه الشرط؛ إذ لا يعقل ثبوته للأجنبي مستقلاً؛ لعدم العلقه بل بطريق النيابة. [أحد وجهي أصحاب الشافعي]: لم يشترط له.

قلنا: تضمنه شرطه للغير.

قلت: ما لم يسقطه بشرط.

ويبطل بموت شارطه فيتبعه المَجْعُولُ له؛ إذ هو كالتائب عنه.

٢٨٥٩- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ولا يصح إلى طلوع الشمس؛ للجهالة؛ إذ قد تحتجب، ويصح إلى وقت طلوعها؛ إذ هو معلوم، وكذا إلى غروبها؛ إذ معناه سقوط القرص.

قلت: في الفرق دقة^(١).

فَرَعٌ: فإن باع وقال: «لا خلافة^(٢)» فإن علما أن معناه خيار الثلاث صح، وإلا فلا خيار.

فَرَعٌ: ويصح تفاضلها في مدته حسب الشرط، وأن يبطله بعد شرطه؛ إذ شرعه إليهما، فكذا قطعه.

٢٨٦٠- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: وأول مطلقه وقت العقد كالأجل^(٣).

٢٨٦١- **سَأَلَتْ:** [العترة والفريقان]: ولا يكره تسليم الثمن في مدة الخيار. [مالك]: يكره؛ إذ يصير بعد التفاسخ في معنى سلف^(٤) وبيع.

(١) لعلمهم قصدوا بطلوعها رؤيتهم لها [١] دون العلم بطلوعها فيظهر الفرق، وإن لم يقصدوا ذلك فالذهب عدم الفرق.

(٢) بكسر الخاء المعجمة.

(*) يعني: واقتصر على هذا اللفظ ولم يقل: ولي الخيار ثلاثاً، فإنه يفصل في ذلك كما في الكتاب. (شرح بحر).

(٣) وفي الأزهار: وأول مطلق الأجل وقت القبض.

(٤) قال: لأن المشتري إذا سلم الثمن ثم تفاسخا يصير كأنه أقرضه فيجتمع بيع وقرض. قلنا: لا نسلم ذلك. (شرح بحر).

[١] فإن قصدوا الرؤية لها لم يصح؛ إذ قد تحتجب وإن لم يقصدوا إلا الوقت الذي تطلع فيه وإن لم تر صح.

قلنا: لا نسلم.

٢٨٦٢- **سَأَلَتْ: (١)** [الإمام يحيى]: ويدخل الخيار في البيع والصلح **(٢)** بمعناه، وفي الإجارة وفي المهر، و عوض الخلع حيث هو عين كالمبيع، ولا يدخل في الصرف والسلم؛ لشرط التقابض في المجلس، ويُبطلها إن لم يُبطل في المجلس **(٣)** ويبطل الشفعة مطلقاً، ولا في الرهن؛ إذ للراهن الخيار قبل القبض، والمرتهن يفسخ متى شاء، ولا في أي عقد جائز من كلا الطرفين **(٤)**، ولا في وقف ولا عتق؛ إذ هما إزالة ملك لقربة. ولا في نكاح؛ إذ شرع للدوام والخيار ينقضه، ولا القسمة إن جعلناها إفرازاً **(٥)**، ولا التدبير، والكتابة **(٦)** كالعتق.

وأما العبد فله الخيار **(٧)** حتى يوفي ولا الطلاق؛ إذ لا يرتفع بعد وقوعه فنافي حكم الخيار.

ولا الوصية؛ إذ له الرجوع حتى يموت.

قلت: ولا في الهبة؛ لصحة الرجوع فيها، وإلا فهي بيع أو قربة، ولا في النذر كالقرب. والأقرب دخوله في الرهن كما سيأتي.

٢٨٦٣- **سَأَلَتْ:** فإن حدث به عيب في مدة الخيار فأمضى بعد حدوثه وعلمه فلا فسخ بعد، وإلا فله الفسخ في المدة لا بعدها؛ إذ يكون كالحادث في يد المشتري.

(١) من هذه المسألة إلى آخر مسائل الفصل اختلاف في ترتيب المسائل بين نسخ البحر وفي الفصل الذي بعده أيضاً.

(٢) وذلك نحو: أن يكون عليه له ألف درهم فيعطيه بها عيناً فهذا وما شاكله يكون بيعاً ويثبت فيه خيار الشرط وهكذا في الهبة على عوض. (شرح بحر).

(٣) مستقيم في السلم وأما في الصرف فلا يصح ولو أبطله في المجلس لأن الخيار يبطله مطلقاً، وقد ذكر معناه في تعليق الفقيه علي.

(٤) كالوكالة والشركة والعارية والوديعة والقراض.

(٥) وإن جعلناها بيعاً ثبت فيها خيار الشرط. (شرح بحر).

(٦) المذهب صحة الخيار لهما معاً، إجماعاً. (غيث). حيث لا وفاء عنده.

(٧) في الكتابة.

٢٨٦٤ - **سَأَلَتْ:** [القاسمية وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وأحد أقوال الشافعي]: وإذا انفرد به المشتري ملكه، ولا يطالب بالثمن قبل مضي المدة؛ إذ قد انبرم من جهة البائع (١) كلو لم يَخَيَّر.

[أبو حنيفة وأحد أقوال الشافعي]: يخرج من ملك البائع ولا يملكه المشتري قبل مضي المدة، وإلا ملكه وبدله ولا نظير له.

قلنا: وجها الملك متغايران، فالثمن لكونه ماله، والمبيع بشرط انقضاء المدة.

[أحد أقوال الشافعي]: بل موقوف فإن فسخ المشتري انكشف أنه لم يملكه.

قلنا: بل ملكه؛ بحصول سبب الملك وهو العقد وله نقضه بالشرط.

فَرَعٌ: [المذهب والفريقان]: فإذا تلف قبل (٢) الفسخ ضمنه المشتري. [القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه]: بالثمن؛ إذ قد تلف من ماله. [ابن أبي هريرة]: بل بالقيمة؛ إذ الثمن عوض الباقي لا التالف ففيه القيمة كالغصب.

قلنا: قد لزم الثمن بالعقد فتعين كلو بقي.

فَرَعٌ: ويعتق عليه (٣) ويشفع فيه (٤) ويتعيب في يده من ماله على قولنا لا قولهم (٥).

٢٨٦٥ - **سَأَلَتْ:** [القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه وأحد أقوال الشافعي]: فإن كان [الخيار] لهما أو للبائع فقط انعكست الأحكام (٦)؛ إذ شرط الخيار لنفسه دليل كونه لم يرض بانبرام خروجه عن ملكه.

(١) هذا تعليل لملك المشتري للمبيع، ومعناه: أن المبيع قد خرج عن ملك البائع بمطلق العقد ويجب دخوله في ملك المشتري كما لو اشتراه من غير شرط الخيار وليس للبائع المطالبة هنا بالثمن؛ لأن الثمن قبل مضي مدة الخيار دين غير مستقر. (شرح بحر).

(٢) وهو في يد المشتري.

(٣) إذا كان رحماً له.

(٤) وبه. (فتح).

(٥) يعني: أبا حنيفة والشافعي وابن أبي هريرة.

(٦) وهي العتق وما بعده. (شرح).

٢٨٦٦- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: وإذا كان الخيار لهما في الجارية فأعتقها المشتري فوجهان: أصحهما تعتق؛ إذ قد ملكها المشتري.

قلت: الأقرب أنه لم يملكها فلا تعتق.

٢٨٦٧- **سَأَلَتْ:** والفوائد فيه لمن استقر له الملك؛ لأنها كالجزة منه، والمؤن عليه.

٢٨٦٨- **سَأَلَتْ:** [أبو حنيفة وأصحابه]: ومن اشترى عبداً بأمة والخيار له فأعتقها عتقا، كلو أعتق كلاً على انفراده. [الشافعي وأصحابه]: يعتق أحدهما فقط لا بعينه؛ إذ لا يملك عتق الآخر بعد عتق الأول.

[الحداد والأكثر من أصحاب الشافعي]: ويتعين العبد؛ إذ فيه تقرير^(١) للعقد. [ابن الصباغ]: بل الأمة؛ إذ الفسخ أولى، لكون العقد من أصله غير منبرم.

قلت: الأقرب للمذهب أن يتمانعا إن أعتق بلفظ واحد، ويحتمل أن المذهب كقول ابن الصباغ كما قلنا في اتفاق وقت الفسخ والإمضاء من المشتريين.

٢٨٦٩- **سَأَلَتْ:** ويصح الإمضاء في غيبة الآخر إجماعاً؛ إذ بينى [ابتنى] عليه العقد. [القاسمية وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن]: بخلاف الفسخ؛ إذ يتعلق بحضور كل واحد منهما كالوديعة^(٢). [ابن أبي ليلى ومالك والشافعي وزفر]: لا يعتبر رضاؤه فلا يعتبر حضوره كالطلاق.

قلنا: هو برد الوديعة أشبه^(٣).

قلت: وفيه نظر^(٤).

٢٨٧٠- **سَأَلَتْ:** [العترة والفريقان]: ويلزم المبيع [البيع] بمضي مدة الخيار من دون

(١) وعتق الأمة فسخ، وإذا اجتمع في حق من له الخيار وهو المشتري ما يوجب الفسخ والتقرير كان التقرير أولى.

(٢) إذ يصير ما في يد كل واحد منهما بالفسخ أمانة فاعتبر حضورهما كالأستيداع. (غيث).

(٣) إذ كل واحد منهما حل عقد في مال والطلاق حل عقد في غير مال. (شرح بحر). والخصم لا يسلم

أن الطلاق حل عقد في غير مال إذ لخروج البضع قيمة. (شرح بحر).

(٤) لعل وجه النظر: أن الفسخ حق للفاسخ لا للآخر فلا يعتبر حضوره. (شرح).

فسخ عاقلاً ولو جاهلاً. [مالك]: لا، حتى يقول: أمضيت.

قلنا: لا يحتاج كمضي مدة الأجل.

فَرْعٌ: فإن قال في المدة: لا أبيع حتى تزيد أو المشتري حتى تنقص - كان فسخاً^(١)، وكذا لو طلب البائع حلول المؤجل أو المشتري تأجيل الحال^(٢). ويردته حتى انقضت مدة الخيار.

٢٨٧١- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: وبيع البائع ما له فيه الخيار نقض، وبيع المشتري إمضاء، وإن كان أمة فلمن له الخيار وطؤها، فإن كان لهما فللبائع فقط، فإن وطئها المشتري لزمه المهر^(٣) والنسب^(٤) وقيمة^(٥) الولد وصارت أم^(٦) ولد؛ إذ له ملك فيها لكن ضعيف.

قلت: فأشبهه ملك الأب في جارية ابنه.

٢٨٧٢- **سَأَلَتْ:** وإذا تصرف من له الخيار في المبيع أي تصرف لنفسه غير تعرف كالتقبيل والشفع والتأجير ونحوها فمن البائع فسخ إلا في مبيع مسلوب المنافع مدة معلومة، ومن المشتري إمضاء، والوجه ظاهر.

٢٨٧٣- **سَأَلَتْ:** [المذهب]: ولا يورث خيار الشرط؛ إذ الوارث لم يعقد ولا شرط له، ويبطل خيار من مات منها. [أبو طالب]: والحي على خياره؛ إذ لا مقتضى لبطلانه. [المؤيد بالله]: بل يبطل؛ إذ هو حق واحد فلا يتبعض.

قلنا: بل يتعدد بتعدد المستحق له مع اختلاف جهته.

[مالك والشافعي]: بل يورث كخيار العيب.

(١) والوجه أن كل واحد منهما لم يرض بانبرام العقد إلا بحصول ما شرطه ولم يحصل. (شرح).

(٢) كان إمضاء للبيع.

(٣) إذا فسخ.

(٤) مطلقاً.

(٥) إن فسخ.

(٦) إن أمضى.

قلنا: العيب كالمال؛ إذ هو جزء من المبيع فيورث، والشرط رأي فلا يورث.
 ٢٨٧٤- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: ويتنقل إلى وارث من ارتد ولحق بدار الحرب؛ إذ لو عاد
 كان على خياره بخلاف الموت، وإلى ولي من جُنَّ، فإن عقل في المدة رجع إليه، وإلى
 صبي بلغ في المدة، والوجه ظاهر.

فإن مضت مدة الخيار وهو غير عاقل لم يبطل خياره؛ إذ مضت، ولا حكم
 لقوله، بخلاف ما [من] إذا مضت وهو مرتد؛ إذ لقوله حكم، فلو أبطله بطل^(١)،
 فإن عقل وقد فسخ الولي أو أمضى نفذ؛ لصحة تصرفه. وفي السكران الخلاف^(٢).

٢٨٧٥- **سَأَلَتْ:** [العترة وأبو حنيفة وسفيان الثوري]: وإذا اختلف المشتريان بخيار
 فالقول لمن سبق؛ إذ في جعله لمن رد تفريق للصفقة أو إبطال [مدة] خيار الممضي
 فلا يجوز كلو باع منه عبيدين فقبل أحدهما. [الناصر والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن
 الحسن ومالك^(٣)] وابن أبي ليلى والبتي]: موضوع خيار الشرط الرفق والمساهلة فيكون
 القول لمن رد مطابقة لمقصود الشرع.

قلنا: جعل القول للسابق فيه توسط وعدل.

[أبو طالب]: بخلاف العيب فالقول لمن رضي؛ إذ دخلا فيه على شرط السلامة،
 فرضا أحدهما استهلاك لحق صاحبه، بخلاف الشرط فدخولهما فيه جميعاً يقتضي
 رضا كل بكون خياره تابعاً لخيار الآخر.

فَرَعٌ: أما لو لم يسبق أحدهما فالفسخ عندنا وأبي حنيفة؛ إذ هو خلاف الأصل
 كهيئة الخارج. [مالك]: بل الرضا أولى؛ لتقريره الأصل، وهو بقاء العقد.
 لنا: ما سيأتي^(٤).

(١) وفي البيان: فإن اختار التمام أو الفسخ كان موقوفاً إن رجع إلى الإسلام صح ما اختاره، وإن مضت
 المدة تم البيع ولم يكن لما اختاره حكم.

(٢) يبطل خياره. (شرح فتح).

(٣) ساقط في أكثر النسخ. رمز أبي يوسف ومحمد ومالك.

(٤) في الحادية والثلاثين في فصل ما يبطل به الرد.

٢٩٥- فصل: [في خيار الرؤية]

وخيار الرؤية مشروع^(١) عند من صحح بيع موجود لم يُر، وقد مر^(٢).
 ٢٨٧٦- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن القاسمية]: ولا يحتاج إلى ذكر جنس ولا نوع؛
 لتعيينه من دون ذكرهما كالنكاح.
 قلت: لعله يعني حيث قد عرف جنسه.

[الشافعي]: بل لا بد منهما، وإلا لم يصح كبعثك ثوب خز. [الشافعي]: ويكفيان. [ابن
 أبي هريرة]: بل تذكر جميع صفاته. [الإسفرائيني]: بل معظمها؛ لترتفع الجهالة.
 قلنا: ارتفعت بتعيينه.

٢٨٧٧- **سَأَلَتْ:** ويبطل بموت العاقد^(٣) وبأي تصرف غير الاستعمال كالتأجير
 ونحوه^(٤)؛ إذ هو كالإبطال، وبتعيب المبيع والنقص عما شمله العقد؛ لأنه إن رده
 مع الأرش فلا قائل به ودونه ظلم، ولا عبرة بنقص السعر.
 ٢٨٧٨- **سَأَلَتْ:** [المذهب]: ويبطل بتقدم الرؤية بمدة لا يتغير مثله في مثلها،
 لارتفاع الغرر.

٢٨٧٩- **سَأَلَتْ:** [المذهب]: وبسكوته عقيبتها كخيار الشرط. [الإمام يحيى حكاية عن
 أبي العباس]: بل يعتبر المجلس^(٥) كالقبول؛ لثبوته بالعقد.
 قلنا: شرع للتروي بعد العقد فأشبهه خيار الشرط.

٢٨٨٠- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة]: وبرؤية الوكيل؛ لتعلق الحق به^(٦)، لا برؤية
 الموكل. [الناصر والإمام يحيى والشافعي]: بل برؤية الموكل؛ لقوله ﷺ: ((فهو

(١) للمشتري فقط.

(٢) في التاسعة عشرة من الفصل الخامس من الباب الثاني. (شرح).

(٣) أو الردة مع اللحق.

(٤) هو ما مر في خيار الشرط.

(٥) ما لم يعرض. (بيان).

(٦) من قبض المبيع وتسليم الثمن وكتابة الكتاب فهكذا حال الرؤية. (بستان).

بالخيار)) (١).

قلنا: أراد من تعلق به العقد.

[الإمام يحيى]: وكذا الخلاف في الوكيل بالقبض دون العقد.

قلت: ورؤية الرسول لا تبطل رؤية المرسل؛ إذ ليس بنائب إلا للمُعْطِي.

٢٨٨١- **سَأَلَتْ**: [الإمام يحيى]: ولا يصح إبطاله قبل الرؤية؛ إذ هي السبب فلا يبطل قبل وجوده، ولثلا يلزمه بالبيع مجهول الصفة، ويصح الفسخ قبل الرؤية؛ إذ هو إسقاط فيصح في المجاهيل.

قلت: الأقرب بطلانه؛ إذ سبب ثبوته العقد، ولا جهالة مع تعيينه.

٢٨٨٢- **سَأَلَتْ**: [العترة]: ويجب رد الفوائد الأصلية؛ إذ هي بعضه. [قول للشافعي]: ((الخراج بالضمان)) ولم يفصل بين الفرعية والأصلية.

قلنا: الخراج اسم للكراء ونحوه لا غير.

[الإمام يحيى]: فإن تلفت لا بجناية لم يضمناها؛ إذ هي أمانة.

قلت: بل يضمن؛ إذ هي نهاء (٢) مضمون كفوائد معيب فسخ بحكم، وأما الفرعية فللمشتري إن حدثت بعد قبضه كفي خيار العيب.

[المنصور بالله والقاضي زيد]: لا، كخيار الشرط.

قلنا: العقد مع الشرط غير مستقر، فافترقا.

٢٨٨٣- **سَأَلَتْ**: [الأحكام وأبو طالب والمؤيد بالله وأبو حنيفة]: وله الفسخ بالرؤية وإن وجدته على ما وصف؛ لقوله ﷺ: ((فهو بالخيار إذا رآه))، ولم يفصل. [الفنون وأبو العباس وبعض أصحاب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي]: ثبت من غير شرط فاعتبرت المخالفة كالمعيب.

قلنا: لم يثبت لأجل النقص، بخلاف المعيب.

(١) قوله: «فهو بالخيار»: أراد ما روي عنه ﷺ أنه قال: ((من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه)) وفيه ما تقدم.

(٢) في مقابلة عوض.

٢٨٨٤- **سَأَلَتْ:** ولا تكفي رؤية المرأة؛ إذ هي بانعكاس الشعاع، ولا الحوت في الماء؛ إذ هي غير مميزة، وتكفي من وراء زجاج؛ لنفوذ الشعاع من خلاله. ولا يبطله الرضا بالقلب (١) ما لم ينطق (٢)، ولا رؤية بعض المختلف.

[المؤيد بالله]: ويعنى عن داخل السفينة؛ إذ العبرة بظاها، لملاقاته الماء، وكذلك رؤية ثوب من ثياب مستوية تكفي.

ولا بد من رؤية كل الدار، ويعنى عن باطن الحش، وكذا لو رأى إحدى الأرضين لم يكف؛ للاختلاف، وتكفي رؤية وجه الزرابي والطنافس؛ إذ هو المقصود لا قفاها. ويكفي من العبد والأمة وجوههما (٣)؛ إذ هو المقصود في الآدميين. [الإمام يحيى]: أما في الأمة فلا (٤)؛ إذ تراد للوطء، بخلاف العبد.

ويكفي جس ما اشترى للذبح، وضرع ما اشترى للبن، وما اشترى للركوب فكله. ٢٨٨٥- **سَأَلَتْ:** والقول للمشتري في نفي الرؤية المميزة، وللبائع في نفي الفسخ، والوجه ظاهر (٥). وإذا اختلف المشتريان في الرؤية فالقول لمن رد؛ لظاهر الخبر (٦).

(١) إذا فسخ بلسانه. (بيان).

(٢) بالرضا.

(٣) والأقرب أن رؤية الوجه لا تكفي.

(٤) فله الخيار حتى يرى جميع جسمها. (بستان) إلا العورة. (غيث معنى).

(٥) لأن الأصل بقاء العقد. (غيث).

(٦) وهو قوله ﷺ من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه. (شرح).

٢٩٦- فصل: [في خيار الغرر]

وخيار الغرر كبيع المعدوم وقد مر، والمصرأة.

٢٨٨٦- **سَأَلَتْ:** [ابن عمر وابن مسعود وأنس وأبو هريرة ثم العترة والشافعي ومالك وسفيان الثوري^(١) وابن أبي ليلى وأبو يوسف وزفر^(٢)]: ويثبت الخيار في المصرأة وإن لم يشترط؛ لقوله ﷺ: ((وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر..)) الخبر^(٣)، ونحوه. [محمد بن الحسن]: ليس عيباً فلا خيار.

قلنا: عيب بالنظر إلى ظنها غير مصرأة.

[أبو حنيفة]: لا رد، بل يرجع بأرش النقص؛ إذ قد تلف بعض المبيع كخيار العيب.

قلنا: خصها الخبر.

[داود]: يثبت في الناقة والشاة؛ إذ الآثار فيها لا في البقرة.

قلنا: وهي مقيسة.

٢٨٨٧- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ولا تفسخ المصرأة إلا بعد ثلاث؛ إذ لا تعرف التصرية بدونها؛ لظاهر الآثار. وقيل: له الفسخ متى انكشفت التصرية.

قلت: وهو الأقرب.

٢٨٨٨- **سَأَلَتْ:** وإذا اجتمع اللبن من غير قصد التصرية فله الفسخ قياساً. وقيل: لا؛

(١) ساقط في بعض النسخ وزيادة رمز الليث بن سعد في نسخة واحدة.

(٢) الأسماء مختلفة في بعض النسخ عما هنا.

(٣) قوله: «وإن سخطها ردها.. الخ»: عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: ((لا تصروا الإبل والغنم، فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها وصاعاً من تمر)) هذه إحدى روايات حديث أخرجه الستة. [البخاري (٢١٥١)، ومسلم (١٥١٥)، وأبو داود (٣٤٤٣)، والترمذي (١٢٥١)، والنسائي (٤٤٨٨)]. وفي رواية: ((ورد معها صاعاً من طعام لا سمراً)). وفي أخرى: ((صاعاً من تمر لا سمراً)). وفي رواية: ((وإن سخطها ففي حلبها صاع من تمر)). وفي رواية: ((من اشترى شاة مصرأة فهو بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ورد معها صاعاً من تمر)). وعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: ((من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام، فإن ردها رد معها مثل أو مثلي لبنها قمحاً)) أخرجه أبو داود (٣٤٤٦). [أخرجها والتي قبلها الإمام زيد في المجموع عن علي ومن طريقه المرادي في الأمالي، والمؤيد بالله في شرح التجريد باختلاف يسير].

إذ التصرية لا تكون إلا بقصدها، فإن اشتراها عالماً فلا خيار في الأصح كالعيب.
 ٢٨٨٩- **سَأَلَتْ:** [المذهب]: وإذا ردها رد اللبن، فإن تلف فمثله، فإن تعذر في البلد
 فالقيمة. [الشافعي ومالك]: لا، بل يرد صاعاً من تمر؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ويرد معها
 صاعاً من تمر لا سمراء)).

قلنا: وروي: ((صاعاً من طعام سمراء))، وروي: ((ويرد معها مثلاً أو مثلي
 لبنها))، وروي: ((مثل لبنها))، فدل على أن القصد الجبر من غير تعيين. وحيث
 ذكر التمر والطعام أراد عند تعذر المثل جمعاً بين الأخبار.

٢٨٩٠- **سَأَلَتْ:** وإذا رد المصرة بعيب غير التصرية رد لبن التصرية؛ إذ هو من
 جملة المبيع لا الحادث بعده؛ إذ هو نماء ملكه.

٢٨٩١- **سَأَلَتْ:** وتصرية الأمة والأتان كغيرهما في الأصح؛ إذ قد تطلب للرضاع،
 وفي رد بدل لبنها وجهان: أصحهما: لا يلزم؛ إذ لا قيمة له.

٢٨٩٢- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله وأبو طالب]: وبيع متعذر التسليم في الحال كالمرهون
 ليس من الغرر فيصح. [أبو حنيفة]: لا.

قلنا: صدر من أهله وصادف محله، فصح.

فَرَعٌ: [المؤيد بالله وأبو طالب]: ويخيران جميعاً في مجهول المدة قبل قبضه كالمرهون
 المطلق؛ إذ العقد كالموقوف. [الإمام يحيى]: بل يخير المشتري فقط إن جهل، لا إن علم
 كالمؤجر، وفيه نظر^(١).

فَرَعٌ: [أبو طالب]: والأبق والضال والمغصوب والمسروق كالمرهون. [المؤيد بالله]:
 بل كالطير في الهواء.

فَرَعٌ: وفي معلوم المدة كالمؤجر يخير المشتري فقط إن جهل، وإلا فلا؛ إذ هو عيب.

(١) أنه بالموقوف أشبه.

٢٩٧- فصل: [في خيار فقد الصفة]

وخيار فقد الصفة مشروع في البيع والإجارة والسلم والهبة بعوض؛ إذ لا خلاف في صحة اشتراط ما يقتضيه العقد كتسليم الثمن، أو يكون من مصالحه كالرهن والضمين فصح اشتراط صفة الفضل قياساً، كشراء عبد على أنه كاتب. وفي اشتراط كون الأمة حاملاً تردد: الأصح: يصح كالصفة. وقيل: لا؛ إذ هو اشتراط عين. قلنا: بل صفة؛ لعدم استقلاله.

٢٩٨- فصل: [في خيار المغابنة]

وخيار المغابنة مشروع؛ لخبر حبان.

وإنما يثبت في غبن الصبي والمتصرف عن الغير فاحشاً في الشراء؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا ضرر ولا ضرار))^(١).

[المذهب]: وكذا في البيع؛ إذ لم يفصل الدليل. [أبو حنيفة]: بل يصح بيعهم بالغبن؛ إذ البيع إزالة ملك، فلا يتحقق الغبن فيه، ومن ثم قيل: البيع مُرْتَحَصٌ وغال. قلنا: يقاس على الشراء.

٢٨٩٣- **سَأَلَتْ**: [القاسمية]: ولا يثبت لمكلف باع عن نفسه؛ إذ لا دليل عليه. [الناصر والباقر ومالك]: خبر حبان لم يفصل فثبت لكل أحد. [المنصور بالله والإمام يحيى]: يثبت له مع جهل الغبن؛ لخبر حَبَّان، لا مع العلم؛ إذ أتى من جهة نفسه.

قلت: لا دليل في خبر حبان؛ إذ أمره بشرط الخيار لنفسه، ولم يخيره على الإطلاق. سلمنا: فلكونه ناقص العقل بسبب الصائبة^(٢) فأشبهه الصبي المأذون.

٢٨٩٤- **سَأَلَتْ**: وإنما يثبت في الغبن الفاحش لا المعتاد. [القاسمية والناصر]: وهو ما زاد على نصف العشر؛ إذ يتسامح بدونه. [الشافعي]: بل العشر؛ لفرضه في الأموال؛ لكفاية الفقراء، فلا يتسامح إلا بدونه. [مالك]: بل ما فوق الثلث؛ إذ لا تفاحش في

(١) قوله: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»: تقدم، وله شواهد.

(٢) أراد بالصائبة جراحة أصابته في رأسه فاقتل عقله لأجلها. (شرح آثار).

دونه. [الإمام يحيى وبعض أصحابنا]: بل ما خرج عن تقويم المقومين؛ إذ يرجع إليهم في العيوب ونحوها.

قلت: وهو القوي؛ إذ لا دليل على تعيين القدر.

٢٩٩- فصل: في خيار معرفة مقدار المبيع والثلثين

وخيار معرفة مقدار المبيع والثلثين كبيع صبرة على ما قد باع مع جهل المشتري، فإن اختلف ما قد باع به، أو قال: على ما أبيع فسد؛ للجهالة، ودليل هذا الخيار القياس على خيار العيب، كما سيأتي.

فإن قال: كل مد بكذا ثبتاً^(١) أيضاً.

٢٨٩٥- **سَأَلَتْ:** [أبو العباس]: وخيار تعيين المبيع كبيع ثوب من ثياب على أن يختار أو ثياباً على أن يرد ما شاء. [الشافعي والأزرقي للمذهب]: لا يصح، وخيار الإجازة قد مر.

٢٨٩٦- **سَأَلَتْ:** [أبو العباس]: وخيار تعذر التسليم وفقد الصفة والغرر والخيانة في المرابحة والتولية وقدر المبيع والثلثين وتعيين المبيع - على التراخي ويورث قياساً على العيب؛ إذ يعود إلى النقص.

وخيار الإجازة والغبن تراخ ولا يورثان؛ إذ عقدهما موقوف على الإجازة.

وخيار الرؤية والشرط فوري، ولا يورث؛ لما مر.

٢٨٩٧- **سَأَلَتْ:** وخيار الرؤية والعيب والتصيرية ثابت بالنص، وغيرهما [وغيرها] بالقياس.

٣٠٠- فصل: في خيار العيب

٢٨٩٨- **سَأَلَتْ:** هو كل وصف مذموم تنقص به قيمة ما اتصف به عن قيمة جنسه السليم نقصان عين كالعور، أو زيادة كالأصبع الزائدة والثؤلول أو حال كالبحر والإباق.

(١) خيار مقدار الثلثين وخيار مقدار المبيع، وجهالة الثلثين هنا مغتفرة بالإجماع. (شرح).

فَرَعٌ: والطريق إليه شهادة عدلين أو رجل وامرأتين من أهل البصر في ذلك الجنس بلفظ الشهادة؛ إذ هو دعوى ولا يكفي قولهم: هذا عيب، بل يذكرون نقص القيمة به أو وجه مضرته ثم ينظر الحاكم في نقص القيمة أولاً.

٢٨٩٩- **سَأَلَتْ:** وعلى البائع إعلام المشتري به وإلا أثم؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا يحل لمسلم...)) الخبر ^(١)، وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من غشنا فليس منا)) ^(٢). [الإمام يحيى]: أي: ليس تابعاً لنا؛ لمخالفته النهي، أو في نصيح المسلمين، أو في أخلاقنا، ولم يرد البراءة إجمالاً. فإن لم يبينه لزم العالم إعلامه؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ولا يحل لمن يعلم ذلك أن لا يبينه...)) الخبر ^(٣).

٢٩٠٠- **سَأَلَتْ:** [العتره والفريقان ومالك]: ولا يفسد البيع بترك الإعلام. [داود]: بل يفسد.

لنا: قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في المصرة: ((إن شاء رضيها وأمسكها...)) الخبر.

(١) (قوله): «لا يحل لمسلم... الخبر»: عن عقبه بن عامر قال: لا يحل لامرئ مسلم أن يبيع سلعة يعلم أن بها داء إلا أخبر به. ذكره البخاري في ترجمة باب قال: موقوفاً على عقبه. ورواه أحمد (١٦٩٩٨) وابن ماجه (٢٢٤٦) والطبراني مرفوعاً ولفظه: «المسلم أخو المسلم، ولا يحل لمسلم إذا باع من أخيه يبعاً فيه عيب أن لا يبينه». [الحاكم (٢١٥٢)، والبيهقي (١٠٥١٥)، والطبراني في الكبير (٣١٧/١٧)].

(٢) (قوله): «من غشنا فليس منا»: عن أبي هريرة أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مر في السوق على صبرة طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً فقال: ((ما هذا يا صاحب الطعام؟)) فقال: يا رسول الله أصابته الساء، فقال: ((أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس؟ من غشنا فليس منا)). هذه رواية مسلم (١٠٢) والترمذي (١٣١٥). [أخرج نحوه الإمام زيد في المجموع عن علي والمتوكل على الله في أصول الأحكام، والعلوي في الجامع الكافي، وابن حبان (٤٩٠٥)، والبيهقي (١٠٥١٤)].

(٣) (قوله): «ولا يحل لمن يعلم ذلك أن لا يبينه» الخبر: عن أبي سبيح قال: اشترت ناقة من دار وائلة بن الأسقع فلما خرجت بها أدركني يجير رداءه فقال: اشتريت؟ قلت: نعم، قال: بين لك ما فيها؟ قلت: وما فيها؟ إنها لسمنية ظاهرة الصحة، قال: أردت بها سفراً، أو أردت بها لحماً؟ قلت: أردت بها الحج، قال: فارتجعها. [فإن بخفها نقياً]. فقال صاحبها: ما أردت إلى هذا أصلحك الله تفسد علي؟ قال: إني سمعت رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقول: ((لا يحل لأحد أن يبيع شيئاً إلا بين ما فيه، ولا يحل لمن علم ذلك ألا يبينه)) رواه الحاكم (٢١٥٧) والبيهقي. [أخرج نحوه أحمد بن عيسى في الأمالي بسنده، والبيهقي في شعب الإيمان (٥٢٩٥)، وأحمد (١٦٠٥٦)].

٣٠١- فصل: في عيوب الرقيق

٢٩٠١- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ترك الصلاة والسكر والقذف وغيره من الكبائر عيب؛ لوجوب الحد.

٢٩٠٢- **سَأَلَتْ:** [العترة والفريقان]: والردة عيب؛ لذلك. [أبو حنيفة]: وكذلك الكفر الأصلي. [الشافعي والإمام يحيى]: إلا الذمي؛ لحقن دمه. [الإمام يحيى وأبو حنيفة]: لا المجوسي، إذ ليس بكتابي في الأصح، فهو معرض للقتل كالوثني. قلت: الأقرب للمذهب أن الكفر عيب مطلقاً؛ لنجاسته.

٢٩٠٣- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى والشافعي]: والزنا ليس عيباً؛ إذ النسب^(١) غير معتبر في المملوك. [أبو حنيفة وأبو العباس]: عيب في الجارية لا العبد.

قلت: القياس أنه عيب مطلقاً؛ لوجوب الحد كالقذف.

[المذهب والفريقان]: وكونه ابن زنا ليس بعيب في العبد. [مالك]: بل عيب.

قلنا: لا تنقص به القيمة وتعييب به الأمة؛ إذ العرق دساس.

والغناء ليس بعيب إلا رواية عن مالك [عند مالك].

قلنا: لا حد، ولا نقص في القيمة.

[المؤيد بالله وأبو طالب]: والطعون في السن ليس عيباً بل عدم فضل.

قلت: وفيه نظر، سيما في البهائم؛ إذ النقص به ظاهر.

وكونه ختشي لبسة عيب؛ إذ لا يأمن مخالفة ما عقد عليه حيث أراد ذكراً أو أنثى،

فإن بان ذكراً وهو أراد فليس عيباً إلا حيث يبول من الفرجين؛ إذ هو دليل ضعف المثانة، وإن بان أنثى وأرادها فعيب وإن لم تبل منهما؛ إذ تعافها النفس.

٢٩٠٤- **سَأَلَتْ:** والقروح وحمى الرباع والطحال والسعال الغالب والبرص والجذام والصرع والجنون وخفة العقل والحول والشعر في جوف العين والحزور^(٢)

(١) ينظر في هذا التعليل فإن ظاهره غير مناسب، والله أعلم.

(٢) الحزور: هو تضيق العين عند النظر. (ديباج).

والحرّت (١) والجرب الكثير والثآليل الكثيرة في الجسد والواحد في وجه الأمة لا العبد وسواد السن وسقوطه فيها وكون الأمة مزوجة أو معتدة عن رجعي - عيوب. وإحرامها ليس بعيب؛ لانقضائه بسرعة، وانقطاع الحيض وكونها عاقراً عيب؛ لكشفهما عن علة، والحبل عيب للخشية [عليها من الموت].

[المذهب]: والبخر عيب في الأمة لا العبد. [الناصر وقول للشافعي]: بل فيها.

قلت: وهو قوي.

[أبو العباس]: والتخنيث عيب، وهو الثني، والمخث: من لا إرب له في النساء، وقد يطلق على من يؤتى من دبره.

وما تعلق برقبته من دين فعيب لا في ذمته.

والعشى والاستحاضة وتحريم الوطء للرضاع عيب. [الحداد من أصحاب الشافعي]:

لا؛ إذ لا ينقص القيمة.

قلنا: منع الوطء فأشبهه الجذام.

وكثرة الفزع والوحشة عيب، ونسيان القرآن وأنواع الطبائخ ليس عيباً، والإباق والصرع ونحوهما لا يرد به حتى يعود مع المشتري لتجوز زواله، ولو أبق صغيراً ثم أبق عند المشتري كبيراً لم يرد به، بخلاف الجنون، والوجه ظاهر، وبول الكبير على الفراش عيب لا الصغير.

[الإمام يحيى]: وحده البلوغ، وقيل: المراهقة.

قلنا: البلوغ أضبط وأقيس.

٢٩٠٥ - **سألت**: والسرقة عيب، والعنة؛ إذ تنقص القيمة، وترك الختان عيب في

الكبير؛ إذ يخشى منه، لا الصغير ولا الأنثى؛ إذ لا يخشى منه.

وتنن الفرج والعرج والخرس والصمم وكذا الأقطع.

(١) الحرّت: الحك الشديد. انظر جمهرة اللغة.

٣٠٢- فصل: في عيوب البهائم

٢٩٠٦- **سَأَلَتْ:** عيب الخيل منع التلجم أو التسرج أو الإنعال أو وضع العُدَّة، لا الدم الحادث في اللجام إن لم يكن بِجَرَحٍ. وبل المِخْلَاة عيب؛ إذ كثرة اللعاب من فقد الصحة، والشَّرَج^(١) في الذكور عيب؛ إذ ينقص القيمة.

٢٩٠٧- **سَأَلَتْ:** ونخال الخيل^(٢) ثماني عشرة على ما هو مقرر في صريح^(٣) أحمد بن عمران الياامي وهي: إما سعد كالتي في الجبهة والنحر، أو نحس كالتي تحت اللبد أو في المنسج، أو متوسطة كالحزامية والذراعية؛ فما كان عند أهل الخبرة عيب تنقص به القيمة فسح به بالمنسج، وإلا فلا. [الإمام يحيى]: وهو تطيرٌ لا أصل له في الشرع.

والكبس^(٤) والعض عيب، والشَّقُّ في الحافر عيب.

٢٩٠٨- **سَأَلَتْ:** وعيوب الإبل: النَّقْب والجرب والعر وهو: داء في مشافرها يُدَاوَى بِكَيِّ الصَّحِيح، وخروج الشَّقَشَقَة ليس عيباً، والجراح في ظهورها عيب.

٢٩٠٩- **سَأَلَتْ:** وفي البقر: النطح ومنع تعليق أداة الحرث والربوض حاله، واللواء والسعال والطلب^(٥) والجرب الناقص لها عيب.

٢٩١٠- **سَأَلَتْ:** وفي الغنم: الدَّوْر والطلب والجرب والعمى في الحيوان؛ لمنعه استيفاء الرعي، وقطع الأذن وثقبها؛ لمنعه إجزاء الأضحية، والمرض في الكل؛ لإفساد اللحم أو النفع، وخصي الغنم ليس عيباً؛ إذ يزيد في القيمة أو السَّمْن. والتدويغ^(٦) ليس عيباً.

قلت: إلا حيث يمنع البيع.

٢٩١١- **سَأَلَتْ:** وفي البغال: الشَّقُّ، وترك الخصي؛ لقلة نفعه.

(١) الأشرح: الذي له خصية واحدة. (المحيط في اللغة).

(٢) كذا بالأصل. ولعله يريد خيلانا تكون على جسم الفرس.

(٣) كتاب صنفه في علم البيطرة واستخرج فيه ذلك من كلام الفلاسفة. (شرح بحر).

(٤) وهو القفز على الخادم أو غيره. (شرح).

(٥) ألم في الكبد في بطونها.

(٦) وهو رسم الأمانة.

٣٠٣- فصل: [في عيوب الدور والبساتين وغيرها]

وفي الدور انكسار الخشب وتصدع الجدار [الجُدْر] ووضع عادة فيه للظلمة وحقوق كإمرار الماء وعدم الطريق وانكسار الباب ونحوها.

٢٩١٢- **سَأَلَتْ:** وفي البستان نقصان ماء بثره وتهدمها وتكسر أشجاره، وعدم موضع لإساحة مائها. وفي الأرض كثرة الأحجار المضرة بالزرع.

٢٩١٣- **سَأَلَتْ:** وفي الثياب الخرق وتقدم اللباس، وفي الآلات من الأسلحة وغيرها ما عده أهل المعرفة عيباً. وكثرة الغلط واللحن في المصحف عيب.

٢٩١٤- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ولا بد من رؤية شعر الجارية؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الشعر أحد الوجهين))^(١). [الإمام يحيى]: وصهوبته^(٢) عيب. [أبو حنيفة]: لا.

قلنا: تنقص القيمة به.

ومن استعمل ما احمر به الوجه فانكشف أصفر فغرر كالتصيرية.

وجعودة الشعر ليس عيباً، ولو رأى في أنامل العبد جبراً فظنه كاتباً خيراً إن فعل تدليساً كالتصيرية، وكذا لو لسع الزنبور البقرة فظنها حاملاً، وكذا لو وجّه الصبرة بأطيب حب.

٢٩١٥- **سَأَلَتْ:** ومن اشترى رضية في الحولين فأرضعتها بنت البائع فانكشف بها عيب امتنع الرد؛ لتعيبها عند المشتري، وله الأرش، خلاف [الحداد] كما مر^(٣).

٣٠٤- فصل: في كيفية الرد

٢٩١٦- **سَأَلَتْ:** [العترة والفريقان ومالك^(٤)]: وما فسخ بالعيب لزم رد ثمنه جميعاً، إن قد استغله؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الخراج بالضم))^(٥).

(١) قوله: «الشعر أحد الوجهين»: هكذا روي والله أعلم بصحته، وقد ذكره ابن الجوزي في الموضوعات.

(٢) الصهبة: حمرة أو شقرة في الشعر. (قاموس).

(٣) في الرابعة من عيوب الرقيق.

(٤) الرموز ساقطة في نسخة، وفي بعض النسخ سقط مالك فقط.

(٥) قوله: «الخراج بالضم»: عن عائشة قالت: إن رجلاً ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم، ثم وجد

٢٩١٧- **سَأَلَتْ:** [القاسمية والفريقان ومالك]: وليس للمشتري اختيار الأرش حيث له الرد؛ إذ أمر صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ برد العبد، فاقتضى أنه واجب. [تخريج أبي العباس وأحمد بن حنبل]: بل له ذلك، كلو تعيب عنده.

قلنا: العيب أبطل الرد فتعين الأرش، وتخريجه مخالف لنص الأحكام. **فَرَعٌ:** فإن تقدم العلم بالعيب فلا رد ولا أرش؛ إذ تقدم العلم رضا، ولو أخبر بزواله إن كان يتكرر، وإلا فله الرد.

٣٠٥- فصل: فيما يبطل به الرد

٢٩١٨- **سَأَلَتْ:** [سفيان الثوري والزهري ثم القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه]: وإذا وطئ المعيبة ولو قبل العلم امتنع الرد؛ لحكم علي عَلَيْهِ السَّلَامُ (١) وعمر بأنه كالجنانية، ولم ينكر. [زيد بن ثابت ثم الشافعي والبيتي ومالك ورواية عن أحمد بن حنبل]: يبطل رد البكر؛ إذ نقصها، لا الثيب؛ إذ وطئها في ملكه ولم ينقصها فلا جنانية. [ابن أبي ليلى وعن عمر]: يردّها والمهر (٢).
لنا: عمل الصحابة، ولا مهر على من وطئ في ملكه.
[القاضي زيد]: وقُبِلَ المشتري لشهوة كوطئة.

٢٩١٩- **سَأَلَتْ:** [القاسمية وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: وإذا وطئها البائع قبل تسليمها خيّر المشتري؛ إذ لو لزمته لزم البائع الحد أو المهر، والإجماع على أنهما ساقطان. [أبو حنيفة]: لا خيار بل يلزم البائع أرش البكر لا الثيب، ولا مهر؛

به عيباً فخاصمه إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرده عليه فقال الرجل: يا رسول الله قد استعمل غلامي. فقال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الخراج بالضمان)) هذه رواية أبي داود (٣٥٠٨). وله وللترمذي (١٢٨٥) مختصراً: أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى أن الخراج بالضمان. وللنسائي (٤٤٩٠) نحوه وزاد: «ومن عن ربيع ما لم يضمن». [عبدالرزاق (١٤٧٧٧)، والحاكم (٢١٧٦)، والبيهقي (١٠٥١٩)، وابن حبان (٤٩٢٧)].

(١) (قوله): [الحكم علي وعمر.. الخ]: قلت: الحكم بامتناع الرد إنما هو مروى عن علي عَلَيْهِ السَّلَامُ ولفظه في أصول الأحكام: عن زيد بن علي عن أبائه عن علي عَلَيْهِ السَّلَامُ في رجل اشترى جارية فوطئها، ثم وجد بها عيباً فألزمها للمشتري، ثم قضى على البائع بعشر الثمن. قال زيد بن علي: كأن نقصان العيب العشر. انتهى. وأما عمر فالروى عنه ما سيأتي قريباً. [حديث علي عَلَيْهِ السَّلَامُ أخرجه الإمام زيد في المجموع، وأحمد بن عيسى في الأمالي نحوه، والبيهقي (٣٢٢/٥)، وعبدالرزاق (١٥٢/٨) نحوه أيضاً].

(٢) (قوله): «وعن عمر يردّها»: حكى في أصول الأحكام عن عمر أنه حكم بردّها، ورد عشر ثمنها، والله أعلم. [البيهقي نحوه (١١٢٢٧)، والدارقطني (٣/٣٠٩)، وابن أبي شيبة (٤/٣٤٥)].

إذ الخراج بالضمان، فلا خيار للمشتري، كلو استخدمها البائع.
 قلنا: هذا هو القياس لولا إجماع الصحابة على أن الوطء كالجناية.
 قلت: وفيه نظر^(١)، فالأولى التعليل باستلزامه الحد أو المهر، والإجماع على
 سقوطهما.

[المنصور بالله والإمام يحيى]: لا مهر؛ إذ الخراج بالضمان، ويثبت النسب؛ لشبهة
 الملك، وهي أن القبض من تمام العقد بدليل تلفه قبله من مال البائع، وتصير أم ولد
 فينفسخ العقد.

قلنا: لا نسلم شبهة الملك بدليل وجوب الكراء وهذه مخصوصة بالإجماع، مع
 أنه قد قيل: بلزوم العقر، وهو القياس إن لم يمنع إجماع.

٢٩٢٠- **سَأَلَتْ**: ولو وطئت في يد البائع بشبهة لم يكن له الخيار في رد الثمن
 وإمساكها؛ إذ يبطل به حق المشتري من العقر بل الخيار للمشتري.

٢٩٢١- **سَأَلَتْ**: [أبو العباس]: فإن وطئها غير المشتري عنده بزنا أو غيره ثم
 انكشف بها عيب فلا رد ولورضي البائع.

[أبو العباس]: ويخالف الوطء التعيب عند المشتري بأمر سماوي؛ إذ الوطء جنائية؛
 لحكم علي وعمر. وعن [علي عليه السلام وأبي حنيفة] بل يخير البائع بين أخذها ورد جميع
 الثمن أو تسليم الأرش. [أبو طالب]: وإذا صح عن علي عليه السلام بطل كلام أبي العباس؛
 إذ هو توقيف.

قلت: الأقرب للمذهب أن وطء غير المشتري معه إنما يمنع رد البكر؛ لنقص
 عينها، أو الثيب حيث وجب المهر؛ إذ هو كجناية ضمنت، وحيث لا مهر كالزنا
 بالثيب لا يمنع الرد؛ إذ هي جنائية غير مضمونة.

٢٩٢٢- **سَأَلَتْ**: ولا أرش لما حدث عند المشتري عن سبب قبل العقد كولادة أو

(١) لعل وجه النظر هو أن الوطء ليس كالجناية على الإطلاق كما سيأتي في الرابعة.

نحوها، ولا يبطل به الرد.

٢٩٢٣- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: ويقدر أرش العيب بنقصان القيمة منسوباً إلى الثمن، فما قيمته صحيحاً ستون ومعيباً أربعون وثمانه ثلاثون فأرش عيبه عشرة؛ إذ التفاوت الثلث.

٢٩٢٤- **سَأَلَتْ:** [المنتخب والمؤيد بالله]: وإذا استخدم العبد بما لا يجوز في عبد الغير بعد ظهور عيبه بطل الرد؛ إذ هو رضا. [تخريج أبي العباس والإمام يحيى]: لا، كاللبس والركوب.

قلنا: لا نسلم الأصل حيث استعمله لمنفعة نفسه.

[أبو العباس والمؤيد بالله وأبو حنيفة والإمام يحيى]: ولو أمره ببيع أو شراء كان رضا؛ لإيهامه الإذن من جهته.

٢٩٢٥- **سَأَلَتْ:** وطلب الإقالة بعد العلم رضا؛ إذ قرر العقد لا قبل العلم؛ إذ الرضا إنما يكون بعد العلم.

وقيل: بل يبطل الخيار كإسقاط الشفعة قبل العلم بالبيع، وكذا لو جهل كون ذلك رضاً.

٢٩٢٦- **سَأَلَتْ:** وركوب الدابة لا لنفعها رضا.

قيل: ولنفعها رضا حيث يمكن ردها. وقيل: لا؛ إذ لم يستعملها لنفسه؛ إذ الخيار حق ثابت فلا يبطل بالمحتمل، ولنفعها وحاجته رضا، لا لردها، بخلاف لبس الثوب للرد.

٢٩٢٧- **سَأَلَتْ:** واللبس والحرث بعد العلم بالعيب رضا. [الإمام يحيى]: وكذا التقبيل أو اللمس لشهوة، وكذا البيع والهبة؛ إذ هي مقررة ومداواة العيب رضا، لا لو داوغيره.

٢٩٢٨- **سَأَلَتْ:** [زيد بن علي والقاسمية والمؤيد بالله]: وعرض المعيب للبيع ليس رضاً؛ لاحتمال كونه للتعرف، والقول له؛ إذ لا يعرف إلا من جهته. [أبو حنيفة]:

بل رضا؛ إذ لا يعرض إلا ملكه.

قلنا: وملك غيره.

[الشافعي وأبو حنيفة]: خياره فوري فيبطل بالعرض.

لنا: ما سيأتي (١).

٢٩٢٩- **سَأَلَتْ**: [الهادي]: والرضا ببعضه ولو بالصحيح من أشياء اشتراها صفقة

رضاً بالكل؛ لثلا يفرق الصفقة على البائع، فإن تميزت العقود والأثمان صح.

[العنبري وقول للشافعي]: بل له تفريق الصفقة.

قلنا: فيه إضرار.

٢٩٣٠- **سَأَلَتْ**: [المؤيد بالله والمذهب]: ويبطل الخيار بزوال العيب مع المشتري، ولو

بعلاج البائع؛ لزوال سببه.

٢٩٣١- **سَأَلَتْ**: [طاووس وعطاء والحسن البصري وابن أبي ليلى وإسحاق بن راهويه والحسن

بن صالح والعنبري ثم القاسم والهادي وأحد أقوال الشافعي]: ومن شرط البراءة من كل عيب

لغا الشرط؛ لما فيه من الغرر، وصح العقد؛ إذ لم يكسبه جهالة. إزيد بن علي والمؤيد

بالله وأبو حنيفة وأصحابه وأحد أقوال الشافعي وأبو ثور]: بل يصحان؛ إذ هو إسقاط فيصح

تعليقه بالمجهول كالطلاق.

قلنا: خصه النهي عن الغرر في البيع.

[ابن عمر ثم مالك وأحد أقوال الشافعي]: يبرأ مما لم يعلم به لا مما علمه؛ لقضاء عثمان

بذلك بين ابن عمر وزيد بن ثابت (٢).

(١) في الحادية والعشرين من هذا الفصل. (شرح).

(٢) قوله: «لقضاء عثمان بذلك بين ابن عمر وزيد»: الذي في الجامع: عن ابن عمر أنه باع غلاماً بثمانمائة درهم

وباعه عليّ البراءة فقال الذي ابتاعه لعبدالله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه لي، فاخصما إلى عثمان. فقال الرجل:

باعني عبداً وبه داء ولم يسمه لي، فقال عبدالله بن عمر: بعته بالبراءة فقصي عثمان عليّ عبدالله أن يحلف له لقد

باعه العبد وما به داء يعلمه، فأبى عبدالله أن يحلف وارتجع العبد، فصح عنده فباعه بألف وخمسمائة درهم.

أخرجه الموطأ (١٢٩٧) ولم يذكر أن المشتري زيد بن ثابت والله أعلم. [اليهقي (١٠٥٦٨)، وعبدالرزاق

١٤٧٢١].

قلت: اجتهاد له فلا يلزمنا.

[الناصر وزفر وأحد أقوال الشافعي والإسفراييني]: بل يفسد به العقد؛ لفساد الشرط.

قلنا: لم يكسبه جهالة.

٢٩٣٢- **سَأَلَتْ:** [أبو العباس وأبو يوسف ومحمد بن الحسن والكرخي]: فإن عين الجنس صح؛ لقلّة الجهالة، وبرئ منه وإن كثّر، ولم يدخل فيه ما حدث منه بعد الشرط، ولا ما انكشف من غيره.

[أبو يوسف]: فإن تبرأ من شجرة فوجد اثنتين برئ من أيهما شاء. [محمد بن الحسن]: بل يرد بأيهما، فإن تبرأ مما يحدث قبل القبض فسد العقد؛ لمخالفة موجهه، وبعده يلغو؛ إذ لا يرد بما حدث.

وقول [الهادي]: إذا شرط الرد إن أبق العبد إلى وقت معلوم صح العقد والشرط: [أبو العباس]: أراد به أنه إن كان آبقاً وأبق إلى مدة كذا فكأنه أبرأه من إباقه بعدها. [المؤيد بالله]: بل أراد حيث علم المشتري أن العبد يأبق ولكن قال البائع: هو لا يأبق هذا العام فكأنه قال: إن لم يأبق في مدة كذا فقد أبرأتك من عيب الإباق فاقضى التأويل بطلان التبري مما سيحدث.

فَرَعٌ: فإن أبق رجوع المشتري بالأرش.

قلت: وإنما يرجع به بعد اليأس، ويبطل خياره حيثئذ.

٢٩٣٣- **سَأَلَتْ:** وقول علي عليه السلام: (ليس في إباق العبد عهدة إلا أن يشترطه المبتاع) أراد إذا لم يكن قد أبق ثم أبق مع المشتري لم يرد به، وقوله: (إلا أن يشترطه المبتاع) فيه التأويلان الأولان.

٢٩٣٤- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن العترة والشافعي]: وجناية العبد تمنع صحة بيعه؛ إذ تعلق برقبته حق [الغير] كالرهن بل الجناية أقوى؛ لتقديم دينها. [أبو حنيفة وأحمد بن حنبل والمزني]: بل يصح؛ لتجويز العفو عن العمد، والخطأ متعلق بهال سيده.

قلنا: بل برقبته، كما مر.

٢٩٣٥- **سَأَلَتْ:** ومن استقال في شيء ثم وجد فيه عيباً حدث مع المشتري فله رده كلو اشتراه. [الإمام يحيى]: وسواء جعلنا الإقالة بيعاً أم فسخاً؛ إذ الواجب في الفسخ رد المبيع كما قبض.

٢٩٣٦- **سَأَلَتْ:** [المرتضى]: ومن اشترى مكلوباً^(١) قد اندمل جرحه ثم انتقض فله رده إن لم يكن قد علمه يوم العقد^(٢)؛ إذ هذه العلة معلومة الانتقاض، وكذا لو علمه وجهل انتقاضه؛ فإن لم يكن للمبيع مع هذه العلة قيمة فالبيع باطل من أصله علم أم جهل؛ إذ باع ما لا قيمة له.

[الإمام يحيى]: وأمارة الكلب في الكلب احمرار عينيه وانكسار أذنيه واندلاع لسانه وكثرة لهته ونفرته من الناس فحينئذ ما يجرح أحداً إلا أهلكه.

[الإمام يحيى]: أجرى الله تعالى العادة فيه كما أجرى أن من لمس السامري أصابته الحمى حتى كان يقول: لا مساس، أي: من لمسني حُمّ^(٣).

٢٩٣٧- **سَأَلَتْ:** وإذا انكشف العيب والمبيع بحاله فله رده أو الرضا لا غير، فإن رضي البائع بدفع الأرش حل أخذه؛ إذ هو عوض نقص المبيع لا عوض الخيار^(٤).

٢٩٣٨- **سَأَلَتْ:** [المذهب والناصر]: وفسخه على التراخي ما لم يصدر رضاً فعلاً أو قولاً؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فهو بالخيار ثلاثة أيام)). [أبو طالب]: لكن لا يمسه مدة توهم الرضا. [الفرقان]: بل فوري، فلو سكت عقيب العلم بطل الخيار؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فهو بخير النظرين))، والفاء للتعقيب.

قلنا: إذاً لكان قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ثلاثة أيام..)) في الخبر الآخر مناقضة.

(١) داء الكلب هو مرض فيروسي يسبب التهاباً حاداً في الدماغ ويصيب الجهاز العصبي المركزي ويتنقل عن طريق العض من حيوان مصاب وهو مرض قاتل.

(٢) وكذا يوم القبض.

(٣) وكذا هو إذا لمسه أحد حُمّ.

(٤) لأن الحقوق على انفرادها لا يجوز أخذ العوض عليها. قال الإمام يحيى؛ لأنها أمور إضافية والأعواض إنما تستحق على الأعيان والمنافع. (شرح بحر).

قالوا: إذا علم فإما إن سخطه فليس له إمساكه، أو يرضاه فليس له رده.

قلنا: أخللتم بثالث وهو أن يكون متروياً^(١) فيه.

٢٩٣٩- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن الهادي والمؤيد بالله]: ولا يلزم مع التشاجر بعد

القبض إلا بحكم ولو مجمعا على كونه عيباً^(٢)؛ إذ لا يرتفع الملك بعد استقراره إلا باختيار المالك أو الحكم. [الناصر والمنصور بالله والشافعي]: لا يفتقر إلى رضا كالطلاق،

ولا حكم كقبل القبض.

قلنا: لا نسلم الأصل.

[أبو حنيفة وأصحابه]: يفتقر بعد القبض؛ لما مر^(٣)، لا قبله؛ إذ هو رفع للعقد قبل

تمامه؛ إذ القبض من تمام العقد بدليل تلفه من مال البائع.

قلنا: الملك حصل بالعقد فلا يرتفع إلا بما مر.

قلت: وقد قيل: إنه لا يفتقر قبل القبض بلا خلاف، ولا في رد الثمن المعيب

مطلقاً^(٤).

٢٩٤٠- **سَأَلَتْ:** [القاسمية]: ولا تكفي التخلية في فسخ المعيب ما لم يقبض البائع أو

يقبل^(٥) وإن تمرد؛ لما مر، فيتلف من مال المشتري، ومن لم يشترط حكماً ولا رضاً

فمن مال البائع.

٢٩٤١- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: وله رده في أي موضع^(٦) وجد فيه المالك؛ إذ هو حق

(١) أي: متردداً.

(٢) وهو السعر في الإبل وما نقص الثلث من القيمة.

(٣) إذ لا يرتفع الملك بعد استقراره إلا باختيار المالك أو الحكم.

(٤) قبل القبض وبعده.

(٥) وينوب الحاكم عن البائع في الفسخ، فأما إذا قبل البائع ولم يقبضه أو قبضه^[١] ولم يقبل الرد فإنه يتلف من ماله وكذا قول الحاكم خل بينه وبينه [وخل] بعد الحكم بالعيب. (شرح).

(٦) ما لم يخش عليه من ظالم أو نحوه.

(*) قال الفقيه يوسف: أما إذا كان المطالب هو المالك فيجب أينما طلب إن كان الشيء حاضراً لا غائباً فلا يجب إحضاره إلى غير موضع الغضب. (شرح).

له (١) كالدين. [أبو طالب وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: بخلاف الغصب فيجب إلى موضعه؛ ليرده كما أخذه. [المؤيد بالله والإمام يحيى ورواية عن محمد بن الحسن]: بل إلى أي موضع شاء؛ لقوله ﷺ: ((حتى ترد))، ولم يفصل.
قلت: أراد كما أخذ، وإلا لزم أن لا يضمن الهزال.

٢٩٤٢ - **سَأَلَتْ**: [القاسمية وأحد قولي المؤيد بالله]: وإذا غاب البائع الغيبة المعتمدة (٢) فللحاكم الحكم عليه بالفسخ؛ لقوله تعالى: ﴿وَأِنْ أَحْكَمُ بَيْنَهُمْ﴾ [المائدة: ٤٩]، ولم يفصل (٣). [الناصر وأحد قولي المؤيد بالله وأبو حنيفة وأصحابه]: لا؛ لقوله ﷺ: ((لا تحكم بين الخصمين حتى تسمع كلام كل واحد منهما)) (٤).

قلنا: ظاهره متروك؛ لجواز الحكم بين الوكيلين إجمالاً، ولأن في تركه إضراراً بذوي الحقوق، فتأوله على أن المراد حيث حضرا.

فَرَعٌ: ولا بد أن ينصب نائباً عن الغائب؛ ليجيب [عنه] الدعوى؛ لما سيأتي.
فَرَعٌ: وللحاكم بيع المعيب؛ ليوثر الثمن الذي قد قبضه البائع، وتعذر رده بعينه لتلفه أو غيبة البائع أو تمرده.

(١) للمشتري على البائع غير مشروط فيه المكان فله استيفاؤه في أي مكان. (بستان).

(٢) البريد.

(٣) ولحكمه ﷺ لمن وفى بالحضور دون خصمه في رواية أبي موسى وكساع البيعة في الغيبة ليكتب بها إلى حاكم. هكذا ذكره في باب القضاء. (شرح).

(٤) (قوله): «لا تحكم بين الخصمين.. إلخ»: لفظه: عن علي عليه السلام قال: بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً فقلت: يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء؟ فقال: ((إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك، فإذا جلس إليك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما تسمع من الأول فإنه أحرى أن يبين لك القضاء)) قال: فما زلت قاضياً. أو: ما شككت في قضاء بعد. أخرجه أبو داود (٣٥٨٢)، واختصره الترمذي (١٣٣١). [الإمام زيد في المجموع والمرشد بالله في الأمالي والهادي في الأحكام والمؤيد بالله في شرح التجريد والحاكم (٧٠٢٥)، والبيهقي (٢٠٢٥٦)].

[١] - هذا على ما ذكره الفقيه يوسف، وأما ما اختاره عليه في فسخ البيع الفاسد فلا يكفي القبض بل لا بد من القبول.

وكذا خشية فساد^(١) وفسخه إبطال لأصل العقد، فترد معه الأصلية كما سيأتي، ويبطل كل عقد ترتب عليه.

٢٩٤٣- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: فمَنْ باع داراً بعبد ثم رهنه أو أجره أو باعه ثم فسخت الدار بعيب بحكم انفسخ الرهن والإجارة والبيع؛ إذ فسح الحاكم إبطال لأصل العقد، فيبطل كل ما تفرع عليه^(٢). [القاضي زيد]: أما البيع فلا يبطل؛ إذ باع وهو مالك، فالعقد صحيح نافذ. [الإمام يحيى والقاضي زيد]: ويحتمل أنه فاسد لتركيبه على فاسد، لكن ملكه بالقبض فصح بيعه، وعلى الوجهين لا يجب استرجاعه، بل تلزم القيمة فقط. [المؤيد بالله]: ويحتمل أنه صحيح موقوف على نفوذ الأول، فإذا انفسخ انفسخ.

قلت: لا وجه لفساده ولا وقفه، إذ قد عقد عليه وهو مالك ملكاً نافذاً.

فَرَعٌ: فلو أبق العبد وأيس من رجوعه لزمته قيمته^(٣) كلو مات.

٢٩٤٤- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله والمذهب]: ومن باع عيناً بعين ففسخت إحداها بعيب لم يرجع ذو السليمة بما غرم فيها مما لا يتفصل كالجلاء^(٤) والقسارة والحرق؛ إذ لا يتقوم وحده. [الإمام يحيى]: بل الأولى الرجوع كالمنفصلة.

قلت: بل الأولى قول المؤيد بالله؛ إذ هي غرامة على ملكه مستهلكة كالعلف، فأما المنفصلة كالحلية، فإن كانت في المعيب خُيرَ مشتريه بين أخذ أرش العيب^(٥) أو القلع والرد، فإن خشى به ضرر المبيع تعين الأرش كلو أحدث به عيباً، وإن كانت في السليم لم يبطل به الرد، واستحق مشتريه قيمة الزيادة^(٦)، كلو تضررت وحدها

(١) أو خشية الغرامة.

(٢) ولو عتقاً ووقفاً وغيرهما.

(٣) يوم القبض.

(٤) وهو إزالة وسخ القمقم وصقال السيف والمرأة. (شرح).

(٥) وإمساك المبيع. (شرح بحر).

(٦) غير مركبة.

في صورتين^(١) وفاء بالحقين.

فَرْعٌ: فلو اشترى معيماً بدراهم ثم سلم عنها ثوباً، ثم فسخ المعيب انفسخ الثوب، لكن تبعاً لانفساخ الدراهم وبطلان استحقاقها، وقيل: بل قصداً؛ إذ صار هو الثمن، والصحيح الأول.

٢٩٤٥ - **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: ومن باع ذا جرح يسري فسرى فلا شيء على الجارح في السراية إن علماً أو أحدهما؛ إذ البيع مع العلم إسقاط للحق بإخراج ملكه قبل تأثير السبب كبيع المشتري للمعيب بعد علمه بعيبه، وكذلك الشراء مع علمه، لا مع جهله فكشراء المعيب.

قلت: فإن جهلاً وفسخ بحكم رجوع البائع على الجارح؛ إذ العقد كأنه لم يقع، وكذا إن تلف المبيع ورجع المشتري على البائع بالأرث فله الرجوع على الجارح؛ إذ هو غرم لحقه بسببه، فأما أصل الجراحة^(٢) فيرجع بها مطلقاً^(٣)؛ إذ وقعت في ملكه، فإن نقصت قيمته معه^(٤) بما يفهم من السراية المستقبلية رجوع مع الأرث بالنقصان؛ إذ نقصان القيمة بالجناية كنقصان العين. [الحقيني]: لا، إن باع بعد العلم؛ إذ قد أسقط حقه، كما مر.

قلنا: نقصان القيمة كوقوع السراية، فافترقا.

[الإمام يحيى]: وكقول أبي حنيفة فيمن رُمِيَ ثم أعتق فديته للمولى، لا للورثة استناداً إلى السبب.

(١) حيث الزيادة في المعيب وحيث هي في السليم، وذلك وفاء بالحقين ثبوت الرد واستحقاق قيمة الزيادة، وإن اختار قلعهما فله ذلك. قال الفقيه يحيى البحيح: ويستحق معه أرث النقصان. وقال الفقيه علي: لا. (شرح). ولعل وجه لزوم قيمتها أن المشتري كالمسلط على فعلها وقد صارت كالمستهلكة حيث كانت لا تنفصل إلا مع ضرر يلحقها. (شرح بحر).

(٢) وما سرى إلى وقت البيع.

(٣) علم البائع أو جهل.

(٤) يعني: البائع.

٢٩٤٦- **سَأَلَتْ:** وإذا انكشف في إثناء فضة قيمته أكثر من وزنه عيب بعد تعييه مع المشتري.

قلت: فلا رد؛ لأجل تعييه، ولا أرش؛ لأجل الربا.

وقيل: بل يفسخ ويرد الأرش.

قلت: إن تعيب بغير جناية فنعم. وقيل: بل يرجع بالأرش فقط كغيره.

قلنا: منع اقتضاء الربا.

[الإمام يحيى]: بل يخير بين أخذه وأرش القديم أو رده وأرش الحديث.

قلت: إن تعيب بجناية فلا رد ولا أرش؛ لأجل الربا، بخلاف غيره.

٢٩٤٧- **سَأَلَتْ:** ويورث خيار العيب؛ إذ هو حق لازم كحبس المبيع لقبض الثمن، فإن اختلف الوارثان فكالمشتريين.

٢٩٤٨- **سَأَلَتْ:** [العترة وأبو حنيفة]: وإذا اختلف المشتريان في المعيب [العيب] فالقول لمن رضي تقدم أم تأخر أم قارن، ويلزمه جميعاً؛ لثلا يفرق الصفقة على البائع، وله أرش حصة شريكه.

[الإمام يحيى]: وتلزمه القيمة لنصيب شريكه لا الثمن؛ إذ هو كالمستهلك له.

وقيل: بل الثمن.

قلت: وهو الأقرب بدليل رجوعه بالأرش.

[الشافعي ومالك وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: لا يلزمه إلا حصته كولو اشترياه

بعقدين.

قلنا: في تفريق الصفقة إضرار، وكذا لو وكّل رجلان رجلاً، أو باع رجلان عبداً

من شخص (١).

(١) قال في الانتصار: يعني لو كان عبد بين رجلين فوكل أحدهما الآخر أن يبيع له نصيبه فباع جميع العبد من رجل صفقة واحدة فوجد به عيباً فأراد أن يرد نصيب أحدهما دون نصيب الآخر فهو على ما تقدم من منع تفريق الصفقة.

٢٩٤٩- **سَأَلَتْ:** [الهادي وأبو طالب]: وإذا تعيب الثمن النقد المعين أبدل؛ إذ لا يتعين، ولا يحتاج إلى حكم ولا تراض. [المؤيد بالله]: بل يتعين فيفسخ العقد. لنا: ما مر (١).

٣٠٦- فصل: في فسخ المعيب بعد زيادته

أما الأصلية المتصلة كالولد والصوف واللبن والسَّمَن والكبر وتعلم الصنعة فتدخل في الرد إجماعاً؛ إذ هي بعضه، وكذا المنفصلة إن شملها العقد. ٢٩٥٠- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن العترة]: وكذا إن لم يشملها وفسخ (٢) بحكم (٣)، ويضمن تلفها؛ إذ أمر صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ برد عوضه في خبر المصراة. [الشافعي وأصحابه]: بل يملكها المشتري؛ إذ هي نماء ملكه كالفرعية. قلنا: الخبر منع القياس.

[أبو حنيفة وأصحابه]: يفصلها يبطل الرد ويتعين الأرش كالجناية (٤).

قلنا: لا نقص؛ إذ زادت معه، فافترقا.

[مالك]: يرد الولد؛ إذ هو تابع للأُم، لا الثمر؛ إذ ليس بتابع كما لا يدخل في بيع الأصل. قلنا: الثمر كاللبن.

٢٩٥١- **سَأَلَتْ:** [العترة والشافعي]: وأما الفرعية فللمشتري؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الخراج بالضمآن)) (٥) في قصة العبد، وهي مشهورة. [البتّي والعنبري والمزني]:

(١) في الثانية من الفصل الأول من كتاب البيع. (شرح).

(٢) قال المنصور بالله: والرد بفقد الصفة والخيار فسخ للعقد من أصله. (شرح).

(٣) لا بالتراضي فهو كعقد جديد عند الهادي والمؤيد بالله وأبي حنيفة خلاف القاسم والناصر وأبي طالب والشافعي كما سيأتي في السادسة عشرة من الفصل الثامن لكن الشافعي لا يوجب الرد مطلقاً. (شرح بحر).

(٤) بجامع حصول التغير في المبيع. (شرح).

(٥) قوله: «الخراج بالضمآن».. إلخ: تقدم.

(*) قال الإمام يحيى: ومعنى قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: الخراج بالضمآن أي: الخراج يكون لمن لو تلف المبيع عنده كان من ماله وفي ضمانه وهو المشتري، والغلة والخراج ما يحصل من وجه المبيع كالأجرة، ولهذا يقال للعبد الذي ضرب عليه مقدار كسبه في كل يوم إنه عبد مخارج. (شرح بحر).

بل ترد كالأصلية.

قلنا: فرق الخبر. وقد غلّط المزي لنص الشافعي رضي الله عنه على خلاف قوله.

[الإمام يحيى]: ولم يُجعل الخراج بالضمان في الغصب؛ لضعف يد الغاصب؛ إذ ليس بمالك، بخلاف المشتري فسببه قوي بالملك، ومن ثمّ ورد الخبر فيه ^(١).

٢٩٥٢- **سَأَلَتْ**: فإن زاد بفعل المشتري ما لا يمكن فصله كالصبغ بطل الرد، لا الأرش؛ إذ الصبغ ملك للمشتري ولا يمكن فصله، ولا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى حكاية عن العترة]: فإن طلب البائع الفسخ ويسلم قيمة الصبغ لم تلزم إجابته. [الشافعي]: بل تلزم.

قلنا: يتعذر فسخ الثوب والصبغ جميعاً؛ إذ لم يشمل العقد ولا التسليم ^(٢) فهو كعين أخرى، وفسخ الثوب وحده ^(٣) لتبعية الصبغ إياه، فلما تعذر تمييز المبيع بطل [تعذر] رده كولو تلف.

[أبو طالب]: بخلاف ما لو قطعه قميصاً وطلب البائع أخذه فيجانب؛ إذ لا زيادة هنا ^(٤).
٢٩٥٣- **سَأَلَتْ**: فإن أمكن الفصل بغير ضرر كالحلية خير المشتري بين أخذ الأرش أو الفصل والرد وعليه مؤنته؛ إذ هو المركب، فإن تضرر المبيع بالفصل بطل الرد لا الأرش. [الإمام يحيى]: يُحْيَرُ بين رده وأرش الحديث أو أخذه وأرش القديم.
قلت: الصحيح أنه يبطل الرد حتماً ما لم يرض البائع بأخذه ناقصاً؛ لما سيأتي.

(١) يعني: أن الخبر لم يرد مطلقاً بل هو وارد في المبيع مقيداً به فالحكم متعلق بشيئين الملك والضمان لا بالضمان وحده فالهَذَا لم يكن خراج الغصب للغاصب. (شرح بحر).

(٢) يعني: أن الصبغ لم يتناول العقد ولا دخل في التسليم الواجب بالعقد فصار كثوب مضموم إلى ثوب لم يقع عليه العقد. (شرح بحر).

(٣) يعني: أنه يتعذر أيضاً؛ لأن الصبغ قد صار تبعاً له ووصفاً من أوصافه اللازمة. (شرح بحر).

(٤) يعني: بل نقصان والفسخ معه لا يمنع، فلو كان الصبغ ونحوه من غير المشتري كالغاصب لم يمنع الرد بل يكون حكمه حكم الفوائد الأصلية. (شرح بحر).

٣٠٧- فصل: في الفسخ بعد النقصان

٢٩٥٤- **سَأَلَتْ:** [القاسمية ومالك وأحمد بن حنبل]: إن نقص بأفة سماوية أو نحوها خيّر المشتري بين أخذه وأرش القديم، أو رده وأرش الحديث؛ إذ عليه رده كما أخذه، وعلى البائع تسليمه صحيحاً بدليل ضمانه ما تلف منه، ولم يُجْعَل الخيار للبائع؛ إذ قد خرج عن ملكه، وكيفية تقدير الأرش: أن يقوم سليماً من العيب الذي يراد تسليم أرشه ومعيباً فما بينهما فهو الأرش لكن ينسب من الثمن (١)؛ إذ هو المدفوع (٢)، لا القيمة؛ إذ قد تزيد على الثمن وتنقص، فتؤدي النسبة إليها إلى أن يجتمع الثمن والمثمن للمشتري حيث الثمن مثل نصف القيمة أو نحو ذلك.

[المؤيد بالله والشافعي وأبو حنيفة]: بل يتعين الأرش كجنايته.

لنا: ما مر (٣).

فَرَعٌ: وحيث يطلبان الأرش أو يسقطانه فالمشتري أولى، وإلا فالمسقط، فإن زال أحد العيبين والتبس أيهما تعين الأرش (٤) توسطاً.

٢٩٥٥- **سَأَلَتْ:** [القاسمية والشافعي]: فإن نقص بجناية من غير المشتري تعين الأرش (٥)؛ إذ لا يلزمه (٦) أخذه ناقصاً، ولا يستحق (٧) عوض الجناية؛ إذ حدثت في

-
- (١) كأن يقوم سليماً بمائة ومعيباً بمائتين فيرجع المشتري بخمس الثمن عشرين إن اشتراه بمائة وإن اشتراه بخمسين فعشرة وإن اشتراه بمائتين فأربعون ونحو ذلك. (شرح بحر).
- (٢) هذا في أرش العيب القديم وأما أرش العيب الحديث فيعتبر فيه نقصان القيمة من غير نسبة إلى الثمن. ذكره الفقيه محمد بن يحيى.
- (٣) إذ عليه رده كما أخذه.
- (٤) يعني: أرش العيب الموجود.
- (٥) وامتنع الرد؛ لأن الرد إن كان بغير أرش فالبائع لا يلزمه أخذ المبيع ناقصاً، وإن كان الرد مع الأرش فالبائع لا يستحق عوض الجناية؛ لأنها حدثت في غير ملكه بل في ملك المشتري، قيل: فلو تراضيا على الرد مع الأرش أو بغير أرش جاز خلاف أبي العباس فيها. (شرح).
- (٦) أي: البائع.
- (٧) أي: البائع. (شرح).

غير ملكه.

[زفر]: بل للبائع أخذه مع الأرش حيث هو جارية وطئت، أو عبد قطعت يده [أو نحو ذلك]، وإلا اجتمع للمشتري الثمن والمثمن؛ إذ الأرش كالثمن. قلنا: بل هو جبر لما نقص لا ثمن له.

قلت: ويلزم (١) ذلك لو جنى عليه قبل البيع.

٢٩٥٦- **سَأَلَتْ:** وكل عيب لا قيمة للمعيب معه مطلقاً (٢) أوجب رد جميع الثمن؛ إذ باع ما لا نفع فيه.

قلت: كبهيمة أصابها الكلب، وحيث له مع العيب قيمة لكن لا يطلع عليه إلا بجناية تصيره لا قيمة له كالجوز الفاسد رجع بالأرش فقط؛ إذ قد تلف، وهو ما بين قيمته صحيحاً ومعيباً سليماً (٣).

فَرَعٌ: [الهادي والإمام يحيى]: فإن بقي له بعد هذه الجناية قيمة (٤) خيّر المشتري بين أخذه وأرش القديم أو رده؛ إذ هي جناية لمعرفة العيب فلم يبطل بها الرد كحلب المصرة. [المؤيد بالله وأبو حنيفة والمزني]: بل يبطل كلو قطع الثوب. قلنا: الفرق ظاهر.

[الإمام يحيى]: وإذا رده ففي رده أرش الحديد وجهان: أصحهما: لا يجب؛ إذ هو كالمأذون من جهة البائع.

قلت: بل الأصح لزومه كالأفة السماوية.

(١) يعني: أنه يلزم على قول زفر لو جنى على شيء من الحيوانات قبل أن يبيعه مالكة أن لا يأخذ أرش الجناية ثم يبيعه؛ لأنه يجتمع معه الثمن والمثمن وهذا لا يصح ولا يقول به أحد بل له الأرش فيبطل ما قاله زفر. قاله مولانا عيسى. (شرح).

(٢) أي: في حال من الأحوال سواء جنى عليه معها أم بقي سليماً. (شرح بحر).

(٣) منسوباً من الثمن.

(٤) كالنارجيل وبيض النعام فإن لقشورها قيمة؛ لأنهما يتزلان منزلة الآنية. (شرح بحر). [النارجيل: شجر من الفصيلة النخلية فيه أنواع للتزين، وفيه نوع مثمر ويزرع لثمره المسمى جوز الهند. (المعجم الوسيط)].

٢٩٥٧- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب والمؤيد بالله والمذهب وأبو حنيفة]: فإن كان ثوباً فقطعه المشتري ثم انكشف به عيب تعين الأرش؛ إذ القطع جناية. وقيل: بل استهلاك^(١)، وكلاهما يمنعان الرد؛ لما مر^(٢).

٢٩٥٨- **سَأَلَتْ:** وإذا نقص بنشره فانكشف به عيب لا يعرف بدون النشر خير؛ لما مر^(٣).

فَرَعٌ: [الهادي وأبو طالب]: فإن لبس الثوب فنقص باللبس وانكشف العيب خير بين أخذه وأرش القديم أو رده وأرش الحديث؛ إذ الحديث ليس بجناية فأشبهه السماوية. [المؤيد بالله والإمام يحيى وأبو حنيفة]: بل كالقطع؛ إذ نقصان المنفعة كالعين فتعين الأرش.

قلنا: إن لم يعرف العيب بدونه فغير مُسَلَّم.

٢٩٥٩- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن العترة وأحمد بن حنبل ومالك وقول للشافعي]: ولو اشتري عبداً أو أمة فزوجه أو عمي ثم انكشف به عيب - خَيْرٌ بين أخذه وأرش القديم، أو رده وأرش الحديث؛ لما مر^(٤). [الفريقان]: لا؛ إذ هي جناية فتعين الأرش. [احمد وأبو ثور]: بل يتعين رده وأرش الحديث؛ إذ لم يسلمه البائع على مقتضى العقد، وهو السلامة من العيوب.

قلت: حكاية هذا الخلاف منضربة، والحق أن العمى لا يبطل به الرد؛ لما مر^(٥).

(١) هذا حكاية الإمام يحيى عن أبي حنيفة. قال الفقيه محمد بن يحيى: أما الأبراد والثياب الطيال التي لا يمكن لبسها إلا بعد تقطيعها فإن قطعها لا يمنع من ردها مع أرش القطع أو أخذها مع أرش العيب. (شرح).

(٢) من أنه يجب رده كما أخذه. (شرح).

(٣) يعني: أن المشتري يخير هنا بين أخذ المبيع مع أرش العيب القديم أو رد المبيع وإذا رده ففي لزوم أرش العيب الحادث الوجهان كما مر في الثالثة. (شرح بحر).

(٤) في الآفة السماوية. (شرح).

(٥) في أول مسألة من هذا الفصل من أن له رده إذا نقص بأفة سماوية أو نحوها والعمى من ذلك.

وتزويج الأمة إن حصل معه وطء أبطل الرد، كما مر^(١)، وإلا فلا^(٢)؛ إذ يفسخ نكاحها مع الرد بالحكم، وكذلك العبد^(٣).

٢٩٦٠- **سَأَلَتْ:** وإذا رد معيب على وصي فليس له الفسخ بالرضا إلا لمصلحة ظاهرة، وبالحكم يرد الثمن من التركة، فإن تعذر فمن ماله؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((على اليد ما أخذت)). [الناصر وابن أبي ليلى]: لا يضمن من ماله.
لنا: الخبر.

فإن انكشف للميت مال رجع عليه إن نواه.

٢٩٦١- **سَأَلَتْ:** ولا يرجع المشتري بما أنفق على المعيب قبل الفسخ إجماعاً. قلت: ولو علم البائع بالعيب؛ إذ أنفق على ملكه بدليل تلفه من ماله إجماعاً، ما لم يقبضه البائع أو يقبل الفسخ^(٤)، ومؤنة حملة عليه أيضاً كإنفاقه.

٢٩٦٢- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله والمذهب والشافعي وأحمد بن حنبل]: ومن اشترى عبداً فقتله ثم انكشف به عيب فله الرجوع بالأرش، كلو أعتقه. [أبو طالب وأبو حنيفة]: القتل يقتضي الحرمان^(٥) عمدته وخطؤه فلا يرجع بشيء.

قلنا: إنما يمنع القتل المنفعة المترتبة عليه^(٦)، وهذه لا ترتب.

٢٩٦٣- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: فإن قتله غير المشتري فكذلك كلبه باعه^(٧).

[رواية عن أبي حنيفة وأبو العباس]: إن أخذ الدية أولاً فلا؛ إذ اعتياضه رضا، لا

(١) يعني: في المسألة الرابعة في فصل ما يبطل به الرد، والله أعلم.

(٢) وهو مبني على أن العقد عند المشتري ليس بعيب والمذهب أنه عيب [١] لأنها تحرم على أصول العقاد وفصوله.

(٣) ولعل العيب في العبد بتزويجه كونه يلزمه نفقة زوجته.

(٤) مع حصول التخلية. (غيث معنى).

(٥) للمال كما في الميراث. (شرح بحر).

(٦) كقتل الوارث مورثه ليرث منه ولا يرث.

(٧) والجامع أن العيب في الأصل والفرع نقصان لم يرض به المشتري. (شرح).

[١]- إلا أن يكون التزويج بإذن البائع لم يكن عيباً.

العكس. [رواية عن أبي حنيفة]: يرجع مع الخطأ.

قلنا: الاعتياض ليس رضاءً.

٢٩٦٤- **مَسْأَلَةٌ:** [المؤيد بالله وأبو طالب وأبو العباس والفريقان]: فإن أعتقه رجع بالأرث؛ لتعذر الرد، لقوة نفوذ العتق. [زيد بن علي والمؤيد بالله والمنتخب والشافعي]: وكذا إن أعتقه على مال رجع بالأرث. [أبو طالب وأبو العباس وأبو حنيفة]: لا؛ إذ الاعتياض رضاءً. قلنا: لا نسلم.

والاستيلاء والتدبير والوقف كالعتق.

٢٩٦٥- **مَسْأَلَةٌ:** [المؤيد بالله والمذهب والشافعي]: وإن باعه رجع بالأرث؛ لتعذر الرد. [أبو طالب وأبو العباس وأبو حنيفة]: لا؛ إذ الاعتياض رضاءً. قلنا: إن كان قبل العلم فلا.

٢٩٦٦- **مَسْأَلَةٌ:** [العرة والفريقان ومالك]: ومن عيبه وجوب القتل عليه قصاصاً أو حداً- رجع المشتري بكل الثمن؛ إذ مباح الدم لا قيمة له. [أبو يوسف ومحمد بن الحسن]: بل بما بين قيمته محترماً ومباح الدم. قلنا: البيع من أصله غير واقع.

قلت: الحق أنه حيث له قيمة^(١) مع إباحة دمه يرجع بالأرث، وإلا فبالثمن.

٢٩٦٧- **مَسْأَلَةٌ:** وتلف بعض المعيب في يده ولو بعد امتناع البائع عن القبول أو القبض مع التخلية يمنع رده^(٢) فيتعين الأرث.

٢٩٦٨- **مَسْأَلَةٌ:** فإن تعيب مع المشتري بسبب متقدم كقطع بسرقة متقدمة لم يمنع الرد. [الإمام يحيى وأبو العباس]: بل يرجع بالأرث، ولا وجه له.

٢٩٦٩- **مَسْأَلَةٌ:** وإذا خرج المعيب عن الملك قبل العلم بلا عوض^(٣) رجع

(١) قال في تعليق اللمع: وهو المذهب لأن له قيمة وهو من يشتريه ليعتقه. أو كان العفو مجوزاً.

(٢) أي: رد الباقي منه قال في التحرير: من اشترى طعاماً فأكله أو أكل بعضه قبل العلم بالمعيب كان له الرجوع بنقصان العيب ولم يكن له أن يرد الباقي. (شرح بحر).

(٣) وذلك كالهبة بغير عوض والصدقة والنذر والميراث. (شرح بحر).

بالأرش اتفاقاً، ومع الاعتياض للخلاف^(١)، وقد مر^(٢).

فلو كان شيئين فباع أحدهما لم يصح رد الباقي؛ لثلا تفرق الصفقة، فيرجع بأرشهما جميعاً لكن أبا العباس يخالف في المبيع^(٣)، كما مر.
فَرَعٌ: فإن فسخ بحكم فله رده إجماعاً.

قلت: أو عَجَزَ المكاتب نفسه؛ إذ الفسخ بالحكم يبطل لأصل العقد، ولا تأثير لإذن البائع الأول باسترجاعه؛ إذ قد صار أجنبياً.

فَرَعٌ: [الهادي والمؤيد بالله وأبو حنيفة] فإن تفاسخا بالتراضي لم يرد على الأول؛ إذ التراضي كعقد جديد فالأول غير منفسخ. [القاسم والنصر وأبو طالب والشافعي]: بل له الرد. قلنا: بناء على أن الحكم غير معتبر مع التشاجر، وقد أبطلناه.
قالوا^(٤): إن كان قبل القبض رد على الأول، وإلا فلا؛ لما مر^(٥).
لنا: ما مر^(٦).

٢٩٧٠ - **سَأَلَتْ:** [المذهب والشافعي]: فإن زال العيب الحادث عند المشتري فله رده بالقديم بلا أرش^(٧). [ابن الصباغ]: ما لم يحكم له بالأرش، فإن حكم به ولما يقبضه فوجهان: يرد؛ إذ لم يستقر الحكم، لعدم القبض. وقيل: لا؛ لقوة نفوذ الحكم.
٢٩٧١ - **سَأَلَتْ:** وإذا قُومَ لمعرفة الأرش فالعبرة بها عند العقد؛ إذ هو وقت الاستحقاق. وقيل: بل يوم القبض؛ إذ هو وقت الضمان.

(١) يرجع على المذهب.

(٢) في الثانية عشرة. (شرح).

(٣) فيقول: لا يرجع يعني بأرشه بل بأرش الباقي فقط وهو قول أبي حنيفة. (شرح).

(٤) أي: أبا حنيفة وأصحابه فيكون قولاً ثالثاً لا حجة وهو يوافق قوله المتقدم في أن المعيب لا يحتاج في رده قبل القبض إلى حكم ولا تراضي. (شرح).

(٥) في الثانية والعشرين من فصل ما يبطل به الرد.

(٦) إذ التراخي كعقد جديد.

(٧) عليه للحادث عنده.

[٦٨]- باب تلف المبيع واستحقاقه

٣٠٨- فصل: في تلفه قبل التسليم

٢٩٧٢- **مَسْأَلَةٌ:** [العترة والفرقان]: إذا تلف بأفة سماوية انفسخ العقد؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: ((فلا تأخذ منه شيئاً..)) الخبر (١). [مالك]: يتلف من مال المشتري فيضمن البائع القيمة إلا في المبيع كيبلاً أو وزناً؛ إذ قد ملكه بالعقد (٢).

قلنا: مبيع تلف قبل القبض فبطل العقد كالمكيل. سلمنا (٣): لزم كون القيمة مبيعة (٤). سلمنا (٥): فالخبر اقتضى ما ذكرنا (٦).

فَرْعٌ: فإن تلف بعد المطالبة وعدم استحقاق الحبس فوجهان: من مال البائع مطلقاً؛ لما مر (٧)، وقيل: من مال المشتري حيث الممتنع البائع؛ إذ هو غاصب، وحيث الممتنع المشتري فلا ضمان على البائع؛ إذ هو أمين حيثئذ، وحيث المانع غيرهما فمن مال البائع؛ لما مر.

قلنا: لم يفصل الدليل.

٢٩٧٣- **مَسْأَلَةٌ:** فإن تلف بجناية المشتري فمن ماله؛ إذ هي كالقبض. [الإمام يحيى]: بل من مال البائع كالسماوية.

(١) (قوله): «فلا تأخذ منه شيئاً..» الخبر: لفظه: عن جابر قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: ((إذا بعت من أخيك تمرأ فأصابته جائحة فلا يجز لك أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟)) أخرجه مسلم (١٥٥٤) وأبو داود (٣٤٧٠) والنسائي (٤٥٢٧). وفي رواية أخرى للنسائي (٤٥٢٨): ((من باع تمرأ فأصابته جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئاً، علام يأكل أحدكم مال أخيه المسلم؟)). [ابن ماجه (٢٢١٩)، وابن حبان (٥٠٣٤)، والحاكم (٢٢٥٦)].

(٢) هذا تعليل لتلف المبيع من مال المشتري في غير المقدر بالكيل أو الوزن أو العدد، قالوا: فأما في هذه فيتلف من مال البائع؛ إذ عليه الإيفاء بالكيل أو الوزن أو العدد... إلخ.

(٣) الفرق. (شرح أثمار).

(٤) وبيع قيمة ما في الذمة لا يجوز. (شرح بحر).

(٥) عدم لزوم ذلك. (شرح أثمار).

(٦) من انفساخ العقد بتلف المبيع.

(٧) وهو حديث جابر فإنه لم يفصل فيه بين حالة وحالة. (شرح بحر).

قلت: والفرق ظاهر.

فإن تلف بجناية البائع أو أجنبي فمن ماله (١).

قلت: ولعل من خالف في المساوية يخالف هنا.

٢٩٧٤- **سَأَلَتْ:** فإن رده المشتري إلى البائع رهناً في الثمن فتلف فمن مال المشتري؛ إذ قد تم قبضه وضمنه المرتهن (٢).

٢٩٧٥- **سَأَلَتْ:** وإن عدل المبيع فتلف فمن مال البائع؛ إذ لم يتم قبض المشتري مع توسط العدل.

٢٩٧٦- **سَأَلَتْ:** فإن سلم المبيع وضمنه عرض فلم يسلمه المشتري فللبائع نقض التسليم واسترجاعه ولو قهراً؛ إذ تسليمه كالمشروط (٣) بتسليم عوضه، وكذا حيث يسلم بشرط تسليم الثمن النقد معيناً أو في الذمة، وحيث انكشف في الثمن رديء فله استرجاعه؛ للإيفاء أو للإبدال، وإذا استرجعه فتلف فمن ماله؛ إذ لم يتم التسليم.

قلت: وإن تلف في يد المشتري فمن ماله، وإن لم يكن التسليم نافذاً كلو تلف بجنابته قبل قبضه، وإذا هو ملكه تلف في يده.

فإن سلمه راضياً من غير شرط لم يكن له النقض من بعد؛ إذ قد أسقط حقه من الحبس فيتلف من مال المشتري.

٢٩٧٧- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة وأصحابه]: وإذا أتلّف البائع بعض المبيع أو تلف قبل القبض لم يفسخ العقد في الباقي، بل في التالف فقط؛ إذ لا وجه ينتقض به، لكن إذا تعيب بالانفراد كفردة النعل والباب ثبت خيار العيب. [المؤيد بالله والإمام يحيى]: بل نقصان عينه عيب مطلقاً (٤) فيخير.

قلت: لا نسلم ذلك على الإطلاق.

(١) أي: من مال البائع في الصورتين معاً، وهذا هو المذهب، ووجهه: أن الخبر لم يفصل في ذلك.

(٢) يعني: ضمان رهن، وفيه خلاف الناصر والشافعي كما سيأتي. (شرح بحر).

(٣) مستقيم مع الشرط فقط.

(٤) سواء كان بجناية البائع أم بأفة مساوية. (شرح بحر).

[الشافعي وأصحابه]: إن تلف خير المشتري بين أخذ الباقي بالثمن جميعاً وبين رده؛ إذ لا تأثير للبائع في نقصانه، وإن جنى فبحصته، ويحط البائع أرش الجناية، وإن شاء فسخ؛ إذ لا يلزمه بعد تعيبيه.

قلنا: لا فرق بين تعيبيه بفعله أو فعل غيره كلو كان من قبل العقد؛ إذ القبض من تمامه فأشبهه الواقع من قبله.

٣٠٩- فصل: في كيفية قبض المبيع

٢٩٧٨- **سَأَلَتْ:** قبض غير المنقول بالتخلية اتفاقاً؛ إذ هو الممكن.

٢٩٧٩- **سَأَلَتْ:** [أبو العباس والمذهب ومالك ورواية عن الشافعي]: والمنقول كذلك؛ لحصول الاستيلاء بها. [الشافعي وأصحابه]: لا بد من نقله؛ للتعرف بالترقية بينه وبين غير المنقول في القبض، ولا تفرقة إلا بما ذكر.

قلت: القصد الاستيلاء وقد حصل بالتخلية.

[الإمام يحيى]: بالتخلية يسقط ضمان البائع؛ إذ قد فعل الواجب، ولا يصح تصرف المشتري حتى ينقل من حوزة البائع، لا في داره إلا بإذنه؛ إذ هو مع الإذن كالمعير لمكانه. قلت: إذا خرج بالتخلية عن ضمان البائع فقد صح قبض المشتري؛ إذ يتلف من ماله.

٢٩٨٠- **سَأَلَتْ:** [أبو العباس وأبو حنيفة وأحد أقوال الشافعي]: ويقدم تسليم الثمن (١)؛ إذ قد تعين حق المشتري وهو المبيع فيتعين حق البائع. [المنصور بالله وأحد أقوال الشافعي]: بل المبيع؛ لأنه مسلط على التصرف في الثمن فيسلط المشتري على المبيع. [أحد أقوال الشافعي]: مستويان فمن طالب طولب.

وقيل: لا يجبران فمن تبرع بتسليم ما عنده أجبر الآخر.

لنا: ما مر (٢).

(١) إن حضر المبيع. (أزهار).

(٢) إذ قد تعين حق المشتري.

فَرْعٌ: فلو سلم الثمن ثم أبق العبد قبل قبضه لم يسترد الثمن؛ إذ قد أسقط حقه من حبسه، لكن له الفسخ بالإباق ثم يطلب الثمن.

٢٩٨١- **سَأَلَتْ:** ويجبر المشتري على القبض ^(١) من البائع؛ إذ هو حق له ليخرج عن الضمان، فإن تمرد فوجهان: [الإمام يحيى]: أصحابها يدفعه إلى الحاكم فيبرأ. وقيل: يقبضه من نفسه للمشتري فيصير أميناً. [الإمام يحيى]: أما حيث لا حاكم فنعم؛ إذ له ولاية ^(٢).

٢٩٨٢- **سَأَلَتْ:** [الهادي وأبو طالب وأبو العباس]: ويصح توكيل البائع بالقبض من نفسه كغيره ^(٣)، لكن لا يقبض بالتخلية بل بنقل المنقول وبالتصرف في غيره؛ لتمييز قبض المشتري من قبضه. [الشافعي وأحد قولي المؤيد بالله]: لا؛ إذ يلزم مصيره مطالباً لنفسه بالثمن؛ لتعلقه بالقابض وبالمبيع لأجل الوكالة، وهو محال.

قلت: لا نسلم الإحالة؛ إذ البائع حيثئذ كالمتبرع بتسليم المبيع. [الإمام يحيى وأحد قولي المؤيد بالله]: لا؛ لما مر إلا حيث يعطيه إناء ليجعله فيه؛ إذ ذلك نوع تصرف من المشتري فأشبهه القبض.

لنا: ما مر.

٢٩٨٣- **سَأَلَتْ:** والتخلية لا تكفي هنا وفي البيع [المبيع] الفاسد وشراء الأمانة وفي بعض المبيع؛ إذ لا يلزمه قبضه ناقصاً.

٢٩٨٤- **سَأَلَتْ:** قلت: وضابط التخلية الصحيحة: أن تكون في عقد صحيح غير موقوف ومبيع غير معيب ولا ناقص ولا أمانة، مقبوض الثمن أو في حكمه، بلا مانع من أخذه في الحال أو نفعه، والمانع: إما حق كالرهن، أو غيره كإغلاق باب، أو شغل منزل بمتاع، أو نفور كفرس لم تلتزم رسنها، ولا حازها حيث لا يمكنها النفور.

(١) حيث لم تمكن التخلية.

(٢) المذهب لا ولاية له.

(٣) يعني: كما يصح توكيل غير البائع أو كما يصح توكيله بالقبض من غير نفسه. (شرح بحر).

٢٩٨٥- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله وأبو طالب والمذهب]: وإذا استعمل البائع المبيع قبل التسليم لزمته الأجرة للمشتري؛ إذ قد ملكه بالعقد فكذا منافعه. [الوافي للمذهب والإمام يحيى]: لا؛ إذ الخراج بالضمان، وهو نص في موضع الخلاف.

قلت: ليس على عمومه وإلا لزم في الغاصب. سلمنا: فمعارض بقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا يحل مال امرئ مسلم)) الخبر^(١)، وإذا لسقط الإثم ولا قائل به، فحمل على أن المراد حيث فسخ المبيع بعد استغلال المشتري تخصيصاً بالقياس^(٢) وهو جائز. فإن تلف بطل العقد فيملكه والتناج والغلة^(٣).

٢٩٨٦- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله وأبو طالب والمذهب]: والمؤن قبل القبض على البائع من نفقة وغيرها؛ إذ عليه تسليمه ولن يتم إلا بذلك فوجب، وأجرة كيل المكيل ووزن الموزون عليه؛ إذ عليه تمييز المبيع، والصب على المشتري كلو كان في جوالقه؛ إذ قد تعين وفصل الملصق كالمسهار والفص والحجر؛ إذ عليه تسليمه بلا مانع من رفعه [دفعه].

وللمشتري خيار الرؤية؛ إذ لم تكمل قبل الفصل، وخيار العيب إن تعيب به. ٢٩٨٧- **سَأَلَتْ:** [المذهب]^(٤) إذا باع الشريك نصيبه في الحيوان وحده لم يسلمه إلا بحضور شريكه أو إذنه أو الحاكم، وإلا ضمنا حصة الشريك؛ إذ كل منهما قد نقلها عدواناً.

فَرَعٌ: [المذهب]: ولا يجب التسليم إلى موضع العقد. [المؤيد بالله]: يلزم؛ إذ هو من تمام التسليم.

قلنا: العقد لا يقتضيه إلا حيث جهل المشتري غيبته عن بلد العقد فيلزم اتفاقاً. قيل: وله الفسخ قبل إحضاره.

(١) قوله: «لا يحل مال امرئ مسلم»: تكرر، وتماه: ((إلا بطيبة من نفسه)).

(٢) لاستعمال البائع قبل التسليم على الغاصب بجامع الإثم. (شرح).

(٣) الحاصل في ذلك: أن الفوائد كلها الأصلية والفرعية تستقر في ملك البائع بتلف المبيع قبل قبض المشتري له؛ لأن الفوائد تتبع الأصل. (شرح بحر).

(٤) زيادة في نسخة.

٢٩٨٨- **سَأَلَتْ:** [المذهب والإمام يحيى]: وإنما يستحق القبض بإذن البائع مطلقاً^(١) أو بتوفير الثمن في العقد الصحيح فقط، فللمشتري أخذه حيث وجدته إلا حيث تعلق به حق كالمرهون والمستأجر؛ إذ حقهما سابق^(٢).

[الإمام يحيى]: فإن لم يحصل أيهما وقبضه المشتري من الغاصب فللغاصب استرجاعه؛ إذ هو مضمون عليه.

قلت: فيه نظر؛ إذ حق المشتري أقوى، ثم إن القابض لا يبرأ بالرد إلى الغاصب^(٣) كما سيأتي.

فَرَعٌ: [أبو العباس والإمام يحيى]: فإن كان في يد السارق فليس له استرجاعه؛ إذ ليس في ضمانه لوجوب القطع^(٤)، ولا يجتمع عليه قطع وضمان، بخلاف الغاصب. قلت: الأقرب أن لا فرق؛ لما مر^(٥).

فإن قبضه من الوديع أو المستعير لا بإذن ولا بتوفير الثمن فلهما الاسترجاع؛ إذ هو متعد، لا هما.

٢٩٨٩- **سَأَلَتْ:** [محمد بن الحسن]: ولو قال المشتري للبائع: ابعث به مع غلامك لم يكن قبض الغلام قبضاً له، ولو قال: ادفعه إليه كان قبضاً له؛ إذ هو كالوكيل حيثئذ فيتلف من ماله. [الإمام يحيى]: هذا الفرق تحكم، ولعل الفارق التعدي واللزوم.

قلت: بل تحته معنى لطيف؛ إذ قوله: ادفعه إلى الغلام، أمانة ظاهرة في أنه قد واطأ الغلام على دفعه، وذلك توكيل صحيح، بخلاف قوله: ابعث به، فلا أمانة فيه على مواطأة الغلام، وذلك واضح بعد التأمل.

(١) سواء كان العقد صحيحاً أم فاسداً وسواء وفر الثمن أم لا. (شرح).

(٢) على ملك المشتري فلهما منعه واسترجاع المبيع منه حتى يستوفي المرتبه دينه وحتى تنقضي مدة الإجارة، فإن قبضه بإذنها سقط حقها من المنع، وكذا يسقط حق المستأجر حيث كان البيع لعذر. (شرح بحر).

(٣) لكن للغاصب مطالبة المشتري بالرد إلى البائع. (بيان). ليرأى من الضمان. (بستان).

(٤) قال الفقيه حسن: وفيه نظر؛ لأنه يلزمه رده للبائع ما دام باقياً. (بيان).

(٥) إذ حق المشتري أقوى.

٣١٠- فصل: في استحقاق المبيع

٢٩٩٠- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: وإذا استحق الشيء رد لمستحقه سواء أمكنه الرجوع بالثمن أم تعذر؛ لقول علي عليه السلام: (أتبع صاحبك حيث وجدته.. الخبر^(١)). قلت: ولا أحفظ فيه خلافاً.

فإن رده بحكم بالبينة أو بعلم الحاكم أو بأمر البائع رجع عليه بالثمن إجماعاً؛ إذ بطل العقد فصار الثمن كالدين، لا بإقراره ولا بنكوله؛ إذ هو كالإقرار على الغير. ولا برد اليمين^(٢).

[الإمام يحيى]: ويمين المشتري على العلم إن صدق على الشراء وإلا فعلى القطع، كما سيأتي.

[الإمام يحيى]: فإن أذن البائع بالرد^(٣) ولم يأمر به لم يرجع عليه^(٤)؛ إذ إنّه ليس بإقراراً بالاستحقاق، بخلاف الأمر.

٢٩٩١- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة]: وفسخ الحاكم للعقد باستحقاق المبيع رفع للعقد من أصله، فيرد فوائده الأصلية والفرعية. [الشافعي]: بل من حينه؛ إذ رفعه وقع بالاستحقاق، ولا استحقاق قبل الحكم.

قلت: بل الحكم كاشف؛ لتقدم الاستحقاق.

فَرَعٌ: فإن استحق بعض المبيع فتعيب الباقي بنقصانه^(٥) ثبت الخيار.

(١) قوله: «لقول علي عليه السلام: أتبع صاحبك.. إلى آخره»: حكاة في أصول الأحكام عن علي أن إنساناً عرف ملكاً له في يد مشتري له فصحه فقتضى علي عليه السلام بتسليمه إلى المدعي وقال للمشتري: «أتبع صاحبك بما أعطيته حيث وجدت». انتهى. [المؤيد بالله في شرح التجريد].

(٢) إلا أن للمشتري طلب البائع اليمين ما يعلم صدق دعوى المدعي فإن حلف فلا شيء وإن نكل حكم عليه بالثمن. (شرح فتح).

(٣) أي: رضي به ولم يأمر به لم يرجع فإن أمر به رجع. (شرح بحر).

(٤) المذكور في كتب أصحابنا أن مع الإذن يرجع المشتري بالثمن، ومثله في شرح القاضي زيد وغيره والتذكرة والأزهار ولعله للإمام يحيى وأصحاب الشافعي خلاف المذهب.

(٥) كأن يكون مشاعاً أو مما الانفراد فيه عيب أو مخالفاً لغرض المشتري فمع جهله يثبت الخيار إن شاء

٢٩٩٢- **سَأَلَتْ:** ومن باع بدراهم ثم قبض عنها دنائير صح؛ إذ ما في الذمة كالحاضر؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا بأس..)) الخبر ^(١)، فإذا [وإذا] استحق المبيع رجع بالدنائير المدفوعة؛ إذ بطل عقد الصرف ببطان أصله ^(٢)، وإذا استحق وقد أحال البائع بالثمن رجع به على البائع؛ إذ حقوق العقد متعلقة به، لا المستحيل؛ إذ هو وكيل قبض، ووكيل القبض لا يتعلق به حق، بخلاف وكيل العقد.

٢٩٩٣- **سَأَلَتْ:** ويصح التضمين بدرك ^(٣) المبيع، أي: بالثمن إن استحق كشرط الرهن في الثمن، وإذا استحق ما باعه الوصي رد الثمن من مال الميت إن كان، وإلا استرده من الغرماء؛ إذ لا يستحقونه؛ لانكشاف الميت مفلساً، فإن تعذر فمن ماله؛ إذ قد ضمنه بقبضه، وعلى اليد ما أخذت.

٢٩٩٤- **سَأَلَتْ:** وإذا استولد الأمة المشتراة ثم استحققت، ردت للمستحق إجماعاً، والاستيلاء ليس استهلاكاً كالمغصوبة، والولد حر إجماعاً؛ للشبهة، وعليه قيمته لمالكها إجماعاً؛ إذ هو نماء ملكه، ففي حرته وضمان قيمته وفاء بمطابقة الأصول.

فَرَعٌ: [علي عليه السلام والأكثر]: وإنما يضمن القيمة، وعن عمر: غلام بغلام وجارية بجارية ^(٤).

أخذه بحصته من الثمن مع أرش العيب وإن شاء رده ورجع بكل الثمن، وأما مع علمه فلا خيار له مطلقاً، وكذا حيث رده للمستحق بإقراره أو بنكوله أو برده لليمين. (شرح).

(١) قوله: «لا بأس.. الخبر»: تقدمت إحدى رواياته، وسيأتي غيرها.

(٢) وهو الثمن.

(٣) قال في البرهان: وضمان الدرك يصح ولو كانا عالمين جميعاً بكون المبيع أو بعضه مستحقاً وهذا من طريق النظر على أصول المذهب. (بستان). وحقيقة ضمان الدرك هو: أن يضمن الضامن لمن عليه، الحق بمثل الذي عليه والضمان الحقيقي الشرعي أن يضمن الضامن لمن له الحق بحقه على من هو عليه. (شرح بحر).

(٤) قوله: «وعن عمر.. الخ»: عن مالك: بلغني أن عمر وعثمان قضيا في أمة غرت رجلاً بنفسها أنها حرة فتزوج فولدت له أولادا أن يفدي أولاده بمثلهم من العبيد، قال مالك: وتلك القيمة أعدل ذلك عندي. ذكره رزين. [مالك في الموطأ (١٤٢٧)].

لنا: قضاؤه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (١) بقيمة نصف العبد الذي أعتقه الشريك، وكتلفه مع الغاصب إجماعاً.

وإنما يضمن القيمة بعد (٢) المطالبة أو إمكان الرد (٣)، فإن تلف قبل ذلك فكولد المغصوب.

فَرَعٌ: [العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: والعبرة بقيمته يوم الضمان. [الشافعي]: بل يوم الولادة؛ إذ هو أول وقت له فيه قيمة.

قلنا: لا معنى للتقويم قبل الضمان.

فَرَعٌ: [العترة وأبو حنيفة وأصحابه وقول للشافعي]: ويرجع على البائع بالقيمة. [الشافعي] (٤): لا؛ إذ عتقهم لا بفعل البائع.

قلنا: الغرر جنانية عمدًا كان أو خطأ.

فَرَعٌ: [العترة والفريقان]: وعليه العقر أيضاً؛ إذ وطئ ملك غيره، ولا حد فلزم المهر؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((وعليه المهر بما استحل من فرجها)). [مالك]: لا، حرة كانت أو أمة؛ إذ لا حد، فلا مهر كلو وطئ أمته.

قلنا: العلة هنا كون منافع البضع مملوكة لغيره، فافترقا.

[العترة وأبو حنيفة وأصحابه وقول للشافعي]: ولا يرجع به على البائع؛ إذ قد استوفى

عوضه. [ابن أبي ليلى وقول للشافعي]: بل يرجع؛ إذ هو غرم لحقه بسببه كقيمة الولد.

(١) قوله: لنا قضاؤه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.. الخ: عن ابن عمر أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((من أعتق عبداً بينه وبين آخر قوم عليه في ماله قيمة عدل، لا وكس ولا شطط، ثم عتق عليه في ماله إن كان موسراً)). هذه إحدى روايات حديث أخرجه الستة. [أبو داود (٣٩٤٧)، والبخاري (٢٥٢١)، ومسلم (١٥٠١)، والترمذي (١٣٤٦)]. وعن أبي هريرة أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((من أعتق شقصاً من مملوك فعليه خلاصه في ماله، فإن لم يكن له مال قوم المملوك قيمة عدل ثم استسعى غير مشقوق عليه)). أخرجه إلا الموطأ والنسائي، وفي ذلك أحاديث أخر. [البخاري (٢٤٩٢)، ومسلم (١٥٠٣)، وأبو داود (٣٩٣٧)، والترمذي (١٣٤٨)].

(٢) الأولى أنه يضمن قيمته سواء تلف قبل المطالبة أو بعدها تمكن من الرد أو لم يتمكن؛ لأنه ضمن قيمته بالدعوة.

(٣) وكذا إذا تلف بجناية المشتري. (شرح بحر).

(٤) في نسخة: قوله للشافعي.

قلنا: لم ينتفع بالولد فافترقا، وكمّن غصب طعاماً على غاصب فأكله^(١)، فإنه لا يرجع بما غرم.

فَرْعٌ: ولو زوجها المشتري عبده بطل النكاح إجماعاً، وردت وأولادها للمستحق إجماعاً؛ إذ لا موجب لحریتهم. قلت: وعلى السيد عقرها.

فلو علم المشتري بغصبها ثم استولدها ردت وأولادها؛ إذ لا سبب حيثئذ للحرية.

٣١١- فصل: فيما يدخل في البيع [المبيع] تبعاً

[الإمام يحيى]: المتبع في ذلك العرف العام لا الخاص^(٢).

٢٩٩٥- **مَسْأَلَةٌ:** ويدخل في البيع [المبيع] ونحوه^(٣) للمالك ثياب البذلة وما تعرف به، لا ما في يده، ولا ما للزينة للنفق كالعمامة والمنطقة والخاتم.

قلت: إلا لعرف. وقيل: ما يستر العورة فقط.

قلنا: المتبع العرف.

٢٩٩٦- **مَسْأَلَةٌ:** وفي الخيل والبغال العذار^(٤).

[الإمام يحيى]: واللجام في عرفنا، وكذا في الحمير التي تلجم، لا السرج والحزام والعباءة واللبد والشكّال والقيد وثقالة البغال^(٥)، وإكاف الحمار، وحقيبة الجمل.

قلت: إلا لعرف.

٢٩٩٧- **مَسْأَلَةٌ:** وفي الأرض الماء^(٦) إلا لعرف كبلاد الري وخراسان.

(١) الغاصب الثاني فإنه لا يرجع بما غرم؛ لأن قرار الضمان عليه فكذا في مسألتنا. (شرح بحر).

(٢) الخاص الذي في جهة دون الثانية، والعام ما كان مستفيضاً في جميع الجهات فيحكم بالعام على عمومه، والعرف الخاص يحكم به في موضع ذلك التعارف. (شرح).

(٣) كاهبة والصدقة والنذر والوقف والوصية والإقرار والمهر وعوض الخلع. (بيان وشرح بحر).

(٤) وهو الرسن الذي يجذب به. (شرح بحر).

(٥) شيء من الرصاص يوضع في أيديها ليحسن سيرها. (شرح بحر).

(٦) الذي تستحقه تلك الأرض من غيل أو بئر أو نحو ذلك إلا لعرف بأن الأرض تباع دون مائها والعكس كما يكون في بلاد الري وخراسان وبعض نواحي صنعاء فإن عادتهم بيع الأثمار وحدها أياماً وليالي يتبع العرف في الدخول وعدمه. (شرح بحر).

[الإمام يحيى]: وصنعاء.

والسواقي^(١) والمساقى والحيطان والطرق المعتادة.

قلت: إن كانت وإلا ففي ملك البائع^(٢) إن كان؛ إذ عليه التسليم، وإلا ففي ملك المشتري إن كان وإلا فعيب.

فَرْعٌ: ويدخل فيها نابت يبقى سنة فصاعداً؛ إذ يصير كالجزة منها سواء كان ذا ساق أم لا، كالقضب [كالقصب] واليقطين^(٣) لا ما يقطع منها من ورق كالخنا وثمر كالجوز ونحوه، فلا يدخل؛ لانفصاله كالزراع.

قلت: ويبقى للصالح بلا أجره؛ إذ هو كالمستثنى.

فَرْعٌ: ولا يدخل الثمر في بيع الشجر كالزراع على الأرض.

قلت: والأقرب عندي دخوله هنا كالصوف على الشاة، بخلاف ما إذا دخلت تبعاً لبيع الأرض فهو أشبه بالزراع؛ إذ دخل الشجر لأجل بيع الأرض^(٤).

٢٩٩٨- **سَأَلَتْ:** وفي الدور والسماسر ونحوها^(٥) طرقها وكل ما ألصق بها لينفع مكانه كالأبواب والأوتاد وقدر الحمام والسلّم المسمور وسفل الرحى ونحوها^(٦)، وما حوته عرصتها من حمام ومسجد^(٧) وشجر وفسقِيَّة^(٨)، لا الرياحين ولا الحبال والخيزران المربوطة لتعليق الثياب والبسط؛ إذ ليست من الدار.

(١) وهي التي يجري الماء فيها والمساقى وهي الأصباب التي ينحدر منها ماء المطر إلى الأرض. (شرح بحر).

(٢) خلاف ما ذكره في الغيث من أنه يقدم ملك المشتري على ملك البائع وهو المعتمد. (شرح أنهار معنى).

(٣) وهو الدباء.

(٤) يعني: إذا باع الأرض فدخل الشجر فيها كالجزة من الأرض لطول لبثها والثمر ليس كذلك فهو كالزراع حيثئذ. (شرح).

(٥) كالقصور والحمامات. (شرح).

(٦) كالمدقة الملتصقة وقصاع الفخار التي في الدور للصابون والديغ المحاط عليها بالبناء ونحوه قال في الغيث: والأقرب أن علاء الرحا يدخل في جهاتنا لأجل العرف. (شرح).

(٧) يعني: مسجد الدار والعروسة والبستان لا المسجد المسبل؛ إذ لا يصح بيعه فلا يتوهم.

(٨) وهي السقاية.

وكذا الدلاء والأرشية والقرسطون^(١) والقبان في السماسر وكل منقول إلا المفاتيح. ويدخل في البستان العُمد والخُبط، لا عرش الضمير في الأصح^(٢).

٢٩٩٩- **سَأَلَتْ:** ولا يدخل الملقى ولا الدفين ولو أحجاراً غير الأساس، وعلى البائع نقله، فإن تعيب المبيع بنقله ثبت الخيار، إن لم يصلحه البائع قبل الفسخ، كلو اختل السقف فأصلحه قبل التسليم؛ إذ هو يسير.

[الإمام يحيى]: لا لو انهدم الجدار قبله فأصلحه البائع فالخيار ثابت؛ لعظم المؤنة^(٣)، فيحتمل كون الآخر دون الأول، ولا يدخل معدن^(٤) ولا دفين ولا درهم في بطن شاة أو سمك؛ إذ ليس من المبيع.

[المرتضى]: فإن ادعى البائع ما في بطن الشاة فالقول له كالمال في يد العبد، وإلا فلقطة، وأما السمك فالإسلامي لقطة؛ إذ لا يجوز ابتلاعه بعد ثبوت يده^(٥)، والكفري والدرة للبائع^(٦)؛ إذ هو غنيمة كهي.

[الإمام يحيى]: والمثقوبة والعجماء سواء.

قلت: لجواز كونها كفرية.

فَرَعٌ: وأما العنبر والسمك في بطنها فللمشتري؛ إذ هما كالعلف^(٧).

(١) وهو الميزان الصغير.

(٢) هكذا وقع في الأم وغيرها ولعل المراد ما يتخذ لتجفيف العنب بعد قطفه لكن ذلك ليس في الانتصار والذي فيه: وأما العرش الذي يعمر من أجل زجر الطير فهل يكون داخلاً أم لا، فيه تردد: فيحتمل أنه غير داخل؛ لأنه لا يقع عليه الاسم، ويحتمل أن يكون داخلاً وهو المختار؛ لأجل جري العرف على ذلك هذا لفظه. (شرح بحر). لإحاطة الحدود به. (صعيتري).

(٣) المذهب أنه لا خيار بعد الإصلاح على الصفة الأولى.

(٤) قد تقدم أن المعدن يدخل عند الإمام يحيى لكن أراد هنا الذي ليس من جنس الأرض كالنفض كما تقدم أنه لا يدخل. هكذا بخط المصنف عليه السلام وقد تقدم في الثالثة والعشرين من فصل ويصح البيع جزافاً.

(٥) لأن الصائد يبادر إلى قتله عقيب صيده.

(٦) حيث هو الصائد وإلا فللصائد إلا أن يحبسها البائع بعد ملكها فيما يملكه قدر ما يمكن ابتلاعها فيه فله.

(٧) وذلك لأن العنبر حشيش تأكله السمك وكذلك السمك قد يأكل السمك.

[الإمام يحيى]: لكن إن وجدت ميتة حرمت عند القاسم والهادي كالطافي، وسيأتي الخلاف.

٣١٢- فصل: فيمن اشترى شيئاً فأعطي خلافه

٣٠٠٠- **سؤال:** ومن اشترى شيئاً مشاراً إليه موصوفاً غير مشروط صح، وخير في المخالف مع الجهل كاشتريت منك هذا البر فإذا هو شعير؛ إذ لا حكم للصفة مع الإشارة؛ لقوتها.

[الإمام يحيى]: وكذا لو قال: على أنه بر فإذا هو شعير، فيلغو الشرط.

قلت: فيه نظر، بل يلزم الشرط^(١)، كما سيأتي.

قلت: فإن شرط فخالف ففي المقصود فسد كعلی أنها نعاج فإذا هي كباش أو العكس ومقصوده غير اللحم، وإلا صح^(٢)؛ لتقارب الغرض.

ومنه: أن يشتري عبداً فإذا هو أمة ونحو ذلك؛ إذ بطل الشرط وهو لازم؛ إذ هو حالي فبطل المشروط، فإن خالف في الصفة صح مطلقاً^(٣) وخير في الأدنى^(٤) مع الجهل كعلی أنه بر أحمر فإذا هو أبيض؛ إذ لم يبطل الشرط بالكلية، بل حصل معظمه وهو الجنس، وثبت الخيار؛ لفقد الصفة.

قلت: ولم يخير في الأعلى؛ لكمال غرضه، فلو فرض أن معظم المقصود^(٥) في الصفة صارت كالمخالفة في المقصود ديناً فقط^(٦)؛ إذ الظاهر خلافه.

(١) إذ هو حالي فلا وجه لإلغائه. (شرح).

(٢) وخير في الأدنى.

(٣) عالماً أو جاهلاً. (شرح).

(٤) فإن شاء رضي وإن شاء فسخ هذا مع بقاء المبيع ومع تلفه يرجع بالأرش ولا خيار للبائع هنا مطلقاً، وأما حيث سلم الأعلى فمع علمه لا خيار ومع جهله له الخيار مع بقائه، ومع التلف رجح في الغيث أنه يرجع بالأرش. (شرح).

(٥) أي: الغرض.

(٦) لا شرعاً.

فَرَعٌ: [العترة وأبو حنيفة وابن أبي ليلى^(١)]: فلو شرط كفر العبد فانكشف مسلماً فلا خيار. [الشافعي]: بل يخير؛ إذ يرغب في الكافر المسلم^(٢) والكافر بخلاف المسلم. قلنا: المعتبر النقص ولا نقص في الإسلام. فأما لو شرط الثبوت فانكشفت بكرة فلا خيار، بخلاف العكس. وإن خالف في الجنس فكالمقصود؛ إذ هو مشروط، ويستوي فيه العلم والجهل، وإن خالف في النوع فسد إن جهل البائع؛ إذ جهل البائع يقتضي أنه لم يرض بإخراج خلاف ما شرط، وإلا صح وخير المشتري مع الجهل؛ إذ علم البائع يقتضي رضاه، وجهل المشتري يقتضي الخيار. ٣٠٠١- **سَأَلَتْ:** فإن لم يُشْرَ^(٣) وأعطي^(٤) خلافة ففي الجنس سلم البائع المبيع، وما قد سلمه مباح^(٥) مع العلم.

قلت: وقرض فاسد مع الجهل^(٦)؛ إذ سلمه بعوض.

وإن خالف في النوع: [الإمام يحيى]: خير المشتري.

قلت: والبائع؛ إذ للنوع شبه بالجنس.

وفي التالف يترادان أرش الفضل مع الجهل^(٧).

(١) في نسخة المزني، ولعلها تصحيف، والله أعلم.

(٢) بل العبرة بغرض المشتري.

(٣) إلى المبيع.

(٤) المشتري. (شرح).

(٥) قيل: وقول أصحابنا إنه مباح مع العلم فيه نظر؛ لأنه إنما سلمه على طريق المعاوضة فالأولى أن لا يكون مباحاً. (غيث). فيرجع به مع البقاء ويعوضه مع التلف. (شرح).

(٦) قال **عَلَيْهِ**: وقول أصحابنا إنه كالقرض الفاسد مع جهل البائع فيه نظر، والأولى أن يفصل القول فيه فيقال: إن كان المشتري عالماً أن البائع جاهل وأنه غلط فيما سلم لم يكن كالقرض الفاسد بل كالغصب؛ لأنه لم يبح له التصرف فيه؛ لأنه سلمه غلطاً، وإن كان المشتري جاهلاً كان في حكم القرض الفاسد. (غيث).

(٧) هذا حيث كانا جاهلين فإن كان البائع عالماً لم يرجع بزيادة الأعلى وكذا المشتري إن كان عالماً لم يرجع بنقصان الأدنى. (غيث وشرح بحر).

[الإمام يحيى]: فإن جهل البائع فسد؛ للغرر.

قلت: وفيه نظر^(١).

وإن خالف^(٢) في العين كبعث منك هذه الشاة فأعطي غيرها فوجهان: [الإمام

يحيى]: أصحهما كالمخالفة في الجنس^(٣).

قلت: هذا سهو منه بل العقد صحيح مطلقاً^(٤)، وما سلمه مباح مع العلم قرض

فاسد مع الجهل.

فَرَعٌ: وقول [الهادي]: من شري [اشتري] بزراً على أنه بزر بصل فنبت كراثاً رجع

بأرش الفضل مع جهل البائع - متأولاً. [أبو طالب]: مراده بزر الكراث الذي يسمى

الشامي ويكون له بصل فأراد بصل الكراث لا البصل المعروف. [المؤيد بالله]: أراد

حيث البززان جنس واحد.

قلت: ومعنى التأويلين واحد.

فَرَعٌ: وحيث يخير المشتري في الأدنى وقد بذر به جاهلاً خير بين الرجوع

بالأرش أو تسليم الأرض بما فيها وأخذ كراها والغرامة، أو الرضا^(٥)، فإن علم ثم

بذر فلا أرش.

(١) إذ قد حصل معظم المقصود وهو الجنس فصح وخير الجاهل منها فقط. (شرح).

(٢) هذا هو الوجه الرابع من وجوه المخالفة في المعقود عليه. (شرح).

(٣) يعني: فيفسد العقد كما مر في المسألة الأولى. (شرح بحر).

(٤) فيرجع المشتري ما قبض إن كان باقياً ويسلم البائع العين المعقود عليها. (شرح).

(٥) ولا شيء له.

[٦٩]- باب الإقالة

٣٠٠٢- **سَأَلَتْ:** هي بيعٌ في حق الشفيع إجماعاً، فسُخِّ في الصرف والسلم قبل القبض إجماعاً؛ إذ جعلها فيه [فيها] بيعاً يستلزم بيع المعدوم.

٣٠٠٣- **سَأَلَتْ:** [القاسم والهادي وأبو العباس وأبو طالب والمنصور بالله وأحد قولي المؤيد بالله وأبو حنيفة والشافعي]: وهي فسوخ (١) فيما عدا الشفعة؛ إذ هي لفظ يقتضي رد المبيع، ولا يصح به التملك ابتداءً كفسوخ المعيب، ولصحتها من دون ذكر الثمن، لا البيع. يزيد بن علي والناصر والمؤيد بالله وقول للشافعي: لفظ اقتضى الملك بالتراضي على عوض معلوم فكان كالبيع المبتدأ.

قلنا: إذا للزم ذكر الثمن وصح ابتداء البيع بلفظها فافترقا.

[محمد بن الحسن]: إن اختلف جنس الثمن فبيع؛ إذ ليس برفع لما سبق، وإلا ففسوخ؛ إذ رفعت ما سبق. [الإمام يحيى]: مسلمٌ حيث اختلف الجنس.

قلت: وفيه نظر؛ إذ يستلزم صحة ابتداء البيع بلفظها، ولا قائل به.

[أبو يوسف]: إن وقعت قبل القبض ففسوخ؛ إذ القبض من تمام العقد، وإلا فبيع. لنا: ما مر (٢).

[أبو طالب والرازي]: لا خلاف أنها قبل القبض فسوخ.

قلنا: الظاهر من المخالف التعميم.

فَرَعٌ: ومن جعلها فسوخاً صححها قبل القبض، والبيع قبله بعدها وتولي واحد طرفيها، ولم يعتبر المجلس في قبولها من الغائب (٣)، ولا صحة الرجوع [عنها] قبل قبولها، ولا تلحقها الإجازة، وألغى [وإلغاء] شرط خلاف الثمن قدرأ أو صفة، وتصح مشروطة، والمخالف يعكس.

(١) قال في الياقوتة: وهي في البيع الفاسد فسوخ بلا خلاف. (شرح بحر).

(٢) إذ يستلزم صحة ابتداء البيع بلفظها.

(٣) بل يقبل في مجلس علمه وأما الحاضر فإذا قام عنه قبل قبولها كان إعراضاً ولو قلنا إنها فسوخ. (شرح).

٣٠٠٤- **سَأَلَتْ:** [المذهب والفريقان]: ولفظها شرط؛ إذ لها أحكام مخصوصة^(١) فاعتبر لفظ مخصوص كالكتابة وهو: أقلتك، أو أنت مقال، أو لك الإقالة^(٢). [أبو العباس والإمام يحيى وغيرهما]: لا، بل ما أفاد الرفع حصلت به كخذ حقت فقال: قبلت أو نحوه؛ إذ القصد الرفع فما تم به أجزأ كالنكاح والبيع بغير لفظها. قلنا: إذاً لكان لفظ الفسخ إقالة، فلا تختلف أحكامها.

٣٠٠٥- **سَأَلَتْ:** [المذهب والإمام يحيى والشافعي]: وبقاء المبيع شرط، فلا تصح مع تلفه^(٣)؛ إذ هي إما بيع فيبيع المعدوم لا يصح، أو فسخ فلا يلحق التالف؛ لتعذر رده كما أخذ كفسخ المعيب^(٤). [الإمام يحيى حكاية عن المذهب وقول للشافعي]: بل يلحق التالف فيترادان القيمة يوم التلف. وقيل: يوم القبض. وقيل: أوفر القيم من العقد إلى التلف؛ إذ القصد بها رفع الغبن وهو يرتفع مع التلف كمع البقاء. لنا: ما مر.

٣٠٠٦- **سَأَلَتْ:** والفوائد الأصلية والفرعية للمشتري^(٥) اتفاقاً؛ إذ هي نهاء ملكه، والإقالة لم ترفع أصل العقد^(٦).

٣٠٠٧- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: وتبطل الإقالة بشرط خلاف الثمن الأول قدرأ أو صفة؛ إذ هي بيع فلا تعلق بشرط.

قلنا: بل فسخ فتصح ويلغو الشرط؛ إذ هي رفع للعقد^(٧)، ورفع يقتضي الثمن كالمثمن.

(١) وذلك نحو صحتها من دون ذكر الثمن فاعتبر فيها لفظ مخصوص كالكتابة فإن لفظها شرط فيها. (شرح بحر).

(٢) أو أقالك الله حيث جرى به عرف. (بيان معنى).

(٣) والمراد حيث لم يتراضيا على رد القيمة مع الإقالة، وأما إذا تراضيا بها في التالف على رد قيمته فإنه يصح ذكره في الشرح والصعيتري والكواكب. وتكون القيمة يوم القبض.

(٤) فإنه لا يصح مع التلف.

(٥) وتيقن للصالح بلا أجره اتفاقاً. (زهور).

(٦) قال في الحفيظ: إذا كان بعد القبض، وقال في شرحه: لا فرق.

(٧) بين المتعاقدين ورفعته على البائع رد جميع الثمن كما يوجب على المشتري رد جميع المثمن وهو المبيع، فإذا شرط في الإقالة خلاف ذلك صحت ولغا الشرط؛ إذ هو خلاف مقتضاها. (شرح بحر).

٣٠٠٨- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: وإذا تلف بعض المبيع صحت الإقالة فيرد الباقي وقيمة التالف كلو كانا تالفين.

قلت: بل لا تصح [الإقالة] كعم تلفه جميعاً. قيل: فإن تعلقت بالباقي فقط صحت بحصته إجمالاً.

قلت: إن تميزت الأثمان، وإلا فلا.

[الإمام يحيى]: ولا تصح في بعض ما هو باق كله كالفسخ بالعيب.

قلت: القياس الصحة كالفسخ بالتراضي.

٣٠٠٩- **سَأَلَتْ:** قلت: وبقاء المتعاقدين^(١) شرط؛ إذ هي رفع، وليس للوارث رفع ما أبرمه المؤرث.

٣٠١٠- **سَأَلَتْ:** قلت: وعدم الزيادة المتصلة في المبيع شرط؛ إذ الفوائد للمشتري ولم تميز عن الأصل^(٢).

(١) فلو كان العاقد وكيلاً لغيره هل يصح من الموكل أن يقبل؟ فيه احتمالان: أحدهما: لا يصح؛ لأن العاقد غيره. والثاني أنها تصح؛ لأنها لا تصح [١] من الوكيل. وأما إذا أوصى أحد المتعاقدين للثاني بالفسخ والإقالة بعد موته فإنها تصح ذكر ذلك المؤيد بالله. (كواكب). ولعل الإقالة إذا شرطت للوارث أو مطلقاً صارت كالحق في البيع فثبت للبائع ووارثه على من صار المبيع إليه من وارث أو غيره. (تعليق مفتاح).

(٢) هذا في الإقالة وأما بلفظ الفسخ فتصح وإن كان قد زاد المبيع.

[١]- سواء كان وكيل بيع أو شراء وذلك لأنه قد انعزل بالفراغ ما وكل فيه فلذلك لم تصح منه.

[٧٠]- باب المراجعة

هي نقل المبيع بالثمن الأول وزيادة، ولو من غير جنسه أو بعضه بحصته وزيادة، بلفظها أو لفظ البيع.

٣٠١١- **سَأَلَتْ:** [العتره والفريقان ومالك]: وهي مشروعة؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ [النساء: ٢٩]. [إسحاق بن راهويه]: لا؛ إذ في الثمن جهالة. [ابن عباس وابن عمر]: تكره فقط؛ إذ فيها تحمل الأمانة في الثمن والربح.

قلنا: لا جهالة، وتحمل الأمانة جائز.

٣٠١٢- **سَأَلَتْ:** وشرطها: معرفة [قدر] رأس المال^(١) والربح في المجلس^(٢) إجماعاً. [الإمام يحيى وأبو حنيفة والشافعي]: ولو جهل تفصيله حال العقد؛ إذ إيضاحه فيه يلحق العقد كالتقابض في الصرف. وقيل: تفسد إن لم يعلم حال العقد، كلو باع ما لم يملك ثم ملكه في المجلس.

قلت: وهو الأقرب إلا أن يعرف جملة في حكم التفصيل كالرقم الصحيح الممكن معرفته.

قلت: وكون العقد الأول^(٣) صحيحاً والثمن مثلياً^(٤) أو قيمياً صار إلى المشتري

(١) حيث علما في المجلس لا بعده فيفسد وحيث يعلمه المشتري فقط فقال الفقيه علي: يصح وفاقاً، وحيث يعلمه البائع فقط فالمصحح للمذهب أنه يصح.

(٢) وظاهر الأزهار والتذكرة ولو بعد المجلس. (شرح فتح). ورجح الصحة مطلقاً كما في مسألة الرقوم. قال في الصعيتري: والحاصل أن الجهالة أينما اتفقت في ثاني الحال صحت المراجعة كما في مسألة من باع على ما قد باع من الناس وقد باع بسعر واحد.

(٣) وكذا عقدها.

(٤) فلو كان الثمن قيمياً لم تصح المراجعة به؛ لاختلاف القيميات إلا حيث صار ذلك القيمي إلى المشتري الآخر وربح به فإنها تصح المراجعة به وهذا نحو: أن يشتري رجل من رجل شيئاً بثوب أو نحوه ثم صار ذلك الثوب إلى شخص آخر فيجوز للمشتري أن يربح به ذلك الشخص في ذلك المبيع بعين ذلك الثوب لارتفاع الجهالة. (شرح بحر).

الآخر ورايح به.

٣٠١٣- **سَأَلَتْ**: ويجوز ضم المؤن. [مالك]: لا.

قلنا: لا مانع، لكن لا يقول: اشتريته بكذا، بل: قام علي بكذا، فإن قال: رأس مالي كذا فوجهان: [الإمام يحيى]: أصحهما ليس له ذلك؛ إذ رأس المال عرفاً اسم للثمن.

وقيل: بل له [ذلك]، وللمؤن المطلوب بها الربح كالصبغ والجلأء.

[الإمام يحيى]: فإن جلاه بنفسه لم يجز الضم؛ إذ لا يستحق بعمل نفسه إجارة، وكذا ما تبرع به الغير، ولا يضم الغداء والدواء؛ إذ هما للبقاء لا للنماء.

٣٠١٤- **سَأَلَتْ**: فإن جُنِيَ على العبد ثم رابح فيه حط قدر ما أخذ من الأرش.

وقيل: لا، كما لا يضم الغداء.

قلت: وهو الأقرب [أقرب].

٣٠١٥- **سَأَلَتْ**: [أبو طالب]: وتصح (١) فيما اشترى بزائد رغبة لكن يخير المشتري

مع الجهل كشراء المعيب. [أبو العباس]: بل تفسد؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فلا خلافة))، أي: فلا غرر، والظاهر إرادة أنه لا ينعقد مع الغرر.

قلنا: بل الظاهر الانعقاد؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ولك الخيار ثلاثاً)).

[الشافعي]: يكره؛ للخداع.

قلنا: مسلم إن لم يبين.

٣٠١٦- **سَأَلَتْ**: [المذهب]: وتجوز المراجعة بما اشترى من يحابي كالأب والابن وإن

لم (٢) يبين إلا الشريك والعبد (٣) كما تجوز شهادتهم. [الإمام يحيى والشافعي ومالك]: بل تصح مطلقاً. [أبو حنيفة]: لا تصح فيما شري من لا تجوز شهادته له كشرائه من نفسه

(١) وتكره. [إن لم يبين له فإن بين زالت الكراهة. والكراهة للحظر، لكنه ينعقد. (غيث)].

(٢) المذهب وجوب البيان كما هو ظاهر الأزهار.

(٣) فبين وجوباً وإلا ثبت الخيار. (بيان).

إلا أن يبين؛ إذ يبيعه كالشهادة على المشتري بالثمن. [أبو يوسف ومحمد بن الحسن]: تجوز وإن لم يبين إلا من عبده أو مكاتبه؛ إذ هو كالشراء من النفس.

قلنا: لا خيانة مع البيان.

قلت: ويخير المشتري إن جهل.

٣٠١٧- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: ولو استرخص الشريكان ما اشترياه بخمسين فتقواماه بستين ثم اشتراه أحدهما لم يربح إلا بخمسة وخمسين، إذ هو رأس ماله. [الإمام يحيى]: ولا خلاف فيه.

٣٠١٨- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب والشافعي]: وتصح المرابحة في بعض المبيع، ويقول: قام علي بكذا، إن لم يتميز ثمنه؛ إذ لا مانع. [أبو حنيفة وأصحابه وسفيان الثوري]: لا، ولو حصة الشريك؛ إذ لا تعلم حصته من الثمن إلا بالتقويم، فيكون مظنوناً لا معلوماً. قلنا: الظن كاف؛ إذ لا دليل على اشتراط القطع.

[مالك والإمام يحيى]: يصح إذا بين فقط.

قلت: ولا وجه لاشتراط البيان هنا؛ إذ لا غرر.

٣٠١٩- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب والمؤيد والشافعي]^(١): ولو حدث مع المشتري فوائد أصلية أو فرعية لم يمنع استهلاكها من المرابحة في الأصل؛ إذ هي نقل المبيع بالثمن الأول وزيادة وقد حصل، ولا يلزمه تبين ذلك، وقول [الهادي]: «إذا علم المشتري» [أبو طالب]: أراد الندب فقط. [المؤيد بالله]: أراد رفع الخيانة فيسقط الخيار.

فَرَعُ: [المذهب والشافعي]: فإن اشترى حاملاً فولدت أو نخلة مثمرة فجذها، أو مصرة فحلبها أو ذات صوف فجزه لم يربح في الأصل^(٢)؛ إذ قد نقص المبيع.

٣٠٢٠- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: ولا مرابحة على الرقوم^(٣) إلا المعلومة لهما معاً.

(١) هذه الرموز في المطبوع فقط ولم توجد في النسخ الخطية.

(٢) هذا إذا ربح بئمن الجميع وأما إذا ربح ونقص بحصته من الثمن صح.

(٣) قال الإمام يحيى: الرقم هو الكتب يقال: رقم الكتاب إذا كتبه. والمراد هنا أن يكون قدر الثمن مكتوباً في الثوب ونحوه. (شرح بحر).

[الإمام يحيى]: فإن كانا غير قارئين أو الرقم أعجمي أو عربي لا يعلمان صدقه لم تصح؛ للجهالة.

قلت: فإن عرفنا صدق واضعه لكنهما أمان أو خالف قلمهما لكن غيرهما يعرفه فالأقرب صحتها؛ إذ هو مع ذلك كالمعلوم جزافاً.

٣٠٢١- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب والمؤيد بالله والشافعي ومالك وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: وتجاوز المراجعة فيما ربح فيه ثم استعاده بالثمن الأول؛ لحصول حقيقتها. [أبو العباس وأبو حنيفة]: لا، إلا مع حط قدر الربح من الثمن الأول؛ إذ قد انتفع ببدله^(١)، كما لا يصح بمعجل فيما اشتراه بمؤجل.

قلنا: العقد الآخر منفصل فهو كالمبتدأ.

٣٠٢٢- **سَأَلَتْ:** [زيد بن علي والقاسمية والفرقان]: ولا تجوز بمعجل فيما اشتراه بمؤجل، فإن فعل خَيْرَ المشتري؛ للخيانة؛ إذ التأجيل صفة للثمن^(٢) فيها رفق^(٣). [الإمام يحيى وأبو حنيفة وسفيان الثوري]: تجوز مع التبيين؛ إذ لا غرر فيه وإلا خَيْرَ المشتري. [الإمام يحيى]: والخلاف يسير مع اتفاقهم على تخيير المشتري.

فَرَعٌ: فإن تلف^(٤) فلا أرش، وقيل: يلزم. [مالك ومحمد بن الحسن]: يرجع بالثمن وتلزمه القيمة.

قلنا: لا أرش للتأجيل، فإن زيد في الثمن لأجله ففساد^(٥) فلا مراجعة.

٣٠٢٣- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب وأبو حنيفة وأصحابه]: وعلى المراجيح حط ما حُطَّ^(٦) عنه

(١) أي: بدل المبيع. (شرح بحر).

(٢) بل تأخير مطالبة. (شرح).

(٣) بفتح الراء والفاء وهو النفع تقول العرب: ما رفقك بهذا أي: ما نفعك.

(٤) يعني: إذا تلف قبل أن يختار الفسخ.

(٥) فساد ربا.

(٦) يعني: إذا كان الحط قبل قبض الثمن لا بعده فذلك تمليك وليس بحط. (شرح فتح). ويزيد ما زيد

له في المبيع إذا كان بغير لفظ التمليك. (شرح فتح).

لعيب أو غيره ولو بعد المجلس. [الطحاوي]: ولو بعد عقدها؛ إذ الحط يلحق العقد قبل التفرق وبعده حتى كأن المحطوط لم يكن في رابح بتسعة من حُطَّ عنه درهم من عشرة.

قلت: أو بعشرة ثم يحط؛ إذ الحط يلحق العقد.

[الإمام يحيى والشافعي وأصحابه]: ما حُطَّ عنه قبل التفرق حطه؛ إذ يلحق العقد، وإلا فلا؛ إذ يكون بعده هبة منفصلة عن العقد غير لاحقة به.

قلت: بل يلحق بعد التفرق؛ لما سيأتي (١).

٣٠٢٤- **سَأَلَتْ:** [الحسن بن صالح ثم القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه]: ومن اشترى بنقد [بألف] ثم دفع عنه عرضاً رابحاً بالنقد؛ لحصول الحقيقة (٢). [مالك والليث بن سعد]: لا، حتى يبين؛ إذ لا يكون دفعه للألف متحققاً؛ لجواز نقص قيمة العرض.

قلنا: الثمن الألف، وهو معلوم، وأخذ العرض عقد منفصل (٣).

٣٠٢٥- **سَأَلَتْ:** [القاسمية وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: وعلى المربح تبين عيب حدث معه (٤). [أبو حنيفة]: لا؛ إذ الآفة السماوية لا تخفى.

قلنا: لا نسلم. سلمنا: فللخروج من التهمة؛ لقوله ﷺ: ((لا يجل لمن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقف مواقف التهم)).

قلت: ويبين قدم عهده (٥) وكونه قد رخص بعد شرائه كالعيب.

(١) وهو قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْقَرْيَةِ﴾ [النساء: ٢٤]. (شرح بحر).

(٢) إذ هي نقل المبيع بالثمن الأول وزيادة، وهذا حاصل هنا من غير غرر فيه ولا جهالة. (شرح).

(٣) هذا ما لم يقصدوا الحيلة وإلا خير المشتري مع جهله كما مر فيما اشترى بزائد رغبة. وعن القاضي زيد والحفيظ إذا كانت قيمة العرض أقل من الثمن لم يربح إلا على قدر قيمته.

(٤) ويخير مع البقاء ولا أُرش إذا تلف. مع العلم بالعيب لا مع الجهل فيجب الأُرش. (صعيتري معن).

(٥) إذا كان لطول المدة تأثير في انتقاص ثمنه. وقال الفقيه يحيى البحيح: لا يجب بيانه. (شرح).

٣٠٢٦- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: والزيادة والنقص في المبيع والثلثن يلحقان العقد ولو بعد التفرق. [أبو حنيفة]: فيفسد العقد بالفاسدة. [أبو يوسف ومحمد بن الحسن]: لا. [الإمام يحيى]: وهو المذهب؛ إذ الأصل فيه [القياس على النكاح]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاوَيْتُمْ بِهِ مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ﴾ [النساء: ٢٤]، وإنما يخاطب بالصحيح لا بالفاسد. [زفر]: لا تلحق الزيادة والخط بالعقد مطلقاً، بل هي هبة مستقلة.

لنا: ما مر (١).

٣٠٢٧- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: ولو اشتريا عبداً بعشرة فأقاما ثوباً لأحدهما قيمته أربعة بستة، ودفع الآخر أربعة، ثم ترابحا [رابحا (٢)] باثني عشر، فلصاحب الثوب قيمة ثوبه أربعة، والربح على ما شرطاً؛ إذ مدفوعه في التحقيق أربعة، والربح بينهما.

٣٠٢٨- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: والخيانة في الثمن أو المبيع توجب الخيار في الباقي، والأرث في التالف. [أبو العباس ومالك وبعض أصحاب الشافعي]: بل تفسده؛ للجهالة عند العقد.

قلنا: لا كالمعيب.

قلت: وكلوا استحق بعضه.

[زيد بن علي وابن أبي ليلى وسفيان الثوري وأحد قولي المؤيد بالله والغنبري]: لا خيار، بل يرفع الخيانة (٣)؛ إذ هو المقصود.

قلنا: إنما ينجبر التدليس بالخيار، لا بمجرد الخط كالمعيب.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى حكاية عن المذهب وأبو يوسف]: فيخير بين رده أو أخذه مع رفع

الخيانة. [محمد بن الحسن]: بل بكل المسمى كالمعيب.

(١) لا جناح عليكم الآية.

(٢) أي: باعاه بها مرابحة.

(٣) المراد برفع الخيانة أنه يحط بقدرها.

قلنا: المعقود به هو رأس المال، والمكذوب ليس منه.

٣٠٢٩- **سَأَلَتْ:** فإن أقر أن رأس المال كذا ثم ادعى أكثر بعد العقد لم تسمع؛ لما سيأتي (١).

٣٠٣٠- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: ومن أغفل ذكر الوزن اعتبر في رأس المال بموضع الشراء وفي الربح بموضعه؛ إذ ذاك هو الأعدل، وكذلك جنس النقد، إلا لشرط (٢) فهو أملك.

قلت: والربح بين الشركاء حسب الملك، لا الدفع، وللكسر حصته.

(١) في الرجوع عن الإقرار. (شرح).

(٢) فإذا شرط في الربح أو في رأس المال نقداً مخالفاً لنقد الموضعين وجب الوفاء به؛ لأن الشرط أملك، ذكر ذلك الإمام يحيى. نعم والعرف في ذلك كالشرط، والله أعلم. (شرح).

[٧١]- باب [التولية]

والتولية كالمرابحة إلا أنها بالثمن الأول فقط، ويجوز ضم المؤن، كما مر^(١).
 ٣٠٣١- **مَسْأَلَةٌ:** [القاسمية وأحد قولي المؤيد بالله وزفر]: والخيانة فيها توجب الخيار في الباقي، والأرش في التالف، كما مر. [أبو حنيفة والإمام يحيى وأحد قولي المؤيد بالله]: لا خيار، بل ترفع الخيانة كمع التلف.
 لنا: ما مر.

٣١٣- فصل: في التشريك والمخاسرة

٣٠٣٢- **مَسْأَلَةٌ:** لو قال المشتري لغيره: شريت هذه السلعة بكذا وقد أشركتك في نصفها، فقبل المخاطب نجز ملك نصفها بنصف الثمن.
 فإن لم يعين في كم أشركه فوجهان: [الإمام يحيى]: أصحهما: يفسد؛ للجهالة. وقيل: يصح وينصف^(٢)؛ إذ هو الظاهر.
 قلت: الأول أقرب كالبيع.
فَرْعٌ: فإن حُطَّ عن الأول شيء بعد أن شارك اشتراكاً في الحطيطة كقبل الشركة^(٣)؛ إذ القصد الشركة في الثمن.
 ٣٠٣٣- **مَسْأَلَةٌ:** والمخاسرة أن يبيع بناقص من رأس ماله فيقول: بعتك [هذا] بكذا على مخاسرة كذا، أو برأس مالي وخسران كذا، وهي جائزة كالمرابحة^(٤)، وعموم: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].

(١) في المrabحة.

(٢) المبيع؛ إذ التنصيف هو الظاهر عند الإطلاق. (شرح بحر).

(٣) يعني: كما أن الحط يلحق بالعقد الأول فيلحق بالثاني ما لحق بالأول؛ إذ القصد الشركة في الثمن. (شرح بحر).

(٤) والجامع اشتراكهما في التراضي وعقد البيع. (شرح).

[٧٢]- باب أحكام البيع الفاسد

٣٠٣٤- **سَأَلَتْ:** فاسده ما اختل فيه أحد شروط الصحة كجهالة مدة الخيار أو المبيع أو الثمن أو كون أيهما مما لا يملكه البائع ويصح لغيره كالخمر مع المسلم^(١)، أو لا يصح بيعه؛ لصفة كالمدير^(٢).

٣٠٣٥- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة]: ويجوز الدخول فيه؛ لفعل المسلمين من غير نكير، وما استحسنته المسلمون فهو عند الله حسن^(٣). [القاسم]: بل محظور؛ لظاهر النهي. [الناصر والإمام يحيى والشافعي]: بل مكروه؛ إذ أقل حال [أحوال] النهي الكراهة.

قلت: إجماع المسلمين على عدم التحرج اقتضى أن النهي لكونه لا ينبرم فقط، لا لخرج في عقده.

[الإمام يحيى]: وحكم الشهادة عليه حكم عقده.

٣٠٣٦- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة وأصحابه]: ويملك بالقبض بالإذن، ويصح فيه بعد قبضه كل تصرف إلا ما خصه دليل. [الناصر والشافعي]: لا يثمر الملك بعد القبض لقبوله.

لنا: شراء بريرة^(٤) فاسد؛ إذ هو بيع وشرط فقره ﷺ، وتأويل المزني لخبر بريرة بعيد^(٥). سلمنا فكالكتابة الفاسدة^(٦) فإنه يعتق بالأداء.

(١) وعن المنصور بالله وحكى عن القاضي جعفر: أنه باطل.

(٢) عند المؤيد بالله وأبي طالب وعند الهادي أنه باطل. (بيان).

(٣) قوله: «ما استحسنته المسلمون فهو عند الله»: لعل هذا من كلام بعض السلف والله أعلم. [الطيالسي (٢٤٦)، وأبو نعيم في الحلية (١/٣٧٥)، عن ابن مسعود موقوفاً].

(٤) قوله: «لنا شراء بريرة»: تقدم.

(٥) قوله: «وتأويل المزني لخبر بريرة بعيد»: روي عن المزني أنه تأول قوله ﷺ: ((واشترطي لهم الولاء)) على أن المراد: واشترطي عليهم الولاء، قال: لأن حروف الجر تتعاقب كما في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ [الإسراء:٧]، أي: عليها.

(٦) تحرير القياس أن نقول: عقد معاوضة فجرئ فاسدها مجرى صحيحها فكذا حال البيع الفاسد فيكون القبض فيه كالأداء في الكتابة الفاسدة. (شرح).

قالوا: الكتابة تخالف القياس؛ لأنها مقابلة ملكه بملكه وإثبات ملك للعبد ورتبة بين الرق والحرية فلا يقاس عليها.

قلنا: يبطل القياس على هذه الوجوه، لا غيرها.

[الإمام يحيى]: عقد (١) فيه تسليط (٢) في عين (٣) يصح تملكها بالعقد فصح أن يتبعها الملك؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ [النساء: ٢٩].

قلت: ومتى اختل أحدها فباطل؛ إذ لا تتظمه الآية، بخلاف سائر الشروط (٤).

٣٧٠ ٣ - **سَأَلَتْ**: [أبو طالب والإمام يحيى]: وما فسد للربا فحرام عقده والشهادة عليه. [أبو طالب والإمام يحيى]: ولا يملك بالقبض؛ إذ دليل تحريمه لم يفصل، لكن يرد لمالكة إن علم، وإلا فلبيت المال. [تخريج المؤيد بالله]: بل يملك؛ لأجل الخلاف كسائر العقود. [الإمام يحيى]: إنها ملك في غيره؛ لاستناده إلى عقد، والعقد في الربويات مرتفع؛ للإجماع على تحريمه.

قلت: وفيه نظر؛ إذ المجمع عليه (٥) غير المختلف فيه (٦)، فالأقرب ملكه بالقبض كغيره.

قالوا: تسليمه كالمشروط بملك بدله (٧) فهو كعدمه (٨).

قلنا: بل مشروط بتسليمه (١) لأجل العقد وقد وقع فصح.

(١) خرج ما كان بغير لفظ. (شرح).

(٢) خرج بيع الصبي والمكره وغيرهما. (شرح).

(٣) خرج المعدوم. (شرح).

(٤) يعني: شروط الصحة غير ما في الآية فإن اختلاها إنما يوجب الفساد، وأما التي في الآية وهي العقد والتسليط والتراضي فيما يصح تملكه فإن اختلال بعضها يوجب البطلان، بخلاف غيرها، والله أعلم. (شرح).

(٥) وهو التحريم.

(٦) وهو اختلال العقد.

(٧) الثمن.

(٨) أي: التسليم.

٣٠٣٨- **سَأَلَتْ:** ولا تكفي التخلية في قبضه إجماعاً بل يعتبر نقل المنقول والتصرف في غيره لضعف العقد؛ إذ لم يقتض نقل الملك بمجرد، بخلاف الصحيح.

[المرتضى]: من اشترى ثمراً قبل صلاحه فتلّف قبل قطعه فمن مال البائع بناء على أن التخلية في الفاسد لا تكفي.

٣٠٣٩- **سَأَلَتْ:** ولا يصح التصرف فيه قبل القبض إجماعاً؛ إذ لا ملك حينئذ.

٣٠٤٠- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة]: وبعده يصح كل تصرف إلا الوطاء؛ إذ لم يملك إلا بالقبض بإذن البائع فأشبهه الإباحة.

قلت: الأولى التعليل بعدم استقرار الملك؛ لتعريضه للفسخ، ولا وطاء إلا في ملك مستقر؛ لتشديد الشرع في الفروج. وقيل: بل يجوز؛ إذ هي إباحة من كل وجه كالهديّة.

قلت: ملك الهدية مستقر، فافترقا.

٣٠٤١- **سَأَلَتْ:** ولا تستحق فيه الشفعة؛ إذ يملك بالقيمة وهي مجهولة، وإنما الشفعة بالثمن. [المنصور بالله والإمام يحيى]: بل تصح كلو كان الثمن عرضاً.

قلت: الأولى تعليل المنع بملك البائع استرجاعه بالحكم فلم يستقر انتقاله كلو شرط لنفسه الخيار.

٣٠٤٢- **سَأَلَتْ:** وهو معرض للفسخ قبل القبض مطلقاً^(٢)؛ إذ لم يملك، وبعده بالحكم حيث لا تراضي؛ لثلا يُلْزَم الغير اجتهاده من غير حكم.

٣٠٤٣- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: وما أجمع على فساده كربا الفضل بعد انقراض الزيدين والخذري وابن الزبير^(٣)، وكبيع المعدوم والطيّر في الهواء- لا يفتقر قبل

(١) أي: البديل.

(٢) بحكم أو بغير حكم. (شرح).

(٣) قوله: «بعد انقراض الزيدين والخذري وابن الزبير»: قلت: أراد بالزيدين: زيد بن ثابت وزيد بن أرقم، ولم

القبض إلى الحكم؛ إذ لا ملك، ولا خلاف، وبعده يفتقر إليه؛ للخلاف في ملكه بالقبض.

وما لم يجمع على فساده كأم الولد والزيادة لأجل الأجل افتقر قبل القبض؛ لقطع الخلاف، وبعده حيث لا تراضي؛ لقطعه [الخلاف] ورفع الملك.

قلت: ولا يتعذر الفسخ بموت أيهما، كما لا يبطل به وجوب التراد، كما سيأتي.
 ٣٠٤٤- **سَأَلَتْ:** والفرعية فيه قبل الفسخ للمشتري مطلقاً؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:
 ((الخراج بالضمان))^(١)، وهو في ضمانه، أي: يتلف من ماله فاستحق منافعه بدلاً عن ضمانه.

[الإمام يحيى وأبو حنيفة]: والأصلية أمانة؛ إذ هي نماء ملك من استقر له، وتطيب بتلفه قبلها؛ إذ الواجب حينئذ قيمته فقط، وبفسخه بالرضا فقط؛ إذ هو كعقد جديد.

٣٠٤٥- **سَأَلَتْ:** وإذا فسخت الأمة بعد تزويجها فالمهر للمشتري؛ إذ هو خراج، ويبقى النكاح؛ إذ صدر من أهله وصادف محله. [الإمام يحيى]: يفسخ؛ لبطلان ملك العاقد.

قلت: بل يبقى؛ لقوته كالبيع^(٢).

[أبو طالب وأبو حنيفة]: وأما الإجارة فتفسخ؛ لجواز فسخها للعدر إلا أن يجيزها البائع فتكون له من الفسخ، وقيل: لا؛ إذ تسليم المبيع كالإذن بالتصرف. قلنا: لا نسلم.

وأما الرهن والعارية فينقضان؛ لبطلان ما ترتبا عليه، ويمنع من رد عينه الاستهلاك الحسي كالإتلاف فتجب قيمته. [القاسمية والناصر وأحد أقوال الشافعي]: يوم

يؤثر عن زيد بن ثابت شيء في ذلك، وكذلك ابن الزبير، وأما زيد بن أرقم فسيأتي ذكره، وأما ابن عباس فتقدم ما روي عنه، وأما الخدري فالمروي عنه تحريم التفاضل لا جوازه كما تقدم.

(١) قوله: «الخراج بالضمان»: تكرر.

(٢) إذ لا يفسخ للعدر فأشبه البيع.

قبضه؛ إذ هو وقت الضمان، وقيل: يوم استهلاكه؛ إذ هو وقت التقويم. [أحد أقوال الشافعي]: أقل القيم من القبض إلى التلف؛ لقبضه برضا البائع، فأما ما يقل تفاوته كالمثلي والبيض والجوز فيضمن بمثله.

٣٠٤٦- **سَأَلَتْ:** [الهادي والمؤيد بالله]: والحكمي كالحسي، وهو: الغزل والطحن والطبخ والذبح والصبغ والقطع والغرس والوقف والعتق والبيع والهبة، فهي استهلاك هنا؛ إذ قبضه برضا مولاه، فهو مسلط له عليه، بخلاف الغصب فلم تكن فيه استهلاكاً.

٣٠٤٧- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة]: والبناء في العرصة استهلاك لها.

قلت: وكذا الأحجار^(١).

[أبو يوسف ومحمد بن الحسن]: لا.

قلنا: كصبغ الثوب، وإذ البائع كالمسلط له على ذلك، فلم يرجع بالعين كالمبيح من كل وجه.

قلت: وفيه نظر^(٢).

٣٠٤٨- **سَأَلَتْ:** [القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه]: ويصح من المشتري كل عقد بعد القبض؛ للملكه. [الناصر والشافعي]: لا.

قلنا: بناء على أنه باطل.

فَرَعٌ: فإن باع أو وهب بعد المطالبة بالفسخ ففيه تردد: [الإمام يحيى]: الأصح: نفوذه ما لم يحكم بالفسخ أو يفسخ بالرضا؛ لأجل الملك.

٣٠٤٩- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: وعلى البائع رد الزائد على القيمة من الثمن إلى المبتاع أو ورثته، وعلى المشتري التوفية إن نقص عنها؛ إذ الواجب القيمة لا غير.

(١) يكون البناء بها استهلاكاً.

(٢) وجه النظر: أنه يمكن رده على حالته الأولى. وقيل: وجه النظر أنه ليس كالمبيح؛ لأن الإباحة هنا بعوض وبيض في شرح ابن مرغم لوجه النظر.

فإن غاب المالك فكمال المفقود^(١)، فإن أيس من معرفته لو عاد جاز الدفع إلى الوارث أو الإمام أو الحاكم، فإن عاد بعد اليأس استرجع له؛ إذ هو عين ماله. فإن دفعه إلى الإمام فلا ضمان إلا على بيت المال.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى]: وإنما يجب ترداد الزيادة بين البائع والمشتري بعد التفاسخ لا قبله؛ إذ كل قد رضي بما صار إليه، وأذن باستهلاك ما دفع.

وقيل: بل يجب مطلقاً؛ إذ هو مضمون بالقيمة.

قلت: والزائد كالمباح.

[الإمام يحيى]: ولا وجه لتقدير اليأس بالعمر الطبيعي؛ إذ لا دليل عليه، ولا يحصل به إلا الظن فيجب اعتبار الظن سواء حصل بالمدة أو غيرها.

قلت: وهو قوي.

قال: ولا يصرف بعد أن صار لا مالك له إلا في المصالح، لا في الفقراء؛ إذ لهم مال مخصوص، لكن يجوز للإمام فقط؛ لأجل الولاية.

٣٠٥٠ - **سَأَلَتْ:** [تخريج أبي طالب والمؤيد بالله والإمام يحيى]: وريح ما ملك بعقد فاسد وأجرته للمشتري؛ لما مر^(٢). [تخريج أبي العباس وتخريج المؤيد بالله وأبو حنيفة]: بل يتصدق به؛ إذ ملك [ملكه] من وجه مخالف لحكم الشرع كالغصب.

قلنا: علة الأصل الأخذ من وجه محذور، فافترقا.

وقيل: موقوف، إن أجازه البائع فله؛ إذ هو بصدد الرجوع إلى ملكه، وإلا تصدق به؛ لما مر.

قلت: لا تأثير لإجازة من لم تكن إليه ولايته.

٣٠٥١ - **سَأَلَتْ:** [القاسم]: وإذا وكل العبد من يشتريه من سيده فالثمن للسيد، إن كان من ماله، والثمن^(٣) على المشتري.

(١) يتنظر به العمر الطبيعي على حسب الخلاف في تقديره. (شرح بحر).

(٢) من قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الخراج بالضمان)).

(٣) وهو ما يستحقه البائع.

فَرْعٌ: [الإمام يحيى]: والمأذون يعتق في الصحيح بالعقد؛ إذ ملك نفسه به، وفي الفاسد بالقبض، ولا يقبض نفسه؛ إذ هو إلى الوكيل. ويملكه الوكيل حالة مختطفة ثم ينتقل إلى العبد فيعتق بملك نفسه، والولاء للبائع؛ إذ هو المعتق بالبيع.

فَرْعٌ: [الإمام يحيى حكاية عن المذهب]: ويرجع الوكيل على العبد بالثمن كوكيل الحر. [أبو طالب]: إن علم أنه عبد صار متبرعاً؛ إذ لا يملك فلا يرجع عليه.

قلنا: الوكالة صحيحة فلزمه حكمها.

[أبو طالب]: ويحتمل أن يرجع بالقيمة كالمغرور بالجارية (١).

قلت: وفيه نظر (٢).

فَرْعٌ: فإن شراه إلى ذمته ثم دفع من مال السيد صح الشراء والعتق، لا القضاء إجمالاً.

فإن اشتراه بعين مال السيد فكذلك إن كان نقداً؛ إذ لا يتعين على الخلاف، وقد مر، وإلا فسد فيعتق بالقبض.

قلت: بناء على أن الشراء بالعرض الغصب فاسد لا باطل، وفيه نظر (٣).

فَرْعٌ: فإن كان محجوراً فلا حكم لأمره؛ إذ لا تصرف له فلا يعتق إلا بإعتاق الوكيل إن شاء والولاء له؛ إذ هو المالك، ولا يرجع على العبد؛ إذ لا ذمة له حال رقه. [الإمام يحيى]: لكن يغرم ما دفع بعد العتق؛ إذ هو غرم لحقه بسببه وهو حر. وقيل: لا.

٣٠٥٢ - **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن المذهب وأبو حنيفة]: وإذا فسخ الفاسد فللمشتري حبس المبيع حتى يعود له الثمن؛ إذ هو أحق به إذا أفلس. [الناصر

(١) لعله يريد المدلسة في النكاح كما تقدم.

(٢) إذ لا وجه لرجوع الوكيل بما لا يلزمه للبائع، والقيمة مع صحة الشراء غير لازمة فهذا لا يصح إطلاق الرجوع بها.

(٣) وقال الكني: يكون باطلاً ولا يملك بالقبض. (صعيتري).

والشافعي: لا، بناء على أن الفاسد باطل.

٣٠٥٣- **سَأَلَتْ:** ويحرم الربا والكالي بالكالي في الفاسد كالصحيح؛ إذ العلة المعاوضة على صورته^(١)، ولعموم النهي.

٣٠٥٤- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: وليس للحاكم فسخ العقود الصحيحة المترتبة على الفاسد بعد القبض؛ لصحتها.

قلت: إلا الإجارة، كما مر^(٢).

(١) أي: صورة الصحيح فالعلة في البيع الصحيح موجودة في الفاسد؛ لأنه قد ملك بالقبض، ولعموم النهي نحو قوله ﷺ: ((لعن الله الربا)) وقوله ﷺ: ((لا تبيعوا البر إلا مثلاً بمثل)) ونهيه ﷺ عن بيع الكالي بالكالي يعني النسبة بالنسبة فإنه لم يفصل في ذلك بين أن يكون العقد صحيحاً أو فاسداً. (شرح بحر).

(٢) في الثانية عشرة. (شرح).

[٧٣]- باب البيع الباطل

٣٠٥٥- **سَأَلَتْ:** لا ملك بعقد باطل؛ إذ هو كعدمه.

[الإمام يحيى]: ولا ضمان لما قبض بإذن مالكة المرشد، بل هو أمانة.

قلت: وفيه نظر؛ إذ هو مباح بعوض.

٣٠٥٦- **سَأَلَتْ:** قلت: ضابط الباطل: ما اختل فيه العاقد أو فقد فيه ذكر الثمن أو

المبيع أو صحة تملكها كالميتة والدم، لا الخمر ففاسد؛ لصحة تملكها في حال.

[الإمام يحيى]: وكذا المدبر وأم الولد والمكاتب.

[الإمام يحيى]: أو بيع المعدوم كالمضامين والملاقيح، أو فقد فيه العقد كالملازمة

والحصاة.

٣٠٥٧- **سَأَلَتْ:** [القاسمية]: والمعاطاة باطلة؛ لعدم العقد، وهو الموجب لانتقال

الملك. [المؤيد بالله]: بل فاسد يملك بالقبض؛ إذ دفع له صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ درهمان في قدح (١)

فقال: ((خذ))، ولم يعقد.

قلت: لعله محقر.

فَرَّغَ: قلت: والمال حيث بطل لخلل العاقد غصب؛ إذ لا حكم لرضا مالكة هنا،

وفيما عداه [يكون] كذلك، إلا أنه يطيب ربحه، ويبرأ من رد إليه، ولا أجرة إن لم

يستعمل، ولا يتضيق الرد إلا بالطلب؛ إذ قبضه برضا المالك، لا على وجه حظر فهو

كالمباح.

(١) (قوله): «إذ دفع له صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ درهمان في قدح»: هو حديث يبيعه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للقدح والحلس عن الأنصاري، وقد

[٧٤]- باب الصرف

قلت: هو بيع الذهب أو الفضة بذهب أو فضة، ولا يسمى غيره في الاصطلاح صرفاً.

٣٠٥٨- **سَأَلَتْ:** ويحرم التفاضل في متفقي الجنس إجماعاً بعد انقراض الزيدين وأسامة وابن الزبير^(١)، ورجوع ابن عباس^(٢) حين روي له قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الذهب بالذهب مثلاً بمثل))^(٣) الخبر، وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من زاد فقد أربى)).

٣٠٥٩- **سَأَلَتْ:** وشروطه أربعة:

الأول: المماثلة وتعرف بالوزن لا غير إجماعاً، ولا يكفي الظن.

فَرَعٌ: [المؤيد بالله]: فإن ظنا التساوي حال العقد ثم تيقناه بعده لم يصح؛ إذ تيقنه حال العقد شرط؛ للخبر^(٤). [زفر]: بل يصح مطلقاً^(٥)؛ لانكشاف المساواة وهي المقصود. [الإمام يحيى والرخي ومالك]: إن انكشف في المجلس، وإلا فلا؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا بأس إذا لم تفترقا وبينكما شيء))^(٦).

(١) (قوله): «بعد انقراض الزيدين وأسامة وابن الزبير»: قلت: أما زيد بن ثابت فلا يعرف له حديث في ذلك والله أعلم. وأما زيد بن أرقم فعن أبي المنهال قال: سألت زيد بن أرقم والبراء بن عازب عن الصرف وكل واحد منهما يقول: هذا خير مني وكلاهما يقول: «نهى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع الذهب بالورق ديناً». وفي رواية قال أبو المنهال: «باع شريك لي ورقاً بنسيئة إلى الموسم أو إلى الحج فجاء إلي فأخبرني فقلت: هذا أمر لا يصلح قال: قد بعته في السوق فلم ينكر علي أحد، قال: فأتيت البراء بن عازب فسألته فقال: قدم النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ونحن نبيع هذا البيع فقال: ما كان يدا بيد فلا بأس به، وما كان نسيئة فهو ربا وانت زيد بن أرقم فإنه أعظم تجارة مني، فأتيته فسألته فقال مثل ذلك. هذه رواية البخاري (٢٠٦١) ومسلم (١٥٨٩)، ولمسلم أيضاً والنسائي (٤٥٧٦) نحو من ذلك. [عبدالرزاق (١٤٥٤٧)، وأحمد (١٨٧٨٨)]. وأما أسامة فتقدم حديثه وحديث ابن عباس عنه، وأما ابن الزبير فلم أقف على شيء في ذلك عنه، والله أعلم. [نقل عن ابن الزبير القول العمراني في البيان].

(٢) (قوله): «ورجوع ابن عباس»: تقدم.

(٣) (قوله): «الذهب مثلاً بمثل»: وقوله: «من زاد فقد أربى»: تقدم جميع ذلك في الرويات.

(٤) (قوله): «للخبر»: هو ما مر آنفاً.

(٥) سواء انكشف التساوي في المجلس أم بعده.

(٦) (قوله): «لا بأس.. إلخ»: في رواية لأبي داود (٣٣٥٤): «وعن ابن عمر قال: كنت أبيع الإبل بالبيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير أخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه، فأتيت رسول

قلت: أراد لا بأس ببيع ما في الذمة؛ إذ هو جواب لمن سأل عنه.

الثاني: الحلول؛ لقوله ﷺ: ((إلا ها وها)).

فَرْعٌ: [الإمام يحيى حكاية عن القاسمية]: والتأجيل يفسده ولو حل قبل التفرق؛ إذ يخالف موجب عقده وهو التعجيل. [الإمام يحيى]: لا؛ لقوله ﷺ: ((لا بأس ما لم تفترقا وبينكما شيء)).

لنا: ما مر (١).

فَرْعٌ: [المذهب والفريقان]: والتفرق المعتبر تفرق الأبدان، لا المكان، فلو انتقلا إلى جهة أخرى معاً فلا تفرق، خلاف [مالك].

لنا: قوله ﷺ: ((ما لم تفترقا)).

وكذا لو ناما أو أغمي عليهما.

الثالث: التقابض في المجلس؛ لقوله ﷺ: ((ما لم تفترقا وبينكما شيء))، ولو حصلت إحالة أو رهن صحا إن سلم الحويل والكفيل قبل تفرق المتعاقدين، ولا يفسد بذهاب الحويل والكفيل عن المجلس قبل التقابض إن بقي المتعاقدان.

٣٠٦٠ - **سَأَلَتْ:** وما في الذمة كالحاضر فيتقاصان ولو حدث الدين بعد العقد.

[الكرخي وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: لا تقاص فيما وجب بعد

الصرف (٢)؛ إذ (٣) لا قبض ولا ضمان بالقبض.

الله ﷺ وهو في بيت حفصة فقلت يا رسول الله رويدك أسألك، إني أبيع الإبل بالبيع فأبيع بالدنانير وأخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وأخذ الدنانير، أخذ هذه من هذه وأعطي هذه من هذه؟ فقال رسول الله ﷺ: ((لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شيء)) وفي رواية له أخرى بمعناه، ولم يذكر بسعر يومها. [الحاكم (٢٢٨٥)، والبيهقي (١٠٢٩٣)، والطيالسي (١٨٦٨)، والنسائي (٤٥٨٢)].

(١) ((إلا ها وها)).

(٢) بغير قبض كالثمن والأجرة ونحوهما وإن تراضيا احترازاً عما وجب بالقبض كالقرض والغصب فإنها تقع به المقاصة عندهم ولو وجب بعد العقد ولو لم يراضيا بذلك.

(٣) كالثمن والأجرة والقرض والغصب ويعني في الأجرة مع شرط تعجيلها. والمذهب أن المقاصة تقع في الجميع. ذكره الإمام يحيى والفقهاء يحيى البحيح وحسن حيث اتفق الجنس والنوع والصفة، وقال الفقيه علي: ظاهر المذهب أنها لا تقع في الوجوه كلها لأن القبض شرط. (شرح).

قلنا: بل ما في الذمة كالحاضر.

الرابع: الصيغة، وهي لفظه أو أي ألفاظ البيع.

[المؤيد بالله]: بل لفظه فقط؛ إذ له حكم مخصوص فجعل له لفظ مخصوص.

قلنا: عقد معاوضة فجاز بغير لفظه كالبيع، وقول ابن عمر: «فأخذ عوض

الدرهم دنانير» بلفظ الأخذ.

٣٠٦١- **سَأَلَتْ**: ولا يشترط حضور المالكين عند العقد. [الناصر وبعض الفقهاء]:

يشترط.

لنا: خبر ابن عمر.

٣١٤- فصل: في أحكام الصرف

٣٠٦٢- **سَأَلَتْ**: الشروط الأربعة معتبرة في الجنس الواحد، وإن اختلف ضربة أو صحة وتكسيراً أو سواداً وبياضاً أو رداءة وجودة أو ليناً وقسوة؛ إذ العلة الجنسية.

٣٠٦٣- **سَأَلَتْ**: [العترة والفريقان]: وكذلك المصنوعات [المصوغات]. [رواية عن مالك]: يجوز التفاضل فيها؛ إذ هي قيمة كالسلع.

قلنا: لم يفصل دليل التحريم.

٣٠٦٤- **سَأَلَتْ**: [العترة والفقهاء الأربعة]: ويعتبر التساوي في الصحيح والمكسر.

وقيل: يجوز مرة؛ إذ يعفى عنها، لا التكرار.

قلنا: لم يفصل دليل [حديث] تمر خبير^(١)، وقوله ﷺ: ((من زاد فقد

أربنى)).

٣٠٦٥- **سَأَلَتْ**: [القاسم والهادي والمؤيد بالله وأبو حنيفة وأصحابه]: ويصح بيع الصحيح

بالمكسر، وضربة مخصوصة بأخرى، والعتيق بالجديد مع التساوي. [الشافعي]: لا؛

إذ تفاوتت القيمة كتفاوت العين؛ لقوله ﷺ: ((فلا إذا)).

(١) قوله: «لم يفصل حديث خبير» وقوله: فقد أربنى»؛ تقدماً، وكذا قوله: ((فلا إذا)).

قلنا: الجفاف نقصان عين^(١)، فافترقا.

قال: أنكر أبو الدرداء^(٢) على معاوية تجويز بيع المصوغ بالتبر متساوياً، وكتب عمر إلى عماله بتركه^(٣).

قلنا: حكاية فعل لم يعرف وجهه. سلمنا: فاجتهاد.

٣٠٦٦ - **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: وإذا انكشف في أحد البديلين زيادة مشاعة^(٤) وجب ردها، وهي مضمونة؛ إذ أُخِذت معاوضة، ولما لكها أن يطالب بعينها أو يأخذ عوضها ما شاء.

قلت: والأقرب أن يفسد العقد؛ لفقد يقين التساوي حاله.

٣٠٦٧ - **سَأَلَتْ:** [الهادي]: والحيلة في صرف الجيد بأكثر منه رديئاً أن يصرفه بغير جنسه ثم يشتري به الرديء. [الهادي وأبو طالب وابن أبي ليلى]: ولا يصححه ذلك ولا الجريرة إلا حيث تساوى [يتساوى] المتقابلان؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ﴾ [النساء: ٢٩]، ولا رضا بدون المساوي في العادة، وإنما يفعل [ذلك] توصلاً إلى الزيادة فقط، لا رضاً به، ولقول ابن عباس: «إياك أن تشتري دراهم بدراهم وبينهما جريرة»^(٥)، وعنه: «اتقوا هذه البيعة» ولم ينكر.

(١) لا التفسير ونحوه فهو نقصان صفة فافترقا.

(٢) قوله: «أنكر أبو الدرداء على معاوية.. إلخ»: تقدم.

(٣) اعلم أن هذا الكلام ظاهره مشكل لأن أبا الدرداء لم ينكر على معاوية البيع مع التساوي بل مع التفاضل وكذلك عمر كتب إلى عماله بترك التفاضل. ذكره في الانتصار، وشرح القاضي زيد وغيرهما، وقد مر أيضاً في الكتاب في باب الربا، فالخبر ليس هو حجة للشافعي كما في هذه المسألة بل للمذهب والحنفية، ولفظه في هذا الموضوع من الانتصار: وروي أن معاوية جوز بيع المصوغ بالتبر متفاضلاً فأنكر عليه أبو الدرداء وعرفه الخبر وحلف ألا يؤويه وإياه سقف بيت وعاد إلى المدينة وعرف عمر بالقصة فكتب عمر إلى عماله في البلاد: لا تبيعوا الذهب بالذهب ولا الفضة بالفضة إلا مثلاً بمثل. (شرح بحر).

(٤) نحو: أن يعطيه عشرة دنانير عدداً فوزنها من صارت إليه فوجدها أحد عشر ديناراً فالزيادة حينئذ مشاعة مضمونة على القابض. (شرح).

(٥) قوله: «ولقول ابن عباس: إياك أن تشتري دراهم بدراهم وبينهما جريرة»: حكاه عنه في أصول الأحكام. [أخرجه أحمد بن عيسى، في الأمالي بسنده والأمير الحسين في الشفاء وهو في شرح التجريد].

[إبراهيم النخعي ثم المؤيد بالله والإمام يحيى والفريقان]: بل يكره؛ لما مر، ويصح؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وإذ الظاهر الرضا، ولا عبرة بالضمير، ولإباحته ﷺ الحيلة (١) في خبر تمر خبير، ولم يشترط المساواة. قلنا: ولا نفى اعتبارها فاعتبرت؛ لما مر.

[الإمام يحيى]: فإن لم يكن للجريرة قيمة رأساً، ولا لجنسها لو كثر، فلا تأثير لإدخالها؛ إذ لا مقابل للزائد حيثئذ. قلت: وحيث لا قيمة لها و لجنسها قيمة لا يصح أيضاً. وقيل: يصح كالناقصة (٢).

لنا: ما مر.

[الإمام يحيى]: ومع المساواة يصح التوصل إجمالاً.

٣٠٦٨ - **سَأَلَتْ**: [الهادي والمؤيد بالله وأبو طالب والإمام يحيى وأبو حنيفة وأصحابه]: ولا يبطل الصرف بعدم التقابض في بعضه، بل في حصة الناقص فقط؛ لقوله ﷺ: ((لا بأس إذا لم تفترقا وبينكما شيء)) فيترادان الزائد، ويصح في المساوي. [مالك والشافعي]: بل يبطل كله، كلو صرف ستة بخمسة.

قلنا: العقد هنا غير صحيح، فافترقا.

٣٠٦٩ - **سَأَلَتْ**: [العترة وأبو حنيفة والشافعي]: ولا يباع معدن ذهب بذهب، أو معدن فضة بفضة؛ لفقد علم التساوي، إذ لا يعلم كم في المعدن، فإن علم أن الخالص أكثر صح؛ إذ الزائد يقابل التراب حيث له قيمة كبيع الزبد بالرائب، وإلا فلا.

٣٠٧٠ - **سَأَلَتْ**: [الهادي والفريقان]: ومن باع معدن فضة بذهب أو العكس فسد؛ لجهالة قدر ما في المعدن.

(١) (قوله): «ولإباحته ﷺ الحيلة في تمر خبير» تقدم بعض روايات الحديث وليس فيه تصريح بأنه يباع التمر الرديء من صاحب التمر الجيد بسلعة أو دراهم ثم يشتري بها من التمر الجيد على وجه الحيلة، وإنما ظاهره الأمر ببيع التمر الرديء من أي مشتر ثم شراء التمر الجيد من أي بائع من غير قصد إلى الحيلة، والله أعلم.

(٢) يعني: بالجريرة الناقصة.

[المؤيد بالله]: وقول الهادي: «ولهما الخيار»، أراد فسخ الفاسد. [أبو العباس]: بل خيار الرؤية. [أبو طالب]: فيه بُعد؛ إذ يقتضي الجهالة. قلت: ولعل وجه الجهالة هنا: أنه لا قيمة للتراب^(١)، فكان كبيع الغائب المجهول القدر.

[الحسن البصري وإبراهيم النخعي وربيعة ثم مالك]: بل يصح؛ إذ التراب كالإناء فهو كبيع سمن في زق. قلنا: السمن متميز مشاهد، فافترقا.

٣٠٧١- **سَأَلَتْ**: [العتره وأبو حنيفة وأصحابه]: وإذا اختلط معدنا الذهب والفضة جاز بيع بعضه ببعض اعتباراً بمقابلة كل غير جنسه؛ إذ العقد إذا احتمل وجهي صحة وفساد حكم بالصحة؛ إذ هي الظاهر. [الشافعي]: لا؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لمن أراد أن يبيع بذهب خرزاً معلقة بذهب: ((لا، حتى تميز))^(٢).

قلنا: لعل الذهب المنفرد كان أقل مما في الخرز فمنع.

٣٠٧٢- **سَأَلَتْ**: [المذهب]: وتراب حوانيت الصاغة الذي تختلط به البرادة لا يباع بجنس ما يستعمل فيها^(٣) ويجوز بغير جنسه، فإن استعمل فيها الجنسان جاز بيع بعضه ببعض اعتباراً، كما مر. [مالك]: يمتنع مطلقاً؛ للجهالة. قلنا: هو متميز كسمن في زق.

[الحسن البصري وربيعة وإبراهيم النخعي والليث بن سعد]: يجوز مطلقاً.

قلنا: التفاضل محرم، ومعرفة التساوي شرط؛ لما مر.

فَرَعٌ: وثمن هذا التراب لبيت المال؛ إذ لا مالك له معين.

(١) بعد الإخلاص.

(٢) قوله: «لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لمن أراد أن يبيع بذهب خرزاً.. الخ»: تقدم.

(٣) فالحوانيت التي لا يصاغ فيها إلا الذهب وحده لا يجوز بيع تراها بذهب ويجوز بالفضة والحوانيت التي لا يصاغ فيها إلا الفضة وحدها لا يجوز بيع تراها بفضة ويجوز بالذهب. (شرح بحر).

٣٠٧٣- **سَأَلَتْ:** [الهادي والمؤيد بالله وأبو طالب والشافعي]: وصرف خمسة بسة لا يصح؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إلا مثلاً بمثل)). [أبو طالب والشافعي والإمام يحيى]: وهو باطل؛ إذ علته الربا، والإجماع على تحريمه. [المؤيد بالله]: بل فاسد؛ للخلاف. [أبو حنيفة]: بل يصح خمسة بخمسة، ويرد الزائد.

قلنا: عقد واحد فلا يتبعص حكمه فلا [فلم] يصح، والأقرب فساد؛ لما مر (١).
فَرَعٌ: [الهادي]: وتجب المرادة للتقدين في هذا العقد، وما قد خرج عن يد قابضه رد مثله. [المؤيد بالله]: إذ هو فاسد عند الهادي تخريباً من هذه المسألة ونحوها فيملك بالقبض فأخراجه عن الملك استهلاكاً. [أبو طالب]: بل باطل، لكن النقد لا يتعين في العقود، فإذا أخرجت من اليد كان استهلاكاً يوجب رد مثلها؛ لضعف تعيينها. [الإمام يحيى]: بخلاف السبيكة فَتُسْتَفْدَى ما لم تستهلك فيتقاص المستوي ويرد الزائد.

٣٠٧٤- **سَأَلَتْ:** ويصح صرف رديء الجنس والصفة بالجيد متساوياً؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا فضل بينهما))، ولم يفصل (٢)، فأما المكحل ونحوه من مزبق ومذهب فيفصل إن أمكن، وإلا لم يصح؛ لتعذر معرفة التساوي؛ فأما المغشوش بالمغشوش فيصح اعتباراً حيث للغش قيمة؛ لما مر، لا العكس كغش المظفري وهو نصف العشر فكالمزبق. والذهب إنما يغش بالفضة فيجوز بيع مغشوشه ببعض.

٣١٥- فصل: [في بيع الجنس بغير جنسه]

وإذا اختلف الجنس فشروطه: الحلول؛ لما مر. والتقابض في المجلس. والصيغة كما مر.

ويجوز التفاضل إجمالاً؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فبيعوا كيف شئتم يداً بيد)) (٣)،

(١) للخلاف.

(٢) (قوله): «لا فضل بينهما»: عن أبي هريرة أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((الدينار بالدينار لا فضل بينهما، والدرهم بالدرهم لا فضل بينهما)) أخرجه مسلم (١٥٨٨) والوطأ (١٣٢٣). [والنسائي (٤٥٦٧)، والبيهقي (١٠٢٦٦)].

(٣) (قوله): «فبيعوا كيف شئتم... إلخ»: تقدم.

ويصح بيع الجنس بجنسه وغير جنسه إجمالاً يداً بيد.
 ٣٠٧٥- **مَسْأَلَةٌ:** [العترة وأبو حنيفة وأصحابه وقول للشافعي ورواية عن مالك]: ويصح
 صرف ما في الذمة بما في الذمة اتفق الجنس أم اختلف؛ إذ ما في الذمة كالمقبوض
 بدليل صحة التصرف فيه إلى من هو عليه. [قول للشافعي ورواية عن مالك]: لا؛ إذ هو
 كالي بكالي، وقد نهى رسول الله ﷺ عنه.

قلنا: بل الكالي بالكالي يبيع النساء بالنساء كبيع طعام معدوم بدين.
 ٣٠٧٦- **مَسْأَلَةٌ:** [ابن عمر ثم القاسمية والفريقان]: ويصح صرف ما في الذمة بحاضر
 إلا أن يكون ثمن صرف أو سلم؛ إذ لا تصرف فيهما [بهما] قبل قبضهما بحال؛ لما
 سيأتي إن شاء الله تعالى. [ابن شبرمة]: لا؛ إذ ما في الذمة معدوم فليس كالحاضر.
 قلنا: إذا لا تمتنع التصرف فيه بكل وجه.

[مالك]: يصح في الحال لا المؤجل إلا بعرض؛ إذ المؤجل ليس كالمقبوض،
 بخلاف الحال.

قلنا: مسلم إن لم يحل (١) الأجل في المجلس.
 [ابن عباس وابن مسعود]: يكره فقط؛ لشبهه بالمعدوم.
 قلنا: لا، مع قوله ﷺ: ((لا بأس...)) الخبر.
 ٣٠٧٧- **مَسْأَلَةٌ:** [العترة وأبو حنيفة والشافعي]: ويصح عقد الصرف بما ليس موجوداً
 في الملك حال العقد؛ لما مر (٢). [زفر]: لا، إلا أن يعين جهته كمن صندوقي، أو
 أقترضه من فلان، وإلا فكالي بكالي.

قلنا: سوغه قوله ﷺ: ((لا بأس...)) الخبر.
 ٣٠٧٨- **مَسْأَلَةٌ:** [الهادي]: وإذا انكشف في أحد النقيدين رديء عين ويسمى
 سُتُوقاً، أو جنس ويسمى زائفاً، والعقد إنما وقع على الجيد بطل بقدره إلا أن يبدل
 الأول في مجلس الصرف؛ لحصول التقابض، وإلا بطل قدره؛ إذ العقد صحيح

(١) وقد حل بالصرف به.

(٢) وهو قوله ﷺ: ((لا بأس إذا لم تفترقا وبينكما شيء)). (شرح بحر).

حيث عقد على مساوٍ في القدر، وأما الثاني فيصح إن أبدل فيه أو في مجلس الرد؛ إذ هو عيب، فإن كان قد علمه صح، ولا [إلا] رد كالمعيب.

فَرْعٌ: [القاسمية]: وله في الثاني طلب إبدال الكثير كاليسير. [رواية عن أبي حنيفة]: أما فوق النصف فلا إبدال، بل يبطل العقد. [رواية عن أبي حنيفة]: يبطل ما دون الثلث، لا الثلث فما فوق فيبطل. [أحد وجهي أصحاب الشافعي]: إن عينت الدراهم فلا إبدال، بل يخير بين الفسخ والرضا؛ إذ تتعين بالتعيين وإن لم تعين. [بعض أصحاب الشافعي]: لا [فلا] إبدال كالمعين. [بعض أصحاب الشافعي]: بل يبطل كقولنا. [زفر]: يبطل بحصته كرديء العين قليلاً كان أم كثيراً.

فَرْعٌ: [الهادي]: فإن شرط في العقد رد الرديء صح إن تقابضا في المجلس. [أبو طالب]: أراد أن شرط الرد في المجلس لا يفسد العقد؛ إذ هو من موجهه، فإن افترقا قبل الإبدال بطل بقدره، ولا إبدال ولا تأثير للشرط؛ لعدم التقابض.

قلت: الأقرب أن كلام الهادي هنا متعلق برديء الجنس فقط، وأراد أنه إن شرط رد الرديء فافترقا وهو مجوز له أو عالم به لم يكن ذلك رضاً مع الشرط لا مع عدمه، وإذا لم يكن رضاً فله الفسخ قبل التفرق أو بعده، ولا إبدال بعد التفرق كالمعيب، وإلى هذا أشار المؤيد بالله.

وأما رديء العين فلا تأثير للشرط فيه بوجه بل يبطل قدر الرديء إن لم يبطل في المجلس، ولا خلاف فيه إلا [للحسن بن صالح] (١) فقال: يصح بالإبدال بعد التفرق قياساً على سائر الأثمان.

قلنا: ثمن الصرف مخالف لغيره؛ لما مر من الآثار.

٣٠٧٩- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ومن صرف دراهم بدنانير أو العكس تعين نقد البلد أو الأغلب فيها، وحيث لا أغلب يجب تمييز ما أراده بما يتميز به (٢).

(١) هنا في المخطوطة رمز (لح) وهو رمز الحسن بن صالح وقد يلتبس برمز أبي حنيفة غير أنه في إحدى النسخ الحسن بن صالح بالاسم وليس بالرمز.

(٢) عن غيره من سائر النقود، ولا يكون الصرف لازماً بينهما حتى يتقابضا ما وقع عليه العقد قبل

٣٠٨٠- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: ولا يجوز بيع مصحف أو نحوه^(١) محلي بجنس الحلية. [أبو طالب والمؤيد بالله]: أراد حيث لا يغلب المنفرد، وإلا صح اعتباراً، خلاف الشافعي.

لنا: ما مر.

فإن باعه بغير جنسها صح إجماعاً مع التقابض.

٣٠٨١- **سَأَلَتْ:** ولا يصح صرف الجنس بجنسه جزافاً ولا عدداً؛ لفقد علم التساوي.

٣٠٨٢- **سَأَلَتْ:** [أبي ثم عطاء وأبو بكر بن عبدالرحمن ثم الهادي ومالك وأبو حنيفة]: ومن ربح في دراهم غصب تصدق به؛ إذ ملكه من جهة حظر كشاة الأسارى^(٢). [المؤيد بالله والإمام يحيى]: بل يطيب ربح المضمون بالغصب؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الخراج بالضمآن))، لا المسروق؛ لعدم الضمان مع وجوب القطع، فيتصدق بربحه.

قلنا: خبر الشاة لم يفصل.

٣٠٨٣- **سَأَلَتْ:** [العتره والفريقان]: ويصح صرف بعض مشاع كنصف دينار ونحوه^(٣). [مالك]: لا، حتى يقطع في المجلس ويتقابضا؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إذا لم تفترقا وبينكما شيء))، وفي المشاع تبقى بينهما القسمة.

قلنا: قد ملك كل نصيبه وقبضه وهو المقصود، والقسمة أمر خارج.

٣٠٨٤- **سَأَلَتْ:** [مالك]: والفلوس كالتقدين في الصرف^(٤) قياساً. [أبو العباس

تفرقهما). (شرح بحر).

(١) المرأة والسيف ونحوهما. (شرح بحر).

(٢) قوله: «كشاة الأسارى»: سيأتي في الغصب إن شاء الله تعالى.

(٣) كبعض حلية أو بعض إناء ذهب أو فضة.

(٤) أي: في أحكام الصرف، فيشترط فيها شروطه التي مرت، وهي مماثلة الوزن والحلول والتقابض في المجلس والصيغة فلا يجوز صرف فلس بفلسين ونحو ذلك، هذا قول مالك واختاره الإمام يحيى وحكاه عن بعض فقهاء المذهب. (شرح بحر).

وأبو حنيفة وأبو يوسف: لا؛ إذ لم يرد حكم الصرف في غير الذهب والفضة وهو في موضع التعليم^(١) فالفلوس كالعروض.

قلنا: مطبوعة على السكة ونقشها للتعامل بها، فقيست عليها.

[أبو طالب]: تصح الشركة فيها فافتضى كونها كالنقد عنده. [الشافعي]: يجوز السلم فيها مطلقة فافتضى كونها عنده كالنقد^(٢).

فَرْعٌ: [المذهب وأبو حنيفة]: ومتى كسدت فلم تنفق في شيء قط فسد بيع المبيع بها؛ لبطلان العوض، وأما المستقرض فيرد مثلها؛ إذ هو الواجب في القرض. [أبو يوسف ومحمد بن الحسن]: بل تلزم قيمتها في البيع والقرض؛ إذ تعذر تسليمها بكساده فأشبهه تلف القيمي^(٣). [الشافعي]: بل هي الواجب في البيع والقرض؛ إذ كساده لا يبطل استحقاقها. [الإمام يحيى]: بل كساده عيب فيخير البائع والمقرض في قبولها وردها. قلت: وإذا ردها عاد التردد في الواجب، والأقرب قول الشافعي.

٣٠٨٥ - **سَأَلَتْ:** [العترة والشافعي وأبو يوسف ومالك والليث^(٤) بن سعد والأوزاعي]: ولا يحل الربا في دار الحرب؛ لعموم الأدلة. [إبراهيم النخعي وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن]: بل يجوز؛ لقوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: ((لا ربا بين المسلمين وأهل الحرب في دار الحرب))^(٥).

قلنا [قلت]: يحتمل أن النفي بمعنى النهي، أي: لا يجوز، فيحمل عليه؛ ليوافق الأدلة، وثمرته رفع إيهام حل الربا فيها؛ لكونها دار إباحة.

(١) فلو كانت الفلوس كالنقدين لذكرها الرسول **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ** معها؛ لأن البيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة، فدل ذلك على أنها قيمة كالعروض، وهذا قول المنصور بالله والكافي. (شرح بحر).

(٢) إنها كانت كالنقد عنده من حيث إنه لم يشترط في تسليمها ما يشترط في العروض من وصف وغيره بل يجزي من وصفها ما يجزي في النقد فكانت كالنقد، وهذا عند الشافعي والوافي أن السلم في الدراهم يصح.

(٣) في أنه يجب العدول إلى قيمته.

(٤) في نسخة: حذف الليث بن سعد وأثبت مكانه سفيان الثوري.

(٥) قوله: «لا ربا بين المسلمين وأهل الحرب»: حكاه في الشفاء.

٣٠٨٦- **سَأَلَتْ:** [مالك والإمام يحيى وأبو حنيفة وأصحابه]: وإذا استحق أحد البديلين في الصرف ثم أجازته المستحق بعد التفرق نفذ^(١)؛ إذ هو عقد موقوف وقد تقابض المتعاقدان. [أبو حنيفة]: وكذا لو أجازته قبل التفرق. [مالك وزفر]: لا؛ إذ التفرق من تمام العقد، ولا إجازة قبل تمامه.

قلت: بناء على اعتبار تفرق الأبدان في العقود.

(١) وفي الكواكب أنه لا بد من الإجازة قبل التفرق وهو المذهب.

[٧٥]- باب القرض

هو من القطع؛ إذ يقطع المقرض بعض ماله، وهو مستحب؛ لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢]، وقوله ﷺ: ((من كشف عن مسلم كربة..)) الخبر ونحوه^(١).

[ابن عباس وابن مسعود وأبو الدرداء]: لأن نقرض مرتين أحب إلينا من أن نتصدق مرة واحدة.

وموقعه أعظم من الصدقة؛ إذ لا يقترض إلا محتاج. وهو مكرمة شرعها الشرع لحاجة المحتاج أو ضمان الشيء بمثله بالتراضي، ويخالف المعاوضة بامتناع الأجل^(٢) وعدم اعتبار التقابض^(٣).

[٣١٦]- فصل: [في بيان أركان القرض وما يتعلق بها]

وصيغته: أقرضتك، أو أعطيتك، أو خذ هذا بمثله أو قرضاً. وفي اعتبار القبول وجهان: [الإمام يحيى]: أصحهما لا يفتقر كالإذن بالإتلاف؛ إذ ليس بمعاوضة محضمة.

- (١) (قوله): (من كشف عن مسلم كربة.. الخبر ونحوه): لفظه: عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: ((من) نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه)) هذا طرف من حديث أخرجه مسلم (٢٦٩٩) وغيره. [أبو طالب في الأمالي بسنده، وأحمد بن عيسى في الأمالي نحوه، والمرشد بالله في الأمالي بسنده وأبو داود (٤٩٤٦)، وأحمد (٤٧٢١)، وابن حبان (٥٣٤)]. وعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: ((المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه، ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته، ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه بها كربة من كرب يوم القيامة، ومن ستر مسلماً ستره الله يوم القيامة)) أخرجه أبو داود (٤٨٩٣). [المرشد بالله بسنده في الأمالي وأبو طالب بسنده في الأمالي نحوه، والبخاري (٢٤٤٢)، ومسلم (٢٥٨٠) وابن حبان (٥٣٣)]. وعن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: ((من أنظر معسراً أو وضع له أظله الله يوم القيامة تحت ظل عرشه يوم لا ظل إلا ظله)) أخرجه الترمذي (١٣٠٦). [الإمام زيد في المجموع عن علي عليه السلام ومن طريقه علي بن بلال في شرح الأحكام].
- (٢) ومعنى الأجل عدم اللزوم يعني أنه لا يلزم، وأما أنه جائز فمما لا خلاف فيه بل مندوب إليه؛ لأنه وفاء بالوعد وإذا لم يجب كان مستحباً. (صعيتري).
- (٣) فلا يشترط التقابض هنا وإن كان مضموناً بمثله بخلاف بيع الجنس الربوي بجنسه فلا بد من التقابض كما مر والله أعلم. (شرح).

وقيل: يفتر كالمعاوضة؛ إذ يملك بالقبض كالبيع^(١).

٣٠٨٨- **سَأَلَتْ:** [المذهب]: ويملك بالقبض؛ إذ له فيه بعده كل تصرف كالهدي^(٢).
وقيل: لا يكفي القبض حتى يتصرف فيه ببيع أو هبة أو إتلاف أو تلف في يده؛
إذ للمستقرض رد عينه فلم يكن لازماً.

قلت: إنما لزم قبول الرد؛ لوجوب قبول الإيفاء كلو رد مثله.

[الإمام يحيى]: بل هو جائز من جهة المستقرض؛ إذ لا عقد هناك مُلْزِم، وأما
المقرض فلا يجوز له الرجوع؛ لخروجها عن ملكه بقبض المستقرض. وقيل: له
الرجوع أيضاً مهما بقيت العين.

[الإمام يحيى]: لكن بالحكم في الأصح كالبيع الفاسد.

قلت: الحق أنه ليس بجائز من الجهتين معاً ووجوب قبول الرد؛ لوجوب قبول
الإيفاء، لا للجواز.

٣٠٨٩- **سَأَلَتْ:** وإنما يصح ممن يملك التصرف والتبرع؛ إذ هو تملك فلا يصح
من عبد وصبي ومحجور، ولا يصح من المضارب؛ إذ فيه إبطال النمو. ومن وُكِّل
بشراء شيء لم يكن له أن يقرضه ولا ثمنه؛ لمخالفة المقصود.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى]: وللمتولي إقراض فضلات المساجد [المصلحة]؛ إذ مقصودها
المصالح الدينية حيث المستقرض ملي يوثق بالرد منه.

٣٠٩٠- **سَأَلَتْ:** ومن صح قبوله البيع صح استقرضه؛ إذ هو معاوضة.

٣٠٩١- **سَأَلَتْ:** ومن أبيع له الطعام لم يملك ما لم يستهلك. وقيل: ما أخذ من
لقمة ملكها بالقبض كالهدي فلا يصح للمبيح استرجاعها، وقيل: لا يملك حتى
يضعها في فيه فله استرجاعها قبل، وقيل: لا يملك إلا بالابتلاع فله الاسترجاع قبله.

(١) بجامع التسليط على الإتلاف فيتبعه أحكام الملك، فيصير به غنياً وتلزمه زكاته ويلزمه الحج حيث
أمكنه بعد قبضه. (شرح بحر).

(٢) فإنها تملك بالقبض.

[الإمام يحيى]: وهو الأصح؛ إذ لا موجب للملك قبل الاستهلاك.
 ٣٠٩٢- **سَأَلَتْ**: ويصح في كل مثلي أو قيمي جهاد أمكن وزنه وقل التفاوت فيه
 كالحُشْب والحطب والريحان إجماعاً.
فَرَعٌ: [القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه]: ولا يصح في الحيوان؛ لعظم تفاوتها كالجواهر
 والواجب رد المثل فيمنعه التفاوت. [الصادق^(١)] والباقر والقاسم والناصر والإمام يحيى ومالك
 والشافعي والليث بن سعد والأوزاعي وعن المؤيد بالله: يصح؛ إذ اقترض صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بكرة ورد
 بازلاً^(٢).

قلت: قضاء عن القيمة بالتراضي وإلا لرد بكرة.
 ٣٠٩٣- **سَأَلَتْ**: [العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: ولا يصح قرض الرقيق؛ لما مر^(٣).
 [المزني والطبري ومحمد بن داود الظاهري]: يجوز كجعلها مهراً. [الشافعي وأصحابه ومالك]:
 يجوز فيمن يجرم وطؤه على المستقرض كالحيوان، لا من يحل؛ إذ عقده جائز غير
 لازم فأشبهه العارية. [بعض الخراسانيين]: يصح مطلقاً^(٤)؛ لما مر^(٥)، ولا يحل به الوطء؛
 لما مر^(٦).

لنا: ما مر في قرض الحيوان.

(١) زيادة في نسخة.

(٢) قوله: «إذ اقترض صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بكرة ورد بازلاً»: عن أبي رافع قال: «استسلف رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بكرة فجاءته
 ايل الصدقة فأمرني أن أعطي الرجل بكرة فقلت: ما أجد إلا جملاً خياراً رباعياً، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:
 ((أعطه إياه، فإن خيار الناس أحسنهم قضاء)) أخرجه مسلم (١٦٠٠) والموطأ (١٣٥٩) وأبو داود
 (٣٣٤٦) والترمذي (١٣١٨) والنسائي (٤٦١٧). وفي ذلك أحاديث أخرى، وليس في شيء منها ذكر البازل
 والله أعلم. [أحمد بن عيسى بسنده في الأمالي، وعلي بن بلال بسنده في شرح الأحكام والدارمي (٢٥٦٥)،
 وابن خزيمة (٢٣٣٢)، والطالبي (٩٧١)]. وقد ذكره الرافعي كما في الكتاب فقال ابن حجر: هذا اللفظ
 تبع فيه الغزالي في الوسيط وهو تبع الإمام في النهاية وزاد أنه صح ثم قال: والذي في الصحيحين وساق
 الحديث.. إلخ ثم قال بعد كلام: فتبين أنهم لم يوردوا الحديث بلفظه ولا بمعناه.

(٣) لعظم تفاوتها كالجواهر.

(٤) فيمن يجرم وطؤه ومن لا.

(٥) كجعلها مهراً.

(٦) إذ عقده جائز غير لازم.

٣٠٩٤- **سَأَلَتْ:** [العترة وقول للشافعي]: ويصح قرض الخبز لضبطه بالوزن وقلة تفاوته كغيره^(١). [أبو حنيفة وقول للشافعي]: لا، كالجواهر.

قلنا: تفاوته أقل.

٣٠٩٥- **سَأَلَتْ:** وللمقترض رد البدل مع بقاء عين القرض؛ إذ قد ملكها.

٣٠٩٦- **سَأَلَتْ:** ويجب رد مثله قدرأً وجنساً وصفة إلى موضع العقد، وإن اختلف سعر يوم القبض والقضاء؛ إذ الواجب المثل.

وعلى المقرض قبول القضاء؛ لتبرأ ذمة المستقرض إلا حيث سلمه ناقصاً قدرأً أو صفة، أو يخاف من قبضه ذهاباً أو مؤنة.

فَرَعُ: ويجب قبض كل معجل مساو أو زائد في الصفة؛ لإلزام عمر امرأة^(٢).
كاتب عبدأً قبول تعجيل العبد قبل النجوم المضروبة ولم يخالفه أحد.
قلت: إلا مع خوف ضرر أو غرامة.

[المؤيد بالله وأبو العباس]: ويصح بشرط حط البعض؛ إذ لا مقتضى لمنعه.

٣٠٩٧- **سَأَلَتْ:** [العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: ولا يصح قرض القيمي إن كثر تفاوته، وتضمن قيمته، لا مثله. [الطبري]: بل مثله؛ لما مر في الحيوان.

لنا: ما مر.

والقول للمقترض في قدره وجنسه وصفته وقيمه؛ إذ الأصل البراءة.

٣٠٩٨- **سَأَلَتْ:** ولا يصح قرض الحب المسوس والسمن والسليط والعسل

(١) من سائر الموزونات.

(٢) (قوله): «لإلزام عمر امرأة.. إلخ»: روي أن امرأة كاتب عبدأً لها على ثلاثين ألف درهم منجمة فأتى العبد بالمال صبة واحدة فأبت المرأة أن تقبض المال إلا في النجوم التي اشترطتها فجاء العبد إلى عمر فقال له: هات المال فصبه العبد كاملاً فوضعه عمر في بيت المال وأطلق العبد من الرق وأرسل إلى المرأة أن مالها قد صار في بيت المال فتأخذه أي وقت شاءت. هكذا نقل عن الانتصار في هذا الموضوع. [أخرج البيهقي (٢١٤٩٨) نحوه بلفظ: أن رجلاً كاتب.. إلخ، وأخرجه أيضاً بلفظ الكتاب (٢١٤٩٧)]. والذي في الشفاء: أن أنس بن مالك كاتب عبده فجاءه بالمال قبل محله فامتنع من أخذه، فأخذه عمر فتركه في بيت المال. وروي أن عمر قال للعبد: اذهب فقد عتقت. والله أعلم.

المغشوشة ولا الغليل^(١) والعلس والشعير المخلوط بدقاق التبن والدرهم المغشوشة بغير متميز؛ لتعذر تحقق رد المثل فيضمن بالقيمة كالقيميات.

٣٠٩٩- **سَأَلَتْ:** والسفتجة: اسم فارسي للورقة التي يكتبها المقرض للمقرض أن يقضى من بلد آخر، وذلك جائز مع عدم الشرط إجماعاً؛ إذ لا وجه يفسده.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى وأبو طالب وأصحاب الشافعي]: فإن شرط المقرض ذلك لغرض له لم يصح؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((كل قرض جر نفعاً فهو ربا))^(٢). [القاسم]: بل يجوز؛ لظهوره في المسلمين من غير نكير.

قلنا^(٣): لا نسلم مع الشرط.

٣١٠٠- **سَأَلَتْ:** وعارية النقدين قرض إجماعاً؛ إذ لا يتنفع بها إلا بإتلافها.

قلت: إلا لعيار أو تجمل، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

فَرَعٌ: [القاضي زيد والوافي]: وفاسد القرض لا يملك بالقبض فلا يصح فيه تصرفه، وقيل: بل يملك كفاسد البيع إلا أن العبد لا يعتق^(٤) لو أعتقه مستقرضه، لضعفه؛ إذ صحيح القرض كالعارية؛ لوجوب رد مثله، وهي لا تصح العتق ففاسده أولى.

٣١٧- فصل: [في حكم الشرط في القرض]

ولا يفسد بشرط يوافق موجهه كشرط رد مثله أو رده بالعيب ونحوه، وما يؤكد كشرط الرهن والضمين والإشهاد؛ لرهنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ درعه^(٥) من يهودي في شعير.

ولو قال: أقرضتك هذا على أن أقرضك غيره أو أهب لك - صح القرض؛ إذ لا

(١) وهو البر المخلوط بالشعير. (شرح بحر).

(٢) (قوله): «كل قرض جر نفعاً فهو ربا»: حكاه في الشفاء. [أخرجه أحمد بن عيسى في الأمالي بسنده عن علي عَلَيْهِ السَّلَام، وعلي بن بلال في شرح الأحكام بسنده، والهادي في الأحكام نحوه، والبيهقي نحوه (١١٢٥٢)].

(٣) قلت. نخ.

(٤) المذهب أنه يعتق؛ لأنه يملك بالقبض.

(٥) (قوله): «لرهنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ درعه.. الخ»: سيأتي في الرهن إن شاء الله تعالى.

جهالة، ولغا الشرط؛ إذ هو وعد، فأما في البيع فيفسد؛ إذ يصير الثمن مقابلاً لما وعد بهبته وبيعه وهو مجهول.

فَرَعٌ: فإن شرط رد خير مما أعطى كجيد عن رديء قريباً. [الغزالي]: يجوز، ولا يلزم الوفاء.
لنا: الخبر.

فإن شرط المقرض رد أقل مما سلم فوجهان: [الإمام يحيى]: أصحهما يجوز، كلو وهب له الزيادة، وقيل: لا؛ إذ هو خلاف موجهه [موجب عقده].
قلت: بل يوافق؛ إذ شرع للرفق.

فَرَعٌ: وفي اشتراط الزيادة في غير الربويات كبعير ببعيرين عند من أجازاه وجهان: [الإمام يحيى]: أصحهما المنع؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((كل قرض جر منفعة فهو حرام)) (١).
وقيل: يجوز؛ لرواية ابن عمر (٢): «أمرني رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن أجهز جيشاً فأخذت البعير ببعيرين».

قلت: لا على وجه القرض، أو من دون شرط جمعاً بين الأدلة، فأما في الربويات فيفسد إجماعاً؛ للخبر.

فَرَعٌ: [العترة والفقهاء الأربعة]: وللمقرض قبول الأفضل ما لم يشترطه. [بعض الفقهاء]: لا.

(١) قوله: «كل قرض.. إلخ»: تقدم بمعناه قريباً. وفي الشفاء: عن ابن عباس وابن مسعود وأبي بن كعب أنهم نهبوا عن كل قرض جر منفعة، ولعله أصح. وفي التلخيص ما لفظه: حديث أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن قرض جر منفعة، وفي رواية: كل قرض جر منفعة فهو ربا. قال عمر بن بكر في المغني: لم يصح فيه شيء. وأما إمام الحرمين فقال: إنه صح، وتبعه الغزالي. وقد رواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده من حديث علي باللفظ الأول، وفي إسناده سوار بن مصعب وهو متروك. ورواه البيهقي في المعرفة (٤/٣٩١) عن فضالة بن عبيد موقوفاً بلفظ: ((كل قرض جر منفعة فهو وجه من وجوه الربا)). ورواه في السنن (٥/٣٥٠) الكبرى عن ابن مسعود وأبي بن كعب وعبدالله بن سلام وابن عباس موقوفاً عليهم. انتهى

(٢) قوله: «الرواية ابن عمر: أمرني رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.. إلخ»: الصواب: أن الراوي لهذا الحديث هو ابن عمرو بن العاص، وقد تقدم.

لنا: أنه ﷺ اقترض نصف صاع فرد صاعاً.. الخبر، ونحوه (١).

فَرْعٌ: [الإمام يحيى]: وفي فساد القرض بالشرط المفسد كالأجل ودرهم بدرهمين تردد: الأصح: يبطل كالبيع.

٣١٠١- **سَأَلَتْ:** ولا يجوز سلف وبيع كبعثك هذا على أن تقرضني كذا؛ لنهيهِ ﷺ عن بيع وسلف (٢).

٣١٨- فصل: في أحكامه

٣١٠٢- **سَأَلَتْ:** [القاسمية]: وليس لمن تعذر عليه استيفاء حقه حبس حق خصمه ولا استيفاءه إلا بحكم؛ لقوله ﷺ: ((ولا تخن من خانك)) (٣)، ((لا يحل مال امرئ مسلم..)) الخبر (٤). [المنصور بالله والشافعي]: يجوز من الجنس وغيره؛ لقوله تعالى: ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٩٤]، ولقوله: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠]، ولقوله ﷺ لا امرأة أبي سفيان (٥): ((خذي ما يكفيك..)) الخبر. [المؤيد بالله وأبو حنيفة]: يجوز من الجنس فقط؛ لقوله تعالى: ﴿بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ﴾ [النحل: ١٢٦]، ﴿بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]. [الإمام يحيى]: يجوز من الجنس ثم من غيره؛ لتعذره ديناً لا شرعاً.

لنا: ((ولا تخن من خانك))، فأما أمره لا امرأة أبي سفيان فإنه كالحكم.

قلت: الأقرب اشتراط الحاكم [الحكم] حيث يمكن؛ للخبر، فإن تعذر جاز

(١) (قوله): «الخبر ونحوه»: روي أن النبي ﷺ اقترض نصف صاع فرد صاعاً واقترض صاعاً فرد صاعين. والله أعلم. وقد تقدم حديث أبي رافع. وعن أبي هريرة قال: كان لرجل على رسول الله ﷺ شيء من الإبل فجاءه يتقاضاه فقال: ((أعطوه)) فطلبوا سنه فلم يجدوا إلا سناً فوقها فقال: ((أعطوه)) فقال: وفيتني وفاك الله، فقال النبي ﷺ: ((إن خيركم أحسنكم قضاء)) أخرجه البخاري (٢٣٠٦) ومسلم (١٦٠١) والترمذي (١٣١٧). وفي رواية أنه أغلظ لرسول الله ﷺ حين استقضاه وقالوا: لا نجد له سنه حتى هم به بعض أصحابه فقال: ((دعوه فإن لصاحب الحق مقالاً)) وذكر نحوه.

(٢) (قوله): «لنهيهِ ﷺ عن بيع وسلف»: حكاه في الشفاء وتقدم نحوه.

(٣) (قوله): «ولا تخن من خانك»: سيأتي في الوديعه إن شاء الله تعالى.

(٤) (قوله): «لا يحل مال امرئ مسلم»: تكرر.

(٥) (قوله): «لقوله ﷺ لا امرأة أبي سفيان.. إلخ»: تقدم.

الجنس وغيره؛ لثلاث تضييع الحقوق، ولظواهر الآي.

٣١٠٣- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله وأبو طالب والمنصور (١) بالله والفريقان ورواية عن أبي العباس]:
ولا يصح الإنظار بالقرض؛ إذ هو تبرع كالعارية. [الإمام يحيى ومالك ورواية عن
أبي العباس]: يصح كسمن المبيع.

قلت: التأجيل نقص للعوض، وموضوع القرض تماثلها فافترقا.

٣١٠٤- **سَأَلَتْ:** [العتره والفريقان]: وأجرة نقاد القرض على المقرض؛ إذ عليه تمييزه
من ماله، فإن طلب المقرض الإعادة فعليه.

٣١٠٥- **سَأَلَتْ:** ويصح اقتراض الوديعة من مالها إجماعاً، وكذلك الغصب
برضا مالكة؛ إذ لا مانع، ولا يصح قرض مجهول كطعام لم يُكَلَّ وفضة مغشوشة،
كما مر.

٣١٠٦- **سَأَلَتْ:** وقرض آنية الذهب والفضة فاسد؛ لتفاوتها في الصيغة (٢)
وتضمن بالقيمة.

٣١٠٧- **سَأَلَتْ:** [الحسن البصري والزهرى وظاوس وعمر بن عبدالعزيز وابن سيرين ثم
القاسم والناصر والمؤيد بالله]: ولا يحل الدين المؤجل بموت من هو عليه؛ إذ هو حق له
فصار لوارثه. [الفريقان ومالك والليث بن سعد والأوزاعي وسفيان الثوري]: بل يحل؛ لانتقاله
من الذمة إلى التركة، والأعيان لا تعلق بالأجال (٣).

قلنا: بل إلى ذمة الوارث بدليل جواز القضاء من ماله.

قالوا: من خلف عبداً مستغرقاً لم ينفذ عتق الوارث فيه؛ لتعين الدين فيه.

قلنا: تعلق به حق كالرهن؛ إذ لهم القضاء من غيره.

(١) القاضي زيد في أكثر النسخ ولعله تصحيف.

(٢) حيث كان فيها صنعة تخرجها عن حد الضبط. (غيث معنى).

(٣) صوابه: والأجال لا تعلق بالأعيان، والله أعلم.

٣١٠٨- **سَأَلَتْ:** [المذهب والأكثر]: وكل دينين استويا في الجنس والصفة تساقطا؛ لتقابل الحقين. [الناصر وابن أبي ليلى]: لا.

قلنا: لا وجه للمطالبة مع تساوي الحقين.

٣١٠٩- **سَأَلَتْ:** ويتضيق رد الغصب ونحوه^(١) قبل المراضاة والدين بالطلب فقط فيستحل من مطل؛ إذ قد أساء فلزمه الاعتذار.

٣١١٠- **سَأَلَتْ:** ويصح الإقرار والنذر والوصية والحوالة بما في ذمة الغير؛ لقبولها الجهالة، لا البيع والهبة إلا إلى من هو عليه، أو الضامن به؛ إذ لا جهالة معها.

(١) والذي نحو الغصب ما قبضه من صغير أو محجور عليه برضاه هبة أو بيعاً فإنه في حكم الغصب، والدين وهو ما ثبت في الذمة برضى أربابه. (غيث).

[٧٦]- باب [السلم]

والسلم والسلف في معنى واحد، وهو تعجيل أحد البديلين وتأجيل الآخر مع شروط مخصوصة، والأصل فيه: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ﴾ [البقرة: ٢٨٢].
[ابن عباس]: السلم داخل فيها^(١).

وقوله ﷺ: ((من أسلف فليسلف في كيل معلوم))^(٢)، والإجماع على كونه مشروعاً إلا [سعید بن المسيب] فمنعه؛ لنهيهِ ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان^(٣).
قلنا: أراد بيع عين معدومة أو تمر [ثمر] نخلة معدوم، فأما في الذمة فجائز كالبيع^(٤)، ولقوله ﷺ: ((من أسلم فليسلم..)) الخبر^(٥) [ونحوه]، وللحاجة إليه كالبيع.

٣١١١ - **سَأَلَتْ**: [المؤيد بالله وأبو طالب وأبو العباس والشافعي وأصحابه]: وشروطه سبعة.
[زيد بن علي]: ثلاثة: الأجل، والمكان، والصفة. [الهادي]: خمسة^(٦). [الإمام يحيى]: من

(١) (قوله): [ابن عباس السلم داخل فيها]: لفظه في الشفاء: قال ابن عباس: «أشهد أن السلف إلى أجل مسمى قد أحله الله تعالى في كتابه وأذن فيه ثم تلا هذه الآية، يعني: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ...﴾ إلى آخرها [البقرة: ٢٨٢]، وقد ذكر نحو ذلك في التلخيص ونسبه إلى الشافعي، والطبراني، والحاكم، والبيهقي، ثم قال: وقد علقه البخاري. [الشافعي في الأم (٩٣/٢)، والطبراني في الكبير (١٢٩٠٣)، والحاكم (٢٨٦/٢)، والبيهقي (١٨/٦)].

(٢) (قوله): «وقوله ﷺ من أسلف.. إلخ»: لفظه: عن ابن عباس قال: قدم رسول الله ﷺ المدينة وهم يسلفون في التمر العام والعامين، فقال لهم: ((من أسلف في تمر فقي كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم)) أخرجه البخاري (٢٢٣٩) ومسلم (١٦٠٤) ولأبي داود (٣٤٦٣) والترمذي (١٣١١) والنسائي (٤٦١٦) نحوه.

(٣) (قوله): «لنهيهِ ﷺ عن بيع ما ليس عند الإنسان»: تقدم بمعناه، وزاد في بعض الروايات: ورخص في السلم.
(٤) تقدير القياس أن البيع يشتمل على ثمن ومثمن، فإذا جاز أن يثبت الثمن في الذمة بلا خلاف جاز أن يثبت المثمن على وجه يكون منحصراً بالوصف، ولأن بالناس حاجة إلى جواز السلم؛ إذ ربما أعوزتهم النفقة فجوز ذلك لهم للحاجة. (شرح).

(٥) (قوله): «من أسلم فليسلم.. الخبر»: تمامه: ((في كيل معلوم، أو وزن معلوم إلى أجل معلوم)) هكذا في الشفاء وأصول الأحكام. [أحمد بن عيسى بسنده في الأمالي عن ابن عباس، وعلي بن بلال بسنده في شرح الأحكام، والمؤيد بالله في شرح التجريد].

(٦) وهي الأجل والمكان والجنس والمقدار والصفة. النوع والصفة واحداً قال الإمام يحيى: ولا بد من ذكر رأس المال لأن الهادي عليه السلام قد ذكره. (شرح).

نقص من السبعة فإنما داخلها فقط، وسنعيها.

٣١١٢- **سَأَلَتْ:** وينعقد بلفظ السلف، أو السلم إجماعاً كأسلمت إليك، أو أسلفتك هذا في كذا.

وفي انعقاده بلفظ البيع وجهان: [الإمام يحيى]: أصحهما ينعقد كالصرف^(١).
وقيل: لا، كبعثك ثوباً في ذمتي بكذا.
قلنا: إن استكمل الشروط فلا مانع.

٣١٩- فصل: في الشروط

(النشرط الأول) في رأس المال وفيه مسائل:

٣١١٣- **سَأَلَتْ:** يجب قبضه في المجلس، وإلا انقلب كالكالي بالكالي. [العترة
والفريقان وسفيان الثوري] فيفسد. [مالك]: لا يشترط، كفي البيع.
لنا: ما مر^(٢).

٣١١٤- **سَأَلَتْ:** ويصح من النقد إجماعاً. [القاسمية والفريقان ومالك]: ومن العرض
الحاضر؛ لصحته ثمناً. [الناصر وزفر]: لا؛ لتأديته إلى الشجار في قيمته إن تعذر المسلم
فيه.

قلنا: التجويز غير مانع، وإلا لزم في البيع، وإذ هي صورة نادرة.

٣١١٥- **سَأَلَتْ:** ويصح العقد عليه^(٣) قبل وجوده في الملك مع وصفه بما يتميز
به، كعلى نقد في الذمة.

قلت: مع قبضه قبل التفرق، وإلا بطل؛ لما مر.

٣١١٦- **سَأَلَتْ:** [القاسمية والشافعي وأصحابه]: ويصح جزافاً كثمن المبيع. [الناصر

(١) بجامع كون كل واحد منهما يشترط فيه قبض العوض في المجلس. (شرح).

(٢) وإلا انقلب كالكالي بالكالي.

(٣) أي: على رأس المال العرض يعني: يصح أن يكون عرضاً في الذمة كما يكون نقداً في الذمة لكن يشترط الوصف وقبض العوض قبل التفرق. (شرح).

وأبو حنيفة وأصحابه ومالك: لا؛ للجهالة.

قلنا: كئمن المبيع.

٣١١٧- **سَأَلَتْ:** وإذا انكشف فيه رديء، فكما مر في الصرف؛ لاشتراكهما في اشتراط القبض في المجلس.

٣١١٨- **سَأَلَتْ:** ولا يصح فيما يحرم فيه النساء؛ إذ التأجيل شرط؛ لما سيأتي.

٣١١٩- **سَأَلَتْ:** ولا يصح إسلام الدّين إلى من هو عليه قبل قبضه إجماعاً؛ إذ ليس مقبوضاً.

[الهادي وأبو العباس وأبو طالب والشافعي]: ولا الوديعة إلا بتجديد قبض (١)؛ إذ يد الوديعة يد المالك. [الناصر والمؤيد بالله]: لا يحتاج؛ لحصولها في قبض المستسلم وهو المقصود.

قلنا: يد للمالك فلا بد من تغييرها بتجديد قبض.

٣١٢٠- **سَأَلَتْ:** [الهادي وأبو حنيفة وأصحابه]: ولو قال: أسلمت إليك هذه العشرة والعشرة التي في ذمتك صح في العشرة المسلمة دون العشرة التي في الذمة إلا أن يحضرها قبل التفرق. [الشافعي ومالك وزفر وسفيان الثوري]: بل يبطل؛ لعدم تعيين القدر المقابل للدين.

قلنا: لا يمنع، كلو عقدا على عشرين فتعذرت عشرة من الثمن أو المسلم فيه.

٣١٢١- **سَأَلَتْ:** [العتره ومالك وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: ويصح إسلام جنس في جنسين، وعكسه كفي البيع. [أكثر الفريقين وسفيان الثوري]: لا؛ للجهالة القدر المقابل لكل جنس، وقد نهي عن بيع الغرر.

قلنا: لا جهالة، كما مر في البيع.

[المذهب وأصحاب أبي حنيفة]: ويجوز الرهن والحوالة والكفالة في رأس المال إن

(١) في المجلس.

قبض قبل التفريق، كما مر في الصرف؛ إذ الوثيقة تأكيد للعقد.

٣١٢٢- **سَأَلَتْ:** [القاسمية]: ويشترط تجويز الربح والخسران من الجانبين؛ إذ هو مع تيقن الربح كقرض جر منفعة. [المؤيد بالله والإمام يحيى وأبو حنيفة وأصحابه]: لا يشترط؛ إذ البيع مرتخص وغال.

قلنا [قلت]: بناء على تجويز بيع الشيء بأكثر من سعر يومه لأجل النساء، وقد أفسدناه.

٣١٢٣- **سَأَلَتْ:** [القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي^(١)]: ويصح إسلام المكيل في الموزون والعكس كالبيع. [الناصر وزفر]: لا؛ لما مر^(٢).
قلنا: مرّ الجواب [الجواز].

(الشرط الثاني): في المسلم فيه، وفيه مسائل:

٣١٢٤- **سَأَلَتْ:** يجب ذكر قدره وجنسه ونوعه وصفته إجماعاً؛ لقوله ﷺ: ((في كيل معلوم...)) الخبر، فيصح من الأعمى الذي كان بصيراً إجماعاً؛ لمعرفته الصفات والألوان قبل عماه.

[الإمام يحيى حكاية عن العترة وأكثر أصحاب الشافعي]: وكذا الأكمه؛ إذ لم يفصل الدليل. [المزني وابن سريج وابن أبي هريرة]: لا؛ لجهله الصفات والألوان.

قلنا: الوصف يرفع الجهالة كفي البيع.

٣١٢٥- **سَأَلَتْ:** ويصح مؤجلاً إجماعاً؛ لقوله ﷺ: ((إلى أجل معلوم)). [العترة وأبو حنيفة ومالك والأوزاعي]: ولا يصح حالاً؛ للخبر، ولقوله تعالى: ﴿يَدِينُ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ [البقرة: ٢٨٢]. [الشافعي]: لا يشترط؛ إذ هو معاوضة كالبيع.

قلنا: فصل الخبر، والقياس على الكتابة؛ إذ كل منهما عقد إرفاق، ولأن موضوعه تعجيل أحد البدلين وتأجيل الآخر.

(١) في نسخة: الشافعي وأصحابه.

(٢) في الثانية من الفصل من أن رأس المال لا يصح أن يكون من غير النقدين. (شرح).

٣١٢٦- **سَأَلَتْ:** ولا يشترط من صفاته إلا ما يكون مقصوداً للمنفعة^(١)، وتختلف به القيمة متعارفاً^(٢) له عبارة موضوعة ويكفي حصول أقل درجاته؛ إذ هو المتيقن، فلو شرط دقة غزل الإبريسم^(٣) لم يعتبر أن يكون كغزل العناكب، بل ما يسمى دقيقاً عرفاً.

٣١٢٧- **سَأَلَتْ:** ولا بد من كيله أو وزنه حيث أمكن؛ ليكون معلوم القدر، ويجوز كيل الموزون هنا والعكس؛ إذ القصد التحقيق^(٤)، ولا يكفي العدد إلا حيث علم تساويه كالجوز.

٣١٢٨- **سَأَلَتْ:** ولا يصح تعيين مكيال يقدر تعذره للحلول بل مكيال بلد كبير لا يُجَوِّز اجتياحه في مدة أجله؛ لئلا يؤدي إلى الجهالة، ولا تعيين^(٥) ثمر شجرة أو أرض أو لبن بقرة معينة أو ثوب من صنعة رجل معين أو محلة صغيرة؛ لتجويز التعذر. والأصل فيه قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((في كيل معلوم))، وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لليهودي: ((ولا أسمى لك حائطاً))^(٦).

[القاسم]: وللمسلم إليه أن يشتري الوفاء من المسلم [فيه]؛ إذ هو المقصود.

-
- (١) أي: يقصده العقلاء في منافعهم. (شرح بحر).
 (٢) بين أهل اللغة قد وضعوا له عبارة. (شرح بحر).
 (٣) بكسر الهمزة والراء وفتح السين. (صحاح).
 (٤) لمعرفة قدر المسلم فيه وهي تحصل بذلك. (شرح بحر).
 (٥) يعتبر. نخ.

(٦) قوله: «ولا أسمى لك حائطاً»: حكى في أصول الأحكام والشفاء عن الهادي إلى الحق عليه السلام يرفعه إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أن يهودياً قال له: يا محمد إن شئت أسلمت إليك وزناً معلوماً في كيل معلوم في ثمر معلوم إلى أجل معلوم من حائط معلوم، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا، يا يهودي ولكن إن شئت فأسلم وزناً معلوماً إلى أجل معلوم في ثمر معلوم في كيل معلوم ولا أسمى لك حائطاً)) فقال اليهودي: نعم، وأسلم إليه. فلما كان آخر الأجل جاء اليهودي إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يتقاضاه فقال: ((يا يهودي إن لنا بقية يومنا هذا)) فقال اليهودي: إنكم معشر بني عبدالمطلب قوم مطل، فأغلظ له عمر، فقال له رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((انطلق معه إلى موضع كذا وكذا فأوفه حقه وزده كذا وكذا للذي قلت له)) انتهى. [أحمد بن عيسى في الأمالي بسنده والهادي في الأحكام والعلوي في الجامع الكافي، وقد روى البيهقي وغيره نحوها في قصة إسلام زيد بن سعة اليهودي].

٣١٢٩- **سَأَلَتْ:** فَإِنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَتَيَسَّرْ كَانَ عَلَيْهِ شَيْءٌ آخَرَ لَمْ يَصِحْ إِجْمَاعًا؛ لِنَهْيِهِ ﷺ عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ^(١)، وَشَرْطَيْنِ فِي بَيْعٍ.

٣١٣٠- **سَأَلَتْ:** وَلَا يَصِحُّ الْإِشْرَاكُ [الْإِشْرَاكُ] فِي الْمُسْلِمِ^(٢)؛ لِاسْتِزْمَامِهِ الْفَسْخَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُسْلِمِ فِي الْبَعْضِ مِنْ غَيْرِ رِضَا.

[العتره والفريقان والليث بن سعد]: وَلَا فِي الْمُسْلِمِ فِيهِ^(٣)، وَلَا التَّوْلِيَةُ^(٤)؛ إِذْ هُوَ تَصَرَّفَ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَقَدْ مَنَعَهُ قَوْلُهُ ﷺ: ((لَيْسَ لَكَ إِلَّا سَلْمُكَ أَوْ رَأْسُ مَالِكَ))^(٥).
[مالك]: يَصِحُّ؛ إِذْ الشَّرْعُ إِنَّمَا مَنَعَ بَيْعَهُ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَالشَّرْكَهَ وَالتَّوْلِيَةَ لَيْسَ بَيْعًا.

لَنَا: عَمُومٌ قَوْلُهُ ﷺ: ((فَلَا يَصْرَفُهُ إِلَى غَيْرِهِ))^(٦)، فَأَمَّا بَعْدَ قَبْضِهِ فَيَصِحُّ حَانَ وَلَهُ فِي رَأْسِ الْمَالِ بَعْدَ قَبْضِهِ كُلُّ تَصَرُّفٍ إِجْمَاعًا.

٣١٣١- **سَأَلَتْ:** [العتره والفريقان]: وَيُفْسِدُهُ خِيَارُ الشَّرْطِ إِلَّا أَنْ يَبْطُلَ قَبْلَ التَّفَرُّقِ، كَمَا فِي الصَّرْفِ. [مالك]: يَجُوزُ.

قلنا: بناء على عدم اعتبار المجلس.

٣١٣٢- **سَأَلَتْ:** وَفَاسِدُ السَّلْمِ بَاطِلٌ^(٧)، فَيَتَرَادَانِ الْبَاقِي، وَإِلَّا فَمِثْلُ الْمِثْلِيِّ وَقِيَمَةُ الْقِيَمِيِّ إِجْمَاعًا، وَيَقُومُ يَوْمَ الْقَبْضِ؛ إِذِ الضَّمَانُ مِنْ وَقْتِهِ وَلِلْمُسْلِمِ أَنْ يَأْخُذَ عَوَضَ

(١) قوله: «لنهيه ﷺ عن بيع وشرط.. إلخ»: تقدم.

(٢) كأن يقول المسلم إليه لغيره: قد شركتك في نصف ما سلم إلي أو في ريعه أو نحو ذلك. (شرح).

(٣) وصورتها: أن يسلم في كيل أو وزن ثم يقول لغيره: قد أشركتك في نصف ما أسلمت فيه أو في ثلثه أو نحو ذلك. (شرح بحر).

(٤) وصورتها أن يقول المسلم لغيره: قد أوليتك سلمي كله أو نصفه أو نحو ذلك. (شرح بحر).

(٥) قوله: «ليس لك إلا سلمك أو رأس مالك»: هكذا يروى، والأقرب أنه إنما ورد عن علي عليه السلام ما يتضمنه لا عن النبي ﷺ ولفظه في المجموع عن علي عليه السلام قال: (من أسلف في طعام إلى أجل فلم يجد عند صاحبه ذلك الطعام فقال: خذ مني غيره بسعر يومه لم يكن له أن يأخذ إلا الطعام الذي أسلف فيه أو رأس ماله، وليس له أن يأخذ نوعاً من الطعام غير ذلك النوع).

(٦) قوله: «فلا يصرفه إلى غيره»: عن الخلدري قال: قال رسول الله ﷺ: ((من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره قبل أن يقبضه)) أخرجه أبو داود (٣٤٦٨).

(٧) إذا اختل شرط من شروط السلم فباطل لا من شروط البيع ففساد. (شرح).

رأس ماله ما شاء كسائر الديون، فإن أرادا تصحيحه ترادا ثم عقدا؛ لئلا يكون بيع كالى بكالى^(١).

٣١٣٣- **سَأَلَتْ:** [الهادي والمؤيد بالله ومالك]: وإذا بطل لفسخ أو عدم جنس لم يؤخذ إلا رأس المال أو مثله أو قيمته يوم قبض إن تلف، ولا يتبع به قبل القبض شيئاً. [الشافعي وزفر]: له أن يشتري به من المسلم إليه ما شاء.

لنا: قول علي عليه السلام^(٢): (لا تأخذ شيئاً من غير سلمك)، وهو توقيف. [المذهب والشافعي]: ويصح إنظار معدم الجنس^(٣)؛ إذ لا مانع، وله الفسخ إن شاء، وسواء كان تعذره لإفلاس المسلم إليه أم لانقطاع ما أسلم فيه عن أيدي الناس. [أبو حنيفة]: لا فسخ بإفلاس؛ لأجل الرجاء ما لم ينقطع عن أيدي الناس. قلنا: القصد تعذر الإيفاء، فلا فرق.

فإن أمكن البعض لم يفسخ في حصته لكن يخير؛ لقول علي عليه السلام^(٤): (لا بأس أن تأخذ بعض سلمك). [العتره والفريقان]: ويرتجع بقية رأس ماله. [ابن أبي ليلى]: لا يرتجع إلا كله.

لنا: قول علي عليه السلام، ولم يخالف.

٣١٣٤- **سَأَلَتْ:** ولا يلزم المسلم أخذ ما نقص عما وُصِفَ إلا برضاه [إلا أن يرضاه]، لقوله تعالى: ﴿عَنْ تَرَاضٍ﴾ [النساء: ٢٩].

[الإمام يحيى]: فإن بذل عوضاً عن الرداء حرم أخذه؛ إذ الصفة لا تفرد بالبيع، وإذ

(١) هذا مع تلف رأس المال لا مع بقائه فحكمه حكم إسلام الوديعة ممن هي عنده وقد مر الخلاف. (شرح).

(٢) (قوله): لنا: قول علي عليه السلام.. إلى آخره. حكى في المجموع عن علي عليه السلام أنه قال: (لا بأس أن تأخذ بعض رأس مالك وبعض سلمك ولا تأخذ شيئاً من غير سلمك) انتهى. [أخرج البيهقي (٢٧/٦) نحوه عن ابن عباس وأحمد بن عيسى في الأمالي عن ابن عباس].

(٣) ولا يلزم المسلم إليه قبوله.

(٤) (قوله): «لقول علي عليه السلام. الخ»: تقدم آنفاً.

لا يتصرف في المسلم [السلم] قبل قبضه؛ لما مر.

ويلزمه قبول الزائد في الصفة: [أبو طالب]: إذ هي تابعة للذات لا في القدر؛ لإمكان فصلها مع لزوم المنة بأخذها، والصفة قد يتسامح بها؛ لجواز بيع الرديء بالجيد صفة لا قدرأ. [الإمام يحيى]: وفيه نظر، فإن المنة بالصفة كالمنة بالعين، ومن ثم قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لأبي هريرة: ((إذا سقط سوطك فانزل له)) (١).

فَرْعٌ: فإن أعطاه خلافه في النوع: [الإمام يحيى]: لم يجب قبوله. قولاً واحداً، وفي الجواز وجهان: يجوز قبول الأعلى كالصفة، ويجرم قبوله كالمخالف في الجنس؛ إذ هو تصرف قبل القبض.

٣١٣٥- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: ويجب قبول ما عجل؛ لتبرأ ذمة المعجل، كما مر في القرض، فإن امتنع فوجهان: يجبره الحاكم؛ إذ هو حق عليه. [أصحاب الشافعي]: لا، بل يقبضه إلى بيت المال حتى يقبله؛ لفعل عمر (٢).

قلت: وهو قوي.

(الشرط الثالث: الأجل) وفيه مسائل:

٣١٣٦- **سَأَلَتْ:** وهو شرط؛ لما مر (٣)، ويجب كونه معلوماً؛ للخبر، ويصح تقييده بالشهر الرومي (٤) والعربي، والأيام المشهورة كالعيدين والنفرين [والتشريق] ويوم عاشوراء؛ لتعيينها، فإن أطلق العيد أو ربيع أو جمادى تعين الأول. وإن عين النيروز (٥) والمهرجان عيد اليهود أو فطير اليهود وفصح النصارى

(١) قوله: «إذا سقط سوطك فانزل له»: الظاهر رواية هذا الحديث عن أبي ذر لا عن أبي هريرة، ولفظه عن أبي ذر قال: «دعاني رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: ((هل لك إلى البيعة ولك الجنة؟)) قلت: نعم، وبسطت يدي فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وهو يشترط على ألا تسأل الناس شيئاً، قلت: نعم، قال: ((ولا سوطك إن سقط منك حتى تنزل فتأخذه)) هذا طرف من حديث رواه أحمد (٢١٥٤٨) وله شواهد.

(٢) قوله: «لفعل عمر»: تقدم في القرض.

(٣) من قوله تعالى: ﴿إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إلى أجل معلوم)). (شرح بحر).

(٤) نحو: نيسان وحزيران وتموز ونحو المحرم وصفر ورجب. (شرح بحر).

(٥) قيل: النيروز حلول الشمس أول نقطة من الحمل، وهو أول فصل الربيع، والمهرجان حلولها أول نقطة من الميزان وهو أول فصل الخريف. (شرح بحر).

والشعائين^(١) صح إن عرفها المسلمون، لا اليهود وحدهم؛ إذ لا يوثق بقولهم. [المؤيد بالله]: لا يصح التوقيت بها؛ إذ قد يتقدم وقتها ويتأخر^(٢)، وحمل عليه إطلاق الهادي المنع. [أبو حنيفة]: لا يقيد بصوم النصارى؛ إذ ليس معلوماً، ويصح إلى فطرهم بعد تلبسهم بالصوم؛ إذ هو معلوم. [الشافعي]: يصح بصومهم إن علم وقته. [أبو طالب]: النيروز معلوم عندنا.

قلت: يعني في العراق فيصح التقييد به.

٣١٣٧- **مَسْأَلَةٌ:** [العتره والفرقان]: ولا يصح إلى الحصاد ونحوه^(٣)؛ للجهالة.

[أبو ثور ومالك]: يصح؛ إذ هي معلومة.

لنا: قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا تباعوا إلى الحصاد..)) الخبر^(٤).

[الهادي]: ولا يصح إلى قدوم غائب ونحوه^(٥)؛ للجهالة، ويصح إلى وقت

العطاء^(٦) إن كان معلوماً.

٣١٣٨- **مَسْأَلَةٌ:** [أصحاب الشافعي]: وإذا قال: إلى يوم كذا حل بفجره، وإلى ليلة كذا

حل بغروب شمس اليوم الذي قبلها، وإلى شهر كذا أو غرته حل بأوله وهو غروب شمس آخر يوم من الشهر الأول.

[أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي]: فإن قال: محله يوم كذا أو شهر كذا حل بأوله

أيضاً كالطلاق^(٧)، وقيل: يفسد؛ للجهالة.

(١) اليوم الذي نزل فيه عيسى من الجبل ودخل بيت المقدس.

(٢) فلا تكون معلومة وعلى هذا حمل المؤيد بالله ما ذكره الهادي في المنتخب من منع التوقيت بها. (شرح بحر).

(٣) كالقطاف والجذاذ والدياس. (شرح).

(٤) (قوله): «لا تباعوا إلى الحصاد.. الخبر»: قيل: عن ابن عباس عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: ((لا تباعوا إلى

الحصاد والدياس ولا تباعوا إلا إلى أجل معلوم)) والله أعلم. [روى في المجموع عن علي عَلَيْهِ السَّلَام قوله: «لا يجوز البيع إلى أجل لا يعرف»].

(٥) كخروج حاضر وبرء مريض ومشي صغير وصدور الحاج أو رجوعهم. (شرح).

(٦) يعني: عطاء السلطان. (شرح).

(٧) كأن طالق في يوم كذا أو في شهر كذا طلقت بأوله. (شرح).

[الإمام يحيى]: ولو قال: أسلمت إليك إلى رأس الشهر لم يصح؛ إذ لا يعلم أي يوم يطالبه.

قلت: بل المذهب في ذلك كله أن له إلى آخر اليوم المطلق. ورأس شهر هو فيه لآخره وإلا فللشروق في أول يوم فيه للسلم ولليمين بفجره وللطلاق والعتق برؤية هلاله كما سيأتي.

٣١٣٩- **سَأَلَتْ:** ولو أجله خمسة أشهر تعينت القمرية؛ إذ هي المعهودة في الشرع؛ لقوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلَةِ...﴾ الآية [البقرة: ١٨٩]، ويعتبر بالأهلة لا بالعدد إلا حيث دخل بعض الشهر اعتبر بالعدد وما بعده بالأهلة؛ لقوله ﷺ: ((فإن غم عليكم فأكملوا العدة ثلاثين)).

٣١٤٠- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: فإن قال: إلى شهر تدفع كل أسبوع رطلاً صح. [بعض أصحاب الشافعي]: لا.

قلنا: ما جاز إلى أجل جاز إلى أجلين.

٣١٤١- **سَأَلَتْ:** فإن ذكراً أجلاً فاسداً^(١) ثم أبطله في المجلس وعيناه صحيحاً؛ [بعض أصحاب الشافعي]: صح. [الإمام يحيى]: لا؛ إذ المجلس كالحریم للعقد.

قلت: فإن ترادا ثم عقداً صحيحاً صح كما مر.

[الإمام يحيى]: فإن لم يذكر الأجل في العقد وذكره قبل التفرق صح كالتقابض.

قلت: ويلزمه مثله في تصحيح الشرط الفاسد.

٣١٤٢- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله ورواية عن أصحابي أبي حنيفة]: وأقل أجله ثلاث؛ لاعتبارها في كثير من التأجيلات كتأجيل الشفيع ومطلوب التعديل والجرح ونحوها^(٢). [المنصور بالله]: بل أربعون يوماً؛ إذ هو أقل ما يحصل فيه ثمرة كالطهف وبعض الشعير. [الناصر]: بل أقله ساعة؛ إذ يحصل بها أجل. [الإمام يحيى]: ولا نص

(١) أي: مجهولاً وكذا حيث ذكرنا مفسداً غير ذلك. (شرح بحر).

(٢) كاستتابة المرتد. (شرح).

للقاسمية، والمختار قول المؤيد بالله؛ لما مر.

٣١٤٣- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: وله إلى آخر اليوم المطلق. [أبو طالب]: والقياس أن يحل بالفجر كما مر لولا قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لنا بقية يومنا))^(١).

(الشرط الرابع: المكان):

٣١٤٤- **سَأَلَتْ:** [زيد بن علي والقاسمية والناصر وسفيان الثوري وزفر]: ذكره شرط في العقد^(٢)؛ إذ العقد لا يقتضي التسليم في موضعه، كما مر^(٣)، فوجب تعيينه في السلم فيكون معلوماً.

[الحسن البصري وشريك والغنبري وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: لا يشترط؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((في كيل معلوم..)) الخبر، ولم يذكر المكان. قلنا: اتكالا على القياس^(٤).

[أبو حنيفة]: إن كان لحملة مؤنة اشترط، وإلا فلا؛ إذ لا فائدة.

قلنا: لم يفصل الدليل.

[أصحاب الشافعي]: إن عقدا حيث لا يصلح للتسليم كالطريق اشترط، وإلا فقولان^(٥).

لنا: ما مر^(٦)، وكالزمان.

فَرَعٌ: فلا يلزم المسلم قبوله في غير المكان المشروط ولو بذل المسلم إليه الأجرة لم يحل أخذها^(٧)؛ إذ لا يحل أخذ العوض عن المسلم فيه، فكذا عن موضع تسليمه.

(١) قوله: «لنا بقية يومنا»: تقدم. وكذا الأخبار التي بعده إلى قوله قال عمر.

(٢) وليس من شرطه مقارنة العقد بل يصح ولو تراخى إذا كان قبل التفرق. (شرح).

(٣) في البيع حيث قال: ولا يجب التسليم إلى موضع العقد. ذكره في فصل كيفية قبض المبيع.

(٤) على الزمان.

(٥) أحدهما يشترط، والثاني لا يشترط، ويجب الإيفاء في موضع العقد. (شرح).

(٦) إذ العقد لا يقتضي التسليم في موضعه.

(٧) وقيل: بل يحل.

فإن [وإن] عين السوق وجب إليه، وإن قال: إلى البلد وجب إلى خلف السوق إن كان، وإلا فأطرف دار منها.

(الشرط الخامس: معرفة إمكانه للحلول):

٣١٤٥- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى^(١)] حكاية عن العترة والشافعي ومالك: ولا يضر عدمه عند العقد؛ إذ لا ثمرة لوجوده حيثئذ بل عند الحلول. [الناصر وأبو حنيفة وأصحابه]: بل يشترط؛ إذ ما بعد العقد محل للتسليم؛ إذ يجب قبول المعجل فقده فيه كفقده عند حلوله.

قلنا: أقر رسول الله ﷺ أهل المدينة على إسلام السنة والستين والرطب ينقطع في ذلك، وكون عقيب العقد محلاً للتسليم لا يوجب^(٢)؛ إذ لا يتضيق، فإن تعذر عند الحلول انفسخ^(٣) العقد كلو قارن^(٤)، وكتلف المبيع قبل التسليم فإن انقطع الجنس قبل الحلول وغلب في الظن استمرار انقطاعه ففي انفساخه قبل الحلول تردد: [الإمام يحيى]: الأصح: لا [ألا] ينفسخ إلا بعده.

٣١٤٦- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: وعقد السلم غير لازم، فلكل منهما فسخه؛ لقوله ﷺ: ((ليس لك إلا سلمك أو رأس مالك)) فخَيْرٌ وأطلق، وقيل: بل لازم كالبيع.

قلت: وهو الأقرب للمذهب، وتخييره ﷺ كان حيث تعذر الجنس عند الحلول، والسبب يشهد له.

(١) زيادة في نسخة فقط.

(٢) أي: لا يوجب تسليم الحق على من هو عليه؛ إذ لا يتضيق حيثئذ بخلاف وقت الحلول فالتسليم متضيق لا محالة فلم يكن عدم المسلم فيه عند العقد كعدمه وقت الحلول. (شرح).

(٣) بل يثبت الخيار.

(٤) عندهم.

٣٢٠- فصل: فيما لا يصح السلم فيه

٣١٤٧- **سَأَلَتْ:** [ابن مسعود والقاسمية وزيد بن علي والناصر والأوزاعي وأبو حنيفة]: لا

يصح السلم في الحيوان؛ لعموم نهيهِ ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة^(١).

قلت: ولعظم تفاوته. [علي وابن عباس وابن عمر ثم سعيد بن المسيب والحسن البصري وإبراهيم النخعي والصادق والباقر والقاسم والمؤيد بالله والإمام يحيى ومالك والشافعي وأحمد بن حنبل]: يصح؛ لإمكان ضبطه بالصفة، ولما مر في القرض.

قلت: قال عمر: «إن من الربا أبواباً لا تخفى^(٢)، وإن منها السلم في السن». ولم يخالف، وقوله ﷺ أرجح من فعله؛ لصراحته.

ويؤكداه قوله ﷺ: ((لا تسلموا إلا في كيل معلوم أو وزن معلوم))^(٣)، والحيوان ليس كذلك.

فَرَعٌ: [هم]: فإن أسلم فيه ذكر جنسه كعبد، ونوعه كرومي، وصفته كأبيض، وسنّه كابن عشر أو عشرين، وقامته كخمسة أشبار أو ستة؛ إذ قامته الرجل الكامل سبعة [أشبار] لا غير ذلك من كونه أدعج مدور الوجه ونحوهما^(٤) من صفات الأعضاء؛ لعدم انضباطه.

ويزيد في الأثنى البكارة وجعودة الشعر، لا خماسة البطن وثقل الردف ونحوهما، ويصح في أعور أو أعرج أو أعمى.

وفي الخيل حصان أو رمكة عربي أشقر أعر محجل ونحو ذلك^(٥) من خيل بني فلان طوله كذا.

(١) وجه قولنا: أنه ﷺ نهي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وظاهره يقتضي أنه لا يجوز إذا كان رأس المال حيواناً فإذا لم يجر إذا كان رأس المال حيواناً لم يجر إذا كان غير حيوان؛ لأن أحداً لم يفصل بينهما. (ديباج).

(٢) قوله: «قال عمر: إن من الربا أبواباً لا تخفى، وإن منها السلم في السن»: حكاية في أصول الأحكام عن ابن عمر لا عن عمر، والله أعلم. [والمؤيد بالله في شرح التجريد وأخرجه عبدالرزاق عن عمر].

(٣) قوله: «لا تسلموا إلا في كيل معلوم.. إلخ»: تقدم بغير هذا اللفظ.

(٤) ريانة الساقين مثقلة الأرداف وما أشبه ذلك. (شرح بحر).

(٥) أخضر أو أدهم.

وفي الإبل مَهْرِي أو أرحبي أبيض سَبَطٌ (١) الخلق مُجْفَرٌ (٢) الجنين، متنفخ الخواصر غير مُؤَدَّنٍ، أي: ناقص الخلق قصير العنق، ويذكر البلد واللون [وقصر العنق]، ولا يحتاج ذكر الطول فيها؛ إذ هو غير مقصود.

وفي الغنم السن والنوع والذكورة والأنوثة والبلد واللون والسَّمْن وطيب اللحم.

وفي البقر كذلك إن أراد اللحم، فإن أراد الحرث ذكر صفات العوامل.

وفي البغال والحمير الذكورة والأنوثة واللون والفراهة (٣) والنوع كالحبشي والسرّوجي، والبراءة مما يعاب، والسن والكبر.

وفي الطير المأكول الجنس والنوع والصغر والكبر والذكورة والأنوثة، والتي للصيد كذلك وما يتميز به عند ذوي المعرفة به، والتي للريش كالنسور والعقبان الجنس والنوع والصفة.

[الإمام يحيى]: ويجوز السلم في الجراد حياً وميتاً نياً ومطبوخاً. وفي الصيود كالأوعال والظباء والغزلان والأرانب، فيذكر فيها ما يذكر في الغنم.

ويصح السلم في الحي مما يصاد بالشَّرْك، لا بالسهم والكلاب؛ إذ الغالب فيها الموت، وفي صيد البحر لإمكانه فيه، فيذكر النوع والجنس والصفة والصغر، لا السن؛ لتعذر معرفته.

٣١٤٨ - **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي]: ولا يصح في الجلود؛ لعظم تفاوتها، فالورك غليظ قوي والصدر ثخين رخو، والظهر رقيق ضعيف ولا يضبطه الذرع؛ لاختلاف أطرافه، ولا الوزن؛ إذ قد يتفان فيه (٤) ويختلفان في القيمة. إمالك

(١) في نخ: بسيط الخلق سبط الشعر.

(٢) أي: عظيم الجنين. (شرح).

(٣) هي الحدة.

(٤) يعني: لأن الجلدين قد يتفان في الوزن ويختلفان في القيمة لسعة أحدهما بالخفة وضيق أحدهما بالثقل فلهذا بطل السلم فيها. (شرح بحر).

والمسعودي]: يصح.

لنا: ما مر.

٣١٤٩- **سَأَلَتْ**: [العترة وأبو حنيفة وأصحابه وأكثر أصحاب الشافعي]: ولا يصح في الجواهر كاللؤلؤ والزبرجد والياقوت والعقيق. [المسعودي]: إن أريد بها السَّحْقُ للأدوية صح، لا الحلية.

قلنا: تفاوتها عظيم فصعب ضبطها.

٣١٥٠- **سَأَلَتْ**: ولا يصح في الترياق^(١)؛ إذ يتخذ من الأفاعي فَنَجَسُ، ولا في السموم؛ لتحريم بيعها.

٣١٥١- **سَأَلَتْ**: ولا يصح فيما لا ينقل إجماعاً؛ إذ لا بد من تعيين البقعة فيكون سلماً في عين وهو باطل؛ إذ السلم تعجيل أحد البديلين وتأجيل الآخر، والإسلام في العين خلافه.

٣١٥٢- **سَأَلَتْ**: وفي إسلام الدراهم في الدراهم^(٢) وجهان: أصحهما المنع؛ إذ يحرم فيه النساء.

[الطبري]: ويصح بشرط التقابض فيكون صرفاً، وصحح الصرف بلفظ السلم كالبيع.

٣٢١- فصل: فيما يصح السلم فيه

٣١٥٣- **سَأَلَتْ**: [أكثر العترة^(٣) ومالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن والليث بن سعد والأوزاعي]: ويصح السلم في اللحم؛ لعموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ ((من أسلم...)) الخبر^(٤). [الناصر وأبو حنيفة]: لا؛ لعظم تفاوته باختلاف المراعي.

(١) هو دواء مركب. (قاموس).

(٢) في المطبوع: الدنانير.

(٣) زيادة في نخ: الهادي.

(٤) (قوله): «من أسلم.. الخبر»: تكرر.

قلنا: كتفاوت الحبوب.

قالوا: قال ﷺ: ((لا سلم في الطعام))^(١) [العظام]، أراد به اللحم.

قلت: لعله أراد المطبوخ؛ لعظم تفاوت الصنعة فيه.

فَرْعٌ: ولا بد أن يقول: لحم كذا صغير أو كبير، ذكر أم أنثى، خصي أم لا، رعي أم معلوف، من عضو كذا، سَمَنَهُ كذا.

ويدخل العظم في اللحم كدخول النوى في التمر؛ لاتصاله، إلا أن يتطوع المسلم إليه.

٣١٥٤ - **سَأَلَتْ:** [العترة والفريقان ومالك]: ويصح السلم في الشحم، ويذكر ما مر^(٢)، والألية والبطن.

[العترة وقول للشافعي ومالك]: وفي الرؤوس والأكارع.

قلت: أرادوا حيث لا تُتَبَذُ^(٣).

[الإمام يحيى وقول للشافعي]: لا؛ إذ ليس مقصوداً كله، إذ أكثره العظام وهي غير مقصودة.

قلت: بل قد تقصد؛ لتطيب ما يطبخ فيه^(٤).

[العترة وقول للشافعي]: ويصح في الشواء. [قول للشافعي]: لا؛ إذ عمل النار فيه مختلف فلا ينضب.

قلنا: بل ينضب وإن مسته كاللبأ.

[الإمام يحيى]: ويصح في رؤوس ما لا يشوى^(٥) إذا وصف بما يميزه كما مر^(٦)

(١) (قوله): «لا سلم في الطعام»: لم أقف عليه والله أعلم.

(٢) من الشرائط التي مرت في اللحم.

(٣) وحيث تتبذ أي: تلغى وتطرح لا يصح السلم فيها؛ لأنه لا قيمة لها وبيعها لا يصح. (شرح).

(٤) وهو القدر.

(٥) كرؤوس الإبل والبقر.

(٦) في اللحم.

إجمالاً، وفي لحم الصيد حيث يستمر أخذه مميّزاً بما مر في الغنم^(١)، والرضيع والفطيم وبلده وآلة اصطياده؛ إذ ما يؤخذ بالشَّرْك أطيب مما قتل. وصيد الكلب أطيب من صيد الفهد؛ لكثرة فتحه فاه والفهد مطبق فنهكته كريمة.

وفي لحم الطير فيذكر الجنس والنوع والحجم، لا السن والمكان والعضو حيث أسلم في بعضها، ولا يلزمه الريش والأرجل حيث أسلم في اللحم. وفي لحم البحري فيذكر النوع والحجم والموضع والمملوح منه والطرير والوزن، ولا يدخل الرأس والذنب وقشر الجلد. وفي بطون الأنعام فيذكر الجنس كالكبد والرئة من كذا، والحجم والوزن، وما مر في اللحم.

ولا يصح السلم في عضو من حي معين كالبيع.

٣١٥٥- **سَأَلَتْ:** وفي السمن واللبن والدهن ذاكراً لنوع ما هو منه، وكونه رعيّاً أو معلوفاً، حليياً أو رائباً.

وفي الحليب ليوم أو يومين؛ إذ يزهق بالزيادة إلا حيث لا تضره، وحده ذهب حلاوته، فالحلو حليب فيقدر بالكيل أو الوزن حسب العرف، ولا يكال حتى تسكن الرغوة، ولا يصح في المخيض؛ إذ هو معيب.

والسمن كالحليب، ويبين العتيق ومدته، ولونه أصفر أو أبيض، فإن تغير بالمدة فمعيب، لا يصح السلم فيه.

وفي الزبد كالسمن لكن يقول: زيد يومه أو أمسه. ورقته إن لم تكن لحر الزمان عيب يرد به، ولا يقدر إلا بالوزن، بخلاف السمن^(٢).

(١) فيذكر الجنس كاللحم والنوع كغزال أو ظباء أو أوعال والذكورة والأنوثة وإذا ذكر ذلك لم يذكر خصياً ولا محلاً لعدمها فيها. (شرح).

(٢) فيجوز فيه كيلاً ووزناً لكن لا يكال جامداً لأنه يتجافى في المكيال لجموده. (شرح بحر).

٣١٥٦- **سَأَلَتْ:** ويصح في الودك مع ذكر ما هو منه وجديده وعتيقه كيلاً أو وزناً كالسمن، ويصح في ودك السمك؛ إذ ينفع في دهن السفن لا صبغاً. ويصح في الجبن واللبأ ذاكراً جنسه ونوعه وبلده ورطوبته أو يبسه، ويقدر بالوزن، وكونه أبيض أو أصفر.

٣١٥٧- **سَأَلَتْ:** ويصح في الثياب ذاكراً للجنس والنوع والطول والعرض والرقعة والغلظ وموضع صنعته، وفي القميص والسراويل كذلك، وفي المعاجر والقنُع والحَبَرَات وفي المطرزات.

قلت: حيث لم يعظم التفاوت. ويذكر الخام^(١) والمقصور ولون الصباغ في المصبوغ.

٣١٥٨- **سَأَلَتْ:** ويصح في الذهب والفضة والنحاس والرصاص والحديد ولو مصوغة.

قلت: ما لم يعظم التفاوت.

ويذكر المجوف والمصمت.

ولا يصح في المحشو^(٢)؛ لجهالته.

[المؤيد بالله وأبو حنيفة وأصحابه]: ولا يصح في الدراهم والدنانير؛ إذ هما ثمن الأشياء. [الشافعي والوافي]^(٣): يصح^(٤) كغيرهما؛ ولعموم: ((من أسلم)).

٣١٥٩- **سَأَلَتْ:** ويصح في أنية النحاس التي لا يدخلها جهالة كالطشت والطنجير^(٥) مع ذكر سعته وعمقه، وفي الإبريق والقمقم والمسرجة والشمعدان تردد، [الإمام يحيى]: يصح ويقدر بالوزن.

(١) أي: الجديد.

(٢) من المجوف سواء كان حشوه من العنبر أو المسك أو الحجارة.

(٣) في نخ زيادة: الإمام يحيى.

(٤) إذا كان رأس المال من غير أحدهما.

(٥) هو القدر الكبير.

٣١٦٠- **سَأَلَتْ:** ويصح في آلات الحديد كالسلاح وآلة الحرث مقدراً بالوزن والصفة، وفي الدروع مقدرة بالوزن والصفة^(١).

قلت: فيه نظر؛ لعظم التفاوت.

والرصاص كالحديد والكحل والمرتك ذاكرة لونه ووزنه وصفته.

٣١٦١- **سَأَلَتْ:** ويصح في الحرير والكتان والقطن والصوف ذاكراً للجنس والنوع والصفة والوزن والرقعة والغلظ، وفي الكتان موضعه وطول شعرته وقصرها وخلاصه من قشره، ولا يلزمه قبول الرطب؛ إذ يثقل في الميزان.

وفي القطن وطنه ولونه وطول شعرته وكونه متزوع الحب أو غير، فإن أطلق أخذه بحبه كنوى التمر، ولا يلزمه قبول الرطب، ولا يصح فيه قبل إخراجه من جوزه؛ لستره بما لا مصلحة فيه، بخلاف الجوز واللوز والموز.

وفي الصوف وطنه ولونه وطول شعره، وكونه من ذكور أو إناث؛ إذ صوف الإناث أنعم وأرطب، وكونه خريفياً أو ربيعياً؛ إذ الخريفى أجود.

ويصح في السلب ذاكراً لبلده؛ إذ سلب تهامة ألين، ولا يسلم فيه إلا وزناً خالصاً عن عَصْنِهِ^(٢).

٣١٦٢- **سَأَلَتْ:** ويصح في الفواكه ذاكراً للجنس والنوع واللون والوزن؛ إذ هو أضبط. [الناصر وأبو حنيفة]: لا يصح فيما يتسارع فساده.

لنا: عموم قوله **وَاللَّهُ وَاسِعٌ**: ((من أسلم..)) الخبر.

ويجوز كيل التين^(٣) ونحوه^(٤). [أبو حنيفة]: ويجوز في الجوز واللوز والبيض عدداً؛ لقلة التفاوت.

(١) من إحكام المسامير وسرد الخلق وشبكها. (شرح بحر).

(٢) العصن: الذي يكون السلب كافياً فيها.

(٣) بل يوزن على المختار.

(٤) المشمش والأجاص. (شرح).

قلنا: لا وجه له؛ لاختلافه.

٣١٦٣- **سَأَلَتْ:** ويصح في البقول والأقشام والرياحين وزناً.

٣١٦٤- **سَأَلَتْ:** وفي الحبوب والتمر والزبيب كما مر^(١). [الإمام يحيى]: لا في العلس والأرز؛ لاحتجابه^(٢).

ويصح في أدقة^(٣) الحبوب كيلاً مع وصفه نعومة وخشونة.

٣١٦٥- **سَأَلَتْ:** ويصح في الخُلُوات كالعسل والسكر، ويذكر لونه ونوعه ووقته من كونه ربيعياً أو صيفياً، وكونه مصفى أم لا، فإن أطلق تعين المصفى، وله رد ما صفي بنار شديدة؛ لذهاب نفعه، ولا يلزم قبول المائع لا لشدة حر أو تأثير هواء؛ إذ هو عيب.

ويصح في الشمع مصفى وغير ذاكراً لونه ووقته، وفي السكر ذاكراً جنسه وصفته أحمر أو أبيض، والأبيض مصري أو طَبْرُزْدِي وبلده؛ لاختلافه.

ويصح في قصبه كذلك، ولا يدخل أعلاه؛ إذ لا حلاوة فيه، ولا قشوره، ويقدر كل ذلك بالوزن.

٣١٦٦- **سَأَلَتْ:** ويصح في الأدهان كالسليط كيلاً ويذكر بلده وما اعتصر منه وعتاقته، لاختلاف حاله بذلك، وكذلك دهن الجار وهو التبشع والهبيد دهن الحنظل ودهن الورد واللوز والبان [واللباب] والزيت، وإن اختلفت صنعتهما ومنافعها.

٣١٦٧- **سَأَلَتْ:** ويصح في الأطياب كالمسك والعنبر والكافور والزباد والعود

(١) في الأولى من الشرط الثاني من ذكر القدر والجنس والنوع والصفة كحنطة حمراء أو بيضاء أو سمراء، عربي أو ميساني دقيق الحبة أو جليلها، جديدة أو عتيقة، من بلد كذا، وهكذا في الشعير والذرة، وفي التمر برني أو معقلي أو لازاذاني أو صيحاني أو غير ذلك من أنواعه، وأبيض أو أحمر أو أصفر، من بلد كذا، وهكذا في الزبيب كل ذلك مع الكيل المعلوم. (شرح).

(٢) المذهب صحته فيها.

(٣) الطحين.

وماء الورد وماء اللسان^(١) مقدراً كله بالوزن.

٣١٦٨- **سَأَلَتْ:** ويصح في الخثب والحطب وزناً مع ذكر الجنس والنوع، وفي القصب والقضب وزناً، وفي الحشيش وجميع ما تنبت الأرض، وصروف الأبواب مع ذكر الجنس والنوع والطول والعرض والرقعة والغلظ واللون، وما يتخذ للقسبي ذكر نوعه وجنسه ورطوبته، وكونه سهلياً أو جبلياً؛ إذ الجبلي أقوى وأصلب.

فإن كانت عربية ذكر الطول والعرض لا الفارسية؛ إذ الحاجة فيها إلى قطع صغار مع الوحش^(٢)، ويقدر بالوزن، وما كان للحطب ذكر الجنس والنوع والحجم والرطوبة واليبوسة، لا اللون؛ إذ ليس مقصوداً، ويقدر بالوزن.

٣١٦٩- **سَأَلَتْ:** ويصح في الورد، فيذكر نوعه كطلحي وبغدادي ونعماني، وصفته كأحمر وأبيض ورقته وغلظه وحجمه، ويقدر بالوزن، ويصح في النبل إلا ما قد كملت صنعته؛ لاشتماله على الريش والعقب والمتن والنصال فيصعب ضبطه^(٣)، وكذلك ما قد نحت؛ لتعذر ضبط رفته وغلظه^(٤)، ويصح فيما لم ينحت؛ لإمكان ضبطه، ويقدر بالوزن.

٣١٧٠- **سَأَلَتْ:** [أبو حنيفة وابن سريج]: ويصح في الخفاف والنعال حيث طاقاته معلومة. [بعض أصحاب الشافعي]: لا؛ لاشتماله على أخلاط يصعب ضبطها. قلنا: لا نسلم.

٣١٧١- **سَأَلَتْ:** ويصح في خل العنب؛ إذ لا يخلط عليه ماء، ويقدر بالكيل، ويذكر العتيق، وفي خل التمر والزبيب وجهان: [الإمام يحيى]: أصحهما: يصح فيهما. وقيل: لا؛ لمخالطة الماء، فيصير مجهولاً كاللبن المخيض.

(١) هو الكاذي.

(٢) فالقوس مجموع من قرن الوحش وقطع معروفة.

(٣) المذهب الصحة.

(٤) المذهب الصحة.

قلنا: المخيض لا يفتقر إلى الماء، وهذا مفتقر فأشبهه قشر الموز والرمان.
ولا يصح في الأطياب المركبة من أخلاط؛ للجهالة، ويصح في المفردة؛ إذ لا جهالة.

٣١٧٢- **سَأَلَتْ:** ويصح في الأحجار مع ذكر الجنس والحجم والرقعة والغلظ واللون، وتقدر بالوزن إما بالسفينة أو بالقبان^(١). [الإمام يحيى]: لا يعتبر؛ للخرج.
ويذكر الترييع والتدوير حيث يتعلق به الغرض، ويصح في الأجر واللبن كذلك، ولا يصح أن يشترط طبخه^(٢).

٣١٧٣- **سَأَلَتْ:** ويصح في ثوب صبغ غزله ثم نسج وفي العكس^(٣) تردد: [الإمام يحيى]: الأصح الصحة كعكسه، وإن أسلم في ثوب مقصور صح.

٣١٧٤- **سَأَلَتْ:** ويصح السلم في المركب حيث آلة التركيب من ضرورته كالشهد مع الشمع واللبن مع الماء، فأشبهه نوى التمر، أو لمصلحته كالسمك المملوح والجبن المركب من الأنفحة والملح، والخبز من الماء والدقيق والملح، فأشبهه قشر الموز والرمان؛ إذ القصد به صلاح غيره.

ولا يصح في المركب من مقصودين على سواء^(٤) كالخبيص المركب من الدقيق والعسل والسكر والسليط وغيرها، والهريسة من اللحم والبر والدهن وسائر التوابل، والسكباج^(٥) والزيرباج وسائر الطبائخ المركبة والمعاجين كلها؛ إذ التركيب يمنع الضبط^(٦).

(١) القبان: الميزان ذو الذراع الطويلة المقسمة أقساماً يتنقل عليها جسم ثقيل يسمى الرمانة لتعين وزن ما يوزن. (المعجم الوسيط).

(٢) إذ هو بيع وإجارة على عمل معدوم.

(٣) والعكس هو السلم في ثوب نسج ثم صبغ رجح الإمام يحيى الصحة كما يصح أن يسلم في ثوب صبغ غزله ثم نسج. (شرح بحر).

(٤) أي: كل واحد منهما مقصود في نفسه. (شرح بحر).

(٥) طعام يعمل من اللحم والخل مع توابل. (المعجم الوسيط).

(٦) لصفة المقصود فاستحال السلم فيه. (شرح بحر).

٣٢٢- فصل: في كيفية تسليم المسلم فيه

٣١٧٥- **سَأَلَتْ:** إذا كان تمرّاً أو زبيباً سلم جافاً؛ إذ هو المعتاد، وإن كان رطباً سلم رطباً، لا بسرّاً أو مُذْتَبّاً^(١) أو منصفاً أو مشدخاً؛ إذ ليس برطب، وكذلك العنب^(٢).

٣١٧٦- **سَأَلَتْ:** وإذا أسلم في مكيل سلمه نقيّاً من التبن والتراب، ويعفى عن اليسير في الكيل لا الوزن، وليس له الزيادة على المعتاد في إيفاء الكيل من زلزلة أو صك أو تلق^(٣).

٣١٧٧- **سَأَلَتْ:** ويجب قبول ما عجل؛ لتبرأ ذمة المعجل إلا للحقوق مؤنة إلى وقت الحلول، كعلف الحيوان^(٤)، أو فساد كاللحم والرطب حيث له غرض بتأخره أو مؤنة حفظه، فإن امتنع فوجهان قد مرا^(٥). ولا يلزم المسلم إليه التعجيل إن طلب؛ إذ تبطل فائدة التأجيل، وإذا امتنع من القبض بعد حلول الأجل قبضه الحاكم؛ لتبرأ ذمة المستسلم.

٣١٧٨- **سَأَلَتْ:** ولا يصح التصرف في المسلم فيه قبل قبضه؛ لقوله ﷺ: ((من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره))، وكالمبيع قبل القبض.

فَرَعٌ: فإن فعل ثم قبضه للمشتري احتمال أن لا يجزئ هذا القبض^(٦)؛ إذ قبضه لغيره، وإذا قبضه لم يكن له بيعه حتى يعيد الكيل؛ لما مر في البيوع، ولا يكفي أن

(١) المذنب: ما أخذ الترطيب في أذنا به، ومتى ناصف الترطيب سمي منصفاً، والمشدخ ما ذرب من البسر بأعواد حتى يتشدخ وصار طعمه كطعم الرطب أو ما شمس ثم يدلك بكساء من صوف غليظ فيصير طعمه كالرطب يفعلون ذلك استعمالاً عصير البسر رطباً، والشدخ كسر الشيء الأجوف. (شرح بحر).

(٢) فإنه لا يلزم قبوله إلا إذا تموه وصار حلواً أو تبيض وتحمّر وتسود ويطيب أكله ولا يلزم قبوله إذا كان حامضاً لأنه لا يطلق عليه اسم العنب. (شرح بحر).

(٣) بيده.

(٤) على القول بصحة السلم في الحيوان.

(٥) هل يجبره الحاكم أم يقبضه إلى بيت المال حتى يقبله وهذا هو الأصح. (شرح).

(٦) يعني: فيرد إلى المسلم إليه ثم يقبضه منه مرة أخرى، فإذا قبضه أعاد كياله لقوله ﷺ: وهو أنه نهى عن بيع الطعام قبل قبضه حتى يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري. (شرح).

يعطيه وهو في مكيا له؛ إذ ليس كيلاً ثانياً فلم يجز فيه الصاعان.

٣١٧٩- **سَأَلَتْ:** وليس للمسلم أن يستحيل بالمسلم فيه إلى ما في ذمته^(١)؛ إذ هو يبيع له قبل قبضه، وقد نهى عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فلو كانا عن قرض صح^(٢) كما مر.

٣١٨٠- **سَأَلَتْ:** ومن له دين فباع من المديون شيئاً بشرط أن يقضيه لم يصح؛ لنهيه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع وشرط.

فإن قال: اقصني ديني بشرط أن أبيعك منك ففعل صح القبض؛ إذ هو مستحق ولغا الشرط.

قلت: أما إذا جعلنا القضاء بيعاً^(٣) ففيه نظر^(٤).

[الإمام يحيى]: فإن قال: اقصني أجود مما أعطيتك بشرط أن أبيعك منك ففعل - لم يصح؛ إذ القبض هنا غير مستحق، وقد قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ما بال أقوام...)) الخبر.

قلت: ولنهي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن بيع وشرط.

٣١٨١- **سَأَلَتْ:** ويصح فيه الإبراء والخط قبل القبض وبعده إجماعاً؛ إذ لا مانع.

٣١٨٢- **سَأَلَتْ:** ولو قال: عجل لي وأنا أحط عنك كذا ففعلنا من غير شرط في العقد - صح إجماعاً؛ إذ لا مانع.

(١) مثاله: لو أسلم زيد إلى عمرو في صاع وعلى بكر لعمرو صاع وعلى زيد المسلم لبكر صاع فكل واحد من هؤلاء الثلاثة له صاع وعليه صاع، فإذا طلب المسلم إليه الذي هو عمرو أن يكون ما عليه للمسلم الذي هو زيد هو الصاع الذي على زيد لبكر فتراضوا جميعاً بذلك لم يصح؛ لأنه متضمن حواليتين غير صحيحتين لكون الحوالة تصرف في المسلم فيه قبل قبضه إحداهما نقل المسلم فيه من ذمة المسلم إليه الذي هو عمرو إلى ذمة غريم له الذي هو بكر وذلك تصرف في المسلم فيه قبل قبضه وهو لا يصح. والثانية: أنه يتضمن جعل ماله من المسلم فيه قضاء لغريمه الذي هو بكر والقضاء تصرف في المسلم فيه قبل قبضه وهو لا يصح.

(٢) يعني: الذي في ذمة المحيل والذي في ذمة المستحيل والحاصل من ذلك أنه إن كان الذي في الذمتين أو أحدهما من سلم لم تصح الإحالة وإن كانا جميعاً من قرض صحت لأن التصرف في الدين قبل قبضه يصح كما مر. (شرح بحر).

(٣) مع اختلاف الجنس.

(٤) يعني: لعدم ظهور الفرق بين صورتين حيثئذ.

[الهادي وأبو طالب والفرقان]: ولا يصح مع الشرط. [أبو حنيفة وأصحابه]: إذ يقتضي بيع الأجل، فيكون كالزيادة في الحق لأجل الزيادة في الأجل وهو باطل. [أصحاب الشافعي]: بل لشبهه بربا الفضل حيث لم يقابل المحطوط مال. [أبو العباس والمؤيد بالله والإمام يحيى^(١)]: بل يصح؛ إذ الخط يلحق العقد، وإذا جاز منفرداً جاز مشروطاً. قلت: وهو الأقرب؛ إذ الشرط لا يقتضي الربا ولا يشبهه. [أبو طالب وأبو حنيفة ورواية عن أبي يوسف]: وكذا لو كان الدين من غير السلم^(٢). [المؤيد بالله وأبو العباس والشافعي ورواية عن أبي يوسف]: بل يصح؛ لما مر^(٣)، وهو القوي.

فأما الزيادة في الحق ليزيد في الأجل فمحرمة إجماعاً، وهو ربا الجاهلية.

٣١٨٣- **سَأَلَتْ:** وتصح الإقالة في السلم كالبيع، وهي هنا فسخ لا بيع قولاً واحداً. [العترة والفرقان]: وتصح في البعض كالكل، ولعموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من أقال نادماً بيعته...)) الخبر^(٤). [مالك وربيعة والليث بن سعد]: لا؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ليس لك إلا سلمك أو رأس مالك)).

قلت: مخصص بالقياس^(٥).

[الإمام يحيى حكاية عن العترة والشافعي]: فإن شرط فيها خلاف الثمن الأول^(٦) لم تصح الإقالة؛ إذ لم يسقطا حقهما من الثمن والمسلم فيه إلا بشرط العوض، وشرط خلافه باطل؛ لما مر، فإذا بطل الشرط بطل المشروط. [أبو حنيفة]: بل تصح الإقالة

(١) ساقط من نسخة.

(٢) يعني: فإنه لا يصح الخط مع هذا الشرط وهذا أحد قولي أبي يوسف. (شرح بحر).

(٣) إذ الشرط لا يقتضي الربا ولا يشبهه.

(٤) (قوله): «من أقال نادماً.. الخبر»: لفظه عن أبي هريرة أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((من أقال مسلماً أقال الله عشرته)) أخرجه أبو داود (٣٤٦٠). [الإمام زيد في المجموع عن علي عَلَيْهِ السَّلَام، ومن طريقه علي بن بلال في شرح الأحكام، والمرشد بالله في الأمالي بسنده عن أبي هريرة باختلاف يسير وابن حبان (٥٠٣٠)، والبيهقي (١٠٩١٣)].

(٥) على البيع.

(٦) يعني: جنساً أو قدرأ أو صفة إما بزيادة أو نقصان.

ويلغو الشرط.

قلت: وهو الأقرب [أقرب] للمذهب، كما مر^(١).

٣١٨٤- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: والضمين بالمسلم فيه لا تصح مصالحته عنه؛ إذ لا يملكه، فإن صالح المسلم إليه المسلم بمثل رأس المال صح^(٢) وكان إقالة؛ إذ ليست بأكثر من ذلك^(٣).

٣٢٣- فصل: [في اختلاف المسلم والمسلم إليه]

والقول للمسلم في قدر رأس المال^(٤)؛ إذ الأصل البراءة.

[القاضي زيد للمذهب وأبو حنيفة وأصحابه إلا محمداً]: فإن بينا وبيننا المسلم إليه؛ إذ هو الخارج^(٥). [محمد بن الحسن]: بل يحمل على سلمين؛ إذ تغاير القدر يقتضي تغاير العقود.

فإن اختلفا في جنس^(٦) رأس المال فسلمان^(٧) وفاقاً بينهم؛ لدلالة الاختلاف على تغاير العقود. [الشافعي]: بل تهاتر البيتان سواء اختلفا في القدر أم في غيره، ويتحالفان؛ إذ كل منهما مُدَّعٍ، ويبطل العقد؛ لعموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إذا اختلف

(١) في الإقالة.

(٢) ينظر فيه فإنه بيع له قبل قبضه وهو لا يصح والله أعلم.

(٣) لأن الإقالة هي أن يشترط المسلم ما دفعه ويعطي ما أخذه وهذا مثله. (شرح بحر).

(٤) هذا مبني على أنها اختلفا قبل التفرق لا بعده فلا يستقيم لأن مع قبض رأس المال قد صح السلم بالمقبوض^[١] ومع عدمه السلم غير صحيح فلو كان المسلم هو المدعي للزيادة كأن يقع التماسخ قبل التفرق^[٢] وبعد قبض رأس المال فالقول للمسلم إليه لأن المسلم يدعي الزيادة.

(٥) عن حكم الظاهر. (شرح).

(٦) فإن قال المسلم: أسلمت إليك في دينار في كر حنطة وقال المسلم إليه: بل مائة درهم في كر حنطة فهذا سلمان مختلفان في كرى حنطة بائة ودينار وفاقاً بين أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد.

(٧) فيحكم لكل بما ادعاه وما بين به الآخر فهو راد له. (كواكب).

[١]- وصورة ذلك: أن يقول المسلم إليه: أسلمت إلى عشرين درهماً في كُرِّ فسلمت عشرة وبقي عندك عشرة ويقول المسلم بل الثمن للكر هو العشرة فقط فإن القول قول المسلم؛ لأن المسلم إليه يدعي الزيادة.

[٢]- وكذا بعده فالقول للمسلم إليه.

المتبايعان تحالفا وترادا البيع)). [الإمام يحيى]: وهو الأصح للمذهب؛ إذ الخبر أولى من القياس.

قلت: بل المذهب الأول.

٣١٨٥- **سَأَلَتْ:** [القاسم والهادي والمؤيد بالله]: والقول لمدعي الصحة حملاً لعقود المسلمين على السلامة.

فإن بينا فبينة مدعي الصحة^(١) أولى حملاً على عقدين عملاً بالبيتين حملاً للشهود على السلامة، فيحكم بالصحيح تقدم أم تأخر. فإن تكاذبتا بإضافتهما إلى وقت واحد، أو وقع التصادق أن العقد واحد تساقطتا، وحكم بالظاهر، وهو الصحة^(٢).

فإن حلفا فبالصحة، وإن نكلا فبالفساد، لنكول من اليمين عليه وهو مدعي الصحة.

٣١٨٦- **سَأَلَتْ:** [الهادي وأبو طالب وزفر]: وإذا اختلفا في قدر المسلم فيه، أو جنسه أو صفته أو مكانه أو أجله - تحالفا وبطل^(٣) إذ كل مدع؛ لقوله ﷺ: ((تحالفا وترادا البيع))، فإن بينا فبينة المسلم.

قلت: إن أمكن عقدان^(٤) وإلا بطل^(٥)؛ إذ لا أخصية لأبي الجنبتين.

-
- (١) حيث أطلقتنا أو أرختنا بوقتين أو أطلقت إحداهما وأرخت الأخرى. (غيث).
- (٢) ويأتي على قول أبي طالب وأحد قولي المؤيد بالله أنه يعمل ببينة من هي عليه في الأصل ومثله في التقرير عن أبي العباس والقاضي زيد. (بيان).
- (٣) أما في قدر المسلم فيه أو في قدر أجله فالبينة على مدعي الزيادة. (بيان وشرح)، وذكره ابن أبي الفوارس في الأزهار بقوله: قيل وأكثر القدرين.
- (٤) وهو أن لا يضيفا إلى وقت واحد فيحمل على عقدين كل عقد وقع على جنس. (غيث).
- (٥) العقد. (غيث).

[أبو حنيفة]: كذلك (١) إلا في الأجل والمكان فالقول للمسلم إليه؛ إذ تدخلها الزيادة والنقص.

قلت: ويقول: الأصل عدم التعجيل فيهما.

[أبو يوسف ومحمد بن الحسن]: في الأجل كقول [أبي حنيفة] لا المكان؛ إذ هو كالصفة، فيتحالفان. [رواية عن الشافعي]: يتحالفان في القدر والأجل والصفة، وعنه: في القدر والأجل. [مالك]: يتحالفان في الجنس؛ إذ هو صفة (٢)، لا القدر فالقول للمسلم إليه، إذ يدعي النقصان وهو الظاهر.

لنا عليهم جميعاً: عموم الخبر إلا ما خصه دليل، وهو حيث يكون الظاهر يشهد لأحدهما، فإن نكلا في هذه الخمسة بطل السلم؛ إذ كل منهما مدعى عليه، فإن بين أحدهما حكم له.

٣١٨٧- **سَأَلَتْ**: [المذهب]: والقول للمسلم إليه في أن المردود بالعيب غير الذي سلمه؛ إذ الأصل البراءة من وجوب تسليم البدل أو الأرش، وفي عدم انقضاء الأجل (٣)؛ إذ هو الظاهر.

(١) أي: يتحالفان في القدر والجنس والصفة.

(٢) للحق لا زيادة فيه.

(٣) أي: القول فيه للمسلم إليه؛ لأن الأصل بقاء الأجل. (شرح بحر).

[٧٧]- باب اختلاف المتبايعين

٣١٨٨- **مَسْأَلَةٌ:** القول في العقد لمنكر وقوعه أو فسخه إجماعاً؛ إذ هو الأصل. [القاسم والهادي وأحد قولي المؤيد بالله والإمام يحيى والشافعي]: ولمنكر فساده؛ إذ الظاهر من عقود المسلمين الصحة. [المؤيد بالله]: بل يبين مدعي الصحة؛ إذ منكرها كمنكر الوقوع؛ إذ الفاسد غير واقع.

قلنا: مع تصادقهما على اللفظ فالظاهر ثبوت حكمه إلا لمانع والأصل عدمه. [أبو العباس والمنصور بالله وأبو حنيفة والقاضي زيد]: إن أنكر صحته لعدم شرط هو ركن أي يبطل به البيع قَبْلَ قوله؛ إذ الأصل عدم وقوع الشرط، وإلا بَيَّنَّ؛ إذ الظاهر الصحة.

قلنا: بعد التصادق على الإيجاب والقبول الظاهر كمال صفاتها جرياً على عادة المسلمين.

فَرَعٌ: ولا فرق بين السلم والصرف والإجارة وغيرها من العقود^(١)؛ إذ لم يفصل الدليل.

قلت: إلا حيث اختلفا في المجلس في التقابض في الصرف والسلم؛ إذ الأصل عدمه.

فَرَعٌ: فإن بينا عمل بينة الصحة حملاً على عقدين تنزيهاً للشهود فيحكم بالصحيح تقدم أم تأخر.

٣١٨٩- **مَسْأَلَةٌ:** والقول في المبيع لمنكر قبضه؛ إذ هو الأصل، ولمنكر تسليمه كاملاً أو مع زيادة^(٢)؛ لذلك، وقيل: مع التصادق على القبض للبائع؛ إذ الظاهر

(١) فالقول قول منكر الفساد على الخلاف. (شرح).

(٢) فلو قال المشتري: ما قبضت إلا بعض المبيع أو ما قبضت إلا قدره لا أكثر، والبائع يدعي أنه سلمه كاملاً أو سلمه مع زيادة عليه، فالقول للمشتري في ذلك؛ لأن الأصل عدمه.

الكمال (١).

قلنا: لا نسلم، فإن اختلفا في قدره فالقول للبائع (٢)؛ إذ الأصل بقاء الملك، وقيل: بل للمشتري؛ إذ يدعي البائع الزيادة في الثمن.
قلت: هما متصادقان على قدره. وقيل: كل منهما مدع فيتحالفان ويبطل.
لنا: ما مر (٣).

٣١٩٠- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب]: وإذا قامت بيتنا عتق العبد وبيعه وأطلقنا أو أرحنا بوقت واحد تساقطنا وحكم بالعتق قبل القبض؛ لقوة نفوذه، وبالشراء بعده؛ إذ القبض أمانة تقدم البيع. [الإمام يحيى]: بل بينة العتق مطلقاً؛ لقوة نفوذه.
قلت: حيث لا ترجيح لبطلانه وهنا مرجح، والقول لبائع لم يقبض الثمن في نفي إقباض المبيع (٤)؛ إذ الأصل عدمه، وهو مستحق لحبسه.

٣١٩١- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب]: وإذا قامت بيتنا بيع الأمة وتزويجها استعملنا تنزيهاً للشهود، فيحكم بالملك والتزويج وبطلان النكاح؛ إذ الشراء يرفع النكاح إن تأخر ويمنعه إن تقدم؛ إذ لا يتزوج مملوكته، فإن حلفا بطل العقدان (٥)؛ إذ كل منهما مدع، وقد قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((تحالفا وترادا البيع)) (٦)، وتبقى للمالك.
وكذا إن نكلا حكمتنا [حكماً] بأنه كالإقرار وتعذر الوفاء به فبطل.

٣١٩٢- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: فإن قال: كنت بعثك هذا العبد بألفين وإلا فهو حر، وقال المشتري: بل بألف وإلا فهو حر ولا بينة- تحالفا؛ إذ كل منهما مدع، وبطل

(١) فإذا قال المشتري: قبضته ناقصاً أو قبضته ثم وجدته ناقصاً لم تسمع.

(٢) فإن أقاما جميعاً البينة فيبيته المشتري أولى.

(٣) إذ الأصل بقاء الملك.

(٤) فإذا قال المشتري: قبضته بإذني، وأنكر البائع فالبينة على المشتري، فأما بعد قبض الثمن فلا فائدة في ذلك؛ لأن للمشتري أن يأخذه قسراً في البيع الصحيح كما مر. (شرح بحر).

(٥) وثبتت للمالك.

(٦) قوله: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا»: تقدم بغير هذا اللفظ.

البيع وثبت العتق؛ إذ البائع مقر بأن المشتري حنث وهو مالك، فإن رضي المشتري بإمساكه بألفين لم يعتق عليه ولو أقر بحنث البائع؛ إذ حنث عنده وهو لا يملك. فإن رده على البائع بعيب أو هبة أو شراء عتق بإقراره السابق.

قلت: وهذا إنما يستقيم على أحد قولي المؤيد بالله أن كلاً منهما مدع، لا على قولنا فالحق للمشتري (١).

٣١٩٣- **سَأَلَتْ:** فأما [وأما] في جنس المبيع وعينه ونوعه وصفته ولا بينة فيتحالفان (٢)؛ إذ كل منهما مدع، ويطل؛ للخبر، فإن بينا فللمشتري (٣) إن أمكن عقدان، وإلا بطل (٤)، والوجه واضح.

٣١٩٤- **سَأَلَتْ:** [القاسمية والناصر وزفر وأبو ثور وابن شبرمة]: والقول للمشتري في قدر الثمن سواء كان المبيع تالفاً أم باقياً في يد المشتري أو البائع (٥)؛ إذ البائع يدعي الزيادة وهو مصادق على بطلان ملكه. [أحد قولي المؤيد بالله]: القول له في القدر؛ لما مر (٦).

ويتحالفان في الجنس والنوع والصفة؛ إذ لا ظاهر مع أيهما، إلا حيث يدعي أحدهما ما يتعامل به في البلد فالقول له دون الآخر. [أحد قولي المؤيد بالله]: بل كل منهما مدع؛ إذ لا ظاهر مع أيهما في القدر ولا في الصفة فإن بينا أو حلفاً أو نكلاً بطل، وإن بين أو حلف أحدهما حكم له، أو نكل أحدهما فقط لحكم للآخر (٧). [أبو حنيفة

(١) بعد القبض.

(٢) إذا كان قبل القبض من المشتري لا بعده فالقول للمشتري؛ لأن البائع يدعي عليه الغلط فيما سلم. (شرح أزهار).

(٣) أي: يحكم له؛ إذ بينته أولى لأنها عليه في الابتداء. (شرح بحر).

(٤) العقد. (غيث).

(٥) بل القول للبائع إذا كان في يده. ذكر معناه في (الأزهار).

(٦) من أن البائع يدعي الزيادة في الثمن وهو مصادق على بطلان ملكه وهذا هو قول المؤيد بالله في الإفادة، والثاني في الزيادات. (شرح بحر).

(٧) هذه هي النسخة الصحيحة في هذه الألفاظ. (شرح بحر).

ورواية عن مالك وأبو يوسف: القول للمشتري مع التلف مطلقاً، ومع البقاء يتحالفان ويترادان؛ لقوله ﷺ: ((إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا المبيع [البيع]) (١)).

قلنا: معارض برواية ابن مسعود (٢): ((إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع ويخير المشتري)) (٣). سلمنا: فالمراد قبل قبض المبيع جمعاً بين الأخبار.

[الشافعي ومحمد بن الحسن ورواية عن مالك]: بل كل منهما مدع مطلقاً؛ إذ البائع يدعي العقد على ألفين، والمشتري على ألف، لكن إن بينا حكم لمدعي الزيادة، وإن تحالفا انفسخ العقد إما بالتحالف أو بفسخ الحاكم أو تفاسخهما، كما سيأتي (٤). [رواية عن مالك]: القول بعد قبض المبيع للمشتري؛ إذ القبض أمانة رضا البائع، وقبل القبض يتحالفان؛ للخبر.

لنا: تصادقهما على خروج السلعة عن ملك البائع يقتضي ملك المشتري إياها، وعلى البائع البيئته فيما يدعيه مما أنكره المشتري من الزيادة أو الجنس.

قلت: التحقيق: أن القول في الثمن لمدعي ما يتعامل به في البلد من الأجناس حيث استويا في القدر؛ إذ الظاهر معه، ثم للبائع في نفي قبضه مطلقاً (٥)؛ إذ الأصل عدمه، إلا في السلم ففي المجلس فقط؛ إذ الظاهر بعد التفرق الصحة، وأما في قدره وجنسه وصفته فللمشتري بعد قبض (٦) المبيع؛ لما مر (٧).

(١) قوله: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا المبيع»: هكذا روي وقد تقدم ما فيه والله أعلم.

(٢) قوله: «معارض برواية ابن مسعود»: تقدمت.

(٣) «إن شاء أخذ وإن شاء ترك» هكذا تمام الحديث. (شرح).

(٤) في الثالثة عشرة. (شرح بحر).

(٥) سواء اختلفا في المجلس أم بعده. (غيث). وسواء كان المبيع في يد البائع أو قد قبضه المشتري.

(٦) لا قبله فللبائع؛ لأنه لا يلزمه تسليم المبيع إلا بما ادعاه أو صح عليه بالبيئته. (شرح بحر).

(٧) من أن البائع يدعي الزيادة إلى آخره.

قيل [س(١)]: وإذا قبضه معيباً فله أن يحلف ما قبض ثمن سلعته؛ إذ العقد يقتضي ثمناً صحيحاً، وهي حيلة يدفع بها إنكار المشتري لعيب الثمن.

٣١٩٥- **سَأَلَتْ:** وإذا تلف أحد البديلين قبل التسليم وهما قيمان بطل البيع؛ إذ كل واحد منهما مبيع، لا النقد وإن عين اتفاقاً، وفي النقد المعين الخلاف، وقد مر(٢).

٣١٩٦- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ويجبر البائع على أن يسلم من المبيع حصة ما قبضه من الثمن؛ إذ هو في مقابلتها، وقيل: لا، حتى يستوفي كالرهن. قلنا: القصد بالرهن الوثيقة، لا غيرها فافترقا.

فَرَعُ: [الإمام يحيى والشافعي]: وكذا لو كان المشتري رجلين من رجل أجبر على تسليم حصة من سلم ما عليه من الثمن. [أبو حنيفة]: لا، كالرهن. لنا: ما مر(٣).

فإن سلم أحدهما جميع الثمن برئ شريكه. [الشافعي]: ولا يسلم إلى الدافع نصيبه بل إلى المالك. [أبو حنيفة]: بل يسلم جملة المبيع إليه.

قلنا: كلو سلم الثمن الأجنبي(٤).

٣١٩٧- **سَأَلَتْ:** والقول للبائع في نفي العيب وتقدمه فيما يحتمل الحدوث(٥) لا

(١) الفقيه حسن.

(٢) قوله «وقد مر» أي في الفصل الأول من كتاب البيع. (شرح).

(٣) إذ هو في مقابلتها.

(٤) أي: غير الشريك، فإنه يكون متبرعاً بدفع الثمن ولا يسلم إليه المبيع فكذا حال الشريك، ولعل أبا حنيفة يجعل كل واحد من الشريكين كالوكيل للآخر. (شرح).

(٥) مع كل واحد منهما وذلك كخرق الثوب فإنه يحتمل أنه حدث مع المشتري ويحتمل أنه حدث مع البائع، فيكون القول في ذلك للبائع مع يمينه؛ لأن الأصل عدم العيب وكذا القول له فيما لا يحتمل الحدوث معه وذلك كالجراحة الطرية ونحوها، ولا يحتاج فيه إلى بينة ولا يمين؛ لأن الحال متحقق، فأما ما لا يحتمل حدوثه مع المشتري وذلك كالأصبع الزائدة والرتق والشجة المندملة والداء العتيق فالقول في ذلك للمشتري، ولا يحتاج فيه إلى بينة ولا يمين.

كأصبع زائدة؛ إذ الأصل عدمه، وفي أن المعيب المردود غير المبيع^(١)؛ إذ الأصل السلامة.

[الإمام يحيى]: فإن كان المردود بالمعيب هو المسلم فيه وأنكر المسلم إليه عينه^(٢) فالقول للمسلم هنا؛ إذ الأصل بقاء المسلم فيه في ذمة المسلم إليه حتى يثبت تسليمه على الصفات المشروطة بينة أو تصادق.

قلت: المذهب ما مر^(٣).

ويمين البائع والمسلم على القطع^(٤)؛ إذ هي على فعل نفسه.

[الهادي]: والقول للمشتري في نفي عيب ادعى البائع حدوثه عنده غير العيب القديم؛ إذ الأصل عدمه، ويمينه أيضاً على القطع، وإذا اختلفا في كون الشيء عيباً بين المشتري؛ إذ الأصل السلامة، وبيته عدلان من أهل الخبرة في المبيع، والقول له في إنكار الرضا وزوال العيب؛ إذ الأصل عدمهما.

٣١٩٨- **سَأَلَتْ**: والقول لمنكر الخيار والأجل؛ إذ الأصل عدمهما، ولمنكر مضي مدتهما، والأطول منهما؛ لذلك، والقول لمنكر رؤية المبيع؛ إذ الأصل عدمهما.

[الإمام يحيى]: فإن أقر بالرؤية وأنكر كونها مميزة بين؛ إذ الظاهر إحاطتها بعد إقراره بها.

قلت: وفيه نظر^(٥).

والقول للبائع في عدم غبن الوكيل بالشراء؛ إذ يريد^(٦) فسخ العقد، والظاهر

(١) فلو باع عبداً ثم جاء المشتري بعبء معيب، وقال: هو المبيع، وقال البائع: بل هو غيره، فالقول هنا للبائع مع يمينه؛ لأن الأصل صحة العقد وسلامة المبيع من العيب. (شرح بحر).

(٢) وفي المطبوع: عيبه.

(٣) في الثالثة من فصل اختلاف المسلم والمسلم إليه وهو أن القول للمسلم إليه. (شرح بحر).

(٤) هذا على قول الإمام يحيى أن القول قول المسلم.

(٥) وهو أن الأصل عدم الإحاطة. (شرح).

(٦) أي: المشتري.

لزومه، والقول للمشتري في نفي تبرؤ البائع من العيب، وفي الانتصار العكس (١)، ولعله سهو (٢).

٣١٩٩- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: وإذا وجب التحالف بدأ الحاكم [بتحليف] أيهما شاء؛ إذ لا مزية؛ إذ يعود المبيع للبائع والضمن للمشتري.

وقيل: بل يقدم البائع؛ لقوله ﷺ: ((إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع)) فقدمه، وإذ جنبته أقوى، إذ يحاول عود المبيع إليه. وقيل: بل المشتري؛ إذ المبيع في ملكه، فيبدأ بتحليفه. قلنا: لا مزية فاستويا.

فَرَعٌ: والواجب على كل واحد يمين واحدة فيها نفي وإثبات (٣) نحو: والله ما بعثها بألف، ولقد بعثها بألفين. وقيل: يمينان.

وإذا حلف البائع خيراً المشتري بين أن يأخذ المبيع بما حلف عليه البائع أو يحلف كذلك (٤)، وينفسخ البيع وهو معنى قوله ﷺ: ((والمبتاع بالخيار)) (٥).

وكيفية اليمينين: أن يقول: والله ما بعته بألف، ثم يخير المشتري، فإن اختار التحليف حلف الأولي: والله ما اشتريته بألفين، ثم يحلف [حلف] البائع اليمين الثانية: [والله] لقد بعته بألفين، ثم يحلف المشتري الثانية: لقد اشتريته بألف. [الإمام يحيى]: والحق أن الواجب يمين واحدة جامعة (٦).

(١) وهو أن القول للبائع والبينة على المشتري هكذا كان في نسخة الأصل ثم صلح فيها أن القول قول المشتري والبينة على البائع كما في الكتاب. (شرح بحر).

(٢) من الناسخ.

(٣) وقال أبو مضر: بل النفي فقط. (بيان).

(٤) أي: يميناً فيها نفي وإثبات كما شريتها بألفين ولقد شريتها بألف. (شرح). فإذا تحالفا على هذه الصفة انفسخ البيع وهذا هو المراد بقوله ﷺ: ((إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع والمبتاع بالخيار)). (شرح بحر).

(٥) (قوله): «والمبتاع بالخيار»: هو في حديث ابن مسعود الذي مر.

(٦) يعني: بين النفي والإثبات. (شرح بحر). وقال أبو مضر على النفي فقط.

فَرَعٌ: وفي تقديم الإثبات على النفي في اليمينين وجهان: [الإمام يحيى]: أصحابها تقديم النفي؛ إذ هو الأصل في التحليف (١).

وقيل: بل الإثبات كاللعان.

قلنا: يمين الحقوق شرعت على النفي.

فإن حلف أيهما بالمركبة (٢) أعاد بالقسم، وفي كون النكول إقراراً (٣) خلاف سيأتي. [الشافعي]: لا يلزم الحق بالنكول حتى يحلف غير الناكل باستحقاقه كما سيأتي (٤).

٣٢٠٠ - **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: وإذا تحالفا لم يبطل العقد بمجرد التحالف بل بالفسخ؛ إذ العقد وقع صحيحاً واستقر الملك فلا يرتفع إلا بحكم أو تراض وكلو بينا جميعاً، ولقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فإن اشتجروا فالسلطان)) (٥).

وقيل: يفسخ بالتحالف من غير فسخ كارتفاع النكاح باللعان.

قلنا: لا نسلم الأصل (٦).

فَرَعٌ: وإذا افتقر إلى الفسخ ففي كونه إليهما أو إلى الحاكم وجهان: إلى الحاكم؛ لأجل الخلاف، كالفسخ بإعسار الزوج عن النفقة (٧). وقيل: إلى من شاء منهما؛ لدخول النقص كالفسخ بالعيب.

(١) يعني: لأن الأصل في الأيمان إنما هو البداية بالنفي كما في يمين المدعى عليه، وأحد الاحتمالين أنه يقدم الإثبات على النفي قياساً على يمين اللعان فإنه يقدم فيها الإثبات على النفي والجامع كونها يمينين على حق. (شرح بحر).

(٢) من شرط وجزاء كالطلاق والعتاق وصدقة المال وجب أن يعيد الحلف بالقسم نحو: بالله وتالله ووالله ونحو ذلك. (شرح بحر).

(٣) المذهب أنه إقرار.

(٤) في الدعاوى. (شرح).

(٥) قوله: «فإن اشتجروا.. إلخ»: تقدم في كتاب النكاح.

(٦) يعني: أنا لا نسلم أن النكاح يفسخ في حق المتلاعنين بنفس اللعان بل بالحكم.

(٧) في بعض النسخ: باعتبار النفقة.

فَرْعٌ: وفي انفساخه ظاهراً وباطناً وجوه: ينفسخ فيهما كفسخ اللعان والعيب.
وفي الظاهر فقط؛ إذ موجه جهالة الثمن، وإنما يجهل ظاهراً لا باطناً.
[الإمام يحيى]: إن كان مدعي الزيادة في الثمن ظالماً انفسخ ظاهراً فقط؛ إذ هو غاصب في الباطن، وإلا فظاهراً وباطناً؛ إذ ليس بغاصب، إذ خروجه عن ملكه معقود بالإيفاء ولم يحصل.
٣٢٠١- **سَأَلَتْ:** وإذا تم الفسخ ترادا عين الباقي، ومثل التالف أو قيمته؛ للخبر (١).

[الإمام يحيى]: والواجب قيمته يوم قبضه؛ إذ هو وقت الضمان، وقيل: يوم التلف؛ إذ هو وقت لزوم القيمة، وقيل: أوفر القيم من القبض إلى التلف، وقيل: أقلها، والصحيح الأول.

فَرْعٌ: فإن كان قد تعيب في يد المشتري لزمه الأرش؛ إذ ما أوجب ضمان الكل أوجب أرش النقص، فإن كان المبيع عبداً فأبق وأيس منه أو كوتب فكالتالف، فإن كان مرهوناً (٢) أو مؤجراً ففسخا؛ إذ يطرأ عليهما الفسخ للأعدار، والقول للمشتري في قدر قيمة التالف؛ لأنه غارم. والله أعلم.

(١) وهو قوله ﷺ: ((إذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا البيع)). (شرح).
(٢) أما الرهن فلا ينفسخ بالأعدار، والتحقيق أن العلة بالفسخ هنا عدم استقرار ملك المشتري لأجل طرو زواله بالتفاسخ. (شرح).

كتاب الشفعة

هي من الشفع نقيض الوتر؛ إذ الشفيع يضم إلى ملكه ملكاً. وقيل: من ناقة شافع، أي: يتبعها ولدها؛ إذ يتبع المشتري، ليأخذ منه حقاً. وفي الشرع: الحق المختص بالشريك ومن في حكمه^(١) في المبيع لأجل البيع^(٢)، ولم تكن في الجاهلية.

والأصل فيها: قوله ﷺ: ((الشفعة فيما لم يقسم)) الخبر ونحوه^(٣)، والإجماع على كونها مشروعة إلا [الأصم] فأنكرها؛ لتأديتها إلى الضرر، إذ يمتنع المشتري لأجلها^(٤).

لنا: قوله ﷺ: ((الشفعة في كل شيء))^(٥) وقوله: ((الجار أحق بصقبه))^(٦)

(١) تخرج الأولوية. (شرح بحر).

(٢) لعله يجتزئ بهذا عن القسمة، والله أعلم. (شرح بحر).

(٣) قوله: «الشفعة فيما لم يقسم».. الخبر ونحوه: عن جابر قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل مال لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» هذه رواية البخاري (٢٢٥٧) والترمذي (١٣٧٠) وأبي داود (٣٥١٤)، وأخرجه المؤيد بالله في شرح التجريد وتأوله، والمتوكل على الله في أصول الأحكام، وأخرجه مسلم (١٦٠٨) ولفظه: قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربة أو حائط لا يجل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك وإذا باع ولم يؤذن فهو أحق به». [وأحمد بن عيسى في الأمالي بسنده، والمؤيد بالله في شرح التجريد، والنسائي (٤٧٠١)]. وفي أخرى له قال: «الشفعة في كل شرك من أرض أو ربيع أو حائط لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع فإن أبى فشريكه أحق به حتى يؤذنه». [والنسائي (٤٦٤٦) والبيهقي (١١٣٧٥)]. وأخرج أبو داود (٣٥١٣) التي قبل هذه، وله للترمذي (١٣٦٩) في أخرى: «أن رسول الله ﷺ قال: ((الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائباً إذا كان طريقها واحداً)). [أحمد بن عيسى في الأمالي بسنده وعلي بن بلال في شرح الأحكام بسنده والمؤيد بالله في شرح التجريد، وأبو داود (٣٥١٨) والبيهقي (١١٣٦٢) والدارمي (٢٦٢٧)]. وفي أخرى للترمذي (١٣٦٨) قال: ((جار الدار أحق بالدار)) وأخرج النسائي نحواً من بعض هذه الروايات. [أحمد بن عيسى في الأمالي بسنده والمؤيد بالله في شرح التجريد والهادي في الأحكام بلاغا وأبو داود (٣٥١٧) والبيهقي (١١٣٦١) والطيليسي (٩٠٤) جميعهم عن سمرة وقد روي عن أنس].

(٤) يعني: أن المشتري إذا علم أن المبيع يؤخذ منه لم يرغب في الشراء فيؤذي إلى الضرر بالبائع، وربما تقاعد عليه شريكه في الشراء منه فيكون فيه إضرار به. (شرح بحر).

(٥) قوله: «الشفعة في كل شيء»: عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال: ((الشريك شفيع والشفعة في كل شيء)) أخرجه الترمذي وروى مرسلًا وهو أصح. [المؤيد بالله في شرح التجريد والأمير الحسين في الشفاء والمتوكل على الله في أصول الأحكام].

(٦) قوله: ((الجار أحق بصقبه)): عن الشريد أن رجلاً قال: يا رسول الله أرض ليس لأحد فيها شركة ولا قسمة إلا الجوار؟ فقال النبي ﷺ: ((الجار أحق بصقبه)) أخرجه النسائي (٤٧٠٣). [علي بن بلال في شرح

والإجماع قبله وبعده.

٣٢٠٢- **مَسْأَلَةٌ:** [العتره وأبو حنيفة وأصحابه]: وهي موافقة للقياس؛ للحاجة إليها كالبيع والإجارة. [الناصرية والإمام يحيى]: بل مخالفة لقياس الأصول؛ إذ المشتري معها على غير ثقة من استقرار الملك فخالفت قوله تعالى: ﴿عَنْ تَرَاضٍ﴾ [النساء: ٢٩]، وقوله ﷺ: ((لا يحل مال امرئ مسلم..)) الخبر ونحوه^(١).

قلت: عمومات خصصها القياس على أصول آخر كالفسخ بالعيب وبالغرر ونحوهما^(٢) مما شرع لدفع الضرر فلم يخالف كل الأصول كما ترى.

٣٢٤- فصل فيما تثبت فيه الشفعة

٣٢٠٣- **مَسْأَلَةٌ:** تثبت في كل عين ملكت بعقد صحيح بعوض معلوم مال على أي صفة كانت، فلا شفعة فيما لم يملك كالمؤجرة والموقوفة ونحوهما^(٣) إجماعاً، ولا فيما ملك يارث أو إقرار إجماعاً.

[القاسم والهادي والناصر وأبو العباس والشافعي]: ولا فيما ملك بعقد فاسد؛ إذ هو مضمون بالقيمة وهي غير معلومة. [المنصور بالله]: بل تصح وتلزم^(٤) كلو كان الثمن في العقد الصحيح قيمياً. [الإمام يحيى وغيره]: تصح؛ لما مر، لكن بعد القبض؛ إذ لا يملكه المشتري قبله إجماعاً.

قلت: وهو قوي؛ إذ لم يفصل قوله ﷺ: ((الشفعة في كل شيء))^(٥) وجهالة

الأحكام بسنده والمؤيد بالله في شرح التجريد كلاهما عن عمرو بن الشريد والبخاري (٢١٣٩) وابن حبان (٥١٨٠) وعبدالرزاق (١٤٣٨٠) وابن ماجه (٢٤٩٦) جميعهم عن عمرو بن الشريد وفي بعضها: ((بسقبه)) بالسین المهملة وهو القرب.]

(١) البيع ما كان عن تراض. (شرح).

(٢) أخذ سلعة المفلس وبيع ماله ومال المتمرد لقضاء الدين ونفقة الزوجة والقسمة. (شرح).

(٣) الإجارة والإباحة فهذه لا شفعة فيها. (شرح).

(٤) أي: يستمر ملك الشفيع لها ولو فسخ العقد من بعد والله أعلم.

(٥) (قوله): «الشفعة في كل شيء»: حكى في أصول الأحكام عن ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: ((الشريك شفيع والشفعة في كل شيء)) وقد تقدم. وحكى في الشفاء عن أنس عن رسول الله ﷺ أنه قال: ((الشفعة في الدار وفي الفرس وفي كل شيء)). [أخرج البيهقي نحوه عن أبي هريرة بلفظ: ((لا شفعة إلا في دار أو عقال)) وضعفه (١١٣٧٧)].

القيمة مغتفرة كما في العقد الصحيح حيث الثمن قيمى .

فَرَعٌ: فإن حكم بصحته. قيل: تجددت الشفعة لمن ترك لأجل الفساد؛ إذ الحكم كالعقد الجديد.

قلت: الأقرب أن لا تصح؛ إذ هو كالمسلم لأجل صفة للعقد، والحكم لم يُزل تلك الصفة بل حَكَمَ بأنها لا تفسد العقد فقط.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى]: وهكذا^(١) الخلاف في المصالحة عن المجهول بالمعلوم.

[الهادي^(٢) والفريقان]: ولا في هبة أو صدقة بغير عوض كالميراث. [ابن أبي ليلى]:

تلزم فيشفع بالقيمة كلو تلف الثمن.

قلنا: لا، كالإقرار.

[مالك]: تصح في الهبة لا الصدقة.

قلنا: لا فرق.

[العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: ولا في معاوضة بغير مال كالخلع والمهر والإجارة

والصلح عن دم العمد؛ إذ الشفعة إنما تستحق بمال عوض مالٍ، والبدل في هذا ليس بمال ولا ذي قيمة. [الشافعي]: بل تصح؛ إذ هي معاوضة كالبيع.

قلنا: ليس بمعاوضة محضة بدليل صحتها من دون ذكر العوض.

قالوا: منافع البضع تقوم بدليل أخذ العوض عليها.

قلنا: لا قيمة لها، وإلا لزم من حبس امرأة عن زوجها عوض البضع.

٤٣٢٠ - **سَأَلَتْ:** [العترة جميعاً ومالك]: وتصح في المنقول وغيره؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:

((الشفعة في كل شيء)) ونحوه. [المنصور بالله]: إلا في المكيل والموزون؛ إذ شرعت

لدفع الضرر ولا ضرر؛ إذ لا ازدحام.

قلنا: يدخله الضرر من وجه آخر كالمشاحة في الإفراز ولعموم قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:

(١) المذهب: أنه لا شفعة فيه.

(٢) في بعض النسخ: رمز (٥) أي العترة.

((الشفعة في كل شيء)).

[الفريقان]: لا تصح في المنقول؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الشفعة في كل شرك في أرض أو ربيع أو حائط^(١))).

قلنا: ولم يمنع غيره.

قالوا: شرعت لدفع الأذى، فلا تكون إلا فيما يتأبد.

قلنا: بل لدفع الضرر مطلقاً^(٢).

[مالك]: تصح في كل منقول إلا في السفن والطعام والثمار. [عطاء]: لا شفعة في منقول إلا الحيوان والثياب. [داود]: إلا الثياب فقط.

لنا: ما مر.

٣٢٠٥- **مَسْأَلَةٌ**: [العتره وأبو حنيفة وأصحابه]: وتصح فيما لا يقسم [ينقسم] كالمدقة والطاحونة والحمام الصغير ونحوه^(٣)؛ إذ لم يفصل الدليل.

[الشافعي]: لا؛ إذ لا ضرر فيه كضرر ما ينقسم.

قلنا: لا نسلم بل هي فيه أعظم^(٤).

٣٢٥- فصل: [فيمن يستحق الشفعة]

ويستحقها من ملك سببها غالباً^(٥).

٣٢٠٦- **مَسْأَلَةٌ**: [القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه]: فتثبت للفاسق على المؤمن. [سفيان

الثوري والشعبي والناصر]: لا؛ إذ شرعت لدفع الضرر، وفي إعطائه إضرار بجيرانه؛

لتمرده. [الناصر]: إلا الخليط.

(١) الربيع: الدار. والحائط: الجدار.

(٢) فيما يتأبد وفيما لا يتأبد.

(٣) كالبيت الصغير والحجر والبئر والحوض والبركة وغير ذلك مما تتعذر قسمته. (شرح).

(٤) لأن الضرر في غيره ربما زال بالقسمة وفي هذا لا يمكن زواله إلا بالشفعة فلهاذا وجبت فيه. (شرح بحر).

(٥) يحترز من الكافر فلا شفعة له على مسلم، ومن الصبي ونحوه حيث يملك سببها ولا مصلحة له فيها أو لا مال له يشفع به، والله أعلم. (شرح بحر).

قلنا: لم يفصل الدليل، وفسقه لا يوجب قطع حقه كالميراث ونحوه^(١).
 ٣٢٠٧- **سَأَلَتْ:** وثبت للذمي على مثله في خطتهم^(٢) ولو مجوسياً إجماعاً؛ إذ لم يفصل الدليل.

وثبت للمسلم على الذمي إجماعاً ولو في خطتهم؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الإسلام يعلو))^(٣).

[الحسن البصري والشعبي والهادي والناصر والمنصور بالله وأحمد بن حنبل]: ولا تثبت لكافر على مسلم ولو في خطتهم؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا شفعة للذمي على المسلم)) ونحوه^(٤)، ولا على مثله في خططنا إلا في المنقول^(٥). إزيد بن علي والمؤيد بالله والمنتخب والفریقان: لم يفصل الدليل فتثبت لهم في الوجهين^(٦).

قلنا: بل فصل ما روينا، وقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء]، وقول علي عَلَيْهِ السَّلَامُ: (لا بينين يهودي..). الخبر^(٧)، وفي ذلك تحريم خططنا عليهم.

(١) كالحق في الخيارات والسبق إلى المباح فإن ذلك يثبت مع الفسق فهكذا حق الشفعة مثله. (شرح بحر).

(٢) وهي ما مصره من الأمصار أو صلحوا عليه نحو: أيلة وعمورية وفلسطين ونجران فلبعضهم على بعض الشفعة فيها. (شرح بحر).

(٣) قوله: «الإسلام يعلو ولا يعلى عليه»: حكاة في أصول الأحكام والشفاء. [المؤيد بالله في شرح التجريد والمنصور بالله في الشافي، والدارقطني (٢٥٢/٣) والبيهقي (١١٩٣٥) والديلمي (٣٩٥) جميعهم عن عائذ بن عمرو].

(٤) قوله: «لا شفعة للذمي على المسلم»: الذي حكاة في الشفاء عن أنس قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا شفعة لليهودي ولا للنصراني)) والله أعلم. [أخرج لفظه علي بن بلال في شرح الأحكام بسنده والبيهقي (١١٣٧٢) وابن عدي (٥٦/٧) كلاهما بلفظ: ((لا شفعة لنصراني))].

(٥) المذهب أنه لا شفعة لكافر على مثله في خططنا في المنقول وغيره.

(٦) يعني في خطتهم وخططنا على المسلمين وعلى بعضهم بعض. (شرح).

(٧) قوله: «لا بينين يهودي..» الخبر: روي عن علي عَلَيْهِ السَّلَامُ أنه كان يأمر منادياً ينادي كل يوم: (لا بينين يهودي ولا نصراني ولا مجوسي) الحقوا بالحيرة. هكذا روي والله أعلم.

قالوا: شرعت لدفع الضرر، فاستحقوها كالرد بالعيب.

قلت [قلنا]: النص يمنع القياس.

[الإمام يحيى]: ومن أثبتها لهم فهو بشرط [يشترط] استقامتهم على ما وضع عليهم في الذمة من الجزية وغيرها لا من تمرد.

فَرَعٌ: [أبو طالب وأبو العباس]: وإذا صححنا بيع العبد المسلم من الذمي ويؤمر ببيعه صحت شفعته فيه كذلك، ومن أفسد العقد لم يصححها له.

٣٢٠٨- **سَأَلَتْ:** [العترة والفقهاء الأربعة]: ويستحقها الصبي في صغره. [داود وابن أبي ليلى]: لا، مطلقاً. [الأوزاعي]: لا، حتى يبلغ.

لنا: عموم الدليل والإجماع قبلها.

فَرَعٌ: وعلى الولي طلبها متحرياً للمصلحة كالشراء وإلا أثم وفعلها الحاكم؛ لما في تركها من الضرر، بخلاف الشراء فهو كسب لا دفع ضرر، فلم يلزم الولي، ولا تبطل بتفريطها^(١) كالدين، ولا بتفريط الرسول.

[المذهب والشافعي]: وتبطل إن أبطلها الولي لخط أو فقر، وإلا [فلا]^(٢) فله طلبها بعد ذلك. [أبو حنيفة وأبو يوسف]: تبطل مطلقاً. [زفر ومحمد بن الحسن]: لا تبطل بإبطاله مطلقاً.

قلنا: تصرفاته نافذة مع المصلحة كالوكيل.

٣٢٦- فصل في أسبابها

٣٢٠٩- **سَأَلَتْ:** [العترة جميعاً]: أسبابها أربعة مرتبة: الخلطة ثم الشركة في الشرب، ثم في الطريق، ثم الجوار الملاصق. [أبو حنيفة وأصحابه]: لا ترتيب بين الشرب والطريق.

قلنا: الشرب يجمع حقين حق الماء، وحق المجرى، والطريق حق واحد^(٣)، ثم إن لشريك الطريق فتح أبواب إليها، بخلاف شريك الشرب فليس له فتح فُوّهة إلى

(١) لغير مصلحة. (غيث).

(٢) زيادة في أكثر النسخ.

(٣) وهو الاستطراق. (شرح).

أرضه غير المعتادة.

وإنما وجب الترتيب - أما الخلطة فقدمت للإجماع عليها، وأما الشرب فلما مر^(١)، وأما الطريق فلأن الضرر فيها أكثر من الضرر في الجوار، وهي شرعت لدفعه ولذلك قدم الخليط ثم شريك الشرب.

[الشافعي ومالك والإمامية]: لا شفعة إلا للخليط.

لنا: ما سيأتي.

فَرْعٌ: [الحقيني للمذهب وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن]: ولا ترتيب في الطلب بين الجار والخليط ونحوه؛ إذ سببها العقد لا ترك الخليط، فلو أخرها الجار حتى يتركها الخليط بطلت^(٢).

وقيل: لا؛ إذ لا فائدة في تقديمه.

قلنا: كتقييد الغائب^(٣).

٣٢١٠ - **سَأَلَتْ:** ولا شفعة إلا بملك لا بعارية ونحوها^(٤).

٣٢١١ - **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى والشافعي]: ولو اشتري ذمي أرضاً بخمر أو خنزير فلا شفعة للمسلم؛ إذ العقد فاسد.

قلت: بل صحيح، ويدفع قيمتهما كلو اشتري بعرض^(٥).

[الإمام يحيى]: ولا نأخذ ثمن الخمر في جزيتهم؛ إذ هو حرام.

قلت: بل قد ملكوه كأثمان عروضهم.

٣٢١٢ - **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: لو قال لأم ولده: إن خدمت أولادي بعد موتي سنة

(١) الشرب يجمع حقين.

(٢) سواء طلبها الخليط أم لا. (شرح).

(٣) أي: لنا القياس على الغائب فإنه يجب عليه تقييد الشفعة بالطلب عند علمه بالبيع قبل موافقة المشتري.

(٤) المستأجرة. (شرح).

(٥) فإن البيع صحيح والشفعة ثابتة فهكذا في مسألتنا.

فلك نصف كذا فلا شفعة عليها إذا فعلت؛ إذ استحققتها بالوصية أو الإجارة، وكلاهما غير موجب.

قلت: أما الإجارة الصحيحة ففيها خلاف^(١) سيأتي إن شاء الله.

٣٢١٣- **سَأَلَتْ:** [القاسمية]: والوارث غير خليفة فلا شفعة له إذا بيع شقص في تركة مستغرقة إلا بعد الإيفاء^(٢) أو الإبراء، كما مر. [أبو حنيفة والإصطخري]: لا شفعة له مطلقاً؛ لمنع الدين من انتقال الملك. [الشافعي]: بل يستحقها؛ إذ هو خليفة. لنا: ما مر في البيوع.

٣٢١٤- **سَأَلَتْ:** والموقوف عليه لا يشفع بالوقف؛ إذ ليس بهالك، وكما لا تستحق فيه؛ لبطلان الملك. وقيل: إن جعلت رقبته ملكاً للمصرف فله أن يشفع به؛ لتضرره.

فَرَعٌ: [المؤيد بالله والمنصور للمذهب]: ولا شفعة بحق.

وقيل: ظاهر قول الأئمة ثبوتها به.

وقيل: إن كان مستقلاً كمجرى ماء في مباح بيع إلى جنبه أرض.

قلنا: لا ضرر على صاحب الحق بخلاف الملك.

٣٢١٥- **سَأَلَتْ:** [العتره وأبو حنيفة ومالك]: ومن باع أرضاً فيها زرع أو ثمر أدخل في البيع ثبتت الشفعة في الكل. [الشافعي]: لا؛ إلا في الأرض. قلنا: بناء على أن لا شفعة في المنقول، وقد أبطلناه.

٣٢١٦- **سَأَلَتْ:** ومن أبطل شفيعته ثم تقايل البيعان لم تبطل شفيعته.

٣٢١٧- **سَأَلَتْ:** ولا تبطل بردة المشتري ولا الشفيع كموتهما وسيأتي إن شاء الله.

(١) عند أبي طالب تثبت فيها.

(٢) كأن يكون للميت المستغرقة تركته بعض أرض أو دار فباع شريكه البعض الآخر فلا شفعة لوارثه، وكذا لو كان الدين لبعض ورثة الميت فباع حصته مشاعاً في شيء من تلك التركة فإنه يصح ولا شفعة فيه لسائر الورثة كذلك. (شرح بحر).

٣٢١٨- **مَسْأَلَةٌ:** وللمفلس الأخذ بالشفعة وتركها؛ إذ لا يجبر على التملك لأجلها، ودينهم لا يمنع؛ إذ الثمن يتعلق بذمته فلا ضرر عليهم. وللمكاتب الشفع أو الترك، ولا اعتراض للسيد؛ لملكه التصرف، وللمأذون الشفع كالشراء، فإن عفا لم يسقط حق السيد؛ إذ هو المستحق لها.

٣٢١٩- **مَسْأَلَةٌ:** وللولي أن يبيع نصيب الصبي للمصلحة، وفي بطلان شفيعته لنفسه بتولي البيع تردد^(١)، وسيأتي إن شاء الله تعالى.

[الإمام يحيى]: وللوصي أن يشفع للحمل^(٢). [ابن سريج]: لا، إذ لا يقطع به.

قلنا: كالوصية له والميراث.

فَرْعٌ: ولتولي المسجد الشفعة له^(٣). وقيل: لا؛ إذ المالك الله سبحانه وتعالى، وهو لا يتضرر.

قلنا: المصلحة للمسلمين فالضرر عليهم.

[السيد يحيى بن الحسين]: ولا شفعة لبيت المال. وقيل: تصح. قلنا: لا اختصاص

[بدليل]: ((ألا لا يقطع من سرق من بيت المال)) بخلاف مال المسجد^(٤).

٣٢٧- فصل في الشفعة بالشرب

٣٢٢٠- **مَسْأَلَةٌ:** [العتره وأبو حنيفة وأصحابه]: تستحق به؛ إذ شرعت لدفع الضرر، والضرر بالمزاحمة عليه كالضرر بالخلطة، ولا فرق بين الشركة في السقي بالأنهار أو بالآبار أو بهاء السماء.

[تخريج المؤيد بالله]: ولا شفعة للأعلى مع الأسفل من شركاء الشرب؛ إذ ينقطع حق الأعلى عما بعد المبيعة، ويبقى حق الأسفل فهو أخص. [الناصر والمرتضى وأحد

(١) تبطل .

(٢) إن خرج حياً فقط .

(٣) والمراد إذا كان السبب ملك المسجد كأن يشتريه ذو الولاية، لا فيما كان وفقاً عليه فلا يستحق الشفعة به .

(٤) زيادة في المطبوع .

قولي المؤيد بالله والإمام يحيى وأبو حنيفة وأصحابه]: بل يستون؛ لاستوائهم في السبب، وهو ضرر المزاحمة في السواقي.

قلت: ضرر الأخص أكثر فأشبهه الخليط.

فَرَعٌ: [المؤيد بالله وأبو حنيفة^(١)]: فلو قسم الشركاء في الغدير ماءه إلى ثلاث نواحي فبيعت أرض في ناحية - كانت الشفعة لأهلها؛ إذ هم أخص من أهل الناحيتين الأخرتين. [الإمام يحيى]: بل يستون كما مر.

قلت: الأخص أكثر ضرراً فأشبهه الخليط.

فَرَعٌ: ومن استحق الأرض بالشفعة استحق نصيبها من الغدير كلوا اشتراها. وقيل: لا، لاستوائهم في الغدير.

قلنا: الحق يدخل تبعاً.

٣٢٢١- **سَأَلَتْ:** [أبو العباس]: ومن له على نهر رحى أو مدقة فبيعت الأرض التي يسقيها ذلك النهر فله الشفعة فيها؛ إذ لم^(٢) يستثن البائع النهر، وذلك حيث قرار النهر ملك للبائع، ومكان الرحى ملك لصاحبها^(٣) أو النهر ملك لصاحب الرحى؛ إذ لا مجاورة يستحق بها إلا مع ذلك، ومع الاستثناء لا مقتضى للشفعة.

٣٢٢٢- **سَأَلَتْ:** والاشتراك في الصبابة كالاشتراك في النهر، والصبابة هي فضلة الأعلى سواء قصد نفع الأسفل أو مجرد الإساحة، فلا شفعة بين الأعلى والأسفل؛ إذ لا شركة. [الإمام يحيى]: بل تستحق بينهما؛ لحصول العلة، وهي كونه يتعلق بالشرب، ولحصول الضرر بدليل تشاجرهم في حصول كفاية الأعلى وعدمها.

قلت: لم يشتركا في جزء من الأرض، بخلاف الجار وشريك الطريق والشرب فافترقوا.

(١) «أبو حنيفة» زيادة في نسخة.

(٢) في بعض النسخ: إن لم.

(٣) فهو مجاور للأرض. (كواكب).

فأما أهل الصبابة فالشفعة في ذات بينهم ثابتة قولاً واحداً كما شترأكهم في النهر.
٣٢٢٣- مَسْأَلَةٌ: [المؤيد بالله والمذهب]: ولا شفعة لرب الأرض في الشجر المبيع
 منها، ولا العكس ^(١). [أبو جعفر]: ولا بين ذوي علو وسفل ^(٢)؛ إذ لم يشتركا في شيء.
٣٢٢٨- فصل: في الشركة في الطريق

٣٢٢٤- مَسْأَلَةٌ: [العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: وهو سبب للشفعة. [الشافعي]: لا.
 لنا: ما مر ^(٣).

٣٢٢٥- مَسْأَلَةٌ: وإنما تثبت بالطريق المملوك قرارها، لا مجرد المرور كالسكك
 النافذة؛ إذ لا بد من الاشتراك بين الشفيع والمشتري في ملك جزء متصل ^(٤) بالمبيع.
فَرْعٌ: [الهادي والمؤيد بالله وأبو طالب وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: ويستحقها الأخص
 فالأخص، فإذا بيعت دار في زقاق منسد فالشفعة لمن خلفها إلى داخله، لا إلى
 خارجه؛ لانقطاع حقه. [الناصر والمرتضى وأحمد بن يحيى والإمام يحيى وأحد قولي المؤيد بالله
 وأبو حنيفة وأصحابه]: بل يستوون.
 لنا: ما مر ^(٥).

فإن كان داخلها مسجد ففي كونها كالنافذة خلاف سيأتي إن شاء الله.
٣٢٢٦- مَسْأَلَةٌ: [المؤيد بالله والمذهب]: ولا فضل بكثرة السبب كخليط بأسهم مع
 خليط بسهم واحد أو شريك في الشرب من جهات والآخر من جهة واحدة

-
- (١) يعني: ولا شفعة لرب الشجرة في الأرض المبيعة.
 (٢) وفي البيان ما لفظه: وتثبت الشفعة بين مالك العلو ومالك السفل بالطريق، فأما بالجوار فالأقرب أنه
 إذا كان ثبوته بالقسمة ثبتت الشفعة به، وإن كان العلو محدثاً نحو أن يكون لمالكة حق البناء على
 السفلى فبنى عليه فلا شفعة بينهما بالجوار؛ إذ لا يشتركان في شيء، وفيه خلاف الفقيهان محمد بن
 سليمان ومحمد بن يحيى. (بيان).
 (٣) في أسباب الشفعة وفي الشفعة بالشرب من أنها شرعت لدفع الضرر وهو حاصل في الطرقات
 بالتزاحم عليها. (شرح بحر).
 (٤) المذهب أنه لا يشترط الاتصال بالمبيع.
 (٥) في الشفعة في الشرب وهو أن ضرر الأخص أكثر فأشبهه الخليط. (شرح).

فالشفعة نصفان.

ولا فضل لمن سببه أكثر؛ لاشتراكهما في الخصوصية، ولا بكثرة السبب المختلف كجار وشريك في طريق والآخر شريك في الطريق غير مجاور فيستويان؛ لاستوائيهما في السبب المؤثر. [أبو طالب والإمام يحيى]: بل من تعدد سببه أحق سواء اتفق أم اختلف؛ إذ لكثرت أثر في القوة ككثرة العلل^(١) وكثرة الأخبار فإنها مرجحة. قلت: وهو قوي؛ إذ شرعت [لدفع] الضرر، ومضرته أكثر فأشبهه الخليط مع الجار.

٣٢٩- فصل في الجوار

٣٢٢٧- **مَسْأَلَةٌ:** [العتره وأبو حنيفة وأصحابه وسفيان الثوري وابن أبي ليلى وابن سيرين]: هو سبب للشفعة حيث لا أخص منه؛ لقوله ﷺ: ((الجار أحق بشفעתه..)) الخبر^(٢)، ولتضرر الجار من جاره بدليل قوله ﷺ: ((الجار قبل الدار))^(٣)، ولقوله ﷺ: ((العداوة في الأهل والحسد في الجيران))^(٤). [علي وعمر وعثمان ثم سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وعمر بن عبدالعزيز ثم ربيعة ومالك والشافعي وعبيد الله بن الحسن^(٥) والأوزاعي وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه والإمامية]: لا شفعة له؛ لقوله ﷺ: ((الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)) وقوله ﷺ: ((لا شفعة إلا للشريك)).

(١) إذا اتفقت على حكم واحد والأخبار الشرعية إذا تظاهرت على حكم واحد فيكون أرجح من غيره مما لا يختص بتلك القوة فكذا هاهنا يجب مثله. (شرح).

(٢) قوله: «الجار أحق بشفעתه..» الخبر: لفظه: ((الجار أحق بشفعة جاره)) وقد تقدم. وعن سمرة قال: قال رسول الله ﷺ: ((جار الدار أحق بدار الجار والأرض)) أخرجه أبو داود (٣٥١٧). [البيهقي (١١٣٦١) وأحمد (٢٠١٤٠)].

(٣) قوله: «الجار قبل الدار». [ذكره في نهج البلاغة في وصية علي عليه السلام لولده الحسن والطبراني في الكبير (٢٦٨/٤) والخطيب في الجامع لأخلاق الراوي والسامع (٢٣٣/٢) كلاهما عن رافع بن خديج بلفظ: ((التمسوا الجار قبل الدار، والرفيق قبل الطريق)) والخطيب أيضا والديلمي (٢٦٢٤) عن علي عليه السلام].

(٤) قوله: «العداوة في الأهل والحسد في الجيران»: لم أقف على أصل لها وما أظنها يصحان عن النبي ﷺ.

والله أعلم.

(٥) العنبري.

قلنا: معارضان بما روينا، فيحملان على أنه أراد لا شفعة للجار مع الشريك، والخليط إذا اقتسم صار جاراً.

٣٢٢٨- **سَأَلَتْ:** ولا شفعة به إلا مع التلاصق من غير فصل، ولا حق له مع الشريك في الأصل أو الشرب أو الطريق إجماعاً بين من أثبتته، ويستوي المجاورون من الجهات الأربع مع عدم الفصل.

فَرَعٌ: [القاسمية والناصر وقول للشافعي]: ولا يُنقض الحكم بشفعة الجار؛ لأجل الخلاف. [الشافعي]: يُنقض؛ لمخالفته النص.

قلنا: النص الظني كالاتجاه.

٣٢٢٩- **سَأَلَتْ:** [القاسمية]: وإذا أسقطها الأحق صحت للذي يليه كلو عدم الأول وكالوصية بعد الإبراء من الدين^(١). [أبو حنيفة ومحمد بن الحسن]: لكن بشرط أن لا يؤخر طلبها بعد العلم بالبيع، ولو علم بالأخص كوجوب تقييد الغائب بالطلب عند العلم قبل موافقة المشتري. [الناصر وأبو يوسف]: بل يبطل حق الأدنى بعفو الأعلى عنها إلا حيث تجدد له سبب؛ إذ لا ثمرة لثبوت الإستحقاق مع حصول الأخص إلا حيث تجدد له سبب بعد عفو الأعلى.

قلنا: كلما تجدد للجار سبب فهو متجدد للخليط فتعود الحالة الأولى.

[الإمام يحيى]: تثبت للأدنى بعد عفو الأعلى إن طلب عند علمه بالعفو، ولا عبارة بتقديم الطلب على ذلك؛ إذ لا ثمرة له لعدم استحقاقه.

قلت: قياساً على الغائب، وسيأتي حكمه^(٢).

٣٢٣٠- **سَأَلَتْ:** [العترة وأبو حنيفة وأصحابه وسفيان الثوري وقول للشافعي]: وتجب

(١) يعني: إذا أوصى ببعض التركة المستغرقة فإذا أبرأ أهل الدين نفذت الوصية، ويصير الدين كأنه لم يكن فكذلك هاهنا.

(٢) في الخامسة من الفصل الثامن وهو أنه يجب عليه الإشهاد في الأصح إذ بالترك يعد معرضاً. (شرح بحر).

للجماعة حسب الرؤوس لا الأنصباء؛ إذ لو انفرد كل لاستحقه جميعاً. [مالك والغنيري وقول للشافعي وأحد قولي الناصر^(١)]: بل بحسب الأنصباء؛ إذ الموجب الملك فكانت بحسبه ككسب العبد وثمره الشجرة وأجرة الدار.

قلنا: لو انفرد أحدهم^(٢) هنا لم يأخذ فوق ما يأخذه مع الاجتماع^(٣)، فافترقا.

٣٢٣١- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: ويحكم للأدنى الحاضر مع غيبة الأعلى، ومتى حضر حكم له؛ إذ هو الأحق، وحكم الأدنى حكم المشتري.

٣٢٣٢- **سَأَلَتْ:** [القاسمية والفريقان]: ومن اشترى ضيعتين مفترقتين صفقة وفي إحداها سبب شفعة دون الأخرى صحت في ذات السبب وحدها. [الناصر]: لا؛ إلا أن يأخذها معاً؛ لثلا يفرق صفقة المشتري.

قلنا: يجوز إن لم يصحبها السبب.

٣٢٣٣- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى والقاسمية وأبو حنيفة وأصحابه]: ومن اشترى دارين متلاصقتين في إحداها سبب شفعة لرجل، فله الشفعة فيها دون الأخرى؛ لعدم السبب. [المؤيد بالله]: مع التلاصق يأخذها معاً أو يتركها [معاً]؛ لثلا يفرق الصفقة. قلت: الأقرب أن المتلاصقتين كالدار الواحدة؛ لاتصال العرصه كالمزرعة الواحدة.

٣٢٣٤- **سَأَلَتْ:** [العتره والفريقان]: وإذا اشترى جماعة شيئاً فللشفيح أن يشفع بعضه ويعفو عن الباقي؛ إذ عقدهم بمنزلة عقود. [مالك]: لا؛ لثلا يفرق الصفقة كفي الواحد.

قلنا: كل واحد كالمنفرد، وتفريق الصفقة إنما يضر الواحد.

فإن وكلوا واحداً بالشراء فلا شفعة إلا في الجميع^(١)؛ إذ الحقوق تعلق بالوكيل

(١) ساقط من نخ.

(٢) بالطلب للكسب ونحوه، ولم يطلب شركاؤه.

(٣) أي: مع اجتماع طلبهم الكسب ونحوه.

كلوا اشتراها واحداً.

٣٢٣٥- **سَأَلَتْ:** [العترة والفريقان]: وليس للشفيع طلب بعض المبيع حيث اتحد المشتري والبائع^(٢)؛ لما في تفريق الصفقة من الضرر. [زفر]: يصح إن تميزت الحصص كلو كانت في عقود.

لنا: ما مر^(٣).

[القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه ومالك]: فإن اشترى شيئاً من شخصين لم تصح الشفعة في بعضه^(٤) كلو كان من شخص. [الشافعي]: تصح؛ إذ تعدد البائع كتعدد العقود.

قلنا: الاعتبار بالمشتري؛ إذ العلة الضرر.

٣٢٣٦- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله والمذهب وأبو حنيفة وقول للشافعي]: ولا خصوصية توجب التقديم بالشفعة سوى ما مر، فلو مات ثلاثة إخوة عن صِيعَة مشاعة بينهم ولكل واحد منهم ابنان فباع أحد البنين - فالشفعة لأخيه وبني عمه على السواء؛ إذ لا خصوصية للأخ. [المنتخب ومالك وقول للشافعي]: بل هو أخص بأخيه؛ إذ استحقاقها [استحقاقها] من جهة واحدة، وهي الإرث من أبيهما دون بني العم، وإذ لو مات ورثها أخوه دونهم، وكالخليط مع الجار.

قلنا: لا علة سوى الخلطة، وهم فيها سواء، فاشتركوا.

وكذا لو تملك شخصان حصة أحد شركائهم باع أحدهما حصته، ففي خصوصية شريكه الخلاف.

٣٢٣٧- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: ولو اشترى أَرْضاً للمضاربة فبيع ما يليها فالشفعة لرب

(١) إذا اشتراها بعقد واحد ولم يصف إليهم وإلا أخذ بحق من شاء. (قرور).

(٢) العبرة باتحاد المشتري فقط.

(٣) لما في تفريق الصفقة من الضرر.

(٤) فلو طلب نصيب أحدهما وعفى عن الآخر بطلت في الكل، وإن سكت عنه فقال أبو العباس والأستاذ: تبطل في الكل ورجحه الإمام يحيى، وقال المؤيد بالله: يكون طلباً للكل. (شرح).

المال حيث لا ربح^(١)، والمضارَب يطلبها^(٢) بالوكالة. [الهادي]: وحيث ثم ربح فبينهما؛ إذ يُملك بالظهور، كما سيأتي. [المؤيد بالله]: بل لرب المال؛ إذ لا يملك المضارَب حصته إلا بالقسمة.
لنا: ما سيأتي.

وحيث الثمن فوق مال المضاربة لا شفعة للعامل؛ إذ ليس له أن يستدين، ولرب المال أن يشفع، وفي الفاسدة لا يشفع العامل؛ إذ هو أجير. وقيل: بل له ولاية على طلب النماء فيشفع كالوكيل.

٣٢٣٨- **سَأَلَتْ:** ولا يستحق الوارث شفعة فيما بيع من مال مورثه إلا مع سبب^(٣). [الناصر والمؤيد بالله]: بل يستحق بمجرد الإرث؛ لخصوصيته، وأنكر [الإمام يحيى عن الناصر] هذه الحكاية.

[المؤيد بالله]: إذا بيع مال المستغرق فللوارث الشفعة.

وفي [المنتخب] ما مر^(٤).

قلنا: لا دليل على استحقاقها بذلك، ولعل المؤيد بالله أراد الأولوية، لكنهما يفترقان، فالأولوية لا يُشَارِك فيها^(٥)، وهي على التراخي^(٦)، وبين الورثة على حسب الميراث، وتجب بالقيمة. والشفعة بالعكس^(٧).

٣٣٠- فصل: في أحكام تلحق بما مر

٣٢٣٩- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: وإذا عفا عن الشفعة في بعض المبيع فوجوه: تسقط

(١) أو كانت المضاربة فاسدة.

(٢) بل يطلبها المالك.

(٣) من الأسباب التي مرت.

(٤) في المسألة العاشرة. (شرح).

(٥) من ليس بوارث وإن كان له سبب الشفعة.

(٦) ما لم يأذن أو يرضى.

(٧) في هذه الوجوه.

في الكل كالقصاص^(١)، ولا يسقط شيء؛ إذ لا يتبعض، ويسقط ذلك القدر ويستحقها في الباقي. [الإمام يحيى]: وهو الأصح إذا رضي المشتري بتفريق الصفقة؛ إذ المانع الإضرار به بالتفريق.

فَرْعٌ: ولا خيار له بعد إسقاطها؛ إذ هي فورية. [الشافعي]: بل له خيار المجلس كالبيع.

قلنا: هذه إسقاط فافترقا.

٣٢٤٠- **سَأَلَتْ:** ولا تسقط بالتراخي بعد خبر غير الثقة^(٢). [أبو طالب]: ولا الثقة الواحد ظاهراً لا باطناً.

فأما بعد خبر العدلين أو العدد الكثير فتبطل^(٣).

[المؤيد بالله]: أو العدل؛ إذ يقبل خبره في المعاملات كالهدايا والطهارة والنجاسة.

قلنا: ليس في ذلك إبطال حق مدعي، بخلاف الشفعة، فافترقا.

٣٢٤١- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ولا تبطل بمجيئه إلى الحاكم^(٤) قبل طلبها من المشتري؛ إذ هو يفزع^(٥) لطلب الحق.

٣٢٤٢- **سَأَلَتْ:** ولا تصح مع شرط الخيار للبائع أو لهما إجماعاً؛ إذ لم تخرج عن ملك البائع حينئذ. [القاسمية ورواية عن أبي حنيفة وقول للشافعي والاسفراييني والشيرازي]: وتصح إذا انفرد به المشتري؛ إذ قد ملكه. [المروزي وقول للشافعي ورواية عن أبي حنيفة]: لا؛ لوقوعها قبل انبرام البيع كخيار البائع.

قلنا: لم يخرج هناك عن ملكه، فافترقا.

فَرْعٌ: [الهادي وأبو طالب وعن المؤيد بالله]: وإذا أخذ الشفيع فله خيار المشتري؛

(١) بجامع أن كل واحد منهما حق لا يتبعض فإسقاط بعضه إسقاط لكليهما. (شرح).

(٢) ما لم يغلب في ظنه صدقه.

(٣) ظاهراً وباطناً.

(٤) أما مع الجهل فلا تبطل وإلا بطلت.

(٥) في نخ: تفرغ.

إذ ينتقل إليه كل ما يستحقه. [المنتخب وأبو حنيفة وأصحابه وعن المؤيد بالله]: لا؛ إذ هو ملك مبتدأ فلا يثبت فيه خيار إلا بشرط.

قلنا: بل سببه عقد المشتري فوجب له ما اقتضاه عقده.

فَرْعٌ: وإذا رده الشفيع بالخيار ففي رد المشتري إياه وجهان: أصحهما: يصح (١).

فَرْعٌ: ولو باع رجل نصيبه في أرض مع خيار له ثم باع شريكه نصيبه لا بخيار في مدة الخيار الأول - فلا شفعة للمشتري (٢) عند انبرام العقد؛ لتأخر ملكه عن العقد.

٣٢٤٣- **مَسْأَلَةٌ:** وإذا بطل البيع بتلف أحد البديلين (٣) أو استحقاؤه بطلت الشفعة؛ إذ هي فرع عليه.

٣٢٤٤- **مَسْأَلَةٌ:** [المؤيد بالله]: وتبطل بخروج السبب عن ملكه قبل الحكم بها؛ إذ هي لدفع الضرر وقد زال بالبيع. [أبو حنيفة]: لا؛ إذ قد استحقاها قبل خروجه.

قلنا: استحقاق غير مستقر.

[أبو طالب]: إن خرج باختياره بطلت، وإلا فلا.

لنا: ما مر (٤).

فَرْعٌ: فإن خرج بعض السبب فوجهان: [الإمام يحيى]: أصحهما لا تبطل به

الشفعة؛ إذ تثبت بقليل الملك ككثيره.

وقيل: تبطل؛ إذ استحقت بجميع السبب فإذا خرج بعضه سقط بقسطه، فيلزم

سقوط [سقوطها] كلها كلو عفا عن بعضها.

٣٣١- فصل: في كيفية أخذ المبيع بالشفعة

٣٢٤٥- **مَسْأَلَةٌ:** [المؤيد بالله]: تجب الشفعة بالعقد (١)؛ إذ تثبت بثباته وتتفي

(١) حيث كان بالحكم وأخذ بحكم والخيار باق وإلا فلا.

(٢) الأول.

(٣) نحو: أن يشتري بعرض معين أو مثلي معين فيتلف قبل القبض أو يستحقه الغير فيبطل البيع والشفعة جميعاً. (شرح بحر).

(٤) إذ هي لدفع الضرر.

بانتفائه، فهو سببها.

وتستحق بالطلب، أي: تصير حقاً فلا يجوز للمشتري التصرف في المبيع بعده. وتملك بالحكم أو التسليم طوعاً، أي: تصير ملكاً بعد أن كانت حقاً فقط، فتتبعها أحكام الملك فيصح للشفيع فيها كل تصرف من بيع وغيره؛ لاستقرار ملكه. [الطحاوي]: تجب بالعقد، وتستحق بالإشهاد والطلب، وتملك بالأخذ^(٢). [القدوري من أصحاب أبي حنيفة]: تستحق بالبيع، وتستقر بالطلب، وتملك بالحكم.

قلت: وهم متفقون في المعنى.

[الإمام يحيى]: خلا أن قول المؤيد بالله أولى؛ لتعليقه الاستحقاق بالطلب، إذ ثمة الطلب الاستحقاق فيصح الحكم، واتفقوا أنه لا ملك قبل الحكم أو الأخذ أو التسليم.

٣٢٤٦ - **سَأَلْنَا:** [العترة وأبو حنيفة وأصحابه وأحد أقوال الشافعي]: وهي فورية؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الشفعة كنشطة عقال))^(٣). [أحد أقوال الشافعي]: بل على التراخي أبداً فلا تبطل إلا بالعفو أو ما يقتضيه، نحو: أن يطلبه غيرها كبعنيه^(٤)؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((فشريكه أحق به))^(٥) ولم يفصل^(٦)، ولأنها استيفاء حق كالقصاص. [أحد أقوال الشافعي]: وللمشتري أن يرافعه لتنجيز^(٧) الأخذ أو الترك؛ لما في المهلة من الضرر، لتركه الغرس والبناء مخافة طلبها. [أحد أقوال الشافعي]: يخير إلى ثلاثة أيام؛ إذ لا دليل على الفور، وفي الزيادة إضرار كما مر، وهي آخر حد القلة وأول حد الكثرة. [مالك]:

(١) أي: هو السبب في وجوبها فلا يصح قبله طلبها ولا إبطالها. (شرح بحر).

(٢) بأمر الحاكم أو التسليم طوعاً.

(٣) قوله: «الشفعة كنشطة عقال»: تمامه: ((فإن قيدها مكانه ثبت حقه وإلا فاللوم عليه)) حكاه في أصول الأحكام، وفي الشفاء نحوه. ونسبه في التلخيص إلى ابن حزم من حديث ابن عمر نحوه. [المؤيد بالله في شرح التجريد وأخرج أوله ابن ماجه (٢٥٠٠) عن ابن عمر والبيهقي (١١٣٦٧)].

(٤) أو قاسميه.

(٥) قوله: «فشريكه أحق به»: تقدم ما يتضمنه.

(٦) بين الفور والتراخي. (شرح).

(٧) في (نخ): ليتخير.

إلى سنة.

لنا: قوله **صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ**: ((الشفعة لمن واثبها))^(١)، ولا قياس مع النص.

فَرْعٌ: والمعتبر في الفورية المعتاد بحيث لا يعد متراخياً^(٢)، ولا يجب أسرع ما يمكن، فيعتبر ركوب الخيل أو شدة الجري، ولم يعتبره أحد.

٣٢٤٧- **سَأَلَتْ:** [القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه]: ولا يأخذها الشفيع قسراً بل بحكم أو تراض^(٣)؛ إذ قد ملكها المشتري فلا يزول إلا بأيهما كسائر الأملاك. [الناصر والشافعي وأصحابه]: بل له أخذها قسراً بلا حكم؛ إذ الحكم لرفع الخلاف وهي ثابتة بالنص والإجماع.

قلنا: بل الخلاف في أصلها وكيفية أخذها، كما مر.

٣٢٤٨- **سَأَلَتْ:** ولا تبطل بتراخي الشفيع قبل العلم بالبيع كخيار العيب أو بقدر الثمن أو جنسه أو بعين المشتري؛ إذ قد يكون له غرض في تركها أو أخذها بحسب اختلاف ذلك، فجهله عذر، ومتى علم ذلك بطلت بتراخيه إلا لعذر ككونه في صلاة فريضة. [أبو طالب والإمام يحيى وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي]: يعتذر إتمامه^(٤) الوضوء ولبس الثياب وإغلاق الباب لحفظ المال وشد البهيمة للركوب مع البعد، والعطاس والسعال ونحو ذلك.

فَرْعٌ: والمرض اليسير غير عذر.

[العتره وأحد أقوال الشافعي]: ومع المرض الكثير يوكل وإلا بطلت إلا أن يتعذر. [أحد أقوال الشافعي]: لا يجب التوكيل؛ إذ قد يخشى تفويتها^(٥) أو طلبه للعوض. [أحد أقوال

(١) (قوله): «الشفعة لمن واثبها»: حكاها في أصول الأحكام والشفاء، ونسبه في التلخيص إلى الماوردي وغيره.

[المؤيد بالله في شرح التجريد وعبدالرزاق (١٤٤٠٦)].

(٢) ويعتبر المجلس.

(٣) قال الفقيه محمد بن سليمان: فإن أخذه من دونها وجب عليه الكراء للمشتري. (شرح).

(٤) المذهب أنه لا يغتفر.

(٥) بأن يقر عليه بها يسقطها. (شرح بحر).

الشفعي]: إن وجد وكيلاً بغير عوض وجب، وإلا فلا.

لنا: تمكنه من التوكيل كتمكنه من الطلب بنفسه فتبطل بتركه، والحبس بغير حق يمكنه التخلص منه كالمرض.

٣٢٤٩- **سَأَلَتْ:** وتبطل شفعة الغائب^(١) بتراخيه بعد كمال الشهادة له على البيع من غير عذر فإن سار فوراً أو وكيله وأشهد لم تبطل؛ إذ لم يفرط، فإن تعذر السير والتوكيل ففي وجوب الإشهاد على طلبها تردد: الأصح: يجب؛ إذ بالترك يعد معرضاً.

فإن لم يشهد أن سيره لأجلها فوجهان: [الإمام يحيى]: أصحهما لا تبطل؛ إذ الظاهر في مسيره عقيب العلم أنه لأجلها.

وقيل: تبطل؛ للاحتمال^(٢).

قلنا: إذا للزم الوكيل الإشهاد، ولا قائل به.

فَرَعٌ: [التفريعات]: فإن كان فوق مسافة ثلاث لم تبطل بتراخيه، وقيل: تبطل لكن

حيث المسافة يسوغ معها الحكم على الغائب بنصب الحاكم وكيلاً عن المشتري.

٣٢٥٠- **سَأَلَتْ:** وإذا أتى بغير لفظ الطلب المتعارف به بطلت، كقوله: عندك لي شفعة، أو أنا أستحق عليك، أو الشرع يوجب لي عليك أو نحو ذلك، فإن قاله جهلاً لم تبطل كلو جهل البيع أو الثمن.

وصيغها: قد شَفَعْتُكَ، أو أنا أستشفعك في كذا، أو ما في معناها^(٣).

٣٢٥١- **سَأَلَتْ:** وإذا طلب الشفيع التأجيل بالثمن أمهله الحاكم إجماعاً. [الهادي]:

ثلاثة أيام أو أكثر على ما يراه [الحاكم] كتأجيل المشتري حتى يحضر الثمن ويزنه.

(١) ولا تلحقها الإجازة إذا طلبها فضولي. (شفاء علة الصادي).

(٢) في سيره فإنه في الظاهر يحتمل أنه لأجل الشفعة ويحتمل أنه لغيرها، فإذا لم يبينه مع تمكنه منه كان مفرطاً فتبطل شفעתه. (شرح بحر).

(٣) أنا أطلبك الشفعة أو مطالب أو مستشفع أو أستشفع. (غيث).

[القاسم والمؤيد بالله ورواية عن زيد بن علي والإمام يحيى والفقهاء]: لا زيادة على الثلاث؛ لإضرارها فيشبهه المؤبد، «ومن شق شق الله عليه»^(١)، والثلاث لا تشق على أيهما، ومعتبرة في مواضع كاستتابة المرتد وقوله تعالى: ﴿تَمَتَّعُوا فِي دَارِكُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ﴾ [هود:٦٥]، وإذ هي أول الكثير وآخر القليل.

وحكى [المنتخب عن زيد بن علي]: جوازها إلى شهر. [الإمام يحيى]: ولا أعرف أحداً قال بذلك.

[رواية عن الهادي]: لا يزيد على العشر؛ لإضرارها.

قلت: الأقرب أن ذلك موضع اجتهاد للحاكم متحرياً للتفيس غير المضر وهو يختلف باختلاف أحوال الجهات والأشخاص والأثمان، وذلك مقتضى كلام الهادي في الأحكام.

٣٢٥٢- **سَأَلَتْ:** ولا تبطل الشفعة بمطل الشفيع بعد مضي الأجل؛ إذ قد تقررت بالحكم إلا أن يشترط الحاكم في الحكم التوفير ليوم كذا، وإلا فقد أبطلها، أو يقول الشفيع: إن لم أسلم فقد أبطلت شفعتي.

فإن قال المشتري: إن لم تأت بالثمن ليوم كذا فقد بطل حقه لم تبطل، إلا أن يقول الشفيع: نعم قد أبطلت^(٢).

٣٢٥٣- **سَأَلَتْ:** [العترة والفقهاء الأربعة] ولا تبطل الشفعة بكون الثمن قيمياً بل على الشفيع قيمته كمثل المثلي^(٣). [الحسن البصري وسوار القاضي]: بل تبطل؛ لجهالة القيمة، وإذ تستحق بالثمن، والقيمي ليس بثمن. قلنا: القصد المعاوضة وقد حصلت.

(١) أخرجه أبو داود والترمذي وصححه.

(٢) أي: إذا كان الشرط المشتري فإنه يحتاج إلى قبول الشفيع، وأما إذا كان الشرط الحاكم فلا يحتاج.

(٣) وتوجيه ذلك هو أن العروض أحد نوعي الثمن فجازت الشفعة به كذوات الأمثال ذكره الإمام يحيى. (شرح بحر).

[العترة وأكثر الفقهاء]: والعبرة بقيمته يوم العقد؛ إذ هو وقت الاستحقاق. [مالك]: بل يوم المحاكمة. [ابن سريج]: بل بعد انقضاء مدة الخيار. قلنا: الاعتبار بوقت الاستحقاق أولى؛ إذ هو السبب. **فَرَعٌ**: ولا يلزم مثل القيمي إجماعاً، وإذا ملكه الشفيع شفع به^(١)، وتصح في كل من المبيعين.

٣٢٥٤- **مَسْأَلَةٌ**: [الهادي]: ولا يحكم بها للمعسر. [الإمام يحيى]: أراد أنها تبطل بمجرد الإعسار عند استحقاقها، فلا يصح الحكم؛ للإضرار بالمشتري^(٢). [المؤيد بالله وابن أبي الفوارس وظاهر قول الهادي]: ولا يفتقر إلى إبطال الحاكم؛ للإجماع على أنها إنما تستحق بالثمن، والحاكم إنما يُحتاج مع الخلاف. [الإمام يحيى والقاضي زيد وأحد قولي المؤيد بالله]: بل يفتقر؛ لجواز أن يرضى المشتري بذمة المعسر. [المنصور بالله وأبو جعفر وابن الخليل]: إن أيس^(٣) عن تمكنه من القرض بطلت بمجردة، وإلا فلا. وقيل: لا تبطل بالإعسار فيحكم له مشروطاً بالوفاء إلى أجل معلوم. لنا: ما مر^(٤).

٣٢٥٥- **مَسْأَلَةٌ**: ويحكم للموسر ويمهله كما مر. [المؤيد بالله والمنصور بالله]: وللملتبس حكماً مشروطاً بالوفاء إلى أجل معلوم؛ إذ فيه وفاء بالحقين، فإن أطلق الحكم نفذ^(٥) وإن انكشف الإعسار، لكن للحاكم بيعه لإيفاء الثمن ولو قبل قبضه^(٦).

فَرَعٌ: [المؤيد بالله وأبو حنيفة]: ويحكم للوكيل، وإن طلب المشتري يمين الموكل

(١) نحو: أن يشتري داراً بعد فيشتري الشفيع في الدار ذلك العبد. (شرح آثار).

(٢) إذ يصير لا ثمن معه ولا مبيع.

(٣) الحاكم.

(٤) للإضرار بالمشتري.

(٥) خطأ مع الجهل وأما مع العلم فيكون قدحاً في عدالته ولا ينفذ حكمه. (قرود).

(٦) إن كانت بالحكم فإن كانت بالتراخي فلا بد من القبض من الحاكم؛ فإن تلف قبل قبضه بطل ملكه وكان من مال المشتري بعد أن قد قبضه وإلا فمن مال البائع. (قرود).

الغائب في نفي التسليم أو التقصير؛ إذ قد قطع باستحقاقها والتسليم والتقصير محتمل فلا يؤخر المتيقن لأمر محتمل. [المنتخب وأبو يوسف]: لا يحكم حتى يحضر الموكل لليمين؛ إذ يكون حكماً مشكوكاً فيه.

قلت: يصح كالحكم للجار في غيبة الخليط.

[الإمام يحيى]: ويصح إيقاع الحكم مشروطاً بعدم نكول الغائب فيفي بالغرضين.

٣٢٥٦- **سَأَلَتْ:** وللشفيع بعد الحكم أخذه من المشتري إجماعاً كالمبيع بعد تسليم الثمن.

[القاسمية وأكثر أصحاب الشافعي]: وكذا لو كان في يد البائع؛ إذ الحق متعين فيه فيؤخذ من حيث وجد. [الناصر وابن سريج]: لا، بل يجبره الحاكم على تسليمه للمشتري، والمشتري على التسليم إلى الشفيع؛ إذ قد ملكه المشتري فلا يكون الأخذ إلا منه.

قلنا: الحق متعين في المبيع، ولا حق لأحد بحبسه فجاز أخذه من حيث وجد كالغصب والوديعة، فإن لم يكن المشتري قد سلم الثمن للبائع حبسه حتى يستوفي، وكذا إن لم يكن الشفيع قد سلم للمشتري.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى حكاية عن العترة وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن]: وإذا أخذ من البائع فهو فسخ لعقد المشتري؛ إذ تمام عقده موقوف على التسليم إليه، فإذا ارتفع وجوبه ارتفع العقد فكان فسخاً. [الشافعي وأبو يوسف]: بل نقل؛ إذ قد انبرم العقد بينهما، لكن صار المشتري كالوكيل للشفيع.

قلنا: إنها يكون كالوكيل لو أخذه من يده، فأما مع أخذه من البائع فهو كالمستحق، يبطل العقد بينهما.

قلت: والظاهر أنها خلافية سواء كان البائع قد استوفى أم لا، وقد قيل: إن محل الخلاف مع استيفائه، وأما مع عدمه ففسخ قولاً واحداً، وهو محتمل. وأما حيث أخذ من المشتري فنقل قولاً واحداً.

فَرَعٌ: وثمرة الخلاف في درك المبيع وكتب الكتاب، فعلى القول بأنها فسخ العهدة

على البائع، وإلا فعلى المشتري.

قلت: وكذا لو كان ما سلمه المشتري باقياً رده البائع بعينه إن جعلناها فسخاً لا نقلاً، وإذا تلف ما سلمه الشفيع فمن مال البائع إن جعلناها فسخاً وإلا فمن مال المشتري ونحو ذلك^(١).

فَرَعٌ: [أبو العباس]: وإذا أخذ من البائع سلم الشفيع الثمن إليه وإن قد استوفى^(٢). قلت: أما على أحد قوليه أنها فسخ فواضح، وعلى قوله الثاني فيتعين ما سلمه الشفيع للمشتري.

فَرَعٌ: [الهادي]: ويحضر البائع لأخذ المبيع من يد المشتري ندباً؛ لئلا ينكر البيع. [الناصر وأبو حنيفة وأصحابه]: وإذا أخذ من يد البائع وجب إحضارهما؛ إذ الحكم متوجه عليهما؛ إذ هما خصمان، فالبائع لاستحقاق الشفعة عليه، والمشتري لأجل فسخ عقده بها.

قلنا: بناء على منع الحكم على الغائب.

٣٢٥٧- **سَأَلَتْ:** [المنتخب وأبو طالب]: وعلى الشفيع تعجيل الثمن المؤجل؛ إذ ملكه مبتدأ فلا تأجيل إلا بشرط متجدد كأجل المشتري. [المؤيد بالله وأحد قولي الهادي وأحد أقوال الشافعي ومالك]: بل يلزمه على الوجه الذي لزم المشتري؛ إذ هو كالوكيل له فاستويا كلوا اشترى بسودٍ أو بيض فعلى الشفيع مثلها. [المؤيد بالله]: لكن حيث اقترن الأجل بالعقد لا بعده فيختص المشتري؛ إذ ما وقع بعد العقد لا يلحق الشفيع كالزيادة في الثمن.

قلنا: الذمم تختلف، وإنما رضي البائع بذمة المشتري لا بذمة الشفيع فلزمه التعجيل.

[أحد أقوال الشافعي وأبو حنيفة]: يخير الشفيع بين تعجيل الثمن فيأخذ المبيع أو تأخير

(١) قال في الغيث: ويدخل في ذلك لو كان الثمن عرضاً هل يرده إلى المشتري أو قيمته على الخلاف.

(٢) يعني: ويرد البائع على المشتري ثمنه الذي أعطاه سواء كان نقداً أو عرضاً. (شرح بحر).

الأخذ حتى يجل الأجل؛ إذ الذمم تختلف وإنما رضي البائع بذمة المشتري لا بذمة الشفيع. [أحد أقوال الشافعي]: بل يسلم [الشفيع] سلعة^(١) تساوي الثمن المؤجل؛ إذ لم يرض البائع بذمته، وفي تعجيله للنقد زيادة في الصفة.

قلت: في تأخير الأجل إضرار بالشفيع، وفي التأجيل إضرار بالبائع؛ إذ لم يرض بذمة الشفيع، وفي دفع السلعة إضرار بالمشتري فتعين مذهبنا؛ إذ هو الإنصاف.

فَرْعٌ: وعلى الشفيع تعجيل الحال إجماعاً، ووجوب الإمهال إلى الثلاث استحسان^(٢)، والقياس خلافه^(٣).

[المؤيد بالله والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه] وللحاكم الحكم للشفيع قبل إحضاره الثمن؛ إذ قد ملك كالمشتري. [محمد بن الحسن ورواية عن أبي حنيفة]: لا؛ لإضراره بالمشتري، لتجويز تمرده.

قلنا: لا إضرار في إمهال الثلاث ونحوها.

٣٢٥٨ - **سَأَلَتْ:** [المذهب]: وعهدة^(٤) المبيع والكتاب على المشتري حيث أخذ منه؛ إذ قد زال ملك البائع وانفصل، فإن أخذ من البائع فعلى الخلاف، وقد مر^(٥). [بعض أصحاب الشافعي]: عهدة الشفيع على المشتري، وعهدة المشتري على البائع، فيجبر على قبضه ليسلمه للشفيع؛ إذ أخذه من البائع يفوت التسليم المستحق بالبيع فلا تثبت الشفعة؛ إذ هي فرع عقد المشتري.

[ابن الصباغ]: فإن غاب المشتري أو امتنع أقام الحاكم من يتسلمه عن المشتري؛ ثم يسلمه إلى الشفيع، وإن حكم على البائع بتسليمه كان كالقبض من المشتري؛ لأجل

(١) وهذا حتى يجل الأجل.

(٢) لدفع الضرر عن المشتري والشفيع جميعاً. (شرح بحر).

(٣) وهو أن يأخذ الثمن ويسلم المبيع؛ لأنها عقد معاوضة فلا يجب تسليم أحد العوضين إلا بتسليم الآخر كالبايع والمشتري. (شرح بحر).

(٤) درك.

(٥) في أخذ المبيع من البائع هل يكون فسحاً أو نقلاً. (شرح).

الولاية.

لنا: ما مر من أن أخذه من البائع فسخ.

وأن له قبضه من حيث وجد.

فَرْعٌ: فإن امتنع الشفيع من قبضه إلا من المشتري فوجهان: [الإمام يحيى]:

أصحهما لا يكلف المشتري القبض؛ لتعلق حق الشفيع بالعين.

وقيل: يكلف؛ إذ هو كالبائع فيلزمه التسليم.

قلنا: لا مقتضى لوجوبه؛ لتعلق الحق بالعين.

٣٢٥٩- **سَأَلَتْ:** وللبائع حبس المبيع عن الشفيع حتى يوفر الثمن إليه أو إلى

المشتري؛ إذ يرجع عليه، وليس للمشتري مطل البائع بعد قيام الشفيع؛ إذ الثمن

لازم له فلا يسقط بالشفعة^(١)؛ إذ لا يؤمن بطلانها، فإذا صحت تراد؛ للإجماع على

أن البائع لا يستحق الثمنين جميعاً.

٣٢٦٠- **سَأَلَتْ:** [أبو العباس والفريقان]: وللشفيع الرد بمثل ما يرد به المشتري؛

إذ عقده سبب ملكه فما وجب به وجب له.

قلت: وفي خيار الشرط ما مر^(٢).

٣٢٦١- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة وأصحابه]: وإذا ملك الشفيع السبب بعقد فاسد

صحت الشفعة به؛ إذ قد ملك بالقبض^(٣) فصح سبباً فاستُحقت به. [الناصر

والشافعي]: لا؛ لبطلانه. [القاسم والحقيني وأبو العباس]: بل لعدم استقراره.

قلنا: الملك كاف؛ إذ لم يفصل دليلها.

فَرْعٌ: فإن فسخ بحكم بعد الحكم بالشفعة لم تبطل؛ إذ قد استقر ملك الشفيع،

(١) ينظر، قال الفقيه يوسف: وهذا مبني على أنه بعد الطلب وقبل الحكم أو بعده والمبيع في يد المشتري؛

لأنه نقل فلو كان في يد البائع وقد حكم بالشفعة فلا يلزم المشتري لأنه يقول قد انفسخ العقد بيني

وبينك. (شرح).

(٢) في الرابعة من الفصل السابع. (شرح).

(٣) بالإذن.

لا قبله فتبطل (١).

٣٢٦٢- **سَأَلَتْ:** وإذا لم يجد الشفيع مثل الثمن أُجِّلَ حتى يجد؛ إذ هو معذور، لكن للمشتري في المبيع كل تصرف. [الإمام يحيى]: استهلاك أو غيره؛ لئلا يلحقه ضرر بالحجر.

قلت: فمتى وجد صحت الشفعة فيسلم الباقي وقيمة التالف (٢).

وقيل: بل يسلم الشفيع القيمة؛ لتعذر المثل كلو كان قيمياً.

وقيل: بل تبطل الشفعة كلو كان معسراً.

قلنا: العوض هنا ممكن، فافترقا.

٣٢٦٣- **سَأَلَتْ:** [القاسمية ورواية عن أبي حنيفة]: وللشفيع نقض مقاسمة (٣)

المشتري، وإن وقعت بأمر الحاكم كمقاسمة الأجنبي، وكنقض وقفه وعتقه ويبيعه. [أبو حنيفة وأبو يوسف]: بل قد صحت؛ إذ المشتري وكيل للشفيع، كما مر.

قلنا: لا نسلم.

[الإمام يحيى]: إن وقعت بحكم لم تنقض كالأحكام، وإلا نقضت.

قلت: لا تأثير للحكم هنا كقسمة الفضولي.

٣٢٦٤- **سَأَلَتْ:** وعلم الشفيع (٤) بالعيب يبطل الرد، فإن جهله رده على المشتري

والمشتري على البائع (٥) إن جهله.

(١) وللشفيع طلب الحاكم تأخير الحكم بالفسخ للسبب الذي يشفع به حتى يحكم له بالشفعة ذكره في الغيث. (شرح).

(٢) وهذا محمول على أنه تعذر بعد الحكم بالشفعة وبناء على أنه بجنابة أو تفريط؛ لأنه كالوديعة، وأما قبل الحكم فلا يضمن التالف.

(٣) ولا بد أن يكون النقض بحكم أو اتفاق مذهب. (قرن).

(٤) عند العقد. وقيل: حال القبض.

(٥) المراد حيث رده الشفيع بالحكم لا بالتراضي فالأرض للمشتري فقط وعلى قول القاسم له الرد. (شرح).

قلت: فإن أخذه الشفيع من البائع رده عليه؛ لما مر (١)، فإن رضي الشفيع بالعيب لا المشتري ففي رجوع المشتري بالأرش حيث أخذه منه نظر (٢).

٣٢٦٥- **سَأَلَتْ:** [المذهب ومحمد بن الحسن]: وإذا استحق المبيع رجوع الشفيع على من أخذه منه؛ إذ الدرك [دره] عليه.

[الشافعي ومالك وأحمد بن حنبل]: بل على المشتري مطلقاً (٣)؛ إذ الشفعة مستحقة عليه، وهو يرجع على البائع.

[ابن أبي ليلى]: بل على البائع مطلقاً؛ إذ هو مستند ملك المشتري والشفيع.

لنا: ما مر (٤).

فَرَعٌ: ويرجع بغرامات الغرس والبناء إن أخذه بالتراضي (٥)؛ لأجل الغرر، لا بالحكم (٦) إلا عند أبي حنيفة. قلنا: لا موجب.

٣٢٦٦- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: وتورث الشفعة إن مات بعد الطلب؛ إذ صارت بالطلب حقاً مستحقاً كالتركة وكخيار العيب. [أبو طالب ومالك والشافعي]: الطلب ليس بشرط؛ إذ تجب بنفس البيع.

فإذا مات قبل العلم أو التمكن من الطلب ورثت، لا بعد بطلانها بعفو أو تفريط. [أبو حنيفة وأصحابه وسفيان الثوري وأحد قولي المؤيد بالله]: لا تورث، بل تبطل؛

(١) هل هي نقل أو فسخ.

(٢) أي: تردد، قال الفقيه يوسف: والأظهر أن له الرجوع لكن ما رجع به من الأرش رد مثله على الشفيع؛ لأنه كالخط من الثمن. (شرح بحر).

(٣) سواء أخذه من المشتري أم من البائع.

(٤) إذ الدرك عليه.

(٥) على المشتري لا المشتري على البائع وإذا كان المشتري جاهلاً رجع بذلك على البائع. (قرئ).

(٦) فلا يرجع على المشتري وفي رجوعه على البائع نظر يرجع عليه على الصحيح، كذا قرر.

إذ هي خيار لاستجلاب مال كخيار القبول^(١) والإقالة.

قلنا: بل خيار شرع لدفع الضرر كخيار العيب.

٣٢٦٧- **سَأَلَتْ:** [العتره ومالك]: وإذا اشترى منقولاً وغير منقول صفقة واحدة صحت الشفعة فيهما.

قلت: إن حصل سبب في كل واحد، وإلا ففي ذي السبب وحده، كما مر.

[الفريقان]: تصح في غير المنقول فقط. [المسعودي]: بل تبطل فيهما؛ لثلا تفرق الصفقة.

قلنا: بناء على منعها في المنقول، وقد أبطلناه.

٣٢٦٨- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: وإذا اشترى الشيء بنقد معين فشفع فيه ثم استحق ذلك النقد لم تبطل الشفعة؛ إذ لا يبطل البيع. [المؤيد بالله]: تبطل؛ لفساد البيع لتعيينه عنده كالعرض.

٣٢٦٩- **سَأَلَتْ:** ولو حكم للجار جهلاً بالخليط نقض؛ لمخالفته الإجماع، وكذا لو حكم لشخص بجميعها فانكشف له شريك استحق حصته.

٣٣٢- فصل في حكم الشفعة بعد زيادة المبيع

٣٢٧٠- **سَأَلَتْ:** إذا غرس المشتري أو بنى في المبيع بعد الحكم بالشفعة فحكمه حكم الغاصب؛ لاستقرار ملك الشفيع، وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ليس لعرق ظالم حق))، والتسليم بالتراضي مع قبول الشفيع كالحكم في ذلك.

فَرَعٌ: [المؤيد بالله]: ولا يصح التسليم بلفظ محتمل كسلم الثمن لتستحق الشفعة، ولا بقوله: سلمت. ما لم يقل الشفيع: قبلت^(٢)، وكالقبول تقدم السؤال^(٣) أو

(١) قيل: المراد به خيار الموجب قبل قبول الآخر، وقيل: بل خيار البيعين قبل التفرق بالأبدان عند من أثبتته. (شرح).

(٢) أو تسلمت.

(٣) بعد تقدم الطلب للشفعة. (صعيتري).

قبض (١) المبيع بعد التسليم؛ إذ هي نقل ملك فاعتبر الإيجاب والقبول. والدعاء بالبركة للشفيع أو للمشتري ليس تسليماً صريحاً. وقبض المشتري الثمن من الشفيع ليس تسليماً؛ لاحتمال شرطه بالحكم.

فَرَعٌ: والمبيع بعد الحكم بالشفعة كالأمانة مع المشتري، لا يضمن إلا بتفريط، وللشفيع بيعه قبل قبضه، ولا يرجع بما غرم فيه كالغاصب. وأما بعد التسليم باللفظ فكالمبيع قبل التسليم؛ لانتقاله بالملافة.

٣٢٧١- **سَأَلَتْ:** فإن غرس وبنى قبل الحكم بها وتسليمها وقبل العلم بأن ثم شفيعاً أو أنها مشروعة فكالمستعير حيث رجع المعير، وسيأتي إن شاء الله.

[المؤيد بالله وأحد أقوال أبي طالب]: وله الانتفاع والإتلاف (٢) بعد العلم وقبل الطلب؛ إذ لا تستحق إلا به. ولو منعنا المالك من التصرف في ملكه قبل ثبوت حق فيه للغير لتجوز ثبوته في المستقبل - أضررنا بأهل الأملاك، فأما بعد الطلب فليس له ذلك؛ لثبوت الحق.

قلت: ولكن لا ضمان ولو أتلف.

ولا أجره ولو استعمل؛ إذ هي قبل التسليم أو الحكم حق لا ملك، ولا قيمة للتحقوق. [الناصر وأحد أقوال أبي طالب]: العبرة بالعلم (٣) فيحرم التصرف بعده. [أحد أقوال أبي طالب]: بل بالطلب والمرافعة؛ إذ لا يجب تسليمها إلا بعدها فلا يأتى باستعماله قبل وجوب تسليمها، وقول [أبي العباس]: العبرة بالعلم أن الشفعة مشروعة - غريب لا يعول عليه؛ إذ ذلك لا يوجب حقاً ما لم يتعين صاحبه.

فَرَعٌ: [المؤيد بالله وأحد أقوال أبي طالب]: فإن غرس بعد الطلب أمر بالقلع، ولا أرش؛ لتعديده [لأجل تعديده]، لا قبله (٤). [أبو حنيفة ومحمد بن الحسن]: وكذا لو غرس

(١) وفي الغيث والتذكرة لا يكفي القبض من دون قبول.

(٢) في غير الخليط. (قررو). وفي غير المنقول وكان الشفيع جاراً أو منقولاً وكانت قسمته إفراداً. (قررو).

(٣) أن له شفيعاً لا يترك الشفعة. (شرح).

(٤) أي: فلا يؤمر بالقلع بل له اختيار قيمة ذلك قائماً ليس له حق البقاء، وإن شاء قلعه وأخذ أرش ما نقصه القلع وهو ما بين قيمته مقلوعاً وقائماً لا بقاء له. قيل ن: إلا بأجرة. وإن شاء ترك الزرع ونحوه

قبل العلم بالشفيع فيجعلانه متعدياً بنفس الشراء.

قلت: في الحكم (١) لا الإثم.

[الشافعي ومالك]: له كل تصرف قبل الحكم، فإذا أمر بالقلع استحق الأرش مطلقاً. [أبو يوسف]: بل يخير المشتري بين أخذ القيمة أو القلع [القطع].

قلت: هو بعد الطلب متعدي وقبلة غير متعد، فثبت له حكمهما.

وحيث البناء والغرس لا قيمة له لا يلزم الشفيع شيء.

قلت: لكن للمالك رفعه.

وإن تصالحا بشيء جاز؛ لعموم قوله ﷺ ((الصلح جائز بين

المسلمين)) (٢).

فَرْعٌ: فأما الزرع فللشفيع حيث لم يبذره المشتري ولا نبتة كالشجر، وحيث بذره بعد الطلب يقلع؛ للتعدي.

[الإمام يحيى]: بل يبقى إلى متنهاه بالأجرة وفاء بالغرضين (٣).

قلت: لا وجه لذلك مع كونه متعدياً.

فَرْعٌ: وحيث لزمه القلع فتمرد يقلعه الحاكم، فإن لم يكن فالشفيع (٤)؛ إذ له

ولاية في دفع الضرر عن نفسه.

٣٢٧٢ - **سَأَلَتْ:** وللشفيع الفوائد الأصلية إن حكم له وهي متصلة؛ إذ المشتري

كالوكيل للشفيع بالشراء فكأن الملك له من يوم العقد.

[الهادي]: ويرجع المشتري بما غرم في إصلاحها؛ إذ هو غير متعد. [المؤيد بالله]: لا؛

مما له حد ينتهي إليه إلى وقت حصاده. هذه ثلاث خيارات في الزرع وهذا هو المذهب. (شرح).

(١) أي: في الظاهر.

(٢) قوله: «الصلح جائز بين المسلمين»: تقدم وسيأتي.

(٣) وهما عدم فساد الزرع وضمان الكراء للشفيع. (شرح).

(٤) بل له قلعه مستقلاً قبل إذن الحاكم كما ذكروا في الغاصب.

إذ أنفق على ملك نفسه (١) ولم يغرره أحد (٢).

٣٢٧٣- **سَأَلَتْ:** [العقرة وأبو حنيفة وأصحابه والكرخي]: فإن حدثت بعد الشراء واستهلكها المشتري قبل الحكم للشفيع طابت له؛ إذ هي نماء ملكه حيثئذ، ولا يحط لأجلها شيئاً من الثمن؛ إذ لم يشملها العقد. فإن اشتراه ثمراً مع الثمر ففصله ثم قام الشفيع فوجهان: [الإمام يحيى]: أصحابها يأخذها الشفيع مع البقاء؛ إذ هي من جملة المبيع وهو كالوكيل للشفيع، وفصلها لا يبطل حقه.

وقيل: بل يملكها المشتري بالفصل (٣)؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الشفعة فيما لم يقسم))، والمفصول في حكم المقسوم، لكن يحط بحصتها من الثمن؛ إذ هي بعض المبيع وقد تعذر رد العين؛ للخبر. قلت: وهو الأصح للمذهب (٤).

٣٢٧٤- **سَأَلَتْ:** فإن حدثت بعد العقد وحكم للشفيع وهي متصلة للشفيع عندنا؛ إذ هي نماء ملكه. [الإمام يحيى وغيره]: بل للمشتري؛ إذ لم يشملها العقد وحدثت في ملكه كلبو باع جِراً فيه ثوب فلا شفعة في الثوب.

قلت: التحقيق: أنه إذا كان الحكم ناقلاً للملك من حينه فالأمر كما قالوا، وإن كان مُصَيِّراً للمشتري كالوكيل للشفيع فكما قال أصحابنا، خلا أنه يلزمهم أن يستحق الشفيع ما حدث بعد العقد، وجَدَّه المشتري قبل الحكم، وهم لا يقولون به إلا أن يقولوا: فصل الخبر، وكلا الوجهين محتمل.

فَرَعٌ: فإن اشتراه وعليه ثمر لم يبلغ الجذاذ ثم أجدَّ معه فاستهلكه حط للشفيع

(١) يحترز به ممن أنفق على ملك شريكه. (شرح).

(٢) يحترز ممن شرى عبداً فبان حراً فإنه يرجع على من غره بما أنفق. (شرح).

(٣) إلا أن يكون الشفيع خليطاً فله.

(٤) في غير الخليط.

حصته من الثمن بقدر تقويمه يوم العقد. وما لا يتقوم وحده كالبنذر والبقل والتمر الذي لم يصلح قُوم أصله معه فتقوم الأرض مبذورة^(١) وغير، والشجرة مثمرة وغير، فما بينهما فهو القيمة فينسبها ويحط قدرها من الثمن.

٣٢٧٥- **سَأَلَتْ:** [الهادي وأبو يوسف]: وعلى الشفيع غرامة زيادة فعلها المشتري قبل الطلب للنماء لا للبقاء كقيمة الغرس والبناء؛ إذ المنافع كالأعيان. [المؤيد بالله وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن]: لا، كالعلف؛ إذ لا رسم له، إذ أنفق على ملكه. لنا: القياس^(٢).

٣٢٧٦- **سَأَلَتْ:** [العتره وأبو حنيفة وأصحابه وقول للشافعي]: وما استهلكه المشتري من المبيع. قلت: أو هلك بفعل غيره، وقد اعتاض -حط حصته من الثمن؛ إذ هو في مقابلة جميعه فالزامه الشفيع كله ظلم، وإذ دفعه قيمة الباقي أو المشتري قيمة التالف يستلزم خسراً أو ربحاً^(٣)، فيخالف وضعها.

فَرَعٌ: [أبو طالب]: فيقوم التالف وينسب من الثمن فحيث قُدِّرَ النقص نصف القيمة حط نصف الثمن سواء كان مساوياً لها أم زائداً^(٤) أم ناقصاً. [قول للشافعي]: بل يخير الشفيع بين أخذ الباقي بجميع الثمن وبين تركه؛ إذ هو أخذ لا يلام عليه،

(١) قال الفقيهان علي الوشلي ويحيى البحيح: هذا إذا كان البذر معلوماً فأما إذا كان مجهول القدر فالبيع فاسد فلا شفعة فيه. (شرح بحر).

(٢) على الغرس والبناء بجامع أن كلاً منهما للنماء غير متعدد فيه. (شرح بحر).

(٣) فالخسر حيث يكون المشتري اشتراه بفوق قيمته، والربح حيث يكون اشتراه بدونها، والخسران والربح يخالفان موضعها؛ إذ هو أن يأخذ الشفيع بالثمن الذي دفعه المشتري من غير زيادة أو نقصان. (شرح بحر).

(٤) فإذا اشترى شيئاً بائة وخمسين وقيمه مائة ثم استهلك ما قيمته خمسون فقد استهلك نصف المبيع فيحط نصف الثمن وهو خمسة وسبعون، وإن اشتراه بائة وقيمه مائة وخمسون ثم استهلك ما قيمته خمسون فقد استهلك ثلث المبيع فيحط ثلث الثمن وهو ثلاثة وثلاثون وثلث، وهذا إذا أمكن تقويم المستهلك على انفراده أما إذا لم يمكن كعور الدابة وكسرها قوم مع بقاء المستهلك ومع عدمه فما بينهما فهو قيمة المستهلك فيقسم الثمن عليه. (قرئ).

فأشبهه الآفة السماوية.

قلنا: الآفة ليست بجناية، فافترقا.

٣٢٧٧- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: وعلى المشتري طم^(١) بئر أو نحوها^(٢) حفرها ولا منفعة فيها، وكذا قلع ما غرسه ولا نفع فيه، وعليه أرش النقص^(٣)؛ إذ عليه تسليمها كما أخذها.

٣٢٧٨- **سَأَلَتْ:** فإن نقص بأفة سماوية خير الشفيع بين أخذ الباقي بكل الثمن أو تركه اتفاقاً، وإن كان بجناية الغير وأخذ المشتري الأرش فكجنايته؛ إذ أخذ ما هو حق للشفيع وإلا فكالآفة؛ إذ لا جناية منه ولا أخذ.

قلت: لكن يرجع الشفيع بالأرش^(٤) على الجاني؛ إذ المشتري كالوكيل له، وكلو جنى^(٥) وهو في يده^(٦).

فَرَعٌ: والإبراء كالقبض، فإن قبض البعض حاص بقدره. وإن صالح البعض فكالاستيفاء في الأصح^(٧).

فَرَعٌ: فإن نقص بفعل الشفيع^(٨) ما لا قسط له من الثمن كالعور والخصي فكالآفة السماوية، وحيث له قسط من الثمن كأبواب الدار يأخذ الدار بحصتها ويغرم للمشتري قيمة الأبواب.

فَرَعٌ: والمطالبة بالأرش إلى من هو في يده، فالمشتري لكونه في ضمانه والشفيع

(١) الأولى أنه لا يلزم الطم ونحوه.

(٢) كالحفير والخندق. (شرح).

(٣) المذهب لا أرش.

(٤) وقيل: إن المشتري يطلب الأرش ويحط عن الشفيع بحصته من الثمن فإن لم يطالب المشتري خير الشفيع إما شفع وإلا ترك.

(٥) الجاني.

(٦) أي: الشفيع.

(٧) إذا صالح أو أبرأ مع إمكان الاستيفاء.

(٨) قبل تملك المبيع. (بيان).

لكونه المالك بعد القبض.

قلت: وإن كان في يد البائع فعلى الخلاف في كونها فسخاً أم نقلاً، وفيه نظر^(١).
 ٣٢٧٩- **سَأَلَتْ:** [الهادي وأبو طالب والإمام يحيى وأبو يوسف]: وإذا تنسخ المبيع شفع بمدفوع الأول؛ إذ هو الموجب للشفعة وطالب من هو في يده، وتنسخ العقود فيترادون حتى يرجع لكل ما دفع كاملاً. [القاضي زيد]: أراد الهادي إن أطلق شفع بالأول؛ لما مر^(٢)، وإلا فله تعيين أي الأثنان أرفق به؛ إذ كل العقود موجبة للشفعة^(٣).

[الشافعي]: يخير بين فسخ الثاني والأخذ بالأول، أو تقرير الأول والأخذ بالثاني؛ إذ كلها موجبة. [أبو حنيفة^(٤) ومحمد بن الحسن]: يخير من غير فسخ؛ لاستواء العقدين في إيجابها. قلت: وعن [المنصور^(٥) والأستاذ]: إن أطلق تعيين ثمن من أخذه منه. [الأستاذ]: فإن التبست الأثنان فله أن يقول: شفعت بأرفقها^(٦).

قلنا: الموجب للشفعة هو الأول فتعين ما عقد به.

فَرَعٌ: [المؤيد بالله]: فإن باعه الأول بهائة والثاني بخمسين فدفع الشفيع المائة إلى الثالث رد للثاني خمسين؛ إذ قد بطل عقده بالشفعة فلا يستحق أكثر مما سلم؛ إذ يكون ربح ما لم يضمن.

(١) فإن قلنا بالفسخ فالمطالبة إلى البائع، وإن قلنا بالنقل فالمطالبة إلى المشتري ولكن هذا فيه نظر من حيث إنه لا يستحق الأرش إلا وهو مضمون عليه فلا وجه لمطالبته بل يكون ذلك إلى البائع لأن المبيع في ضمانه. (شرح بحر). والأقرب أن المطالبة إلى البائع والمشتري جميعاً.

(٢) إذ هو الموجب للشفعة.

(٣) وله أن يشفع بعقودهم الكل ثم له الخيار بأي الأثنان شاء. (بيان). ذكره في التمهيد ورواه في التقرير عن علي عَلَيْهِ السَّلَامُ.

(٤) رمز أبي حنيفة زيادة من بعض النسخ.

(٥) هذا في الغيث والزهور عن القاضي زيد، وأما المنصور بالله فقوله كقول الهادي، والأستاذ: أبو يوسف صاحب الزوائد. (شرح).

(٦) أي: أقلها.

قلت: أي: (١) يملك، واستحقها الثاني؛ لدفعه المائة للأول.

[الإمام يحيى]: بل يستحقها الثالث؛ إذ قد ملكه بدليل استمرار ملكه لو عفا الشفيع.

قلت: الشفعة أبطلت عقده وصيرته وكيلاً للشفيع، كما مر، فلو عفا لم يبطل [عقده] فلا وجه لما ذكر.

٣٢٨٠- **سَأَلَتْ:** ويحكم للحاضر في غيبة الأولى (٢)؛ لحصول سببه، ومتى حضر الأولى حكم له، وللأول حكم المشتري مع الشفيع فيما مر من استئثار وغيره (٣).

٣٢٨١- **سَأَلَتْ:** [العترة والفقهاء الأربعة]: وللشفيع نقض تصرفات المشتري كلها. [ابن أبي ليلى]: لا ينقض أيها.

لنا: ما سيأتي.

فَرَعٌ: وله نقض الهبة؛ لسبق حقه.

[المؤيد بالله وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن]: ويطالب المشتري (٤) لا المتهب إلا بعد الحكم له (٥)؛ إذ ليس معاوضاً، والشفعة معاوضة فهو كالأجنبي. [الإمام يحيى]: بل يطالب المتهب؛ إذ قد ملك كالمشتري فيسلم الثمن إليه ويرده المتهب للواهب؛ إذ قد بطلت الهبة.

قلت: المشتري معاوض فصح بالشفعة مصيره وكيلاً للشفيع، والمتهب غير معاوض فلا يصير كالوكيل فهو كالأجنبي تبطل الشفعة بمطالبته.

[مالك]: تصح الشفعة والهبة فيكون الثمن للمتهب.

لنا: ما مر.

(١) في نخ: أي: ما لم يملك.

(٢) عن مجلس الحكم.

(٣) من الرد بالرؤية والعيب. (شرح).

(٤) المذهب أن له مطالبة أيها شاء وإذا سلم الثمن للموهوب له رده على المشتري.

(٥) أي: للشفيع.

فَرَعٌ: [المؤيد بالله والشافعي]: وله نقض الوقف؛ لسبق حقه فكأنه وقف ما لم يملك. [أبو حنيفة والمازرجسي ورواية عن أبي يوسف]: لا؛ لخروجه بالوقف عن الملك. قلنا [قلت]: لم يخرج؛ لتقدم حق الشفيع، ففعل المشتري غير نافذ. [المذهب]: وله نقض عتقه؛ لذلك^(١). [الإمام يحيى والشيخ أبو طالب]^(٢): لا؛ لقوة نفوذ العتق بدليل تأبد مؤقتة وتتميم مبعوضه، ولا يطرأ عليه رق ولنفوذه في ملك الشريك.

قلنا: الشريك خصه الدليل فبقينا في غيره على القياس^(٣).

فَرَعٌ: فإن عفا الشفيع نفذ العتق؛ لزوال المانع.

وقيل: لا، كلو أعتق قبل الملك ثم ملك.

قلت: ملك هذا ثابت عند العتق لكن غير مستقر.

فَرَعٌ: وله نقض استيلاده، ولا مهر^(٤)؛ إذ وطئ في ملكه والولد حر نسيب؛ لذلك. [الإمام يحيى]: وعليه قيمة نصيب الشفيع؛ إذ هو نساء ملكه، لكنه كالمستهلك بالحرية.

قلت: إلا أن يحكم للشفيع وهو متصل^(٥) فيضمن قيمته جميعاً؛ إذ استهلكه بالدعوة، والشفيع يستحقه.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى]: والولد من غيره كالثمرة، وقد مر حكمه، وقيل: كالزرع فيكون بينهما؛ إذ لم يشمل العقد.

قلت: الحق في الزرع أنه إن شمله العقد فهو جزء من المبيع، وإلا فهو للباذر،

(١) لسبق حقه.

(٢) الشيخ أبو طالب: هو ابن أبي جعفر صاحب الكافي.

(٣) على سائر التصرفات من أن له نقضها فكذا العتق قياساً عليها.

(٤) يعني: مهراً كاملاً بل حصّة شريكه.

(٥) يعني: قبل وضعه والتقويم يوم الولادة.

والولد أشبه بالثمر فله حكمه^(١).

٣٢٨٢- **مَسْأَلَةٌ:** ولو شري أرضاً قيمتها عشرون مع سبيكة وزنها عشرة بخمسين درهماً احتمل أن يأخذ الشفيع الأرض بأربعين؛ إذ لو أخذها بحصتها لزم الربا.

٣٣٣- فصل في ازدحام الشركاء

٣٢٨٣- **مَسْأَلَةٌ:** [العرة وأبو حنيفة والمزني]: إذا ازدحم الشفعاء فالشفعة على الرؤوس لا على الحصص حيث اختلفت^(٢)، وقد مر^(٣) الخلاف.

٣٢٨٤- **مَسْأَلَةٌ:** ومن له نصف دار فباع ربعاً من شخص ثم الربع الباقي من آخر فالشفعة لصاحب النصف فإن عفا فلمشتري الربع الأول.

[الإمام يحيى]: ويحكم له إذا غاب من له النصف ومتى حضر حكم له كالجار مع الخليط.

وقيل: بل يشترك هو^(٤) وصاحب النصف؛ لاستوائهما في السبب^(٥).

قلنا: الربع غير مستقر؛ لجواز أن يشفع فيه ذو النصف.

وقيل: لا شفعة لذي الربع وإن عفا صاحب النصف؛ لعدم استقرار الربع.

قلنا: إذا عفا استقر.

٣٢٨٥- **مَسْأَلَةٌ:** ويشفع الحاضر من الشركاء في جميع المبيع حذراً من تفريق الصفقة إذا عفا الغائب، ومتى حضر فلكل حصته وفي دفعه كل الثمن تردد سيأتي.

(١) فيكون من الفوائد.

(٢) الحصص.

(٣) في الرابعة من الفصل السادس.

(٤) حيث حكم له بالشفعة أو سلمت له بالتراضي قبل أن يحكم عليه بشفعة الربع الأول.

(٥) وهو الخلطة، وتوقع زوال ملكه لا يمنعه عن الاستحقاق للشفعة. (شرح بحر).

٣٣٤- فصل: فيما تبطل به الشفعة وما لا

٣٢٨٦- **مَسْأَلَةٌ:** تبطل بالإبطال بعد العقد إجماعاً.

قلت: وإن جهل تقدمه، وبأي لفظ يفيدُه (١) كعفوت وأبطلت، بع ممن شئت، أو لا حاجة لي فيه.

[الهادي]: وبترك الحاضر الطلب في المجلس؛ إذ هي فورية، والتراخي كالإبطال (٢)، وتكفي الإشارة بالطلب ممن لا يمكنه النطق فإن أمكنه فلا.

[الهادي وأبو طالب وأبو العباس وأبو حنيفة وأصحابه]: ولا تبطل بالتراخي في المجلس (٣) إن شفع قبل التفرق ما لم يسقط حقه منها كخيار القبول. [المؤيد بالله والشافعي]: بل تبطل بالتراخي بعد العلم؛ لقوله ﷺ: ((الشفعة كنشطة عقال..)) الخبر، ونحوه (٤).

قلنا: خصصه القياس على خيار القبول (٥).

٣٢٨٧- **مَسْأَلَةٌ:** [تخريج أبي طالب وتخريج أبي العباس وأبو حنيفة]: وتبطل بترك المرافعة إلى حاكم البلد مرة؛ إذ لا تثبت بمجرد الطلب. [الناصر والمؤيد بالله والإمام يحيى]: لا تبطل؛ لتقييدها بالطلب.

قلت: وهو المذهب.

٣٢٨٨- **مَسْأَلَةٌ:** وتبطل بتمليكها الغير، ولو بعوض؛ إذ هو تراخ، ولا يلزم العوض؛ إذ هي حق. [أحد وجهي أصحاب الشافعي]: لا تبطل ويرد العوض.

قلنا: بناء على أصلهم في التراخي (٦).

(١) أي: يفيد الإبطال سواء أفاد بصرجه أو بالدلالة عليه فالأول نحو: عفوت عن شفعتي أو أبطلتها أو أسقطتها، والثاني نحو: بع ممن شئت أو لا حاجة لي في المبيع أو لا نقد معي. (شرح بحر).

(٢) باللفظ.

(٣) ما لم يعرض.

(٤) عنه ﷺ: ((الشفعة لمن واثبها فإن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على تاركها)). (شرح).

(٥) قد مر تفسيره. (شرح بحر).

(٦) أنه لا يبطل الشفعة.

قلت: أما بعد الطلب فالأقرب أنه كإبطائها.

٣٢٨٩- **سَأَلَتْ:** [المذهب والمؤيد بالله]: وتبطل بتولي الشفيع للبيع وكيلاً^(١)؛ إذ يلزمه تسليم المبيع؛ لتعلق الحقوق به؛ وفي تسليمه تسليم الشفعة^(٢)، بخلاف الولي^(٣) فالحقوق لا تعلق به فلا تبطل بتوليه^(٤). [الفريقان]: لا؛ إذ ليس في التولي أكثر من الرضا وهو غير مبطل.

لنا: ما مر.

[الإمام يحيى]: وكذا الخلاف في جعل الخيار له فأمضى.

قلت: بل لا تبطل بإمضائه عندنا والشافعي؛ إذ لا يلزمه التسليم وهو الموجب لبطلانها، وكذا^(٥) لو ضمن الشفيع عهدة المبيع أو تسليم الثمن، أما لو ضمن بعد نفوذ العقد أو أمضى والشارط المشتري كان تراخياً فتبطل^(٦).

٣٢٩٠- **سَأَلَتْ:** وإنما يُطالب بها المشتري؛ لانتقال الملك قبل القبض وبعده، لا البائع. [أبو العباس]: إلا حيث المبيع في يده^(٧) فله مطالبته؛ إذ هو مضمون عليه بدليل تلفه من ماله. [المؤيد بالله]: لا؛ إذ قد بطل ملكه بمجرد العقد.

قلنا: بضمانه أشبه المشتري.

٣٢٩١- **سَأَلَتْ:** [العرة والشافعي]: وتبطل بطلبه المبيع بغير الشفعة^(٨) من هبة أو

(١) ما لم يصف.

(٢) هكذا ذكره أهل المذهب. قال الفقيه محمد بن يحيى: وفيه نظر؛ لأن التسليم لا يجب هنا على البائع إذا طلب الشفعة. (شرح بحر).

(٣) وكذا الوكيل بطلب الشفعة قبولها للبيع بالوكالة والولاية لا يبطل شفعة من بنوبان عنه؛ إذ ليس لها تسليمه فلم تبطل بذلك بخلاف شفعتها فتبطل. ذكر معنى ذلك في الغيث. (شرح بحر).

(٤) شفعة من تولي عليه.

(٥) لا تبطل.

(٦) مع علمه بثبوتها مثل اختياره التمام إذا كانت له لا إن كان ولياً لغيره أو وكيلاً له بطلبها فلا تبطل. (بيان).

(٧) أي: في يد البائع فإن الشفعة لا تبطل بمطالبة الشفيع له.

(٨) إذا هو عالم بذلك.

نحوها^(١)؛ إذ هو إعراض عنها.

٣٢٩٢- **سَأَلَتْ**: [المذهب والفريقان]: ولا تبطل بتقديم السلام؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه))^(٢). [المؤيد بالله والمرضى والأستاذ]: يعد إعراضاً فتبطل.

قلنا: لا نسلم.

قالوا: تراخ.

قلنا: لا يعد متراخياً كلبس الثياب والانتعال وإتمام غسل الجنابة.

٣٢٩٣- **سَأَلَتْ**: [أبو العباس وأبو حنيفة وأصحابه]: وتبطل بترك الغائب الطلب بلسانه^(٣) عند بلوغ الخبر وإن لم يحضره شاهد؛ ليتعين خروجه لأجلها. [الإمام يحيى وغيره^(٤)]: لا تبطل؛ إذ لا فائدة له.

قلت: وهو قوي إذ لا دليل على اعتبار اللفظ حيث لا شاهد.

٣٢٩٤- **سَأَلَتْ**: [أبو طالب وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي]: ولا تبطل بتقديم ابتداء فرض تضيق ولا بإتمامه الموسع؛ للزومه بالدخول، فإن أتم نفلًا ركعتين لم تبطل أيضاً؛ إذ لا يعد متراخياً، لا لو أتمه أربعاً.

[الإمام يحيى حكاية عن المذهب]: فإن ابتدأ الفريضة بعد علمه أو توضأ لها بطلت شفيعته؛ للخبر. [أصحاب الشافعي]: لا؛ إذ لا يعد متراخياً في العادة. قلنا: لا نسلم مع توسع الوقت.

(١) كالبيع والصدقة ونحوهما. (شرح).

(٢) (قوله): «من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجيبوه»: قال في التلخيص: ذكره ابن عدي (٢٩٠/٥) في ترجمة حفص بن عمر الأيلي وهو متروك بلفظ: ((السلام قبل السؤال، من بدأكم بالسؤال قبل السلام فلا تجيبوه)). [أبو نعيم في الحلية (١٩٩/٨) عن ابن عمر]. وفيه منسوباً إلى الترمذي (٢٦٩٩) من حديث جابر: ((السنة السلام قبل الكلام)) وقال: إنه منكر. وحكم عليه ابن الجوزي بالوضع. [الدليمي (٣٥٣٧) والقضاعي (٣٤) وأبو يعلى (٤٨/٤)].

(٣) إذا كانت غيبته ثلاث مراحل فما دون.

(٤) هو ابن أبي الفوارس. (شرح بحر).

فإن علم وهو في عمل كقطع شجرة بطلت إن لم يترك.
 ٣٢٩٥- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب]: فإن لم يشهد عند خروجه أن سيره لأجلها مع الإمكان بطلت؛ لاحتمال كونه لغيرها. [المؤيد بالله والإمام يحيى]: لا؛ إذ الظاهر أنه لها. [الإمام يحيى]: وهو ظاهر إطلاق الهادي في الأحكام.

[الإمام يحيى]: فإن كان الشفيع حاضراً في مصر المشتري فلم يشهد^(١) أن مسيره لطلبها فالأصح بطلانها.

قلت: وهو قوي هنا؛ إذ لا يظهر هنا أن سيره لها، بخلاف النائي.

٣٢٩٦- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: فإن بلغه الخبر ليلاً ولم يخرج فوراً بطلت إلا لخوف^(٢).

[هب]: ولا يغني الإشهاد على طلبها عن السير أو البعث مع عدم العذر. [أبو حنيفة وأبو يوسف]: يكفي.

قلنا: القصد بالطلب الأخذ فلا يكفي وحده.

٣٢٩٧- **سَأَلَتْ:** [القاسمية والإمام يحيى وأبو حنيفة وأصحابه]: ولا تبطل بفعله ما يبطلها جاهلاً، كتركه إياها لظنه فساد العقد أو أن لا شفعة للجار أو في المنقول؛ إذ الجهل عذر كالتراخي للخوف.

[الهادي]: ولو جهل أن تركها مبطل لم تبطل. [أبو طالب]: هذا حيث هو قريب عهد بالإسلام؛ إذ يبعد أن يجهل ذلك مسلم.

قلت: ليس بعيداً ممن لم يختلط بالأمصار.

[المؤيد بالله وغيره]: بل تبطل بذلك وإن جهل كإبطال علي عليه السلام حق السيد حين قال لعبده: «طلق» جاهلاً.

(١) المختار أنه لا يحتاج إلى إشهاد، ولا فرق بين الحاضر والناهي.

(٢) فلا تبطل.

قلنا: الجهل كالنسيان^(١)، وقد قال ﷺ: ((رفع عن أمتي الخطأ والنسيان))^(٢) ثم إن الشرع قد يعذر الجاهل في كثير، ومنه قوله ﷺ: ((إن الله يغفر للجاهل مائة ذنب...)) الخبر^(٣)، وفعل علي عليه السلام محتمل، وقد مر توجيهه^(٤).

فإن ترك جهله ملك السبب أو اتصاله لم تبطل اتفاقاً كولو لم يعلم البيع.
٣٢٩٨- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب]: ولو سلمها لإخباره بأمر فانكشف خلافه لم تبطل فله الطلب. [الإمام يحيى وأبو حنيفة وأصحابه]: إن أخبر أن المبيع الكل فسلم فانكشف النصف بطل حقه؛ إذ تسليمه للكل تسليم للنصف؛ إذ هو أخف.

قلنا: قد يختلف الغرض فقد يعجز عن ثمن الكل دون النصف أو نحو ذلك^(٥).
[الإمام يحيى وأصحاب أبي حنيفة]: فإن بلغه أن الثمن كذا فسلم فانكشف أكثر لم يعد حقه منها؛ إذ تسليمها مع الأغلظ أولى، وكذا لو بلغه أنه شري الكل بمائة فانكشف أنه النصف بالمائة.

قلت: إلا أن يظهر غرض في الأغلظ^(٦).

فلو بلغه أن الثمن من جنس كذا فانكشف خلافه فله أن يشفع.

(١) إذ الجاهل والناسي مستويان في فقد العلم فاستويا في الحكم. (شرح بحر).

(٢) (قوله): «رفع عن أمتي... الخ»: تكرر ذكره.

(٣) (قوله): «إن الله يغفر للجاهل مائة ذنب...» الخبر: تامه: ((قبل أن يغفر للعالم ذنباً واحداً)) كذا روي والله أعلم. [أخرج عكس هذا الخبر الإمام المرشد بالله في الأمالي بسنده عن أبي هريرة وأبو نعيم في الحلية (١٨٨/٨) وابن عساکر (١١٨/٥٦) عن أبي هريرة بلفظ: ((وإن الله ليغفر للعالم أربعين ذنباً قبل أن يغفر للجاهل ذنباً واحداً)) والديلمي (٢٨٦٥) وأخرجه القضاعي (١٢٧٦) عن ابن عمر].

(٤) هذا الخبر قد مر في النكاح الموقوف وفي نكاح المالك ولم يذكر فيه توجيهه لكن في هذا الموضوع من الانتصار أنه محمول على أحد وجهين: إما لأن هذه قصة في عين لا يدرى كيف وقعت، وإما لأن السيد قد أجاز النكاح قبل أمره بالطلاق فلهذا بطل خيار السيد في الفرقة بين العبد وأمراته. (شرح بحر). والأولى في الجواب أنهم يفرقون بين الجاهل والعلم في الأفعال، وأما الأقوال فلا يفرقون في ذلك، فإذا قال جاهلاً ما يبطلها بطلت كما في خبر علي عليه السلام.

(٥) أن يخبر أن الشراء لزيد دون عمرو.

(٦) نحو: أن يكون قد حلف لا شفع بدون كذا فأخبر أولاً بدونه، وعلل الجملة فأبينا سلم شفيعته لغرض فتبين خلافه فهو على شفيعته، والقول قوله أن تسليمه لذلك الغرض ما لم يكن الظاهر خلافه. (صعيتري).

٣٢٩٩- **مَسْأَلَةٌ:** [أكثر العترة والفقهاء]: وتجاوز الحيلة في إبطال الشفعة. [الناصر]: كل حيلة في الشفعة وغيرها من المعاملات التي تجري بين الناس فأنا أبطلها ولا أجزئها؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا يبطل حق في الإسلام)) ونحوه^(١). [محمد بن الحسن]: إن قصد التحيل لم تصح؛ لما مر، وإلا صحت. [الإمام يحيى]: إبطالها قبل ثبوتها جائز كأبطال شفعة الجار بتقديم هبة جزء من المبيع للمشتري؛ إذ لم يبطل بذلك حق قد تقرر، وقد ورد الشرع بالحيلة كآية الضغث، فوردت حيلة في دفع الخنث باليمين، ولم يكن قد تقرر، وأما بعد تقررها فيكره؛ للآثار، نحو: أن يبيع بألف ثم يهب للمشتري تسعمائة.

قلت: الشفعة لا تستحق إلا بالطلب، ولا حرج في تجنب ما يلزم معه حق كتجنب ملك النصاب لثلاث تجب الزكاة ونحو ذلك^(٢).

فَرْعٌ: والحيلة نحو الشراء بثمن جزافاً ككف دراهم، ثم يُسْتَهْلَك قبل معرفة العدد.

قلت: وكذا لو أدخل مع المعلوم صبرة طعام لا يعلم قدرها، واستهلك قبل معرفة القدر، وكالشراء^(٣) بألف ثم يدفع عنه عرضاً يساوي مائة أو يهب تسعمائة، أو يهب البائع المبيع ويتهب الثمن.

٣٣٠٠- **مَسْأَلَةٌ:** [العترة والفقهاء الأربعة]: ولا تبطل بالإبطال قبل البيع؛ إذ هو إسقاط للحق قبل ثبوته فلا تأثير له كأبطال الأجنبي. [البتي وسفيان الثوري]: بل تبطل؛ لظاهر قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا يحل لشريك أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء

(١) (قوله): «لا يبطل حق في الإسلام»: لم أقف على أصله ونحوه، كقوله: ((من غشنا فليس منا))، ((لكل غادر لواء يعرف به يوم القيامة)) وأمثالها. [أخرج الأول الإمام زيد عَلَيْهِ السَّلَام في المجموع عن علي عَلَيْهِ السَّلَام وللويد بالله في شرح التجريد وقد روي الحديث عن أبي سعيد وابن عمر وأبي هريرة وغيرهم، وأخرج الثاني أبو العباس في المصابيح عن علي عَلَيْهِ السَّلَام والأمير الحسين في الشفاء، وقد روي عن أبي سعيد وابن مسعود وأنس وأبي هريرة وغيرهم.]

(٢) كجعل المهر جواري. (شرح).

(٣) المثال الصحيح: استهلاك الصبرة المجهولة بعد انبرام البيع؛ إذ لا تبطل الشفعة على مثال الكتاب.

أخذ وإن شاء ترك»^(١) فصحح الترك قبل البيع.

قلت: يعني: إن شاء شري وإن شاء ترك الشراء فلا مدخل للشفعة هنا.

[الإمام يحيى]: والإجماع على خلاف ذلك.

٣٣٠١- **مَسْأَلَةٌ:** [المنتخب]: ولو قال المشتري للشفيع حين طلبها: أحضر الثمن

لأسلم المبيع، فغاب ولم يُحضره لم تبطل شفيعته؛ إذ قد تقررت بالطلب، وكمطل

المشتري^(٢). [الفنون وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: بل تبطل؛ لإضراره بالمشتري.

قلنا: يمكن إزالته بالمرافعة.

٣٣٠٢- **مَسْأَلَةٌ:** [العتره وأبو حنيفة والشافعي]: ولا تبطل بترك تكرار المرافعة إلى

الحاكم؛ إذ قد تقررت بالطلب. [أبو يوسف]: تبطل؛ إذ يكون إعراضاً.

قلنا: لا إعراض بعد المرافعة الأولى.

٣٣٠٣- **مَسْأَلَةٌ:** ولا تبطل بموت المشتري إجمالاً؛ إذ لم يفصل الدليل، وفي موت

الشفيع ما مر^(٣).

٣٣٠٤- **مَسْأَلَةٌ:** [العتره وأبو حنيفة وأصحابه]: وحط بعض الثمن قبل قبضه يلحق

العقد؛ إذ لو رده^(٤) المشتري بعيب لم يرجع إلا بما بقي بعد الخط، فكأن العقد وقع

بما بقي فقط، وإذا لحق بالعقد ثبت للشفيع كالمشتري. [الناصر والشافعي]: يلحق في

مجلس العقد لا بعده فيأخذه الشفيع بكل الثمن، كلو أبرأ من البعض؛ لاشتراكهما

في كون كل واحد منهما إسقاطاً عن ذمة المشتري. [الإمام يحيى]: ليس كالإبراء؛ إذ هو

نقص من الثمن حتى كأن العقد لم يقع إلا بالباقي.

قلت: بل الأصح أنهما سواء في الحكم، كما سيأتي^(٥).

(١) (قوله): «لا يحمل لشريك».. إلى آخره: تقدم.

(٢) فإنه لا يبطل البيع.

(٣) من الخلاف.

(٤) الضمير للمبيع لا للثمن. (شرح بحر).

(٥) في الثانية من الفصل الثاني عشر. (شرح بحر).

فَرْعٌ: فأما حط الكل فلا اتفاقاً؛ إذ لو لحق العقد بطل؛ إذ يصير كأنه عقد بغير ثمن (١)، فإن حطه دفعات لم تلحق آخر دفعة (٢).

فَرْعٌ: فأما بعد القبض أو بلفظ الهبة أو التملك فلا تلحق اتفاقاً؛ إذ هو عقد آخر.

فَرْعٌ: فأما الزيادة في الثمن فلا تلحق العقد في حق الشفيع؛ إذ قد استحقها بما وقع به العقد، والزيادة إنما تثبت بتراضيها، والتراضي على إثبات حق على الغير لا يصح.

[الإمام يحيى]: والحط يصح وإن لم يرض المشتري.

قلت: إن أراد أنه لا يبطل بالرد ففيه نظر (٣).

فَرْعٌ: فلو سلم الشفيع لكثرة الثمن ثم وقع الحط عاد له حق الشفعة؛ لزوال المانع.

٣٣٠٥- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: وليس للمشتري الإقالة بعد علمه بطلب الشفيع. [أبو العباس]: أراد التحريم؛ إذ فيه إبطال حق مستحق فلا تصح (٤) لو وقعت. [المؤيد بالله]: بل الكراهة فتصح.

قلنا: الظاهر خلافه.

فَرْعٌ: فإن سلم الشفيع ثم تقايل المتبايعان عاد له حق الشفعة؛ إذ هي كعقد

(١) قال الفقيه يوسف: لكن إن أخذ المبيع من المشتري فثمنه له، وإن أخذه من البائع فثمنه للبائع على القول بأن الأخذ بالشفعة فسخ لا على قولنا إنه نقل للمشتري ولا شيء للبائع. (شرح بحر).

(٢) فيشفع بها إن علمت وإن جهلت بطلت الشفعة. أي: لم يحكم بها فلو علمت بعد أن جهلت صحت الشفعة.

(*) فيأخذه الشفيع بالدفعة الأخيرة. (قرير).

(٣) لأن هذا إبراء وهو يبطل بالرد عندنا وأبي حنيفة وأصحابه خلاف الإمام يحيى والشافعي، كما سيأتي. (شرح بحر).

(٤) المذهب أنها تبقى موقوفة فإن بطلت الشفعة صحت.

جديد في حق الشفيع. [الإمام يحيى]: بل فسخ لأصل العقد بدليل صحتها من دون ذكر الثمن فلا تتجدد له الشفعة بعد إبطاله.

قلت: إيجاب وقبول يستلزم العوض فأشبهه البيع فلزم تجدها.

٣٣٠٦- **سَأَلَتْ**: وإذا كانت الشفعة مشتركة فرد أحد الشفيعين حصته بعيب لم يبطل حق شريكه إن رضي بالعيب.

[الإمام يحيى والشافعي]: وله (١) أخذ الحصتين معاً. [أبو حنيفة ومحمد بن الحسن]: لا

يلزمه كلو لم يرد شريكه.

قلنا: بل يأخذه (٢)، كلو عفا شريكه.

٣٣٠٧- **سَأَلَتْ**: [العترة والفقهاء الأربعة]: ولا تبطل بשרاء الشفيع لنفسه، فلو اشترى

أحد الخلطاء حصته فشفعه الثالث لم يستحق كل الشقص بل نصفه كلو اشتراها غيره. [الحسن البصري والبتي وابن سريج]: بل تبطل فيأخذ الشفيع جميعه.

قلنا: لا وجه لإبطال حقه مع قيام سببه.

٣٣٠٨- **سَأَلَتْ**: [المذهب والشافعي]: ولا تبطل بسرائه لغيره. [أبو حنيفة]: تبطل.

قلنا: لا يتضمن تسليمه المبيع، بخلاف بيعه له.

قلت: لكن يطلب الشفعة من نفسه ويُشهد (٣) وليس له أن يسلم إليها؛ إذ لا

يستحق الإنسان على نفسه حقاً.

[الإمام يحيى]: الشراء كاف في الطلب فلا يطلب نفسه.

قلت: فيه نظر؛ إذ لا طلب قبل البيع.

فَرَعٌ: أما لو باع الأب من ماله ما لابنه فيه شفعة كان له أن يشفع، كلو (٤) باعه

(١) أي: عليه.

(٢) جميعاً.

(٣) على الطلب.

(٤) هذا علة لصدر الفرع، أي: كلو باعه الأب بوكالة الغير فشفعة الابن ثابتة كما مر. (شرح).

بالوكالة. وقيل: لا.

قلنا: ملك حق التسليم^(١)؛ لأجل الوكالة، لاحق التسلم^(٢)؛ إذ هو بالولاية.
 ٣٣٠٩- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: وما وهب لله ولعوض فللعوض؛ لما سيأتي، فلا تبطل الشفعة، فلو قال: هب من ابني كذا لله لأهبك كذا فوهب صح^(٣)؛ إذ السؤال كالقبول، وكلو قال: بعث منك كذا لله بثمان كذا، فذكر الله لغو فيها؛ لما سيأتي.
 [الإمام يحيى]: فلو [فإن] قال: وهبت منك كذا بشرط أن تهب لي كذا اعتبر القبول^(٤) أو الامثال في المجلس؛ إذ لا سؤال يغني عنه.
فَرَعٌ: ويُشفع فيما وهب للابن اتفاقاً وكذا فيما وهبه الأب^(٥) في الأصح؛ إذ ملك ببدل وإن لم يصر إلى الواهب.

فإن قال: هب من ابني لأهب من ابنك فلا شفعة؛ إذ لم يملك أيهما ببدل.
 ٣٣١٠- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: وطلب الشفعة في الشيء إقراراً بالملك للمشتري فلا تصح دعوى ملكه من بعد^(٦)، فإن قدم دعوى الملك فعجز عن تصحيحها فله الشفعة^(٧)؛ إذ لا تنافي^(٨).

قلت: إذ دعوى الملك ليست إقراراً ببطان البيع كما أن دعوى الوكيل ليست إقراراً لأصله كما سيأتي، وهي^(٩) أيضاً عذر في التراخي عن الشفعة، لجهله

(١) للمبيع.

(٢) يعني: تسليم الشفعة.

(٣) أي: فعلها ولم تبطل الشفعة. (شرح بحر).

(٤) لأن هذا عقد؛ إذ الباء عقدية.

(٥) من مال ابنه.

(٦) لعله أراد لا يصح الدعوى في المجلس. (قررو).

(٧) المذهب بطلان الشفعة بدعوى الملك (قررو).

(٨) أي: بين دعوى الملك ودعوى الشفعة.

(٩) أي: دعوى الملك.

استحقاقها قبل بطلان الملك^(١).

٣٣١١- **سَأَلَتْ:** وإذا رد المبيع بخيار رؤية أو شرط أو عيب قبل طلبها بطلت؛ إذ فُسِّخَ العقد قبل استحقاقها لا بعد الطلب^(٢)؛ إذ هو بعد تقرر حق الشفيع^(٣).
وقيل: لا تبطل مطلقاً؛ لثبوت حق الشفيع بمجرد العقد فلا يبطله الفسخ كالإقالة.

وقيل: بل تبطل مطلقاً؛ إذ الفسخ هنا إبطال لأصل العقد فكأنه لم يقع.
[الإمام يحيى]: تبطل مطلقاً حيث فسخ برؤية أو شرط؛ إذ يُبطلان أصل العقد، لا بالعيب؛ إذ لم يُثَبِّتْ عليه العقد، وربما ثبت، وربما لم يكن، فلا تبطل بالمحتمل.
وقيل: تبطل مطلقاً إن فسخ بالحكم، وإلا فلا.

قلت: طلب الشفيع يصير المشتري كالوكيل فيَقْوَى حقه وَيُضَعَّفُ ملك المشتري بدليل منعه من الانتفاع بعد الطلب فلم يملك الفسخ بعده.
٣٣١٢- **سَأَلَتْ:** والمعتبر في الخوف المبيح للتراخي هو ما يعتبر في الإكراه على العقود، فأما الخوف اليسير فليس عذراً. [أبو حنيفة]: تبطل إن تركها للخوف مطلقاً؛ إذ يقول: بوقوع طلاق المكره. [المنصور بالله]: الوَحْشَةُ في الطريق عذر كالخوف الكثير.

قلت: التحقيق أن المعتبر أن يخشى ضرراً في نفسه أو فوت قسط من ماله^(٤) يساوي ضرر فوته ضرر فوت الشفعة أو يُدَانِيهِ^(٥) وإلا لم يكن عذراً؛ إذ تركها

(١) وفي البيان: لا تصح الشفعة إلا أن يقول في دعواه الملك إنه من طريق الشفعة. ذكره الأستاذ وأبو مضر من غير فرق بين العلم والجهل، والوجه في بطلانها أن دعواه للملك قاض بأن البيع غير صحيح. (شرح فتح).

(٢) فلا تبطل.

(٣) إلا أن يكون الفسخ لغبن في عقد الوكيل أو الفضولي لم يمتنع بل يثبت الفسخ وتبطل الشفعة.

(٤) إن تضرر به وإلا فلا.

(٥) أي: يقرب منه.

لدونه أمانة تسامحه بها.

[أصحاب الشافعي]: لو بلغه خبرها فاستاك وتوضأ وصلّى أو أخذ في أكل أو شرب مع الحاجة إليهما لم تبطل.

قلنا: يُعدُّ متراحياً مع التوسيع فتبطل؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((كنشطة عقال)) ونحوه. ٣٣١٣- **سَأَلَتْ**: ولو ادعى الشفيع أن تركه الطلب من المشتري لظنه أن المبيع قد تلف، أو حتى يقبضه المشتري لم يقبل؛ إذ ذاك غير عذر في التراخي، وكذا لو حضر فقال للمشتري قبل الطلب: اقض ديني، أو أدِّ وديعتي، بطلت^(١).

٣٣١٤- **سَأَلَتْ**: ومن اشترى شقصاً فأوصى به لشخص ثم مات وحضر الشفيع فهو أولى به؛ لتقدم حقه على الوصية، والثلث للورثة لا للموصى له؛ إذ لم يوص له إلا بالعين لا بدوها.

٣٣١٥- **سَأَلَتْ**: [الهادي]: ومن باع بعض شيء فسلم الشفيع ثم باع جميعه [باقية] كان على شفيعته.

قلت: أراد تبقى الشفعة في ذلك البعض الذي لم يبيع أولاً.

[أبو طالب]: أو باع^(٢) ثم تقايلا ثم باع^(٣) أو أظهر أنه استثنى فسلم فانكشف أنه لم يستثن.

٣٣١٦- **سَأَلَتْ**: [المذهب وأبو حنيفة وقول للشافعي]: ومن في يده شقص لغائب فادعى شراءه منه فشفع فيه صح الحكم للشفيع موقوفاً^(٤) على تصديق الغائب أو بينة فإن لم يكونا رجع بالأجرة على أيهما والقرار على الشفيع؛ إذ هو المستعمل.

(١) مع العلم .

(٢) يعني: النصف.

(٣) يعني: الجميع.

(٤) بصحة البيع وليس للحاكم أن يطلق حكمه بصحة الشفعة في ذلك بل يذكر فيه أنه موقوف على صحة البيع على أحد الأمرين أو بنكول الغائب على قولنا بذلك، والله أعلم. (شرح بحر).

٣٣١٧- **مَسْأَلَةٌ: (١)** [النصار]: وليس للشريك أن يقول: بع نصيبك مني لا من غيري فإنني أشفع؛ لإضراره^(٢)، ولا للشفيع أخذه بالشفعة لغيره إلا أن يقترض الثمن ويشفع لنفسه ثم يعطيه من شاء^(٣)؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ليس منا من غش)) ونحوه^(٤).

٣٣٥- فصل في الاختلاف

٣٣١٨- **مَسْأَلَةٌ:** [المذهب والمرئضى والمؤيد بالله والفريقان]: والقول للمشتري في قدر الثمن؛ إذ هو المباشر للعقد فالظاهر معه، ولتقرر ملكه فلا يتقل إلا بما يُقَرُّ به. [أحد قولي المؤيد بالله]: بل للشفيع؛ إذ المشتري يدعي الزيادة والظاهر عدمها. قلنا: المباشر أعرف. قلت: وجنسه^(٥) ونوعه وصفته.

قلت: أما بعد تسليم المبيع فالقول للشفيع^(٦) كالمشتري مع البائع^(٧). **فَرَعٌ:** [المؤيد بالله وأبو حنيفة وزفر ومحمد بن الحسن]: فإن بينا بينة الشفيع؛ إذ هو الخارج. [الشافعي وأبو يوسف]: بل بينة المشتري. قلت: بناء على أصلهما أن بينة الداخل أرجح، وسيأتي إبطاله.

(١) في نخ: فرع.

(٢) بالشريك.

(٣) وكذا قال المؤيد بالله في الإفادة لو كان الشفيع لا رغبة له ولا مال له فاستقرض الثمن وشفع ليجعلها لصديق له صح ذلك. (شرح بحر).

(٤) قوله: «ليس منا من غش»: تقدم ونحوه.

(٥) إذا كان يتعامل به في البلد وإلا كان عليه البينة، وكذا القول للمشتري حيث ادعى كل واحد غير نقد البلد أو كان فيها النقدان مستويين.

(٦) المذهب أن القول قول المشتري مطلقاً.

(٧) حيث اختلفا في ذلك بعد قبض المشتري للمبيع، فإن القول هناك للمشتري والبينة على البائع فهكذا هاهنا يكون القول للشفيع بعدما سلم له المشتري المبيع. (شرح بحر).

(*) وقد ذكر هذا الفقيه حسن والفقيه علي، بل القول للمشتري قبل التسليم وبعده. (شرح بحر).

[الشافعي]: يقرع بين البيتين.

قلنا: القرعة غير مشروعة، كما سيأتي.

قَرَعٌ: ولا تقبل شهادة البائع بالزيادة؛ إذ يجر إلى نفسه^(١) [لنفسه]، ولا بالنقصان؛ إذ يدفع عن نفسه إذا استحق المبيع.

٣٣١٩- **سَأَلَتْ:** [القاسمية والمؤيد بالله]: والإبراء إسقاط فيلحق العقد كالخط. [أحد قولي المؤيد بالله وأصحاب الشافعي]: بل تملك فلا يلحق كالهبة.

والقول للمشتري في أن الخط كان بلفظ الهبة أو نحوها، كما أن القول له في القدر، فإن بينا فكما مر^(٢).

والقول له في نفي الخط ونفي أنه كان قبل القبض؛ لذلك أيضاً^(٣).

٣٣٢٠- **سَأَلَتْ:** قلت: والقول للشفيع في قيمة الثمن العرض التالف^(٤)؛ إذ المشتري يدعي الزيادة.

[أحد قولي المؤيد بالله وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: فإن بينا فيينة المشتري؛ لتضمنها الزيادة. [الإمام يحيى وأبو حنيفة وأحد قولي المؤيد بالله]: بل بينة الشفيع؛ إذ يدعي نقل الملك بالثمن الناقص فهو كالخارج.

قلت: بناء على أن البينة عليه في قيمة العرض كقدر الثمن، وليس كذلك فإنها هنا سواء^(٥) فيبين مدعي الزيادة، وهناك المشتري مباشر للعقد فقبل قوله في الثمن.

٣٣٢١- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى والشافعي]: ولو قال المشتري: اشتريت بألف، فيين البائع أن العقد كان بألفين وحكم له - لم يلزم الشفيع الألف الآخر؛ لاعتراف

(١) استحقاقه للزيادة. (شرح بحر).

(٢) من أن بينة الشفيع أولى. (شرح).

(٣) كما أن القول له في القدر.

(٤) لا فرق بين الباقي والتالف بل القول للشفيع مطلقاً. (قررو).

(٥) لأن كلاً منهما يدعي تقويم المقومين، وفي قدر الثمن ادعى المشتري ما هو مباشر له فلذلك قبل قوله فيه. (شرح).

المشتري أنه ليس من الثمن. [أبو حنيفة]: بل يلزمه؛ إذ المشتري كالوكيل فما لزمه لزمه.

قلت: هو معترف أنه غير لازم^(١) له.

٣٣٢٢- **سَأَلَتْ:** [الهادي وأبو حنيفة والشافعي]: والقول للمشتري في نفي السبب وملكه؛ إذ الأصل عدم ثبوت الشفعة، ثم لو بينَّ كانت على النفي، أو أنه لفلان وهو غير مدع فلم تصح^(٢). [رواية عن أبي يوسف ورواية عن محمد بن الحسن]: بل القول للشفيع؛ إذ الظاهر معه^(٣) مع عدم المنازع.

قلنا: مسلم حيث لا يدعي حقاً يخالف الظاهر، وإلا فلا، كمدعي رق المقدوف أو كفره في دار الإسلام فالقول له، وإن كان الظاهر مع خصمه لما ادعى الحد على القاذف.

٣٣٢٣- **سَأَلَتْ:** [الهادي والمؤيد بالله]: والقول للشفيع في نفي الصفقتين بعد قول المشتري: اشتريتها صفقتين؛ إذ قوله: «اشتريتها» يقتضي وجوب الشفعة، وقوله: «صفقتين» دعوى لسقوطها فيبين عليها. [الإمام يحيى]: والقول للمشتري إن وصل كلامه. [الحقيني]: بل وإن فصل، كما أن القول له في جنس الثمن وصفته، وإذ يدعي الشفيع نقل المبيع إليه والأصل عدمه.

قلنا: قد أقر بموجب الشفعة^(٤) فيبين بمسقطها.

قلت: أما مع الوصل فالقول له بلا مرية؛ إذ لا يحكم بمقتضى الجملة حتى تتم،

(١) وهذا على القول بأن الأخذ بالشفعة نقل، فأما على القول بأن الأخذ بها فسخ فينظر فيه، الأقرب أنه يلزم الشفيع ما بين به البائع لأنه حقه. (بيان).

(٢) وهكذا في اللع والانتصار وهذا التعليل فيه نظر؛ لأن تعذر البيعة على المشتري لا توجب كون البيعة على الشفيع، وأيضاً فإنه يمكن أن يقيم البيعة على إقرار الشفيع أنه لا يملك السبب ومثل هذا يصح. (شرح بحر).

(٣) حيث كانت يده ثابتة عليه.

(٤) وهو قوله: اشتريتها. (شرح بحر).

- وينقطع القول، فهو كما لو قدم لفظ: «صفقتين» فقال: صفقتين اشتريتهما^(١).
- ٣٣٢٤- **سَأَلَتْ:** والقول للمشتري في نفي العذر في التراخي؛ إذ الأصل عدمه.
- قَرَأَ:** [المؤيد بالله]: ولو قال: شفعت حين علمت فبين المشتري أنه علم يوم كذا قيل للشفيع: يئن أنك شفعت في ذلك اليوم؛ إذ استحقاقها مشروط بذلك.
- ٣٣٢٥- **سَأَلَتْ:** والقول لمنكر العفو^(٢)؛ إذ الأصل عدمه ولا تقبل شهادة البائع بعفو الشفيع قبل قبضه الثمن؛ إذ يجر إلى نفسه نفعاً وهو الثمن، أو رجوع السلعة إليه إن أفلس المشتري، لا بعد قبضه فتقبل^(٣)، وتقبل شهادة الشريك في الشفعة أن شريكه قد عفا حيث عفوا جميعاً، لا إن لم يعف؛ إذ يجر بها نفعاً وهو استحقاق المبيع بالشفعة.
- ٣٣٢٦- **سَأَلَتْ:** ولو قال اشتريته بألف فقال الشفيع: لا أعلم هل اشتريته بأقل أم بأكثر؟ لم تجب اليمين^(٤) حتى يقطع^(٥) بدعوى شرائه بأقل؛ إذ لا تجب على أمر المدعي شك في ثبوته. [الإمام يحيى]: بل تجب؛ إذ لا يستحق المشتري الألف بمجرد الدعوى.
- ٣٣٢٧- **سَأَلَتْ:** والقول للمشتري في جهله قدر الثمن، إما لنسيان أو جزاف^(٦)، فتبطل الشفعة بيمينه ما لم يبين الشفيع بقدره.
- ٣٣٢٨- **سَأَلَتْ:** وإذا تداعى اثنان الشفعة حكم للمبين ثم الأول ثم المؤرخ ثم تبطل^(٧)؛ إذ لا اختصاص لأحدهما حيثئذ.

(١) فإن القول له هنا اتفاقاً فهكذا يكون القول له مع الوصل.

(٢) منها فإذا ادعى المشتري على الشفيع أنه عفا عن الشفعة أو ادعى الشفيع على المشتري أنه سلم له المبيع طوعاً فالقول قول المنكر منها والبنية على المدعي؛ لأن الأصل هو عدم العفو والتسليم. (شرح بحر).

(٣) وظاهر البيان أن شهادة البائع للمشتري بما يبطل الشفعة لا تصح وسواء كانت قبل قبض الثمن أو بعده. لأنه يريد تقرير فعله ولو كان وكيلاً بالبيع. ذكره المؤيد بالله.

(٤) على المشتري.

(٥) الشفيع.

(٦) فالقول قوله مع يمينه وتبطل... إلخ.

(٧) بعد التحالف والنكول، فأما إذا أضافا إلى وقت واحد فلا شفعة ولا تحالف ولا تكاذب لأنه يمكن استعمالها لأن ملكهما حصل في وقت واحد. (قرو).

كتاب الإجارة

٣٣٢٩- **مَسْأَلَةٌ:** هي مشتقة من الأجر وهو العوض على العمل، ومنه: أجرك الله. وفي الشرع: عقد على عين لمنفعة مباحة مقومة. فخرج استئجار الشجر للثمر ونحوه (١) بقولنا: «لمنفعة»، وأجرة البغي والجهاد ونحوه (٢) بقولنا: «مباحة»، وما لا قيمة له من المنافع اليسيرة كشم تفاحة مرة أو رؤيتها لحظة ونحوهما (٣) بقولنا: «مقومة»؛ إذ المنافع كالأعيان.

والأصل فيها من الكتاب قوله تعالى: ﴿عَلَىٰ أَنْ تَأْجُرَنِي﴾ [القصص: ٢٧]، ﴿فَأَتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلٌ بَعِيرٌ﴾ [يوسف: ٧٢]، ﴿لَا تَتَّخِذْ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾ [الكهف: ١٧].

ومن السنة: ((أوف الأجير أجره)).. الخبر ونحوه (٤).

والإجماع إلا عن [الحسن البصري والأصم وابن علية والقاشاني والنهرواني وابن كيسان (٥)] فمنعوا من صحتها؛ إذ هي بيع معدوم.

قلنا: صححها النص، وإجماع الصحابة فأجر علي عليه السلام نفسه (٦) لسقي الماء،

(١) الحيوان للصوف واللبن والأولاد.

(٢) الصلاة والأذان وتعليم القرآن. (شرح).

(٣) كمن يستأجر بياعاً يبيع سلعته بكلمة واحدة. (شرح).

(٤) قوله: «أوف الأجير أجره».. الخبر ونحوه: لفظه: عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: ((أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه)) رواه أبو يعلى (٦٦٨٢) وغيره، وللطبراني مثله من رواية جابر. [الأمير الحسين في الشفاء والمتوكل على الله في أصول الأحكام والطبراني في الصغير (٤٣/١) والبيهقي (١١٤٣٤) وبلفظ: ((أوفوا)) أخرجه ابن عساكر (٥٣/٤٩) عن جابر]. وعن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: ((أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه)) رواه ابن ماجه (٢٤٤٣) وفي ذلك أحاديث أخرى.

(٥) هكذا في نسخ البحر وهو سهو فابن كيسان هو الأصم كما هو في البيان للعمري وغيره وقد أوضحت ذلك في تراجم رجال البحر.

(٦) قوله: «أجر علي عليه السلام نفسه لسقي الماء»: عن علي عليه السلام: (لقد خرجت من بيتي في يوم شات من بيت رسول الله ﷺ وقد أخذت إهاباً معطوناً فحولت وسطه فأدخلته في عنقي وشدت وسطي فحزمته بخوص النخل واني لشديد الجوع، ولو كان في بيت رسول الله ﷺ طعام لطعمت منه، فخرجت ألتمس شيئاً فمررت بيهودي في مال له وهو يسقي ببيكرة له فاطلعت عليه من ثلثة في الحائط، فقال: ما لك

وفسر (١) ابن عباس وابن عمر قوله تعالى: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨]، بأن يحج الرجل ويؤجر نفسه، «واستأجر ابن عوف أرضاً..» الخبر (٢)، ولم يخالفهم أحد.

والقياس على البيع؛ إذ المنافع في الحاجة كالأعيان.

[الإمام يحيى]: ولا عبرة بخلاف هؤلاء؛ لصحة الإجماع قبلهم، ولا قياس مع النص.

٣٣٦- فصل: [في شروط الإجارة]

(٣) وشروطها العقد كالبيع؛ إذ هي بيع المنافع، وانطواؤه على ما يصح الانتفاع به (٤) مع بقاء عينه ونماء أصله، لا كالشجر للثمر والحيوان للبن؛ إذ هو بيع أعيان معدومة.

وكون المنفعة مقدورة غير واجبة ولا محظورة؛ لتحريم العوض حينئذ، وسنصلها.

يا أعرابي؟ هل لك في كل دلو بتمرة؟ قلت: نعم، فافتح الباب حتى أدخل ففتح فدخلت فأعطاني دلوه فكلما نزعت دلوأ أعطاني تمرة حتى إذا امتلأت كفي أرسلت دلوه وقلت حسبي فأكلتها ثم جرعت من الماء فشربت ثم جئت المسجد فوجدت رسول الله ﷺ فيه) أخرجه الترمذي (٢٤٧٦). [وأبو يعلى (٣٨٧/١) وابن ماجه (٢٤٤٧) وأحمد في المسند (٦٨٩)].

(١) (قوله): «فسر ابن عباس وابن عمر.. إلى آخره»: عن ابن عباس قال: «إن الناس في أول الحج كانوا يتتبعون بمنى وعرفة وسوق ذي المجاز وهي مواسم الحج فخافوا البيع وهم حرم فأنزل الله عز وجل: ﴿كَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾» [البقرة: ١٩٨] في مواسم الحج». هذه إحدى روايتي أبي داود (١٧٣٤). وعن أبي أمامة التيمي قال: «كنت رجلاً أكرى في هذا الوجه وكان الناس يقولون لي إنه ليس لك حج، فقلت ابن عمر فقلت: يا أبا عبد الرحمن إني رجل أكرى في هذا الوجه وإن ناساً يقولون لي: ليس لك حج؟ فقال ابن عمر: ألسنت تحرم وتلبي وتطوف بالبيت وتفيض من عرفة وترمي الجمار؟ قلت: بلى، قال: فإن لك حجا، جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فسأله عن مثل ما سألتني فسكت رسول الله ﷺ فلم يجبه حتى نزلت هذه الآية: ﴿كَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾ فأرسل إليه رسول الله ﷺ فقرأها عليه وقال: ((لك حج)). أخرجه أبو داود (١٧٣٣). [العلوي في الجامع الكافي وأحمد في المسند (٦٥٨٩) والدارقطني (٢/٢٩٤)].

(٢) (قوله): «واستأجر ابن عوف أرضاً..» الخبر: سيأتي. وكذلك جميع الأخبار التي بعده إلى فصل إجارة الأراضي.

(٣) تصح الإجارة بلفظها أو لفظ الإكراء سواء تناولت الرقبة أم المنفعة، وتصح بلفظ البيع والتمليك إن تناولت المنفعة.

(٤) في الحال على وجه يحل.

٣٣٣٠- **سَأَلَتْ:** وصيغها: أجزت، وأكرت.

[الإمام يحيى]: فإن قال: بعتك منفعتها، لم تنعقد؛ إذ لها حكم مخصوص فلا تنعقد بالبيع كالرهن.

قلت: وكما لا ينعقد البيع بلفظها.

[تخريج أبي العباس وتخريج أبي طالب]: تنعقد كالصرف^(١). قلت: وهو قوي.

فَرَعٌ: قلت: وفي اعتبار اللفظين الماضيين تردد: الأقرب يعتبر؛ للزوم العقد من الطرفين، لا لتعين الأجرة المسماة، فلو قال: خط هذا بدرهم، ففعل لزم الدرهم لا غير لما سيأتي.

فَرَعٌ: ويدخلها الخيار والتخيير والتعليق والتضمين، كما سيأتي.

فَرَعٌ: [العقدة والفريقان]: عقدها لازم من الطرفين كالبيع، ولقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] إلا لعذر كما سيأتي. [شريح]: بل جائز من الطرفين. [الإمام يحيى]: وهو يأتي على قول [الأصم وابن علية والقشاشي والنهرواني].

قلت: وهذا أقرب من حكاية كونها غير صحيحة عندهم؛ إذ لا يبعد أن صحتها مما علم من ضرورة الشرع كالبيع، لكن يجعلونها جائزة وغيرهم لازمة.

لنا: القياس على البيع وإجماع السلف.

٣٣٣١- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى وأبو حنيفة ومالك]: والمقصود بالعقد المنفعة والعين تبع، وقيل: العكس^(٢)؛ إذ يقول: أجزتك داري أو عبدي، فلو قصد المنفعة لم ينعقد مع إغفالها كلو لم يذكر المبيع في البيع.

قلت: بل هي المقصودة؛ إذ العوض في مقابلتها، واستغنى بذكر العين؛ لملازمتها.

٣٣٣٢- **سَأَلَتْ:** ولا تصح إلا ممن يصح بيعه؛ إذ هي نوع منه.

(١) إذا تناولت المنفعة. (قرئ).

(٢) وهو أن المقصود العين والمنفعة تبع للعين. (شرح بحر).

و شرط كل مؤجر ولايته، وتعيينه، ومدته أو ما في حكمها^(١)، وأجرته، ومنفعته إن اختلفت، وضررها، وسنفلها.

٣٣٣٣- **سَأَلَتْ:** ويعتبر كون المنفعة معلومة القدر كالمبيع، فمنها ما لا ينضبط إلا بالمدة كمنفعة الدار والحاضنة، ومنها ما يضبطه العمل كالحياطة والبيع والحج.

قلت: وكاستئجار دابة إلى موضع كذا، ونحو ذلك^(٢).

[الإمام يحيى]: فأما تطيين السطوح والحيطان بالطين أو الجص فلا ينضبط إلا بالمدة؛ لاختلاف صفته رقة وغلظاً.

قلت: وفيه نظر^(٣).

ومنها: ما لا ينضبط إلا بمجموعها وذلك كتأجير العبد أو البهيمة اللذين تختلف منافعهما.

٣٣٣٤- **سَأَلَتْ:** ويعتبر كونها مقدورة وإلا لم تصح^(٤)؛ إذ تصير كبيع ما يتعذر تسليمه كالطير في الهواء والحوت في البحر، ومنه ما يتعذر لمانع شرعي كالحائض لكنس مسجد أو لقلع سن صحيح أو على تعليم السحر أو الغناء أو التوراة أو الإنجيل أو الكتب المنسوخة أو على تعليم يهودي القرآن، فلا يصح؛ لتعذر تسليم العمل، لمانع شرعي.

ولا تصح على ما لا يصح التوكيل فيه كالصلاة والإمامة فيها والأذان والجهاد، وتعليم علوم الدين؛ إذ لا تصح الاستنابة فيها، كما سيأتي^(٥).

(١) كالأعمال المحصورة. (شرح).

(٢) الأعمال المحصورة.

(٣) صواب العبارة: فلا تنضبط إلا بالمدة بإثبات حرف الاستثناء كما في الانتصار، ومع هذا يزول النظر المذكور في الكتاب والله أعلم. (شرح بحر).

(٤) كاستئجار الأخرس على تعليم غيره شيئاً من العلوم أو استئجار الأعمى على نساخة كتاب أو مصحف. (شرح بحر).

(٥) في الوكالة. (شرح).

وتصح على حفر القبر وحمل الجنازة، كما مر (١).

ولا استئجار شجر للثمر أو بهيمة للبن أو الصوف؛ إذ هو بيع عين معدومة.

٣٣٣٥- **سَأَلَتْ:** وتصح على كل ما يصح التوكيل فيه كالبيع والنكاح، وعلى المندوب كعمارة المسجد، وعلى بعض العبادات كالحج.

٣٣٣٦- **سَأَلَتْ:** [العترة والشافعي]: ولا تصح على حمل الخمر لغير الإراقة؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لعن الله الخمر وحاملها.. الخبر (٢)).

[أبو حنيفة]: يجوز؛ إذ المحرّم شرهها لا حملها.

قلنا: محرّم فحرمّ العوض عليه كعوض الميتة، ويجوز حملها لإراقتها والأجرة عليه.

٣٣٣٧- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: وتصح على إخراج ما في السناديس، ولا يضر كونها إخراج نجاسة كالفصد والحجامة.

٣٣٣٨- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن العترة وأبو حنيفة]: ولا يصح استئجار موضع ليصلي فيه. [الشافعي ومالك]: يصح.

قلنا: الصلاة لا تستحق بعقد الإجارة في حال، فلا تصح لأجلها كلو استأجر امرأة ليزني بها.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى حكاية عن الهادي (٣) وأبو حنيفة وأصحابه]: ولا موضعاً ليجعله مسجداً؛ إذ شرط المسجد التسبيل، وإنما يصح من مالك، ليخلص لله تعالى امتثالاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ﴾ [الجن: ١٨].

[الشافعي ومالك]: بل يصح كإكتراء ثوب ليصلي (٤) فيه، أو دار ليعلم فيها القرآن.

(١) في الجناز. (شرح).

(٢) قوله: «لعن الله الخمر»: تقدم.

(٣) وفي نخ: للمذهب.

(٤) وقال الفقيه يوسف والحفيظ: ظاهر المذهب جواز استئجار الثوب والمكان للصلاة. (شرح بحر).

قلنا: لا نسلم الأصل كما مر. سلمنا: فلفظ «المسجد» يقتضي التسييل عرفاً.
 ٣٣٣٩- **سَأَلَتْ**: ولو جعل أجره طرح الميتة جلدها لم يصح، فإن فعل فأجرة
 المثل؛ إذ هو عمل بعوض. وفي استئجار الكلاب المعلمة تردد: الأصح: الجواز؛
 لمفهوم قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ: ((من ارتبط كلباً لغير زرع أو ماشية.. الخبر^(١)))، فإذا جاز
 الارتباط لهذين جاز التأجير.

٣٣٤٠- **سَأَلَتْ**: [العرة والفريقان]: ولا يؤجر الفحل للضراب؛ لنهاية صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ^(٢).
 [مالك وابن أبي هريرة]: يصح، كالإعارة.

قلنا: لا قياس مع النص.

فَرَعٌ: «نهى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عن عسب الفحل»^(٣). [الأموي^(٤) والجوهري]:
 العَسْب: الكراء عَسَبَت الرجل، أي: أعطيته الكراء، وقيل: ماء الفحل نفسه؛ لقوله
 زهير:

ولولا عَسْبُهُ لتركتموه وشر منيحة فحل معار

٣٣٤١- **سَأَلَتْ**: ولا الشجر للثمر، والحيوان للبن؛ إذ هو بيع معدوم، وفي المسك
 ونحوه للشم تردد، الأقرب صحته، وإن ذهب منه أجزاء كالثوب للبس.
فَرَعٌ: [المذهب]: وتصح لغير ذلك كالشجر للربط والظل. [أحد وجهي أصحاب
 الشافعي]: لا.

قلنا: صح الانتفاع به مع بقاء العين كغيره.

(١) قوله: «من ارتبط كلباً»: تقدم، وسيأتي.

(٢) قوله: «لنهاية صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ».

(٣) قوله: «نهى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ عن عسب الفحل»: هو خبر واحد وقد تقدم.

(٤) أبو محمد عبد الله بن سعيد الأموي يروي عنه اللغوي أبو عبيد لقي العلماء ودخل البادية وأخذ عنه
 العلماء، وكان حافظاً للأخبار والشعر وأيام العرب وصنف كتباً منها كتاب النوادر وكتاب رحل
 البيت، وتوفي بعد ٢٠٣هـ. انظر تاريخ بغداد وإنباه الرواة.

٣٣٧- فصل: في تأجير المنقولات

٣٣٤ ٢- **مَسْأَلَةٌ:** ومن استأجر ثوباً فله لبسه في اليقظة ليلاً ونهاراً لا في النوم إلا القيلولة الخفيفة^(١)؛ للتعرف.

قلت: الأقرب أن اللباس يختلف فالمتبع العرف في مثله.

فإن استأجر قميصاً لم يكن له الاثتزاز به؛ لمخالفة المعتاد، وفي الارتداء وجهان: الأقرب: يجوز؛ إذ هو أخف.

وإذا استأجره ثلاثة أيام ففي دخول الليالي تردد: [الإمام يحيى]: الأصح دخولها.

قلت: المتبع العرف.

وإن استأجره يوماً كاملاً فمن الفجر إلى الغروب، فإن لم يقل: كاملاً، فمن وقته إلى مثله من الغد، فإن قال: نهار يوم، فمن الشروق إلى الغروب، وقيل: من الفجر.

٣٣٤ ٣- **مَسْأَلَةٌ:** وتصح إجارة الحلية للنساء والخواتيم لهن وللرجال ولو بجنسها، وتحرم في آلات الذهب والفضة؛ لتحريم استعمالها، وتصح في الكتب للقراءة.

[أبو حنيفة والمنصور بالله]: لا، كما لا تصح في سقف فيه تصاوير؛ لينظر إليها.

قلنا: النظر إليها محذور، فافترقا.

٣٣٤ ٤- **مَسْأَلَةٌ:** ولا تصح فيما لا ينتفع به مع بقاء عينه كالطعام والنقد.

[الإمام يحيى]: أما للتجمل بأن يضعها لترى عنده فيأمنه الناس فتصح؛ إذ هي

منفعة مباحة مع بقاء العين.

وقيل: لا؛ إذ هي منفعة لا تضمن بالغصب فلا أجرة له كوطء الأمة^(٢).

قلت: إنما لم تضمن؛ لندور قصد الانتفاع بذلك، والنادر لا حكم له، فأما مع

العقد فتلزم كغيرها.

وتصح إجارة الطعام والموزون؛ للعيار.

(١) قال الإمام يحيى: ساعة أو ساعتين. (شرح).

(٢) أي: كما لا تصح إيجارها للوطء. (شرح).

٣٣٤٥- **سَأَلَتْ:** وتصح في آلات الصناعات إجماعاً بشرط: كون الأجرة والعين ومنفعتها ومدتها معلومة؛ لَتَمَيَّزَ كالبيع.

فَرَعٌ: (١) [الهادي والإمام يحيى والشافعي ومالك وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: وعلى المستأجر الرد (٢)؛ إذ لا وجه لإساقها بعد استيفاء الحق منها كالعارية. [المؤيد بالله وأبو حنيفة]: لا؛ إذ هي أمانة كالوديعة.

قلنا: المودّع يمسكها للمودّع لا لغرضه، فافترقا.

فَرَعٌ: فإن لم يرد ضمنها وأجرتها، وإن لم يتنفع بالمغصوب إلا لعذر (٣) كغيبية المالك أو المستأجر (٤)، لكن يفرغها حيث أمكن ويُشْهِد. [الشافعي]: يضمن وإن لم يمكن الرد.

[الإمام يحيى]: فإن شرط المؤجّر الرد فتأكد عندنا، ووجهان: على أصل [المؤيد بالله]: يلزم؛ لبناء العقد عليه، ويلغو؛ لتقرر كونها أمانة.

فَرَعٌ: [المذهب]: ولا يشترط ذكر مكان الرد. [مالك]: يشترط. [أبو حنيفة]: حيث لحملة مؤنة.

قلنا: ذكر المقصود بعقدها كاف في صحتها.

فَرَعٌ: وإذا شرط الضمان لم يلزم الرد اتفاقاً (٥).

٣٣٤٦- **سَأَلَتْ:** [المنتخب]: ويضمن بالتضمين؛ إذ يصير كالمستأجر على الحفظ ببعض المنافع فصح كتضمين العارية.

قيل: ولو شرطه بعد العقد كالزيادة في الأجرة. [الفرقان]: لا، كتضمين الوديعة.

(١) في نخ: مسألة. نخ.

(٢) إلى موضع الحفيظ قال الإمام يحيى عَلَيْهِ السَّلَامُ فَإِنْ شَرَطَ عَلَى مَالِكِهَا عَدَمَ رَدِّهَا صَحَّ وَلَمْ يَلْزَمْ الرَّدَ. (*) إلا لعرف أو شرط. (قرّر).

(٣) فإنه لا يضمن العين ولا أجرتها إلا لتفريط أو تضمين. (قرّر).

(٤) أما غيبة المستأجر فليست بعذر.

(٥) المذهب أنه يجب الرد.

قلنا: هي بالعارية أشبه؛ إذ يمسكها لغرض نفسه، وعموم قوله ﷺ: ((الزعيم غارم)) يقتضي ذلك، وهو حيث لم يُضْمَن أمين اتفاقاً؛ إذ يمسكها لغرض المالك وهو الأجرة فأشبهه الوديع.

٣٣٤٧- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب وأبو العباس]: ولا يصح تأجير المصحف للقراءة أو النساخة؛ إذ لا يُسْتَحَقَّان بالأجرة، فلا يجوز الاستئجار لأجلهما كامراً يزني بها. [القاسم والإمام يحيى والشافعي ومالك]: يجوز؛ إذ هي منفعة غير واجبة كالعبد للخدمة.

قلنا: الخدمة تصح النيابة فيها، بخلاف العبادة فافترقا، ومن جوز الأجرة على تعليم القرآن جوزها هنا ولم يفصل أحد.

٣٣٤٨- **سَأَلَتْ:** ولا يصح تضمين ما نقص من العين بالاستعمال إجماعاً؛ إذ يرفع موجب العقد وهو إباحة الاستعمال. [الإمام يحيى]: ويفسد به العقد؛ لذلك.

قلت: الأقرب أنه يلغو؛ إذ هو غير لازم كتضمين الوديعة.

٣٣٤٩- **سَأَلَتْ:** ويصح التضمين مع فساد العقد كمع صحته وجعل بعض المنافع عوض الحفظ.

٣٣٥٠- **سَأَلَتْ:** فإن عقداً على أن الحاصل بينهما^(١) فسد العقد؛ لجهالة الأجرة كجهالة الثمن.

٣٣٥١- **سَأَلَتْ:** [العترة والشافعي والليث بن سعد وزفر]: ومتى فسد عقد الإجارة من أصله لزم الأجرة المثل بعد استيفاء المنافع أو بعضها كتفويت العين المملوكة. [أبو حنيفة]: بل الأقل من المسمى أو أجرة المثل حيث سمى؛ إذ قد رضي بما قد سمى حيث هو أقل، وحيث زاد لا تلزم الزيادة بالعقد؛ لفساده، فإن لم يسم فقولنا.

قلنا: إذا فسد العقد فسدت التسمية فيرجع إلى القيمة كالعين المشتراة بعقد فاسد.

(١) يعني: ما يحصل من منافع العين المؤجرة جعله بينهما على مقدار معلوم من نصف أو ثلث فسد لجهالة الأجرة.

٣٣٨- فصل في إجارة ما لا ينقل كأراضي والدور والحوانيت

٣٣٥٢- **مَسْأَلَةٌ:** [العتره وقول للشافعي^(١)]: شروطها: تعيين العين والمنفعة والأجرة والمدة، كما مر، فإن لم تصلح إلا لمنفعة واحدة أو لمتعددة مستوية الضرر أو قال: افعل ما شئت، لم يجب تعيينها. [أبو حنيفة]: يجب وإن لم يصلح إلا لنوع واحد. قلنا: لا وجه له.

٣٣٥٣- **مَسْأَلَةٌ:** [العتره والفرقان]: وعقد الإجارة لازم؛ لما مر^(٢). **فَرْعٌ:** [الهادي]: فمن اكرت داراً لم يكن لأيهما الفسخ بعد العقد إلا لعذر، وُقُرت الأجرة أم لا.

فَرْعٌ: وعلى المكري تسليم المفتاح والتخلية حتى للكنيف^(٣)؛ ليتمكن من الانتفاع، وعلى المكتري تفرغته في مدته للرد؛ إذ هو الذي شغله^(٤).

فَرْعٌ: ولا يلزم تفسير السكنى وعدد الساكن؛ لتعذر الضبط، وليس له الحدادة ولا القصاره فيما اكرته للسكنى، ولا شحن السرقين فيها؛ لإفساده^(٥). فإن اكرت ليسكن وحده: [الإمام يحيى وأبو ثور وبعض أصحاب الشافعي]: لم يكن له أن يتزوج إليها. [أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: بل له ذلك.

قلنا: مخالفة لما شرط إلا لعرف.

٣٣٥٤- **مَسْأَلَةٌ:** وعلى المالك إصلاح ما أجز من المغالط والأخشاب ونحوها^(٦)؛ ليتنفع المستأجر.

وفي جواز وضع ما يستدعي الفأرة [ونحوها] وجهان: [الإمام يحيى]: أصحابها:

(١) زيادة في المطبوع فقط.

(٢) في الفرع الثالث من المسألة الأولى من الفصل الأول من الكتاب.

(٣) الكنيف: هو الساتر. (مقاييس اللغة). والمقصود به هنا المرحاض (دورة المياه).

(٤) إلا لعرف. (بيان).

(٥) للجدران.

(٦) كالجدوع والدعائم والجدرات.

الجواز؛ للعرف^(١)، وقيل: لا؛ لإضراره.

وعلى المكري إزالة عفونات السمسة ونحوها^(٢) وإصلاح السقف والميزاب والساحل والبئر بالحبل والدلو والحوض؛ للشرب، وإعاضة ما ضاع من مفاتيحها في يد المكتري؛ إذ هو أمين^(٣)، ويخير حيث وجد عيباً، ولا يلزمه عند الرد كسح الحُجْر والساحات.

٣٣٥٥- **سَأَلَتْ:** ويصح تأجير الحَمَّام؛ لصحة الانتفاع به^(٤)، ولا ينقطع خياره إلا برؤية بيوته وبثره ومطرح رماده ومسيل إساحة مائة والأنايب والمستوقد والبرمة^(٥)؛ لاختلاف الصلاح في ذلك كله.

٣٣٥٦- **سَأَلَتْ:** ولا بد من ذكر انتهاء المدة أو ما في حكمها اتفاقاً^(٦).

أبو طالب وأبو حنيفة ومالك: ولا يجب ذكر الابتداء؛ إذ يؤقت مطلقه من حين العقد فلا جهالة. [الشافعي]: بل يذكر وإلا فسدت حيث لا يتأتى القبض عقيب العقد كالبيع، ولا ينتقض بيع العين الغائبة؛ لإمكان قبضها حيث هي. قلنا: لا يتأتى تعذر القبض إلا في تأجير المؤجر ونحن لا نصححه، كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

٣٣٥٧- **سَأَلَتْ:** [الهادي وقول للشافعي]: ولا يدخل عقد على عقد ولا يعلق بمستقبل ولا يصح لبنائها على الغرر؛ لتجوز تعذر التسليم حين وجوبه فأشبهه الطير في الهواء، وكالبيع المعلق بمستقبل. [المؤيد بالله والإمام يحيى والشافعي وأبو حنيفة وأصحابه]: يصح كلو عقد لهما معاً^(٧).

(١) إلا أن يكون العرف المنع من ذلك. (مقرر).

(٢) كالإصطبل فعلى مالكة إزالة ما فيه من الزبل والتراب ودقاق العلف. (شرح بحر).

(٣) إلا أن يكون الضياع بسبب النسيان لأن النسيان تفريط.

(٤) مع بقاء عينه، فأشبهه الدور والأراضي. (شرح بحر).

(٥) وهي مثل القُدْر.

(٦) وهو ما كان العمل محصوراً كحانوت يقصر فيه أثواباً معلومة ونحو ذلك. (شرح).

(٧) يعني: بل يصح العقد في صورتين معاً كما يصح أن يؤجر العين في عقد واحد من شخصين مختلفين. (شرح بحر).

قلت: تسليمها ممكن عقيب العقد، وإن تأخرت نوبة أحدهما، فافترقا.

[الفنون]: تصح المعلقة إن لم يكن مؤجراً.

لنا: ما مر (١).

٣٣٥٨- **سَأَلَتْ**: [أبو طالب والشافعي]: ولو أجز داره كل شهر بكذا فسدت إن لم يعين الانتهاء؛ للجهالة. [مالك]: تصح ويلزم لكل شهر ما سمي لكنها غير لازمة؛ للجهالة المدة.

قلنا: الجهالة تقتضي الفساد؛ لوقوعها على غير الوجه المشروع.

[أبو حنيفة والإصطخري]: يصح الشهر الأول؛ لتعيين ابتداءه، ويبطل ما بعده.

[أبو حنيفة]: إن تفاسخا قبل دخول يوم من تاليه، وإلا لزم بدخوله ثم كذلك.

قلنا: المعلوم إذا انضم إلى مجهول صار مجهولاً فلا يصح كأجرتك داري هذه وداراً أخرى بمائة.

٣٣٥٩- **سَأَلَتْ**: ومن أجز سنة عددية حسب له ثلاثمائة وستون يوماً، فإن قال: هلالية، فبالأهلة، فإن كان في وسط شهر حسب بقيته بالعدد وما بعده بالأهلة، ويكمل عدده بعد مضي أحد عشر شهراً، فإن أطلق صرف إلى الهلالية؛ إذ هو المعهود شرعاً؛ لقوله تعالى: ﴿قُلْ هِيَ مَوَاقِيْتُ لِلنَّاسِ﴾ [البقرة: ١٨٩].

فإن قال: شمسية أو رومية أو فارسية، فسدت؛ للجهالة زيادتها على الهلالية، فإن عرفت صحت، كما مر في النيروز والمهرجان.

٣٣٦٠- **سَأَلَتْ**: فإن تعذر الانتفاع لعارض في العين من تهدم أو نحوه (٢) سقط من الأجرة بحصة مدة التعذر، وليس له أن يسكن عوض تلك المدة بعد انقضاء ما سماه في العقد؛ إذ ليس مثلياً فيضمن بمثله، ويعتبر في الحط وقت التعطل في

(١) لبنائها على الغرر.

(٢) انقطاع ماء الأرض أو غلبة الماء عليها أو غير ذلك مما يتعذر معه الانتفاع بالعين المؤجرة. (شرح).

الرخص والغلاء^(١).

٣٣٦١- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى وأبو حنيفة وأصحابه]: ومن اكرى حانوتاً معيناً لم يدخل ما فوقها؛ إذ لفظ الحانوت يتناول القرار دون الأعلى، وكذا في البيع.

٣٣٦٢- **سَأَلَتْ:** [الهادي والمؤيد بالله والشافعي ومالك^(٢)]: ويصح كراء المشاع كبيعه. [أبو يوسف ومحمد بن الحسن]: لا؛ لمنعه صحة الإقباض كتأجير المغصوب.

قلنا: لا نسلم الأصل. سلمنا فالإقباض ممكن بالتخلية، وكما لو أجر الشريكان من رجل فكل منهما قد أجر نصفها مشاعاً قطعاً، فكذا لو انفرد.

[أبو حنيفة وزفر]: يصح من الشريك؛ لإمكان إقباضه دون غيره.

لنا: ما مر.

قلت: أما من الشريك أو كله من الشريكين^(٣) فتصح إجماعاً.

٣٣٦٣- **سَأَلَتْ:** ويدخل في كراء الإصطبل مرافقه من مذود ومربط، وعلى المالك تفريره للتسليم فقط^(٤) وإصلاح مرافقه.

٣٣٦٤- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: وعلى المالك إصلاح ما انهدم في مدة الإجارة؛ ليتمكن المكتري، ولا خلاف فيه، ولا تنفسخ بالتعذر إلا أن يفسخها المكتري فله ذلك ما لم يصلح^(٥).

فإن أبطل خياره لم تبطل حتى تُصلح؛ لاستمرار السبب وهو بطلان المنفعة، فإن فسح فلا أجره لبقية المدة. [أبو ثور]: تلزم كتلف المبيع في يد المشتري.

قلنا: لم يستوف بدؤها، فافترقا.

(١) فإذا تعطلت الدار أو الحانوت شهراً مثلاً نظرنا كم أجره مثلها في ذلك الشهر ثم نظرنا كم أجره باقى شهر المدة وتقسّم الأجرة المسماة على ذلك. (شرح بحر).

(٢) ساقط في نسخة.

(٣) يعني: أنهما استأجراه معاً من شخص ثالث فيصح إجماعاً. (شرح بحر).

(٤) أي: وأما ما يحصل من زبل البهائم بعد الكراء فعلى المكتري إزالته لأنه من بهائم. (شرح بحر).

(٥) وأما بعده فلا فسح حيث بقي من المدة ما فيه غرض للانتفاع. (شرح).

فَرْعٌ: فإن انهدمت قبل التسليم بطلت الإجارة كتلف المبيع، ولا خلاف فيه، فإن انهدمت كلها بعد قبضها فكانهدام البعض^(١). [أبو حنيفة والشافعي]: بل تبطل الإجارة حيثئذ.

قلنا: لا وجه للبطلان.

٣٣٦٥- **سَأَلَتْ:** [الهادي والمؤيد بالله وأبو طالب وغيرهم]: وللمستأجر القابض التأجير لمثل ما اكرتت، وبمثله؛ إذ قد ملك المنافع فله بيعها. [المنتخب وأبو العباس]: لا، إلا بإذن المالك؛ إذ العين أمانة عنده فلا يخرجها إلا بإذن.

قلنا: ملكه المنافع صيره مأذوناً في إخراجها؛ إذ التأجير نوع انتفاع.

فَرْعٌ: [المؤيد بالله وأبو طالب] وليس له أن يؤجر بأكثر مما استأجر به إلا بإذن أو زيادة مرغب؛ إذ لا يقبض المنافع بقبض الدار^(٢) لعدمها، فلم تكن مضمونة بالقبض، وقد «نهى رسول الله ﷺ عن ربح ما لم يضمن»، فإن أذن المالك طابت؛ إذ يصير كالوكيل، وكذا لو زاد مرغباً؛ إذ لا ربح حيثئذ. [الحسن البصري وعطاء البتي والشافعي ومالك والليث بن سعد]: بل يجوز بأكثر مطلقاً^(٣)؛ إذ تضمن المنافع بقبض العين بدليل أنه لو لم يتنفع حتى مضت المدة ضمن الأجرة فلم يكن ربح ما لم يضمن.

قلنا: لا نسلم، فأما ضمانه فلتلفها في يده؛ إذ لو تلفت العين وسط المدة لم يضمن إلا حصة ما مضى.

[سفيان الثوري والأوزاعي وأبو حنيفة وأصحابه]: بل تصح مطلقاً وتطيب حيث قد زاد

(١) فيما مر من الأحكام.

(٢) يعني: أنه ليس قبضاً حقيقياً بل في حكم القبض فقط فلذلك لم تكن المنافع مضمونة بالقبض فلم يحل للمستأجر الزيادة؛ لأنها تكون ربح ما لم يضمن وقد نهى عنه. قال الفقيه يحين البحيح: فلو كانت الرقبة مضمومة لم يحل أيضاً لأن المنافع غير مضمومة. (شرح بحر).

(٣) سواء أذن المالك أم لم يأذن وهكذا في شرح أبي مضر عن المؤيد بالله. (شرح بحر).

في العين ما اقتضى زيادتها من عمارة أو نحوها^(١)، وإلا لم تطب الزيادة فيتصدق بها ولو أذن المالك؛ إذ قد ملكها المستأجر من وجه محذور كالشاة^(٢).

قلنا: لا نسلم حيث لم يأذن المالك أن المستأجر قد ملكها؛ إذ لا مقتضي للملكه؛ لما مر^(٣)، [الإمام يحيى]:^(٤) فأما شاة الأسارى فإنها ملكت بالاستهلاك عند من يقول به^(٥)، أو صرفت لخشية فسادها عند غيره^(٦).

فَرَعٌ: فإن أجرها بأكثر ضمن عند من منعه؛ لتعديه^(٧)، وكذا المستأجر. [الإمام يحيى]: لا؛ إذ لم يتعد بالتسليم ولا المستأجر بالقبض؛ لجوازه بالمثل، وإنما تعدى بالزيادة فلا يوجب ضمان العين.

قلت: وهو قوي من جهة النظر؛ إذ عدم لزوم الزيادة لا يقتضي الضمان كلو أعارها، ويرد الزيادة^(٨)؛ إذ العقد غير صحيح.

فَرَعٌ: [الهادي والناصر وأبو حنيفة وأصحابه]: وليس للمستأجر تأجيرها من المالك؛ إذ يلزم المالك بالعقد الأول تسليم العين مستمراً، والعقد الثاني يقتضي أن يتسلمها مستمراً فيصير طالباً مطلوباً. [المؤيد بالله والإمام يحيى والشافعي]: يصح؛ إذ قد ملك منافعها فجاز أن يملكها.

فَرَعٌ: [المذهب وأبو حنيفة وقول الشافعي]: فإن أجر قبل القبض لم تصح كالبيع. [الشافعي]: تصح؛ إذ قبض العين غير قبض للمنفعة.

(١) سائر الإصلاحات والتحسينات. (شرح بحر).

(٢) يعني: شاة الأسارى. (شرح بحر بلفظه).

(٣) من أن المنافع لا تضمن بالقبض. (شرح بحر).

(٤) زيادة في نسختين.

(٥) الهدوية.

(٦) المؤيد بالله.

(٧) بإخراجه للعين من يده بغير إذن مالِكها فلهذا كان ضامناً لها وكذا المستأجر الثاني يضمناها معه أيضاً،

وقرار الضمان عليه إن علم بالزيادة أو جنى على العين وإن لم يعلم فعلى الأول. (شرح بحر).

(٨) لصاحبها.

قلنا: لا نسلم، بل هو في حكم القبض، وإن لم يكن قبضاً حقيقياً.
٣٣٦٦- سَأَلَتْ: [المذهب والناصر وأبو حنيفة وأصحابه]: ويصح شرط الخيار في الإجارة كالبيع؛ إذ هي عقد معاوضة محضة لا تفتقر إلى القبض في المجلس^(١).
 وقولنا: محضة، احتراز من النكاح فليس بمعاوضة حقيقة وإنما يحصل تبعاً.
 [الشافعي]: تبطل به كالنكاح؛ إذ لم يرد إلا في الأعيان فيقتصر عليها؛ إذ لا جامع بينها وبين المنافع، ولهم في خيار المجلس وجهان لقصر مدته.
 قلنا: بل القياس صحيح كما ذكرنا.

قلت: وفيه نظر؛ إذ جعل مدة الخيار من مدة الإجارة يستلزم استغراق أكثرها في بعض الأحوال، كأن يستأجر شيئاً عشرة أيام مع شرط الخيار تسعاً، فإذا فسخ في التاسع فتسليم أجرة التسع ليس في مقابلة شيء؛ إذ لم يكن قد انتفع، وإسقاطها تفويت لمنافع العين من غير عوض، وهو ظلم.
 ثم إنه قد شرع للتروي في جميع المبيع، وهو هنا لا يمكن إلا مع نقض المتروي فيه فالأولى الحكم بفسادها معه^(٢).

فَرَعٌ: [الوافي]: وإذا صح وكانت مدته من مدة الإجارة والخيار للمستأجر وحده - بطل خياره باستعماله في مدة الخيار. وقيل: لا؛ إذ هو مأذون.
 قلنا: استعماله إمضاء، كفي البيع.

فَرَعٌ: وحيث الخيار للمؤجر أو لهما فلا أجرة لمدته إلا حيث استعمل؛ لبقاء المنافع في ملك المؤجر، فإن تمكن فقط لزم مع التمام لا مع الفسخ، وحيث هو للمستأجر وحده وجبت بالتمكن في مدته سواء أتم أم فسخ.
٣٣٦٧- سَأَلَتْ: ويصح استئجار عين بمنفعة عين أخرى مخالفة إجماعاً، كدار

(١) يحتز من الصرف والسلام. (شرح).

(٢) يعني: مع شرط الخيار وذلك للوجهين الذين في الكتاب وكذا رجح الفقيه محمد بن يحيى فساد الإجارة. (شرح بحر).

بخدمة عبد، أو استتجار حلي ذهب بمنفعة حلي فضة، أو حلي ذهب مع فضة والعكس. [العتره والشافعي ومالك]: وكذا لو اتفق الجنسان، كخدمة عبد بخدمة عبد آخر، أو حلية ذهب بمنفعة حلية مثلها؛ إذ لا مقتضى لمنعه. [أبو حنيفة وأصحابه]: لا؛ إذ هو منفعة بمنفعة من جنسها فأشبهه نكاح الشغار^(١).

قلنا: علة فساد نكاح الشغار تضمنه استثناء البضع لا كونه منفعة بجنسها كما زعمتم، فافترقا.

٣٣٦٨- **سَأَلَتْ:** وإذا غصبت العين المستأجرة بعض المدة سقط حصتها من الأجرة؛ إذ لا تُسْتَحَقُّ إلا في مقابلة المنافع أو التخلية الصحيحة، ولا أيهما هنا.

٣٣٦٩- **سَأَلَتْ:** [المرتضى]: ولو قال صاحب المنزل لمستأجره: دونك، فلم يفتحه حتى مضت المدة لزمته أجرته [لزمته الأجرة] حيث أمكنه الفتح؛ لصحة التخلية حيث لا مشقة ولا مؤنة في الفتح.

فَرَعٌ: فإن تعذر إلا بكسر الغلق لم يجز؛ فإن فعل لزمته الأجرة وضمان ما كسر، فإن أمكن بالفك أو التسلق جاز ولا يجب، فأما لو تعذر عليه الفتح بالمفتاح وهو يمكن أكثر الناس^(٢) فوجهان: أصحهما: فساد التخلية؛ إذ العبرة به.

٣٣٧٠- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو يوسف ومحمد بن الحسن ومالك والشافعي]: ويحرم على المسلم تأجير داره لمعصية كبيع الخمر فيه أو اتخاذه كنيسة إن شرط في العقد. [أبو حنيفة]: تصح ويلغو الشرط؛ إذ لا يستحق عليه فعل هذه الأشياء بالعقد فلغا شرطها، وله الأجرة بالتخلية لغيرها^(٣)، كلو أكرئ داراً على أن يسكنها المكتري فلم يسكن. [الجصاص]: هذا القول عن أبي حنيفة غير صحيح، وتأول كلامه على

(١) نكاح الشغار صحيح عند أبي حنيفة وأصحابه، ولعل هذا على جهة الإلزام منهم للخصم والله أعلم. (شرح بحر معني).

(٢) المذهب أنه إن أمكنه أن يأمر غيره بالفتح من غير غرامة ولا منة لزمه الكراء وإن لم يمكنه لم يلزمه.

(٣) أي: لغير الأشياء المحظورة وهذا هو من تمام كلام أبي حنيفة. (شرح بحر).

أنها لم تشرط.

قلنا: تصريجه يخالف التأويل، وهو محجوج باستلزام صحة استئجار المرأة للفاحشة، ولا قائل به.

٣٣٩- فصل: في إجارة الأراضي

٣٣٧١- **مَسْأَلَةٌ:** [العترة والفقهاء الأربعة]: تأجيرها جائز كغيرها. [الحسن البصري وطاووس]: لا، لتضمنها الجهالة.

قلنا: لا جهالة مع تعيين المدة والمنفعة.

قلت: ولفعل ابن عوف^(١) ولم ينكر.

[الناصر ومالك]: لا يصح تأجيرها بحب؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ولا بطعام

مسمى))^(٢).

قلنا: محمول على أنه من غلتها كالمخابرة جمعاً بين الأدلة.

٣٣٧٢- **مَسْأَلَةٌ:** ولا يصح إكراء الأرض لزرع أو غرس ولا حق لها في غيل أو سيل؛ إذ لا يمكن من دونه.

فإن كفاها وقع المطر لم تصح للزرع^(٣)؛ لعدم استمراره، ويصح مع الإطلاق؛

لإمكان الانتفاع بها بغير الزرع. [الإمام يحيى]: وقيل: لا؛ إذ المعتاد الزرع فلا يصح

غيره. [الإمام يحيى]: إن أمكن سوق الماء إليها من أي جهة أو حفر بئر فيها لم يصح^(٤)

(١) قوله: «ولفعل ابن عوف»: عن مالك بلغه أن عبدالرحمن بن عوف تكأى أرضاً ولم تزل في يده بكراء حتى مات قال ابنه: فما كنت أراها إلا لنا من طول ما مكثت في يده حتى ذكرها لنا عند موته فأمرنا بقضاء شيء كان عليه من كرائها ذهب أو ورق، أخرجه الموطأ (١٣٩٦).

(٢) قوله: «ولا بطعام مسمى»: في إحدى روايات حديث رافع قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من كانت له أرض فليزرعها أو ليزرعها أخاه، ولا يكارها بثلت ولا ربع ولا بطعام مسمى)). [أخرج نحوه الإمام زيد عَلَيْهِ السَّلَام في المجموع عن علي عَلَيْهِ السَّلَام، وأخرج علي بن بلال بسنده حديث رافع في شرح الأحكام وأبو داود (٣٣٩٥) وأحمد (١٧٥٧٤) والنسائي (٣٨٩٧)].

(٣) والأولى الصحة إذا كان يكفيها في العادة ومتى انقطع ويبس الزرع فله الفسخ كذا قرر.

(٤) القياس الصحة.

العقد مع الإطلاق؛ إذ ينصرف إلى الزرع ومرافقه غير موجودة، وإن أمكنت على وجه شاق أو نادر، وإن كان لا يمكن سقيها بوجه صح العقد؛ إذ ينصرف إلى غير الزرع حيثنذ وهو ممكن.

٣٣٧٣- **سَأَلَتْ:** ولا يصح تأجير أرض عليها ماء مانع من رؤية تربها إلا حيث تقدمت رؤيتها، وإلا كان عقداً على مجهول^(١)، فإن كان صافياً يمكن الرؤية من خلفه صح العقد، فإن كان لا ينحسر عنها لم يصح إلا فيما يزدرع مع بقاء الماء كالأرز.

٣٣٧٤- **سَأَلَتْ:** **فَرَعٌ:** ولا يشترط في المستأجرة إمكان الانتفاع بها في كل وقت بل إذا أمكن في مدة الإجارة كفى كإجارة الأرض سنة أو أكثر، وإن لم يزرع إلا في بعضها.

٣٣٧٥- **سَأَلَتْ:** وإذا صلحت للزرع والغرس وجب تعيين ما يفعل منهما، وإلا فسدت؛ لجهالة المنفعة، إلا أن يقول: افعل ما شئت.

فَرَعٌ: فإن قال: لتغرس رماناً أو نحو^(٢) ذلك لم يجز غيره إلا الأخصف مضرّة، فإن قال: ازرع أو اغرس ما شئت فوجهان: [الإمام يحيى]: أصحها: يصح، كولو استأجر لهما، وقيل: لا؛ للجهالة بالتخيير^(٣).

قلنا: التخيير هنا يستلزم العموم.

٣٣٧٦- **سَأَلَتْ:** [القاسمية والفريقان]: وتصح إجارة الأرض بطعام معلوم حاضر أو في الذمة؛ إذ كل ما جاز ثمناً جاز أجرة. [الناصر والباقر والصادق والحسن البصري ومالك وطاووس وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه والإمامية]: لا؛ لنهيه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن المخابرة وهي كراء الأرض بطعام معلوم الكيل.

(١) أي: على عين لم يشاهدها وذلك لا يصح. (شرح بحر).

(٢) كالتين أو غيره من أنواع الأشجار. (شرح بحر).

(٣) إذ لم يبين قدر كل واحد منهما.

قلنا: بل المخابرة كراؤها بنصيب معلوم من غلتها؛ لقول الأعرابي وأبي عبيد:
هي مشتقة من خبير.

٣٣٧٧- **سَأَلَتْ:** [المذهب ومالك والشافعي]: ويصح تأجير الحائط لوضع جذع أو بناء.
[الوافي وأبو حنيفة وأصحابه]: لا.

قلنا: لا مانع.

٣٣٧٨- **سَأَلَتْ:** [المرتضى]: وإذا انقضت المدة ولم يحصد الزرع وينقطع البحر بلا
تفريط بقي بالأجرة (١)؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا ضرر ولا ضرار)) ((من ضار ضار الله
به)).. الخبيرين، فأما الشجر فيقلع (٢)؛ إذ لا حد له فكأن المستأجر رضي بالقلع يوم
العقد، وعليه تسوية (٣) الأرض بعد القلع؛ ليردها كما أخذها.

٣٣٧٩- **سَأَلَتْ:** وإذا استأجر على أن يزرع نوعاً لم يكن له المخالفة إلا إلى الأقل
ضرراً. [أبو طالب والفريقان]: فإن لم يسم ما يزرع فيها فسدت؛ لجهالة المنفعة. [المؤيد
بالله والإمام يحيى]: بل تصح ويفعل المعتاد.

قلت: وهو قوي؛ للعرف.

٣٣٨٠- **سَأَلَتْ:** فإن استأجر أرضاً فيها أشجار (٤) واستثنيت صحت، وإلا فلا،
إن قصد الثمار أو لا قصد له؛ لاشتيماله على ما يصح تأجيله وما لا، فيستلزم الجهالة.
فإن قصد التضحية عليها أو نحو ذلك (٥) صحت إجماعاً؛ لإمكان الانتفاع بها
مع بقاء العين، فإن استأجر للزرع فنبت فيها غيره كان الثابت لمالك بذره إن كان.

(١) أي: أجرة المثل.

(٢) إلا أن يكون عليه ثمر بقي حتى يدرك الثمر بأجرة المثل إن لم يكن منه تفريط، فإن كان لتقصير فهو
بالخيار إما أمره بالقلع وإلا ضرب عليه من الأجرة ما شاء.

(٣) المذهب أنها لا تجب التسوية إلا للعرف.

(٤) مما تثمر في العادة إذ كان عليها ثمر أو لا تنقضي مدة الإجارة إلا وقد أثمرت وإلا فلا تنفسد. (قرئ).

(٥) كالربط والاستغلال تحتها. (شرح).

قلت: وإلا فلبيت المال إن لم يدعه المستأجر وهو يبذر في العادة، فإن ادعاه فله (١) إلا حيث علم تقدمه على عقدها فلرب الأرض وعليه قلعه (٢) إن طولب، وما لا يبذر في العادة فكلاً. [الإمام يحيى]: بل لرب الأرض.

قلت: بناء على أصل المؤيد بالله (٣).

٣٣٨١- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: وإذا انقطع ماء الأرض المستأجرة في كل المدة حتى بطل كل زرعها سقطت الأجرة؛ إذ لا تستحق إلا باستيفاء المنافع أو التمكن منها، ولا منفعة هنا.

فإن انقطع في بعض المدة حتى بطل الزرع لزمته [لزمه] أجرة ما مضى قبل انقطاعه، وسقطت فيما بعد، فإن بطل بعض الزرع وكمل بعض سقط حصة ما بطل، فإن لم يبطل شيء لكن ضعف الزرع لنقصان الماء فعيب، إن فسخ به صح، ووجب حصة ما مضى (٤) من المسمى وفيما بعد الفسخ أجرة المثل، وسواء كان الماء من نهر أو مطر، وإن لم يفسخ لزمه كمال المسمى؛ إذ تبقى الزرع رضاً، وكذا إن قصره على بعضها بغير رضا المالك كان رضاً.

٣٣٨٢- **سَأَلَتْ:** ولو اكرت داراً فلم يجد فيها حشاً فعيب.

قلت: إلا حيث لا يستعمله أهل تلك الجهة في البيوت؛ إذ لا يعد عيباً عندهم.

٣٣٨٣- **سَأَلَتْ:** وإذا حصد المكثري زرعه فعليه قلع ما بقي من أصوله (٥)؛ ليرد الأرض فارغة كوجوب تفريغ الدار، وإذا انقضت مدة الإجارة ولما يغرس لم يكن له الغرس بعدها؛ إذ لا استحقاق.

(١) يعني: أن القول قوله مع يمينه إن ناكه رب الأرض وهذا حيث كان الدعوى مع بقاء مدة الإجارة لا بعدها فعليه البيئة. (شرح بحر).

(٢) إن طولب فإن لم يفعل كان للمستأجر قلعه ويرجع على المالك بأجرته.

(٣) أن حكم النابت حكم المنبت. (شرح).

(٤) حيث قد انتفع بالزرع.

(٥) إلا لعرف.

[٧٨]- باب: [في إجارة الحيوان]

وتأجير الحيوان جائز إجماعاً؛ لقوله تعالى: ﴿لَتَرْكَبُوهَا﴾ [النحل: ٨]، ولم يفصل بين الملك والمستكرى، وتفسير ابن عباس: ﴿أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨]: بأن تحجوا وتكروا جمالكم.

٣٣٨٤- **سَأَلَتْ**: ويشترط تعيين جنس البهيمة والمنفعة والأجرة والمدة والمسافة؛ لترتفع الجهالة.

٣٣٨٥- **سَأَلَتْ**: [الإمام يحيى]: ويصح كون البهيمة معينة [والمنفعة] كهذه، أو في الذمة موصوفة، كأكر مني جملاً، ويعين الذكورة والأنوثة حيث اللبس [التبس] كالفرس^(١)؛ لاختلاف منفعتهما؛ إذ ركوب الإناث أوطأ. قلت: الأقرب أن التعيين شرط كالمبيع^(٢).

٣٣٨٦- **سَأَلَتْ**: [العتره والفقهاء الأربعة]: ويجب تعيين الراكب بالمشاهدة أو الوصف^(٣). [مالك]: لا. قلنا: يختلف.

[الإمام يحيى]: لا ينضبط بالوصف.

ولا يجب ذكر لباس الراكب؛ لقلته تفاوتته، ويذكر الوطاء وإلا أوطأ المعتاد للبهيمة من سرج أو إكاف أو قتب أو كور أو محفة^(٤)، فأما الشقذف ونحوه^(٥) فيذكر حتماً ويضبط بالعيان، ويذكر التغطاي حيث يعتاد كالمحامل والكنابش^(٦)،

(١) فإنه إذا قال: أكر مني فرساً، هل أراد ذكراً أو أنثى؛ لأن هذا الاسم يطلق عليهما معاً. (شرح بحر).

(٢) فيجب أن تميز البهيمة في الإجارة بمثل ما يميزها به للبيع إما بمشاهدة أو وصف مع وجودها في الملك.

(٣) بالطول والقصر والسمن والهزال. (شرح بحر).

(٤) القتب معروف، والكور: شيء كالسرج له مؤخرة ومقدمة لا يسع إلا راكباً واحداً والمحفة أوسع منه وهي تكون من جميع الجوانب. (شرح بحر).

(٥) الحنية.

(٦) الكنايس بنون بعدها ألف وياء مثناة تحتانية وسين مهملة، صحح ذلك من نسخة ابن مرغم، وقيل: بياء موحدة وشين معجمة، هكذا ضبطه السيد عبد الله في نسخته الصحيحة المشهورة.

وإلا غطى بأخف المعتاد.

وعلى المكري الحبال والحلق التي يشد بها التغطية والقرب ونحوه^(١)، لا الفراش في المحمل^(٢)، ولا يمنع من فرش ما لا يثقل.

٣٣٨٧- **سَأَلَتْ:** وفي تعليق الدلو ونحوه^(٣) وجهان: [الإمام يحيى]: أصحهما: لا يجب إلا بشرط، وقيل: يجب؛ للعرف والحاجة.

قلنا: ليس لكل راكب معاليق، والمعاليق تختص غير ذوات السروج^(٤).

فَرَعٌ: وعلى المكري إعانة الراكب في الركوب والنزول والإناخة حيث يحتاج كالمريض؛ للعرف وللطهارة للفرض ولصلاته، لا للأكل والنفل وأجرة الدليل حيث يلزمه السير، وإلا فعلى المكري.

فَرَعٌ: وراكب السرج يرسل رجله؛ إذ لفهما يتعب الدابة، بخلاف المحمل والعمارية فقاعد غير مستلق إلا لشرط^(٥).

فَرَعٌ: ولا يجب اشتراط ما يقتضيه مطلق الإجارة، ويعتبر في السرى العادة كتهامة والسهول لا الأوعار إلا لشرط، والنزول في الوعر بحسب العرف، فإن تنازعا في موضع التعريس فالعرف أيضاً، فإن عدم فالقرى في البرد أو الخوف، والصحراء في العكس.

٣٣٨٨- **سَأَلَتْ:** ويضمن البهيمه بتعدي الموضع المعين إجماعاً؛ إذ صار غاصباً، ويجب المسمى فيما دون الزائد إجماعاً إلا عن المؤيد بالله مع تلف البهيمه فأجرة المثل. قلنا: لا وجه^(٦) له.

(١) سائر الأوطئة المذكورة. (شرح).

(٢) فهو بالعرف على الراكب فيفعل له ما شاء ما لم يثقل.

(٣) كالحبل والقدر والقربة والركوة. (شرح بحر).

(٤) كالإبل والحمير والبغال الحبشية لا الخيل والبغال السروجية. (شرح بحر).

(٥) أو عرف.

(٦) وقد حمه الفقيه محمد بن يحيى على أن المستأجر سلك طريقاً أصعب. (شرح).

[المؤيد بالله وأبو طالب وأبو العباس والشافعي]: وفي الزائد أجرة المثل؛ إذ المنافع كالأعيان في الضمان. [أبو العباس]: إلا مع التلف؛ إذ تدخل قيمتها تحت قيمة الرقبة.

قلنا: مختلفان فانفرد كل بضمان كالعينين.

[أبو حنيفة]: لا أجرة للزائد مطلقاً.

قلنا: بناء على أصله في الغصب.

فَرَعٌ: [أبو جعفر للمذهب]: وتجب للذهاب والرجوع. [أبو حنيفة^(١)] وأبو يوسف: بل

للذهاب فقط.

قلنا: كالغاصب.

٣٣٨٩- **مَسْأَلَةٌ:** [المذهب وأبو يوسف ومحمد بن الحسن والشافعي]: ولا تفسد الصحيحة

بالتعدي. [أبو حنيفة]: بل تفسد بالزيادة؛ لاتصال المخالفة بالعقد، كلو عقدها على

فساد كما قال:

رَأَى الْأَمْرَ يَفْضِي إِلَى آخِرٍ فَصَوَّرَ آخِرَهُ أَوْ لَا

قلنا: الفساد المقارن لا يستقر معه العقد، والتعدي لا تعلق له بالعقد فيفسده،

والشعر لا يؤثر في الحكم الشرعي^(٢).

وثمره الخلاف في الأجرة: فالمذهب- المسمى إلا في الزائد^(٣).

[الإمام يحيى]: بل الأقل من المسمى وأجرة المثل، وفيه نظر؛ إذ لم يخالف في صفة

العمل.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى وزفر]: ويعود أميناً برده إلى الموضع المسمى؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:

((على اليد ما أخذت حتى ترد))^(٤) وقد رد. [المؤيد بالله وأبو حنيفة وأصحابه]: لا؛ إذ لم

يرد إلى يد صاحبها وهو المراد في الخبر.

(١) زيادة من المطبوع.

(٢) وإنما تأثيره في الأمور اللغوية وهي بمعزل عما نحن فيه. (شرح بحر).

(٣) فأجرة المثل.

(٤) (قوله): «حتى ترد»: سيأتي.

٣٣٩٠- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: ومن أهمل المكتري لخشية تلفها لم يضمن؛ إذ لا تفريط، فإن خشي عليها فقط ووقوفه ينجيها ضمن. [أبو طالب]: للتفريط. [المؤيد بالله]: بل يحمل على انقضاء مدة الإجارة أو شرط الضمان. قلنا: لا وجه للتأويل.

فإن خشي تلف نفسه فقط ضمن.

قلت: كإتلاف مال الغير للضرورة، وعلى أصل أبي طالب لا يضمن.

[المؤيد بالله]: يضمن مطلقاً إلا حيث وقوفه لا ينجيها.

فَرَعٌ: [أبو طالب]: وليس له الوقوف حيث خشي على نفسه. [المؤيد بالله]: بل يستحب إزالة المنكر وإن خشي.

لنا: ما سيأتي (١).

٣٣٩١- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب وأصحاب الشافعي]: ولا يضمن بالمخالفة إلى مثل الحمل أو المسافة قدراً أو صفة؛ إذ قد استحق المنافع فله صرفها فيما أحب من غير تعد.

٣٣٩٢- **سَأَلَتْ:** [المذهب]: وعلى المستأجر الرد فوراً بعد انقضاء المدة، وإلا ضمن؛ للتعدي في الإمساك كالغاصب إلا لعذر خوف أو نحوه (٢)؛ إذ لا تعدي، ولا يضمن ما تلف من سرج أو نحوه (٣) إلا لتفريط أو تضمين.

٣٣٩٣- **سَأَلَتْ:** [المرتضى]: وإذا رده الدابة إلى موضع الابتداء فلا أجره إن كان بجموحها ولم يمكنه النزول أو خشي عليها إن نزل كمن نقضت غزلها، لا لسوء ركوبه أو لتخليته إياها.

فَرَعٌ: وكذا السفينة لو ردها الريح ولو بعد بلوغ الغاية في الأصح.

٣٣٩٤- **سَأَلَتْ:** ومؤنتها على مالها إجماعاً؛ إذ هو من التمكين كآلاتها من سرج ولجام ونحوهما، فإن شرطها على المستأجر فزيادة في الأجرة. [أبو طالب]: فيصح

(١) في باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. (شرح).

(٢) كغيبه المالك كما مر. (شرح).

(٣) القتب والإكاف واللجام والعدار وغير ذلك، وهكذا الحكم في أبواب الدار ونحوها. (شرح بحر).

ويلزم حيث بين جنسه وقدره. [الشافعي]: لا؛ للجهالة، فيفسد العقد.
قلنا: لا جهالة.

٣٣٩٥- **مَسْأَلَةٌ:** [المرتضى]: ومن اكرى إلى مكان يشتمل على مواضع كإلى خراسان فسدت؛ للجهالة والتشاجر. [الشافعي]: بل تصح ويتعين أول قرية منه. [أبو حنيفة]: بل موضع المكثري.
قلت: الجهالة مفسدة كالبيع.

٣٤٠- فصل: في استئجار البهائم للعمل

٣٣٩٦- **مَسْأَلَةٌ:** [الإمام يحيى]: ومن استأجر بهيمة للحرث اشترط مشاهدة الأرض؛ لاختلافها في الصلابة، ولا تنضب بالوصف^(١)، ويصح الاستئجار للحرث وإن لم يعين ما يحرث به كالحمل وإن لم يعين الحامل؛ إذ صار العمل معلوماً للأجير^(٢).

٣٣٩٧- **مَسْأَلَةٌ:** ويصح استئجار الجوارح للصيد، إذ منفعتها مباحة، ويبين جنس الصيد حيث الجراح كلب؛ لاختلافه في الصعوبة^(٣).

وتصح إجارة الدجاجة لحضن البيض مع تعيينها والمدة وقدر البيض، والديك للإعلام بالأوقات أو ليصلح به الدجاج في الرعاية؛ إذ ذلك معروف منه لا للسفاد كالفحل.

وكل ما يتلذذ بصوته^(٤) أو صورته [رؤيته] صح تأجيره لذلك؛ إذ هي منفعة مباحة، ولعلي **عَلَيْهِ السَّلَامُ** في وصف الطاووس كلام [عجيب] بليغ.
ولا يصح للبيض. قلت: كالشجر للثمر.

(١) فإن انضبطت لغي.

(٢) من طريق العادة.

(٣) إذ صيد الأوعال أصعب من صيد الظباء وربما قتلت الأوعال الكلاب فأما في غير الكلب فلا يشترط بيان جنس الصيد على ظاهر الكتاب. (شرح).

(٤) قال الإمام يحيى: نحو الحمام في الحجرات والقمارى في المجالس في الأقفاص التي تحبسها عن الطيران لأنها لا تكاد تأنس بخلاف الحمام فإنه يأنس.

٣٤١- فصل: [في الاستئجار للرحيل والركوب]

قال الله تعالى: ﴿وَمِنَ الْأَنْعَامِ حَمُولَةٌ وَفَرَشًا﴾ [الأنعام: ١٤٢]، [المفسرون]: الحمولة: المرحولة^(١)، والفرش: المركوبة.

٣٣٩٨- **مَسْأَلَةٌ:** ولا يصح الإكتراء للركوب إلا مع تعيين جنس المركوب؛ لاختلافه، بخلاف الإكتراء للحمل؛ إذ المقصود التأدية فقط^(٢)، لكن يعين المحمول مشاهدة أو قدرأ^(٣) مع ذكر الجنس؛ لاختلافه.

ولا يصح عقدها على ما يُعْنَتُ البهيمة فاحشاً؛ إذ هو محظور؛ لقوله ﷺ: ((من لا يرحم لا يرحم))^(٤) ونحوه.

٣٣٩٩- **مَسْأَلَةٌ:** وتعين الظروف حيث لا تدخل في وزن المحمول^(٥) أو تعرف بالعرف [بالوصف]، ويبين الدولاب إن اُكْتُرِيَ للطحن ونحوه^(٦)؛ لاختلافه، ويقدر العمل بالمدة أو بالكيل أو بالوزن حسب العادة، ولا يقدر السقي بري^(٧) الأرض؛ لجهالته.

٣٤٠٠- **مَسْأَلَةٌ:** ومن استأجر للحمل ولم يعين الحامل لم تنفسخ بفرار المؤجر، وللحاكم أن يستأجر من ماله^(٨) كقضاء دينه، وأن يقرضه من بيت المال أو غيره، ويرجع عليه؛ للولاية، فإن تعذر خَيْرُ المستأجر بين الفسخ للعذر -كلو أفلس

(١) أي: التي تصلح للرحيل وهي كبار الإبل. والفرش: المركوبة التي تصلح للركوب ولا تطبق الحمل وهي صغار الإبل. (شرح).

(٢) وهي نقل المحمول فعلى أي بهيمة حملة للمكتري من جمل أو حمار أو بغل فقد حصل المطلوب يعني من غير تفويت غرض على المستأجر كما سيأتي. (شرح).

(٣) بكيل أو وزن. (شرح).

(٤) (قوله): «من لا يرحم لا يرحم» ونحوه: تقدم.

(٥) أي: إنما يجب تعيين الظروف حيث يوزن المحمول منفرداً عنها. (شرح).

(٦) إطلاع الماء وعصر السليط. (شرح).

(٧) بل بالدلاء المقدرة أو الأيام المحددة. (شرح بحر).

(٨) أي: من مال المؤجر إن كان له مال.

المشتري والسلعة باقية-، وبين أن ينتظر الظفر به فيلزمه.

فإن عين الحامل وحده وفرّ به لم يكن للحاكم استئجار غيره؛ لتعيينه، كمن باع عيناً وهرب بها، لكن يخير المستأجر بين الفسخ؛ لاستحقاقه التعجيل فالتأخير عيب، وبين الانتظار، وإذا فسخ رجع بأمر الحاكم على ماله بما قد سلم كالدين. فإن فرّ بنفسه فقط فللحاكم أن يأمر بإنفاق بهائمه واستئجار من يسوقها^(١) ويرحلها ويحفظها من مال المالك -إن كان- كالدين، فإن تعذر فللمستأجر الفسخ للعدر.

٣٤٠١- **سَأَلَتْ:** ومن اكرى ليحمل حديداً لم يكن له أن يحمله قطعاً ولا العكس، أو ليركب في السرج لم يكن له أن يركب عرواً ولا العكس، أو ليركب لم يكن له أن يحمل ولا العكس؛ لاختلاف مضرة ذلك كله، فيحرم؛ لمخالفة الشرط^(٢).

٣٤٠٢- **سَأَلَتْ:** [أبو العباس وأبو طالب وأبو حنيفة]: وإذا عين المحمول والحامل^(٤) لغا تعيين الحامل؛ إذ القصد حيثئذ الحمل فتعيين الحامل تابع لا حكم له، فلو تلف لزم إبداله بلا تفويت غرض، وللمكري أن يحمل غيره^(٥) مع وجوده، ويضمن المحمول ضمان المشترك، ويلزمه السير معه؛ للعرف.

وإذا امتنع المكثري ولا حاكم فلا أجرة ولو خلى له الحامل؛ إذ ليس بمتعين، وتبطل بتلف المحمول لذلك، فإن لم يعين أيهما فسدت؛ للجهاالة^(٦)، فإن^(٧) عين

(١) ولعل هذا حيث يجب على المكري السير والله أعلم.

(٢) والمراد حيث لم يكن المخالف إليه أخف مضرة من المشروط كما مر. (شرح).

(٣) هذه المسألة مشتملة على أربع صور وهي حيث تعين الحامل والمحمول جميعاً، وحيث لا يعين أيهما، وحيث يعين المحمول فقط، وحيث يعين الحامل فقط. (شرح بحر). فمثال الأولى: استأجرتك هذه الأحوال على هذه الجمال. (شرح بحر).

(٤) ويكون الحكم لتعيين المحمول. (شرح بحر).

(٥) على صفته.

(٦) هذه هي الصورة الثانية، ومثالها أن يقول: أكرت مني جمالاً في ذمتك على أحمال في ذمتي. (شرح بحر).

(٧) هذه هي الصورة الثالثة.

المحمول فحسب صحت، والحكم ما مر.

وإن عين الحامل فحسب صحت وتعين^(١)، فلا يلزم إيداله إن تلف كتلف المبيع، وتنعكس تلك الأحكام؛ لتعيينه حيثئذ.
قلت: إلا لعرف في السير فيتبعه ضمان الحمل.

٣٤٠٣ - **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن المذهب والكرخي ورواية عن أبي حنيفة وبعض أصحاب أبي حنيفة]: ويصح عقدها مع التخيير في العمل، كإلى جدة أو مكة أو عرفة، أو في الأجرة، كعلى عشرة أرتال حديداً بعشرة أو قطناً بخمسة؛ إذ لا جهالة ولا تشاجر. [الشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: بل تفسد، كلو قال: لأحمل عليه هذا الحمل أو لا.
قلنا: هذا يقتضي الجهالة دون ذلك.

فإن خير في العين كهذه الدار أو هذه صحت. قيل: مطلقاً. وقيل: لا، مطلقاً.
وقيل: إن ذكر خيار لأحدهما مدة معلومة صحت، وإلا فلا.
قلت: وهو أقرب للمذهب كالبيع.

٣٤٠٤ - **سَأَلَتْ:** وإذا عقد لاثنين على بهائم معينة فهي للأول كالبيع، فإن التبس: قلت: فللقابض؛ إذ القبض قرينة تقدمه، فإن لا فلمن أقر له المالك بتقدمه، فإن لا قسمت إن أمكن وخيراً، وإلا حملاً جميعاً إن اتحد الطريق، ولهما الفسخ لا له، فإن اختلف الطريق انفسخت.

قلت: فإن أجاز الأول عقد المالك لنفسه ففسخ للعقد الأول لا إمضاء؛ إذ لا ينعقد إلا بعد فسخ الأول.

وإن أجاز ليأخذ هو الأجرة صح إن كان قد قبض واستحقها. فإن اتحد وقت العقدتين أو التبس هل كان في وقت أو وقتين^(٢)؟ بطلت.

(١) هذه هي الصورة الرابعة.

(٢) وذلك نحو أن يقول: أجرت جميع جمالي هذه منكما فيقبلان جميعاً أو يؤجر وكيلاه في وقت واحد أو التبس هل وقع العقدان في وقت واحد أو في وقتين فإن الإجارة تبطل في هاتين صورتين كما في النكاح وقد ذكر ذلك الفقيه علي. (شرح بحر).

٣٤٠٥- **سَأَلَتْ:** [الهادي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: ومن خالف في صفة للعمل كعلی أن یسير به إلى مكة سبعةً فسار عشرًا فله الأقل من المسمى وأجرة المثل، أما المسمى؛ فلأنها صحيحة، وأما الأقل؛ فللمخالفة. [أبو حنيفة]: بل أجرة المثل مطلقاً؛ إذ فسدت بالمخالفة.

قلنا: لا مقتضى للفساد، كما مر.

قلت: فإن كان المخالف المستأجر ضمن البهيمة، وعليه الأكثر من المسمى وأجرة المثل، والوجه ظاهر.

٣٤٠٦- **سَأَلَتْ:** ومن اكرت من موضع ليحمل من آخر إليه فامتنع قبل الأوب لا لعذر -لزم المسمى إن خُلِّيَ ومُكِّنَ منه مدة الإجارة، وإلا فلا شيء، كدار استكرت ولم يستعملها المستأجر ولا شغلها المؤجر، [فإن الأجرة تلزم].

٣٤٠٧- **سَأَلَتْ:** وللمستأجر ضرب البهيمة وكبحها ونخسها المعتاد لمثلها، ما لم يؤد إلى خلل فيها؛ لفعله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في بعير جابر ^(١) حين أعيأ.

٣٤٠٨- **سَأَلَتْ:** وإذا تلف بعض الحمل في الطريق فله إبداله؛ لاستحقاقه المنافع إلى الغاية، أما الماء فإجماعاً؛ لتعارف إبداله للحاجة، وكذلك غيره.

فإن كان زاداً فكذا إن تلف بغير الأكل لا به فوجهان: [الإمام يحيى]: أصحابها يبدل ^(٢)؛ لما مر. وقيل: لا؛ للعرف أن الزاد لا يبقى.

لنا: ما مر ^(٣).

٣٤٠٩- **سَأَلَتْ:** ومن استأجر بهيمة إلى مكة لم يكن له الطواف بها ونحوه ^(٤) إلا أن يستأجرها ليحج بها فله إتمامه عليها، فإذا طاف للزيارة ففي ركوبه إلى منى لتمام

(١) قوله: «لفعله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في بعير جابر»: تقدم.

(٢) مع جري العرف بذلك.

(٣) المعتمد العرف.

(٤) سائر مناسك الحج. (شرح).

البيات فيه وجهان: [الإمام يحيى]: أصحهما له ذلك؛ إذ هو من المناسك. وقيل: لا؛ إذ قد حل إحرامه وهو مُسْتَنَّد المناسك.

٣٤١٠- **سَأَلَتْ:** ومن لم يشرط عليه النزول في الوعر ولا عذر مانع كزمانة فوجهان: [الإمام يحيى]: أصحهما لا يلزمه؛ لاستحقاقه المنافع. وقيل: يلزمه؛ للعرف.

٣٤١١- **سَأَلَتْ:** ولا يجب تعيين المنفعة بالعين إلا حيث تختلف مضرتها، كالحمير للركوب أو الرحل، بخلاف الخيل (١).

٣٤١٢- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو يوسف ومحمد بن الحسن والشافعي]: وإذا زاد على الشروط ما يؤثر ثقله وهو ما لا يتسامح بحمل مثله في العادة كالسقاء فتلفت البهيمة- ضمن كل قيمتها وأجرة المثل للزيادة والمسمى فيما دونها. [أبو حنيفة]: بل يضمن من البهيمة حصة الزيادة فقط؛ إذ ما دونها مأذون فيه فتذهب حصته هدرًا.

قلنا: صار بتعديه كغاصب رقبته.

فَرَعُ: فإن حملها المالك (٢) فلا ضمان.

قلت: ولو جاهلاً؛ إذ تلفت بفعله.

وإن كانت الزيادة من مال المكتري بغير أمره لزمه ردها؛ إذ على اليد ما أخذت حتى ترد، فإن حملها أجنبي ضمن أيضاً، ولزمته الأجرة إلا حيث أمره المالك (٣).

قلت: فإن غره المكتري رجع عليه، فإن شورك المحمّل (٤) حاص في الضمان.

٣٤١٣- **سَأَلَتْ:** ولا يصح عقدها على ما يتعامل به الناس؛ لجهالته كالبيع.

(١) فإن العادة فيها الركوب فقط وخلاف البقر أيضاً فإن العادة فيها العمل دون الركوب فيجوز عقد الإجارة في هاتين الصورتين ونحوهما وإن لم يعين المنفعة؛ لأنها معلومة من جهة العادة فأما الإبل والحمير فإنهما يصلحان للركوب والرحل فيجب بيان المنفعة فيهما. (شرح بحر).

(٢) وساق أو تلفت تحت العمل وإلا فالضمان على السائق.

(٣) أي: مالك البهيمة.

(٤) في نسخة: فإن شورك في الحمل.

[٧٩]- باب إجارة الأدميين

٣٤١٤- **سَأَلَتْ:** [العترة وأبو حنيفة وأصحابه وقول للشافعي]: الأجير ضربان: خاص [زيد بن علي]: وهو الذي يعمل لك وحدك. ومشارك: وهو الذي يعمل لك ولغيرك. [قول للشافعي]: لا معنى لهذه القسمة؛ إذ لم تفصل الأدلة بين الأجراء، بل وردت مطلقة كـ ((أعط الأجير أجرته)) ونحوه.

قلنا: افترقا في المعنى فصح الانقسام.

٣٤١٥- **سَأَلَتْ:** والمشارك: هو من استؤجر على العمل دون تسليم النفس كالنجار والحداد والقصار.

فَرَعٌ: [أبو طالب وأبو حنيفة وأصحاب الشافعي]: فإن ذكرت المدة [وحدها] كأجرني نفسك لتخيط لي هذا الثوب هذا اليوم- فسدت؛ إذ لو فرغ في بعض اليوم تشاجرا، فالمستأجر يطلب عمل بقية اليوم لذكر المدة، والأجير يقول: قد عملت المشروط. [المؤيد بالله والإمام يحيى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: بل تصح ويلغو ذكر المدة؛ إذ المقصود العمل، والمدة لم تكسبه جهالة.

قلت: المدة خاصية الخاص، ويصح أفرادها كالعمل فلم تكن بالإلغاء أحق، لكن الأولى اعتماد المتقدم منها؛ إذ تقدمه قرينة اعتياده وإلغاء المتأخر. فمتى ذكرت المدة وحدها أو متقدمة على العمل فالأجير خاص، وإن ذكر وحده أو متقدماً على المدة فمشارك، فإن نكر فسدت اتفاقاً؛ للجهالة.

فَرَعٌ: ولا يجب ذكر المدة والعمل جميعاً إلا في أربعة: الراعي، والحاضنة، والمنادي، ووكيل الخصومة؛ إذ هما مقصودان فيها فوجب تعيينهما.

فَرَعٌ: [علي وابن عمر ثم ابن أبي ليلى ثم المذهب وأبو يوسف ومحمد بن الحسن واللؤلؤي والكرخي والطحوي]: والمشارك يضمن ما استؤجر عليه إلا من الغالب، وهو ما لا

يمكن دفعه مع المعاينة؛ لقضاء علي عليه السلام ^(١)، وقوله: (لا يصلح الناس إلا ذلك)، وهو توقيف. [أبو حنيفة والشافعي وزفر والمروزي والمريسي]: قبض المعمول فيه برضا صاحبه فلا يضمن إلا إذا تعدى أو جنى كالوديع.

قلنا: هذا أخذ لغرض نفسه وهو الأجرة فافترقا.

[قول للشافعي]: إن استقل به الأجير في حانوته أو بيته ولم يحضر المستأجر ضمن، وإن حضر أو اشتغله في منزل المالك فقولان: أحدهما: أمين كالوديع، والآخر: ضمين ولو لغالب؛ إذ الأجرة في مقابلة الضمان والحفظ ^(٢).

قلنا: لم يفصل دليل تضمينه ^(٣)، ثم إنه أرفق بالناس عملاً وأقرب إلى حفظ الأعيان النفيسة مع قلة الأمانة.

فَرَعٌ: وإنما يضمن ما قبضه ولو جاهلاً كلو ساق ما لم يشعر بدخوله في الغنم، [وقول سفيان الثوري وزفر وحما لا يضمن الخطأ - لا وجه له].

١٦٤٣ - **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ولا يضمن الغالب وإن ضُمَّنَّه؛ إذ هو تكليف ما لا يطاق. قال: وعن [بعض الفقهاء]: تضمينه، وليس بصحيح، كتكليف المقعد الطيران.

قلت: وهو قوي، وإن كان ظاهر المذهب تضمينه مع الشرط.

فَرَعٌ: ولا يضمن ما سببه من المالك كإتاء مكسور ^(٤) أو شحن فاحشاً، والوجه ظاهر.

(١) قوله: «لقضاء علي عليه السلام لها»: روي عن علي عليه السلام أنه كان يضمن الأجير المشترك ويقول: لا يصلح الناس إلا ذلك حكاية في أصول الأحكام والشفاء ونسبه في التلخيص إلى البيهقي. [العلوي في الجامع الكافي وروى الإمام زيد بن علي في المجموع عن علي عليه السلام بلفظ: (كل عامل مشترك إذا أفسد فهو ضامن)، ومن طريقه أحمد بن عيسى في الأمالي وعلي بن بلال في شرح الأحكام، وأخرجه البيهقي (١٢٢/٦) وابن أبي شيبة (٣٦/٤) كلاهما بلفظ الكتاب].

(٢) في الانتصار: والعمل عوض، قوله: والحفظ وهو الأولى [الصواب]. نخ (شرح بحر).

(٣) بين أن يستقل به الأجير في حانوته أو بيته ولم يحضر المستأجر وبين أن يحضر أو يشتغل في منزل المالك. (شرح بحر).

(٤) وضع فيه سمناً. (شرح بحر).

٣٤٢- فصل: [في أحكام متنوعة]

ومن استأجر عيناً فله خيار الرؤية فيها آدمياً كان أم بهيمة كفي البيع.
 [الإمام يحيى]: ويصح عقدها على عين في الذمة إذا وصفت حتى لا تجهل كالسلم.
 قلت: الأقرب للمذهب المنع كالسلم في الحيوان، [الإمام يحيى]: ويصح عقدها
 على منفعة غير معينة، كعلى أن تعمل لي ما دفعته إليك.
 قال: ولا يصح تأجيلها حينئذ، كعلى أن تخط لي هذا الثوب إلى شهر؛ إذ يلغو
 ذكر المدة مع العمل.

قلت: والأقرب للمذهب أن الصورة التي ذكرها لا تصح وإنما تعلق بالذمة في
 الأجير الخاص.

٣٤١٧- **مَسْأَلَةٌ:** [العتره والفريقان]: [ويصح أن يستأجر من يقتص له في الأطراف
 [الطرف]. [المذهب والشافعي والإمام يحيى] (١): وكذا لقتل من عليه القصاص
 كالتوكيل. [أبو حنيفة]: يصح في الأطراف لا الروح؛ لجهالة العمل الذي يحصل به
 القتل.

قلنا: حده القتل.

[الشافعي]: والأجرة على المقتص منه. [المذهب وأبو حنيفة]: بل على المقتص له كأجير
 اقتضاء الدين.

٣٤١٨- **مَسْأَلَةٌ:** ومن استؤجر ليرعى غنماً معينة انفسخت بتلفها، ولا تبدل
 كالمبيع، فإن تلف البعض انفسخ بقدره (٢).

[الإمام يحيى]: فإن لم تُعين ولا عددها فسدت؛ للجهالة.

وقيل: تصح ويرعى ما يُعتاد أن الواحد يكفي فيه.

(١) ما بين المعقوفين ساقط في أكثر النسخ.

(٢) ويثبت الخيار للأجير. وللمستأجر أيضاً.

قلنا: العادة تختلف (١).

٣٤١٩- **سَأَلَتْ:** ويصح استئجار من يكحل العين فيجب مرة، فإن شرط البرء فسدت؛ إذ ليس مقدوراً له، فإن شرط الكحل منه فوجهان: أصحهما: لا يصح؛ إذ العقد يتناول العمل لا العين. [الإمام يحيى]: يصح؛ للعادة، وكذا الصباغ والنساخ. **فَرَعٌ:** ويصح استئجار الطبيب لمعالجة معلومة كقطع المثانة لإخراج الحصاة. [الحنفية]: وله ما سمي وإن لم يبرأ. قلت: وهو الأقرب للمذهب. وقيل: يشترط البرء، وإلا فأجرة المثل وقيمة الأدوية. [مالك]: لا شيء له إن لم يبرأ.

قلنا: قد أدى ما عقد عليه.

٣٤٣- فصل: [في الاستئجار للرضاع والحضانة وغيرهما]

[الإمام يحيى]: ويصح الاستئجار للرضاع والحضانة؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (٢) [الطلاق: ٦]. ٣٤٢٠- **سَأَلَتْ:** ويصح على الحضانة فيتناول العمل لا اللبن. قلت: لكن يدخل تبعاً للعمل. [الإمام يحيى]: فإن عقدت على الرضاع فقط ففي لزوم الحضانة معه وجهان: أصحهما: تلزم؛ للعرف بتولي المرضعة ذلك. وقيل: لا؛ إذ لم يتناول أكثر من سقي اللبن.

[الإمام يحيى]: فإن ذكرهما معاً فوجهان: أصحهما تصح، والعمل تابع للرضاع؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ﴾ فرتبها على الرضاع ولم يذكر حضانة.

(١) في ذلك فلا تصح هذه الإجارة بل تفسد فله أجره المثل ولا يجوز إبدال الغنم ولا يلزمه رعاية أولادها. ذكر معنى ذلك كله الإمام يحيى. (شرح بحر).

(٢) قال الإمام يحيى: والأجرة لا تكون إلا على جائر قال: ولأنها من جملة الأعمال المباحة. (شرح بحر).

وقيل: بل العكس^(١). قلت: وهو أقرب للمذهب؛ إذ الإجارة على العين لا تصح كمن استأجر بئراً ليشرب منها. فإن دخل تبعاً صح كمن استأجر داراً فيها بئر.

قلت: والآية خرجت مخرج المعتاد، وهو أن ذكر الرضاع يستلزم الحضانة في وقتهم، ألا ترى إلى استرضاعه ﷺ مع حليلة.

فَرَعٌ: ويعتبر في الحضانة شروط الإجارة: من تعيين المدة، والأجرة، والرضيع، ولا يكفي وصفه. فإن مات انفسخت ولا يبدل؛ لتعيينه.

[الإمام يحيى]: ولا يعتبر تعيين العمل؛ إذ لا ينضبط فهي كالخاص؛ لتعذر الضبط إلا بالمدة، فلا تشرك في العمل واللبن كالخاص.

فَرَعٌ: [المنصور بالله وأبو مضر]: ويخالفه في أنها تضمن ما ضمننت؛ لعموم: ((الزعيم غارم)).

فَرَعٌ: وإذا تعينت بمرض أو نحوه^(٢) فسخت كالبهيمة، ولها أيضاً الفسخ إذا مرضت أو نحوه^(٣).

فَرَعٌ: [الإمام يحيى]: ويعين موضع الحضانة من منزلها أو غيره، وإلا فسدت؛ للتنازع.

قلت: وظاهر المذهب لا يشترط، ولها نقله إلى منزلها إلا لشرط.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى]: والأجرة من مال الصبي إن كان كالنفقة، وإلا فمن الأب.

قلت: الأقرب أنها على الأب الموسر كالنفقة، كما مر.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى]: وللزوج المنع من الحضانة.

قلت: حيث لم يتعين عليها. وقيل: لا؛ إذ محل الإجارة غير ما تناوله النكاح.

(١) وهو أن المقصود الحضانة والرضاع تابع لها. (شرح بحر).

(*) وهو أنها لا تصح الإجارة.

(٢) حبل أو سقته لبن السائمة. (غيث).

(٣) الحبل.

قلنا: يستحق الاستمتاع كل وقت والحضانة تمنعه خالياً.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى]: ومن تزوج الحاضنة لم يكن له منعها؛ لتقدم العقد، وكذا لو استؤجرت ثم أقرت بزوجة رجل لم يكن له المنع؛ إذ هو إقرار على الغير. وحيث ليس له المنع ففي جواز وطئه إياها قولان: [الإمام يحيى والوافي وأبو حنيفة]: لا يمنع. [مالك والشافعي]: يمنع؛ لتجويز حملها فيضر الرضيع.

قلنا: التجويز لا يكفي في إسقاط حقه.

لكن لا يطؤها وقت الرضاع بل بعد رِيَّه أو وقت نومه.

فَرَعٌ: وليس لها سقيه لبن السائمة؛ لنقصانه في النفع، ولمخالفة العقد، وتفسخ إن فعلت.

وفي استحقاقها ثمن ما سقته منه وجهان: [الهادي والمؤيد بالله]: تستحق؛ إذ يتنفع به الصبي كالدهن. [الكرخي]: لا؛ إذ لم يتناوله العقد فهي متبرعة.

قلنا: كما استحققت عوض لبنها.

فَرَعٌ: [المنتخب]: فإن مرض بسقيه فعليها دواؤه حتى يصح فإن مات به فكالسم. ٣٤٢١- **سَأَلَتْ:** [القاسمية والمنصور بالله وأبو يوسف ومحمد بن الحسن والشافعي]: ولا يصح استئجارها بالكسوة والنفقة؛ للجهالة.

[الإمام يحيى وأبو حنيفة]: يصح استحساناً؛ للعرف، ويتعين الوسط لا قياساً؛ للجهالة.

قلت: ولو قيل: خصها من بين الأجراء بذلك قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، كان أولى.

٣٤٢٢- **سَأَلَتْ:** وللمطلقة أجرة حضانة ولدها إجماعاً؛ لملكها منافعها. [الإمام يحيى حكاية عن المذهب وأبو حنيفة والوافي]: لا الباقية مع أبيه؛ لملكه المنافع. [المؤيد بالله والإمام يحيى وبعض أصحاب الشافعي]: بل يصح؛ لعموم قوله تعالى: ﴿فَاتَّوَهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾.

قلت: وهو الأقرب للمذهب.

٣٤٢٣- **سَأَلَتْ:** وعليها القيام بما يصلحه لا الأعيان فعلى أبيه إلا ما تعرف به كالريحان، ثم من ماله، ثم من منفقه إذا استؤجرت لخدمته.

٣٤٢٤- **سَأَلَتْ:** [المنصور بالله والكرخي]: ولا تضمن لباسه وحليته إلا لتفريط كالخاص.

وإذا شركت غيره ولم تضر به فأجرتها عليهما، وتفسخ إن ضرت.

٣٤٢٥- **سَأَلَتْ:** ولها استنابة مثلها بإذن الولي، وإلا أئمتا وتصدق الثانية بالزائد على أجرة الأولى.

قلت: لمصيرها أجرة المثل^(١)، وبأقل استحقته^(٢) وكمل للأولى؛ إذ ملكته بالعقد.

قلت: القياس أن لا تستحق^(٣) شيئاً؛ إذ فعلت ما لم تؤذن به.

٣٤٢٦- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله والإمام يحيى]: ولو وضعت سماً بين يديه ضمته العاقلة كحافر البئر.

قلت: وفيه نظر؛ إذ لا حكم^(٤) لفاعل السبب مع المباشر^(٥).

٣٤٢٧- **سَأَلَتْ:** ومن استأجر لحفر قَدَّرَ المدة أو العمل مع مشاهدة الأرض؛ لاختلافها صلابة ورخاوة، وعلى الحافر إخراج تراب الحفر؛ ليتمكن العمل، وما تهور فعلى المالك، كلو سقطت بهيمة.

(١) يعني: لأن الأجرة الأولى صارت هي أجرة المثل في حق الثانية فيطيب لها من المسمى بقدر ذلك وتصدق بالزائد إذ ملكته من وجه محذور.

(٢) إن جهلت لا إن علمت.

(٣) أي: الأولى.

(٤) قلنا: الصبي كالألة لعدم التمييز فلا وجه للنظر.

(٥) يعني: والصبي هاهنا مباشر وهي فاعلة سبب فقط فلا يصح القياس على الحافر. قال الفقيه محمد بن سليمان: فأما لو أعطته السم إلى يده فشره فقال المؤيد بالله: تكون قاتلة عمداً، وقال الناصر: بل خطأ. (شرح بحر).

فَرَعٌ: وفي وجوب قلع صخرة وجدها وأمكن وجهان: [الإمام يحيى]: أصحابها يلزمه ^(١) وإن شق؛ إذ وجب بالعقد. وقيل: لا؛ إذ لم يشاهدها. فإن تعذر قلعها انفسخت الإجارة فيما بقي وفي الماضي وجهان: تنفسخ أيضاً؛ إذ لا يتبعض العقد فيجب فيه أجره المثل. وقيل: لا. قلت: كلوا استؤجر عليه وحده.

[الإمام يحيى]: فإن لم تنفسخ ^(٢) فلها الخيار، فإن فسخا أو أحدهما بطل المسمى ^(٣)؛ إذ انفسخ العقد من أصله، وإن لم يقع فسخ فعن الماضي حصته من المسمى ^(٤). **فَرَعٌ:** وفي وجوب رد التراب على حافر القبر قولان: [الإمام يحيى وأبو حنيفة]: يلزم؛ للعرف. [الشافعي]: لا؛ إذ لم يتضمنه العقد. قلنا: هو بالمنطوق به.

٣٤٢٨ - **سَأَلَتْ:** وإذا استأجر للبناء بين ما يبني به من أجر أو حجارة وقدره طولاً وعرضاً كالحفر ^(٥)، وكذلك ضرب اللبن ^(٦) إلا أن يعلم القالب وموضع ضربه؛ لاختلافه في قرب الماء وبعده وقدر تبته أو سرقينه.

٣٤٢٩ - **سَأَلَتْ:** [رواية عن القاسم والهادي والمؤيد بالله وأبو حنيفة وأصحابه]: ولا يصح

(١) وقيل: يثبت للأجير الخيار في الفسخ وعدمه.

(٢) على القول الثاني.

(٣) وله المثل.

(٤) مطلقاً سواء فسخ أم لا على المذهب.

(٥) يعني: أن تقدير البناء يكون كما مر في تقدير الحفر وهو إما بالمدة أو العمل فالأول نحو أن يقول استأجرتك على أن تبني لي شهراً أو يوماً بالحجارة أو بالأجر أو باللبن أو بالطين والثاني أن يقول استأجرتك على أن تبني لي حائطاً طوله كذا وعرضه كذا وعمقه كذا بالحجارة أو بالأجر أو باللبن أو بالطين. (شرح بحر).

(٦) يقدر بالمدة أو العمل فإن قدر بالعمل ذكر عدد اللبن وطولها وعرضها وعمقها إلا أن يكون القالب معلوماً لم يحتج إلى ذكر هذه الأمور، ويجب ذكر موضع ضرب اللبن؛ لأنه يختلف في قرب الماء وبعده وهو واجب على الأجير ويجب ذكر ما يدخله من الخلط من التبن والسرقين إذ لا يستقيم حاله إلا به. (شرح بحر).

استتجار معلم للقرآن؛ لخبر عبادة^(١): «إن أردت أن يطوقك الله..» الخبر، وقول علي عليه السلام: «وأنا أبغضك في الله..» الخبر^(٢).

[رواية عن القاسم، ورواية عن الناصر ومالك والشافعي]: يجوز؛ لتقريره صلى الله عليه وآله وسلم الأخذ على الرقية^(٣) في خبر السرية^(٤)، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((زوجتك بما معك من القرآن)). قلنا: أدلتنا أصرح.

فَرَعٌ: قيل: ويجوز في تعليم الصغير إجماعاً والكبير فيما زاد على الواجب. قلت: وظاهر أدلة المنع لم تفصل، ولأن تعلم القرآن جملة فرض كفاية لكنه موسع في حق الصغير، فلا وجه للفرق.

فأما على الهجاء والخط فيجوز إجماعاً.

فَرَعٌ: لهم: وإذا استأجر معلماً ففي وجوب تبين [تعيين] القراءة وجهان: [الإمام يحيى]: أصحهما لا يجب؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((زوجتكها بما معك من القرآن))^(٥)، ولم

(١) (قوله): «خبر عبادة.. إلخ»: روي عن عبادة بن الصامت قال: «علمت ناساً من أهل الصفة الكتاب والقرآن فأهدى إلي رجل منهم قوساً فقلت: ليست بيال وأرمني عليها في سبيل الله تعالى، لأتين رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وأسألته، فأتيته فقلت: يا رسول الله رجل أهدى إلي قوساً ممن كنت أعلمه الكتاب والقرآن وليست بيال وأرمني عليها في سبيل الله تعالى، فقال: ((إن كنت تحب أن تطوق طوقاً من نار فاقبلها)). أخرجه أبو داود (٣٤١٦) مع رواية أخرى. [أحمد بن عيسى في الأمالي بسنده والأمير الحسين في الشفاء والحاكم (٢٢٧٧) والبيهقي (١١٤٦١) وابن ماجه (٢١٥٧)].

(٢) (قوله): «وقول علي عليه السلام: وأنا أبغضك.. إلخ: تقدم في الأذان.

(٣) لكنه يقال: إن الرقية ليست بواجبة على الراقي فلذلك جاز أخذ الأجرة عليها بخلاف القرآن فإنه واجب، بعبء فرض عين وبعء فرض كفاية. (بستان).

(٤) (قوله): «في خبر السرية»: عن أبي سعيد قال: «كنا في مسير لنا فترلنا منزلاً فجاءت جارية فقالت: إن سيد الحبي سليمان وإن نفرنا غيب فهل منكم راقٍ؟ فقام معها رجل منا كنا نأبئه برقية فرقاه فبرأ، فأمر له بثلاثين شاة وسقانا لبناً، فلما رجع قلنا له: أكننت تحسن رقية أو كنت ترقى؟ قال: لا، ما رقيت إلا بأمر الكتاب، فقلنا: لا تحذوثوا شيئاً حتى تأتي أو نسأل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، فلما قدمنا المدينة ذكرناه للنبي صلى الله عليه وآله وسلم فقال: ((وما يدريه أنها رقية أقسموا واضربوا لي بسهم)) هذه إحدى روايات حديث أخرجه البخاري (٢١٥٦) ومسلم (٢٢٠١) وغيرهما، وفي معناه أحاديث أخر. [الهادي في الأحكام والمؤيد بالله في شرح التجريد وأبو داود (٣٩٠٠) والترمذي (٢٠٦٣) وابن ماجه (٢١٥٦). السليم: اللديغ وسمي سليمان تفاعلاً بالسلامة كما قيل للفلاة للمهلكة مفازة. تأبئه: نتممه، أي: ما كنا نعلم أنه يرقى فنعيبه بذلك. انظر النهاية].

(٥) (قوله): «زوجتكها بما معك من القرآن»: تقدم في النكاح، وكذلك قوله: «فعلما.. إلخ».

يبين (١).

وقيل: يجب؛ لاختلافها في الكثرة والشدة.

قلت: وهو الأقرب، والمهر تغتفر فيه الجهالة، بخلاف الإجارة.

فإن استأجره لتعليم سورة عينت قولاً واحداً؛ لاختلافها، ولعشر آيات من سورة كذا- وجهان: تفسد؛ لاختلافها [لاختلافها]. وقيل: تصح؛ لقوله ﷺ:

((فعلناها عشرين آية وهي امرأتك...)) الخبر.

ولثلاث آيات معينات فعلمه ثم نسيها لم يلزم إعادتها له؛ إذ قد علمه القدر المعجز؛ إذ قد تحدى بسورة وأقلهن ثلاث آيات فقد سلم العمل، فإن علمه بعض آية من الثلاث ثم نسيه لزمته الإعادة؛ إذ لا يحصل به الإعجاز فلم يسلم المقصود من العمل.

وفي الآية والآيتين وجهان: [الإمام يحيى]: أصحهما تلزمه الإعادة؛ إذ لم يحصل به المقصود وهو ما يتم به الإعجاز.

وقيل: بل يلزمه الحصة؛ لحصول بعض المقصود.

قلنا: المقصود ما يسمى قرآناً معجزاً، وفيه نظر (٢).

٣٠٤٣- **سَأَلَتْ**: [الهادي]: ومن استؤجر على إيصال كتاب ورد جوابه فلم يرد استحق قسط الإيصال، ولو سلمه إلى نائب المكتوب إليه لقبض الكتب (٣) لا إلى غيرهما، فإن استؤجر لرد الجواب فلم يرد لم يستحق للإيصال شيئاً، وكذلك

(١) أي السبع.

(٢) وجه النظر: أنه إذا استؤجر على الآية والآيتين يلزم ألا يصح العقد على أصله، وفي الثلاث يلزم أن يستحق الأجرة على أي قدر عمل، ولا يلزمه تعليم ما يسمى معجزاً إلا إذا استؤجر على ما يسمى قرآناً، فمهما لم يستأجر على ذلك لم يلزمه ذلك. (شرح بحر).

(٣) وذلك كالوكيل في ذلك أو الوكيل المفوض، أو من جرت العادة بالتسليم إليه كزوجته وولده ولو لم يوصلوه إليه لا لو سلمه الأجير إلى غيرهم فلا يستحق شيئاً. (شرح بحر).

العكس (١). فإن استؤجر على الرد فكالاستئجار على البيع لا يصح إلا على المطالبة مدة معلومة كعرض المبيع.

٣٤٣١- **سَأَلَتْ:** [الهادي والمؤيد بالله وأبو طالب والشافعي]: ولا شيء في المقدمات.

قلت: إلا أن تذكر كالطحن والعجن ممن استؤجر على الخبز؛ إذ لم يأت بما عقد له ولا بعضه.

[أبو العباس]: بل (٢) لها حصتها؛ لترتب المقصود عليها.

قلنا: لم يتضمنها العقد وقوله تعالى: ﴿أَنْتَى لَا أُضِيعُ عَمَلَ عَامِلٍ﴾ [آل عمران: ١٩٥]، أراد من المقصود أو الثواب يخالف الأجرة (٣).

٣٤٣٢- **سَأَلَتْ:** [المذهب وقول للشافعي]: فإن أتى ببعض المقصود استحق قسطه؛ إذ الأجرة مقسطة عليه. [قول للشافعي]: لا، إلا بالكمال؛ إذ العقد وقع عليه. [الإمام يحيى]: قال أصحابنا: إن كان مما تنفرد أجزاءه عن كليته كأن يستأجره على رعي غنم شهراً فرعى بعضه استحق القسط، وإن لم ينفرد الجزء عن الكل فلا إلا بالكمال كاستئجاره على قميص أو سيف فلا يستحق إلا بالكمال.

قلت: وهو قوي؛ إذ لم يحصل [به] الغرض هنا ولا بعضه، بخلاف الأولى، لكن إذا فعل ما يسمى به قميصاً كتلفيق قطعته حتى أمكن لبسه استحق قسطه.

قلت: وأما الفاسدة فيستحق الأجرة فيها على المقدمات والمقصود؛ إذ لم تستحق بالعقد بل بالعمل.

فَرَعٌ: ولو استؤجر على حمل شيء إلى رجل فوجده ميتاً أو غائباً فسلمه إلى الحاكم

(١) وهو حيث استؤجر على الإيصال فلم يوصل فإنه لا يستحق للرد شيئاً. (شرح بحر).

(٢) ظاهر هذا وهو أيضاً ظاهر الانتصار، أن أبا العباس لا يفرق في ذلك بين الحج وغيره. وفي الغيث وغيره أن خلاف أبي العباس في الحج. قال الفقيه محمد بن سليمان: ويوافق في سائر الإجازات. (شرح بحر).

(٣) فيستحق الثواب في فعل المقدمات دون الأجرة وذلك لسعة رحمة الله وجوده. (شرح بحر).

ضمن ولا أجره له لذهاب ولا رجوع ولو رده؛ إذ لم يأت بالمقصود ولا بعضه^(١).
فَرَعٌ: ولو رد بعض الجواب بأن مزق الكتاب استحق بقسط [قسط] ما رد^(٢)
 إلا أن يفوت كل المقصود فلا شيء.

٣٣ ٤٣ - **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: والراعي إذا سرح البقرة ولم يحفظها فلا أجره له؛ إذ هو مشترك يستحقها بالعمل، ومن عمله الحفظ.

٣٤ ٣٤ - **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى والقاسمية وأبو حنيفة وأصحابه]: ولا يصح الاستئجار على البيع؛ إذ لا يتم إلا بالقبول^(٣)، وليس مقدوراً للأجير، وقد نهى عن بيع الغرر. [ابن أبي ليلى والشافعي]: يصح، كالتوكيل.

قلنا: الإجارة معاوضة، فافترقا.

فَرَعٌ: ويصح على العرض؛ إذ هو مقدور لكن بقدره، فإن باع قبل مضي مدته استحق كل الأجرة؛ إذ قد أتى بكل المقصود.

فَرَعٌ: فإن قال: إن بعث فلك درهم وإلا فنصف - صحت؛ إذ دخل البيع تبعاً^(٤) وليس مقصوداً فأشبهه الحقوق، والجهالة تغتفر فيما يدخل تبعاً من الحقوق.

فَرَعٌ: [المذهب وأبو حنيفة وأصحابه]: فإن قال: إن بعث فلك كذا وإلا فلا شيء لك لزم الشرط. [المؤيد بالله والشافعي]: لا يلزم؛ إذ قد عقدت على أنها إجارة.

٣٤ ٤ - فصل: في أحكام الأجير الخاص

٣٥ ٣٤ - **سَأَلَتْ:** [العترة وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي]: والعقد في الخاص إنما يتناول تسليم النفس، فهو أمين فيما قبضه، لا يضمن إلا لتعد أو تفريط كالمودع، ويضمن الجناية ولو خطأ، وقول [زفر وحماد]: لا يضمن الخطأ - لا وجه له. [قول للشافعي]:

(١) وكذا في التفريعات وحكى في الغيث عن الكافي أنه يستحق للذهاب لا للرجوع. (شرح بحر بلفظه).

(٢) من المقصود في الكتاب فلو كان القصد في البعض المردود استحق جميع الأجرة. (شرح بحر).

(٣) وهو الشراء.

(٤) للعرض.

استؤجر ليعمل فيضمن كالمشترك.

قلنا: الخاص يأخذ [العين] لا لغرض نفسه؛ إذ يستحق الأجرة بالمدة، فافترقا.
فَرْعٌ: وإنما يستحق الأجرة بتسليم نفسه المدة المعلومة، فللمستأجر منعه من العمل لغيره، واستعماله في أي عمل (١) شاء (٢)، فإن امتنع من العمل أو عمل للغير فلا أجرة على المستأجر، والأجرة له. وقيل: بل للمستأجر؛ لملكه المنافع كالعبد.
 قلت: والقياس يقتضيه.

فَرْعٌ: فإن ضُمَّن لم يضمن كالوديع، ولقوله ﷺ: ((ما بال أقوام يشترطون...)) الخبر (٣).

٣٦٤ - **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن المذهب ومالك]: ويعمل من النهار القدر المعتاد في الناحية. [أبو حنيفة وأصحابه]: بل من الفجر إلى العشاء الآخرة أو إلى أن ينام الناس؛ إذ يتناولوه العقد.

قلنا: العرف حاكم.

٣٧٤ - **سَأَلَتْ:** وللرجل أن يكره عبده أو أمته إلا لمحذور؛ إذ نهى (٤) ﷺ عن خراج الأمة إلا أن تكون في عمل واصب (٥).

٣٨٤ - **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن (٦) المذهب]: وإذا مرض الخاص لم تسقط حصة مدة المرض إن لم يفسخ (٧)؛ إذ يستحق بالمدة، وللمستأجر الفسخ بالعيب

(١) يعني: مما جرت به عادة مثل ذلك الأجير مما ليس بمتعبد ولا ذنيء كما سيأتي. (شرح).

(٢) لعله مع استواء الأعمال وإلا وجب بيان ذلك.

(٣) قوله: ((ما بال أقوام يشترطون)): تكرر.

(٤) قوله: «نهى رسول الله ﷺ عن خراج الأمة إلا أن تكون في عمل واصب» تقدم ما يتضمن معناه بغير لفظه. [أحمد بن عيسى في الأمالي بسنده عن جابر بلفظ الكتاب].

(٥) أي: دائم.

(٦) ساقط من نسختين.

(٧) أي: إن لم يقع فسخ لعقد الإجارة بذلك المرض، فإن وقع به فسخ صح وسقطت حصة باقي المدة بعده، وسواء كان الفسخ من الأجير لأجل عذر المرض أو من المستأجر لأجل العيب؛ إذ مرض الأجير عيب فيه. (شرح بحر).

وبمرضه إن كان الأجير ممن يتولى العمل بنفسه، فإن أبق العبد الأجير أو مات لم يلزم إيداله إجمالاً، وسقطت حصة باقي المدة؛ إذ لم يسلم نفسه فيها خلاف [أبي ثور] كما مر^(١).

٣٤٣٩- **سَأَلَتْ:** [المرتضى والمؤيد بالله وأبو حنيفة وأصحابه]: وللأجير الفسخ إن بلغ أو عتق ولو لعقد الأب؛ إذ ملك التصرف كأمة مزوجة عتقت، وترد حصة باقي المدة. [الشافعي]: ليس للابن نقض عقد أبيه كإنكاح الصغيرة.

قلنا: خصها الإجماع فبقي القياس في غيرها.

فَرَعٌ: [القاسمية والفریقان]: وليس له فسخ تأجير أبيه لعبده كبيعه. [مالك]: إن أجر داره مدة يعلم بلوغه فيها لم يصح، وإلا صح. قلت: العبرة بالولاية حال العقد.

٣٤٤٠- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ولا يحتاج في الخاص إلى تعيين العمل، ويستعمله فيما يحسنه من أي عمل.

قلت: فيه نظر، بل يستعمله فيما يليق به^(٢).

٣٤٥- فصل في أحكام الأجرة

٣٤٤١- **سَأَلَتْ:** ذكرها في العقد شرط؛ إذ العوض مقصود كالبيع، بخلاف النكاح فمقصوده استباحة الوطاء فلم يشترط ذكر المهر.

٣٤٤٢- **سَأَلَتْ:** وما صح ثمناً صح أجرة، وما لا فلا.

٣٤٤٣- **سَأَلَتْ:** [العترة والفقهاء الأربعة]: ويصح استئجار الحلي ونحوه^(٣) ولو بجنسه نقداً أو في الذمة ومنعه [بعض أصحاب الشافعي] بجنسه إلا يداً بيد.

(١) في المسألة الثالثة عشر من فصل إجارة ما لا ينتقل.

(٢) ولا يتعبه.

(٣) وهو سائر ما يجوز استعماله من الذهب والفضة لا آلتها فلا يجوز إجارتها كما مر في الثانية من الفصل الثاني. (شرح بحر).

قلنا: المبيع المنفعة لا العين.

٣٤٤٤- **سَأَلَتْ**: [العتره والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: ويجب تعيين قدرها كالثمن، فلا تصح بالكسوة والنفقة؛ للجهالة. [الحسن بن صالح ومالك وأحمد بن حنبل وابن شبرمة]: يصح؛ للعرف واستحسان المسلمين.

قلنا: لا نسلم، بل الإجماع على خلافه.

٣٤٤٥- **سَأَلَتْ**: ويصح الجزاف في الأجرة والمستأجر عليه كالبيع، ولا يصح كل شهر بدرهم؛ لعدم الانحصار، بخلاف الصبره^(١).

٣٤٤٦- **سَأَلَتْ**: [الهادي والمؤيد بالله وأبو طالب والإمام يحيى والشافعي]: ولو قال: استأجرتك لحمل كذا إلى كذا كل شهر بدرهم، فسدت؛ لجهالة المدة. [أبو حنيفة وأصحابه]: يصح ويتعين الشهر المتعقب للعقد؛ إذ هو أخص، فإن دخل في الثاني يوم أو يومان لزم بدخول بعضه.

قلنا: لا دليل على ذلك، وإذ من حق مدتها أن تعلم غايتها، ولم تعلم هنا.

٣٤٤٧- **سَأَلَتْ**: [الهادي]: ويصح بعض المحمول بعد الحمل. [الإمام يحيى والقاسمية وابن أبي ليلى]: وكذا المعمول بعد العمل كعلى طحن طعام بربعه؛ إذ لا جهالة في الأجرة ولا المنفعة. [زيد بن علي والناصر وأبو حنيفة والشافعي ومالك]: نهى رسول الله ﷺ عن قفيز الطحان^(٢)، فاقتضى المنع؛ إذ النهي للفساد.

قلنا: محمول على جهل قدر القفيز أو حيث استؤجر على طحن الصبره بقفيز منها بعد طحنها، وهو فاسد^(٣).

(١) فإنه إذا قال: استأجرتك على أن تحمل لي هذه الصبره كل قفيز بدرهم صحت هذه الإجارة؛ لأن الأفضة هنا منحصرة والشهور حيث استأجر كل شهر بدرهم غير منحصرة، فافترقا. (شرح بحر).

(٢) (قوله): «نهى ﷺ عن قفيز الطحان»: نسبة في التلخيص إلى الدارقطني (٤٧/٣) والبيهقي (١١١٧١) من حديث أبي سعيد بلفظ: «نهى عن عسب الفحل وقفيز الطحان» يعني مغير الصبيغة غير مصرح برفعه، والله أعلم.

(٣) كأن الصبره مجهولة فلا يأمن استغراقها.

قالوا: يستلزم أن لا يعمل للمستأجر جزءاً إلا مع العمل لنفسه؛ لشياع نصيبه.

قلنا: لا نسلم إلا لو شرط أخذها بعد العمل إن قلنا بمنع ذلك (١).

فَرْعٌ: ولا يلزمه في الصورتين الحمل والعمل لجميعة بل البعض الذي ليس بأجرة، وإذا تلف أو بعضه بغير غالب ضمنه إلا قدر حصته التي استحقها، فإن تلف بغالب فله حصة ما عمل قبل التلف. وقيل: لا؛ إذ لم يسلم العمل.

فَرْعٌ: [القاسمية وزيد بن علي والناصر والشافعي وأصحابه]: فإن قال: اطحن ثلاثة أرباع هذه الصبرة بربعها، صحت. [أبو حنيفة وأصحابه]: لا؛ لما مر.

قلنا: عمله في هذه الصورة ليس فيما هو شريك فيه بل منفصل فصحتها يزيد والناصر والشافعي] لأجل ذلك. [القاسمية]: بل لأن المشاع يصح ثمناً فصح أجرة فصحت مطلقاً (٢).

٣٤٤٨- **سَأَلَتْ:** وإذا شرط تعجيلها قبل العمل لزم؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((المؤمنون عند شروطهم))، وإذا تستحق بالعقد، فإن شرط التأجيل لزم؛ لذلك.

٣٤٤٩- **سَأَلَتْ:** [العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: فإن أطلق وطلب التعجيل لم يلزم؛ إذ تستحق على المنافع، فلا يلزم إلا حصة ما فعل. [الشافعي وأصحابه]: بل يلزم التعجيل؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((قبل أن يجف عرقه)). قلنا: ندباً.

قلت: بل أراد بعد تسليم العمل؛ إذ لا عرق إلا عن عمل.

٣٤٥٠- **سَأَلَتْ:** [الهادي وأبو طالب وأبو حنيفة وأصحابه]: ومن استأجر لنسج غزل عشرة أذرع فنسجه اثني عشر ذراعاً - كان مستهلكاً بالمخالفة (٣)، فيضمن قيمة

(١) ونحن لا نمنع ذلك بل المذهب الصحة.

(٢) يعني في جميع الصور المذكورة في الكتاب. (شرح بحر).

(٣) هذه المسألة غير مستقيمة على المذهب فلا يكون مستهلكاً وإنما يستقيم ذلك لو استأجره لنسج عشرة أذرع من غزل كثير فنسج منه اثني عشر ذراعاً. وقرر، فيكون مستهلكاً الذراعين ولا يثبت تحيير بخلاف هذا.

الغزل ويملكه.

[الإمام يحيى حكاية عن الهادي]: فإن رضي المستأجر بالزيادة استحق الأجير المسمى^(١)؛ إذ قد حصلت العشرة.

قلت: والزيادة تبرع، وإن رضي العشرة نقص من المسمى قدر الذراعين؛ إذ لم يعمل فيهما بأمره.

قلت: وفي تخييره مع الحكم بالاستهلاك نظر؛ إذ قد ملكه المستهلك.

[المؤيد بالله والإمام يحيى والشافعي]: ليس باستهلاك فلا يضمن القيمة بل يخير بين أن يجيز عمل الذراعين، ويلزمه المسمى، أو يكرهه فينقصه حصتها.

قلت: استهلاك كما سيأتي، وكذا الخلاف لو خالف في النقص^(٢).

٣٤٥١- **سَأَلَتْ**: فإن خالف في الصبغ فلا أجر له؛ لتبرعه، ويضمن نقصان الثوب به. [الإمام يحيى حكاية عن الهادي وأبو حنيفة]: وهو استهلاك^(٣). [المؤيد بالله والشافعي]: لا.

قلت: والأقرب أن [الهادي] لا يعده استهلاكاً؛ إذ لم يزل اسمه ومعظم منافعه^(٤). **فَرَعٌ**: ولا أجره حيث بطل العمل قبل التسليم كمقصور ألقته الريح في صبغ أو عمل غيره لا عنه؛ إذ لا موجب لاستحقاقها.

٣٤٥٢- **سَأَلَتْ**: فإن قال: اصبغه أسود بخمسة، فسوده بعشرة فالزيادة تبرع.

٣٤٥٣- **سَأَلَتْ**: [المرتضى]: ولا يصح الاستئجار على الصيد؛ إذ فيه غرر، لعدم

(١) وفي الغيث: له الأقل من المسمى وأجرة المثل إن اختار المالك أخذه وإن اختار مثله أو قيمته إن عدم مثله فله ذلك.

(٢) ومثاله: أن يستأجره لنسج الغزل اثني عشر ذراعاً فنسج منه عشرة أذرع وترك الباقي أو على نسج اثني عشر ذراعاً من غزل كثير فنسج منه عشرة أذرع. (شرح بحر).

(٣) فيرد الثوب إلى الصباغ ويلزمه قيمته. (شرح).

(٤) وللمالك الخيار في الثوب إن شاء أخذه وأرشف ما نقص إن كان فيه نقص وإن شاء ضمنه قيمته قبل الصبغ. (شرح بحر).

القطع بحصوله أو مقداره، لكن له أجرة المثل.

[قلت: إن قلنا إنه يملك ما اصطاده فلا أجرة] (١).

٣٤٥٤- **سَأَلَتْ:** وتحرم الأجرة على محذور مشروط أو مضمر كأجرة المغنية ونحوها (٢)، وعلى واجب متعين؛ إذ يصير رشوة، وفي الكفاية وجهان: يجوز، كالشهادة حيث لا تتعين، ولا، كالمتعين. [الإمام يحيى]: وهو الأصح.

فأما ما فعل بعد تقضي الواجب فبر [فهو] جائز كالهدايا.

٣٤٥٥- **سَأَلَتْ:** وتلزم من استعمل الصغير في غير المعتاد ولو أباً؛ إذ المنافع كالأعيان.

قلت: ويقع عنها إنفاق الولي فقط بنيتها (٣).

[المؤيد بالله]: ولو لم تقارن إن تقدمت.

وتلزم مستعمل الكبير مكرهاً؛ لذلك (٤)، والعبد كالصغير، ويضمن رقبة المكره مطلقاً (٥)؛ إذ صار بالإكراه غاصباً ومحجوراً انتقل (٦) ولو راضياً؛ إذ نقله غصب.

[المؤيد بالله]: وإن لم ينتقل؛ إذ قد استولى.

فأما المأذون فلا يضمه ولا أجرته حيث سلمها إليه إلا حيث أذن بالخدمة لا القبض.

فإن تبرع العبد المأذون فوجهان: [أحد قولي المؤيد بالله والإمام يحيى]: أصحهما يضم

(١) زيادة من المطبوع.

(٢) كالبغي والكاهن وجند الظلمة والرصد وعلى التمكن من المحذور أو على ترك المنع منه أو ترك إنكاره. (شرح بحر).

(٣) قيل: وعند الهدوية يصح ذلك حيث الولي غير الأب لا فيه؛ لأن نفقة الصغير على الأب. (شرح بحر).

(٤) إذ المنافع كالأعيان.

(٥) أي: سواء كان صغيراً أو كبيراً، مستعملاً في المعتاد أم في غيره مأذوناً كان أم محجوراً انتقل في عمله أم لم ينتقل. (شرح بحر).

(٦) أم لم ينتقل إذا تلف تحت العمل.

الأجرة؛ إذ المنافع ملك السيد كالأعيان.

قلنا: إن كان بغير أمر فلا وجه للزومها؛ إذ لم يجز ما يوجبها على المعمول له بل أتلف العبد منافع نفسه.

٣٤٥٦- **سَأَلَتْ**: [الإمام يحيى]: ولا تضمن المنافع المحقرة أي: التي لا قيمة لها كمناوله الكوز ونحوها.

٣٤٥٧- **سَأَلَتْ**: ومن استأجر على عمل في مغصوب فالأجرة على الأمر إن جهل المأمور؛ إذ قد سلم العمل لا المالك؛ إذ لا أمر منه، فإن علم الأجير فمتبرع. وللمالك الرجوع بنقصان العين على أيهما إن نقصت؛ لضمائهما، والقرار على الأمر مع جهل الأجير؛ إذ غره، وقد قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ليس منا من غر)) (١).

٣٤٥٨- **سَأَلَتْ**: [المؤيد بالله]: وتلزم من رُبِّي في غضب مميّز؛ إذ المنافع كالأعيان، لا غير مميّز؛ إذ هو كالألة في إتلافها، وكذا المحبوس بالقيّد لا بالتخويف فكالمميّز (٢).

٣٤٥٩- **سَأَلَتْ**: وتحرم رشوة الحكام إجماعاً؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لعن الله الراشي والمرتشي)) (٣). [الإمام يحيى]: ويفسق؛ للوعيد.

والراشي إن طلب باطلاً عمه الخبر. [المنصور بالله وأبو جعفر وبعض أصحاب الشافعي]: فإن طلب به حقاً مجمعاً عليه جاز. قيل: وظاهر المذهب المنع؛ لعموم الخبر. وإن كان مختلفاً فيه فكالباطل؛ إذ لا تأثير لحكمه.

٣٤٦٠- **سَأَلَتْ**: وتحرم أجرة البغي وحلوان الكاهن: الذي يوهم علم الغيب،

(١) قوله: «ليس منا من غر»: لفظ الحديث: ((ليس منا من غش)) وقد تقدم.

(٢) وقال الفقهاء علي ومحمد بن يحيى ومحمد بن سليمان: بل العبرة بالتصرف وعدمه، فإذا كان الصبي قد بلغ حد التصرف في الدار بسير أو ديبب لزمته الأجرة وكذلك في المحبوس ولا رجوع لهما على الواضع لاستيفائهما ما في مقابلتها. (شرح بحر).

(٣) قوله: «لعن الله الراشي والمرتشي» لفظه: عن أبي هريرة وابن عمر: أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لعن الراشي والمرتشي في الحكم؛ أخرجه الترمذي (١٣٣٦)، وأخرجه أبو داود (٣٥٨٠) عن ابن عمرو وحده. [وأخرج المرشد بالله بسنده في الأمالي نحوه عن ثوبان وعلي بن بلال في شرح الأحكام عن ثوبان وعبدالله بن عمرو والحاكم (٧٠٦٧) وابن حبان (٥٠٧٦) وأحمد (٩٠١١)].

وهو نوع سحر؛ لنهيهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عنهما وقوله: ((من أتى كاهناً..)) الخبر (١). والعراف: وهو الذي يدعي أنه يعرف زجر الطير فيقول: إن نعب الغراب أو صاح الحمام يقع كذا من الخير أو الشر، وعلى هؤلاء رد ما أخذوا إلى أهله وقيمة التالف حيث أخذ بشرط أو عقد ولو على مباح حيلة، وإلا فالواجب التصدق، كما سيأتي. **فَرْعٌ:** فَإِنْ أَبَاحَهُ مَالِكُهُ لَهُ بَعْدَ الرَّدِّ جَازٌ.

٣٤٦١- **سَأَلَتْ:** [العقدة]: وتحرم على الجهاد المتعين، كعلى الصلاة.

[أبو طالب والإمام يحيى]: والكفاية؛ إذ مؤديه مؤدي واجب، كصلاة الجنابة ثم هو قربة محضة كالصلاة، فإن أعطوا تبرعاً حلت إجماعاً كالغنيمة، ومن ثم قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((اللهم اجعل رزقي تحت ظلال رحمتي)) (٢).

[الإمام يحيى]: وظاهر إطلاق المذهب أن أجرة الغازي تكره فقط، والأدلة تقتضي التحريم.

٣٤٦٢- **سَأَلَتْ:** ولا تحرم (٣) أجرة المشعبد إن أخذت برضا بل تكره؛ إذ هي عوض [أجرة] عمل مكروه.

[القاسم]: تكره أجرة السمسار وهو الظريف (٤) في المبايعه. [أبو طالب]: إذ العمل مجهول. [المؤيد بالله]: لأخذهم الكثير على العمل اليسير فيكون أخذ مال الغير بالباطل. [الإمام يحيى]: وهو الأصح. [أبو طالب وأبو حنيفة]: بل هو لكونه استئجاراً على

(١) قوله: ((من أتى كاهناً..)) الخبر: عن أبي هريرة أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((من أتى كاهناً فصدقه بما يقول، أو أتى امرأة في دبرها - وفي رواية: امرأة حائضاً - فقد برى مما أنزل على محمد)) أخرجه أبو داود (٣٩٠٤). وأخرج نحوه للمؤيد بالله في شرح التجريد بسنده والأمير الحسين في الشفاء والترمذي (١٣٥) وابن ماجه (٦٣٩).

(٢) قوله: ((اللهم اجعل رزقي تحت ظلال رحمتي)): المعروف في الحديث عن ابن عمر أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((جعل رزقي تحت ظلال رحمتي، وجعل الذل والصغار على من خالف أمري)) أخرجه البخاري في ترجمة باب. [أحمد (٥١١٤) وابن أبي شيبة (٣٣٠١٦) والبيهقي في شعب الإيمان (١١٩٩)].

(٣) المذهب تحرم.

(٤) كذا في نسخ قاسمي وقد أشار إليها في هامش المطبوع وقال: وكلاهما غير واضح. ولعل معنى ما أثبتناه: أنه يكون ذا ظرافة في المبايعه وخبرة فيستأجره الناس لأجل ظرافته وبصره.

غير مقدور؛ لوقوف البيع على اختيار الغير.

٣٤٦٣- **سَأَلَتْ:** [العترة]: وأجرة الحجام مباحة؛ إذ حجم (١) له ﷺ أبو هند يافوخه فأجره. [الشافعي]: تكره؛ لأخذهم الكثير على اليسير. [بعض أصحاب الحديث]: بل تحرم؛ لنهيه ﷺ عن كسب الحجام (٢).

قلنا: كراهة فقط؛ لتجنب الحرف الدنيئة وإذ سئل رسول الله ﷺ عن أجره الحجام فقال: ((أطعمه عبيدك أو نواضحك)) (٣) ولو حرمت لم يجز [ذلك].
٣٤٦٤- **سَأَلَتْ:** وتحرم على غسل الميت؛ إذ هو قرابة بدنية (٤) [قد تعبد به (٥)] كغسل الجنابة، وتجوز على حفر القبر؛ إذ لا يختص الميت؛ إذ قد يحفر له ثم يجعل لغيره، بخلاف غسله.

وتحل على الختان؛ إذ الوجوب على المختون، وعلى عمارة المساجد والطرق؛ إذ القرابة تختص الأمر لا العامل، ويصح تأجير الوقف؛ إذ منافعه مملوكة.
٣٤٦٥- **سَأَلَتْ:** وتحريم الشيء إما لمعنى يخصه كنجاسته أو ضرره كالسم أو ما يؤدي إلى الضرر كالدواء في غير وقته، وإما لتحريم وجه كسبه كالمصادرة والرشوة

(١) (قوله): [إذ حجم له أبو هند.. الخ]: تقدم في باب النكاح لكن ليس فيه فأجره. وعن حميد الطويل قال: سمعت أنساً يقول: دعا رسول الله ﷺ غلاماً لنا حجماً فحجمه فأمر له بصاع أو صاعين أو بمد أو بملدين، وكلم فيه سيده فخفف عنه من ضريته. وفي رواية: سئل أنس عن أجره الحجام فقال: احتجم رسول الله ﷺ حجمه أبو طيبة وأعطاه صاعين من طعام وكلم مواليه فخففوا عنه. هذا طرف من حديث أخرجه البخاري (٢٢٨١) ومسلم (١٥٧٧) وغيرهما. [العلوي في الجامع الكافي والمؤيد بالله في شرح التجريد نحوها وأحمد (١٢٤٧٢)].

(٢) (قوله): [لنهيه ﷺ عن كسب الحجام]: تقدم ما يتضمنه، وفيه غيره. وفي رواية للنسائي (٤٦٧٣) عن أبي هريرة قال: نهى رسول الله ﷺ عن كسب الحجام، وعن ثمن الكلب وعسب الفحل. [وقد تقدم].

(٣) (قوله): [أطعمه عبيدك أو نواضحك]: عن أبي محيصة أنه استأذن رسول الله ﷺ في إجارة الحجام فنهاه عنها، وكان له مولى حجماً فلم يزل يسأله ويستأذنه حتى قال له آخراً: ((اعلفه ناضحك وأطعمه رقيقك)). أخرجه الموطأ هكذا. وأخرجه أبو داود (٣٤٢٢) والترمذي (١٢٧٧) عن ابن محيصة عن أبيه، ولعله أصح. [ابن ماجه (٢١٦٦) وابن أبي شيبة (٢٠٩٨١) والبيهقي (١٩٢٩٠)].

(٤) محضة كالصلاة والصوم فيحرم أخذ الأجرة عليه كلها. (شرح).

(٥) صح نخ. في غير نسخة الإمام عليه السلام.

وأجرة البغي والمغنية والكاهن والأجرة على الواجب.

فَرَعٌ: فإن عقدا على واجب أو محذور فالأجرة كالغصب.

قلت: إلا أنه يطيب ربحها ويبرأ من رد إليه، ولا أجرة إن لم يستعمل، ولا يتضيق الرد إلا بالطلب؛ إذ هو في يده برضا مالكة وإباحته.

فَرَعٌ: [الحقيني للمذهب]: وكذا لو عقدا على مباح وضميرهما المحذور. [المؤيد بالله والإمام يحيى]: بل الحكم للفظ لا للضمير؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إنما أنا أحكم بالظاهر))^(١).

قلنا: معارض بـ((الأعمال بالنيات)) ونحوه.

[الهادي وأحد أقوال المؤيد بالله]: فإن لم يعقدا بل أضمرنا لزم التصديق؛ إذ قد ملكه من وجه محذور كشاة الأسارى. [أحد أقوال المؤيد بالله]: قد ملكه؛ إذ أخذه بطيبة من نفسه، وله رده لدافعه. [أحد أقوال المؤيد بالله والإمام يحيى]: تطيب له؛ لذلك. [الإمام يحيى]: ويندب له التصديق به؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((دع ما يريبك)).

فَرَعٌ: [أحد قولي المؤيد بالله]: فإن عقدا على المحذور ثم قال عند الدفع: جعلته تبرعاً أو عن مباح - طاب له، فإن أراد الحيلة فعلى الخلاف^(٢).

٣٤٦ - فصل في استحقاق الأجرة

٣٤٦٦ - **مَسْأَلَةٌ:** [العتره وأبو حنيفة وأصحابه]: والأجرة في الصحيحة تملك بالعقد، أي: تلزم، فلا تفسخ إلا لعذر، ولا تسقط عن ذمته.

قلت: فتتبعها أحكام الملك.

وتستحق بالتعجيل وشرطه وتسليم العمل واستيفاء المنافع أو التمكين منها بلا مانع؛ إذ التعجيل كتقديم تسليم الثمن والشرط أملك والتمكين كالاستيفاء، وقد قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ﴾ [الطلاق:٦]، فرتب الإيتاء على الاستيفاء،

(١) (قوله): «إنما أنا أحكم بالظاهر»: الأقرب أنه من كلام عمر، والله أعلم.

(٢) هل الحكم للضمير أم لظاهر لفظ الإجارة.

والتمكنين مثله. [الشافعي وأصحابه]: بل تستحق بالعقد، فله طلب تقديمها كالمهر.

قلنا: الإجارة في مقابلة العمل لا المهر بدليل وجوبه بالخلوة والموت، فافترقا.

قالوا: ملك المنافع بالعقد، فاستحق المؤجر عوضها.

قلت: فلا يلزم تسليمها إلا بعد الاستيفاء أو التمكين كالبيع^(١) [كالمبيع].

٣٤٦٧- **سَأَلَتْ**: [أبو طالب]: ويجوز تعجيل ما حصل سبب استحقاقه قبل حصول شرطه؛ إذ الشرط غير مؤثر^(٢) وإن وقف عليه، بخلاف السبب كتعجيل الزكاة عن النصاب الكامل قبل حول الحول وكفارة القتل بعد الجرح قبل الموت، ومنه تعليق الجناية بالمرددي دون الحافر؛ إذ الحفر شرط والتردية سبب^(٣).

وتضمنين من رجع من شهود الزنا دون شهود الإحصان^(٤) عند [الفقهاء]، وكتعجيل الكفارة على الحنث عند [الفقهاء]؛ لكونه شرطاً لا سبباً^(٥).

[الإمام يحيى]: وضابط [أبي طالب] لا غبار عليه، وأخصر منه أن يقال: الأجرة تجب بالعقد، أي: تدور عليه نفيًا وإثباتًا، وتستحق بتسليم العمل أو العين المستأجرة، أي: له المطالبة بها، وتستقر بمضي المدة وتملك بالقبض، أي: له فيها كل تصرف.

٣٤٦٨- **سَأَلَتْ**: والأجرة في الفاسدة لا تجب بالعقد إجماعًا، وتجب بالاستيفاء إجماعًا، كوجوب القيمة بالقبض في البيع الفاسد.

فَرَعٌ: [العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: ولا تجب بالتمكين كالخلوة في النكاح الفاسد.

(١) فإنه لا يلزم تسليم المبيع إلا بعد استيفاء الثمن أو التمكين منه كما مر فكذا في الأجرة مثله. (شرح بحر).

(٢) في وجود الحكم وإن وقت الحكم على حصول الشرط، وهذا بخلاف السبب فإنه عند حصوله يؤثر في وجود الحكم لا قبل ذلك، هذه القاعدة أصولية وفروعية ولها خمسة أمثلة قد أشار إليها في الكتاب. (شرح بحر).

(٣) فيتعلق الضمان بصاحبها. يقال: هذا مسبب ومباشر فخرج عما نحن فيه فتأمل.

(٤) إذا رجعوا بعد الرجم فإن شهود الزنا أثبتوا السبب فتعلق الضمان بهم وشهود الإحصان أثبتوا الشرط فلا ضمان عليهم عند الفقهاء كما سيأتي. (شرح بحر). والمذهب تضمنين شهود الإحصان كما يأتي.

(٥) لأن الحنث شرط عندهم في لزوم الكفارة وأهل المذهب جعلوه وصفًا في العلة فلا يجوز تعجيل الكفارة قبله. (شرح بحر معني).

[الشافعي ومالك]: بل تجب وإن لم يتنفع كالغاصب.

قلنا: الغاصب منع المالك فهو مستهلك، فافترقا.

٦٩ ٣٤- **سَأَلَتْ:** [المرتضى والمؤيد بالله]: ولو قال المكري: إن لم تفرغها لتنام سنة فهي عليك كل يوم بعشرة لزم ذلك؛ إذ بقاؤه فيها رضاً بالأجرة. وكلو قال: أجزتها سنة كل يوم بعشرة.

[الإمام يحيى حكاية عن المؤيد بالله^(١)]: فإن أنكر المستأجر هذا الشرط لزم أجره المثل.

قلت: وكلام [المرتضى والمؤيد بالله] مبني على صحة عقدها لوقت مستقبل والأصح للمذهب خلافه.

٧٠ ٣٤- **سَأَلَتْ:** ويستحق في الصحيحة حصة ما فعل حيث يتجزأ العمل، كحفر عشرين ذراعاً، وحيث لا يتجزأ بالكمال فقط، كخياطة قميص أو نحوه^(٢)؛ إذ هو المعقود عليه^(٣).

[الإمام يحيى]: عن بعض أصحابنا إلا أن يعمله في بيت المستأجر استحق الحصة؛ إذ كل جزء مقبوض حيثئذ. [الإمام يحيى]: وفيه نظر؛ إذ لم يقبض ما عقد عليه.

قلت: لعله أراد حيث الأجير خاص.

٣٤٧- فصل: في ضمان الأجير

٧١ ٣٤- **سَأَلَتْ:** لا ضمان على غير مميز كالصبي والمعتوه؛ إذ المضيع المالك بتسليمه، بخلاف جنائتهم، ويضمن المحجور والمرأة كتصرفها^(٤). [مالك]: لا يصح ضمانها إلا بإذن زوجها وسيأتي^(٥) بيانه. والمبرسم كالمجنون؛ لنقصان عقله،

(١) وفي نسخة بتقديم المؤيد بالله على الإمام يحيى، وفي نسخة الإمام يحيى فقط.

(٢) كالسراويل وما لا يسمى بعضه باسم جملة. (مرغم).

(٣) يعني: أن الكمال هو الذي وقع عليه عقد الإجارة فلا يستحق الأجرة إلا بحصوله. (شرح بحر بلفظه).

(٤) أي: بالشراء ونحوه فإنه صحيح. (شرح).

(٥) في الضمانة. (شرح).

والأخرس يضمن حيث صح عقده^(١) وفي مجرد الكتابة منه وجهان: [الإمام يحيى]:
أصحهما لا تكفي إلا مع إشارة مفهومة؛ لاحتمال تجربته الخط.

٣٤٧٢- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: ويضمن الصانع ما فسد بصنعه^(٢).

فَرَعٌ: فإن نقص دون نصف^(٣) قيمته فالأرث اتفاقاً. [أبو العباس وأبو طالب]: وفي الكثير^(٤) يخير المالك بينه وبين القيمة؛ إذ فساد الأكثر كفساد الكل؛ إذ فوت معظم منافعه. [المؤيد بالله والفرقان]: بل الأرث فقط.

قلنا: بناء على نفي الاستهلاك الحكمي، وقد مر.

فإن صار لا قيمة له فاستهلاك اتفاقاً فتجب قيمته يوم التلف^(٥) كالجناية.

فَرَعٌ: ولا تسقط الأجرة إن ضُمَّتْ مصنوعاً، وإلا سقطت.

٣٤٧٣- **سَأَلَتْ:** [المذهب والشافعي]: وله حبس العين لقبض الأجرة والضمان بحاله^(٦).

قلت: وكذا المبيع بعد التفاسخ؛ إذ هي عين تعلق بها حق فأشبهت الرهن.

[أبو حنيفة]: له حبس المصنوع لا المحمول.

قلنا: لا وجه للفرق.

وما تلف قبل قبض المالك ولو في منزله ضمنه الأجير؛ لما مر^(٧).

فَرَعٌ: فإن نقص لجفاف^(٨) لم يضمن.

(١) وذلك يكون بإشارته المفهومة. (شرح).

(٢) كأن ينغل الدباغ الأديم، أو يحرق الحداد الحديد، أو يكسر النجار الخشب. (شرح بحر).

(٣) صوابه النصف فما دون.

(٤) وهو ما فوق النصف، وهذا التخيير فيما كان مضموناً كالرهن والمغصوب وما في يد الأجير المشترك،

لا فيما كان غير مضمون وحصلت عليه جناية فلا خيار له بل يجب أرث الجناية فقط. (قرئ).

وإذا اختار المالك أحدهما لم يكن له الانتقال إلى الثاني؛ لأنه كأنه قد أبرأ الأجير. (قرئ).

(٥) قياس المذهب يوم القبض؛ لأنه دخل في ضمانه هذا الوقت. (غيث معنى). ومثله في البيان.

(٦) أي: على ما هو عليه وهو ضمان أجير مشترك لا ضمان رهن أو غصب. (شرح بحر).

(٧) من قوله ﷺ: ((على اليد ما أخذت حتى ترد)). (مرغم).

(٨) لأن الجفاف أمر غالب قال الفقيه علي الوشلي: إلا حيث الجفاف لتراخ حصل من الأجير في طريقه

٣٤٧٤- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ولا يسقط الضمان بالتخلية ما لم يتسلمه المالك. [أبو طالب]: كما قال [أبو حنيفة]: لو سلم المبيع بالتخلية ثم تلف قبل تسلّم المشتري فإنه يتلف من مال البائع لكن فائدة التخلية لزوم الثمن فللبائع بعدها المطالبة به لا قبلها. قلت: وظاهر المذهب أن التخلية كالتقبض لكن بعد تسليم الثمن^(١) أو تخليته فيتلف حينئذ من مال المشتري فينظر فيه^(٢).

٣٤٧٥- **سَأَلَتْ:** والحمامي أجير مشترك مخالف للقياس؛ إذ عمله غير معلوم لكن استحقتها استحساناً؛ للإجماع.

فَرَعٌ: ويستحقها للبت في المكان وللقدّر الذي يُسخّن فيه الماء ولحفظ الأثواب. وقيل: بل عوضاً عن تأدية الماء فقط فلا يضمن الأثواب. لنا: أن الداخل لم يدفع إلا في مقابلة انتفاعه وحفظ ما دخل به. ولا يحتاج إلى عقد يعين فيه العمل والأجرة؛ لتسامح المسلمين بذلك، ويلزم كلاً منهما المتعارف^(٣) به في الجهة.

[الإمام يحيى]: والأحسن تأخير الأجرة إلى الفراغ؛ لتقابل ما اهراق من الماء واستغرق من المنافع.

فَرَعٌ: قيل: وإنما يضمن الأثواب إن وضعت في حضرته أو أعوانه^(٤)، وفي المعتاد لو وضعها لا داخله.

فَرَعٌ: والحق في الغسالة للحمامي.

فإنه يضمن أرشه وهو ما بين قيمته رطباً ويابساً. (شرح بحر وبيان). وقال الفقيه يوسف: ماذا يضمن؟ هلا شبه بالهزال. (سلوك).

(١) لا يشترط.

(٢) ظاهر ما في الانتصار عن أبي طالب أنه حاكٍ لكلام أبي حنيفة فقط، لأنه قال فيه: قال أبو طالب: ولأبي حنيفة مسألة في الفرق بين التسليم والتسلم.. ثم ساق كلام أبي حنيفة إلى آخره. (مرغم). [وقوله: فينظر فيه أي: في أنه يتلف من مال البائع].

(٣) يعني: من الماء والأجرة واللبث والمكان. (مرغم).

(٤) أو جرى عرف بوضعها في غيبته أو أعوانه.

٣٤٧٦- **مَسْأَلَةٌ:** ومتعاطي الطب والصنعة في الختان ونحوه^(١) يضمن ما اختل بصنعته؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من طب من غير علم فأعنت فهو ضامن)).

٣٤٧٧- **مَسْأَلَةٌ:** ولا أرش للسراية عن القدر المعتاد من بصير؛ إذ لا تعدي في الفعل، والسراية فعل الله تعالى، وأما المباشر فمضمون عمدته وخطؤه خطأ. [الإمام يحيى]: وسواء البصير والمتعاطي.

قلت: أما المتعاطي ففيه نظر^(٢).

فَرْعٌ: إذا تبرأ البصير قبل العمل وبعد الإجارة من الخطأ برئ، كالإبراء من الشفعة بعد البيع، ولا يبرأ المتعاطي بالإبراء قبل العمل.

قلت: إذ العقد غير صحيح فكان كالإبراء من الشفعة قبل البيع.

٣٤٧٨- **مَسْأَلَةٌ:** ومن استأجر عبداً محجوراً عالماً فأعنت تعلقت جنايته بدمته؛ إذ قد رضي بها حيث عامله عالماً بحجره.

قلت: إن كان صغيراً فلا ضمان عليه مطلقاً^(٣)؛ إذ المستأجر في التحقيق هو الجاني وأما المأذون والمدلس^(٤) فتعلق برقبته، كما مر.

[أبو طالب]: فإن لم يبحث عن الإذن والحجر فكعالم الحجر؛ إذ الأصل عدم الإذن.

٣٤٧٩- **مَسْأَلَةٌ:** [الهادي]: وإذا اشترى الأجير غير ما أمر به ثم باعه فالريح لرب المال إن أجازه وعليه أجره المثل؛ لما مر^(٥)، وإلا ملكه المشتري وتصدق بالريح؛ إذ ملكه من وجه حظر. [أبو حنيفة]: بل يتصدق به مطلقاً بناء على أن الإجارة لا تلحق الموقوف. [المؤيد بالله وأبو يوسف]: الأحوط التصديق به؛ لأجل الخلاف^(٦).

(١) كالفصد والحجامة وتجبير الكسر ومداداة العلة، فإن هؤلاء إذا فعلوا هذه الصناعات من غير علم ولا درية لأحوالها ولا مطالعة لكتبها الموضوعة فيها فإنهم إذا أعتتوا ضمنوا. (شرح بحر).

(٢) بل خطأ مضمون.

(٣) أذن له سيده أم لا. (مرغم).

(٤) هو أن يوهم الحرية أو الإذن. (مرغم).

(٥) من أنها تجب باستيفاء العمل. (شرح بحر).

(٦) أي: في صحة العقد الموقوف. (مرغم).

فَرَعٌ: [أبو العباس والإمام يحيى]: وقول [القاسم]: الربح بينهما على ما شرطاً، محمول على أن مخالفة الأجير لم تكن في العين بل في زمان أو مكان. وقول [الأحكام]: يتصدق، محمول على المخالفة في العين، كما مر، وقول [المنتخب]: يطيب للمالك، محمول على أنه أجاز^(١).

٣٤٨٠- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله للمذهب]: وللأجير الاستنابة. قلت: فيما لا يختلف بالأشخاص إلا لشرط أو عرف كما للمستأجر تأجير ما استأجره. قلت: بل إذ المقصود [القصد] تحصيل العمل، ولا عبرة بالشخص فيستويان في الضمان إلا من الغالب إلا أن المالك يطالب الأول فقط وهو يطالب الثاني. [الناصر وأبو طالب والإمام يحيى]: ليس له ذلك فيضمنان مطلقاً^(٢)؛ لتعديهما. قلنا: لا تعدي؛ لما مر^(٣).

فَرَعٌ: فإن أنكره^(٤) الثاني فالقول له؛ إذ الأصل البراءة، وإن أنكر الأول فالقول له أيضاً، ولا سبيل للمالك على الثاني حينئذ^(٥). قلت: في التضمين لا العين.

٣٤٨١- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله والمذهب]: وإذا شرط الشريكان أن يحفظ كل في نوبته ضمن كل منهما كالمشترك؛ إذ جعل كل منهما حفظه أجرة حفظ الآخر، وإلا^(٦) فلا ضمان؛ إذ كل منهما كالمستأجر.

(١) هذا التلفيق والجمع بين الأقوال ذكره أبو العباس ورجحه الإمام يحيى، قال: لجره على القواعد. (شرح بحر).

(٢) الغالب وغيره.

(٣) بل إذ القصد تحصيل العمل.

(٤) أي: أنكر الأول دفع الشيء المستأجر عليه. (شرح بحر).

(٥) يعني: أن دعوى المالك على الثاني بواسطة لا تصح في الظاهر مع إنكار الأول. (شرح بحر).

(٦) أي: وإن كانت المناويبه للبن أو للركوب فلا ضمان، وإن كانت المناوية لمجموع الأمرين ضمنا.

فَرْعٌ: قلت: ولو تلفت بهيمة الحاطب بنصف ما حطب لم [فلا] يضمن^(١)؛ إذ هو كالمستأجر لها، وقيل: يضمن غير الغالب، ولا وجه له.

٣٤٨٢- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة]: ولا تسقط الأجرة بجحد المعمول فيه في الصحيحة^(٢)؛ إذ العمل فيها مستند إلى العقد، والجحد لا يبطله.

وأما في الفاسدة فتسقط إن جحده قبل العمل؛ إذ عمله حينئذ لنفسه، والعقد غير صحيح فلم يستند إليه. فإن عمل قبل الجحد لم تسقط؛ إذ العمل مستند إلى الأمر [الأجرة].

٣٤٨٣- **سَأَلَتْ:** والضمان في الفاسدة كالصحيحة؛ لما مر^(٣).

٣٤٨- **فصل: فيما يصح فسخ الإجارة به**

٣٤٨٤- **سَأَلَتْ:** وتنفسخ بالرؤية^(٤) والعيب كالأعيان^(٥)، ويبطلان المنفعة كموت الدابة^(٦) ولو بفعله وعليه حصة ما استوفى. ومنه تهدم الدار^(٧) وانقطاع ماء الأرض ولو مطراً^(٨) حتى مضت المدة. [قول للشافعي]: يخير في الأرض؛ لإمكان الانتفاع بها في وجه آخر، بخلاف تهدم الدار فقد خرجت عن كونها داراً كموت العبد. قلنا: بطلت المنفعة المقصودة فكان كالتهدم.

فَرْعٌ: [العترة وقول للشافعي]: وتنفسخ بموت العبد المؤجر والطفل في الحضانة. [قول

(١) والحطب له عندنا، ومن صحح الاستئجار على المباح فالحطب بينهما وللحاطب أجرة مثله على نصف الحطب وعليه أجرة الدابة على حمل النصف الآخر ويضمنها إذا تلفت؛ لأنه مشترك. (شرح).
(٢) مطلقاً.

(٣) في المسألة الخامسة من فصل تأجير المنقولات. (مرغم).

(٤) وكذا خيار الشرط وفقد الصفة والخيانة كالبيع. (شرح بحر).

(٥) إلا أنه يصح الفسخ هنا ولو قبضه عالماً بعيبه أو عقد عالماً بعيبه ولورضي بذلك لأنه يجب على المؤجر تسليمه في كل وقت غير معيب. (شرح بحر).

(٦) المعينة والعبد، أو مرض الأجير وعجز الدابة. (شرح بحر).

(٧) أو بعضها. (شرح بحر).

(٨) وكذا غلبة الماء عليها. (شرح بحر).

للشافعي]: لا، كموت أحد المتعاقدين فيعاد طفل.
قلت: وكذا عبد.

قلنا: العقد يتناول المعين فينفسخ العقد بتلفه.

٣٤٨٥- **سَأَلَتْ:** [المذهب والإمام يحيى وقول للشافعي]: وإذا غصبت العين مدة الإجارة فلا أجره^(١)، كلو مات العبد. [قول للشافعي]: بل تلزم^(٢) ويرجع بها على الغاصب.
لنا: ما مر.

قلت: ويلزم الغاصب للمالك، كما مر^(٣).

٣٤٨٦- **سَأَلَتْ:** وحدوث العيب مع المستأجر يوجب الخيار. [الإمام يحيى]: إذ هي أمانة في يده.

قلت: وإذا المبيع المنافع وهي متجددة حالاً فحالاً ليست مستكملة عند العقد، فما تجدد فهو كابتداء العقد، ومنه جذام الأجير أو برصه وانقطاع ماء بئر الدار.
فَرَعٌ: وما تعيب^(٤) واستعمل بعد ظهوره كان رضا. [المؤيد بالله]: ولو خشي تلف ماله بالقاءه من الدابة أو السفينة.

وقيل: ليس رضا إن خشي؛ للنهي عن إضاعة المال.

قلنا: لا يحفظ ماله بهال غيره. أما لو خشي تلف نفسه لم يكن رضا اتفاقاً.

٣٤٨٧- **سَأَلَتْ:** والجائحة^(٥) على زرع في المستأجرة لا يوجب فسخها؛ إذ العيب ليس فيها.

قلت: وهذا حيث العقد صحيح، وبقي من المدة ما يمكن فيه الزرع، وإلا

(١) إذا كان لا يمكنه منع الغاصب، ولا ارتجاعها منه بغير عوض.

(٢) إذا كان يمكنه منع الغاصب منها ولم يفعل أو كان يمكنه ارتجاعها من الغاصب بلا عوض.

(٣) في السادسة عشرة من الفصل الرابع. (شرح بحر).

(٤) أي: انكشف أنه معيب.

(٥) وذلك كالبرد والجراد والضرب واليهيم وهو آفة تصيب الزرع بعد بلوغه الحصاد فيصبح في ساعة كأن لم يكن. إلخ. (شرح بحر بلفظه).

انفسخت؛ لبطلان المنفعة، كما مر^(١).

فَرْعٌ: وتهدم بعض الدار عيب، فإن كان ينصلح في الحال وأصلحه المالك فلا فسخ، وإن رضي بسكونها كذلك فلا نقص من الأجرة؛ إذ سكونه رضاً.

٣٤٨٨- **سَأَلَتْ:** [القاسمية وأبو حنيفة وأصحابه]: وتنفسخ بالعدر الزائل معه الغرض بعقدها كمرض من يريد السفر أو من يحتاج إلى حضوره في العمل كالحداد، وكنكاح من يمنعها الزوج الخروج إلى أرض استأجرتها وهي لا تستنيب أو نحو^(٢) ذلك، وكبُرِّء السن الذي يريد قلعه، وتغير العزم إلى الجدرات بعد الاستئجار للأساطين أو إلى حرفة لا تصلح في حانوت قد استأجره؛ إذ هو عذر كمرض الأجير وموته وتهدم الدار. [الشافعي]^(٣): لا خلل في المعقود عليه، فلا تنفسخ بالعدر، كموت المستأجر، فأما السن فالمانع الحظر لا العذر.

قلنا: الموت خصه الدليل، وسيأتي^(٤).

فَرْعٌ: فإن حدث خوف في الطريق قوي على النفس والمال، فلكل من المكري والمكثري الفسخ؛ لما مر^(٥).

٣٤٨٩- **سَأَلَتْ:** وللولي تأجير الصغير اتفاقاً مع تحري المصلحة، ويصدق إن ادعى البلوغ بالاحتلام فقط؛ لتعذر البينة عليه، لكن مع الاحتمال كابن العشر عندنا أو التسع عند [أبي إسحاق]، أو اثنتي عشرة عند [الحنفية والإمام يحيى]؛ إذ هو أحوط.

(١) وتجب الأجرة لما مضى. (بيان)، ولعله حيث قد زرع قبل هذا الزرع زرعاً غيره كما ذكره الفقيه يحيى البحيح وإلا لم يجب شيء لعدم الانتفاع.

(٢) مما يجب على الأجير فعله وهو يمنعه من العمل من جهاد أو قضاء دين أو رد ودیعة وما أشبه ذلك. (مرغم).

(٣) وإذا زال العذر قبل أن يحصل فسخ لم يصح فسخ بعد ذلك في الوجوه كلها. (قرن).

(٤) في الحادية عشرة.

(٥) من جواز فسخها للأعدار وهذا من أوضح الأعدار. (شرح).

فَرْعٌ: ويخير إن بلغ بالسنين اتفاقاً؛ لما مر^(١). [الشافعي]: لا بالاحتلام.

قلنا: بلوغ فأشبهه السنين.

ويستحق قسط ما عمل.

٣٤٩٠- **سَأَلَتْ:** ويصح عتق العبد المؤجر اتفاقاً.

فَرْعٌ: [العترة وأبو حنيفة وأصحابه وقول للشافعي]: ويخير؛ لما مر^(٢). [الشافعي]: لا، كلو

زوجه ثم أعتقه.

قلنا: إنكاحه لا يوجب ملك منافعه، بخلاف تأجيرها، فافترقا، وكتخير الأمة في

النكاح إذا عتقت^(٣).

٣٤٩١- **سَأَلَتْ:** وإذا احتاج إلى ثمن المؤجرة لنفقة أو دين واجبين فله الفسخ

إجمالاً في الدين، والنفقة مقيسة، ولا تنفسخ بالبيع لغير ضرورة إجمالاً^(٤)؛ إذ بيع

المنافع كالأعيان. [المؤيد بالله وأبو طالب وأبو يوسف]: وينعقد البيع كبيع المزدوجة،

وللمشتري الخيار إن جهل. [رواية عن أبي حنيفة وقول للشافعي]: بل بيعه باطل؛ لإبطاله

حق المستأجر؛ إذ المنافع تابعة للأعيان، كلو باع عيناً من رجل ثم من آخر. [رواية عن

أبي حنيفة]: بل البيع صحيح وللمستأجر نقضه؛ لتقدم عقده كالمترهن. [رواية عن

أبي حنيفة ومحمد بن الحسن]: ليس له نقضه لكن لو أجاز انفسخت الإجارة.

قلنا: لا وجه لبطلانه ونقضه.

٣٤٩٢- **سَأَلَتْ:** ويصح بيعها من المستأجر اتفاقاً؛ إذ لا مانع، وفي انفساخ الإجارة

بالمملك وجهان: [الإمام يحيى]: أصحهما تنفسخ، كلو تزوج أمة ثم اشتراها.

وقيل: لا، كلو اشترى الثمرة ثم الشجرة؛ إذ المنفعة كالعين، وفائدته لزوم

(١) في الخامسة من أحكام الأجير الخاص.

(٢) في الخامسة من أحكام الأجير الخاص. (مرغم).

(٣) بجامع ملك التصرف بعد أن لم يكن.

(٤) كذا في الانتصار ولعله لم يعتد هنا بخلاف من يقول إن الإجارة عقد من كلا الطرفين والله أعلم.

(شرح بحر).

الأجرة^(١) مع الثمن ما لم تعذر المنفعة.
 ٣٤٩٣- **سَأَلَتْ:** ومن أجر نفسه من أبيه ثم مات الأب ولا وارث له سواء ولا دين انفسخت^(٢)؛ إذ لا مستحق لها، فإن كان معه غيره انفسخت في حصته حسب ملكه^(٣)، ويلزمه حصة شريكه. وفي الدين لا تنفسخ بقدره^(٤)؛ لما مر^(٥).
 ٣٤٩٤- **سَأَلَتْ:** [المذهب والشافعي ومالك]: ولا تنفسخ بموت المتعاقدين أو أحدهما كالبيع والرهن. [المنصور بالله وأبو حنيفة وأصحابه وسفيان الثوري والليث بن سعد]: بل تنفسخ بموت أحدهما. [أبو طالب]: بموت المؤجر؛ لانتقال ملكه إلى الوارث، والمنفعة حادثة معه، فلا يؤخذ ملكه وهي المنفعة إلا بعقده.
 قلنا: لا، كالوصية بالمنفعة^(٦).
 قالوا: المستأجر تبطل ذمته بموته فلا يلحقها لزوم الأجرة فتتنفسخ.
 قلنا: ينتقل إلى التركة كثمن المبيع.

- (١) فعلى هذا القول يلزم أن جميعاً لحصول موجبيهما وهما الإجارة والبيع، إلا أن تعذر المنفعة بتلف العين أو نحوه فلا أجرة بعد ذلك لبطلان الإجارة حينئذ، وعلى قول الإمام يحيى لا أجرة مطلقاً، ولعل المراد به حيث لم يستثن المنفعة، وأما لو استثناها إلى انقضاء مدة الإجارة صح ذلك واستحق الأجرة ما لم تعذر المنفعة والله أعلم. (شرح بحر). ومن الفوائد أن الشفيع يشفعه دون المنفعة. (هاجري).
 على الوجه الأخير وشفعته هو والمنفعة على الوجه الأول.
 (٢) الإجارة.
 (٣) فحيث الوارث اثنان ينفسخ نصف الإجارة، وحيث هم ثلاثة ينفسخ ثلثها ونحو ذلك، وما لم ينفسخ فيها فعلى الأجير توفيره لمستحقه من الورثة، وعلى المستحق توفير ما يستحقه عليه الأجير من الأجرة. (شرح بحر).
 (٤) مثالها: أن يؤجر الأب داره من ابنه فقبض الأب الأجرة ثم مات الأب قبل انقضاء مدة الإجارة وخلف ولدين هذا المستأجر وآخر معه، فإن الإجارة هنا لا تنفسخ في حصة غير المستأجر وذلك لما مر من أن الإجارة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين. (شرح بحر).
 (٥) من أن الإجارة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين.
 (٦) فإنها تصح ولا تنفسخ بانتقال الملك إلى الوارث فهكذا حال الإجارة. (شرح بحر).

قلت: أما الأجير على العمل فيبطل بموته^(١)؛ إذ تعين فيه. وقيل: يلزم الورثة العمل.
قلنا: لا وجه له.

فَرْعٌ: [المذهب]: ولا يفسخ عقد الحضانة بموت الأب المستأجر. [ابن شبرمة
وأبو جعفر]: للورثة الفسخ.
قلنا: لا مقتضى له.

قيل: ولا تنسخ بجهل قدر مسافة جهة أو كتاب ذكر لقبها للبريد والناسخ
كبيع الغائب. وقيل: بل تفسد؛ للجهالة.
٣٤٩٥- **سَأَلَتْ:** [العترة وأكثر أصحاب الشافعي]: ويصح تأجير الوقف؛ إذ مستحقه
ملك المنفعة، كلو استأجر أرضاً ثم أجرها. [بعض أصحاب الشافعي]: لا؛ إذ الرقبة ملك
لله تعالى فهو كالمستعير.

قلنا: بل يصح ملك المنفعة دون الرقبة كالمستأجر.
فَرْعٌ: وحيث المتولي له غير المصرف لا يبطل تأجيله بموته ولا بموت مستحق
الغلة لكن ينتقل استحقاق الأجرة إلى من انتقل إليه الاستحقاق، كما لا يبطل
بموت المؤجر المالك.

وحيث الولاية إلى المصرف فوجهان: [الإمام يحيى]: أصحابها يبطل تأجيله بموته؛
لانتقال المنافع إلى من بعده بالوقف لا بالإرث، فكأنه أجر غير ملكه؛ لاستحقاق
من بعده إياه، لا من جهته بل من جهة الواقف، بخلاف ما لو انتقلت بالإرث.
وقيل: لا يبطل؛ إذ هو عقد صدر من أهله^(٢)، وصادف محله^(٣).

(١) هذا مستقيم في الخاص كالعين المؤجرة إذا تلفت، وأما في الأجير المشترك على الأعمال فلا تبطل بل
لورثته تمام العمل، ولا يلزمهم. ذكره الفقيهان محمد بن سليمان ويحيى البحيح في هذا الموضوع في
شرح الأزهار وقد تقدم أيضاً في كتاب الحج.

(٢) أي: ممن له ولاية من جهة الواقف. (شرح بحر).

(٣) وهي العين الموقوفة؛ لأنها مما يصح إجارته فكان ذلك كعقد الواقف والمتولي غير المصرف.

لنا: ما مر من الفرق.

فَرْعٌ: وليس للمتولي التأجير بغبن فاحش كالبيع^(١)، فإن فعل نقض، ولا بقدر مع وقوع الطلب بالزيادة؛ للخيانة، وقد قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ليس منا من غش)) وقال: ((كل أمر ليس عليه أمرنا فهو رد)).

فإن عقد بقدر ثم طُلِبَ بأكثر لم ينقض وإن فحش الغبن^(٢)؛ لتأديته إلى أن لا يستقر عقود الولاية.

٣٤٩٦- **سَأَلَتْ:** وإذا أفلس المستأجر^(٣) فللمالك الفسخ كالبائع بإفلاس المشتري والسلعة قائمة، فإن لم يفسخ والأجرة معجلة^(٤) أجزت العين عن المستأجر كبيع السلعة.

٣٤٩٧- **سَأَلَتْ:** وإذا شرطا -قلت: أو أحدهما- فُسِّخَهَا متى شاء فسدت^(٥).

[الإمام يحيى]: ولكل منهما في الفاسدة الفسخ متى شاء^(٦).

قلت: المجمع على فسادهما كهذه وإلا فبالحكم.

٣٤٩٨- **سَأَلَتْ:** وإذا مرض من لا يقوم به إلا الأجير فله الفسخ؛ للعدر.

قيل: وكذا لو أراد التحلل منه^(٧) ولا نائب عنه أو يلحقه عار بتركه، وكذا من^(٨)

(١) أي: كما ليس له البيع بغبن فاحش. (شرح بحر).

(٢) بالنظر إلى ما دفع الطالب لا بالنظر لما وقع عليه العقد فلا غبن أو غير فاحش.

(٣) وكذا حيث يعرف منه المطل قبل تسليم الأجرة ولو كانت مؤجلة، قال الفقيه يوسف: ولو علم المؤجر بذلك عند العقد فيكون له الفسخ. (شرح بحر).

(٤) أي: مشروط تعجيلها.

(٥) لجهالة المدة. (شرح).

(٦) يعني: من دون حكم ولا تراض. قال الفقيه علي: ولو بعد قبض الأجرة، وقال الفقيه حسن: أما بعد فكالمتخلف فيها لا بد فيه من تراضيهما أو الحكم. (شرح بحر).

(٧) أي: من المريض ولا نائب ينوب عن الأجير في التحلل أو كان الأجير يلحقه عار بترك مقاومة المريض أو بتركه حضور جنازته إذا مات. (شرح بحر).

(٨) هذا قد ذكره عَلَيْهِ السَّلَامُ في الخامسة ولعل إعادته سهو. (شرح بحر بلفظه).

استأجرت أرضاً لتزرعها ثم نكحت من لا يأذن [لها] بخروجها فلها الفسخ بذلك، وله الفسخ بمرض العبد وامتداد الماء على الأرض حتى أفسد، فإن لم يفسخ حتى برئ العبد وجف الماء فلا يفسخ من بعد؛ لزوال العيب.

٣٤٩- فصل: في الاختلاف بين الأجير والمستأجر والمكري والمكتري

واختلافهما- إما في العقد فالقول لمنكره، وإما في قدر الأجرة أو في مدتها أو في الضمان أو في العمل المعقود عليه.

٣٤٩٩- **مَسْأَلَةٌ:** [الإمام يحيى]: وإذا اختلفا في قدر الأجرة أو جنسها ولا بينة تحالفا وبطل العقد، وتجب أجرة المثل بعد العمل كالمهر حيث التبس، فإن بينا فيبينة مستحقها أولى؛ إذ هو الخارج.

قلت: القياس أن القول للمستأجر كالمشتري^(١)؛ لما مر.

٣٥٠٠- **مَسْأَلَةٌ:** وفي المدة والمسافة المتفق على قدريهما القول لمنكر مضيئهما، وأما في قدرهما^(٢) فقول: للمستأجر بعد تسليم العين؛ إذ الظاهر معه. [الفنون]: بل للمالك؛ إذ المنافع على ملكه إلا ما أقر به أو بين عليه.

قلت: التحقيق أن المنافع كالأعيان فالقول للمالك في القدر كما في البيع؛ إذ الأصل بقاء ملكه فيما لم يقر بإخراجه، والمستأجر مقر باستحقاق المؤجر للأجرة المسماة، ويحتمل أن إقراره مقيد بالعوض الذي يدعيه فلا يلزمه بل يتحالفان ويبطل العقد، والقول للمستأجر بعد مضي المدة والمسافة، كما سيأتي^(٣) في المستعير.

(١) فإن القول له في قدر الثمن وجنسه وصفته بعد القبض.

(٢) نحو أن يقول المستأجر: المدة شهران وقال المالك: بل شهر، أو يقول المستأجر: المسافة بريدان وقال المالك: بل بريد واحد. (شرح بحر).

(٣) واختلافهما هنا في شيئين في وجوب الضمان لما تلف بعد الزيادة وفي وجوب كراها، والحكم هنا كما إذا اختلف المعير والمستعير في الموضع الذي استعار إليه فعند أبي طالب القول قول المستعير وعلى المالك البينة، وعند المؤيد بالله وصاحب الوافي: القول قول المالك فمسألة الإجارة متفرعة على مسألة العارية. (شرح بحر).

٣٥٠١- **سَأَلَتْ:** [الهادي والناصر وابن أبي ليلى والليث بن سعد وأحد أقوال الشافعي]: والبيئنة على المستأجر في مخالفة الأجير؛ في العمل؛ إذ يدعي الجناية والأصل عدمها. [المؤيد بالله وأبو حنيفة وأصحابه [وأحد] أقوال الشافعي]: بل على الأجير؛ إذ الأصل عدم الإذن. [الإمام يحيى وأحد أقوال الشافعي]: بل كل [واحد] منهما مدع فيتحالفان فتسقط الأجرة. ويجب أرش القطع، وهو ما بين قيمته مقطوعاً وغير، وقيل: ما بين قيمة ما أذن فيه وما خالف كالقميمص والقباء.

فَرَعٌ: فإن كان ذلك قبل القطع فالقول لكل منهما في نفي ما ادعاه الآخر فيتحالفان وتبطل.

٣٥٠٢- **سَأَلَتْ:** والقول للخاص في عدم التعدي والتفريط، وللمشترك في أن المتلف غالب إن لم يمكن البيئنة عليه كالموت.

فَرَعٌ: [المؤيد بالله]: فلو ادعى الراعي أنه ذبحها بعد أن ماتت يَبْنُ؛ إذ الظاهر الجناية.

٣٥٠٣- **سَأَلَتْ:** والقول لمدعي المعتاد من العمل بها ومجاناً؛ إذ العادة تشهد له. وسواء كان (١) للأجرة أم للتضمين فإن استوت أو لا عادة فعلى الخلاف في المنافع هل أصلها العوض كالأعيان؟ [القاسمية وأحد قولي المؤيد بالله]: أصلها الإباحة؛ لكثرة ذلك. [أحد قولي المؤيد بالله]: بل كالأعيان في اقتضاء العوض. لنا: ما مر (٢).

٣٥٠٤- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: ويبين مستأجر العبد على إبقائه بعض (٣) المدة؛ إذ يدعي سقوط بعض الأجرة وقد لزم بال عقد. قلت: وذلك حيث قد رجع، وإلا فالظاهر معه.

(١) أي: الاختلاف.

(٢) أن أصلها الإباحة.

(٣) أو كلها.

٣٥٠٥- **سَأَلَتْ:** والقول للأجير في قيمة التالف؛ إذ الأصل البراءة من الزيادة، وكذا الحماي كالأجير للحفظ.

وللمستأجر في قدر ما أمر به من العمل كصبغ بكذا؛ إذ الأجير يدعي الزيادة.

٣٥٠٦- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو يوسف ومحمد بن الحسن ومالك]: ويبين المشترك على رد ما صنع لضمانه. [أبو حنيفة]: بل أمين فيما لم يتلف، فالقول له.

لنا: ما مر من قول علي عَلَيْهِ السَّلَامُ.

والقول للأجير بعد النسج في عدم تبديل الغزل.

٣٥٠٧- **سَأَلَتْ:** [المرتضى]: ويبين المعين للمعمول فيه؛ إذ هو مدع لا المنكر للمُعَيَّن؛ إذ الظاهر معه.

٣٥٠٨- **سَأَلَتْ:** ومن أمر بعمل سمي له أجره لزمته^(١)؛ إذ هي معاوضة فإن وعده بالجزاء جملة^(٢) ففاسدة، وإن لم يعْده فوجوه: لا أجره؛ إذ الأصل في المنافع عدم العوض؛ للعرف، لا الأعيان، وتجب كالأعيان.

وقيل: إن ابتدأ الأمر وجبت، وإلا فلا؛ إذ الظاهر التبرع، والحق أنه يعمل بالمعتاد، وإلا فالأصل عدم العوض في المنافع.

(١) في المحقر. (بيان).

(٢) نحو أن يقول: اعمل وأنا أرضيك أو أحاسبك أو أفعل ما يسرك، أو ما أشبه ذلك. (شرح بحر).

[٨٠]- باب [في الجعالة]

[الإمام يحيى^(١)]: والجعالة تخالف الإجارة باغتفار جهل العمل فيها، كمن رد على الأبق أو الضالة فله كذا، وإن الأجير غير معلوم، وعقدها غير لازم؛ لجهالة العمل كالمضاربة^(٢).

والأصل فيها: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ﴾ [يوسف: ٧٢]، وتقديره ﷺ أخذ الجُعْلَ على رقية الملسوع، ولمس الحاجة إلى رد الضالة ونحوه كالإجارة.
٣٥٠٩- **سَأَلَتْ** وصيغتها: من رد ضالتي فله كذا فيستحقها من سمع النداء وفعل، لا من لم يسمع، ولا تنعقد على محذور، ولا تصح من صبي ومجنون ومحجور كالإجارة، فإن قال: من حج عني أو بنى داري فله كذا فوجهان: أصحهما: جعالة؛ إذ الأجير غير معلوم، ويشترط كون العوض معلوماً.

فَرَعٌ: ولو قال: من رد عبدي من مكة فله كذا، فرده من نصف الطريق استحق النصف^(٣)، وكذا ما أشبهه وإن رده من غير جهتها لم يستحق شيئاً وإن كان أبعد، ويشترك في الجعل المشتركون في العمل إلا أن يعين الشخص.
فإن شورك المعين بنية المساهمة^(٤) استحق المعين بقدر عمله نصفاً إن كانا اثنين، ولا شيء للآخر^(٥) لتبرعه.

فإن قال لشخص: إن رددت فلك كذا ولآخر كذلك ففعلاً فلكل منهما نصف؛ لا شراكهما في العمل الذي عليه الجعل، فإن شرط لأحدهما ديناراً وللآخر ثوباً

(١) زيادة في نسختين.

(٢) قال في شرح الأثرار: والجعالة عند أهل المذهب إجارة فاسدة يلزم بها أجرة المثل فقط لا المسمى. بتمام العمل. (تكميل).

(٣) من الجعل لأن الاستحقاق يكون على قدر المسافة من النصف والثالث والرابع ونحو ذلك وإلى هذا أشار في الكتاب بقوله: وكذا ما أشبهه. (شرح بحر).

(٤) أي: المقاسمة.

(٥) للأجير في نسخة.

فاشتركا فلأول نصف الدينار وللآخر نصف أجرة المثل؛ لجهالة الثوب.

فَرْعٌ: وإذا فسخها أيهما قبل العمل فلا أجرة، وبعده تلزم؛ لحصول مقابلهما^(١).

فَرْعٌ: وتدخلها الزيادة والنقصان، كمن رد ضالتي فله مائة ثم قال: من ردها فله خمسون أو نحو ذلك^(٢)، ويستقر الأخير منهما.

فَرْعٌ: وإنما يستحق الجُعَل بعد تمام العمل، فلو هرب العبد بعد إيصاله باب المالك سقط الجعل.

٣٥١٠- **مَسْأَلَةٌ:** والقول للمالك في عدم شرط الجعل وفي أن الأبق رجع بنفسه إن صدقه العبد؛ إذ هو الظاهر^(٣)، وأما في قدر الجعل فكالأجرة.

٣٥٠- فصل: في ضبط أهل الضمان على الجملة

٣٥١١- **مَسْأَلَةٌ:** لا يضمن المشترك الغالب ولا المستعير والمستام ولا المستأجر إن لم يضمّنوا. ويضمن المشترك غير الغالب والمتعاطي والبائع قبل التسليم والمرتهن والغاصب وإن لم يضمّنوا. وعكسهم الخاص، ومستأجر الآلة ضمن أثر الاستعمال والمضارب والوديع والوصي والوكيل^(٤) والملتقط.

٣٥١٢- **مَسْأَلَةٌ:** وإذا أبرئ البصير من الخطأ والغاصب والمشارك مطلقاً برئوا لا المتعاطي والبائع قبل التسليم والمتبري من العيوب جملة، والمرتهن صحيحاً وقد فصلت في مواضعها.

(١) وهو العمل.

(٢) كأن يقول: من ردها فله خمسون، ثم قال: من ردها فله مائة، وما أشبه ذلك في الصورتين معاً. (شرح بحر).

(٣) يعني: أن رجوع العبد بنفسه هو الظاهر فأما تقييد ذلك بتصديق العبد لسيدته فلم يذكره الإمام يحيى في هذا الموضوع فينظر فيه. (شرح بحر).

(٤) إذا لم يكونا بأجرة.

كتاب المزارعة

٣٥١- فصل: [في المزارعة الصحيحة]

صحيحها: أن يكرى بعض الأرض ويستأجر المكثري بذلك الكراء أو غيره على عمل الباقي مرتباً هكذا، وإلا لم يمكن المستأجر تسليم المعمول فيه عقيب العقد؛ لشياعه، فيكون عقداً على ما لا يستطيعه الأجير فتنفسد إلا مع الترتيب؛ فيمكنه التسليم عقيب العقد حينئذ؛ إذ تصير إليه جميعاً^(١).

قلت: والتحقيق: أن تأجير المشاع يصح ويقتسمان كالمالكين وكبيعه، ولا يصح الاستئجار على العمل فيه؛ إذ شرط الأجير تسليم العمل عقيب العقد وهو متعذر مع الشياخ^(٢)، فكأنه استؤجر على ما لا يستطيع في الحال.

٣٥١٣- **مَسْأَلَةٌ:** [الإمام يحيى]: فإن أعاره نصفاً مشاعاً ثم استأجره على عمل الباقي أو عمله تبرعاً أو استأجر بعض الأرض بعمل باقياها أو أجر نصفها بنصف العمل في جملتها -صحت أيضاً؛ إذ لا مفسد حينئذ والبذر في جميعها منها، فإن أراد كونه من أحدهما والزرع بينهما صح بأن يجعل المكري أو المكثري نصف البذر المعين من جملة الأجرة.

٣٥١٤- **مَسْأَلَةٌ:** والمزارعة بنصيب من غلة أرض أخرى فاسدة إجماعاً؛ لجهالة الأجرة؛ إذ لا يقطع بحصول الغلة وكبيع المعدوم.

٣٥١٥- **مَسْأَلَةٌ:** [ابن عباس وابن عمر وأبو هريرة والقاسمية والفريقان ومالك]: وكذا من غلة الأرض المزراع فيها؛ لما مر^(٣). [علي وابن مسعود وعمار ومعاذ وسعد بن أبي وقاص ثم

(١) وقال أبو جعفر: لا يجب الترتيب بل بأيهما بدأ صح. (شرح أزهار). ورجحه الفقيه حسن والدواري قالوا: وإنما ذلك إرشاد للزرع خوفاً من امتناع المالك من تأجيره منه باقي أرضه. (غاية). وقواه المفتي.

(٢) لأنه لا يمكن عمل ما استؤجر عليه إلا مع عمل الباقي وهو لا يجب عليه فكأنه استؤجر على ما لا يستطيع عمله في الحال. (شرح بحر).

(٣) في إجارة الأرض من النهي عن المخابرة.

زيد بن علي والباقر والصادق والناصر والمؤيد بالله والداعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن: بل تصح؛ لفعله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في أرض خيبر.
قلنا: سيأتي الجواب.

٣٥١٦- **سَأَلَتْ:** وللمسلم مزارعة الذمي كفعله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في خيبر^(١).

٣٥١٧- **سَأَلَتْ:** [الهادي وأبو طالب وأبو العباس والإمام يحيى]: ولا يجوز بيع الأراضي المُغلة منهم؛ لتأديته إلى إسقاط العشر وهو حق للمسلمين. إزيد بن علي والناصر والداعي [عبدالله بن الحسن]^(٢) والفريقان]: يجوز كالمثقولات والعبد المسلم مخصوص بالدليل.

قلنا: ليس في المنقول إبطال حق، فافترقا.

فَرَعُ: [الإمام يحيى]: فإن اشتروا أمروا بالبيع، فإن تمردوا فالإمام ويرد لهم الثمن إلا حيث عليهم جزية امتنعوا عليها فله تضمينهم.

٣٥١٨- **سَأَلَتْ:** [الهادي وأبو طالب]: ويجوز المزارع صحيحة على الوفاء بالعمل^(٣)، فإن تمرد لم يستحق شيئاً ما لم يأت بالمقصود أو بعضه^(٤) لا المقدمات إلا ندباً؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْسُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٧]، وللأجير الفسخ للعذر لما مر^(٥).

٣٥١٩- **سَأَلَتْ:** [الهادي]^(٦): والزرع في الفاسدة لرب البذر؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الزرع لمن زرعه))^(٧)، وعليه أجره الأرض حيث هي لغيره؛ إذ استهلك منافعتها

(١) (قوله): «كفعله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في خيبر»: تقدم وسيأتي.

(٢) العنبري. (هامش مخطوط).

(٣) لما استؤجر عليه إن أمكن إجباره. (بيان).، وميز له جانب من الأرض ليتمكن العمل وهو المقرر.

(٤) فيستحق بقسطه. ذكره القاضي زيد، وأما أجره ما اكتراه من الأرض فيلزمه إذا تمكن من زراعته. (شرح بحر).

(٥) يعني: في نظائر ذلك ويحتمل لما مر من جواز فسخ الإجارة للعذر. (شرح بحر).

(٦) في نسخة: المذهب.

(٧) (قوله): «الزرع لمن زرعه وعليه أجره الأرض»: لم يذكر هذا في الجامع، وإنما ذكر في بعض روايات حديث

رافع بن خديج أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أتى بني حارثة فرأى زرعاً في أرض ظهير فقال: ما أحسن زرع ظهير

بعوض أو أجرة العمل حيث هي ملك له؛ لذلك.

٣٥٢٠- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله والإمام يحيى]: ولكل زرع أرض اليتيم والموقوفة تحريماً للمصلحة لا لمصلحة نفسه؛ إذ ليس بغاصب؛ لقوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا﴾ [المائدة: ٢٠]. [الكني وغيره]: بل غاصب؛ لعدم الولاية، وهي معتبرة.

قلت: وهو الأقرب للمذهب، وحيث لا إمام يجوز للصلاحيّة، كما سيأتي. ٣٥٢١- **سَأَلَتْ:** [الهادي والفريقان]: وللمتولي أن يزرع لنفسه بنية الكراء ولا عقد، ويصرفه فيمن إليه غلة الأرض؛ للولاية. [المؤيد بالله في الإفادة]: بل لا بد من عقد من الإمام أو غيره، كالبيع.

قلت: وهو القياس؛ إذ المنافع كالأعيان.

فَرَعُ: [الإمام يحيى حكاية عن الهادي وأكثر الأئمة]: ولمن صلح لشيء ولا إمام أن يفعله؛ لقوله جل ثناؤه ﴿وَتَعَاوَنُوا﴾ ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِنَ الصَّالِحَاتِ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَا كُفْرَانَ لِسَعْيِهِ﴾ [الأنبياء: ٩٤]، ولثلاث تضيع الحقوق والمصالح. قلت: وخلاف [المؤيد بالله والمعتزلة] سيأتي (١).

٣٥٢٢- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن الهادي وأحد قولي المؤيد بالله]: ومن فعل [عمل] مصلحة بلا ولاية وهي ممكنة عالماً بأنها معتبرة جاز ذلك ولا تأثير لعلمه؛ لقصدته القربة. [الكني وغيره]: بل يحرم حيث مذهبه أن الولاية معتبرة. قلت: وهو المذهب.

ولا تبعد دعوى الإجماع فيه.

قيل: ليس لظهير، قال: أليس أرض ظهير؟ قالوا: بلى ولكنه زرع فلان، قال: ((فخذوا زرعكم وردوا عليه النفقة)) قال رافع: فأخذنا زرعنا ورددنا عليه النفقة. [ابن أبي شيبة (٢٢٤٤٥) وأبو داود (٣٤٠١) والنسائي (٣٩٠٥)]. وفي رواية أخرى عن رافع: أنه زرع أرضاً فمر به النبي ﷺ وهو يسقيها فسأله لمن الزرع ولمن الأرض؟ فقال: زرعي بيدري وعملي لي الشطر، ولبني فلان الشطر، فقال: ((أربيتها فرد الأرض على أهلها وخذ نفقتك)). [أبو داود (٣٤٠٤) والبيهقي (١٢٠٦١)]. (١) في الوقف من أن الولاية لا تثبت لأحد من دون نصب.

[الإمام يحيى]: فإن فعله جاهلاً جاز وفاقاً بينهم، إذ الجاهل كالمجتهد في العبادات وكذا في المعاملات، ومن ثم لم يكفر المجبر ونحوه^(١)؛ إذ للجهل تأثير في إسقاط الكفر، وكذا الداخل في مسألة العينة^(٢) ونحوها^(٣) جهلاً.

قلت: وفيه نظر؛ إذ لا تأثير للجهل في إسقاط الضمان، فيضمن الأرض^(٤) حيثئذ.

(١) من أثبت الرؤية لله تعالى من غير تكليف لجهلهم بحالها.

(٢) في بيع النسا ومسألة الجريرة في الصرف ونحوها فإن الداخل في ذلك مع الجهل لمذهبه كالمجتهد أيضاً. (شرح بحر).

(٣) كالجريرة في الصرف.

(٤) أي: رقيبتها ومنفعتها كالغصب وكذا يضمن غير الأرض مما فعله من ذلك. (شرح بحر).

[٨١]- باب المغارسة

٣٥٢٣- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: وصور صحيحها كصور المزارعة، كما مر، والخلاف في المغارسة بنصيب من الثمر المستقبل كالخلاف في الغلة^(١) كما مر.

٣٥٢٤- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ولا تصح المغارسة إلا فيما له أصل ثابت من الشجر كالنخيل والكرم لا غيرها، كالزرع والبقل والكراث والقثاء والبطيخ وقصب السكر والبادنجان والريحان والمرزنجوش ولا فيما المقصود منه ورقه كالتوت الأحمر لا الأبيض؛ إذ القصد ثمره؛ إذ الأصل في المغارسة تقريره^(٢) صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عمل أهل الحجاز في النخيل، فقيس عليها كل ذي أصل يقصد به الثمر.

وفيا لا ثمر له كالسيال والطَّيْب والذَّرْح وجهان: [الإمام يحيى]: أصحهما لا تصح؛ إذ أخذت من فعله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ولم يفعل إلا في المثمرة. وقيل: تصح؛ إذ القصد المنفعة بفروعها كثمرها.

٣٥٢- فصل: [شروط المغارسة]

وشروطها: أن يعين الودِّي وهي [وهو] الغروس بالمشاهدة أو الوصف المميز للطول والجنس وتعيين المدة؛ إذ هي إجارة، وأقلها سنة؛ إذ لا فائدة فيما دونها^(٣).

فَرَعٌ: وأكثرها قيل: ثلاثون سنة، وتحرم الزيادة؛ إذ هي نصف العمر؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ((أعمار أمتي..)) الخبر^(٤). وقيل: تؤجر كل عين بقدر بقائها فالعبد إلى ستين سنة، والدابة إلى عشرين، والدار إلى مائة، والأرض إلى مائة وخمسين، كتأجيل

(١) فالمنذهب لا يصح.

(٢) (قوله): «تقريره صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عمل أهل الحجاز في النخيل»: هذا غريب.

(٣) ويشترط أيضاً في الغرس أن تكون مملوكة لصاحب الأرض إما مقطوعة أو بأمره بقطعها من ملك له معين أو يأمره بشرائها أو اتهاجها قبل العقد. (شرح بحر).

(٤) (قوله): «أعمار أمتي.. الخبر»: عن أبي هريرة قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((عمر أمتي ما بين ستين سنة إلى سبعين سنة)) زاد في رواية: ((وأقلهم من يجوز ذلك)) أخرجه الترمذي (٣٥٥٠). [المرشد بالله في الأمالي بسنده والحاكم (٣٥٩٨) والبيهقي (٦٣١٤)]. وفي رواية البخاري (٦٤١٩): ((أعذر الله إلى امرئ أخر أجله حتى بلغ ستين سنة)). وفي رواية ذكرها رزين: ((معتك المنايا ما بين الستين إلى السبعين، ومن أنسا الله في أجله إلى أربعين سنة فقد أعذر إليه)). [الموقف بالله في الاعتبار وأبو يعلى (٤٢٢/١)].

الثلثن المدة الطويلة. وقيل: بقدر عمر الأشجار المغروسة؛ إذ تختلف: فالنخيل أكثر من غيره. [الإمام يحيى]: وهو الأقوى.

ويشترط تعيين العمل من الحفر والحرث والسقي والتنقية^(١).

[الإمام يحيى]: ولما كان العمل فيها هو العمدة اشترط أن تسلم الحديقة إلى العامل من غير مشاركة؛ ليمكنه العمل ليلاً ونهاراً، وللمالك الدخول للطيافة فقط ويشترط أن ينفرد الأجير بالعمل، فلا يشترط معه عمل غيره، ولا يشترط عليه عمل في غير الغروس كخدمة دابة؛ إذ يبطل موجب العقد، ولو اشترط عليه أن يستأجر من يعمل معه فسد؛ إذ يبطل استبداده.

قلت: وظاهر المذهب لا يعتبر ذلك.

٣٥٢٥- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة وأصحابه وقول للشافعي]: ويشترط في الأجرة أن تصح ثمناً ولو من الأرض أو الشجر أو الثمر الصالح لمعلومات، فلا يصح جعلها بعض الثمر المستقبل إلا عند من جوز المخابرة، ويشترط تعيين الأرض بالمشاهدة^(٢). وقيل: تصح غائبة ويخير إذا رأى.

٣٥٢٦- **سَأَلَتْ:** وصيغتها: غارستك أو عاملتك [أو عامرتك] أو اغرس هذه على كذا مع القبول أو ما في حكمه^(٣)، وكذا الإجارة.

٣٥٣- فصل: في أحكام المغارسة الصحيحة وما يتعلق بذلك

وعلى الغارس التعهد بما يصلح حسب المعتاد وإصلاح البئر والنهر وتنظيف الجرين لا التحويط وشراء البقر ونحو ذلك فعلى المالك، وللمالك الفسخ بهرب العامل؛ إذ هو عذر وعليه قسط ما مضى، وللحاكم أن يُنَوَّب^(٤) عنه فإن لم يكن

(١) للأرض وإصلاحها. (شرح بحر).

(٢) إذا كانت الأرض تختلف في السهولة والصعوبة وإلا فالوصف كاف، وقد تقدم ذلك عن الإمام يحيى.

(٣) تقدم السؤال.

(٤) أي: له أن يستأجر من يتم العمل عن الأجير؛ فإن لم يكن هناك حاكم فللمالك ذلك إن لم يفسخ الإجارة، وله أن يعمل بنفسه ويرجع عليه في الحالين بما خسره في ذلك لأجل الضرورة لعدم الحاكم.

(شرح بحر).

فللمالك إن لم يفسخ، وأن يعمل ويرجع للضرورة، وقيل: لا؛ إذ عمل لنفسه، وقيل: يرجع إن أشهد بالرجوع. [الإمام يحيى]: وهو الأصح.

٣٥٢٧- **سَأَلَتْ:** ولا مغارسة على شجر مثمر؛ إذ قد وجد، والمراد بالمغارسة صلاح ما سيوجد. [الإمام يحيى]: إلا أن يريد الصلاح في المستقبل^(١)، وتنفسخ بموت الأجير؛ لتعيينه، كلو استأجر دابة معينة فتلفت؛ إذ هو كتلف المبيع.

٣٥٢٨- **سَأَلَتْ:** وإذا استحقت الأرض رجوع العامل على مستأجره بالأجرة؛ لأجل الغرر، والقول للأجير في إنكار الجناية.

٣٥٢٩- **سَأَلَتْ:** [المذهب]: وما وضع بتعد من غرس أو غيره فأجرته وإعناته على الواضع لا المالك لرقبته أو منفعته. [المؤيد بالله]: بل على المالك لأيهما إلا المشتري قبل القبض.

قلت: الجناية حصلت بالوضع لا الملك فتعلق الحكم بها.

[المؤيد بالله والإمام يحيى]: كمن وضع أحمالاً في أرض الغير غضباً ثم باعها فالأجرة بعد البيع على المشتري.

قلت: لا نسلم الأصل.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى]: ولرب الأرض رفع ما وضع فيها ولو بإفساده لكن بإذن الحاكم؛ إذ سماع بيعة الغصب إليه، فإن لم يكن فللمالك دفع الضرر عن نفسه.

قلت: لكن لا يفسده إن تمكن بدونه.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى]: فإن رضي رب الأرض بالوضع انتقل الحكم؛ لعدم التعدي.

قلت: ويصير الواضع كالمالك.

٣٥٣٠- **سَأَلَتْ:** ولا تنفسخ الصحيحة بموت رب الأرض كالتأجير^(٢)، وفي الفاسدة للورثة طلب الرفع؛ لعدم لزومه، فيخير رب الغرس بين رفع غرسه أو

(١) أي: إلا أن يقصد بالمغارسة إصلاح الثمار في المستقبل جاز ذلك. (شرح بحر).

(٢) فإنه لا يفسخ بموت صاحب الأرض. (شرح بحر).

طلب قيمته؛ إذ لم يتعد بالوضع ولا انتهاء له، بخلاف الزرع فيترك في الفاسدة حتى يحصد؛ إذ له حد. وكذا الحكم في الإجارة الفاسدة في الغرس والزرع والبناء.

٣٥٣١- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن المذهب وأبو حنيفة وأصحابه]: وإذا غبن المؤجر [غبناً] فاحشاً في صحته ثم مات في المدة فللورثة فسخ ما بقي؛ لانتقال المنافع إليهم؛ إذ تستحق يوماً فيوماً. [الشافعي]: لا؛ إذ ملكها المستأجر بالعقد.

قلت: وهو الأقرب للمذهب؛ إذ تعليلهم بالغبن يقتضي الفسخ في الحياة وبالموت فسخها وإن لم يغبن.

٣٥٣٢- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: وإذا اختلفا في قدر أجرة المغارسة ولا بينة تحالفا.

قلت: هو كالمبيع، وقد مر^(١).

٣٥٣٣- **سَأَلَتْ:** [العترة وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي]: ولا يصح عقد إجارة على غرس أو بناء مع شرط الآلات من الأجير كالغروس والأحجار في البناء، ونحو ذلك^(٢)؛ لاستلزامه الجهالة وببيع المعدوم، وقد نهي عن بيع الغرر. [مالك]: يصح.

قلنا: لا؛ لما مر^(٣)، إلا ما خصه الإجماع كخيطة الخياط وصبغ الصباغ ومداد الناسخ.

(١) يعني: فالقول للمالك مع يمينه كالبائع حيث اختلف هو والمشتري في قدر المبيع وقد مر في الثانية من اختلاف المتبايعين. (مرغم).

(٢) من سائر الآلات في سائر المعاملات إلا ما خصه الإجماع من ذلك كخيطة الخياط وصبغ الصباغ ومداد الناسخ وقرض الدباغ.

(٣) لاستلزامه الجهالة.

[٨٢]- باب المساقاة

٣٥٤- فصل: [في المساقاة الصحيحة]

صحيحها أن يستأجر لإصلاح غروس يملكها بأجرة ولو من الأرض أو الشجر أو الثمر الصالح بعمل معلومات كالمغارسة.

٣٥٣٤- **سَأَلْنَا:** [القاسمية والإمام يحيى وأبو حنيفة]: ولا تصح على نصيب من الثمر المستقبل؛ لما مر (١). [علي وأبو بكر وعمر ثم سعيد بن المسيب وسفيان الثوري والأوزاعي وسالم بن عبدالله ثم زيد بن علي والباقر والصادق والمؤيد بالله والشافعي ومالك وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه وداود وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: بل يصح. [أبو يوسف ومحمد بن الحسن]: مطلقاً. [الشافعي]: بل في النخل والكرم فقط؛ لفعله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في خيبر حيث أمر عبدالله بن رواحة.. الخبر (٢).

قلنا: خلاف قياس الإجازات فحمل على أنه جعل نصف الغلة لهم طعمة لإجارة أو منسوخ بحديث رافع بن خديج (٣): «نهى عن المخابرة»، ودليل تأخره قول بعض الصحابة (٤): «كنا نخابر حتى روى لنا رافع فانتهينا، وقول

(١) في إجارة الأراضي من الآثار الدالة على المنع في هذه الصورة ونحوها. (مرغم).

(٢) (قوله): «لفعله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في خيبر.. إلخ»: عن ابن عباس قال: «لما افتتح رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خيبر اشترط عليهم حين حاصرهم أن له الأرض وكل صفراء وبياض، قال أهل خيبر: نحن أعلم بالأرض منكم، فأعطناها على أن لكم نصف الثمرة ولنا نصفها. فزعم أنه أعطاهم على ذلك، فلما كان حين يصرم النخل بعث إليهم عبدالله بن رواحة فحزر عليهم النخل وهو الذي يسميه أهل المدينة الخرص، فقال: في هذا كذا وكذا، فقالوا: أكثرت علينا يا ابن رواحة قال: فأننا إلى جذاذ النخل وأعطيكم نصف الذي قلت، قالوا: هذا هو الحق الذي تقوم به السماء والأرض وقد رضينا أن نأخذها بالذي قلت» أخرجه أبو داود (٣٤١٠). [ابن ماجه (١٨٢٠)]. وفي حديث أخرجه الستة إلا الموطأ من رواية ابن عمر: أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أعطى خيبر بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع. وفي رواية أخرى: أنه دفع إلى يهود خيبر نخيل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شطر ثمرها. وفي ذلك روايات أخر. [البخاري (٣٢٨) ومسلم (١٥٥١) والترمذي (١٣٨٣) وأبو داود (٣٤٠٨)].

(٣) (قوله): «لحديث رافع.. إلخ»: حديث رافع بن خديج هو حديث أخرجه الستة بروايات كثيرة جداً يتضمن ذكر نهى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن إكراء الأرض بالثلث والربع والطعام المسمى وقد تقدمت إحدى رواياته، وليس في شيء منها ما لفظه: «نهى عن المخابرة» وإنما ذلك في حديث ابن عمر، وسيأتي قريباً.

(٤) (قوله): «قول بعض الصحابة: كنا نخابر.. إلخ»: لفظه عن ابن عمر قال: كنا نخابر ولا نرى بذلك بأساً

جابر (١): «من لم يذر المخابرة فليأذن بحرب من الله ورسوله» أو أبقى أهل خيبر عبيداً ففرض النصف لهم نفقة أو مَنْ عليهم بأنفسهم والأرض، وفرض عليهم نصف الغلة جزية، وهي تقبل الجهالة.

٣٥٣٥- **سَأَلَتْ:** وعلى الأجير إصلاح مجاري النهر أو السيل، ولفظها: ساقيتك على هذا النخيل مدة كذا أو ما في معنى ذلك كتعهد لي هذه الأشجار بالسقي والإصلاح مدة كذا، ونفقة الغلمان (٢) على من شرطت فإن أطلقا فوجهان: على العامل؛ إذ عمله مستحق عليه. وقيل: على المالك؛ إذ هم عبيده. قلت: وهو المذهب.

ومتى فسدت وجب أجره المثل (٣) كغيرها.

٣٥٥- فصل: في التداعي في المزارعة والمغارسة والمساقاة

[الهادي]: والقول لرب الأرض في القدر المؤجر ونفي الإذن؛ إذ الأصل عدمها، فإن بين العامل بالإذن فله الأجرة وقيمة الغروس إن كانت منه؛ إذ ليس بمتبرع وإلا لزمه القلع وإصلاح ما فسد به من الأرض وأجرة لبثها كالغاصب.

٣٥٣٦- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: والقول في البذر لذي اليد على الأرض؛ إذ الظاهر (٤) معه. [الإمام يحيى]: ويحتمل أنه لرب الأرض كتداعي ثوب في جراب.

حتى زعم رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهي عن المخابرة. هذه إحدى روايات الحديث المذكور أخرجه البخاري (٢٣٤١) وغيره. [الأمير الحسين في الشفاء ومسلم (١٥٣٦) وأبو داود (٣٣٩٥) والنسائي (٣٨٧٦) وابن ماجه (٢٤٦٥)].

(١) قوله: «وقول جابر.. الخ»: عن جابر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: ((من لم يذر المخابرة فليأذن بحرب من الله ورسوله)) أخرجه أبو داود (٣٤٠٦)، وله شواهد. [أخرج نحوه علي بن بلال في شرح الأحكام بسنده وأحمد بن عيسى في الأمالي والمؤيد بالله في شرح التجريد وابن حبان (٥٢٠٠) والحاكم (٣١٢٩) والبيهقي (١١٤٧٧)].

(٢) أي: لو استعان العامل بغلمان المالك.

(٣) فيما عمله الأجير كما يجب ذلك في غير المساقاة من سائر الإجازات الفاسدة. (شرح).

(٤) ما لم يكن ثم شاهد حال ككبر الزرع ولم يمر من وقت الإجارة إلا يسير، فإن كانت اليد لها معاً فالظاهر أنه لها معاً ومن ادعى خلاف ذلك فعليه البينة. (شرح بحر).

قلت: [وللمؤيد بالله] أن يجعل القول في الثوب لمن الجراب في يده.
٣٥٣٧- **سَأَلَتْ**: [الإمام يحيى]: وفي تداعي قدر الأجرة وجهان: يتحالفان حيث لا
بينة كقدر الثمن، وقيل: يبين مدعي الزيادة؛ إذ الأصل البراءة.
قلت: وهو الأصح، كما مر.

كتاب الإحياء والتحجر

الأصل فيه قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من أحيأ أرضاً ميتة فهي له))^(١)، ((موتان الأرض..)) الخبر ونحوه^(٢)، بفتح الميم والواو.

٣٥٦- فصل: [في الإحياء]

[الهادي]^(٣): لا يجوز إحياء ما ملكه مسلم أو تحجره؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا يحل مال امرئ مسلم))، ((من غصب شبراً)) الخبرين^(٤)، وما كان محفوفاً بملك الغير فلا حريم له.

ولكل أن يفعل في ملكه ما شاء وإن ضر الجار إجماعاً. وإن حف بموات استحق منه ما لا يصلح ملكه إلا به من مسيل وطريق من غير إذن الإمام فإن كانت

(١) (قوله): «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له»: هذا الحديث أخرجه أبو داود (٣٠٧٣) والترمذي (١٣٧٩) من رواية سعيد بن زيد، وأخرجه الموطأ (١٤٥٦) من رواية جابر، وأخرجه جميعاً مسلماً من رواية عروة وزاد: ((وليس لعرق ظالم حق)). [الهادي في الأحكام أول الحديث وأخرجه مع الزيادة المؤيد بالله في شرح التجريد والعلوي في الجامع الكافي والأمير في الشفاء]. وعن عائشة أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((من عمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق بها)) أخرجه البخاري (٢٣٣٥). [مسلم (١٦٣٣) والبيهقي (١١٥١)]. وعن سمرة بن جندب أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((من أحاط حائطاً في موات فهو له)) أخرجه أبو داود (٣٠٧٧). [المؤيد بالله في شرح التجريد والمتوكل على الله في أصول الأحكام].

(٢) (قوله): «موتان الأرض.. الخبر» ونحوه: تمامه: ((الله ورسوله، ثم هي لكم من بعد)) وفي رواية: ((عادي الأرض..)) إلخ. [المؤيد بالله في شرح التجريد أخرج الأولى والمتوكل على الله في أصول الأحكام]. الموتان: يروى بفتح الميم والواو، ويروى بسكون الواو، والمراد به: الأرض الموات التي لم يملكها أحد، وكذلك عادي الأرض، وهذا من الأحاديث المشهورة ولم يذكره في الجامع، والله أعلم. [البيهقي عن ابن عباس (١١٥٦٦)]. وفي التلخيص ما لفظه: حديث: ((عادي الأرض لله ورسوله ثم هي لكم مني)) وروي: ((موتان الأرض لله ورسوله ثم هي لكم مني أيها المسلمون)): الشافعي عن سفيان عن ابن طاووس مرسلًا باللفظ الأول، وزاد: ((من أحيأ شيئاً من موتان الأرض فله رقبته))، والبيهقي (١١٥٦٤) من طريق قبيصة عن سفيان باللفظ الثاني لكن قال: ((فله رقبته)) ثم قال فيه: تنبيه: في آخره: «أيها المسلمون» مدرج ليس هو في شيء من طرقه، وقوله: «عادي الأرض» بتشديد الياء المثناة يعني القديم الذي من عهد عاد، وهلم جرا. وموتان بفتح الميم والواو. قاله ابن بري وغيره. [ابن بري هو: عبدالله بن بري بن عبدالجبار المقدسي المصري من علماء العربية ولد ونشأ وتوفي بمصر سنة ٥٨٢هـ. انظر الأعلام].

(٣) زيادة في نسخة.

(٤) (قوله): «لا يحل مال امرئ مسلم»: تكرر ذكره.

(قوله): «من غصب شبراً»: تمامه: ((من الأرض طوقه الله من سبع أرضين)) وسيأتي في الغصب إن شاء الله تعالى. [أبو طالب في الأمالي بسنده عن سعيد بن زيد ومسلم (١٦١٠) والحاكم (٧٨٠٧)].

بئراً فله حريمها من الموات والطريق إليها وما يحتاج إليه من استعمالها من عطن المواشي حتى تشرب قليلاً قليلاً ونحو ذلك.

٣٥٣٨- **سَأَلَتْ:** [الأحكام والناصر والمؤيد بالله والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: وللمسلم أن يستقل بإحياء موات لم يتقدم عليها ملك ولا تحجر ممن له ذلك؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ((من أحيأ أرضاً ميتة فهي له ولعقبه))^(١) ونحوه^(٢). [المنتخب وأبو طالب وأبو حنيفة ومالك]: لا، إلا بإذن الإمام؛ لقوله: ((مَوَاتَانِ الْأَرْضِ..)) الخبر ونحوه^(٣). قلنا: أراد التي ماتت^(٤) جمعاً بين الأدلة.

[أبو حنيفة]: لا يستقل بإحياء موات إلا حيث لا ينتهي إليه الصوت من الأرض العامة.

قلنا: لا وجه للفرق.

٣٥٣٩- **سَأَلَتْ:** فأما التي تقدم عليها ملك لغير معين ثم ماتت ففتفتقر إلى إذن الإمام إجماعاً، فإن لم يكن فالصلاحية أو النصب على الخلاف.

فَرَعٌ: والإمام في هذه مخير بين صرف رقبته في المصالح أو ثمنها أو استغلالها.

٣٥٤٠- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]^(٥): ويحرم زرع قبر المسلم؛ للنهي عن استعمال القبر والاتكاء إليه وقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ((كسر عظم الميت مثل كسر عظم الحي))^(٦) يعني: في التحريم لا الأرش والقصاص إجماعاً.

(١) (قوله): «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له ولعقبه»: تقدم، لكن ليس فيه: «ولعقبه» وإنما ورد هذا اللفظ في العمري كما سيأتي ونحوه ما تقدم قريباً.

(٢) ما تقدم قريباً.

(٣) (قوله): «مواتان الأرض.. إلخ»: تقدم. وفي رواية لأبي داود (٣٠٧٦) عن عروة قال: أشهد أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى أن الأرض أرض الله والعباد عباد الله فمن أحيأ مواتاً فهو أحق به، جاءنا بهذا عن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الذين جاءوا بالصلاة عنه. [البيهقي (١٢١١٦)].

(٤) بعد الإحياء.

(٥) ساقط من نسخة.

(٦) (قوله): «كسر عظم الميت.. إلخ»: عن عائشة أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((كسر عظم الميت ككسره حياً)) أخرجه مسلم وغيره [أبو داود (٣٢٠٧) وابن ماجه (١٦١٦) والبيهقي (٦٨٧٠) وقدر روي عن أم سلمة].

فَرَعٌ: ومن فعل لزمته الجرة لمالك المملوكة وهي المعارة للقبر والمغصوبة لكن المالك هو الغاصب إن جعلناه استهلاكاً فالأجرة له ومصالح المسبلة فإن استغنت فلمصالح دين الأحياء.

٣٥٤١- **سَأَلَتْ:** ومقبرة الذمي كالمسلم؛ إذ احترامهم أحياء اقتضى احترامهم موتى. [الإمام يحيى]: وامتناعهم في زمننا عن التزام أحكام الذمة من الجزية والصغار لا يقتضي انتقاض عهدهم؛ إذ لم يمتنعوا لشوكة لهم بل بجوار من الرؤساء الفسقة.

٣٥٤٢- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله والإمام يحيى حكاية عن المذهب]: ولا حرمة لقبر حربي كأحيائهم. [أحمد بن يحيى]: لم يفصل النهي عن المقابر.

قلنا: لما عمر صلوات الله عليه مسجده ^(١) أمر بنقل قبورهم والرجم بعظامهم، فخصص، وللقياس على الحي.

٣٥٤٣- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب]: ويجوز إحياء بطون الأودية. [الإمام يحيى]: كسردد ^(٢) وسهام ونحوهما؛ لعموم: ((من أحيأ أرضاً ميتة)). [المؤيد بالله والإمام يحيى وأبو حنيفة]: لا؛ لجرهيا مجرى الأملاك لتعلق سقي المسلمين بها؛ إذ هي مجرى السيول.

قلت: وهو قوي.

فَرَعٌ: فإن تحول عنها جري الماء جاز إحيائها بإذن الإمام ^(٣)؛ لانقطاع الحق وعدم تعيين أهله، وليس للإمام الإذن إلا بعد ذلك إلا لمصلحة عامة لا ضرر فيها.

٣٥٤٤- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله وأبو طالب]: ويحرم إحياء محتطب القرية ومرعاها؛ لتعلق حقهم به. [المؤيد بالله]: ومن فعل ملك وإن أثم. وحمل على أنها متسعة بحيث لا ضرر.

(١) قوله: «عمر مسجده.. إلخ»: تقدم في كتاب الصلاة.

(٢) سردد كتقنذ: واد عند الحجرية، وسهام: واد عند الحيمة.

(٣) وله أن يأذن بذلك لمن شاء من غني وفقير وإن لم يكن قد تحول لم يجز إحياءه إلا بشرط ثلاثة: إذن الإمام، وأن لا يكون منه مضرة على المسلمين، وأن يكون لمصلحة عامة كمسجد أو حاكم أو مدرس أو نحو ذلك. قال في الغيث: لكن إذا جعل مسجداً ففي دخوله في ملك محبيه قبل خروجه بالتسبيل تردد. نعم، وهكذا الحكم بالشوارع ونحوها من الحقوق العامة. (شرح بحر).

٣٥٤٥- **مَسْأَلَةٌ:** ومن أحياء ثم عطل حتى صارت مواتاً لم يبطل ملكه بإحياء غيره؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ليس لعرق ظالم حق)).

٣٥٤٦- **مَسْأَلَةٌ:** [أبو طالب وأبو العباس والإمام يحيى حكاية عن المذهب والفريقان]: ولا يصح التوكيل في الإحياء ونحوه من الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد؛ إذ لا توكيل إلا فيما يملك الأصل التصرف فيه دون غيره. [المؤيد بالله ومالك]: بل يصح؛ إذ يتصرف عن الأمر فيما له التصرف فيه فكان كالتوكيل في الملك. قلنا: لا تأثير للأمر إلا حيث يختص به الأمر.

فَرْعٌ: [المذهب]: فيملكه المأمور ولا أجره له فإن نواه للأمر لم يصح له. [المؤيد بالله]: بل يصح له إلا أن ينويه لنفسه صح له باطناً لا ظاهراً إلا أن يفسخ الوكالة قبل العمل أو تكون فاسدة؛ إذ العمل فيها لا ينصرف إلى العقد.

٣٥٧- فصل: في كيفية الإحياء

٣٥٤٧- **مَسْأَلَةٌ:** يجب الرجوع فيه إلى عرف الجهة؛ إذ العرف قد يبين مطلقات الشرع كقبض ^(١) المبيع وحرز السرقة ^(٢).

٣٥٤٨- **مَسْأَلَةٌ:** [المذهب]: فمن بيض أرضاً ونقاها وأصلح سواقيها ملكها؛ إذ قد أحيائها سواء أراد بها الزرع أم الغرس، وفي كون الزرع والغرس شرطاً في الملك وجهان: [الإمام يحيى]: أصحهما لا يشترط إلا ما ذكرنا؛ إذ الإحياء صلاحها للزرع. [المرتضى وأحمد بن يحيى والمؤيد بالله والمزني وزفر]: بل يشترط؛ إذ حياتها الانتفاع.

قلت: بل الصلاحية كافية.

فَرْعٌ: [السيد يحيى بن الحسين]: وإلقاء البذر في الأرض يوجب ملكها، وإن لم يثبت ولا يحرث.

قيل: ومجرد الحرث ليس بإحياء.

(١) بم يثبت كونه قبضاً.

(٢) بم يثبت كونه حرزاً.

قلت: المتبع العرف.

٣٥٤٩- **سَأَلْتُ:** وبناء الحائط إحياء لما احتواه، وفي اشتراط نصب الباب وجهان:

[الإمام يحيى]: أصحابها لا يشترط؛ إذ يزداد للحفظ. وقيل: يشترط.

قلنا: يمكن السكنى من دونه، وضرب الخيام ليس بإحياء؛ لاعتیاد انتقاهم، بخلاف العشش التهامية فكالبناء.

فَرَعٌ: فإن أراد جعل الحائط جرنأً أو للغنم فلا ملك به حتى يرفعه رفعاً يمنع الداخل والخارج إلا بحرج.

قلت: بخلاف الدار فبناء الأساس كاف^(١) بالملك؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من أحاط على أرض فهي له))^(٢)، فهذه الأسباب تقتضي الملك إجماعاً.

٣٥٥٠- **سَأَلْتُ:** [المذهب]: والخندق القعير بحيث لا يطلع من نزله إلا بمطلع- إحياء. [الفقهاء]: لا.

قلنا: كالحائط في منعه الداخل والخارج، ومن ثم يتخذه أهل السهول.

٣٥٥١- **سَأَلْتُ:** [المؤيد بالله والمذهب]: والمسناة إحياء كالحائط. [الإمام يحيى وغيره]:

لا؛ إذ لا يمنع.

قلت: هو كالتنقية عرفاً.

٣٥٥٢- **سَأَلْتُ:** ولا يشترط قصد التملك بالفعل؛ إذ هو سبب ملك، فلا تعتبر

فيه النية كالبيع.

٣٥٥٣- **سَأَلْتُ:** [الإمام يحيى]: ومن حفر بئراً لم يملكها بالحفر ما لم يصل الماء في

الصُّلْبَة وحتى يطويها في الرخوة.

(١) حيث جرى عرف بذلك وإلا فلا بد أن يمنع الداخل والخارج أن لا يخرج كما في الجرين ونحوه وقرر. وفرق في الشرح بينهما بأن الجرين ونحوه المقصود به هو حفظ ما فيه، ولن يكون إلا بذلك بخلاف الأساس.

(٢) (قوله): «من أحاط على أرض فهي له»: تقدم بغير هذا اللفظ. [أخرجه بهذا اللفظ أبو داود (٣٠٧٩) والبيهقي وأحمد في المسند جميعهم بلفظ: ((من أحاط حائطاً.. إلخ))].

قلت: وفيه نظر^(١).

٣٥٥٤- **سَأَلَتْ**: [الإمام يحيى]: ولا يجوز [ويحرم] إحياء المحتطب والمرعى الأقربين، وهما اللذان يقتصر عليهما في الخوف^(٢) لا الأبعد فيجوز^(٣)؛ إذ لا اختصاص، ولا ميدان الخيل واللعب بالكرة ونحوها؛ لتعلق الحق به، ولا مضحى الغنم عند إسراحها ولا مناخ الإبل إن كانت، ولا موضع حضور أهلها واجتماعهم للجلوس فيه للشورى ونحوها، ولا مصرخهم الذي يجتمعون فيه عند لقاء العدو ومصلاهم ونحو ذلك^(٤).

٣٥٥٥- **سَأَلَتْ**: [المؤيد بالله والإمام يحيى]: ويجوز إحياء ما ملكه المشركون ثم أماتوه، ولا يفتقر إلى إذن؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((عاديُّ الأرض لله ولرسوله ثم هي لكم)). قلت: الأولى في الاحتجاج قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من أحيأ أرضاً ميتة فهي له)) إذ لا حكم لإحيائهم؛ إذ دارهم دار إباحة، وكما يملك الركاز من أصابه في بلدهم، وإن كان قد ملكوه من قبل.

[الإمام يحيى]: وما صولخوا على الإقامة فيه لم يجز إحياء مواته^(٥)؛ إذ الإحياء تابع لجواز التملك وليس لنا تملك خططهم التي صولخوا عليها تغنياً.

(١) يعني: بل الصحيح وهو المذهب أن الحفر في المباح يوجب الملك مطلقاً. (مرغم).

(٢) في هذا خلاف قد مر في السابعة من الفصل الأول، والمذهب المنع. (شرح بحر بلفظه). حيث يلحقهم بذلك ضرر وإلا جاز، ذكره القاضي زيد.

(*) يعني: وقت الخوف.

(٣) حيث لا ضرر.

(٤) كموضع إلقاء الزيل.

(٥) المذهب جوازه كما يجوز في دار الإسلام.

[٨٣]- باب [التحجر]

والتحجر المنع. قلت: وهو ضرب الأعلام في الجوانب من أحجار أو تعليق أشجار أو خندق صغير ويملك الحفير أو فرجين.

[المؤيد بالله]: وقطع أغصان الشجر ليس تحجراً لها. [الإمام يحيى]: بل تحجر (١).

٣٥٥٦- **سَأَلَتْ**: ويثبت به الحق لا الملك؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به)) (٢)، ويورث وتصح هبته وإباحته لا بيعه؛ إذ لا يصح بيع ما لم يملك.

٣٥٥٧- **سَأَلَتْ**: [المؤيد بالله وأبو طالب والفرقان]: ومدته ثلاث سنين ثم يخير بين الإحياء أو إبطال حقه؛ لفعل عمر (٣) حين روي له عنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن حق المتحجر لا يبطل إلى ثلاث سنين. ولم ينكر. [الإمام يحيى والاسفراييني]: بل شهر؛ إذ هو أقل ما قيل فكان مجعاً عليه، ولأن في الزيادة إضراراً وفي الثلاث السنين تحصل الثمار فلا يحسن التعطيل مع إمكان التحصيل.

لنا: الخبر.

فَرَعٌ: فإن انتهت مدة التحجر وخير فطلب الإمهال أمهل ثلاثاً كالشفيع وأقل

(١) قال: لأن تهذيب الشجر بقطع الأغصان أبلغ من نصب الأحجار لاتصال ذلك بالشجر. قال الفقيه علي: وإذا جرى العرف بأنه يفيد الملك كان ملكاً. (شرح بحر).

(٢) قوله: «من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به.. إلخ»: لفظه: عن أسمر بن مضر قال: أتيت النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فبايعته فقال: ((من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو له)) قال: فخرج الناس يتعادون يتخاطون. أخرجه أبو داود (٣٠٧١). [البيهقي (١١٥٥٩) والضياء (٢٢٧/٤)].

(٣) قوله: «لفعل عمر.. إلخ»: روي أن رجلاً تحجر محجراً فجاء آخر فأحياه فاخصمها إلى عمر بن الخطاب فأراد أن يحكم به لمن أحياه، حتى روى له رجل عن الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن حق المتحجر لا يبطل إلى ثلاث سنين، فقال عمر: لولا هذا الخبر لقضينا فيه برأينا، فرجع عمر إلى الخبر، ولم يخالفه أحد. هكذا نقل عن الانتصار. [روى المؤيد بالله في شرح التجريد والأمير الحسين في الشفاء وروى البيهقي وسعيد بن منصور عن عمر أنه جعل التحجر ثلاث سنين فإن أحياها غيره بعد الثلاث فهو أحق بها. ولم يذكر اختصاص ولا رواية عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. وذكر في شرح المهذب قصة شبيهة لكنها في إقطاع من النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وليس في تحجر، ورواها الأمير الحسين في الشفاء والله أعلم].

الحيض، وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا خلافة ولا خيار ثلاثاً))^(١) والغائب يرأسل.
٣٥٥٨- سَأَلَتْ: [المؤيد بالله وأبو طالب والشافعي]: ولا يبطل إلا بإبطاله أو بإبطال
 الإمام [أو الحاكم]، إذ هو حق قد ثبت فلا يبطل إلا بمبطل كالإيلاء. [أبو حنيفة]: بل
 يبطل بانقضاء المدة كالخيار [في البيع].

قلنا: الحق مع الخيار غير مستقر، والمتحجر مستقر.
٣٥٥٩- سَأَلَتْ: لا يبطل بإحيائه غصباً؛ لتقدم حق المتحجر كحق الشفيع. وقيل:
 بل يملكه؛ إذ لم يتقدم ملك للغير، وكالصيد من ملك الغير.
 قلنا: الحق مانع، والصيد لا حق فيه قبل احتوائه.
 [الإمام يحيى]: يملك إن جهل التحجر.
 قلنا: لا تأثير للجهل في إبطال الحقوق.

[المؤيد بالله]: تملك الشجرة المتحجرة بقطعها لا الأرض بإحيائها. [الإمام يحيى]:
 والفرق يدق، ولعله التسامح بالثمار بدليل عدم قطع سارقها.
 قلت: ويحتمل أن الفارق الخبر: ((الناس شركاء في ثلاثة))^(٢).

٣٥٦٠- سَأَلَتْ: [أبو طالب]: ومن أكره على قطع شجرة لم يملكها أيها؛ إذ التوكيل
 لا يصح؛ لما مر والإكراه يرفع حكم فعل الفاعل؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((وما استكروها
 عليه)). [أحد قولي المؤيد بالله]^(٣): فيبقى مباحاً لمن سبق إليه. [المؤيد بالله والإمام
 يحيى]^(٤): بل يملكها القاطع؛ لعموم: ((من أحيأ أرضاً)).
 قلت: وهو قوي؛ إذ الإكراه لا يرفع حكم كل فعل كالزنا.

(١) قوله: «لا خلافة.. إلخ»: تقدم.

(٢) قوله: «الناس شركاء في ثلاثة»: تقدم، وكذلك قوله: «وما استكروها عليه».

(٣) ساقط في نسختين.

(٤) هكذا في بعض النسخ، وفي بعضها: أحد قولي المؤيد بالله.

٣٥٦١- **سَأَلَتْ:** وله منع ما تحجر، وما حاز؛ إذ هو أحق به؛ لما مر (١).

قلت: والشجر فيه وفي غيره كلاً ولو مسبلاً؛ لعموم الخبر.

[المؤيد بالله والإمام يحيى والشافعي]: بل في الملك ملك وفي الحق حق، وفي المسبل

يتبعه. [أبو طالب وأبو العباس وأبو حنيفة]: يستلزم إبطال فائدة الخبر.

فَرَعٌ: [لهم]: فيصرف شجر المقابر في إصلاحها ثم في المصالح. [الإمام يحيى]: فأما

مقابر الذميين فللمصالح.

قلت: مصالحهم أولى، لكن دنياهم لا دينهم، فأما من مقبرة الحربي فمباحة

اتفاقاً.

٣٥٦٢- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: ومد الكرم إلى الأشجار ليس بإحياء بل تحجر.

قلت: الأقرب للمذهب إيجابه الملك؛ للعرف.

٣٥٦٣- **سَأَلَتْ:** [المذهب]: ولا يملك الكافر ما أحيى في دار الإسلام؛ إذ قوله

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ثم هي لكم)) خطاب للمسلمين؛ إذ خرج مخرج التمنن، وليس للإمام

الإذن لهم بالإحياء (٢). [أبو حنيفة ومالك]: بل يجوز.

لنا: الخبر فليس له المخالفة.

ويملك الحطب والحشيش بالإحراز إجماعاً.

٣٥٦٤- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ويجوز الجلوس في الشوارع والسكك النافذة ما لم

يضر بالمستطرق، ومن سبق إلى مجلس بطل حقه منه بقيامه إلا حيث جلوسه

لغرض من بيع أو حرفة فيستمر حقه ما لم يسافر أو يمرض أو يختار غيره.

قلت: أو يقطعته عن الحرفة عذر يطول كالسفر (٣).

وله أن يضع الأحمال على بابه والأحجار والخشب ونحوها حيث يريد الرفع في

(١) في الأولى وهو قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به. (شرح).

(٢) وفي شرح الإبانة: إذا أذن به الإمام لضرب من الصلاح جاز ذلك. (شرح بحر).

(٣) أي: قياساً على السفر.

القرب لا مع التراخي إن ضيقت، وإلا جاز.

[الإمام يحيى]: للإجماع على تسويغه وعدم النكير فيه مع عدم الضرر، وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا تمنعوا المعروف فيقل خيركم))^(١).

٣٥٦٥- **سَأَلَتْ**: ومن سبق إلى بقعة في المسجد فهو أحق بها حتى ينصرف إلا مع عزم العود فوراً كمن خرج لرعاف أو تجديد وضوء؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إذا قام أحدكم من مجلسه فهو أحق به إذا رجع إليه))^(٢) فإن اعتاده لتعلم أو نحوه استمر حقه كالحرف في الأسواق.

٣٥٦٦- **سَأَلَتْ**: فأما تَصْيِيَةٌ^(٣) الحاكة في مكان فليس بتحجر ما لم تنصب الأعلام، لكنه أحق به ما لم ينصرف ويقلع أعواده.

٣٥٦٧- **سَأَلَتْ**: [الإمام يحيى]: وفي الخانكات^(٤) إذا غاب السابق إليها وجهان: أصحهما: تفويض النظر إلى المتولي في قدر إمهاله، ولا يخص شخصاً دون شخص، ومن سبق إلى أرض ضيقة فهو أحق بها، ويجوز وضع الحمل فيها مع عزم رفعه فوراً إلا حيث لا ضرر.

(١) (قوله): «لا تمنعوا المعروف فيقل خيركم»: لعله من كلام بعض السلف. [رواه في الأربعين السيلقية عن أبي هريرة مرفوعاً وهو جزء من حديث بلفظ: ((لا تمنعوا الموجود.. إلخ))].

(٢) (قوله): «إذا قام أحدكم.. إلخ»: لفظه: عن أبي هريرة أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((إذا قام أحدكم من مجلسه ثم رجع إليه فهو أحق به)) أخرجه مسلم (٢١٧٩) وأبو داود (٤٨٥٣). [الدارمي (٢٦٥٤) والديلمي (٥٥٢٩)].

(٣) جمع الغزل إلى مكان الحوك.

(٤) هي المواضع التي على الطرقات، ذكره الفقيه يحيى البحيح، وقيل: منازل الدراسة. ذكره النجري والدواري. (غاية).

٣٥٨- فصل: في الإقطاعات والحمى

٣٥٦٨- **مَسْأَلَةٌ:** للإمام إقطاع الموات؛ لإقطاعه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الزبير حُضْر فرسه (١)،
ولفعل أبي بكر وعمر (٢).

فَرْعٌ: ولا يُقَطَّعُ أحداً أكثر مما يستطيع إحياءه؛ لإضراره، والمُقَطَّعُ كالمُتَحَجَّرِ في
الحكم وقد مر إلا أن الإقطاع لا يفتقر في ثبوت الحق إلى ضرب الأعلام بل يثبت
الحق بمجردة.

٣٥٦٩- **مَسْأَلَةٌ:** [المذهب وقول للشافعي]: وله إقطاع المعادن كفعله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لبلال بن
الحرث (٣). [قول للشافعي]: لا، كالعيون والأنهار.

قلنا: بل لإحياء الموات للاعتمال.

ولا يصح في العيون والأنهار وإن صغرت؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وقد أقطع الملح (٤)
فقليل: إنما يقطع الماء العَدَّة: ((فلا إذا)). [الإمام يحيى]: والخطأ في الحكم جائز على
النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لكن لا يقر عليه.

٣٥٧٠- **مَسْأَلَةٌ:** وله أيضاً إقطاع بقاع في الأسواق والطرق الواسعة بغير إضرار
بأن يقطع حق من سبق إليها بعد رفع قماشه ويجعل غيره أولى، فلا يستحق العود
إليها بل المُقَطَّعُ أحق.

(١) قوله: «لإقطاعه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الزبير حُضْر فرسه»: عن ابن عمر أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أقطع الزبير حُضْر فرسه
فأجرى فرسه حتى قام ثم رمى سوطه فقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أعطوه من حيث بلغ السوط)) أخرجه أبو داود
(٣٠٧٢). [أحمد (٦٤٢٢) والبيهقي (١٢١٣٣)].

(٢) قوله: «ولفعل أبي بكر وعمر»: روي أن أبا بكر أقطع إقطاعاً لمن أحياه وملكه إياه لمصلحة هناك، وأقطع
عمر العقيق وهو على ميل من المدينة ولم ينكر ذلك. هكذا نقل عن الانتصار. [ابن أبي شيبة (٣٣٠٢٥)
والبيهقي (١١٥٨٢)].

(٣) قوله: «كفعله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لبلال بن الحرث.. إلخ»: تقدم في كتاب الخمس.

(٤) قوله: «لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وقد أقطع الملح.. إلخ»: عن أبيض بن حَمَّال أنه وفد إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فاستقطعه
الملح الذي بمأرب قطعه له، فلما ولي قال رجل - (ح) هو الأقرع بن حابس التميمي - من المجلس: أتدري
ما أقطعت له يا رسول الله؟ إنما أقطعت له الماء العَدَّة، قال: ((فانتزعه منه)). هذا طرف من حديث أخرجه أبو
داود (٣٠٦٦) والترمذي (١٣٨٠). [النسائي (٥٧٦٩) وابن ماجه (٢٤٧٥) وابن حبان (٤٤٩٩)].

(ح) الماء العَدَّة - بكسر العين وتشديد الدال المهملتين - هو الغزير الدائم الذي لا ينقطع.

قلت: ووجهه القياس على حق المتحجر، وفيه نظر^(١).

فَرْعٌ: وللقاعد فيها نصب ما يستظل به مما يرتفع بارتفاعه كالحصير لا الدكة ونحوها، وله دفع من قعد إلى جنبه مضيقاتاً عليه؛ لاستحقاقه القدر المحتاج إليه، ومهما بقي قماشه لم يكن لغيره القعود في مكانه، فإن نقله جاز حتى يعود. وللإمام تحويل من أطال اعتياد مكان؛ لئلا يلتبس بالملك.

٣٥٧١- **مَسْأَلَةٌ:** [الإمام يحيى]: ومن وضع خيمته في مباح لم يكن لغيره نزعها، أو أرسل غنمه في صحراء فهو أحق بها فليس لأحد أن ينحيتها. قلت: إن أراد الاستمرار فنعم وإلا فلا.

٣٥٩- فصل: [في الحمى]

والحمى مقصور وممدود، وهو: أن يحمي الرجل مواتاً ليحفظ كالأهال لبهائم. ٣٥٧٢- **مَسْأَلَةٌ:** وكان له صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يحمي لنفسه وللمسلمين؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا حمى إلا لله ولرسوله))^(٢) لكن لم يحم لنفسه؛ إذ لم يملك ما يحمي لأجله، وحمى النقيع - بالنون - لخييل المهاجرين [المجاهدين] والبقيع - بالباء - مقبرة المدينة.

٣٥٧٣- **مَسْأَلَةٌ:** [الإمام يحيى]: وليس لغيره صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وغير الإمام أن يحمي؛ إذ هو جاهلي أماته الإسلام؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا حمى..)) الخبر، وقوله: ((الناس شركاء..)) الخبر.

[الإمام يحيى]: الاشتراك في النار حيث تضرم حطباً مباحاً، لا لو احتطب ثم أضرم فملك، وأما في الكلاً فقبل احتشاشه فإن كان في ماله ففيه الخلاف، وأما في الماء

(١) من حيث إن الإمام إنما كان له إبطال حق المتحجر دفعاً للضرر عن المسلمين لعدم إحياء المتحجر وهنا لا ضرر عليهم في ذلك فالأولى أن يقال: وجه ذلك هو أن هذه البقاع لما كانت لا يجوز تملكها بحال بل المقصود الانتفاع على العموم كان للإمام النظر فيها مطلقاً كما سائر المصالح، والله أعلم. (شرح بحر بلفظه).

(٢) (قوله): «لا حمى إلا لله ولرسوله»: تقدم في كتاب الخمس.

فكما مر (١).

٣٥٧٤- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن المذهب ومالك والفرقان]: ولا يحمي الإمام لنفسه بل لخير المجاهدين وأنعام الصدقة ومن ضعف من المسلمين عن الانتجاع؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا حمى إلا لله ولرسوله ولأئمة المسلمين)) (٢)، وإذا حمى عمر (٣) موضعاً وولى عليه مولاه [هُنِيًّا] وأمره بأن لا يمنع رب الصَّريمة (٤) والغنيمة والقصة مشهورة.

فَرَعُ: ولا يغير حمى الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مع بقاء مصلحته فإن زالت فوجهان: [الإمام يحيى]: أصحابها: يجوز إحياءه؛ لزوال وجه المصلحة. وقيل: لا؛ لجواز عود تلك المصلحة (٥).

قلنا: إذا عادت عاد حمى.

٣٥٧٥- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ولا يبلغ الإمام بالحمى حداً يضر بالمسلمين؛ إذ القصد مصلحتهم.

(١) في البيوع وسيأتي في الشركة. (هامش نخ).

(٢) قوله: «ولأئمة المسلمين»: هذه زيادة في الحديث غير معروفة.

(٣) قوله: «وإذا حمى عمر.. إلخ»: عن أسلم أن عمر استعمل مولى له يدعى هنياً على نعم الصدقة فقال: يا هُنَيُّ اضمم جناحك عن الناس واتق دعوة المظلوم فإنها مجابة، وأدخل رب الصريمة ورب الغنيمة، وإياي ونعم ابن عفان وابن عوف فإنها إن تهلك مواشيها يرجعا إلى زرع ونخل، وإن رب الصريمة والغنيمة إن تهلك مواشيها يأتيني بينه فيقول: يا أمير المؤمنين يا أمير المؤمنين أفتاركهم أنا لا أبأ لك؟ فالماء والكلأ أيسر علي من الذهب والفضة، وإيم الله إنهم ليرون أنا قد ظلمناهم إنها لبلادهم قاتلوا عليها في الجاهلية، وأسلموا عليها في الإسلام، والله لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حمت على الناس من بلادهم شيئاً. أخرجه البخاري (٣٠٥٩) والموطأ (١٨٩٠). [ابن أبي شيبة (٤٦١/٦) والبيهقي (١٤٦/٦) والدارقطني (٢٣٨/٤)].

(٤) الصريمة تصغير صرمة -بالصاد المهملة- هي ما بين العشر إلى الثلاثين من الإبل، وما دون العشر يقال لها ذود، والغنيمة تصغير غنم. (شرح بحر).

(٥) قال في الإرشاد: ولا ينقض البقيع يعني الذي حماه رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال في شرحه: لأنه نص من الشارع فلا ينقض بالاجتهاد. (شرح أثمار بلفظه). وظاهره ولو زالت المصلحة بالكلية وقطع بعدم عودها لما ذكر من النص.

فَرَعٌ: ومن أحياء ما حماه الإمام بإذنه ملكه؛ إذ هو نقض (١)، وبغير إذنه وجهان: [الإمام يحيى]: أصحابها يملك؛ إذ الملك بالإحياء منصوص، وحق الحمى مجتهد فيه، والنص مقدم. وقيل: لا، كحمى الرسول ﷺ. قلت: وهو الأقرب كإحياء المتحجر.

٣٥٧٦- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: وكان ﷺ في بدء أمره يتصدق بما زاد على قوت يومه؛ لشدة الحاجة، وبعد الفتوح ادخر قوت الحول له ولن يمون، وكان مالكا لما أفاء الله عليه.

وعن بعض الفقهاء: لا يملك، بل أبيع له ما يأكل ويلبس. لنا: قوله تعالى: ﴿قُلِّلْهُ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الحشر: ٧]، فأضاف إليه، وإذ أعتق ﷺ صفة (٢) واستولد مارية (٣) بهدية المقوقس، وتصدق وإنما تكون عن ملك. ٣٥٧٧- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: وفوائد الأرض الظاهرة كالمالح المأربي والبحري وحجارة الأرحية والقذور (٤) لا يصح تحجرها ولا تملك بالإحياء والإقطاع؛ لرجوعه ﷺ عن إقطاع الأبيض بن حمال ملح مأرب.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى]: ويجوز كون الإقطاع الأول خطأ في الحكم فهو جائز على الأنبياء لكن لا يقرون عليه، بخلاف غيرهم، أو ظنه مما يصح إقطاعه (٥) فانكشف خلافه، أو أراد أن يقطعه ثم امتنع. قلت: أو ظنه لا يضر بأهل جهته ثم انكشف إضراره فرجع بدليل قولهم: إنما تقطع الماء العِدُّ.

(١) ويجوز للإمام الآخر نقض ما حماه الإمام الأول لمصلحة جاز ما فعله للمصلحة فإليه فقد تقتضي المصلحة نقضه بعد ذلك ورده إلى ما كان عليه. (شرح بهران على الأثر).

(٢) قوله: «وإذا عتق صفة»: تقدم.

(٣) قوله: «واستولد مارية.. إلخ»: هي مارية بنت شمعون -بفتح الشين المعجمة- أهداها له المقوقس القبطي صاحب الإسكندرية ومصر فاستولدها ﷺ ولده إبراهيم وماتت مارية في خلافة عمر سنة ست عشرة ودفنت بالقيع. ذكره ابن الأثير.

(٤) والعيون الظاهرة ونحو ذلك مما تكون العناية في تحصيله لا في إظهاره. (شرح بحر).

(٥) يعني: ظن أنه من المعادن الباطنة التي تحتاج في استخراجها إلى نفقة ومؤنة. (شرح بحر).

٣٥٧٨- **سَأَلَتْ:** وأما الباطنة كمعادن الذهب والفضة والفيروزج ونحوها مما يستتر في طبقات الأرض فلا يملك بالإحياء، وفي إقطاعه وجهان: [الإمام يحيى]: أصحهما يصح؛ إذ أقطع صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بلال بن الحارث القَبَلِيَّةَ جبليها وغوريها^(١)، وأخذ منه الزكاة. وقيل: لا، كالإحياء وكالظاهرة.

لنا: فعله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

(١) (قوله): «جبليها وغوريها»: الرواية الصحيحة: «جلسها» بجيم مفتوحة ثم لام ساكنة ثم سين مهملة كما تقدم، وهو ما غلظ من الأرض.

كتاب المضاربة والقراض

هي من الضرب في الأرض أو بسهم في المال أو من الاضطراب فيه، والمضارب -بالكسر-: العامل.

[الإمام يحيى]: ولم يشتق للمالك منها اسم^(١).

والقراض: من القرض وهو القطع؛ لقطع العامل جزءاً من المال^(٢). أو من المقارضة في الشعر وهي المساواة في المدح والذم. والمقارض -بالكسر- المالك. وبالفتح: العامل.

وفي الاصطلاح: دفع مال إلى الغير ليتجر فيه والربح بينهما حسب الشرط^(٣)، وهي عند العقد وكالة دائمة^(٤)، وبعد الدفع أمانة، وبعد التصرف بضاعة، أي: يرتجى الربح فيها، وبعد الربح شركة، فإن فسدت فإجارة^(٥)، وإن خالف فغرامة، أي: يضمها. والأصل فيها: فعل عمر لابنيه^(٦) فيما أقرضهما أبو موسى من بيت المال ولم

(١) بل يقال: رب المال، وقيل: هي مشتقة من الضرب بسهم في الربح قيل: فعلى هذا الوجه يقال للعامل مضارب بفتح الراء، وللمالك بكسرها. وقيل: يصح أن يقال لكل منهما بكسر الراء وبفتحها على البديل، وهذا هو الأقرب. (شرح آثار).

(٢) ليتجر فيه.

(٣) بينهما من نصف أو ثلث أو نحو ذلك. (شرح).

(٤) في التصرف بخلاف الوكالة بالبيع والشراء فإنه ينقطع بالفراغ منه. (شرح بحر).

(٥) فلا يستحق العامل فيها ما سمي له وإنما يكون له أجرة المثل فقط. (شرح).

(٦) قوله: «فعل عمر لابنيه.. إلخ»: عن زيد بن أسلم عن أبيه قال: خرج عبدالله وعبيدالله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به فعلت ثم قال: بل، ها هنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكما فبتباعدان به متاعاً من متاع العراق ثم تباعدان بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون لكما الربح، فقالوا: وددنا، ففعل، وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال. فلما قدما باعاً وربحاً، فلما دفعا ذلك إلى عمر قال: أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما؟ قالوا: لا، فقال عمر بن الخطاب: ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما أدبا المال وأديا ربحه، فأما عبدالله فسكت، وأما عبيدالله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين لو نقص المال أو هلك لضمته، فقال عمر: أدياه، فسكت عبدالله وراجعه عبيدالله فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً، فقال عمر: قد جعلته قراضاً، فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبدالله وعبيدالله ابنا عمر بن الخطاب نصف الربح. أخرجه الموطأ (١٣٩٦). [المؤيد بالله في شرح التجريد والمتوكل على الله في أصول الأحكام نحوه مختصراً والدارقطني (٦٤/٣) والبيهقي (١١٣٩)].

ينكر، وفعل عثمان وابن مسعود وحكيم بن حزام^(١)، وقول علي عليه السلام: «لا ضمان عليه..» الخبر^(٢)، وكانت قبل الإسلام فأقرها. والقصد بها حصول النماء^(٣) فلا إذن^(٤) فيما لا يؤثر فيه.

٣٦٠- فصل: [في أركان المضاربة]

وأركانها خمسة:

(الأول): **العقد بين جائزي التصرف** وهو: قارضتك أو ضاربتك أو عاملتك على أن الربح كذا، فيقول: قبلت. وكالقبول تقدم السؤال، أو الامتثال ولو متراحياً ما لم يرُدَّ^(٥) فتتعدد إجمالاً.

فرع: وعقدها جائز كالوكالة. وقيل: لازم كالإجارة.

قلنا: هي بالوكالة أشبه.

[الإمام يحيى]: ولو قال: اتجر في هذا المال على أن الربح كذا، ففعل انعقدت صحيحة؛ إذ الامتثال في الوكالة كالقبول.

(١) (قوله): «وفعل عثمان وابن مسعود وحكيم بن حزام»: قال في التلخيص: وأما ابن مسعود فذكره الشافعي في كتاب اختلاف العراقيين، عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم عنه أنه أعطى زيد بن خليفة الأنصاري مالا مضاربة، وأخرجه البيهقي في المعرفة (٤/٤٩٩). وأما حكيم بن حزام فرواه البيهقي (٦/١١١) بسند قوي عنه أنه كان يدفع المال مضاربة إلى رجل ويشترط عليه أن لا يمر به ببطن واد ولا يتتبع به حيواناً ولا يحمله في بحر، فإن فعل شيئاً من ذلك فقد ضمن ذلك المال. انتهى. وعن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده: أن عثمان بن عفان أعطاه مالا قراضاً يعمل فيه على أن الربح بينهما. أخرجه الموطأ (١٣٩٧). وحكى في الشفاء عن ابن مسعود: أنه دفع إلى رجل مالا وجعله قراضاً. انتهى. وروى عن حكيم بن حزام نحوه.

(٢) (قوله): «وقول علي عليه السلام: لا ضمان عليه.. الخبر»: حكى في الشفاء عن علي عليه السلام أنه قال في المضارب يضيع منه المال: (لا ضمان عليه والربح بينهما على ما اصطلاحاً، والوضعية على المال). [الإمام زيد في المجموع وأحمد بن عيسى في الأمالي بسنده وعلي بن بلال في شرح الأحكام بسنده]. وفي التلخيص عن عبدالرزاق (١٥٠٨٧) عن قيس بن الربيع عن أبي الحصين عن الشعبي عن علي عليه السلام في المضاربة: (الوضعية على المال والربح على ما اصطلاحوا عليه) انتهى.

(٣) في المال وزيادته بالتصرف فيه فما كان مؤثراً في ذلك فهو مأذون فيه لمطلق عقد المضاربة، وما كان غير مؤثر في ذلك كإقراض المال وهبته وترك التصرف فيه فهو غير مأذون فيه بحال. (شرح بحر).

(٤) من المالك.

(٥) أو يرجع الموجب قبل القبول. (قرئ)

(*) أو يمتنع حيث جرى عرف أنه رد.

[المذهب والشافعي]: فإن قال: والربح بيننا فسدت (١)؛ للإجمال (٢). [الإمام يحيى وأبو حنيفة]: بل تصح؛ إذ ظاهر البينة النصف كلو قيل: هذا الشيء بين زيد وعمرو، ولو قال: على أن لي من الربح كذا ولم يذكر ما للعامل فوجهان: يصح؛ إذ هو كالمبين. [الإمام يحيى]: يفسد (٣)؛ إذ لا يملك العامل شيئاً إلا بشرط، وفي العكس (٤) احتمالان: [الإمام يحيى]: أصحهما يصح؛ إذ قد بين ما للعامل ولا يضر سكوته عمّا له؛ إذ له كله إلا ما خصصه.

ولو قال: على أن لك ثلث الربح وما بقي فلي ثلثه ولك ثلثان صح للعامل سبعة أتساع؛ لاقتضاء التقدير ذلك. ولو قال: على أن لك [لي] شركة أو نصيباً لم تصح؛ للجهالة. [محمد بن الحسن]: تصح؛ إذ الظاهر التنصيف. قلنا: لا نسلم.

ولو قال: على أن لي النصف ونصفاً مما حصل لك استحق (٥) ثلاثة أرباع، وقيل: تفسد (٦)، وقيل: يقاسم حتى ينتهي الباقي إلى حال لو قسم لم يكن لنصفه قيمة. ولو قال: خذه قراضاً على النصف أو نحوه (٧) صح.

فَرَعٌ: ولو قال: لاثنين على أن لي النصف والنصف الآخر لزيد ثلثه ولعمرو ثلثاه

(١) إذا لم يكن ثم عرف لا يختلف أو يختلف وفيها غالب إذ لو كان ثم عرف أنه بينهما نصفين أو أثلاثاً صحت.

(٢) في الربح وبيانه مقصود لكل واحد منهما. (شرح).

(٣) التذهيب الأول هو الموجود في نخ قاسمي وأشار إليه مساعد بـ« ينظر. وأشار إلى أن التذهيب الثاني هو من شرح الأزهار.

(٤) وهو حيث يذكر ما للعامل ولا يذكر ما للمالك. (شرح بحر).

(٥) مع العرف. (قررو).

(٦) مع عدم العرف. (قررو).

(٧) من المقادير كالثلث أو غيره صح ذلك مع الإطلاق، وكان الظاهر هو التقدير لنصيب العامل. (شرح بحر).

صح.

ولو كان المال من اثنين^(١) لعامل وشُرِّطَ تفضيل أحدهما لم يصح؛ إذ ليس في مقابلة عمل ولا مال.

(الركن الثاني المال): ويصح بالنقد إجماعاً لا غيره.

[العترة جميعاً ومالك والفريقان]: ولو مثلياً^(٢)؛ إذ يستلزم مشاركة العامل في رأس المال، وذلك حيث يرخص أو استبداد المالك بالربح وذلك حيث يغلو، وهو خلاف موجبها^(٣).

[ابن أبي ليلى والأوزاعي والقاسم في رواية النيدوسي]: تصح في المثلي وغيره مطلقاً كالنقد^(٤). [قول للشافعي]: في المثلي فقط. [رواية عن مالك]: تصح في جميع العروض إلا الطعام فلا يصح كمذهبه في كراء الأرض.

لنا: ما مر^(٥)، وقول [القاسم]: تصح في العروض أراد حيث وكله ببيعها ثم يقارض نفسه بثمنها. [أبو العباس]: بل حكاه عن [الفقهاء] وليس مذهباً له؛ إذ في مسائله ما يدل على المنع.

[أبو طالب]: أو عقداها على دراهم في الذمة ثم أمره ببيع العروض وصرف ثمنها في ذلك فيكون في حكم الحاضر بحضور العروض. [الإمام يحيى]: لا وجه للتأويل؛ لجواز كونه اجتهاده.

(١) أي: شريكين فيه. (بيان معني).

(٢) فلا تصح.

(٣) وبيان المخالفة في ذلك: هو أن رأس المال لو كان قفيز طعام يساوي عند العقد ألف درهم فبيع بها وجاء وقت الرد والقفيز مثلاً يوجد بهائة درهم فإن العامل يرده ويشارك في تسعمائة وهي من رأس المال، وإن كان القفيز يساوي عند العقد مائة درهم فتصرف فيه العامل حتى بلغ ألفاً وجاء وقت الرد والقفيز لا يوجد إلا بألف فهانئاً يستبد المالك بالربح وهذا كله خلاف موجب المضاربة فلا يصح ذلك بحال. (شرح بحر بلفظه).

(٤) بجامع صحة المعاوضة في الكل. لنا: ما مر. (شرح).

(٥) إذا يستلزم مشاركة العامل في رأس المال.

٣٥٧٩- **سَأَلَتْ:** [المذهب والناصر والإمام يحيى [ومالك^(١)] وقول للشافعي ورواية عن أبي حنيفة:] وتصح بالتبر وهو السبائك؛ إذ هو كالنقد^(٢). [قول للشافعي:] لا، كالعروض. قلنا: بل كالنقد.

٣٥٨٠- **سَأَلَتْ:** [العترة والشافعي وأبو حنيفة وأبو يوسف:] ولا تصح بالفلوس؛ إذ هي كالعروض، لاختلاف قيمتها. [محمد بن الحسن ومالك والحسن بن زياد ورواية عن أبي حنيفة:] تصح؛ للتعامل بها كالنقد. قلنا: التعامل لا يخرجها عن كونه قيماً.

٣٥٨١- **سَأَلَتْ:** [المذهب والإمام يحيى وأبو حنيفة:] وتصح بالدرهم المغشوشة ما لم يغلب الغش لحقارة المغلوب فلا حكم له^(٣). [الشافعي:] لا، إلا بالخالص. قلنا: تعامل المسلمون به كخالص فجرى مجراه.

٣٥٨٢- **سَأَلَتْ:** [العترة وأبو حنيفة وأصحابه [ومالك^(٤)]:] ويصح دفع العرض إلى المضارب ليجعل ثمنه مضاربة؛ لصحة تعلقها بالمجهول، كشرط ثلث الربح ونصفه. [الشافعي ورواية عن مالك:] لا؛ للجهالة، كلو قال: متى وصلت القافلة فقد ضاربتك [ضاربتة].

قلنا: ملتزم^(٥).

٣٥٨٣- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة:] وتصح بالجزاف^(٦)، إذ هو معلوم. [الشافعي:] لا، ما لم يعلم العدد. قلنا: لا وجه له.

(١) ساقط في نسخة.

(٢) إذا كان يتعامل بها. (شرح أزهار). و(شرح بحر).

(٣) إلا أن يكون الغش معلوماً. (بيان).

(٤) ساقط في نسخة.

(٥) قلنا: ملتزم صحة هذه الصورة ونحوها كإذا جاء زيد أو رأس الشهر أو نحو ذلك. (شرح بحر).

(٦) إذا علم قدره قبل التصرف.

قلت: فإن أراد أنه لا بد من علم قدره ولو بعد العقد فهو الحق، وإلا التبس الربح برأس المال.

ولو قال: انسج هذا الغزل وقد ضاربتك [قارضتك] على ما يحصل من قيمته على النصف أو نحوه صحت (١)؛ لما مر (٢). [الشافعي]: لا. لنا: ما مر.

وتصح بالوديعة والمغصوبة (٣) من مالها.

[المذهب وأبو حنيفة]: وتصح على هذا الكيس أو هذا. [الشافعي]: لا.

لنا: صحة تعلقها بالمجهول.

٣٥٨٤ - **سَأَلَتْ:** ولو شرط المالك بقاء المال تحت يده أو أن يراجعه فيما اشترى أو باع أو وكيله (٤) أو أن يتصرف معه فسدت؛ لمخالفة موجبها (٥).

ولا تصح على مال يبقى ديناً في ذمة المالك؛ إذ لا يمكن تصرف العامل فيه.

[الإمام يحيى]: ويصح عقدها على دين في ذمة العامل أو سلعة على أن يكون ثمنها مضاربة؛ إذ المال هنا كالمقبوض.

قلت: وفيه نظر (٦) إلا أن يوكله بقبضه ثم يجعله مضاربة (٧).

(١) ولعله حيث فرض له أجره معلومة كما يأتي.

(٢) من صحة تعليقها بالمجهول.

(٣) ويصير الغاصب بعد عقد المضاربة أميناً فلو تلفت كانت من مال المالك.

(٤) يعني: شرط المالك مراجعة وكيل نفسه في ذلك. (شرح بحر).

(٥) لأن من موجب المضاربة استبداد المالك برأس المال وتسليمه بالكلية إلى العامل واستبداد العامل بالتصرف.

(٦) لأن الدين قبل قبضه لا يصح أن يكون رأس مال مضاربة إلا أن يوكله بقبضه من نفسه ثم يجعله مضاربة أو يقول: قد ضاربتك فيه متى قبضته لي، فيحمل كلام الإمام يحيى في الدين على أي هاتين الصورتين، وفي السلعة على نحو ما ذكره المؤيد بالله في حمله لكلام القاسم عليه السلام والله أعلم. (شرح بحر).

(٧) فلو ضاربه في الدين الذي عليه قبل قبضه له من نفسه فهي فاسدة، فإذا اشترى شيئاً ونواه للمضاربة كان للأمر فيلحقه ربحه وخسرانه وللعامل أجره مثله وهو ضامن؛ لأنه أجير مشترك ويرأ من الدين الذي كان عليه للأمر لأنه يستحق الرجوع عليه بالثمن فيقع قصاصاً بالدين إذا وافقه في الجنس

(الركن الثالث: الربح) وشروطه: الاشتراك فيه.

[الإمام يحيى حكاية عن العترة والفريقان]: فلو شرط كله للعامل فسدت وتبع المال، وللعامل أجرة المثل؛ إذ عمل بعوض.

[المذهب والشافعي]: وكذا إن شرطه كله للمالك؛ إذ المضاربة تقتضي العوض على العمل. [أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي]: لا؛ إذ قد رضي بالتبرع.

قلنا: خلاف موجبها.

وقيل: إن شرطه كله للعامل انقلبت قرصاً.

لنا: ما مر.

٣٥٨٥- **سَأَلَتْ:** ولو شرط بعضه لأجنبي فسدت؛ إذ لم يقابل مالاً ولا عملاً إلا أن يكون الأجنبي عبد المالك؛ إذ يملك ما يملك ولو شرط عمل العبد معه فسدت كالسيد، ولو شرط المالك أو العامل بعض نصيبه لأجنبي لم تفسد؛ إذ نصيبه ما له فيفعل [به] ما يشاء.

ولو شرطه المالك على العامل فسدت لما مر^(١).

ولو قال: على أن لك من نصيبي ديناراً أو العكس فسدت؛ لجواز أن لا يحصل غيره وكذا لو قال: على أنك إن اشتريت سلعة صفتها كذا فهي لي أو انتفع بها حتى تبتاع؛ للجهالة.

قلت: بل لخلاف موجبها.

فإن قال: أحدهما على أن لي عشرة إن ربحتنا أكثر منها أو مما يزيد عليها صحت ولزم الشرط؛ إذ لا مقتضى للفساد.

٣٥٨٦- **سَأَلَتْ:** ولو لم يعين حصة العامل من الربح فسدت كعلى ما يقارض به

والنوع والصفة. (بيان).

(١) أي: شرط المالك على العامل بعض نصيبه من الربح لأجنبي فسدت إذ لم يقابل مالاً ولا عملاً. (مرغم).

الناس أو [ما شرطه] شرطه فلان^(١) أو على سدس سبع الربح حيث لا يمكنه الحساب.

(الركن الرابع: اتحاد الغرضين في العمل):

٣٥٨٧- **مَسْأَلَةٌ:** فلا تتضمن إجارة كقارضتك على أن تشتري بها حباً فتطحنه وتخبزه^(٢) والربح نصفان فتنفسد^(٣)؛ إذ ليس من عمل القراض^(٤) فتخالف موجبها، ولو عمل من غير شرط فسدت^(٥) أيضاً؛ إذ حصل الربح من العمل^(٦) والتجارة^(٧) ولم تتميز الحصتان.

٣٥٨٨- **مَسْأَلَةٌ:** ويدخلها التعليق والتوقيت كالوكالة كقارضتك سنة فإذا انقضت فلا شراء.

فإن قال: فلا يبيع فسدت؛ إذ خالف موجبها.

[الإمام يحيى]: وإن أطلق التوقيت^(٨) فسدت في أقوى الوجهين؛ إذ يقتضي منعه^(٩)

عند انتهائها.

قلت: الأقوى صحتها؛ ولا يقتضيه^(١٠).

٣٥٨٩- **مَسْأَلَةٌ:** ولو قال: على أن لا تباع إلا من فلان فسدت؛ للتضييق، ومخالفة

(١) في المستقبل لا في الماضي فتصح.

(٢) وتبيعه.

(٣) المختار أنها لا تنفسد.

(٤) لأن عمل القراض هو ما يتعلق بالتجارة وتوابعها دون ما يتعلق بالحرف والصناعات.

(٥) وقياس المذهب الصحة في الصورة الأخيرة، ولا يستحق أجره لأنه لم يؤمر بالعمل ولا اقتضاه مطلق

المضاربة فلا حصة حينئذ للعمل فلا يقال: لم تتميز الحصتان.

(٦) وهو الطحن والخبز. (شرح).

(٧) وهي شراء الحب.

(٨) فقال: قارضتك سنة.

(٩) من البيع.

(١٠) إذ إليه ولاية ما فيه ربح.

موجبها، وهو كون العامل إليه أمر البيع.

(الركن الخامس): أن تقع بين جائزي التصرف على مال من

أيهما إلا من مسلم لكافر؛ إذ قد يتصرف بما لا يحل للمسلم ثمنه كالتخزين ولا يؤمن مع (١) الحجر.

٣٥٩٠- **سَأَلَتْ:** وللولي القراض عن الصبي؛ لقوله وَاللَّهُ وَرَسُولُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ابتغوا في مال اليتامى)) ولفعل عمر، ولم ينكر (٢).

ومن ضارب محجوراً عالمياً فسدت ولم يضمن ما تلف (٣). [أبو العباس]: ولا ما أتلّف؛ إذ سلطه على إتلافه. [المذهب وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن]: أما الصبي (٤) فنعم؛ لرفع القلم، لا البالغ لقوله وَاللَّهُ وَرَسُولُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((على اليد ما أخذت حتى ترد)) (٥). [الشافعي وأبو يوسف]: يضمن الصبي أيضاً؛ لهذا الخبر.

قلنا: مخصوص بقوله وَاللَّهُ وَرَسُولُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((رفع القلم)).

(١) فلا يقال: يصح أن يكون الذمي عاملاً للمسلم والمسلم يحجر عليه فيما لا يحل للمسلم ثمنه وذلك لأن الذمي لا يؤمن مع الحجر، ولا يقال: يلزم مثل هذا في الفاسق؛ لأن الفاسق يرى أن الربا ونحوه محرماً عليه، فحمل على أنه لا يرتكب محظور دينه كما مر. (شرح بحر).

(٢) (قوله): «ابتغوا في مال اليتامى»: تقدم في الزكاة.

(قوله): «ولفعل عمر»: روي أن عمر قارض على مال يتيم، قال في التلخيص: حديث: إن عمر أعطى مال يتيم مضاربة: البيهقي بسنده إلى الشافعي في كتاب اختلاف العراقيين أنه بلغه عن حميد بن عبدالله الأنصاري عن أبيه عن جده به. [ابن أبي شيبة (٢١٣٦٨) والبيهقي في معرفة السنن والآثار (٤/٤٩٨)].
فائدة: قال ابن حزم في مراتب الإجماع: كل أبواب الفقه فلها أصل من الكتاب والسنة حاشا القراض فما وجدنا له أصلاً فيها البتة، ولكنه إجماع صحيح مجرد، والذي نقطع به أنه كان في عصره وَاللَّهُ وَرَسُولُهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فعلم به وأقره ولولا ذلك لما جاز. انتهى من التلخيص بلفظه.

(٣) معه من ذلك بغير جنابة لأنه صار إليه بإذن مالكه وهو معه كالوديعة. ذكر ذلك أبو طالب وغيره. (شرح بحر).

(٤) والمراد حيث المعطي له مكلفاً مالاً كما أعطاه، وهكذا فيما دفع إليه من وديعة وعارية وقرض. (شرح بحر). قال الفقيه علي: أما لو سلم إليه ما لا يستباح بالإباحة فأتلّفه فإنه يضمن بلا خلاف نحو أن يقتل الحيوان على غير جهة التذكية فيما يذكر. (شرح بحر بلفظه).

(٥) (قوله): «على اليد ما أخذت»: تكرر، وكذلك قوله: ((رفع القلم)) وقوله: ((من ترك ما لأفأله)) تكرر جميعه.

٣٦١- فصل: في أحكام المضاربة

٣٥٩١- **مَسْأَلَةٌ:** وعلى العامل ما جرت العادة به من مثله من بيع وشراء وطي ونشر وحمل ما خف^(١)، فإن استأجر على ذلك فمن ماله لا ما شق كحمل الكثير وكيله ووزنه، فإن تبرع فلا أجرة.

٣٥٩٢- **مَسْأَلَةٌ:** فإن سُرِقَ المال أو عُصِبَ ففي ملك العامل المخاصمة وجهان: يملك؛ إذ عليه حفظه، ولا؛ إذ المضاربة تقتضي التجارة فقط^(٢).

٣٥٩٣- **مَسْأَلَةٌ:** [القاسم والمؤيد بالله وأبو طالب وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن]: وله السفر^(٣) وإن لم يفوض؛ إذ هو من طلب الربح. [الشافعي وأبو يوسف]: ركوب خطر فلا يجوز إلا بإذن.

قلنا: لا تفريط مع ظن السلامة.

وله أن يودع إن احتاج، وأن يوكل في التصرف، وليس له الخلط ولا المضاربة ولا القرض والسفستجة؛ لمنع العرف من ذلك، فإن فوض جاز الأولان^(٤).

[أبو طالب وأبو حنيفة]: وله مشاركة الثاني في الربح؛ إذ لا تقتضي خللاً. [الشافعي]: لا؛ إذ لا يقابل مالاً ولا عملاً فالربح لرب المال، وللمتصرف أجرة المثل.

قلنا: العقد عمل.

[رواية عن مالك]: له الخلط مطلقاً. [الشافعي]: لا، مطلقاً.

قلنا: فيلزم إبطال ثمرة التفويض.

فَرَعٌ: فإن قال رب المال للعامل: ما ربحت أو كسبت فهو بيننا نصفان، فضارب العامل غيره بالنصف كان لرب المال الربع، والوجه ظاهر.

(١) من الأمتعة والقماشات ووزنه وانتقاد الدراهم وعددها ووزنها ونحو ذلك. (شرح بحر).

(٢) دون المخاصمة فهي على رب المال وهذا هو الذي اختاره الإمام يحيى. (شرح).

(٣) المعتاد.

(٤) وهما الخلط والمضاربة، وأما القرض والسفستجة فلا بد فيها من إذن خاص أو جري عرف ظاهر ولم يظن كراهة رب المال. (شرح بحر).

فَرْعٌ: [المذهب والشافعي]: وحيث لم يؤذن بالمضاربة يضمن بالدفع إلى الثاني.
[أبو حنيفة ومحمد بن الحسن]: بل بتصرفه.

قلنا: فرط بالدفع فيضمن.

٣٥٩٤- **سَأَلَتْ:** وليس للمالك بيع شيء من سلع المضاربة ولا منع العامل؛ إذ هو خلاف موجبها.

٣٥٩٥- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب وأبو العباس وأبو حنيفة وأصحابه]: وللمالك شراء سلع المضاربة منه وإن فقد الربح؛ لملكه التصرف دون المالك. [المؤيد بالله والإمام يحيى والشافعي]: يمتنع قياساً على الوكيل، ويجوز استحساناً^(١) كشراء السيد من المكاتب. [أبو جعفر]: يصح مع الربح لا مع عدمه إجماعاً إلا [زفر وأبا العباس].

قلنا: ملك التصرف فصح فأما قدر حصته فيصح اتفاقاً.

[المؤيد بالله]: ويقوم البيع مقام^(٢) القسمة في اقتضاء الملك.

٣٥٩٦- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: ولا يدخل في مالها إلا ما اشتري بعد عقدها بنيتها أو بها ولو بلا نية.

قلت: والوجه ظاهر.

٣٥٩٧- **سَأَلَتْ:** وللمالك الإذن^(٣) باقتراض^(٤) معلوم لها، ويلحق العقد وليس للعامل الزيادة في الثمن ولا الحط منه بعد العقد إلا لمصلحة^(٥).

(١) هذا لا يستقيم على أصل الشافعي إذ لا يقول بالاستحسان والله أعلم فينظر في ذلك. (شرح).

(٢) يعني: أن المؤيد بالله وإن كان يقول إن العامل لا يملك حصته من الربح إلا بالقسمة فقد حصل هنا في البيع معنى القسمة. (شرح بحر).

(٣) للعامل. (شرح).

(٤) قدر. (شرح).

(٥) وكذا ما جرت به العادة فإن العامل كالمأذون به وذلك نحو ما يشتري من الخيل فإن العادة جارية لمن يتعلق بخدمة الفرس ونحو ذلك وحيث لا مصلحة ولا عادة فعلى العامل لتبرعه بذلك. قال الفقيه علي: فإن ادعى المصلحة فعليه البينة لأن الأصل عدمها. (شرح بحر).

(*) في الزيادة والنقص تعود على المال.

٣٥٩٨- **سَأَلَتْ:** ولا ينزعزل^(١) بمشاركة المالك له في العمل من غير شرط إجماعاً؛ إذ لا وجه له.

قلت: أما لو قبض شيئاً على صفة رأس المال ففي التفريعات أنها تبطل في قدره، وهو قول [الحنفية] والمذهب خلافه.

٣٥٩٩- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب والشافعي]: ولو اشترى من يعتق عليه عتق^(٢) إن ثم ربح ويضمن حصة المالك؛ لقوله ﷺ: ((قَوْمٌ عَلَيْهِ الْبَاقِي وَيَسْعَى عَنِ الْمَعْسِرِ)). [أبو طالب]: ويحتمل أن لا ينعقد؛ لتضمنه الإتلاف، ويحتمل أن ينعقد ولا يعتق؛ إذ ملكه غير مستقر. [أبو حنيفة]: بل يصح ويعتق نصيبه فقط.

فَرَعٌ: فإن لم يكن ثم ربح فظاهر المذهب أنه لا يعتق.

قلت: الأقرب أنه يعتق^(٣)، كما ذكر. [المنصور بالله وابن أبي الفوارس]: في الوكيل؛ إذ يملكه حالة محتطفة. [علي بن العباس^(٤)]: يعتق بإجماع آل الرسول. [الشافعي]: بل لا يملكه؛ لما سيأتي، فلا يعتق، والخلاف في انفساخ النكاح كالعتق.

٣٦٠٠- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة وقول للشافعي]: ولو اشترى من يعتق على المالك أو ينفسخ نكاحه عتق وانفسخ وإن لم يكن ثم ربح. [قول للشافعي]: لا ينعقد؛ إذ الإذن متعلق بما فيه حظ.

(١) العامل.

(٢) مع عدم الإضافة.

(٣) مع عدم الإضافة.

(٤) هو العلامة الحافظ لعلوم العترة علي بن العباس بن إبراهيم بن علي بن عبدالرحمن بن القاسم بن الحسن بن زيد بن الحسن بن علي بن أبي طالب، كان قاضياً بطبرستان زمن الداعي الصغير، وهو ممن صحب الهادي والناصر، وسئل عن الإمامين فقال: كان الهادي فقيه آل محمد، والناصر عالم آل محمد، ومن مؤلفاته: كتاب اختلاف فقهاء أهل البيت، وكتاب ما يجب أن يعمله المحتسب، وهو راوي إجماعات أهل البيت عليه السلام وكتبه مشهورة بطبرستان قاله ابن عنبه، وتوفي في منتصف القرن الرابع الهجري تقريباً. (رجال شرح الأزهار - عمدة الطالب - أعلام المؤلفين الزيدية).

قلنا: الضمان^(١) يجبر التفويت.

٣٦٠١- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: ومن عليه دين لا يصح توكيله بقبضه للمالك من نفسه ومضاربة نفسه؛ إذ لا يصح قبضه من نفسه.

قلت: وفيه نظر. أما على أصل [المؤيد بالله] في منع توكيل البائع بالقبض فمستقيم. فأما الدين الذي على غير^(٢) العامل فيصح^(٣).

٣٦٠٢- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله والمذهب]: وللمالك بيع سلع المضاربة من العامل^(٤) كلو وكله.

قلت: أما مع الربح فيصح في غير حصة^(٥) العامل؛ إذ يملكها بالظهور عندنا.

٣٦٠٣- **سَأَلَتْ:** ولا ينزل بالغبن المعتاد؛ إذ هو كعدمه.

٣٦٠٤- **سَأَلَتْ:** ولو شرط على العامل كل شهر كذا ربحاً كان رباً فلا يملك. [المؤيد بالله]: ولو وهبه إياه إذا كانت في الضمير لأجل الشرط؛ إذ الأعمال بالنيات.

٣٦٠٥- **سَأَلَتْ:** ومؤن المال كلها من الربح ثم من رأسه، ويخصص إن كان لشخصين، ولا يخلطهما إلا بإذنها؛ إذ هو جنائية.

وهدايا الأمراء إن صلحت بها التجارة كانت من المؤن كعطاء الرصد.

٣٦٠٦- **سَأَلَتْ:** وتصح الزيادة على مالها ما لم يكن قد زاد أو نقص، وإلا فلا؛ إذ يؤدي إلى جبر خسر كل واحد منهما من الآخر وهو غير مستحق.

٣٦٠٧- **سَأَلَتْ:** وفوائد المال الأصلية والفرعية تعد من ربحه؛ إذ هي من نمائه.

(١) مع إيسار العامل وسعي العبد مع إعساره. غيث. فإن لم يمكنه بقي في ذمة المضارب.

(٢) المختار الصحة مطلقاً.

(٣) يعني: فيصح أن يكون العامل وكيلاً للمالك بقبضه وجعله مضاربة. (شرح بحر).

(٤) قال الفقيه علي: ويكون قبض الثمن من ذلك إلى البائع؛ لأنه الوكيل في هذه الحال ولا تنسخ المضاربة بينهما بذلك بل هي باقية على حالها. (شرح بحر).

(٥) يعني: وقع العقد على غير حصة العامل فيصح، أما لو باع جميع المال من العامل لم يصح فيما عدا حصته.

٣٦٢- فصل: [في مخالفة العامل للشروط وما يتعلق بذلك]

وإذا خالف العامل ما شرط ففي الحفظ ضمن إجماعاً؛ إذ صار كالغاصب. ولا تبطل به المضاربة إن سلم. [مالك]: بل يبطل العقد بالشرط. قلنا: لا وجه له.

فَرْعٌ: [العترة والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: والربح على ما شرطاً؛ إذ لا خلل في العقد. [أبو حنيفة]: بل الربح لرب المال؛ إذ هو نهاء ماله ويتصدق به؛ إذ ملكه لا من جهة المضاربة.

قلنا: المضاربة صحيحة؛ إذ لا مقتضى لفسادها.

٣٦٠٨- **مَسْأَلَةٌ:** [العترة والفريقان]: ولو شرط أن يتجر بشيء مخصوص موجود شتاء وصيفاً وخريفاً تعين؛ إذ هو كالوكيل. فإن كان لا يوجد إلا نادراً [الإمام يحيى]: صحت أيضاً عند [العترة وأبو حنيفة وأصحابه]؛ إذ العقد صحيح وعروض التعذر لا يمنع كلو عدم ما كان كثيراً كل وقت. [مالك والشافعي]: بل تفسد؛ لمناقضة الغرض بعقدها وهو التصرف، وذلك كمنعه أن يتجر إلا في العنبر الأشهب. لنا: ما مر (١).

فَرْعٌ: وإن خالف ما عين ضمن إجماعاً؛ لتعديه كالمدوع. [الهادي والمؤيد بالله وأبو طالب وأبو يوسف ومالك]: فإن سلم ولا ربح فلا شيء له، وإلا كان الجاني أحسن (٢) حالاً ممن لم يجن. [الشافعي ومحمد بن الحسن]: بل له أجره المثل. لنا: ما مر (٣).

وإن كان ثم ربح وأجاز المالك فللعامل في الصحيحة الأقل من المسمى وأجرة

(١) إذ العقد صحيح، وعروض التعذر لا يمنع.

(٢) ممن لم يجن وهذا لا يصح لما فيه من مخالفة الأصول وموجب العقل والشرع، وقد ثبت أن العامل غير المخالف لا يستحق شيئاً مع عدم الربح اتفاقاً فكذا حاله مع المخالفة لما ذكرنا. (شرح بحر).

(٣) وإلا كان الجاني أحسن حالاً ممن لم يجن.

المثل كمخالفة الأجير^(١). [الناصر وقول للشافعي]: بل الربح للعامل؛ إذ العقد باطل؛ للمخالفة، والخراج بالضمان والموقوف عندهما باطل.
لنا: ما مر^(٢).

[أبو حنيفة]: بل الربح لبيت المال فيتصدق به المالك؛ إذ ملكه من وجه محذور.
قلنا: إن لم يجز المالك فنعم.

قلت: وكذا لو تلف وقلنا: الإجازة تلحق التالف^(٣).

٣٦٠٩ - **سَأَلَتْ**: [الإمام يحيى والقاسمية ومالك والشافعي]: ولو شرط أن لا يشتري إلا من فلان فسدت؛ لجواز تعذر الشراء منه بجنون أو غيره. [أبو حنيفة وأصحابه]: بل صحيحة فإن خالف أثم وضمن.

قلت: وصححه [أبو طالب] للمذهب.

قال [الإمام يحيى]: فيه غرر؛ إذ لا يقطع بإمكان الشراء، وقد نهى عن الغرر، ولو أمره ببيع نسيئة فباع بنقد صح إجماعاً؛ إذ أتى بأفضل.

[الإمام يحيى]: ولا يصح العكس إجماعاً؛ فيضمن والخلاف في الربح كما مر.

قلت: بناء على أنه كالمخالفة في العين^(٤) وهو محتمل.

٣٦١٠ - **سَأَلَتْ**: [العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: وله البيع بالنساء ما لم يحجر. [الشافعي

ومالك وابن أبي ليلى]: لا.

قلنا: جرى به العرف.

[المؤيد بالله]: فلو قال: لا تتجر بعد الخسر، فخالف كان كالمخالفة في العين^(٥).

(١) في صفة العمل وقد مر. (شرح).

(٢) في البيع الموقوف وفي هذه المسألة. (مرغم).

(٣) وهو رجحه **عَلَيْهَا** في باب العقد الموقوف. (شرح بحر).

(٤) والأقرب أنه كالمخالفة في الحفظ والله أعلم. (شرح بحر). فالربح على ما شرط إذ لا خلل في العقد.

(٥) يعني: أن الحكم هنا كالحكم في المخالفة إذا أمره أن يشتري سلعة فاشتري غيرها فيضمن المال إن تلف وإن سلم ولا ربح فيه فلا شيء له، وإن ثم ربح فله الأقل من المسمى وأجرة المثل كما مر. (شرح بحر).

٣٦١١- **سَأَلَتْ:** [الهادي وأبو حنيفة]: وإذا اختلقت فالتبست أملاك الأعداد لا بخالط قسمت ويبين مدعي الزيادة والفضل، وبخالط متعد. [الهادي وأحد قولي المؤيد بالله وأبو حنيفة]: ملك القيمي ومختلف المثلي، ولزمه عوضها بإزالة عينها كالمثلف والتصدق بما خشي فساده قبل المراضاة؛ إذ ملك من وجه خطر. [المؤيد بالله والإمام يحيى والشافعي]: العين متعينة في علم الله تعالى فعينها أولى من دفع العوض؛ ليصل إليه بعض عين ماله.

قلت: ما لم يتميز عن حق غيره فالعوض أعدل.

[المذهب وأبو حنيفة ومالك]: ويقسم متفق المثلي. [رواية عن الهادي ورواية عن أبي حنيفة

ومالك^(١)]: بل كالقيمي.

فَرَعٌ: وهكذا حكم الوقفين متفقي المصرف، فأما ملك بوقف أو وقفان لأدمي والله فيصيران للمصالح رقة الأول وغلة الثاني؛ إذ لا تصح المراضاة في الوقف.

فَرَعٌ: وحيث المالك^(٢) واحد يلزم الأرش فقط، فإن كان فوق النصف خير المالك بينه وبين القيمة، كما سيأتي^(٣).

٣٦١٢- **سَأَلَتْ:** [المذهب وأبو حنيفة^(٤)]: ومن أخذ ما يضعف عن حفظه والتصرف فيه ضمن؛ إذ هو كالمتعدي.

[المذهب وأبو حنيفة]: وإذا أراد نقص العامل عما عقدا عليه صح مطلقاً^(٥)؛ إذ عقدها غير لازم. [الشافعي]: لا إلا بتجديد عقد بعد فسخ الأول؛ إذ قد لزم. [الإمام يحيى]: يصح قبل التصرف لا بعده كعند [كبعد] عزله^(٦).

(١) في نسخة: رواية عن مالك.

(٢) للمخلوط.

(٣) لقائل أن يقول: إن التخيير إنما يكون حيث تقدم سبب الضمان كغصب أو رهن إذ لو لم يتقدم كما في مسألتنا فليس إلا الأرش اتفاقاً كما ذكره الفقيه علي، والله أعلم.

(٤) كذا في أكثر النسخ الخطية، وفي واحدة منها: فرع فقط.

(٥) قبل التصرف وبعده.

(٦) يعني: كما لا يجوز له ذلك عند عزله والمال سلع. (شرح بحر).

قلت: التراضي مصحح فيهما^(١).

٣٦١٣- **سَأَلَتْ:** وما اشتري بهاها لغيرها صار فضولياً وله شراء المعيب؛ إذ قد يربح فيه لا الوكيل^(٢). وله الفسخ بالخيارات بشرط المصلحة، فإن نازعه المالك في الرد رجع إلى نظر الحاكم في الأصلح؛ لا اشتراكهما.

٣٦٣- فصل: [في حكم المضاربة مع موتهما أو أحدهما]

وإذا مات العامل رد ورثته^(٣) ما عينه إجماعاً؛ لصحة إقراره. فإن قال الوارث: مات ومال المضاربة تحت يده ولكن لا أعلم جنسه ولا عينه. [العترة وأبو حنيفة وأصحابه والأوزاعي والليث بن سعد وسفيان الثوري والبتي]: كان في تركته كالدين؛ لإقرارهم ببقائه^(٤). [ابن أبي ليلى والشافعي ومالك]: لا؛ لقوله ﷺ: ((من ترك مالاً فلأهله)).

قلنا: حيث لا حق للغير فيه.

فَرَعٌ: [الهادي والمؤيد بالله وأبو طالب وأبو حنيفة]: ويكون المالك أسوة الغرماء؛ إذ فرط العامل بترك التعيين فيضمن. [النيروسي عن القاسم]: بل الدين أقدم؛ لضمانه من الأصل.

قلنا: هو كالجاني فلا فرق.

فَرَعٌ: [أبو طالب وأبو العباس]: فإن أغفل الميت ذكرها وقد ثبتت بينة أو إقرار حكم بالتلف حملاً على السلامة. [المؤيد بالله وأكثر العترة]: بل الأصل البقاء فيضمن؛ لتفريطه.

قلنا: الحمل على السلامة يمنع التفريط، أما لو أقر قبل الموت بيسير لا يتسع

(١) أي: قبل التصرف وبعده.

(٢) فلا يشتري المعيب لأن القصد الاقتناء ولا يقتنى إلا السليم. (شرح بحر).

(٣) لعل المراد بوجود الرد على الوارث التخيلية فقط لا الإيصال إلا حيث قد نقل ذلك كما سيأتي في الثانية والله أعلم. (شرح بحر). بل حيث نقل يجب الحفظ فقط كما ذكره الفقهاء يحیی البحيح وعلی. (شرح بحر).

(٤) ببقائه إلى بعد الموت وإقرارهم مقبول فيما في أيديهم، قال الفقيه محمد بن سليمان: وظاهر كلام أهل المذهب أن إقرارهم يصح ولو كان على الميت دين مستغرق، وقال الفقيه يحيى البحيح وابن معرف: لا يصح إقرارهم إلا إذا كان لا يضر أهل الدين. (شرح بحر).

لتقدير تلف ولا رد فالظاهر البقاء اتفاقاً، وهكذا الخلاف في كل أمانة^(١).

٣٦١٤- **سَأَلَتْ:** فإن أنكره الوارث أو ادعى تلفه معه فالقول له؛ إذ هو أمين، لا مع الميت، أو كونه ادعاه فيبين^(٢)؛ إذ الأمين هنا غيره، والأصل البقاء.

٣٦١٥- **سَأَلَتْ:** وعلى الوارث رد المعين فوراً وإلا ضمن؛ إذ ليس مأذوناً بالإمسك إلا لعذر، فإن غاب المالك رد إلى الحاكم أو أمسكه بإذنه.

٣٦١٦- **سَأَلَتْ:** وتبطل ونحوها^(٣) بموت المالك لانتقال الملك فيسلم العامل الحاصل من نقد أو عرض تيقن أن لا ربح فيه^(٤).

ولا يلزمه البيع؛ إذ قد ملكه الوارث وبطلت الولاية، ويبيع برضا الوارث ما فيه^(٥) ربح؛ فإن امتنع الوارث مع تجويز الربح أجبر؛ إذ لا يظهر الربح إلا به وبموت العامل، وعلى وارثه وله كذلك.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى]: فإن قال المالك: قد أقررتك على مضاربة أبيك لم يكف؛ لانفساخ الأول.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى]: فإن جن المتقارضان أو أحدهما أو أغمي عليه فكموت^(٦)؛ إذ هي وكالة.

(١) من ودیعة وعارية وغير ذلك.

(٢) على أن الميت ادعى التلف.

(٣) الإيداع والإعارة والوكالة والشركة. (غيث).

(٤) فلو حصل فيه ربح بعد الموت قال في البيان فقال السيد يحيى: له حصته منه وقال الأمير المؤيد لا شيء له فيه. (شرح بحر). وقوى الأول حيث لم يتربص به الغلاء وكان يجوز الربح والآخر حيث لم يتربص أو كان ولم يجوز الربح. (شرح بحر).

(٥) وللورثة أحدها بالأولوية بالقيمة أو بما دفع أكثر منها لا بالأقل. (شرح بحر).

(٦) فتبطل.

٣٦٤- فصل: [في أحكام تلحق بما مر]

ولكل منهما الفسخ متى شاء؛ إذ عقدها جائز.
 [الناصر ومالك]: وعلى العامل بيع العرض واقتضاء ما بقي ديناً وإن لم يكن ربح.
 [المذهب وأبو حنيفة والشافعي]: لا، إلا مع الربح.
 قالوا: يلزمه رده كما أخذه.
 قلنا: وكيل فلا يلزمه إتمام عمله بعد عزله.
فَرَعٌ: فإن اختار المالك العرض فله إن لم يجوز الربح فيه، ومع تجويز الربح لا يلزمه تعجيل البيع بعد التفاسخ. [المنصور بالله]: بل يمهل أربعين يوماً.
 قلت: الأقرب أنه موضع اجتهاد، فيختلف بحسب اختلاف المال والسوق وغير ذلك.

٣٦١٧- **سَأَلَتْ:** والخسر على المالك؛ إذ العامل أمين^(١).

٣٦١٨- **سَأَلَتْ:** وليس للعامل وطء الأمة وإن رضي المالك؛ إذ لا يستباح بالإباحة، وللمالك وطؤها بإذنه حيث لا ربح أو قلنا: لا يملك حصته إلا بالقسمة كإذن المرتهن للراهن^(٢)، ولا يزوجها أيها إلا بإذن الآخر. [الإمام يحيى]: وكذا مكاتبتهما؛ إذ هي إتلاف، وفيه نظر^(٣).

وله تزويج جارية عبده المأذون ووطؤها حيث لا دين عليه للغير؛ لتعلق^(٤) الحق بما في يده، وإلى المالك القصاص والعفو في عبد المضاربة حيث لا ربح، وإلا فشريكان^(٥).

٣٦١٩- **سَأَلَتْ:** ومهما خسر قبل القسمة جبره من الربح؛ إذ هو وقاية للمال.

(١) فلا ضمان عليه لذلك ولو مع تعمدته لترك البيع في وقت النفاق على ظاهر كلامهم. (شرح بحر).

(٢) بالوطء.

(٣) ولعل وجه النظر من حيث إن الكتابة مع الوفاء كالبيع، ومع العجز يرد العبد في الرق فلا يلزم ما ذكره الإمام يحيى. (مرغم).

(٤) تعليل للمفهوم.

(٥) فلها الخيار في القصاص أو العفو فإن عفا أحدهما سقط القصاص. (مرغم).

٣٦٥- فصل: [في أرباح المضاربة ومؤن العامل]

والربح على ما شرطاً.

٣٦٢٠- **مَسْأَلَةٌ:** [أكثر العترة وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي والاسفراييني]: ويملك العامل حصته بالظهور كملكه المطالبة بها، فينفذ عتقه، ويعتق رحمه وينسخ نكاحه، ويشفع به، ويصير به غنياً. [المؤيد بالله ومالك والمزني وقول للشافعي]: بل بالقسمة؛ إذ لو ملكها بالظهور لم يجبر بها الخسر.

قلنا: ملكه قبل القسمة غير مستقر.

فَرْعٌ: ولا ينفرد العامل بأخذ حصته؛ إذ لا يعزل الوكيل نفسه في غير حضرة الأصل، وأخذه عزل في قدره. وللمالك ذلك إن جعلناها إفرازاً.

٣٦٢١- **مَسْأَلَةٌ:** [أكثر العترة والشافعي]: وإذا اقتسم الربح ثم عمل العامل فخر لم يجبر مما أخذه؛ إذ القسمة بعد إفراز رأس المال كالفسخ. [أبو حنيفة]: بل يجبر ما دام مشتركين؛ إذ القسمة فاسدة مع بقاء العقد.

قلنا: لا نسلم بل بعد القسمة استقر ملكه، كلو تفاسخا بعدها.

فَرْعٌ: [أبو العباس]: وإنما يستقر الملك بالقسمة حيث قبض المالك رأس المال. [المؤيد بالله]: بل استقر بالتمميز.

قلت: وهو قوي.

فَرْعٌ: ولو أخذ شيئاً على أنه من الربح ثم انكشف الخسر عند القسمة جبر مما أخذه؛ إذ لم تصح القسمة، ولا يجبر الممتنع عن قسمة الربح مع بقاء العقد؛ إذ عقدها غير لازم^(١)، فإن تراضيا صح، ولا جبر لخسر حدث بعدها مما قد أخذ؛ لما مر.

٣٦٢٢- **مَسْأَلَةٌ:** [العترة وأبو حنيفة وأصحابه ومالك وأحد أقوال الشافعي]: ومؤن العامل

(١) يعني: فإذا كان عقدها غير لازم لم يصح الإيجابار على قسمة الربح إلا بعد فسخ العقد فأما مع بقائه فلا؛ إذ للعامل حق التصرف، وللمالك حق جبر الخسر من الربح، فلاجل هذين الوجهين يمتنع الإيجابار قبل الفسخ، فإن تراضيا على قسمة الربح صح.

وخادمه في السفر كلها من الربح؛ إذ يعود نفعها على المال. [المزني ورواية عن الشافعي]: لا إلا أن يشترطه.

قلنا: كأجرة الدلال والجمال والسفن ولا يستحق النفقة في الحضر إجماعاً؛ إذ وقوفه لا لأجلها.

فَرْعٌ: [العترة وأبو حنيفة وأصحابه ومالك وأحد أقوال الشافعي]: ويستحقها ذاهباً وراجعاً مهما اشتغل بها؛ لما مر^(١). [المؤيد بالله وأحد أقوال الشافعي]: إنما يستحق الزائد على نفقة الحضر؛ إذ هو الذي اقتضاه السفر. [سفيان الثوري]: لا يستحقها في الرجوع؛ إذ ليس لأجل المال. [الليث بن سعد]: يستحق في الحضر الغداء؛ لاشتغاله [لاستعماله] النهار بها، وفي السفر يستحقها.

قلنا: محتبس في السفر من أجلها فكانت المؤنة عليها كحبس الزوجة بالنكاح وإن لم يستمتع بها كل وقت.

٣٦٢٣- **سَأَلَتْ:** ومؤنه: أكله وشربه ولباسه وركوبه حسب عاداته قبلها^(٢)؛ إذ الدليل اقتضى كفايته فاعتبر بعاداته توسطاً.

فَرْعٌ: فأما الفضلات كالحجامة والأدوية والنكاح وإن اضطر والتفكه والولائم فمن ماله؛ إذ لا مصلحة للتجارة فيها، فإن مات لم يجهز منها.

فَرْعٌ: وإذا تفاسخا في السفر فلا نفقة في الرجوع في الأصح كلو مات لم يجهز منها، ويرد ما فضل من مؤنه بعد رجوعه؛ إذ ارتفع سبب استحقاقه.

فَرْعٌ: ولو أقام في سفره لم تسقط^(٣) مهما اشتغل بها فإن أقام في رجوعه. قيل: لم تسقط. وفيه نظر^(٤).

(١) من أن نفعها يعود على المال. (شرح بحر).

(٢) فإن لم يكن له عادة فعادة مثله في مثل المال الذي في يده في تلك البلد. (بيان).

(٣) المؤن.

(٤) إذ لا مصلحة للتجارة في ذلك، وعن الناصر إذا كان مشتغلاً بها لم تسقط. (شرح بحر).

فَرَعٌ: فإن مرض أو حبس ففيه تردد: الأقرب أنه لا يستنفق منها؛ إذ لا سبب (١) له.

فَرَعٌ: فإن جوز استغراق أكثر (٢) رأس المال بالنفقة لم يجز فيضمن ويعمل بظنه.

قيل: وكذا لو جوز استغراق الربح. قلت: وهو قوي؛ إذ تبطل ثمرتها.

فَرَعٌ: فإن سافر لغيرها كالحج لم يستنفق منها فإن قصدهما قُسط.

فَرَعٌ: وما أودع للتجارة لم يستنفق منه؛ للعرف.

وقيل: يستنفق كالمضارب، فأما حصتها من الكراء والجباء ونحوهما فممنها.

فَرَعٌ: فإن شرط المالك أن لا يستنفق العامل منها لغا الشرط وصح العقد، فإن

شرط نفقة أولاده فسد (٣) العقد.

فَرَعٌ: [المذهب]: فإن أنفق نفسه بنية (٤) الرجوع ثم تلف المال بين؛ إذ قد خرج

بتلفه عن كونه أميناً ويغرم له، وصدّق مع البقاء؛ إذ هو أمين. [الشافعي]: القول له مع

التلف أيضاً إلى قدر نفقة المثل.

لنا: ما مر (٥).

٣٦٢٤ - **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: ولو قارض صاحب سفينة فاستعملها فله

كراؤها (٦)، إن لم يشرط إسقاطه.

(١) يفهم من ذلك أن المرض والحبس إذا كان بسبب المال أنه يستنفق .

(٢) عند الفقيه يحى البيح لا على ظاهر المذهب فلا يستنفق من رأس المال شيئاً وإنما يأتي ما ذكر في الريح فقط.

(٣) والوجه أن هذا يؤدي إلى استغراق العامل للريح إلا أن يقول: مما زاد من الريح على كذا صح . (شرح بحر).

(٤) من ماله ذكره في التذكرة والبيان، وقال في الهداية وشرح الأثر: المراد بذلك إذا أنفق على مال المضاربة من ماله لا لو أنفق على نفسه بنية الرجوع فلا يرجع إلا حيث ثم ربح. (غاية). ومع التلف انكشف الخسر ولا نفقة مع الخسر.

(٥) إذ قد خرج بتلفه عن كونه أميناً.

(٦) إن اعتاد أخذ العوض على ذلك.

٣٦٦- فصل: [في المضاربة الفاسدة]

وفسادها إما أصلي كشرط مختل أو ركن فاسد أو طارئ كمخالفة العامل.
 ٣٦٢٥- **مَسَأَلَةٌ:** [المؤيد بالله^(١)]: ولا أجره في الفاسدة ما لم يعمل إجماعاً؛ إذ لا يستحق فيها إلا بالعمل. [أبو طالب]: فإن عمل^(٢) فله أجره المثل مطلقاً^(٣)؛ إذ يستحق مع فساد العقد بالعمل فقط. [أبو يوسف ومالك]: لا شيء له إلا مع الربح كالصحيحة؛ لثلاث تفضل الفاسدة.

قلت: الأصح للمذهب أن الفساد الأصلي يوجب أجره المثل مطلقاً؛ لما مر. والطارئ الأقل منها ومن المسمى مع الربح فقط كالأجير المخالف في صفة العمل، وقد مر.

٣٦٢٦- **مَسَأَلَةٌ:** [المؤيد بالله وأبو طالب وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: وفسادها يوجب ضمان المال؛ إذ يصير كأجير مشترك. [أبو حنيفة]: لا، إلا لتعد كالوديع. قلنا: أمانته فرع صحة العقد، فإذا فسد صار أجيراً مشتركاً.
 ٣٦٢٧- **مَسَأَلَةٌ:** والخسر مع الفساد على المالك؛ إذ له غنمه فعليه غرمه.

٣٦٧- فصل: [في اختلاف المتقارضين]

والقول للعامل في رد المال وتلفه في الصحيحة فقط؛ إذ هو أمين، وفي قدره وخسره^(٤) وربحه؛ إذ الأصل البراءة، وفي أن الربح من بعد العزل؛ إذ هو أقرب وقت، وفي نفي القبض والحجر؛ إذ الأصل عدمهما، وفي نفي أصل المضاربة.
 ٣٦٢٨- **مَسَأَلَةٌ:** [الإمام يحيى]: فإن اختلفا في كيفية الربح ولا بينة تحالفا وانفسخت؛ إذ اختلفا في صفة العقد كالبيع وله أجره المثل بالعمل.

(١) زيادة في نسخة واحدة فقط.

(٢) فيها.

(٣) سواء كان ثم ربح أم لا. (شرح بحر).

(٤) في الصحيحة وأما في الفاسدة فإنه يضمن النقصان ولا يقبل قوله وإن كان لا ينقص شيء من رأس المال بل لمجرد رخص قبل قوله. ذكر معناه في الفتح والصعيتري.

قلت: وهو قوي، بناء على أصله في الثمن والأجرة، [والمذهب] أن القول للمشتري والمستأجر، فكذا القول للمالك هنا.

٣٦٢٩- **سَأَلَتْ:** والقول للعامل في أنه اشترى لنفسه خسر أم ربح؛ إذ هو أعرف بنيته. [قول للشافعي]: بل للمالك كالموكل.

قلت: إنما القول للموكل حيث عين والمقارض لم يُعَيَّن.

٣٦٣٠- **سَأَلَتْ:** والقول للمالك في أن المال قرض لا قراض، فإن بينا فبيننا العامل؛ إذ هي عليه في الأصل.

٣٦٣١- **سَأَلَتْ:** [المذهب وقول للشافعي]: ومن اشترى عبدين لشخصين فالتبس ما لكل منهما ملكهما (١) كالمخاط (٢). [المؤيد بالله والإمام يحيى]: بل يقتسمان. [قول للشافعي]: يباعان ويقسم الثمن.

قلت: الخلاف كمسألة الخلط.

(١) حيث كان متعدياً في اللبس. والتعدي أن يمضي وقت يمكن فيه رفع اللبس فلم يفعل.

(٢) إذا كان بتفريط وإلا قسماً.

كتاب الشركة

هي بكسر الشين: الاشتراك. وبضمها: المشترك.
والأصل فيها من الكتاب قوله تعالى: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ﴾ [الأنفال: ٤١]، وآيتا الميراث والصدقة، ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ﴾ [ص: ٢٤]، وهم الشركاء، ومن السنة: ((يد الله مع الشريكين)) ونحوه^(١)، وشارك صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ السائب^(٢) قبل الإسلام حتى قال: «كُنْتُ خَيْرَ شَرِيكَ..» الخبر. والإجماع ظاهر.

٣٦٨- فصل: [فيما تقع فيه الشركة]

والشركة إما في العين ومنفعتها كالأراضي، أو أحدهما كالموصى بخدمته وكالوقف على جماعة، أو في الحقوق كالرد بالعيب والطريق والمسيل والرهن. أو في حق بدني كالقصاص وحد القذف.

٣٦٩- فصل: [في شرك المكاسب]

وهي نوعان: في المكاسب وفي الأملاك.

فشرك المكاسب أربع:

المفاوضة

[العترة والشعبي وابن سيرين والأوزاعي وسفيان الثوري وابن أبي ليلى ومالك]: وهي مشروعة؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إذا فاضتم فأحسنوا المفاوضة...)) الخبر^(٣). [الشافعي والجويني والغزالي والمروزي والاسفراييني]:

(١) (قوله): «يد الله مع الشريكين» ونحوه: روي عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: ((يد الله مع الشريكين ما لم يتخاونا فإذا تخاونا حقت تجارتها)) هكذا حكاه في الشفاء. [الإمام زيد في المجموع موقوفاً عن علي عَلَيْهِ السَّلَام]. والذي في الجامع عن أبي هريرة يرفعه: إن الله عز وجل يقول: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانه خرجت من بينهما. أخرجه أبو داود (٣٣٨٣) وزاد رزين: وجاء الشيطان. [الحاكم (٢٣٢٢) والبيهقي (١١٢٠٦) والدارقطني (٣/٣٥)].

(٢) (قوله): «وشارك صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ السائب.. الخ»: عن السائب بن أبي السائب قال: أتيت النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فجعلوا يشنون علي ويذكروني فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((أنا أعلمكم به)) فقلت: صدقت بأبي أنت وأمي، كنت شريكي فنعم الشريك، كنت لا تداري ولا تباري. أخرجه أبو داود (٤٨٣٨). وعند رزين: لا تشاري ولا تباري. [وأحمد (١٥٩٠١) والبيهقي (١١٧٥٤)].

(٣) (قوله): «إذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة»: تامه: ((فإن فيها أعظم اليمن والبركة، ولا تتخاذلوا فإن المخاذلة

باطلة؛ إذ لا يعتبر فيها الخلط، بل يشتركان في الغنم والغرم حتى قال [الشافعي]: ما أعلم شيئاً في الدنيا باطلاً، إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة.
قلنا: بل يعتبر الخلط؛ لما سيأتي.

٣٦٣٢- **سَأَلَتْ:** وهي من التفويض أو التساوي كقول الشاعر:
لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهأهم سادوا

٣٦٣٣- **سَأَلَتْ:** وهي أن يخرج حران مكلفان مسلمان أو ذميان جميع نقدهما السواء جنساً وقدرًا، ثم يخلطا ويعقدا، ويقول كل واحد منهما لصاحبه: شاركتك في مالي والتصرف بوجهي على أن نتجر مجتمعين ومفترقين، ولا يتفاضلان في الربح والوضيعة.

ويكفي أن يقولوا: عقدنا شركة المفاوضة أو شركتك مفاوضة، فإن اقتصرنا على لفظ الشركة فوجهان: تنعقد؛ إذ لفظ الشركة يشعر بها، ولا؛ لاحتماله غيرها، وهو الأصح^(١).

فَرَعٌ: فلا تصح بين عبيدين؛ لتعلق دين المعاملة برقابهما، وقد تختلف قيمتهما والاتفاق نادر، ولا بين صبيين ولو [ولا] مأذونين؛ إذ لا يصح منهما التفويض^(٢).

٣٦٣٤- **سَأَلَتْ:** [العرة وأبو حنيفة وأصحابه]: ولا تصح بالعروض؛ لتأديته إلى استبداد أحدهما بالربح لغلاء أو رخص، وهو خلاف موضوعها.

قلت: وإذ علم التساوي حال العقد شرط ولا علم في غير النقدين، ولا يتسامح باليسير إلا فيما خصه الشرع^(٣) كالربويات^(٤). [مالك والبيهي]: تجوز؛ إذ القصد الإذن

من الشيطان)) هكذا في الشفاء.

- (١) ولعل الوجه أنها تختص بأحكام وهي المساواة والضمان والتفويض العام، فلا بد من تمييزها باسمها عن غيرها من الشرك لأنها لا تشاركها في هذه الأحكام. (صعيتري).
- (٢) لأنها معقودة على التفويض العام وهو لا يتناوله الإذن؛ لأنه لا مصلحة له.
- (٣) كالعرايا.
- (٤) فإن علم التساوي فيها شرط.

بالتصرف والربح على قدر المال. [المزني]: تصح في المثليات فقط.
لنا: ما مر.

[أبو طالب ومحمد بن الحسن]: تجوز بالفلوس؛ إذ هي كالتقيد. [المذهب وأبو العباس
وأبو حنيفة]: بل كالعروض؛ لاختلاف قيمتها.
٣٦٣٥- **سَأَلَتْ**: ولا تصح بالجزاف^(١)؛ إذ علم التساوي شرط. [بعض الفقهاء]:
تجوز.

قلنا: لا وجه له.

٣٦٣٦- **سَأَلَتْ**: ولا يصح تفاضل المالين اتفاقاً بين من أثبتها.
٣٦٣٧- **سَأَلَتْ**: [أبو طالب وأبو العباس والإمام يحيى وزفر]: والخلط شرط؛ إذ لا
مفاوضة مع التمييز. [الناصر والمؤيد بالله وأبو حنيفة وأصحابه]: إنها يشترط الاستواء
والعقد، ولا وجه لاشتراط الخلط.

قلت: لا شركة مع التمايز [التمييز].

٣٦٣٨- **سَأَلَتْ**: [بعض الفقهاء]^(٢): ولا بد من اقترانه بالعقد^(٣)، فلو تأخر الخلط
فسدت. [الإمام يحيى]: لا؛ إذ لا يخل تأخره في الإذن بالتصرف.

قلنا: لا تفاوض مع التمييز.

٣٦٣٩- **سَأَلَتْ**: [العتره]: ولا تصح بين مسلم وذمي أو حر وعبد بل يتساويان في
الصفة كالمال^(٤). [الفقهاء]: تجوز في الكل كمؤمن وفاسق وإن كرهت مع الكافر
والفاسق؛ لتصرفهما فيما لا يجوز.

قلنا: للرق والكفر والصغر مدخل في منع التصرف، لا للفسق.

(١) نحو أن يحضر كل واحد منهما كيساً لا يدري بمقداره فهذه الشركة لا تصح لأن علم التساوي في
المالين شرط لما مر. (شرح بحر).

(٢) ساقط من نسخة.

(٣) أو يتقدم.

(٤) يعني: أنه يجب في حق المشتركين تساويهما في صفتها كما يجب تساويهما في قدر المال وصفته. (شرح بحر).

٣٦٤٠- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: ولو شرطاً تفاضلاً في الربح مع استواء المال أو العكس (١) صح (٢)؛ إذ المفضل عامل فجاز كالمضارب. [مالك وزفر]: لا؛ إذ هو خلاف موجبها وهو التساوي.

قلت: وهو المذهب، وفي حكاية [الإمام يحيى] نظر.

٣٦٤١- **سَأَلَتْ:** وكل واحد من المتفاوضين فيما يتعلق بالتصرف وكيل للآخر وكفيل، له ما له، وعليه ما عليه، من ثمن مبيع أو تسليمه أو رد بخيار أو نحوه (٣)، إلا ما خرج عن موضوع الشركة كجناية ونكاح واستيلاء ومزارعة وكفالة بوجه.

فَرَعٌ: [أبو العباس وأبو طالب وأبو حنيفة]: فأما غضب استهلك حكماً أو كفالة بهال عن أمر الأصل فكالتيجارة؛ لرجوعه على المكفل وملك المستهلك بعوضه. [المؤيد بالله والإمام يحيى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: ليس بتجارة.

قلنا: معاوضة فأشبهها.

٣٦٤٢- **سَأَلَتْ:** ونفقة كل منهما من المال إجمالاً، ومتى غبن أحدهما فاحشاً أو وهب أو أقرض أو استنفق من مالها (٤) أكثر منه وغرم نقداً (٥) ولم يجز الآخر صارت عناناً؛ لتفاضل المال.

وكذا إن ملك نقداً زائداً صارت عناناً بعد قبضه أو وكيله، لا حويله ولا قبله إلا في ميراث المنفرد؛ لأنه حيث ينفرد كالتقابض لا حيث يشارك إلا عند [الناصر والمؤيد بالله]. وإنما لم تبطل بمجرد الملك؛ لأنه قد يبطل الملك بالتلف كضمن المبيع يبطل ملك ثمثه بتلفه قبل قبضه.

(١) وهو التفاضل في الخسر.

(٢) المذهب أنهما إن شرطاً تفضيلاً في الخسر لغا وإن شرطاً في الربح فإن شرطاً للعامل صح الشرط وكانت عناناً وإن شرطاً لغير العامل لغا الشرط وتبع الربح المال. (بيان).

(٣) كإجازة العقد الموقوف.

(٤) المراد نفقتهما على عولهما لا على أنفسهما لأن كل واحد يستحق نفقة قلت أو كثرت.

(٥) يعني: حصة الشريك أما لو غرم الكل لم تبطل.

٣٦٤٣- **سَأَلَتْ:** وتبطل بالجنون والموت والجحود والعزل والفسخ ويدخلها التعليق والتوقيت؛ إذ هي إذن وتوكيل، وهذه الأمور (١) تبطلها (٢) ويدخلها (٣).

العنان

وهي مشروعة إجماعاً، وقول [مالك]: لا أعرف العنان، أراد اشتقاق اللقب. والأصل فيها [خبر] (٤) وشركة البراء وزيد بن أرقم (٥)، وقررها صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وهي مع الفتح من «عَنَّ» إذا ظهر أو عرض أو فَضِّلَ إذا اشتركا فيما ظهر أو عرض أو فضل. ومع الكسر من «عنان الدابة» لحبس الشريكين عن التصرف إلا على ما شرعا.

٣٦٤٤- **سَأَلَتْ:** ومن صحت وكالته صحت شركته عناناً ولو صبيماً أو عبداً مأذونين أو متفاضلي المالين؛ إذ هي وكالة.

٣٦٤٥- **سَأَلَتْ:** [القاسم والشافعي وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن]: ولا تصح بين مسلم وذمي؛ إذ يستبيح ما لا يستبيح المسلم. [أبو يوسف]: تصح مطلقاً. [مالك]: بشرط ألا يغيب عنه المسلم في تصرفه. [الإمام يحيى والحسن البصري]: تكره؛ لقول ابن عباس: «أكره أن يشارك المسلم اليهودي والنصراني».

قلنا: لا يؤمن أن يبيع الخمر ونحوه.

٣٦٤٦- **سَأَلَتْ:** ويكفي: عقدنا شركة العنان ونحوه (٦)، ولو بالفارسية كالوكالة.

(١) يعني: الجنون ونحوه.

(٢) أي: الإذن والتوكيل.

(٣) أي: التعليق والتوقيت.

(٤) زيادة في نسخة.

(٥) (قوله): «وشركة البراء وزيد»: تقدم بعض روايات ذلك وفي إحدى روايات البخاري (٢٤٩٨) عن أبي المنهال قال: اشترت أنا وشريك لي شيئاً يدا بيد ونسيئة فجاءنا البراء فسألناه؟ فقال: فعلته أنا وشريكي زيد بن أرقم فسألنا النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن ذلك فقال: ((أما ما كان يدا بيد فنحوه، وما كان نسيئة فردوه)).

(٦) كأن يقولوا: عقدنا هذه الشركة على أن يتصرف كل واحد منا في مال صاحبه. (شرح بحر).

٣٦٤٧- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن المذهب]: ومن حق المال أن يكون نقداً مخلوطاً معروف القدر لا عرضاً؛ لما مر.

[المؤيد بالله وأبو طالب وأصحاب الشافعي ومحمد بن الحسن]: والحيلة ^(١) في العرض أن يبيع كل واحد منهما نصف عرضه من صاحبه ويشتركان في الثمن ^(٢)، وإن لم يتقابضا. [الإمام يحيى]: وكذا في المفاوضة ^(٣)؛ إذ لا خلل حيثئذ.

٣٦٤٨- **سَأَلَتْ:** ولا يصير أيهما فيما يتصرف فيه الآخر وكياً ولا كفيلاً.

٣٦٤٩- **سَأَلَتْ:** ويتبع الخسر بالمال إجمالاً، وكذا الربح إن أطلقا. [القاسمية وأبو حنيفة]: وكذا إن شرطاً تفضيل غير العامل؛ إذ الزيادة له ربا؛ إذ لم تقابل مالاً ولا عملاً فهي كشرط ربح معلوم.

فَرَعٌ: [العترة وأبو حنيفة]: ولو شرط أحدهما أن لا يعمل وله من الربح حصة ماله، أو شرط أن له بعمله أكثر من صاحبه صح؛ لقضائه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لمن لم يعمل بحصته حيث قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إنما رزقك الله بمواظبة صاحبك على المسجد)) ^(٤)، ولو شرط أن لا يعمل ثم عمل لم يستحق أكثر.

(١) أي: في صحة الشركة فيه هي أن يبيع كل منهما نصف عرضه أو جزءاً منه من صاحبه على قدر شركتهما ويقدان الشركة في الثمن فيصح ذلك وإن لم يتقابضا. قال الإمام يحيى: لأن تركه لا يغير حكم الشركة. (شرح بحر).

(٢) قال مولانا عَلَيْهِ السَّلَام: وظاهر كلام أصحابنا خلاف هذا وأنها قد صاروا شريكين قبل البيع. (شرح أزهار). ويجبر من امتنع من البيع. (زهور). يعني: حيث لم يريدوا فسخها وإلا أجبر من امتنع من القسمة.

(٣) المذهب خلافه.

(٤) (قوله): «لقضائه عَلَيْهِ السَّلَام.. إلخ»: روي عن زيد بن علي عَلَيْهِ السَّلَام عن أبيه عن علي عَلَيْهِ السَّلَام أن رجلين كانا شريكين على عهد رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فكان أحدهما مواظباً على السوق والتجارة والآخر مواظباً على المسجد والصلاة فلما كان وقت قسمة الربح قال صاحب السوق: فضلني في الربح، فإني كنت مواظباً على التجارة، فقال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إنما كنت ترزق بمواظبة صاحبك على المسجد)). هكذا في الشفاء، ونحوه في أصول الأحكام والمجموع. والذي في الجامع عن أنس قال: كان أخوان على عهد النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فكان أحدهما يجتهد وكان الآخر يلزم رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ويتعلم منه، فشكا المحترف أخاه إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: ((لعلك به ترزق)) أخرجه الترمذي (٢٣٤٥). [والحاكم (٣٢٠) وقال: صحيح على شرط مسلم].

- ٣٦٥٠- **سَأَلَتْ:** ولو شرط أحدهما أن يكون له دراهم معلومة من الربح لم تصح (١) الشركة فيتبع الربح والخسر بالمال (٢).
- ٣٦٥١- **سَأَلَتْ:** والشريك أمين؛ لقول علي عليه السلام: (ليس على من قاسم في الربح ضمان) (٣) يعني: الشريك والمضارب، ولم يخالفه أحد، وهو توقيف.
- ٣٦٥٢- **سَأَلَتْ:** ومتى غبن أحدهما فاحشاً لم يلزم الآخر؛ لما مر (٤).
- ٣٦٥٣- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى حكاية عن المذهب ومالك وقول للشافعي]: وإذا شرط الخسر من مال أحدهما فسدت؛ لمخالفة موجبها (٥). [أبو حنيفة وأصحابه وقول للشافعي]: بل يلغو الشرط؛ إذ عقدها لا يبطل بالجهالة فصح مع الشرط المجهول كالطلاق والعتاق. قلنا: إيجاب وقبول فيفسدها، كلو شرط دراهم معلومة، وكالإجارة.
- ٣٦٥٤- **سَأَلَتْ:** وتنفسخ بالموت والجنون والإغماء والجحود والعزل؛ لما مر (٦)، وبيقيان شريكين (٧) ما لم يقتسما.
- [الإمام يحيى]: ولو عزل أحدهما نفسه لم ينعزل الآخر.
- قلت: ولا هو إلا في وجه شريكه؛ لما سيأتي (٨).
- ٣٦٥٥- **سَأَلَتْ:** ولو كان بين رجلين دراهم معلومة نصفين فأذن أحدهما لصاحبه بالإتجار لم تكن شركة؛ إذ لم يشتركا في العمل والربح، ولا مضاربة؛ إذ لم يذكر الربح.

(١) وقيل: يلغو الشرط.

(٢) قيل: إلا أن يشترط ذلك عما زاد على كذا صح هذا الشرط.

(٣) (قوله): «ليس على من قاسم في الربح ضمان»: قلت: لعل هذه رواية بالمعنى لما سبق عن علي عليه السلام في المضاربة.

والله أعلم. [المؤيد بالله في شرح التجريد والمتوكل على الله في أصول الأحكام، وعبدالرزاق (١٥١٣)].

(٤) في أنها وكالة محضه والغبن إنما يلزم الوكيل دون الموكل. (شرح).

(٥) وهو أن الخسر يتبع المال. (شرح).

(٦) يعني: من أنها وكالة محضه، وليست عقداً لازماً، والوكالة تبطل بذلك كله. (شرح بحر).

(٧) أي: شركة أملاك لا عنان.

(٨) في باب الوكالة أنه ليس للوكيل عزل نفسه إلا في وجه الأصل على المذهب. (شرح).

الوجوه

أن يوكل كل من جائزي التصرف صاحبه أن يجعل له فيما استدان أو اشترى جزءاً معلوماً ويتجر فيه (١).

[العتره وأبو حنيفة]: وهي مشروعة؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، ولم يفصل (٢). [الشافعي وأصحابه]: لا تصح قولاً واحداً؛ إذ ما اشتراه كل منهما ملكه. قلنا: وكالة فيملكان.

٣٦٥٦- **سَأَلَتْ**: وعقدها ما ذكرنا أو: عقدنا شركة الوجوه، ويعينان الجنس (٣) إن أرادا التخصيص كالوكالة.

وهي كالعنان إلا أن الربح فيها يتبع المال وإن شرطاً خلافه؛ إذ يؤدي إلى ربح ما لم يضمن، وقد نهي عنه.

الأبدان

أن يوكل كل منهما صاحبه أن يتقبل ويعمل عنه (٤) في قدر معلوم مما استؤجر عليه، ويعينان الصنعة (٥)، وإلا فسدت؛ للجهالة.

٣٦٥٧- **سَأَلَتْ**: [العتره جميعاً وأبو حنيفة وأصحابه]: وهي مشروعة؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] ولم يفصل. [الشافعي والليث بن سعد وابن حي]: لا تصح؛ لبنائها على الغرر؛ إذ لا يقطعان بحصول الربح، لتجوز تعذر العمل.

قلنا: العبرة بالغالب، وتعذره نادر فلا حكم له كالأستجار على ضرب اللبن وجعله أجراً، وقد يتعذر بتواتر المطر ونحوه (٦).

(١) إن أحب.

(٢) بين عقد وعقد، وعدم الفصل دليل العموم إلا فيما خصه دليل. (شرح بحر).

(٣) الذي يتصرفان فيه.

(٤) المعتبر التقبل عنه وأما العمل فمطلقاً سواء عمل عنه أم لا. (شرح فتح). ثم هو مخير بين أن يعمل عنه أو يدفعه إليه ليعمله هو. (شرح أثمار بهران).

(٥) حيث لم يقع تفويض.

(٦) تعذر الماء. (شرح).

٣٦٥٨- **سَأَلَتْ**: [العتره وأبو حنيفه]: وتصح مع اختلاف الصنعة كاتفاقهما. [مالك وزفر]: الاتفاق شرط.

قلنا: هي إما توكيل أو ضمان، وكلاهما يصح مع الاختلاف كالاتفاق.

٣٦٥٩- **سَأَلَتْ**: [تخريج المؤيد بالله]: ومبناها على التوكيل لا التضمين؛ إذ وكل كل صاحبه على تقبل العمل ليستحق الربح، فلو ضُمَّنَّ العمل على غير^(١) المتقبل لم يستحق الأجرة كمن اشترى سلعة وضُمَّنَّها غيره، فإن الضامن لا شيء له في الربح. [أبو طالب وأبو حنيفه وأصحابه]: بل على التضمين؛ إذ وكله بتقبل العمل على وجه يكون به مطالباً فيكون مضموناً عليه؛ إذ يلزمه تسليمه^(٢).

قلنا: الضمان لازم لكنه تبع للتوكيل.

وفائدة الخلاف تظهر في مطالبة الخصم لكل منهما بالعمل فيما تقبله أحدهما، فله ذلك على قوهم لا على قولنا فيطالب المتقبل فقط؛ إذ هو الملتزم له بالعمل دون الآخر، وإن كان العمل عليهما والأجرة لهما لأجل التوكيل بينهما لا لأجل ضمانه للمستأجر، دليله العنان والوجوه.

٣٦٦٠- **سَأَلَتْ**: والربح والخسر^(٣) فيها يتبعان التقبل، فإن شرط أحدهما أكثر لغا الشرط؛ إذ الربح بإزاء التقبل لا غير.

٣٦٦١- **سَأَلَتْ**: [الهادي]: ولو أرادا تفضيل أحدهما في الربح ضمن من الوضعية قدر تفضيله^(٤). [المؤيد بالله]: لا يصح التفاضل فيها عند كل من أثبتها، بل يلغو الشرط؛ لتأديته إلى ربح ما لم يضمن.

(١) في نسخة صحيحة بحذف لفظ « غير » وكذا في الأم وهو الظاهر ولعل إثباتها على معنى فلو حكم بالضمان على غير المتقبل. تمت من حاشية في هامش نسخة الإمام الهادي عز الدين بن الحسن عليه السلام وليست بخطه والله أعلم.

(٢) أي: تسليم الضمان. (شرح بحر).

(٣) والمراد بالخسر ضمان العمل لا ضمان المصنوع. (زهور).

(٤) فيكون على من له ثلثا الربح ثلثا الضمان وعلى من له ثلث الربح ثلث الضمان ونحو ذلك.

٣٦٦٢- **سَأَلَتْ:** [العتره وأبو حنيفه وأصحابه]: ولهما العمل مجتمعين ومفترقين. [مالك]: لا، إلا مجتمعين في موضع واحد.

قلنا: كلو وكل رجلين في بيع أو شراء.

٣٦٦٣- **سَأَلَتْ:** ولا تنسخ بترك أحدهما العمل فيها^(١) وفي جميع الشرك ولا حقه من الأجرة وفاقاً؛ إذ عقداها على أن ما يحصل لأحدهما فهو مشترك بينهما، وهذا لا يبطله ترك العمل.

٣٦٦٤- **سَأَلَتْ:** [العتره وأبو حنيفه وأصحابه]: وما لزم أحدهما من غرم لا من جهة ما اشتركا فيه لم يلزم الآخر، والوجه ظاهر.

٣٦٦٥- **سَأَلَتْ:** [العتره جميعاً ومالك وأحمد بن حنبل]: ويصح الاشتراك في عمل^(٢) المعادن كالخياطة ونحوها. [الفريقان]: لا؛ لتجويز أن لا يحصل. قلنا: الغالب الحصول.

٣٦٦٦- **سَأَلَتْ:** [تخريج أبي طالب والفريقان]: ولا تصح في المباحات كالصيد والاحتشاش؛ لتجويز أن لا يقع، ولجهالة العمل. [تخريج المؤيد بالله والإمام يحيى للهادي ومالك وأحمد بن حنبل]: تصح كالتوكيل فيه وكالخياطة.

قلنا: لا نسلم الأصل، والخياطة معلومة.

قالوا: اشترك^(٣) سعد بن أبي وقاص وابن مسعود وعمار يوم بدر فيما يغنمون، فالصيد كذلك.

قلنا: حكاية فعل لا يؤخذ بظاهاها.

(١) ويأثم إن تعمد الترك قال الذويد: فإن عمل أحدهما وظن أن صاحبه قد عمل ثم بان عدم عمله رجع بأجرته وإن عمل وقد علم أن صاحبه لم يعمل فمتبرع. (غاية).

(٢) أي: بالإخلاص بعد استخراجيه. (شرح أثمار).

(٣) (قوله): «اشترك سعد بن أبي وقاص.. إلخ»: عن ابن مسعود قال: اشتركت أنا وعمار وسعد فيما نصيب يوم بدر، ففجاء سعد بأسيرين ولم أجيء أنا وعمار بشيء. أخرجه أبو داود (٣٣٨٨). [والنسائي (٣٩٣٧) والدارقطني (٣/٣٥)].

٣٦٦٧- **سَأَلَتْ:** والشركة في طعام المزاد صحيحة سنة؛ لفعله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (١)، وهي: أن يخلط أحد الرجلين طعامه بطعام الآخر ويأكلان جميعاً، وقد قال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((خير الطعام ما اجتمعت عليه الأيدي وكان أصله حلالاً)) (٢).

٣٦٦٨- **سَأَلَتْ:** وتصح في الزراعة مع الاشتراك في البذر، ولو اشترك أربعة في أجرة الطحن على أن من أحدهم المنخل (٣) ومن أحدهم الرحى ومن الثالث البيت ومن الرابع العمل صحت وكانت بينهم أربعاً كلوا اشترك حائك وصباغ ونجار وقصار.

٣٦٦٩- **سَأَلَتْ:** وتفسد بالجحد ونحوه (٤)، كما مر (٥)، وباختلاف الصانعين في العمل (٦) المعين كالوكالة.

٣٦٧٠- **سَأَلَتْ:** [المرتضى]: ومن أعطى بزر (٧) الدود وورق التوت ليعالجها وتكون نصفين فإجارة فاسدة (٨).

(١) (قوله): «لفعله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»: عن أبي هريرة قال: كنا مع النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في سفر قال: ففدنت أزواد القوم حتى إذا هموا بنحر جهالم قال: فقال عمر: يا رسول الله لو جمعت ما بقي من أزواد القوم فدعوت الله عليها، قال: ففعل فجاء ذو البربره، وذو التمر بتمره، وذو النوى بنواه. قلت: وما كانوا يصنعون بالنوى؟ قال: يمصونه ويشربون عليه الماء. قال: فدعا عليها قال: حتى ملأ القوم أزودتهم، قال: فقال عند ذلك: ((أشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله لا يلقي الله بهما عبد غير شاك فيهما إلا دخل الجنة)). أخرجه مسلم (٢٧).

(٢) (قوله): «خير الطعام ما اجتمعت عليه الأيدي» رواه أبو يعلى والطبراني وأبو الشيخ، وقال المنذري: فيه نكارة. وعن وحشي بن حرب عن أبيه عن جده أن أصحاب النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قالوا: يا رسول الله إنا نأكل ولا نشبع؟ قال: ((لعلكم تفتقرون)) قالوا: نعم، قال: ((فاجتمعوا على طعامكم واذكروا اسم الله عليه يبارك لكم فيه)) أخرجه أبو داود (٣٧٦٤). [ابن ماجه (٣٢٨٦) ابن حبان (٥٢٢٤) والحاكم (٢٥٠٠)].

(٣) والنخل. (بيان).

(٤) كالجنون والإغماء والموت والعزل والفسخ. (شرح بحر).

(٥) في المفاوضة.

(٦) كأن يقول أحدهما: هو عمل الحديد، وقال الآخر: بل عمل النجارة، ونحو ذلك. (شرح).

(٧) أي: بيض دود القز. (شرح بحر).

(٨) فيستحق العامل أجرة المثل. ذكر ذلك محمد بن يحيى عَلَيْهِ السَّلَام. (شرح بحر).

٣٦٧١- **سَأَلَتْ:** ومن أحضن دجاجةً غيره بيضاً^(١) فأفرخت فالفراخ لرب البيض إجمالاً، وعليه أجرة الدجاجة، والوجه ظاهر، وهي ما بين قيمتها حاضنة وغير. حيث لا عرف فيها.

(١) ليكون بينه وبين مالك الدجاجة ما حصل من الفراخ.

[٨٤]- باب شركة الأملاك

٣٧٠- فصل: [في الشركة في العلو والسفل]

الشركة في العلو والسفل إما عن قسمة أو بيع أو وصية أو إقرار وحكمها واحد. ٣٦٧٢- **مَسْأَلَةٌ:** [الهادي والمؤيد بالله وأبو طالب ومالك وقول للشافعي]: ويجبر رب السفلى الموسر على إصلاحه؛ لئيتفع^(١) رب العلو؛ إذ له حق فيه لا يبطله انهدامه، ويجب تمكينه منه كما أن على المؤجر تمكين المؤجر^(٢). [زيد بن علي والناصر وأبو حنيفة والشافعي]: لا إجبار بل يصلحه ويحبسه عن مالكة حتى يوفيه غرمه؛ إذ لا يجبر على عمارة ملكه.

قلنا: لم يؤمر لأجل نفسه بل لحق غيره.

فَرْعٌ: وكذلك من في ملكه حق مسيل أو إساحة أو طريق فعليه إصلاحه كذي السفلى، فلو ارتفع مدغر الأرض المشتركة لم يكن له العقم لحبس الماء؛ إذ يضر بشريكه بل يزيل الارتفاع، وعلى رب الموقر إصلاحه إن تغير على وجه يضر بالمدغر. فإن تمرد جاز لرب المدغر العقم ولو ارتفعت إحدى الضيعتين عن ساقيتهما فطلب نقل موضع قسمة الماء لئيتفع أجيب. وقيل: لا، وهو أقرب إن تضرر شريكه بالنقل.

٣٦٧٣- **مَسْأَلَةٌ:** فإن غاب رب السفلى أو أعسر أو تمرد فلرب العلو إصلاحه إجمالاً؛ لئيتمكن من حقه.

[أبو طالب وأبو حنيفة]: ولا يحتاج إلى إذن حاكم؛ إذ ولايته أخص. [المؤيد بالله]: بل

(١) وقد استدلل الإمام القاسم بن محمد عليه السلام في الاعتصام على هذه المسألة بقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((مثل القائم على حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا على سفينة فأصاب بعضهم أعلاها وبعضهم أسفلها فكان الذين في أسفلها إذا استقوا من الماء مروا على من فوقهم فقالوا: لو أنا خرقنا من نصيبنا خرقتنا ولم نؤذ من فوقنا، فإن تركوهم وما أرادوا هلكوا جميعاً، وإن أخذوا على أيديهم نجوا ونجوا جميعاً)).

(٢) فإن من أجر داراً أو دابة فإنه يلزمه تسليم المفتاح وما لا تتم السكنى إلا به وعلف الدابة ونحوه لئيتمكن المستأجر من الانتفاع بحقه، فكذلك هاهنا. (شرح بحر).

يحتاج كبيع مال المديون.

قلنا: لا شركة هناك.

فَرْعٌ: [المذهب]: وله أن يجسه أو يكرهه أو يستعمله بقدر غرمه. [أبو حنيفة]: بأمر

الحاكم ^(١) في الغائب.

قلنا: ولايته أخص.

٣٦٧٤- **مَسْأَلَةٌ:** فإن أراد رب السفل بيع نَقْضِهِ منع؛ لإضراره ^(٢)، ولا يمنع من

بيعه قائماً؛ إذ لا ضرر.

٣٦٧٥- **مَسْأَلَةٌ:** [العترة وأبو حنيفة وأصحابه]: وليس لرب العلو بيع حق التعلية؛ إذ لا

يباع الحق منفرداً. [الشافعي]: له ذلك.

لنا: ما مر.

٣٦٧٦- **مَسْأَلَةٌ:** [الإمام يحيى حكاية عن العترة وأبو حنيفة ^(٣)]: وإذا تداعيا السقف فاليد

لرب السفل؛ لوضعه على ملكه، كحمل على حيوان القول فيه لصاحب الحيوان.

[مالك]: بل لرب العلو؛ إذ يده أظهر، لكثرة انتفاعه به. [الشافعي]: بل بينهما؛ لاستواء

أيديهما.

قلت: وهو القرب للمذهب.

أما في العرصة فاليد لرب السفل كدابة عليها حمل لأحد المتداعيين.

٣٦٧٧- **مَسْأَلَةٌ:** [العترة وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: ولكل منهما أن يفعل في ملكه

ما لا يضر بالآخر ^(٤) من فتح باب أو طاقة أو تعلية أو غيرها. [أبو حنيفة]: لا، إلا

^(١) وهذا أقرب في الإكراء والاستعمال لا الحبس فلا يحتاج إلى إذن الحاكم، وهذا مقرر. (غاية وحاشية

سحولي).

^(٢) إذا كان صاحب السفل معسراً فأما إذا كان موسراً وباع الآلة فقط صح وأجبر على إبدالها بمثلها.

وإن باع الآلة والعرصة صح وأجبر المشتري على عمارته فإن كان جاهلاً لحق العلو عليه فذلك عيب

يوجب له الخيار.

^(٣) ذكر في نسختين وحذف من نسخة، وفي نسخة: أبو حنيفة وأصحابه.

^(٤) ظاهر الكتاب وغيره من كتب المذهب أنه لا فرق بين ضرر ملك أحدهما أو تضرر الآخر هو بنفسه،

وعن الدواري المراد بالضرر ضرر ملك الآخر. (دواري).

بإذن الآخر؛ إذ لكل منهما حق ولا يؤمن الضرر فيما يحدث.

قلنا: فرضنا حيث لا ضرر فارتفع الخلاف.

فَرْعٌ: ويضمن كل منهما ما أمكنه دفعه من إضرار نصيبه؛ لما سيأتي في الجنايات. ٣٦٧٨- **مَسْأَلَةٌ:** ولا يجبر الممتنع عن إحداث حائط بين المالكين؛ إذ لا موجب له، ولا الممتنع عن قسمة الحائط المشترك حيث لكل منها الحمل؛ إذ يتعذر التمييز^(١)، فإن استحققه أحدهما وهو الطالب أجبر^(٢) الآخر؛ إذ لا يؤدي إلى إبطال حق [الآخر]، بخلاف العكس.

٣٦٧٩- **مَسْأَلَةٌ:** [أبو العباس وقول للشافعي وأبو حنيفة]: ولا يفعل أيهما فيه غير ما وضع له، ولا يستبد بالانتفاع به إلا بإذن الآخر؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه)). [قول للشافعي]: بل له الغرز فيه بلا إذن؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره))^(٣).

قلنا: ندب كقوله: ((ولا تمنعوا الموجود))^(٤).

٣٦٨٠- **مَسْأَلَةٌ:** ومن كان له على جدار حمل ثم شَرَّك فيه لم يُبَيِّق الحمل إلا بإذن الشريك^(٥)؛ لما مر.

(١) في الحق الثابت لكل منهما في ملك الآخر فلا يمكن قسمته وليس لأحدهما نزع يد الآخر عن ذلك

الحق إلا بالرضا وسواء كان موضع الجدار واسعاً أم ضيقاً. (شرح بحر).

(٢) إذا كان نصيب كل واحد منه إذا قسم يمكنه أن يعمر فيه جداراً وإلا فلا.

(٣) (قوله): «لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره»: عن أبي هريرة أن رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: ((لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره)) قال: ثم يقول أبو هريرة: ما لي أراكم عنها معرضين؟ والله لأرmin بها بين أكتافكم. أخرجه البخاري (٢٤٦٣) ومسلم (١٦٠٩) والموطأ (١٤٣٠)، ولأبي داود (٣٦٣٤) والترمذي (١٣٥٣) نحوه. [ابن أبي شيبة (٢٣٠٣٥) وأحمد (٧١٥٤)].

(٤) فيقل خيركم. (شرح). [رواه في الأربعين السيلقية].

(٥) ولا يقال: إن ظهوره كاستثنائه لأن ذلك إنما هو فيما كان مستهلكاً كالقبر والمسجد كما تقدم في البيع، وقال الفقيه حسن: بل يبقى على حاله للعرف بذلك. (بيان). وقال الفقيه يوسف: ولعل وجه ذلك أنه إذا وضع ذلك وهو مالك فقد أثبت الحق للوضع فلا يبطل بالبيع. (رياض).

٣٦٨١- **مَسْأَلَةٌ:** وإذا انهدم الجدار المشترك أجبر الممتنع منهما على إصلاحه كما في العلو والسفل، وقد مر الخلاف.

٣٦٨٢- **مَسْأَلَةٌ:** وإذا انتفع أحد الشريكين فيما تهايناه ثم تلفت عينه قبل استيفاء الآخر فله قيمة حصته من المنفعة التي استهلك شريكه لا مثل تلك المنفعة؛ إذ ليس بمثل.

٣٧١- فصل: (في الشركة في السكك)

ويجوز للمشاركين في السكة فتح الطاقات والأبواب وتحويلها كما لهم الاستطراق إلا إلى داخل المنسدة بغير إذن الداخلين؛ إذ لا حق للخارج فيها وراءه، ويجوز فتح باب من سكة إلى سكة نافذة؛ إذ هي حق لكل الناس، وكذا الكوى^(١).

٣٦٨٣- **مَسْأَلَةٌ:** [المذهب وأبو حنيفة]: ولا يضيق قرار السكك النافذة ولا هواؤها بشيء وإن اتسعت؛ إذ الهواء تابع للقرار في كونه حقاً كتبعية هواء الملك لقراره.

[المؤيد بالله والشافعي]: إنها حق المار في القرار لا الهواء فيجوز الروشن والسباباط

حيث لا ضرر.

قلنا: بل الهواء حق؛ لما سيأتي.

فَرَعٌ: [المؤيد بالله]: ويجوز تضيق النافذة المسبلة بما لا ضرر فيه؛ لمصلحة عامة كمسجد ومسكن لحاكم أو مفت بإذن الإمام فقط؛ إذ التصرف في المصالح إليه، وفي دخوله في ملكه عند جعله مسجداً تردد^(٢).

فَرَعٌ: ويجوز في هواء النافذة المشروعة غير المسبلة الروشن والدكة والمسيل والبالوعة وفتح الطاقات والأبواب، لا تضيقها ولا إحيائها لتعلق الحق بها، وما

(١) أي: له فتحها إلى أي السكتين شاء.

(*) والكوى هي ما يفتح للضوء، والطاقات ما يفتح من العلو للاستراحة والنظر إلى أي الجوانب شاء. (شرح بحر).

(٢) القياس أنه لا يدخل في ملكه وإن صح وقفه؛ إذ يصح الوقف من ذي الولاية العامة. ذكره الإمام شرف الدين

ليس بمسبل ولا مشروع جاز إحيائه كالطرق في الصحاري المتسعة^(١)، ولا يجوز في المنسدة شيء من ذلك إلا بإذن الشركاء؛ لانحصارهم^(٢).

٣٦٨٤- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: وإذا التبس عرض الطريق بين الأملاك أو كان حولها أرض موات بُقِّيَ لما تجتازه العماريات اثني عشر ذراعاً ولدونه سبعة، وفي المنسدة مثل أعرض باب فيها، [ولا يغير ما علم قدره وإن اتسع].

٣٦٨٥- **سَأَلَتْ:** ويمنع في الطريق الغرس والبناء والحفر ومرور أحمال الشوك^(٣) ووضع الحطب والذبح فيها ووضع القمامة فيها والرماد وقشر الموز وإحداث السواحل والموازيب وربط الكلاب الضارية؛ لما فيها من الأذى، [ولا يُغَيَّرُ ما علم قدره وإن اتسع].

٣٦٨٦- **سَأَلَتْ:** [تخريج أبي العباس]: وإذا تنوزع في الجدار فلمن بين ثم لمن اتصل بينانه؛ إذ الظاهر معه، ثم لذي الجذوع؛ لذلك، فإن كانت لهما فبينهما، وإن زادت جذوع أحدهما؛ إذ اليد لهما، ولا تأثير للكثرة، كرجلين ممسك أحدهما بطرف ثوب والآخر ببقية أطرافه. [أبو حنيفة]: بل بقدر الجذوع فيكون بين العشرة والخمسة أثلاثاً. [أبو يوسف]: القياس كقولنا، والاستحسان قول [أبي حنيفة] وهو أقوى.

لنا: ما مر^(٤).

[الشافعي]: لا عبرة بالجذوع فهو بينهما ولو الجذوع لأحدهما.

قلنا: الجذوع تقوي اليد كركوب الدابة مع سوقها.

قلت: ثم لمن ليس إليه توجيه البناء، ثم لذي التزيين والتجصيص أو القمط في

بيت الخُصِّ؛ إذ هي أمانة في العرف كالاتصال.

(١) ظاهره وإن بيضت بالمرور. قلت: لأن الظاهر أن ذلك لا يفعل بحق معلوم بل بطريق الإباحة الأصلية كما يفعل في الأموال المحروثة المملوكة حال خلوها من الزرع والأشجار. (مقصد حسن).

(٢) فهي كسائر أملاكهم. (شرح بحر).

(٣) إذا كانت تتساقط فيه. (بيان).

(٤) إذ اليد لهما.

٣٧٢- فصل: [في الشركة في الشرب]

ومن احتفر بئراً أو نهراً فهو أحق بمائه إجماعاً وإن بعدت منه أراضيه وتوسط غيرها^(١).

فَرَعٌ: [أبو العباس وأبو طالب والمؤيد بالله والفريقان ومالك]: وهو حق لا ملك، فليس له منع فضلته؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الناس شركاء في ثلاثة...)) الخبر. [بعض الفقهاء والإمام يحيى وأحد قولي المؤيد بالله]: بل ملك لكن عليه بذل الفضلة للماشية والكأ لينبت والوضوء والغسل وإزالة نجاسة الثياب وغيرها؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((من منع فضل الماء ليمنع به الكأ منع الله منه فضل رحمته))^(٢)، وقيس الحيوان على الأدمي؛ للحرمة. [بعض الفقهاء]: يستحب بذله لهما فقط لا للزرع والشجر؛ إذ لا يلزمه سقيهما لنفسه فكذا غيره، بخلاف الماشية لحرمتها. لنا: الخبر.

٣٦٨٧- مَسْأَلَةٌ: [الهادي]: وإذا اشترك في أصل النهر أو مجاري السيل قسم على الحصص إن تميزت. [أبو جعفر]: فإن التبست مُسِحَتِ الأَرْضِ وقسم بقدرها.

فَرَعٌ: ولذي الصبابة ما فَضَّلَ عن كفاية الأعلى، فإن كان قليلاً فحده أن يعم أرض الأعلى إلى الكعبيين في النخيل، وإلى الشراك في الزرع؛ لقضائه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بذلك في خبر عبادة^(٣)، فأما قوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للزبير: ((اسق أرضك [حقك] حتى تبلغ

(١) بين النهر وأرض صاحبه فليس لمن توسطت أرضه أن يسقيها من ذلك الماء قبل استغناء صاحبه عنه. (شرح).

(٢) قوله: «من منع فضل الماء.. إلخ»: تقدم في كتاب البيع.

(٣) قوله: «في خبر عبادة»: روي عن عبادة بن الصامت: أن الرسول صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى في شرح نخيل مرسل أن الأعلى يسقي حتى يبلغ الماء إلى الكعبيين ثم الأسفل كذلك إلى أن تنتهي الأراضي. هكذا روي. وفي التلخيص ما لفظه: حديث عبادة بن الصامت: أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى في شرب النخل للأعلى أن يسقي قبل الأسفل ثم يرسل الأعلى إلى الأسفل ولا يجبس الماء في أرضه. وفي رواية: أنه يجعل الماء إلى الكعبيين. وفي أخرى: «يرسل الماء حتى ينتهي إلى الأراضي»- ابن ماجه (٢٤٨٣) والبيهقي (١١٦٣٩) والطبراني وفيه انقطاع. تنبيه: الرواية التي أشار إليها بقوله: حتى ينتهي إلى الأراضي لم يوجد لفظها. نعم، عند المذكورين: في رواية إسحاق بن يحيى عن جده عبادة: «حتى تنقضي الحوائط» انتهى. والذي في الجامع عن ثعلبة بن أبي مالك أنه سمع كبارهم يذكرون أن رجلاً من قريش كان له سهم في بني قريظة فخاصم إلى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في سيل مهزور ومذنيب الذي يقتسمون ماءه فقضى رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ((أن الماء إلى الكعبيين لا

الجدار))^(١)، فقيل: عقوبة لخصمه، وقيل: بل هو المستحق وكان أمره بالتفضل. فإن كانت أرض بعضها مطمئن فلا يبلغ في بعضها الكعيبين إلا وهو في المطمئن إلى الركبتين قُدِّم المطمئن إلى الكعيبين ثم حبسه وسقى باقيها. [أبو طالب]: العبرة بالكفاية للأعلى وتقدير [الهادي] على قدرها في جهته.

٣٦٨٨- **سَأَلَتْ**: وإذا أراد أجنبي أن يجبي على النهر المشترك منع منه إن أضر بسقيهم، وإلا فلا.

٣٦٨٩- **سَأَلَتْ**: فأما الأنهار العظيمة كدجلة والسيول فالناس فيه على سواء فلمن سبق إليه قدر كفايته، ولا يملك إلا بالنقل والإحراز، وما أحبي عليه فلا حق للأسفل حتى يكتفي الأعلى إن لم يكن الأسفل سابقاً في الإحياء.

٣٦٩٠- **سَأَلَتْ**: [المرتضى] ومن في ملكه حق مسيل أو إساحة لم يمنع المعتاد وإن ضر.

يجس الأعلى على الأسفل)). أخرجه الموطأ (١٤٥٨)، وكذلك أبو داود (٣٦٣٨) إلا أنه لم يذكر مذنيب. وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أن رسول الله ﷺ قضى في سيل المهزور أن يمسك حتى يبلغ الكعيبين ثم يرسل الأعلى إلى الأسفل. أخرجه أبو داود (٣٦٣٩). [روى قريبا منها الهادي في الأحكام والأمير الحسين في الشفاء].

(ح): قال في النهاية: مهزور وادي بني قريظة بالحجاز، فأما بتقديم الراء على الزاي فموضع سوق المدينة تصدق به رسول الله ﷺ على المسلمين.

(١) (قوله): «فأما قوله للزبير.. إلخ»: عن ابن الزبير عن أبيه أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير عند النبي ﷺ في شراح الحرة التي يسقون بها النخل، فقال الأنصاري: سرح الماء حتى يمر فأبى عليه، فاختصما عند النبي ﷺ فقال رسول الله ﷺ: ((اسق يا زبير ثم أرسل إلى جارك)). فغضب الأنصاري ثم قال: يا رسول الله إن كان ابن عمك؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال للزبير: اسق يا زبير ثم احبس الماء حتى يرجع إلى الجدر)) فقال الزبير: والله إني لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك: ﴿فَلَا وَرَيْكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾ الآية [النساء: ٦٥]. أخرجه البخاري (٢٣٦٠) ومسلم (٢٣٥٧). وفي رواية أخرى للبخاري نحوه عن عروة، وزاد: فاستوفى رسول الله ﷺ للزبير حقه، وكان رسول الله ﷺ قبل ذلك قد أشار على الزبير برأي أراد فيه سعة له وللأنصاري فلما أحفظه الأنصاري استوفى رسول الله ﷺ للزبير حقه في صريح الحكم. وأخرج أبو داود (٣٦٣٧) والنسائي (٥٤١٦) نحو الرواية الأولى. [علي بن بلال في شرح الأحكام بسنده والأمير الحسين في الشفاء وأحمد (١٦١٦١) وابن ماجه (١٥) والترمذي (١٣٦٣)].

(ح): شراج: جمع شرجة بشين معجمة مفتوحة وراء ساكنة ثم جيم وهي مسيل الماء من الحرة إلى السهل، والشرح مثلها.

والحرة: أرض ذات حجارة. وقوله: سرح الماء: صح بالسين المهملة والراء المشددة ثم حاء مهملة، ومعناه: أرسله يجري. ومعنى أحفظه: أغضبه، من الحفيظة وهي الغضب.

[الإمام يحيى]: ومن له صباية استحقت عليه الإساحة^(١).

٣٦٩١- **سَأَلَتْ:** [الناصر والهادي وأبو طالب وأبو العباس وأبو يوسف ومحمد بن الحسن والشافعي]: والحافة بين نهر ودار وأرض لصاحب النهر حيث لا بينة ولا يد^(٢)؛ إذ هو أحوج في إلقاء طينه عند الكسح. [المؤيد بالله والإمام يحيى وأبو حنيفة]: بل لرب الدار أو الأرض؛ إذ استعمالهم له أكثر كإلقاء أمواه الدار وكناستها وتنقية الأرض. قلنا: إلقاء الكسح في غير حافة النهر أشق فكان أحق.

٣٦٩٢- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: ومن غاب شركاؤه أو خربت أراضيهم لم يأخذ من الماء أكثر من نصيبه إلا بإذنتهم؛ إذ لا يسقط حقهم كمن خرب بيته في السكة، وإذ الحق كالملك، فإن فعل لزمه التحلل؛ للإساءة، فقد قال ﷺ ((لا يذهب حق لمسلم))^(٣)، ويرد القيمة إذا كان ملكاً لا حقاً.

٣٦٩٣- **سَأَلَتْ:** [المرتضى]: ولا يمنع من سقى بنصيبه غير المعتاد إلا لإضرار^(٤) فإن كان مقتسماً بالمهاياة صح مطلقاً^(٥).

٣٦٩٤- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: وإذا أراد الشركاء صرف النهر عنهم لاستغنائهم عنه فمؤنة صرفه على جميعهم كل بحصته. [أبو حنيفة والشافعي]: إن صُرف قبل أن يصل أحدهم فكذلك، وإلا فعلى الثاني إن جاوز الأول، أو الثالث إن جاوز الثاني، ثم كذلك؛ إذ لا يتنفع به من قد جاوزه فلا غرم عليه. قلنا: انتفع بأوله بسقى أرضه ويصرف ضرر الباقي.

٣٦٩٥- **سَأَلَتْ:** [الهادي وأبو يوسف]^(٦): وحريم العين الكبرى الفوارة خمسمائة

(١) فلا يكون له منع الأعلى من إرسالها. (شرح بحر).

(٢) فإن كان لأحد يد عليها فالقول لذي اليد وإلا فإن علم تقدم ملك أحدهما على الثاني فهو أولى، وإلا فإن كانت تكفي حريمين لهما معاً فلها.

(٣) (قوله): «لا يذهب حق لمسلم»: هو كقوله فيما تقدم: ((لا يبطل حق في الإسلام)) والله أعلم.

(٤) وبشرط ألا يزيد على نصيبه من الماء ولا يستعمل شيئاً من ملك شريكه غير ما هو معتاد.

(٥) حيث لم يؤد إلى ثبوت حق لغير ذات الحق. (شرح أثمار بهران معنو).

(٦) المذهب أن حريم العين الفوارة والبئر غير مقدر بل هو على حسب ما يؤمن معه الضرر في العادة.

ذراع من كل جانب استحساناً؛ إذ لا نص.

[الهادي وأبو حنيفة والشافعي]: والبئر الإسلامية أربعون؛ لقوله ﷺ: ((حریم البئر أربعون ذراعاً))^(١). [أحمد بن حنبل]: خمسة وعشرون. [أبو يوسف ومحمد بن الحسن]: بئر الشرب أربعون، والناضح ستون فأما الجاهلية فخمسون اتفاقاً؛ لخبر أبي هريرة^(٢). وحریم الدار المنفردة^(٣) فناؤها وهو مقدار أطول جدار في الدار^(٤)، وقيل: ما تصل إليه الحجارة لو انهدمت.

٣٦٩٦- **سَأَلَتْ**: [المذهب]: وحریم النهر قدر ما يلقي فيه طين كسحه. [أبو يوسف]: بل مثل نصفه من كل جانب. [محمد بن الحسن]: بل مثل كله. [أبو حنيفة]: لا حریم له. لنا: القياس على البئر، والجامع الحاجة.

٣٦٩٧- **سَأَلَتْ**: [أبو طالب]: ومعنى الحریم أنه يمنع المحيبي والمحتفر؛ لإضراره، إلا أن يكون مالكاً فيجوز له وإن سلب ماء البئر أو النهر. [القاسم]: لا مطلقاً. وقيل: يجوز من أسفل لا من أعلى. قلنا: مالك لا عن قسمة فيحدث ما شاء وإن ضر كسائر التصرفات.

(١) (قوله): «حریم البئر أربعون»: قال في التلخيص: حديث عبدالله بن مغفل: من احفر بئراً فله أربعون ذراعاً حولها لعطن ماشيته: ابن ماجه (٢٤٨٦) وفي سننه إسماعيل بن مسلم وهو ضعيف، وقد أخرجه الطبراني من طريق أشعث عن الحسن. وفي الباب عن أبي هريرة عند أحمد. انتهى. [العلوي في الجامع الكافي وأحمد (١٠٤١٦) والبيهقي (١١٦٤٧)]. وقيل في شرح مختصر الحنفية: قال النبي ﷺ: ((حریم بئر العطن أربعون ذراعاً، وحریم بئر الناضح ستون ذراعاً)).

(٢) (قوله): «فأما الجاهلية فخمسون لخبر أبي هريرة»: قيل: روى ذلك الدارقطني من طريق ابن المسيب عن أبي هريرة. لفظه في التلخيص: حديث أبي هريرة: ((حریم البئر البديء خمسة وعشرون ذراعاً، وحریم البئر العادية خمسون ذراعاً)). الدارقطني (٤٩٤/٢) عن طريق سعيد بن المسيب عنه وأعله بالإرسال، وقال: من أسنده فقد وهم. انتهى والله أعلم. [العلوي في الجامع الكافي وأبو داود في المراسيل (٤٠٢) وابن أبي شيبة (٣٧٣/٦) والبيهقي (١٥٥/٦)]. والبديء: بفتح الموحدة وكسر الدال المهملة بعدها مدة وهمزة: هي التي ابتدأها أنت، والعادية: القديمة. انظر التلخيص.

(٣) أي: المنفردة عن الدور فإن كانت الدور متلاصقة فلا معنى للنفاء.

(٤) (قوله): «وهو أطول جدار في الدار»: قلت: لعل الأصل في ذلك ما أخرجه أبو داود (٣٦٤٠) عن أبي سعيد قال: اختصم إلى رسول الله ﷺ رجلان في حریم نخلة فأمر بها فذرعت فوجدت سبعة أذرع، وفي رواية: خمسة أذرع فقضى بذلك. وفي رواية: فأمر بجريدة من جريدها فذرعت.. الحديث.

٣٦٩٨- **مَسْأَلَةٌ:** والماء على أن ضرب: حق إجماعاً كالأنهار غير المستخرجة والسيول. وملك إجماعاً كما يحرز في الجرار ونحوها.

[الإمام يحيى]: فإن كان يكال أو يوزن في الجهة فمثلي، وإلا فقيمي.

ومختلف فيه كماء الآبار والعيون والقنات المحتفرة في الملك. [المؤيد بالله وأبو العباس وأبو طالب والفريقان]: حق؛ لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((الناس شركاء في ثلاثة)) ولم يفصل إلا ما خصه الإجماع كماء الجرار؛ فمن أخذ منه شيئاً ملكه لكن يأثم الداخل بغير رضاه؛ إذ العرصة ملكه. [أحد قولي المؤيد بالله والإمام يحيى وبعض أصحاب الشافعي]: بل ملك؛ لكونه في ملكه كماء الجرة.

قلنا: ماء الجرة نقل وأحرز لا هذا، فأشبهه السيول.

٣٦٩٩- **مَسْأَلَةٌ:** [الإمام يحيى]: فأما البرك التي تحفر في الملك ويُجَرُّ إليها ماء مباح فهاؤها حق [الملك] لكن لا يدخل إلا بإذن.

قلت: وقال غيره^(١): ملك كماء الكيزان.

٣٧٠٠- **مَسْأَلَةٌ:** [المؤيد بالله]: ومن أرسل ماءه إلى مباح فأحيا عليه غيره أرضاً صار حقاً له لا يمنعه منه مالك العين.

قلت: بناء على أنه حق.

٣٧٠١- **مَسْأَلَةٌ:** [الهادي والناصر]: وتهدم الصوامع المحدثه المعورة؛ إذ بنيت للمصلحة، فتبطل بمعارضة المفسدة. [أبو حنيفة والشافعي]: لا.

لنا: ما مر.

فأما تعلية الملك فلا تهدم وإن أعورت؛ إذ لكل أن يفعل في ملكه ما شاء. [الهادي والمؤيد بالله والشافعي]: وإن ضر الجار إلا عن قسمة. [القاسم]: لا، إلا حيث يتقدم.

لنا: ما مر^(٢).

(١) المنصور بالله والسيد يحيى بن الحسين والفقير يحيى البحيح.

(٢) في الحادية عشرة حيث قال: قلنا: مالك لا عن قسمة فيحدث ما شاء وإن ضر كسائر التصرفات. (شرح بحر).

كتاب القسمة

هي مشروعة إجماعاً؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ﴾ [النساء: ٨]، ونحوها (١)، ولقسمة ﷺ غنائم خيبر (٢) وبدر وحنين ونحو ذلك (٣).
وثمرتها تعيين النصيب وقطع الخصومة فيه.

٣٧٣- فصل: [في شروط القسمة]

يشترط في صحتها (٤): حضور (٥) المالكين جائزي التصرف أو نائبهم أو إجازتهم؛ إذ هي معاوضة في التحقيق فاعتبر التراضي، وينصب الحاكم عن الغائب واليتيم والمتمرد؛ إذ شرعت للفصل، ولا يلزم الحاضر تأخير تمييز نصيبه (٦)، وفي اعتبار ذلك في المكيل والموزون خلاف سيأتي.

الثاني: تقويم المختلف وتقدير المستوي (٧)؛ لتيقن التناصف، فإن تراضوا بالموازاة فالأقرب الصحة؛ إذ لا مانع.

الثالث: استيضاء المرافق لكل قسم على وجه لا يضر أي الشريكين حسب الإمكان؛ إذ خلافه جور (٨).

(١) كقوله تعالى: ﴿وَوَيْتَنُومُ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ﴾ [القمر: ٢٨]، وقوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسُهُ﴾ [الأنفال: ٤١]. (شرح بحر).

(٢) بقوله: «ولقسمة ﷺ غنائم خيبر.. إلخ»: جميع ذلك مشهور، وقد سبق ذكر شيء منه ولعله سيأتي غيره.
(٣) غنائم هوازن وغطفان. (شرح).

(٤) هذا في التحقيق شرط للنفوذ لا للصحة. (حاشية سحولي).

(٥) هذا الشرط الأول.

(٦) حتى يحضر الغائب ونحوه.

(٧) بالكيل أو الوزن أو الدرغ كل بما يليق به فإن فعلوا من دون ذلك لم تصح. ذكره في الغيث والتذكرة. وقيل: إن ذلك كله شرط للإجبار لا للصحة فهي تصح مع التراضي من دون ذلك ورجحه في الكتاب. (شرح بحر بلفظه)، فإذا حصلت المراضاة على ذلك لم يكن لأحد المقتسمين النقص بعد ذلك. (سحولي).

(٨) وهذا الشرط للإجبار فلو رضي أحد المتقاسمين بترك شيء من المرافق جاز وصحت القسمة ولم يكن له النقص إن قاسم بنفسه أو وكيله ورضي الموكل بذلك. (حاشية سحولي).

الرابع: مصير النصيب إلى مالكه أو المنصوب الأمين، وإلا بطلت كالبيع بتلف المبيع قبل التسليم.

الخامس: أن لا تتناول^(١) تركة مستغرق بالدين؛ لتعيينه حيثئذ لغير المقتسمين، ولا فرعاً دون أصله أو نابتاً دون منبته أو العكس؛ لفوات المقصود بها حيثئذ^(٢)، وفي الإجماع عليها توفية النصيب من الجنس إلا في المهايأة، وألا تتبعها قسمة إلا بالمرأسة^(٣) فيها، كما سيأتي.

٣٧٤- فصل: في أحكامها

٣٧٠٢- **مَسْأَلَةٌ:** [العرة والفريقان]: ولا يجابون إن عم ضرها. [مالك]: بل يجبر الممتنع؛ لتعيين النصيب.

قلنا: نهي عن الضرار وإضاعة المال، ولا نمنعهم إن فعلوا؛ إذ الحق لهم. قيل: ولا رجوع^(٤) بعد الفعل كالشفيع أبطل شفيعته. وقيل: لهم ذلك كالزوجة أسقطت قسمها.

قلت: الأول أقرب.

فإن عم نفعها أجيب الطالب، فإن ضر البعض كمن له تسع منزل صغير وطلبها المنتفع أجيب، وإن ضرت غيره كاستقضاء الدين من المديون وإن تضرر. فإن طلبها من تضرره لم يجبر الآخر؛ إذ هو سفيه. [أبو حنيفة وقول للشافعي]: بل يجبر، كلو ضرت الممتنع.

(١) هذا شرط للنفوذ فلو فعلوا كانت موقوفة على الإيفاء أو الإبراء كبيع الوارث تركة المستغرق. (حاشية سحولي).

(٢) إذ شرعت للفصل والتمييز. (غيث). وهو انتفاع كل واحد من الشريكين بنصيبه على جهة الاستقلال ومهما كان المقسوم متصلاً بغير المقسوم فكل واحد منهما لا ينتفع بنصيبه على جهة الاستقلال. (نجري وشرح).

(٣) فلو حصلت المرأسة ووقعت القسمة على ذلك لم يكن لأحد المقتسمين النقص بعد ذلك. (حاشية سحولي).

(٤) لأهم. (شرح).

قلنا: لا قياس مع الفرق.

ولا يعتبر رضا جميعهم بها إجماعاً. [أبو ثور]: لا إجبار في القسمة. [ابن أبي ليلى]:
حيث تضر البعض يباع ويقسم الثمن.
لنا: ما مر (١).

٣٧٠٣- **سَأَلَتْ**: ولا يقسم الفرع دون الأصل، والنابت دون المنبت، والعكس؛ إذ
يتعذر انتفاع كل بنصيبه مستقلاً وهو المقصود بالقسمة؛ إذ لا يجوز له منع صاحبه
الوصول إلى حقه من الشجر، وإذ هي كالجزة من الأرض بدليل دخولها في البيع تبعاً.
[أبو طالب]: وتصح بشرط القطع (٢)؛ إذ تصير كما لو قطعت واقتسمت، فإن
تراضيا بعد القسمة والشرط ببقاء الشجر جاز؛ إذ لا مانع.

٣٧٠٤- **سَأَلَتْ**: وهي مع توفية النصيب من غير جنسه بيع إجماعاً، لكن لا يحتاج
إلى لفظ إيجاب وقبول.

فَرَعٌ: [الإمام يحيى]: ولا يجبر الممتنع في هذه الصورة قبل القرعة ولا بعدها ما لم
يسلم العوض بالرضا.

قلت: فإذا تقابضا لزم.

٣٧٠٥- **سَأَلَتْ**: فإن لم يفتقر النصيب إلى توفية من غير جنسه فالمقسوم إما مثلي أو
قيمي.

فَرَعٌ: [العترة وأبو حنيفة وأصحابه وقول للشافعي]: فقسمة القيمي المختلف كالبيع في
الرد بالخيارات والرجوع بما استحق وتحريم مقتضي الربا ولحوق الإجازة. ويخالفه
في إجبار الممتنع، وأن لا شفعة فيها إجماعاً، وصحة تولي طرفيها من واحد، ولا
يعتبر اللفظ، وتعلق الحقوق بالموكل، وعدم دخول الحق (٣)، وعدم الحنث لو حلف

(١) كاستقضاء الدين.

(٢) لكن بالتراضي دون الإجبار. (حاشية سحوي).

(٣) إلا أن يجري عرف بدخوله. (بيان).

من البيع فقسام. [الشافعي]: بل إفراز^(١)، وإلا افتقرت إلى إيجاب وقبول.

قلنا: معاوضة مال ببال فأشبهت البيع، ولم يعتبر العقد؛ للإجماع.

فَرَعٌ: ومن جعلها بيعاً لم يصحح جعل الرطب بإزاء تمر يابس بل يشتري كل نصيب شريكه بدراهم فيتقاصان أو يتباريان.

٣٧٠٦ - **سَأَلَتْ:** [الهادي وأبو طالب وأبو العباس وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي]: وأما المثلي فإفراز؛ إذ لا معنى للبيع فيه، وإنما قسمته إخراج النصيب عن الشيعاء. [الناصر والمؤيد بالله والإمام يحيى وقول للشافعي]: بل كالبيع؛ إذ كل منهما قد استحق بعض نصيب شريكه ببدل. [الإمام يحيى]: فيحرم التفاضل في قسمة الجنس الواحد كمد برّ بإزاء مدين، ويشترط التقابض كالبيع، فمن نصيبه أكثر باعه^(٢) بسبعة ثم اشترى بها نصيب الآخر؛ ليسلما الربا، ولا ينفرد أحدهما بأخذ نصيبه، ولا تصح^(٣) في الوقف، ولا يتصرف في النصيب قبل القبض.

لنا: ما مر، فتعكس^(٤) الأحكام.

٣٧٠٧ - **سَأَلَتْ:** [القاسم]: وأجرة القسام على الحصص، إما بأن يستأجره كل واحد على تعيين حصته أو كلهم بعقد واحد أو يدفعه الإمام من بيت المال^(٥)؛ إذ هو من المصالح إن لم يكن غيره أهم كالجهد لفعل علي عليه السلام^(٦).

٣٧٠٨ - **سَأَلَتْ:** [تخريج أبي العباس والشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن^(٧)]: وهي على قدر الأنصباء؛ إذ العمل يكثر في الكثير ويقل في القليل. [أبو طالب وأبو حنيفة]: بل على الرؤوس؛ إذ يفتقر في إفراز القليل إلى مثل عمل الكثير أو أكثر.

(١) وعن الشافعي أنها بمعنى البيع في الكل.

(٢) لعله يعني ويريد أخذ الجيد الأقل. من هامش (نخ) الإمام عليه السلام.

(٣) بل تصح القسمة للوقف وهو المختار كما سيأتي في الوقف إن شاء الله تعالى.

(٤) تلك. (شرح).

(٥) قوي مع تشاجر المقتسمين قيل: إلا أن يعرف أن تشاجرهم حيلة لسقوط الأجرة فعليهم.

(٦) (قوله): «لفعل علي عليه السلام»: وقوله: «إذ لم يكن لعلّي إلا قسام واحد»: روي أنه كان لعلّي قسام يقال له عبد الله بن يحيى وكان يرزقه من بيت المال. حكى ذلك في الشفاء مفرقا في موضعين.

(٧) في نسخة رمز أحمد بن حنبل مكان أبي يوسف ومحمد.

وقيل: الأول قياس، والثاني استحسان.

قلنا: لا نسلم.

فأما في المنقول فحسب الأنصاء اتفاقاً.

٣٧٥- فصل: [فيما يخصص وما لا يخصص من المقسومات]

ويخصص كل جنس حيث المقسوم أجناس وحيث هو جنس واحد مثلي حصص أيضاً، وأما المختلف كالدرا فيقسم بعضه في بعض، أي: لا يخصص كل منزل بل توازي منازلها.

فإن تعدد كالدور: [الهادي والمؤيد بالله وأبو طالب وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]: قسمت كل دار أو بعضها في بعض للضرورة أو الصلاح؛ إذ هو المقصود^(١) بالقسمة. [تخريج أبي العباس وأبو حنيفة والشافعي وزفر]: بل هي بمنزلة أجناس فيقسم كل واحد. قلنا: لا مصلحة ولا ضرورة هنا، بخلاف الدور.

[المؤيد بالله]: فإن اقتضى الصلاح قسمة الإبل والبقر والغنم بعضها في بعض جاز على جهة التقويم والتعديل.

٣٧٦- فصل: في كيفية التقسيم

٣٧٠٩- **سَأَلَتْ:** قسمة المكيل والموزون والمدروع المستوي بالكيل والوزن والذرع.

٣٧١٠- **سَأَلَتْ:** [القاسمية وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد بن الحسن]^(٢): ويهاياً ما تضره القسمة كالفرس والسيف والمنزل والصغير ونحوه^(٣)؛ لصحة قسمة المنافع كالأعيان^(٤). [الشافعي]: لا مهياة إلا بالتراضي^(٥)؛ إذ ليس أحدهما أحق بالتقديم.

(١) يعني: أن المقصود بالقسمة إنما هو مصلحة الشركاء ودفع ضررهم. (شرح بحر).

(٢) الرموز ساقطة من نسختين.

(٣) وذلك كالنص والرحى والمدقة والحمام الصغير. (شرح بحر).

(٤) والجامع أن كل واحد منهما تدخله الإباحة والاستعاضة. (شرح بحر).

(٥) فإن لم يحصل تراض فقال: يباع ويقسم الثمن.

قلنا: يؤخر الحاكم من شاء كما له بيع ماله لغرمائه.

فَرْعٌ: وكيفيتها مختلفة فالثوب والحانوت التي لا باب لها يوماً فيوماً؛ إذ لا مضرة، والتي لها باب ويوضع فيها المتاع شهراً فشهراً أو أكثر؛ إذ في دونه إضرار، وكذا إذا اختلف الزمان ففي أيام الموسم مياومة، وفي غيرها بالشهور، وكذا إذا اختلف المكان كدابة بين شريكين متباعدي المسكن، وعلى الجملة فهو موضع اجتهاد للحاكم.

فَرْعٌ: وحيث الثوب بين عَصَارٍ وعَطَارٍ فالأقرب قسمة لباسه بتقويمه؛ إذ هو أعدل، فحيث لباس العصار يوماً بدرهمين والعطار بدرهم يجعل للعطار يومان عوض يوم، وكذا ما أشبهه.

٣٧١١- **سَأَلَتْ:** [الإمام يحيى]: وإذا اعتدل (١) القيمي كثلاثة أعبد قيمة كل عبد مائة صح الإيجاب على قسمتهم؛ للاعتدال كالمثلي.

وقيل: لا؛ لاختلاف صفاتهم، وإن استوت قيمتهم فلم يكن كالمثلي.

٣٧١٢- **سَأَلَتْ:** وكسب العبد المعتاد لمن هو في نوبته، والنادر كالركاز واللقطة لهما في الأصح (٢)؛ إذ المهياة بيع (٣)، والبيع إنما يدخل فيما يُقَدَّر على تسليمه في العادة، والنادر ليس كذلك، لكن لا تحسب مدة اشتغاله بالركاز من النوبة، وكذا الجناية منه وعليه عليهما ولهما كالكسب النادر والنفقة عليهما؛ إذ هي لأجل الملك.

٣٧١٣- **سَأَلَتْ:** [العترة وأبو حنيفة ومالك]: ومن طلب المهياة فيما يمكن قسمته لم يجب إلا برضا شريكه، فإن كره قسم.

[الشافعي] (٤): بل يجاب؛ لمشاركته في الأصل، فلا يجبر على الانتفاع ببعض.

(١) وظاهر ما سيأتي أن اعتدال القيمة لا يشترط.

(٢) من الاحتمالين. (شرح).

(٣) لحقه من الكسب في يوم شريكه بحق شريكه من الكسب في يومه. (شرح بحر).

(٤) قد مر للشافعي أنه لا مهياة إلا بالتراضي.

قلنا: ولا يستحق الكل.

٣٧١٤- **سَأَلَتْ:** ومن له نصف دار ولعشرة نصفها فطلبوا إفران نصف لهم أجزبر؛ إذ لا ضرر عليه في اجتماع نصيبهم ويجبرون أيضاً إن طلب إفران نصيبه^(١).

٣٧١٥- **سَأَلَتْ:** وعلى رب الشجرة أن يرفع أغصانها عن هواء أرض الغير إجماعاً؛ إذ الهواء حق تابع للقرار، والثمر لرب الشجرة ولا يملك بمجرد الشرط.

٣٧١٦- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب وقول المنتخب]: يحكم على الشركاء بشراء نصيب شريك لا يبتاع وحده متأول بالندب للمعاونة؛ إذ لا وجه للإجبار.

٣٧٧- فصل: [في أجناس من المقسومات]

والمقسومات أجناس وهي: إما مستوية الأجزاء والأنصباء، أو أحدهما، أو مختلفتها^(٢).

٣٧١٧- **سَأَلَتْ:** [أبو طالب وأبو العباس والشافعي]: والقسام يكتب أسماء المقتسمين ثم يضع كل اسم في بندقة من شمع أو طين بحيث لا تنمحي، وكذا في أسماء الأجزاء

(١) هذه قسمة تتبعها قسمة فلا إجبار على الأزهار.

(٢) فالأجناس المقسومة من الأراضي وغيرها لا تخلو عن هذه الأقسام الأربعة ولا بد من تعديل المختلف من ذلك بالقيمة. فالأول حيث تكون أجزاء المقسوم في القيمة وأنصباء الشركاء مستوية أيضاً ومثاله: أرض بين شريكين نصفين ومساحتها مائتا ذراع قيمة كل ذراع منها درهم تقسم بالمساحة نصفين ثم يقرع بينهما. الثاني: حيث الأنصباء مستوية وأجزاء المقسوم مختلفة في القيمة، ومثاله: أرض بين شريكين نصفين ومساحتها ثلاثمائة ذراع فجانب الذراع فيه بدرهم وجانب الذراع فيه بدرهين فيجعل مائة ذراع من الجانب الأول جزءاً ومائة ذراع من الجانب الثاني جزءاً ثم يقرع بينهما. الثالث: حيث يكون الأجزاء مستوية والأنصباء مختلفة، مثاله: أرض بين ثلاثة نصف وثلث وسدس، فتقسم هذه من ستة ويميز كل جزء بعلامة ثم يقرع بينهم بإخراج الاسم على الجزء لا العكس. الرابع: حيث تكون الأجزاء والأنصباء مختلفين معاً، ومثاله: أرض بين ثلاثة أنصباء نصف وثلث وسدس فبعضها الذراع فيه بدرهم وبعضها كل ذراع ونصف بدرهم وبعضها كل ذراعين بدرهم، فتقسم أسداساً فيجعل السدس من جانب الذراع بدرهم مائة ذراع ومن جانب الذراع والنصف مائة وخمسين ذراعاً ومن جانب الذراعين مائتا ذراع، ويميز كل جزء بعلامة، ثم يقرع بينهم بإخراج الاسم على الجزء لا العكس.. إلخ.

لكن يقسمها على الأقل إذا اختلفت.

فلو كانت الأنصباء نصفاً وثلاثاً وسدساً جعل بندق الأسماء ستاً: اسم ذي النصف في ثلاث، وذي الثلث في اثنتين، وذي السدس في واحدة.
[أبو طالب وأبو العباس^(١)]: وله أن يجعلها ثلاثاً كعدد المقتسمين؛ إذ هي كافية والأجزاء ستة.

فإذا خرج اسم صاحب النصف على سدس مثلاً والى له القسّام، ثم كذلك، ويترك البنادق في حجر من لم يحضر الكتابة والبندقة، ثم يؤمر بإخراج كل بندقة.

٣٧١٨- **سَأَلَتْ:** وذلك كله ليس بحتم بل تحفظ عن المحاباة.

[أبو طالب]: وطى الرقاع على الكتاب كاف في إزالة التهمة.

٣٧١٩- **سَأَلَتْ:** وإذا اختلفت الأنصباء أخرج الاسم على الجزء؛ إذ العكس يؤدي إلى التفريق^(٢) على صاحب الأكثر.

قلت: وسواء كانت البنادق ستاً أو ثلاثاً.

فإن استوت الأنصباء فمخير؛ إذ لا خلل، وإن اختلفت الأجزاء^(٣).

٣٧٢٠- **سَأَلَتْ:** وإذا اختلفت الأجزاء في الجودة عدلت بالقيمة فيقابل ذراع بدرهم ذراعين بدرهم ونحو ذلك.

٣٧٢١- **سَأَلَتْ:** [الهادي]: وإذا اقتُسمت أرض في أحد جانبيها بئر وصارت لمن ليست في جانبه أو بقيت مشتركة بقي إليها طريق لا تضر، وإلا أعيدت القسمة^(٤).

(١) وفي البيان عن أبي العباس أنه يجعل الرقاع ستاً فينظر.

(٢) ويؤدي ذلك أيضاً إلى المشاجرة فالتفريق حيث يخرج بندقة صاحب السدس بالجزء الثاني فإنه يفرق بين نصيب شريكه، والمشاجرة حيث تخرج بندقة صاحب الثلث بالجزء أيضاً فيطلب هو الموالاة من جهة وهم يطلبونها من الجهة الأخرى. (شرح بحر).

(٣) أي: أجزاء الأرض في القيمة.

(٤) وذلك حيث لا طريق لها ظاهرة في قسم أحدهم فإذا كانت لزم.

(*) على وجه لا مضرة فيه.

٣٧٢٢- **سَأَلَتْ:** وإذا اقتسمت (١) الأرض مع الثمر عدلت بالقيمة، فيجعل بإزاء فضل الثمر في جانب فضل من الأرض في الجانب الآخر، فإن قسم كل على حياله اعتبر في الثمر ما مر في الربويات.

٣٧٢٣- **سَأَلَتْ:** وتصح قسمة الأرض دون الزرع؛ إذ هو كمتاع موضوع بخلاف الشجر فيجبر الممتنع، وفي العكس لا يجبر؛ إذ لا يمكن خرصه؛ لاستتاره [إلا أن يكون معلوماً (٢)] في أحكامه، بخلاف التمر والعنب (٣).

وأما قسمته بذراً لم يخرج فلا تصح؛ للجهالة، وأما بقلأ لم يشتد حبه فلا يصح إلا بشرط القطع إن جعلت بيعاً لا إفرازاً فيصح؛ إذ يمكن تعديله كمع الأرض.

٣٧٢٤- **سَأَلَتْ:** [العتره والشافعي وأبو يوسف ورواية عن أبي حنيفة ومالك]: وتصح قسمة الرقيق كالبيع.

[رواية عن أبي حنيفة]: لا إجبار؛ لعظم التفاوت بحسب الآداب والأخلاق، بخلاف سائر الحيوانات. وعنه: لا يقتسمون إلا مع غيرهم.
قلنا: التفاوت يمكن تعديله كالدور والعقار.

٣٧٢٥- **سَأَلَتْ:** [القاسم والمؤيد بالله]: وتصح قسمة الأمواه؛ إذ فعله المسلمون من غير نكير فكان إجماعاً. [أبو طالب والفريقان]: لا؛ إذ هو مباح؛ لقوله ﷺ: ((الناس شركاء في ثلاثة...)) الخبر، وحمل أبو طالب قول القاسم على قسمة المجاري (٤).
[مالك]: ما احتفره في أرضه أو داره فملك يباع ويقسم، وكره بيع ما حفر في الصحاري. وعنه: جواز البيع فيه أيضاً؛ إذ احتفره لنفسه.

(١) الظاهر أن القسمة في هذه المسألة لا تصح إلا بالتراضي.

(٢) كم في كل نصيب منه صح. قال الفقيه يوسف: وهذا حيث قد تغير الحب فأما قبل تغيره فالقسمة فيه إفراز فتصح مع جهله. والمختار أن قسمة ما ذكر بالتراضي لا بالإجبار.

(٣) لأنها ظاهران فأمكن خرصهما.

(٤) فيدخل الماء تبعاً لها في ذلك. (شرح بحر).

قلت: الأقرب صحة قسمته حيث اشترك في أصله؛ إذ الحق كالمملك في أولوية صاحبه به وعليه يحمل قول القاسم.

٣٧٢٦- **سَأَلَتْ:** [العتره ومحمد بن الحسن]: ولا تصح قسمة السقوف مذارعة بل بالتقويم؛ إذ قد يكون العلو خيراً من السفل والعكس. [أبو حنيفة وأبو يوسف]: بل تصح مذارعة. [أبو حنيفة]: ذراع من السفل بذراعين من العلو؛ إذ للسفل منفعتان: السكنى والحفر فجعل لكل منفعة ذراع، وفي العلو السكنى فقط؛ إذ ليس له التعلية. [أبو يوسف]: بل له ذلك فاستوت المنافع فكان ذراع بذراع. قلنا: متفاوتة فتقوم كالذور.

٣٧٢٧- **سَأَلَتْ:** [العتره وأكثر الفريقان]: وتصح قسمة الدور ونحوها^(١)؛ لإمكان تعديلها بالقيمة كالثياب والأسلحة. [بعض أصحاب الشافعي]: لا، للفتاوت^(٢). لنا: إجماع السلف^(٣). سلمنا^(٤): لزم في الأسلحة ونحوها^(٥).

٣٧٢٨- **سَأَلَتْ:** وقسمة اللبّن والآجر بالعدد إن اتحد القالب وإلا بالتقويم، والخانات والخوانيت المستوية إفراز والمختلفة كالذور^(٦)، وكذا العضائد^(٧) وهي الدكاك على أبواب الخوانيت.

٣٧٢٩- **سَأَلَتْ:** وإذا طلب أحد الشريكين قسمة العلو والسفل معاً أجبر^(٨)

(١) كالسماسر والخانات والخوانيت. (شرح بحر).

(٢) فيها فيكون في قسمتها غرور وجهالة فلا يجوز. (شرح).

(٣) على خلاف هذا القول. (شرح).

(٤) أنه لا إجماع في ذلك. (شرح).

(٥) من الأراضي والأمتعة وسائر المقسومات لأنها لا تخلو من الفتاوت فيها. (شرح).

(٦) فتقسم بالتقويم.

(٧) يعني: فإنها تجري مجرى الدار ونحوها مما فيه بيوت فإن كانت مستوية فقسمتها إفراز وحيث تختلف

تقسم بالتقويم. (شرح).

(٨) إلا للضرورة.

المتنع لا إن طلب جعل كل واحد نصيباً^(١) أو طلب قسمة أحدهما دون الآخر؛ لفوات الغرض^(٢) بالقسمة.

٣٧٨- فصل: [في حكم القرعة]

والقرعة مشروعة في القسمة إجماعاً وفي غيرها الخلاف^(٣).

٣٧٣٠- **مَسْأَلَةٌ:** [الإمام يحيى حكاية عن المذهب والفريقان]: وتوجب الملك؛ لإقراعه ﷺ بين نسائه وعمله بما اقتضت. [بعض أصحابنا والإمام يحيى]: إنها شرعت لتطبيب النفوس لا للملك^(٤)؛ إذ تعيين الحاكم أو التراضي بعد الإفراز أو التقويم كالعقد، وإقراعه ﷺ بين^(٥) نسائه لتطبيب نفوسهن فقط؛ إذ له السفر بمن شاء، لما مر.

٣٧٣١- **مَسْأَلَةٌ:** [العتره والفريقان]: ولا تفتقر القسمة إلى عقد؛ إذ القصد إفراز النصيب وتقويمه فإذا عدل وأفرز لزم وكان كالعقد. [الحقيني]: معاوضة فافتقرت كالبيع.

قلنا: في البيع نقل ملك فافتقر، وملك المقتسمين متقدم، وإنما افتقرت إلى التمييز فقط، ثم إنه ﷺ قسم الغنائم ولم يعتبر لفظاً.

(١) أي: طلب جعل العلو نصيباً والسفل نصيباً.

(٢) وهو تمييز حق كل واحد من الشريكين عن حق الآخر، وإذا بقي العلو أو السفل مشتركاً لم يحصل التمييز فلا إيجاب هاهنا، فإن تراضياً على ذلك أو على جعل العلو نصيباً والسفل نصيباً جاز ذلك لأن الحق لهما. (شرح بحر).

(٣) بيننا وبين الشافعي كما مر في النكاح وكما سيأتي في الإقرار. (شرح بحر).

(٤) يعني: فلا تأثير لها في التملك للنصيب. (شرح بحر).

(٥) قوله: «وإقراعه ﷺ بين نسائه إلخ»: تقدم في النكاح.

٣٧٩- فصل: [في صفة القسام]

وإذا اتخذ الإمام قساماً فليكن مكلفاً عدلاً عالماً بالقسمة^(١)؛ إذ لا يقبل تعديله إلا مع ذلك.

[الإمام يحيى]: ويكفي قسام واحد في الإفراز إجماعاً.

[الإمام يحيى]: وكذا في المقوم؛ إذ لم يكن لعلي عليه السلام إلا قسام واحد. [الشافعي]: بل يقوم عدلان كالشهادة.
قلت: وهو المذهب.

فرع: وإذا تراضيا بقسام وجعلنا قسمته لازمة كالحاكم فشرطه العدالة، وإن قلنا غير لازمة فشرطها التراضي^(٢).

٣٧٣٢- **مسألة:** وليس للغائب إذا حضر والصبي إذا بلغ نقض القسمة الصحيحة؛ لقيام النائب مقامهما^(٣).

والقول لمنكر القسمة والغبن والضرر والغلط؛ إذ الأصل عدم ذلك، ويقبل قول القسام في التعيين حال القسمة^(٤) كالحاكم^(٥) لا بعدها كقول الحاكم بعد عزله.

(١) أي: عالماً بحال من يقسم لا غير في الإفراز وللنصب والتقويم في المقوم لأن من لا يعرف ذلك لا يمكنه التمييز للنصب. (شرح).

(٢) عليها بعد وقوعها ويصح صدورهما هنا من الفاسق والجاهل بحال القسمة. (شرح).

(٣) فوقوع القسمة بحضور وكيل الغائب وولي الصبي كوقوعها بحضرة الغائب والصبي حيث تصح منه. (شرح بحر).

(٤) فإذا قال القسام حال القسمة: قسمت وعدلت السهام وخرج فلان كذا قبل قوله؛ لأنه يملك القسمة فكان قوله مقبولاً. (شرح بحر).

(٥) إذا قال في حال ولايته: حكمت فلان بكذا قبل قوله.

٣٨٠- فصل: [في أحكام تلحق بما مر]

وقسمة المنقولات المختلفة^(١) بالتعديل^(٢)، حيث قسمة كل عين نضرها، وكذا الدار الواحدة تقسم بالتعديل لا كل منزل^(٣).

٣٧٣٣- مَسْأَلَةٌ: [الإمام يحيى حكاية عن المذهب والفريقان]: فأما الدور فتقسم كل دار كالأجناس. [ملك]: إن كانت في محال متفرقة وإلا عدلت وجعلت كل دار نصيباً. [أبو يوسف ومحمد بن الحسن]: بل يجاب من طلب الأصلح لهما من تعديل أو تخصيص. قلت: وهو المذهب قياساً على الدار الواحدة.

٣٧٣٤- مَسْأَلَةٌ: [الإمام يحيى]: وإذا انهدم الجدار صح قسمة عرصته بالتراضي لا الإجماع إلا حيث يطلب أحدهما نصف طوله في كمال عرضه لا العكس^(٤)؛ لإضراره إلا بالتراضي، وإذا قسم قائماً صح كذلك^(٥)؛ لما مر.

٣٨١- فصل: [فيما يوجب نقض القسمة]

وتنقض القسمة بالغلط كإعطاء النصف من له الربع ولو بحكم إذ خالف قطعياً، وبظهور الغبن الفاحش لا المعتاد^(٦)، ولا تسمع دعواه من حاضر غير مجبر؛ إذ قدر رضي به كالبيع^(٧).

فَرَعٌ: فإن بيع النصيب المغلوط به لم يترع^(٨) قهراً إلا بحكم بالبينة، وفي الإقرار

(١) كالحوانات والثياب والأسلحة والعبيد وغير ذلك من المنقولات. (شرح).

(٢) بالقيمة.

(٣) على انفراده.

(٤) أي: نصف عرضه في كمال طوله.

(٥) يعني: مع التراضي تصح القسمة كيف شاء ومع الإجماع يصح حيث يطلب أحدهما نصف طوله في كمال عرضه لا العكس.

(٦) فلا تنقض به القسمة مطلقاً.

(٧) أي: لأن الحاضر بمنزلة من باع أو اشتري بغبن فاحش بخلاف ما إذا كان غائباً أو صغيراً أو ناب عنه وكيله أو وليه فإنها تنقض لأن تصرف الوكيل والولي لا ينفذ مع الغبن. (شرح).

(٨) من يد المشتري.

يغرم البائع المقر القيمة.

وإذا استحق بعض الأنصبا فكالغلط فتبطل القسمة، وبانكشاف دين على الميت بينة أو إقرارهم جميعاً، فإن خالصه قررت، فإن أقر بعضهم فعليه حصته في حصته، وانكشاف الوصية كالاستحقاق^(١). وبعدم استيفاء المرافق في الأنصبا كالطريق والمسيل إجمالاً؛ إذ الغرض بالقسمة الصلاح^(٢)، فإن كان في المقتسم حق كطريق ولم يذكر عندها بقي كما كان؛ إذ لم تناوله القسمة.
قلت: ومنه^(٣) البذر والدفين.

وباختلافهم^(٤) في التعيين مع التحالف^(٥) فتنقض كالبيع؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((تحالفا وترادا..)) الخبر^(٦)، وباشتراط ثمر ما تدل على نصيبه من نصيب شريكه؛ للجهالة، ولتضمنه بيع المعدوم، بخلاف اشتراط الحقوق^(٧).

٣٧٣٥- **سَأَلَتْ:** المؤيد بالله وأبو طالب وأبو يوسف ومحمد بن الحسن: وإذا طلب من له سهام متفرقة لا تنفعه منفردة أن تجمع له في موضع أجبروا عليه رعاية للأصلح

(١) أي: كالاستحقاق في الحكم فإذا اقتسم الورثة التركة ثم ظهر بعد ذلك أن الميت أوصى بوصية فإنها تبطل القسمة بذلك كما لو استحققت التركة أو بعضها، وسواء كانت الوصية بدين معين أو غير معين أو بما يخرج من الثلث أو غير معين أو بالثلث مشاعاً على ما مر في الاستحقاق. (شرح بحر).

(٢) وانتفاع كل واحد بنصيبه منفرداً على الكمال والتمام فإذا وقعت القسمة من غير طريق ولا مسيل ماء له لم تكن واقعة على الصلاح بل على الفساد لبطلان المنفعة بالمقسوم فهذا واجب نقضها وإبطالها. (شرح).

(٣) أي: مما يبقى على ما كان عليه قبل القسمة ولا يدخل فيها تبعاً لها.

(٤) نحو أن يقتسما داراً أو تنازعا في بيت منها فادعى كل واحد منهما أنه خرج في سهمه ولا بينة لأيهما فإنها يتحالفاً، وإذا تحالفاً نقضت القسمة كما مر في البيع إذا تنازعا في المبيع ولم يكن لأحدهما بينة فإنها يتحالفاً وينقض العقد. (شرح). قال الإمام يحيى: والجامع بين القسمة والبيع أن كل واحد منهما عقد معاوضة. (شرح).

(٥) حيث لا بينة.

(٦) قوله: «تحالفا وترادا»: تقدم في البيع.

(٧) نحو أن يقتسما داراً أو أرضاً على أن يكون في نصيب كل واحد منهما حق مسيل الماء أو طريق للآخر فإن ذلك يصح؛ لأنه لا جهالة فيه ولا غرر فافترقا. (شرح).

كقسمة الدار الواحدة. [أبو العباس وأبو حنيفة]: لا، كالأجناس.

قلنا: قد التزم (١) [المؤيد بالله والإمام يحيى] رعاية الأصلح فيها أيضاً. سلمنا: فإذا كان له في كل جنس ما ينتفع به صح تعلق الغرض بقسمته وحده بخلاف هذا.

٣٧٣٦- **سَأَلَتْ:** [الهادي وأبو العباس وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وقول للشافعي]: وللحاكم قسمة التركة إن طلب، وإن لم يبينوا بالملك؛ لثبوت أيديهم كالبيع (٢). [أبو حنيفة وقول للشافعي]: باق في ملك الميت، ومن ثم يقدم دينه ووصاياه فلا يتقل إلى ملكهم إلا بيينة على استبداهم به.

قلنا: بل يتقل إليهم بموته وإن تعلق به حق؛ إذ لهم الإيفاء من غيره، ثم قد وافقتم في المنقول (٣)، ولا فرق.

[الإمام يحيى]: ويلزم الحاكم (٤) أن يكتب سجله أنه حكم بغير بيينة؛ ليخرج عن العهدة (٥).

٣٧٣٧- **سَأَلَتْ:** [المؤيد بالله]: وتلحقها الإجازة فلو قسم أحد الشريكين في غيبة الآخر وأجاز صحت.

٣٧٣٨- **سَأَلَتْ:** وإذا تمالك المقتسمان قبل القرعة كان بيعاً فتصح الشفعة فيه (٦)، وأما بعد القرعة فلغو.

(١) في آخر الفصل الثالث من الكتاب.

(٢) أي: أن أيديهم ثابتة على التركة فجاز لهم قسمتها كما يجوز لهم فيها البيع وسائر التصرفات. (شرح).

(٣) قال الإمام يحيى: قد وافقنا أبو حنيفة على صحة قسمة المنقولات من غير بيينة استحساناً وهو أخص من القياس وأقوى حكماً منه فهكذا يجوز مثله في العقار وغيره من غير تفرقة. (شرح).

(٤) المذهب لا يلزم.

(٥) إن قامت بيينة على خلاف ذلك. (شرح).

(٦) المذهب خلاف ذلك وأنها لا تصح الشفعة فيه.

الفهرس

- كتاب الطلاق..... ٥
- ١٩٠- فصل: [في أقسام الطلاق]..... ٦
- ١٩١- فصل: في أحكام البدعي..... ١١
- ١٩٢- فصل: في ألفاظ الطلاق..... ١٣
- ١٩٣- فصل: [في كناية الطلاق]..... ١٦
- ١٩٤- فصل: في الطلاق بالفعل..... ٢٢
- ١٩٥- فصل: في الإشارة..... ٢٥
- ١٩٦- فصل: في تولية الطلاق..... ٢٥
- ١٩٧- فصل: فيمن يصح طلاقه ومن لا..... ٣٠
- ١٩٨- فصل: في سراية الطلاق..... ٣٥
- ١٩٩- فصل: في محل الطلاق..... ٣٧
- ٢٠٠- فصل: في كسر الطلاق..... ٣٨
- ٢٠١- فصل: في الطلاق الملتبس..... ٤٠
- ٢٠٢- فصل: فيما ينهدم به الطلاق والشرط..... ٤٧
- ٢٠٣- فصل: في أحكام الطلاق..... ٤٩
- ٢٠٤- فصل: [في الاختلاف في الطلاق]..... ٥١
- [٥٣]- باب [في الخلع]..... ٥٣
- ٢٠٥- فصل: [في نوعي الخلع]..... ٥٣
- ٢٠٦- فصل في صيغته..... ٥٦
- ٢٠٧- فصل في العاقد..... ٦٠
- ٢٠٨- فصل: في أحكام العوض..... ٦٥
- ٢٠٩- فصل: في الصيغ الموجبة للعوض..... ٧١
- ٢١٠- فصل: في الاختلاف..... ٨٠
- [٥٤]- باب في تعليق الطلاق بالشرط والوقت..... ٨٤
- ٢١١- فصل [في الطلاق المشروط]..... ٨٤

- ٢١٢- فصل: [في حكم وقوع شرط الطلاق في عدة الرجعي]. ٩٧.....
- ٢١٣- فصل: [في توقيت الطلاق]. ٩٨.....
- ٢١٤- فصل: [في توقيته بالشهر واليوم ونحوه]. ٩٨.....
- ٢١٥- فصل: [في تعليقه بزمان ماضٍ]. ٩٩.....
- ٢١٦- فصل: [في تعليق الطلاق بمشيئة الله ونحوه]. ١٠١.....
- ٢١٧- فصل: [في تقييده بالاستثناء]. ١٠٢.....
- ٢١٨- فصل: [في تعليقه بالحيض]. ١٠٥.....
- ٢١٩- فصل: [في تعليقه بالولادة]. ١٠٦.....
- ٢٢٠- فصل: [في تعليقه بالحبل]. ١٠٧.....
- ٢٢١- فصل: [في بعض مسائل الطلاق]. ١٠٨.....
- ٢٢٢- فصل: [في حكم تكرر الطلاق]. ١٠٩.....
- ٢٢٣- فصل: [في حكم الثلث]. ١١١.....
- ٢٢٤- فصل: [في تكرير الطلاق بالحساب]. ١١٢.....
- ٢٢٥- فصل: [في التحيس والدور]. ١١٣.....
- [٥٥]- باب [الطلاق الرجعي]. ١١٥.....
- ٢٢٦- فصل: [في الرجعة]. ١١٥.....
- ٢٢٧- فصل: [في بعض أحكام الرجعة]. ١١٧.....
- ٢٢٨- فصل: [في الاختلاف في الرجعة]. ١٢٠.....
- [٥٦]- باب العدة. ١٢٣.....
- ٢٢٩- فصل: [أقسام العدة]. ١٢٥.....
- ٢٣٠- فصل: [في أحكام عدة الرجعي]. ١٢٩.....
- ٢٣١- فصل: [في أحكام عدة البائن]. ١٣٢.....
- ٢٣٢- فصل: [في عدة الحامل]. ١٤٠.....
- ٢٣٣- فصل: [في عدة الأيسة]. ١٤١.....
- ٢٣٤- فصل: [في عدة الوفاة]. ١٤٢.....
- ٢٣٥- فصل: [في الفسخ]. ١٤٧.....
- ٢٣٦- فصل: [في أحكام النكاح في العدة]. ١٤٨.....

- ١٥١ [٥٧]- باب الظهار.....
- ١٥٢ ٢٣٧- فصل: [في صريح الظهار]
- ١٥٤ ٢٣٨- فصل: [كناية الظهار]
- ١٥٦ ٢٣٩- فصل: [في الظهار غير المنعقد]
- ١٥٧ ٢٤٠- فصل: [في شروط الظهار]
- ١٥٩ ٢٤١- فصل: [في أحكام الظهار]
- ١٦٣ ٢٤٢- فصل: [في كفارة الظهار]
- ١٧١ ٢٤٣- فصل: [في الصوم عن كفارة الظهار]
- ١٧٣ ٢٤٤- فصل: [في الإطعام عن كفارة الظهار]
- ١٧٨ [٥٨]- باب [الإيلاء]
- ١٨٠ ٢٤٥- فصل: [في شروط الإيلاء]
- ١٨٤ ٢٤٦- فصل: [في أقسام الإيلاء]
- ١٨٧ ٢٤٧- فصل: [في المطالبة في الإيلاء]
- ١٩١ [٥٩]- باب اللعان.....
- ١٩٢ ٢٤٨- فصل: [في كيفية اللعان]
- ١٩٦ ٢٤٩- فصل: [فيما يوجب اللعان]
- ٢٠٥ ٢٥٠- فصل: في نفي الولد وأحكامه.....
- ٢١٠ ٢٥١- فصل: في أحكام اللعان.....
- ٢١٦ ٢٥٢- فصل: [في الاختلاف]
- ٢١٧ [٦٠]- باب الرضاع.....
- ٢١٧ ٢٥٣- فصل: فيما يقتضي التحريم من الألبان.....
- ٢٢٢ ٢٥٤- فصل: [في توقيت الرضاع]
- ٢٢٤ ٢٥٥- فصل: [في محل اللبن الموجب للتحريم]
- ٢٢٥ ٢٥٦- فصل: [في بيان من يحرم بالرضاع ومن لا يحرم وما يتعلق بذلك] ...
- ٢٣٠ ٢٥٧- فصل: [في الطريق إلى ثبوت حكم الرضاع]
- ٢٣٢ كتاب النفقات.....
- ٢٣٢ ٢٥٨- فصل: في نفقة الزوجة.....

- ٢٥٩- فصل: [في كيفية الإنفاق] ٢٣٦
- ٢٦٠- فصل: [في النفقة حال العدة]..... ٢٤٢
- ٢٦١- فصل: [في حكم الإعسار بالنفقة] ٢٤٣
- ٢٦٢- فصل: [في نفقة الأولاد الصغار] ٢٤٦
- ٢٦٣- فصل: [في نفقة الوالدين]..... ٢٤٩
- ٢٦٤- فصل: [في نفقة الأقارب]..... ٢٥١
- ٢٦٥- فصل: [في نفقة الرقيق]..... ٢٥٥
- ٢٦٦- فصل: [في نفقة الحيوان]..... ٢٥٧
- [٦١]- باب [الحضانة]..... ٢٥٩
- ٢٦٧- فصل: في ثبوت حق الحضانة وما تبطل به ٢٥٩
- ٢٦٨- فصل: [في صفة المحضون والحكم بعد الحضانة]..... ٢٦٢
- ٢٦٩- فصل: في ترتيب الحواضن ٢٦٣
- ٢٧٠- فصل: [في حضانة الرجال]..... ٢٦٦
- كتاب البيع ٢٦٨
- ٢٧١- فصل: في الثمن والمبيع ٢٦٩
- ٢٧٢- فصل: [في أحكام المبيع والثمن]..... ٢٧٠
- ٢٧٣- فصل: [في شروط البيع الصحيح]..... ٢٧١
- [٦٢]- باب فيمن تحرم معاملته وتجوز ٢٨٥
- ٢٧٤- فصل: ٢٨٥
- ٢٧٥- فصل: [في بيع الأب ونحوه مال الصغير وما يتعلق بذلك] ٢٨٧
- ٢٧٦- فصل: في تصرف المميز والعبد..... ٢٩٠
- ٢٧٧- فصل: في تصرف العبد..... ٢٩٠
- ٢٧٨- فصل: [في تصرف الصبي]..... ٢٩٥
- ٢٧٩- فصل: [في البيع والشراء الموقوفين]..... ٢٩٦
- [٦٣]- باب ما يحرم بيعه وما يجوز ٢٩٧
- ٢٨٠- فصل: [فيما يحرم بيعه وما يتعلق بذلك] ٢٩٧
- ٢٨١- فصل: في بيع الشجر والثمر ونحوهما واستثنائهما..... ٣٠٩

- ٢٨٢- فصل: [في من يحرم التفريق بينهم في البيع] ٣١٥
- ٢٨٣- فصل: [في تحريم التسعير]..... ٣١٦
- ٢٨٤- فصل: [في مسائل مما يجوز بيعه وغير ذلك]..... ٣١٨
- ٢٨٥- فصل: [في بيع الصبرة]..... ٣٢٨
- ٢٨٦- فصل: [في بيع المذروع]..... ٣٣٠
- ٢٨٧- فصل: [في بيع بعض الصبرة] ٣٣١
- ٢٨٨- فصل: [في بيع المعدود]..... ٣٣٢
- [٦٤]- باب [العقد الموقوف]..... ٣٣٣
- [٦٥]- باب الربويات ٣٣٦
- ٢٨٩- فصل: [فيما يجوز فيه التفاضل وما لا يجوز]..... ٣٤٣
- ٢٩٠- فصل: في مسائل الاعتبار..... ٣٤٩
- [٦٦]- باب الشروط المقارنة للعقد ٣٥٥
- ٢٩١- فصل: [في الشروط المفسدة للعقد]..... ٣٥٥
- ٢٩٢- فصل: [فيما يصح من الشروط]..... ٣٥٩
- [٦٧]- باب الخيارات هي أنواع..... ٣٦٢
- ٢٩٣- فصل [في خيار المجلس]..... ٣٦٢
- ٢٩٤- فصل: [في خيار الشرط]..... ٣٦٤
- ٢٩٥- فصل: [في خيار الرؤية]..... ٣٧٣
- ٢٩٦- فصل: [في خيار الغرر]..... ٣٧٦
- ٢٩٧- فصل: [في خيار فقد الصفة]..... ٣٧٨
- ٢٩٨- فصل: [في خيار المغابنة] ٣٧٨
- ٢٩٩- فصل: [في خيار معرفة مقدار المبيع والضمن]..... ٣٧٩
- ٣٠٠- فصل: في خيار العيب..... ٣٧٩
- ٣٠١- فصل: في عيوب الرقيق ٣٨١
- ٣٠٢- فصل: في عيوب البهائم..... ٣٨٣
- ٣٠٣- فصل: [في عيوب الدور والبساتين وغيرها]..... ٣٨٤
- ٣٠٤- فصل: في كيفية الرد..... ٣٨٤

- ٣٨٥ فصل: فيما يبطل به الرد..... ٣٠٥-
- ٣٩٦ فصل: في فسخ المعيب بعد زيادته..... ٣٠٦-
- ٣٩٨ فصل: في الفسخ بعد التقصان..... ٣٠٧-
- ٤٠٤ [٦٨]- باب تلف المبيع واستحقاقه.....
- ٤٠٤ فصل: في تلفه قبل التسليم..... ٣٠٨-
- ٤٠٦ فصل: في كيفية قبض المبيع..... ٣٠٩-
- ٤١٠ فصل: في استحقاق المبيع..... ٣١٠-
- ٤١٣ فصل: فيما يدخل في البيع [المبيع] تبعاً..... ٣١١-
- ٤١٦ فصل: فيمن اشترى شيئاً فأعطي خلافه..... ٣١٢-
- ٤١٩ [٦٩]- باب الإقالة.....
- ٤٢٢ [٧٠]- باب المراجعة.....
- ٤٢٩ [٧١]- باب [التولية].....
- ٤٢٩ فصل: في الشريك والمخاسرة..... ٣١٣-
- ٤٣٠ [٧٢]- باب أحكام البيع الفاسد.....
- ٤٣٨ [٧٣]- باب البيع الباطل.....
- ٤٣٩ [٧٤]- باب الصرف.....
- ٤٤١ فصل: في أحكام الصرف..... ٣١٤-
- ٤٤٥ فصل: [في بيع الجنس بغير جنسه]..... ٣١٥-
- ٤٥١ [٧٥]- باب القرض.....
- ٤٥١ فصل: [في بيان أركان القرض وما يتعلق بها]..... ٣١٦-
- ٤٥٥ فصل: [في حكم الشرط في القرض]..... ٣١٧-
- ٤٥٧ فصل: في أحكامه..... ٣١٨-
- ٤٦٠ [٧٦]- باب [السلم].....
- ٤٦١ فصل: في الشروط..... ٣١٩-
- ٤٧٢ فصل: فيما لا يصح السلم فيه..... ٣٢٠-
- ٤٧٤ فصل: فيما يصح السلم فيه..... ٣٢١-
- ٤٨٢ فصل: في كيفية تسليم المسلم فيه..... ٣٢٢-

- ٣٢٣- فصل: [في اختلاف المسلم والمسلم إليه] ٤٨٥
- [٧٧]- باب اختلاف المتبايعين ٤٨٨
- كتاب الشفعة ٤٩٧
- ٣٢٤- فصل فيما تثبت فيه الشفعة ٤٩٨
- ٣٢٥- فصل: [فيمن يستحق الشفعة] ٥٠٠
- ٣٢٦- فصل في أسبابها ٥٠٢
- ٣٢٧- فصل في الشفعة بالشرب ٥٠٥
- ٣٢٨- فصل: في الشركة في الطريق ٥٠٧
- ٣٢٩- فصل في الجوار ٥٠٨
- ٣٣٠- فصل: في أحكام تلحق بما مر ٥١٢
- ٣٣١- فصل: في كيفية أخذ المبيع بالشفعة ٥١٤
- ٣٣٢- فصل في حكم الشفعة بعد زيادة المبيع ٥٢٦
- ٣٣٣- فصل في ازدحام الشركاء ٥٣٥
- ٣٣٤- فصل: فيما تبطل به الشفعة وما لا ٥٣٦
- ٣٣٥- فصل في الاختلاف ٥٤٨
- كتاب الإجارة ٥٥٢
- ٣٣٦- فصل: [في شروط الإجارة] ٥٥٣
- ٣٣٧- فصل: في تأجير المنقولات ٥٥٨
- ٣٣٨- فصل في إجارة ما لا ينقل كالأراضي والدور والحوانيت ٥٦١
- ٣٣٩- فصل: في إجارة الأراضي ٥٦٩
- [٧٨]- باب: [في إجارة الحيوان] ٥٧٤
- ٣٤٠- فصل: في استئجار البهائم للعمل ٥٧٨
- ٣٤١- فصل: [في الاستئجار للرحيل والركوب] ٥٧٩
- [٧٩] باب إجارة الأدميين ٥٨٤
- ٣٤٢- فصل: [في أحكام متنوعة] ٥٨٦
- ٣٤٣- فصل: [في الاستئجار للرضاع والحضانة وغيرهما] ٥٨٧
- ٣٤٤- فصل: في أحكام الأجير الخاص ٥٩٥

- ٣٤٥- فصل في أحكام الأجرة ٥٩٧
- ٣٤٦- فصل في استحقاق الأجرة ٦٠٥
- ٣٤٧- فصل: في ضمان الأجير ٦٠٧
- ٣٤٨- فصل: فيما يصح فسخ الإجارة به ٦١٢
- ٣٤٩- فصل: [في الاختلاف بين الأجير والمستأجر والمكري والمكتري]... ٦١٩
- [٨٠]- باب [في الجعالة] ٦٢٢
- ٣٥٠- فصل: في ضبط أهل الضمان على الجملة ٦٢٣
- كتاب المزارعة ٦٢٤
- ٣٥١- فصل: [في المزارعة الصحيحة] ٦٢٤
- [٨١]- باب المغارسة ٦٢٨
- ٣٥٢- فصل: [شروط المغارسة] ٦٢٨
- ٣٥٣- فصل: [في أحكام المغارسة الصحيحة وما يتعلق بذلك] ٦٢٩
- [٨٢]- باب المساقاة ٦٣٢
- ٣٥٤- فصل: [في المساقاة الصحيحة] ٦٣٢
- ٣٥٥- فصل: [في التداعي في المزارعة والمغارسة والمساقاة] ٦٣٣
- كتاب الإحياء والتحجر ٦٣٥
- ٣٥٦- فصل: [في الإحياء] ٦٣٥
- ٣٥٧- فصل: في كيفية الإحياء ٦٣٨
- [٨٣]- باب [التحجر] ٦٤١
- ٣٥٨- فصل: في الإقطاعات والحمى ٦٤٥
- ٣٥٩- فصل: [في الحمى] ٦٤٦
- كتاب المضاربة والقراض ٦٥٠
- ٣٦٠- فصل: [في أركان المضاربة] ٦٥١
- ٣٦١- فصل: في أحكام المضاربة ٦٥٩
- ٣٦٢- فصل: [في مخالفة العامل للشروط وما يتعلق بذلك] ٦٦٣
- ٣٦٣- فصل: [في حكم المضاربة مع موتها أو أحدهما] ٦٦٦
- ٣٦٤- فصل: [في أحكام تلحق بها مر] ٦٦٨

- ٣٦٥- فصل: [في أرباح المضاربة ومؤون العامل]. ٦٦٩
- ٣٦٦- فصل: [في المضاربة الفاسدة]. ٦٧٢
- ٣٦٧- فصل: [في اختلاف المتقارضين]. ٦٧٢
- كتاب الشَّرْكة. ٦٧٤
- ٣٦٨- فصل: [فيما تقع فيه الشركة]. ٦٧٤
- ٣٦٩- فصل: [في شرك المكاسب]. ٦٧٤
- [٨٤]- باب شركة الأملاك. ٦٨٦
- ٣٧٠- فصل: [في الشركة في العلو والسفل]. ٦٨٦
- ٣٧١- فصل: [في الشركة في السكك]. ٦٨٩
- ٣٧٢- فصل: [في الشركة في الشرب]. ٦٩١
- كتاب القسمة. ٦٩٦
- ٣٧٣- فصل: [في شروط القسمة]. ٦٩٦
- ٣٧٤- فصل: [في أحكامها]. ٦٩٧
- ٣٧٥- فصل: [فيما يخصص وما لا يخصص من المقسومات]. ٧٠٠
- ٣٧٦- فصل: [في كيفية التقسيم]. ٧٠٠
- ٣٧٧- فصل: [في أجناس من المقسومات]. ٧٠٢
- ٣٧٨- فصل: [في حكم القرعة]. ٧٠٦
- ٣٧٩- فصل: [في صفة القسام]. ٧٠٧
- ٣٨٠- فصل: [في أحكام تلحق بما مر]. ٧٠٨
- ٣٨١- فصل: [فيما يوجب نقض القسمة]. ٧٠٨
- الفهرس. ٧١١