

روضة الطالبين

الإمام يحيى بن شرف الدين النووي

المجلد الثالث

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب المساقاة (١)

هي أن يعامل إنسان إنساناً على شجرة ليتعهّدها بالسقي والتربية، على أن ما رزق الله تعالى من الثمرة يكون بينهما، وفيه بابان.

الباب الأول: في أركانها

وهي خمسة:

الركن الأول: العاقدان، وسبق بيانهما في القراض.

والركن الثاني: متعلّق العمل، وهو الشجر، وله ثلاثة شروط:

الشرط الأول: أن يكون نخلاً أو عنباً، فأما غيرهما من النبات، فقسمان:

القسم الأول: ما له ساق، ومالا. والأول ضربان:

الضرب الأول: ما له ثمرة كالتين، والجوز، والمشمش، والتفاح ونحوها،

وفيها قولان: القديم: جواز المساقاة عليها. والجديد: المنع. وعلى الجديد، في شجر المقلّ وجهان: جوّزها ابن سريج، ومنعها غيره.

قلت: الأصح: المنع. والله أعلم.

الضرب الثاني: ما لا ثمرة له، كالذّلب والخلاف وغيره، فلا تجوز المساقاة

عليه. وقيل: في الخلاف وجهان لأغصانه.

القسم الثاني: ما لا ساق له، كالبطيخ، والقثاء، وقصب السكر، والباذنجان،

والبقول التي لا تثبت في الأرض ولا تجزّ إلا مرة واحدة، فلا تجوز المساقاة عليها،

كما لا تجوز على الزرع. فإن كانت تثبت في الأرض وتجزّ مرة بعد مرة، فالمذهب المنع. وقيل: وجهان: أصحهما: المنع.

الشرط الثاني: أن تكون الأشجار مرئية، وإلا، فباطل على المذهب. وقيل:

قولان، كبيع الغائب.

الشرط الثالث: أن تكون معينة. فلو ساقاه على أحد الحائطين، لم يصح.

(١) المساقاة هي دفع شجر مغروس معلوم، له تمر مأكول لمن يعمل عليه بجزء مشاع معلوم من الثمرة.

الركن الثالث: الثمار. فيشترط اختصاصها بالعاقدين مشتركة بينهما معلومة، وأن يكون العلم بها من حيث الجزئية دون التقدير. فلو شرطاً بعض الثمار لثالث، أو كلّها لأحدهما، فسدت المساقاة. وفي استحقاق الأجرة عند شرط الكل للمالك وجهان كالقراض. أصحهما: المنع، لأنه عمل مجاناً. ولو قال: ساقيتك على أن لك جزءاً من الثمرة، فسدت. ولو قال: على أنها بيننا، أو على أن نصفها لي، أو نصفها لك، وسكت عن الباقي، أو على أن ثمرة هذه النخلة أو النخلات لي، أو لك، والباقي بيننا، أو على أن صاعاً من الثمرة لي، أو لك، والباقي بيننا، فحكمه كلّ كما سبق في القراض. وفي «التتمة» وجه شاذ: أنه تصح المساقاة إذا شرط كل الثمرة للعامل، لغرض القيام بمصلحة الشجر.

فصل: إذا ساقاه على وديّ ليغرسه ويكون الشجر بينهما، أو ليغرسه ويتعهده مدة كذا، والثمرة بينهما، فهو فاسد على الصحيح. وقيل: يصح فيهما، للحاجة. وقيل: يصح في الثاني. فعلى الصحيح: إذا عمل في هذا الفاسد، استحق أجرة المثل إن كانت الثمرة متوقعة في هذه المدة، وإلا فعلى الوجهين في شرط الكل للمالك. ولو ساقاه على ودي مغروس، فإن قدراً العقد بمدة لا يثمر فيها، لم تصح المساقاة، لخلوها عن الغرض. وفي استحقاقه أجرة المثل، الخلاف السابق. قال الإمام: هذا إذا كان عالماً بأنها لا تثمر فيها، فإن جهل ذلك، استحق الأجرة قطعاً. وإن قدر بمدة يثمر فيها غالباً، صح، ولا يضر كون أكثر المدة لا يثمر فيها، فإن اتفق أنها لم تثمر، لم يستحق العامل شيئاً، كما لو قارضه فلم يربح، أو ساقاه على النخيل المثمرة فلم تثمر، وإن قدر بمدة تحتمل الإثمار وعدمه، لم يصح على الأصح، كما لو أسلم في معدوم إلى وقت يحتمل وجوده وعدمه. والثاني: يصح. فإن أثمرت، استحق، وإلا، فلا شيء له. وعلى الأول: يستحق الأجرة إن لم تثمر، لأنه عمل طامعاً. هذه طريقة جمهور الأصحاب، وجعلوا توقع الثمرة ثلاثة أقسام كما ذكرنا. وقيل: إن غلب وجودها في تلك المدة، صح، وإلا، فوجهان: وقيل: إن غلب عدمها، لم يصح، وإلا، فوجهان:

فرع: دفع إليه ودياً ليغرسه في أرض نفسه، على أن يكون الغراس للدافع، والثمر بينهما، فهو فاسد، وللعامل عليه أجرة مثل عمله وأرضه. ولو دفع إليه أرضه ليغرسها بوديّ نفسه، على أن تكون الثمرة بينهما، ففاسد أيضاً، ولصاحب الأرض أجرتها على العامل.

فصل: في جواز المساقاة بعد خروج الثمار، قولان: أظهرهما: الجواز. وفي موضع القولين طرق. أصحها: أنهما فيما بدؤ الصلاح، فأما بعده، فلا يجوز قطعاً.

والثاني: القولان فيما لم يتناه نضجه. فإن تناهى، لم يجز قطعاً. والثالث: طردهما في كل الأحوال. ولو كان بين النخيل بياض، بحيث تجوز المزارعة عليه تبعاً للمساقاة، فكان فيه زرع موجود، ففي جواز المزارعة تبعاً، وجهان بناءً على هذين القولين.

فصل: إذا كان في الحديقة نوعان من التمر فصاعداً، كالصيحاني، والعجوة، والدقل، فساقاه على أن له النصف من الصيحاني، أو من العجوة الثلث، فإن علما قدر كل نوع، جاز، وإن جهله أحدهما، لم يجز. ومعرفة كل نوع إنما تكون بالنظر والتخمين دون التحقيق. وإن ساقاه على النصف من الكل، جاز وإن جهلاً قدر النوعين. ولو ساقاه على أنه إن سقى بماء السماء، فله الثلث، أو بالدالية، فالنصف، لم يصح، للجهل. ولو ساقاه على حديقته بالنصف على أن يساقيه على أخرى بالثلث، أو على أن يساقيه العامل على حديقته، ففساد. وهل تصح المساقاة الثانية؟ ينظر، إن عقدها وفاءً بالشرط الأول، لم يصح، وإلا، فيصح، وسبق نظيره في الرهن.

فرع: حديقة بين اثنين مناصفة، ساقى أحدهما صاحبه وشرط له ثلثي الثمار، صح وقد شرط له ثلث ثمرته. وإن شرط له ثلث الثمار، أو نصفها، لم يصح، لأنه لم يثبت له عوضاً بالمساقاة، فإنه يستحق النصف بالملك. وإذا عمل، ففي استحقاقه الأجرة الوجهان. ولو شرط له جميع الثمار، ففسد، وفي الأجرة وجهان: لأنه لم يعمل له إلا أنه انصرف إليه. والله أعلم.

قلت: أصحهما: له الأجرة. والله أعلم.

ولو شرط في المساقاة مع الشريك أن يتعاونوا على العمل، فسدت وإن أثبت له زيادة على النصف، كما لو ساقى أجنبياً على هذا الشرط. ثم إن تعاونوا واستويا في العمل، فلا أجرة لواحد منهما. وإن تفاوتوا، فإن كان عمل من شرط له الزيادة أكثر، استحق على الأجرة بالحصة من عمله. وإن كان عمل الآخر أكثر، ففي استحقاقه الأجرة الوجهان. أما لو أعانه من غير شرط، فلا يضر. ولو ساقى الشريك أجنبياً، وشرطاً له جزءاً من ثمرة كل الحديقة، ولم يعلم نصيب كل واحد منهما، جاز. فإن قالوا: على أن لك من نصيب أحدنا النصف، ومن نصيب الآخر الثلث، من غير تعيين، لم يصح، وإن عينا، فإن علم نصيب كل واحد، صح، وإلا، فلا.

فرع: كانت الحديقة لواحد، فساقى اثنين على أن لأحدهما نصف الثمرة، وللآخر ثلثها، في صفقة، أو صفقتين، جاز إن عيّن من له النصف ومن له الثلث.

فرع: حديقة بين ستة أسداساً، فساقوا رجلاً على أن له من نصيب واحد عيّنوه

النصف، ومن نصيب الثاني الربع، ومن الثالث الثمن، ومن الرابع الثلثين، ومن الخامس الثلث، ومن السادس السدس، فحسابه أن مخرج النصف والربع يدخلان في مخرج الثمن، ومخرج الثلثين والثلث يدخل في السدس، تبقى ستة وثمانية، يضرب وفق أحدهما في الآخر، تبلغ أربعة وعشرين، تضربه في عدد الشركاء وهو ستة، تبلغ مئة وأربعة وأربعين، لكل واحد منهم أربعة وعشرون، فيأخذ العامل ممن شرط له النصف اثني عشر، ومن الثاني ستة، ومن الثالث ثلاثة، ومن الرابع ستة عشر، ومن الخامس ثمانية، ومن السادس أربعة، فيجتمع له تسعة وأربعون.

الركن الرابع: العمل، وشروطه قريبة من عمل القراض وإن اختلفا في الجنس: فمنها: أن لا يُشترط عليه عمل ليس من أعمال المساقاة.

ومنها: أن يستبدَّ العامل باليد في الحديقة ليتمكن من العمل متى شاء.

فلو شرطاً كونه في يد المالك، أو مشاركته في اليد، لم يصح. ولو سلّم المفتاح إليه، وشرط المالك الدخول عليه، جاز على الصحيح. ووجه الثاني: أنه إذا دخل، كانت الحديقة في يده، ويتعَوَّق بحضوره عن العمل.

ومنها: أن ينفرد العامل بالعمل.

فلو شرطاً مشاركة المالك في العمل فسد العقد، وإن شرطاً أن يعمل معه غلام المالك، جاز على المذهب والمنصوص. وقيل: وجهان كالقراض. هذا إذا شرطاً معاونته الغلام، ويكون تحت تدبير العامل. فلو شرطاً اشتراكهما في التدبير، ويعملان ما اتفقا عليه، لم يجز بلا خلاف. وإذا جوزناه في الأول، فلا بد من معرفة الغلام بالرؤية أو الوصف. وأما نفقته، فإن شرطها على المالك، جاز، وإن شرطها على العامل، جاز أيضاً على الأصح. وعلى هذا، هل يجب تقديرها ليعرف ما يدفع إليه كل يوم من الخبز والأدم، أم لا بل يحمل على الوسط المعتاد لأنه يتسامح به؟ وجهان: وبالثاني قطع الشيخ أبو حامد. وإن شرطها في الثمار، فقطع البغوي بالمنع، لأن ما يبقى مجهول.

وقال صاحب «الإفصاح»: يجوز، لأنه قد يكون من صلاح المال، ويشبه أن يتوسط فيقال: إن شرطها من جزء معلوم، بأن شرطاً للمالك ثلث الثمار، وللعامل ثلثها، ويصرف الثلث الثالث إلى نفقة الغلام. جاز، وكأن المشروط للمالك ثلثها. وإن شرطها في الثمار بغير تقدير جزء لم يصح. ولو لم يتعرض للنفقة أصلاً، فالمذهب والذي قطع به الجمهور: أنها على المالك. وفي وجه: على العامل، حكاه في «المهذب». ولصاحب «الإفصاح» احتمالان آخران. أحدهما: أنها من الثمرة،

والآخر، يفسد العقد، ولا يجوز للعامل استعمال الغلام في عمل نفسه. ولو شرط أن يعمل له، بطل العقد. ولو كان يرسم الحديقة غلمان يعملون فيها، لم يدخلوا في مطلق المساقاة. ولو شرط استئجار العامل من يعمل معه من الثمرة، بطل العقد. ولو شرط كون أجرة من يعمل معه على المالك، بطل على المذهب، وبه قطع الأصحاب، وشذ الغزالي، فذكر في جوازه وجهين:

فصل: يشترط لصحة المساقاة، أن تكون مؤقتة. فإن وقت بالشهور أو السنين العربية، فذاك، ولو وقت بالرومية وغيرها، جاز إذا علمها، فإن أطلقا لفظ السنة، انصرف إلى العربية. وإن وقت بإدراك الثمرة، فهل يبطل كالإجارة، أم يصح لأنه المقصود؟ وجهان: أحدهما: عند الجمهور: أولهما، وبه قطع البغوي، وصحح الغزالي الثاني. فعلى الثاني لو قال: ساقيتك سنة، وأطلق، فهل يحمل على السنة العربية، أم سنة الإدراك؟ وجهان: زعم أبو الفرج السرخسي أن أحدهما: الثاني. فإن قلنا بالأول، أو وقت بالزمان، فأدركت الثمار والمدة باقية، لزم العامل أن يعمل في تلك البقية، ولا أجرة له. وإن انقضت المدة وعلى الشجر طلع أو بلح، فللعامل نصيبه منها، وعلى المالك التعهد إلى الإدراك. وإن حدث الطلع بعد المدة، فلا حق للعامل فيه. ولو ساقاه أكثر من سنة، ففي صحته الأقوال التي سنذكرها إن شاء الله تعالى في الإجارة أكثر من سنة، فإن جوزنا، فهل يجب بيان حصة كل سنة، أم يكفي قوله: ساقيتك على النصف لاستحقاق النصف كل سنة؟ قولان، أو وجهان كالإجارة. وقيل: يجب هنا قطعاً، لكثرة الاختلاف في الثمر، بخلاف المنافع، فلو فاوت بين الجزء المشروط في السنين، لم يصح على المذهب. وقيل: قولان كالسلم إلى آجال. ولو ساقاه سنين، وشرط له ثمرة سنة بعينها، والأشجار بحيث تثمر كل سنة، لم يصح.

قلت: ولو ساقاه تسع سنين، وشرط له ثمرة العاشرة، لم يصح قطعاً، وكذا إن شرط له ثمرة التاسعة على الصحيح. والله أعلم.

الركن الخامس: الصيغة، ولا تصح المساقاة بدونها على الصحيح. وفيها الوجه المكتفى في العقود بالتراضي، والمعاطاة، وكذا في القراض وغيره. ثم أشهر الصيغ: ساقيتك على هذه النخيل بكذا، أو عقدت معك عقد المساقاة.

قال الأصحاب: وينعقد بكل لفظ يؤدي معناها، كقوله: سلّمت إليك نخيلي لتتعهدّها على كذا، أو اعمل على هذا النخيل، أو تعهد نخيلي بكذا، وهذا الذي قالوه، يجوز أن يكون تفريعاً على أن مثله من العقود ينعقد بالكناية، ويجوز أن يكون

ذهاباً إلى أن هذه الألفاظ صريحة، ويعتبر في المساقاة، القبول قطعاً، ولا يجيء فيها الوجه المذكور في القراض والوكالة، للزومهما.

فرع: لو عقدا الإجارة بلفظ الإجارة، فقال: استأجرتك لتتعهد نخيلي بكذا من ثمارها، أو عقدا الإجارة بلفظ المساقاة، فوجهان في المسألتين. أحدهما: الصحة، لما بين البابين من المشابهة، واحتمال كل لفظ معنى الآخر. وأصحهما: المنع، لأن لفظ الإجارة صريح في غير المساقاة، فإن أمكن تنفيذه في موضوعه، نفذ فيه، وإلا، فلا، وهو إجارة فاسدة، والخلاف راجع إلى أن الاعتبار باللفظ أو المعنى؟ ولو قال: ساقيتك على هذه النخيل بكذا ليكون أجره لك، فلا بأس، لسبق لفظ المساقاة. هذا إذا قصد بلفظ الإجارة المساقاة، أما إذا قصد الإجارة نفسها، فينظر، إن لم تكن خرجت الثمرة، لم يجز، لأن شرط الأجرة أن تكون في الذمة، أو موجودة معلومة. وإن كانت خرجت، وبدا فيها الصلاح، جاز، سواء شرط ثمرة نخلة معينة، أو جزءاً شائعاً، كذا أطلقوه، ولكن يجيء فيه ما سنذكره إن شاء الله تعالى في مسألة قفيز الطحان وأخواتها. وإن لم يبد فيها الصلاح، فإن شرط له ثمرة نخلة بعينها، جاز بشرط القطع، وكذا لو شرط كل الثمار للعامل. وإن شرط جزءاً شائعاً، لم يجز وإن شرط القطع، لما سبق في البيع. وإذا عقدا بلفظ المساقاة، فالصحيح: أنه لا يحتاج إلى تفصيل الأعمال، بل يحمل في كل ناحية على عرفها الغالب. وقيل: يجب تفصيلها. وهذا الخلاف إذا علم المتعاقدان العرف المحمول عليه. فإن جهله أحدهما، وجب التفصيل قطعاً.

الباب الثاني: في أحكام المساقاة

ويجمعها حكمان: أحدهما: ما يلزم العامل والمالك. والثاني: في لزومها. أما الأول: فكل عمل تحتاج إليه الثمار لزيادتها، أو صلاح، ويتكرر كل سنة، فهو على العامل. وإنما اعتبرنا التكرار، لأن ما يتكرر يبقى أثره بعد فراغ المساقاة، وتكليف العامل مثل هذا، إجحاف به. فما يجب عليه السقي، وما يتبعه من إصلاح طريق المال والأجابين التي يقف فيها الماء، وتنقية الآبار والأنهار من الحمأة ونحوها. وإدارة الدولاب وفتح رأس الساقية، وسدها عند السقي، على ما يقتضيه الحال. وفي تنقية النهر وجه ضعيف: أنها على المالك. ووجه: أنها على من شرطت عليه منهما. فإن لم يذكرها، فسد العقد. ومنه: تقليب الأرض بالمساحي وكرابها في المزارعة. قال المتولي: وكذا تقويتها بالزبل، وذلك بحسب العادة.

ومنه: التلقيح، ثم الطلع الذي يلحق به على المالك، لأنه عين مال، وإنما يكلف العامل العمل.

ومنها: تنحية الحشيش المضر، والقضبان المضرة بالشجر.

ومنه: تصريف الجريد - والجريد: سعف النخل - وحاصل ما قالوه في تفسيره شيئان: أحدهما: قطع ما يضر تركه يابساً وغير يابس. والثاني: ردها عن وجوه العناقيد وتسوية العناقيد بينها لتصيبها الشمس، وليتيسر قطعها عند الإدراك.

ومنه: تعريش شجر العنب حيث جرت العادة به. قال المتولي: ووضع الحشيش فوق العناقيد صوناً لها عن الشمس عند الحاجة. وفي حفظ الثمار، وجهان: أحدهما: على العامل كحفظ مال القراض. فإن لم يحفظ بنفسه، فعليه مؤنة من يحفظه. والثاني: على العامل والمالك جميعاً بحسب اشتراكهما في الثمار، لأن الذي يجب على العامل ما يتعلق بزيادة الثمر وتنميته، ويجري الوجهان في حفظ الثمر عن الطيور والزناير، بأن يجعل كل عنقود في قوصرة، فيلزم ذلك على العامل على الأصح عند جريان العادة به وهذه القوصرة على المالك، ويلزم العامل جداد الثمرة على الصحيح، وبه قطع الأكثرون، لأنه من الصلاح. وقيل: لا، لأنه بعد الفراغ. ويلزمه تجفيف الثمار على الصحيح إذا طردت العادة، أو شرطاه. وإذا وجب التجفيف، وجب تهيئة موضعه وتسويته، ويسمى: البيدر والجرين، ونقل الثمار إليه، وتقليبها في الشمس.

وأما ما لا يتكرر كل سنة ويقصد به حفظ الأصول، فهو من وظيفة المالك، وذلك كحفر الآبار والأنهار الجديدة، والتي انهارت، وبناء الحيطان، ونصب الأبواب والدولاب ونحوها. وفي ردم الثلم اليسيرة التي تتفق في الجدران، ووضع الشوك على رأس الجدار، وجهان كتنقية الأنهار. والأصح: اتباع العرف. وأما الآلات التي يتوفر بها العمل، كالفأس، والمعول، والمنجل والمسحاة، والثيران، والفدان في المزرعة، والثور الذي يدير الدولاب، فالصحيح: أنها على المالك. وقيل: هي على من شرطت عليه، ولا يجوز السكوت عنها، وبه قال أبو إسحاق، وأبو الفرج السرخسي. وخراج الأرض الخراجية على المالك قطعاً، وكذا كل عين تتلف في العمل، فعلى المالك قطعاً. ثم كل ما وجب على العامل، فله استئجار المالك عليه، ويجيء فيه وجه. ولو شرطه على المالك في العقد، بطل العقد، وكذا ما على المالك لو شرطه على العامل، بطل العقد، ولو فعله العامل بلا إذن لم يستحق شيئاً، وإن فعله بإذن المالك، استحق الأجرة. وجميع ما ذكرناه تفريع على الصحيح، في أن تفصيل الأعمال لا يجب في العقد. فإن أوجبناه، فالمتبع الشرط إلا أنه لا يجوز أن يكون الشرط مغيراً مقتضي العقد.

الحكم الثاني: المساقاة عقد لازم كالإجارة، ويملك العامل حصته من الثمرة بالظهور على المذهب. وقيل: قولان كالقراض. والفرق على المذهب: أن الربح في القراض وقاية لرأس المال، بخلاف الثمر.

فرع: إذا هرب العامل قبل تمام العمل، نظر، إن تبرع المالك بالعمل، أو بمؤنة من يعمل، بقي استحقاق العامل بحاله، وإلا، رفع الأمر إلى الحاكم، وأثبت عنده المساقاة ليطالبه الحاكم، فإن وجدته، أجبره على العمل، وإلا، استأجر عليه من يعمل. ومن أين يستأجر؟ ينظر، إن كان للعامل مال، فمنه، وإلا، فإن كان بعد بدو الصلاح، باع نصيب العامل كله أو بعضه بحسب الحاجة للمالك أو غيره، واستأجر بثمنه. وإن كان قبل بدو الصلاح، إما قبل خروج الثمرة، أو بعده استقرض عليه من المالك أو غيره، أو من بيت المال، واستأجر به، ثم يقضيه العامل إذا رجع، أو يقضى من نصيبه من الثمرة بعد بدو الصلاح، أو الإدراك. ولو وجد من يستأجره بأجرة مؤجلة، استغنى عن الاقتراض. وإن فعل المالك بنفسه، أو أنفق عليه ليرجع، ينظر، إن قدر على مراجعة الحاكم، أو لم يقدر وقدر على الإشهاد فلم يفعل، لم يرجع. وإن لم يمكنه الإشهاد، ففي رجوعه وجهان: أحدهما: عند الجمهور: لا يرجع، لأنه عذر نادر. وحكي وجه: أنه يرجع وإن تمكن من الإشهاد، وهو شاذ. وإن أشهد، رجع على الأصح، للضرورة. وقيل: لا، لئلا يصير حاكماً لنفسه. ثم الإشهاد المعتبر، أن يشهد على العمل أو الاستئجار، وأنه بذل ذلك بشرط الرجوع. فأما الإشهاد على العمل أو الاستئجار من غير تعرض للرجوع، فهو كترك الإشهاد، قال في «الشامل»: وإذا أنفق المالك بإذن الحاكم ليرجع، فوجهان: وجه المنع: أنه منهم في حق نفسه. فطريقه: أن يسلم المال إلى الحاكم ليأمر غيره بالإنفاق. ولو استأجره لباقي العمل، فوجهان بناءً على ما لو أجر داره، ثم استأجرها من المستأجر. ومتى تعذر إتمام العمل بالاستقراض وغيره، فإن لم تكن الثمرة خرجت، فللمالك فسخ العقد على الصحيح، للتعذر والضرورة. وقال ابن أبي هريرة: لا يفسخ، لكن يطلب الحاكم من يساقي عن العامل، فربما فضل له شيء. وإن كانت الثمرة قد خرجت، فهي مشتركة بينهما. فإن بدا صلاحها، بيع نصيب العامل كله أو بعضه بقدر ما يستأجر به عامل. وإن لم يبد، تعذر بيع نصيبه وحده، لأن شرط القطع في المشاع لا يكفي. فإما أن يبيع المالك نصيبه معه ليشترط القطع في الجميع، وإما أن يشتري المالك نصيبه، فيصح على الأصح في أن يبيع الثمار قبل بدو الصلاح لصاحب الشجرة يكفي عن اشتراط القطع. فإن لم يرغب في بيع ولا شراء، وقف الأمر حتى يصطلحا. وهذا كله تفريع على أنه لا يثبت الفسخ بعد خروج الثمرة، وهو

الصحيح. وقال في «المهذب»: يفسخ، وتكون الثمرة بينهما، ولا يكاد يفرض للفسخ بعد خروج الثمرة فائدة.

ويتفرع على ثبوت الفسخ قبل خروج الثمرة فرعان:

أحدهما: إذا فسخ، غرم المالك للعامل أجره مثل ما عمل، ولا يقال بتوزيع الثمار على أجره مثل جميع العمل، إذ الثمار ليست موجودة عند العقد حتى يقتضي العقد التوزيع فيها.

الثاني: جاء أجنبي وقال: لا تفسخ لأعمل نيابة عن العامل، لم يلزم الإجابة، لأنه قد لا يأتّمه ولا يرضى بدخوله ملكه. لكن لو عمل نيابة بغير علم المالك، وحصلت الثمار، سلم للعامل نصيبه منها، وكان الأجنبي متبرعاً عليه، هكذا قالوه. ولو قيل: وجود المتبرع كوجود مقرض حتى لا يجوز الفسخ، لكان قريباً. والعجز عن العمل بمرض ونحوه كالهرب.

فصل: ولو مات مالك الشجر في أثناء المدة، لم تنفسخ المساقاة، بل يستمر العامل ويأخذ نصيبه. وإن مات العامل، فإن كانت المساقاة على عينه، انفسخت بموته كالأجير المعيّن. وإن كانت على الذمة، فوجهان: أحدهما: تنفسخ لأنه لا يرضى بيده غيره. والثاني وهو الصحيح وعليه التفريع: لا تنفسخ كالإجارة، بل ينظر إن خلف تركة، تمت وارثه العمل، بأن يستأجر من يعمل، وإلا، فإن أتم العمل بنفسه، أو استأجر من ماله من يتم، فعلى المالك تمكينه إن كان أميناً مهتدياً إلى أعمال المساقاة، ويسلم له المشروط. وإن أبى، لم يجبر عليه على الصحيح. وقيل: يجبر، لأنه خليفته، وهو شاذ، لأن منافعه لنفسه، وإنما يجبر على أداء ما على المورث من تركته. لكن لو خلف تركة، وامتنع الوارث من الاستئجار منها، استأجر الحاكم. وإن لم يخلف تركه، لم يستقرض على الميت، بخلاف الحي إذا هرب. ومهما لم يتم العمل، فالقول في ثبوت الفسخ وفي الشركة وفصل الأمر إذا خرجت الثمار، كما ذكرناه في الهرب. وهذا الذي ذكرناه من أن المساقاة تكون على العين وفي الذمة، هو تفريع على جوازها على العين، وهو المذهب المقطوع به، وتردد فيها بعضهم، لما فيها من التضيق.

فرع: نقل المتولي: أنه إذا لم تثمر الأشجار أصلاً، أو تلفت الثمار كلها بجائحة، أو غضب، فعلى العامل إتمام العمل وإن تضرّر به. كما أن عامل القراض يكلّف التنضيض وإن ظهر خسران ولم ينل إلا التعب. وهذا أصح مما ذكره البغوي: أنه إذا تلفت الثمار كلها بالجائحة، ينفسخ العقد، إلا أن يريد: بعد تمام العمل

وتكامل الثمار. قال: وإن هلك بعضها، فللعامل الخيار، بين أن يفسخ العقد ولا شيء له، وبين أن يجيز ويتم العمل ويأخذ نصيبه.

فصل: دعوى المالك على العامل السرقة والخيانة في الثمر أو السعف، لا تقبل حتى يبين قدر ما خان فيه ويحرر الدعوى. فإذا حررها، وأنكر العامل، فالقول قول العامل مع يمينه. فإن ثبتت خيانتة بينة، أو بإقراره، أو بيمين المالك بعد نكوله، فقولان: أحدهما: يُستأجر عليه من يعمل عنه. والثاني: يُضم إليه أمين يشرف عليه. وقال الجمهور: هي على حالين: إن أمكن حفظه بضم مشرف، قنع به، وإلا، أزيلت يده بالكلية، واستؤجر عليه من يعمل. ثم إذا استؤجر عليه، فالأجرة في ماله. وأما أجرة المشرف، فعليه أيضاً على المذهب، وبه قطع الجمهور. وقال المتولي: تبنى على مؤنة الحفظ، إن جعلناها على العامل، فكذا أجرة المشرف، وإن جعلناها عليهما، فكذا هنا. وقال في «الوسيط»: أجرة المشرف على العامل إن ثبتت خيانتة بالبينة، أو بإقراره، وإلا، فعلى المالك. وهذا الذي ذكره مشكل، وينبغي إذا لم تثبت خيانتة أن لا يتمكن المالك من ضم مشرف إليه، لما فيه من إبطال استقلاله باليد.

فصل: إذا خرجت الأشجار المساقى عليها مستحقة، أخذها المالك مع الثمار إن كانت باقية. وإن جففاها ونقصت قيمتها بالتجفيف، استحق الأرض أيضاً، ويرجع العامل على الغاصب الذي ساقاه بأجرة المثل، كما لو استأجر الغاصب من عمل في المغصوب عملاً، وقيل: لا أجرة، تخريجاً على قولي الغرور، وكما لو تلفت بجائحة. والصحيح: الأول. وإن أتلّفها، فللمالك الخيار في نصيب العامل، بين أن يطالب بضمانه العامل أو الغاصب. والقرار على العامل على الصحيح. وقيل: على الغاصب، كما لو أطعمه الطعام المغصوب على قول. وأما نصيب الغاصب، فللمالك مطالبته به. وفي مطالبته العامل به، وجهان: أحدهما: عند الجمهور: يطالبه، لثبوت يده، كما يطالب عامل القراض والمودع إذا خرج مستحقاً. والثاني: لا، لأن يده لم تثبت عليه مقصودة. وعلى الوجهين يخرج ما إذا تلف جميع الثمار قبل القسمة بجائحة أو غصب، فإن أثبتنا يد العامل عليها، فهو مطالب، وإلا، فلا. ولو تلف شيء من الأشجار، ففيه الوجهان. وإذا قلنا: يطالب العامل بنصيب الغاصب، ففي رجوعه على الغاصب الخلاف المذكور في رجوع المودع. والمذهب: القطع بالرجوع.

فصل: إذا اختلفا في قدر المشروط للعامل، ولا بينة، تحالفا كما في القراض. وإذا تحالفا وتفاصحا قبل العمل، فلا شيء للعامل. وإن كان بعده، فله أجرة مثل عمله. وإن كان لأحدهما بينة، قضى بها. وإن كان لكل منهما بينة، فإن

قلنا: تتساقطان وهو الأظهر، فهو كما لو لم يكن لهما بينة، فيتحالفان. وإن قلنا: تُستعملان، فيقرع بينهما. ولا يجيء قولاً الوقف والقسمة، لأن الاختلاف في العقد، وهو لا يقسم ولا يوقف. وقيل: تجيء القسمة في القدر المختلف فيه، فيقسم بينهما نصفين. ولو ساقاه شريكاً في الحديقة، فقال العامل: شرطتما لي نصف الثمر، وصدقه أحدهما، وقال الآخر: بل شرطنا الثلث، فنصيب المصدق مقسوم بينه وبين العامل. وأما نصيب المكذب، فيتحالفان فيه. ولو شهد المصدق للعامل أو المكذب، قبلت شهادته، لعدم التهمة. ولو اختلفا في قدر الأشجار المعقود عليها، أو في رد شيء من المال أو هلاكه، فالحكم كما ذكرناه في القراض.

فصل: إذا بدا صلاح الثمار، فإن وثق المالك بالعامل، تركها في يده إلى الإدراك، فيقتسمان حينئذٍ إن جَوَزَناها، أو يبيع أحدهما نصيبه للثاني، أو يبيعان ثالث. وإن لم يثق به وأراد تضمينه الثمر أو الزبيب، بني على أن الخرص عبْرَة أو تضمين؟ فإن قلنا: عبْرَة، لم يجز. وإن قلنا: تضمين، جاز على الأصح كما في الزكاة. ويجري الخلاف، فيما لو أراد العامل تضمين المالك بالخرص.

فصل: إذا انقطع ماء البستان، وأمكن رده، ففي تكليف المالك السعي فيه وجهان: أحدهما: لا، كما لا يكلف الشريك العمارة ولا المكري. والثاني: يكلف، لأنه لا يتمكن من العمل إلا به، فأشبه ما لو استأجره لقسارة ثوب بعينه يكلف تسليمه. فعلى هذا لو لم يسع في رده، لزمه للعامل أجره عمله. ولو لم يمكن رد الماء، فهو كما لو تلفت الثمار بجائحة. قلت: أصحهما: لا يكلف. والله أعلم.

فصل: السواقط، وهي السعف التي تسقط من النخل، يختص بها المالك، وما يتبع الثمن، فهو بينهما. قال الشيخ أبو حامد: ومنه شماريخ.

فصل: دفع بهيمة إليه ليعمل عليها، وما رزق الله تعالى فهو بينهما، فالعقد فاسد. ولو قال: تعهد هذه الغنم بشرط أن درّها ونسلها بيننا، فباطل أيضاً، لأن النماء لا يحصل بعمله. ولو قال: اعلف هذه من عندك ولك نصف درّها، ففعل، وجب بدل النصف على صاحب الشاة، والقدر المشروط من الدرّ لصاحب العلف مضمون في يده، لحصوله بحكم بيع فاسد، والشاة غير مضمونة، لأنها غير مقابلة بالعوض. ولو قال: خذ هذه واعلفها لتسمن ولك نصفها، ففعل، فالقدر المشروط منها لصاحب العلف مضمون عليه، دون الباقي.

فصل: قال المتولي: إذا كانت المساقاة في الذمة، فللعامل أن يعامل غيره لينوب عنه. ثم إن شرط له من الثمار مثل ما شرط المالك له أو دونه، فذاك، وإن

شرط له أكثر، فعلى الخلاف في تفريق الصفقة. فإن جوزناه، وجب للزيادة أجرة المثل، وإن منعناه، فالأجرة للجميع. وإن كانت المساقاة على عينه، لم يكن له أن يستنيب ويعامل غيره، فلو فعل، انفسخت المساقاة بتركه العمل، وكانت الثمار كلها للمالك، ولا شيء للعامل الأول. وأما الثاني، فإن علم فساد العقد، فلا شيء له، وإلا، ففي استحقاقه أجرة المثل الخلاف في خروج الثمار مستحقة.

فصل: بيع الحديقة التي ساقى عليها في المدة، يشبه بيع العين المستأجرة، ولم أر له ذكراً، لكن في فتاوى البغوي: أن المالك إن باعها قبل خروج الثمرة، لم يصح، لأن للعامل حقاً في ثمارها، فكأنه استثنى بعض الثمرة. وإن كان بعد خروج الثمرة، صح البيع في الأشجار ونصيب المالك من الثمار، ولا حاجة إلى شرط القطع، لأنها مبيعة مع الأصول، ويكون العامل مع المشتري كما كان مع البائع. وإن باع نصيبه من الثمرة وحدها، لم يصح، للحاجة إلى شرط القطع وتعدُّره في الشائع. قلت: هذا الذي قاله البغوي، حسن، وهذه المسألة، لم يذكرها الرافعي هنا، بل في آخر كتاب الإجارة. والله أعلم.

باب: المزارعة والمخابرة

قال بعض الأصحاب: هما بمعنى، والصحيح وظاهر نص الشافعي رحمته الله: أنهما عقدان مختلفان.

فالمخابرة: هي المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من العامل. والمزارعة مثلها، إلا أن البذر من المالك. وقد يقال: المخابرة: اكتراء الأرض ببعض ما يخرج منها. والمزارعة: اكتراء العامل لزراعة الأرض ببعض ما يخرج منها. والمعنى لا يختلف.

قلت: هذا الذي صححه الإمام الرافعي، هو الصواب. وأما قول صاحب «البيان»: قال أكثر أصحابنا: هما بمعنى، فلا يوافق عليه، فتبَّهت عليه لئلا يُغترَّ به. والله أعلم.

والمخابرة والمزارعة باطلتان، وقال ابن سريج: تجوز المزارعة. قلت: قد قال بجواز المزارعة والمخابرة من كبار أصحابنا أيضاً، ابن خزيمة، وابن المنذر، والخطابي وصنف فيها ابن خزيمة جزءاً، وبين فيه علل الأحاديث الواردة بالنهي عنها، وجمع بين أحاديث الباب، ثم تابعه الخطابي وقال: ضَعَفَ أحمد بن حنبل حديث النهي، وقال: هو مضطرب كثير الألوان. قال الخطابي: وأبطلها مالك، وأبو حنيفة، والشافعي، رحمته الله، لأنهم لم يقفوا على علته، قال:

فالمزارعة جائزة، وهي عمل المسلمين في جميع الأمصار، لا يُبطل العمل بها أحد. هذا كلام الخطابي.

والمختار جواز المزارعة والمخابرة، وتأويل الأحاديث على ما إذا شرط أحدهما زرع قطعة معينة، والآخر أخرى، والمعروف في المذهب، إبطالهما، وعليه تفريع مسائل الباب. والله أعلم.

فمتى أفردت الأرض لمخابرة أو مزارعة، بطل العقد. فإن كان البذر للمالك، فالغلة له، وللعامل أجره مثل عمله، وأجرة البقر والآلات إن كانت له. وإن كان البذر للعامل، فالغلة له، ولمالك الأرض عليه أجره مثلها. وإن كان لهما، فالغلة لهما، ولكل واحد على الآخر أجره مثل ما انصرف من منافعه إلى حصة صاحبه. وإذا أراد أن يكون الزرع بينهما على وجه مشروع، بحيث لا يرجع أحدهما على الآخر بشيء، نظر، إن كان البذر بينهما، والأرض لأحدهما، والعمل والآلات للآخر، فلهما ثلاث طرق:

أحدها: قاله الشافعي رحمته الله: يعير صاحب الأرض للعامل نصفها، ويتبرع العامل بمنفعة بدنه وآلاته لأنه مما يختص صاحب الأرض.

الثاني: قاله المزني: يكرى صاحب الأرض للعامل نصفها بدينار مثلاً، ويكتري العامل ليعمل على نصيبه بنفسه وآلاته بدينار، ويتقاصان.

الثالث: قاله الأصحاب: يكره نصف أرضه بنصف منافع العامل وآلاته، وهذا أحوطها.

وإن كان البذر لأحدهما، فإن كان لصاحب الأرض، أقرض نصفه للعامل وأكرهه نصف الأرض بنصف عمله ونصف منافع آلاته، ولا شيء لأحدهما على الآخر إلا ردّ العوض. وإن شاء استأجر العامل بنصف البذر، ليزرع له النصف الآخر، وأعاره نصف الأرض، وإن شاء استأجره بنصف البذر ونصف منفعة تلك الأرض ليزرع باقي البذر في باقي الأرض. وإن كان البذر للعامل، فإن شاء أقرض نصفه لصاحب الأرض واكترى منه نصفها بنصف عمله وعمل آلاته، وإن شاء اكترى نصف الأرض بنصف البذر وتبرع بعمله ومنافع آلاته، وإن شاء اكترى منه نصف الأرض بنصف البذر ونصف عمله ومنافع آلاته.

ولا بد في هذه الإجازات من رعاية الشرائط، كرؤية الأرض والآلات، وتقدير المدة وغيرها. هذا كله إذا أفردت الأرض بالعقد. أما إذا كان النخيل بياض، فتجوز المزارعة عليه مع المساقاة على النخيل، ويشترط فيه اتحاد العامل، فلا يجوز أن يساقي واحداً، ويزارع آخر، ويشترط أيضاً تعذر أفراد النخيل بالسقي، والأرض

بالعمارة، لانتفاع النخل بسقي الأرض وتقليبها، فإن أمكن الأفراد، لم تجز المزارعة.

واختلفوا في اعتبار أمور:

أحدها: اتحاد الصفقة، فلفظ المعاملة، يشمل المزارعة والمساقاة. فلو قال: عاملتك على هذا النخيل والبياض بالنصف، كفى. وأما لفظ المساقاة والمزارعة، فلا يغني أحدهما عن الآخر، بل يساقي على النخيل، ويزارع على البياض، وحينئذٍ إن قدّم المساقاة، نظر، إن أتى بهما على الاتصال، فقد اتحدت الصفقة ووجد الشرط، وإن فصل بينهما، ففيل: تصح المزارعة، لحصولهما لشخص. والأصح: المنع، لأنها تبع، فلا تفرد كالأجنبي. وإن قدّم المزارعة، فسدت على الصحيح، لأنها تابعة. وقيل: تتعقد موقوفة. فإن ساقاه بعدها، بانت صحتها، وإلا، فلا.

الثاني: لو شرط للعامل نصف الثمر، وربع الزرع، جاز على الأصح. وقيل: يشترط التساوي، لأن التفضيل يزيل التبعية.

الثالث: لو كثر البياض المتخلل مع عسر الأفراد، ففيل: يبطل، لأن الأكثر متبوع لا تابع. والأصح: الجواز، للحاجة. ثم النظر في الكثرة إلى زيادة النماء، أم إلى مساحة البياض ومغارس الشجر؟ وجهان:

قلت: أصحهما: الثاني. والله أعلم.

الرابع: لو شرط كون البذر من العامل فهي مخابرة، ففيل: تجوز تبعاً للمساقاة كالمزارعة. والأصح: المنع، لأن الحديث ورد في المزارعة تبعاً في قصة خير، دون المخابرة، ولأن المزارعة أشبه بالمساقاة، لأنه لا يتوظف على العامل فيهما إلا العمل. فلو شرط أن يكون البذر من المالك والبقر من العامل، أو عكسه، قال أبو عاصم العبادي: فيه وجهان: أصحهما: الجواز إذا شرط البذر على المالك، لأنه الأصل، فكأنه اكترى العامل وبقره، قال: فإن جوزنا فيما إذا شرط البقر على المالك والبذر على العامل، نظر، فإن شرط التبن والحب بينهما، جاز، وكذا لو شرط الحب بينهما والتبن لأحدهما لاشتراكهما في المقصود. فإن شرط التبن لصاحب الثور وهو مالك الأرض، وشرط الحب للآخر، لم يجز، لأن المالك هو الأصل، فلا يمنع المقصود. وإن شرط التبن لصاحب البذر وهو العامل، فوجهان: وقيل: لا يجوز شرط الحب لأحدهما والتبن للآخر أصلاً. واعلم أنهم أطلقوا القول في المخابرة بوجوب أجرة مثل الأرض، لكن في «فتاوى» القفال و«التهذيب» وغيرهما: أنه لو دفع أرضاً إلى رجل ليغرس أو يبني أو يزرع فيها من عنده، على أن يكون بينهما مناصفة، فالحاصل للعامل، وفيما يلزمه من أجرة الأرض، وجهان: أحدهما:

نصفها، لأنه غرس نصف الغرس لصاحب الأرض بإذنه، فقد رضي ببطلان منفعة النصف. وأصحهما: جميعها، لأنه إنما رضي ليحصل له نصف الغراس، فإذا إطلاقهم في المخابرة تفريع على الأصح. ثم العامل يكلف نقل البناء والغراس إن لم تنقص قيمتهما. وإن نقصت، لم يقلع مجاناً، للإذن، بل يتخير مالك الأرض فيهما تخير المعير، والزرع يبقى إلى الحصاد. ولو زرع العامل البياض بين النخيل من غير إذن، قلعه زرعه مجاناً. وإذا لم نجوز المساقاة على ما سوى النخيل والعنب من الشجر المثمر منفرداً، ففي جوازها تبعاً للمساقاة كالمزارعة وجهان: قلت: أصحهما: الجواز. والله أعلم.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الإجارة^(١)

فيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول: في أركانها

وهي أربعة:

الركن الأول: العاقدان ويعتبر فيهما العقل والبلوغ كسائر التصرفات.
الركن الثاني: الصيغة، وهي أن يقول: أكريتك هذه الدار، أو آجرتكها مدة كذا بكذا، فيقول: على الاتصال: قبلت، أو استأجرت، أو اكرتيت. ولو أضاف إلى المنفعة فقال: آجرتك أو أكريتك منافع هذه الدار، فوجهان: أحدهما: الجواز، وبه قطع في «الشامل» وذكر المنفعة تأكيد كقوله: بعثك عين هذه الدار أو رقبته، فإنه يصح البيع، والثاني: المنع، وبه قطع الإمام، لأن لفظ الإجارة وضع مضافاً إلى العين. وإن كان العقد في الذمة، فقال: ألزمت ذمتك كذا، ف قيل: جاز، وأغنى عن لفظ الإجارة والإكراء. وإن تعاقد بصيغة التملك، نظر، إن أضاف إلى المنفعة فقال: ملكتك منفعتها شهراً، جاز على الصحيح المعروف، فإن الإجارة تملك من منفعة بعوض. ولو قال: بعثك منفعة هذه الدار شهراً، فوجهان: قال ابن سريج: يجوز، لأن الإجارة صنف من البيع. والأصح: المنع، لأن البيع موضوع لملك الأعيان، فلا يستعمل في المنافع، كما لا ينعقد البيع بلفظ الإجارة. وقيل وبالمنع قطعاً.

الركن الثالث: الأجرة. فالإجارة قسمان: واردة على العين كمن استأجر دابة بعينها ليركبها أو يحمل عليها، أو شخصاً بعينه لخياطة ثوب. وواردة على الذمة، كمن استأجر دابة موصوفة للركوب أو الحمل، أو قال: ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب، أو بناء الحائط، فقبل. وفي قوله: استأجرتك لكذا، أو لتفعل كذا، وجهان: أحدهما: أن الحاصل به إجارة عين، للإضافة إلى المخاطب، كما لو قال:

(١) الإجارة لغة: مشتقة من الأجر، وهو العوض، ومنه تسمية الثواب أجراً.

وشرعاً: عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً مدة معلومة، من عين معلومة أو موصوفة في الذمة، أو على عمل معلوم بعوض معلوم.

استأجرت هذه الدابة. والثاني: إجارة ذمة، وعلى هذا إنما تكون إجارة عين إذا زاد فقال: استأجرت عينك أو نفسك لكذا، أو لتعمل بنفسك كذا. وإجارة العقار لا تكون إلا إجارة عين، لأنه لا يثبت في الذمة، ولهذا لا يجوز السلم في أرض ولا دار.

فرع: إذا وردت الإجارة على العين، لم يجب تسليم الأجرة في المجلس، كما لا يشترط تسليم الثمن في البيع. ثم إن كانت في الذمة، فهي كالثمن في الذمة في جواز الاستبدال، وفي أنه إذا شرط فيها التأجيل أو التنجيم، كانت مؤجلة أو منجمة. وإن شرط التعجيل، كانت معجلة، وإن أطلق، فمعجلة، وملكها المكري بنفس العقد، واستحق استيفاءها إذا سلم العين إلى المستأجر. واستدل الأصحاب بأن المنافع موجودة أو ملحقة بالموجود، ولهذا صح العقد عليها، وجاز أن تكون الأجرة ديناً، وإلا، لكان بيع دين بدين.

فرع: يشترط العلم بقدر الأجرة ووصفها إذا كانت في الذمة كالثمن في الذمة، فلو قال: اعمل كذا لأرضيك أو أعطيك شيئاً، وما أشبهه، فسد العقد، وإذا عمل، استحق أجرة المثل. ولو استأجره بنفقته أو كسوته، فسد. ولو استأجره بقدر من الحنطة أو الشعير، وضبطه ضبط السلم، جاز. ولو استأجره بأرطال خبز، بني على جواز السلم في الخبز. ولو أجز الدار بعمارتها، أو الدابة بعلفها، أو الأرض بخراجها ومؤنتها أو بدراهم معلومة على أن يعمرها، ولا يحسب ما أنفق من الأجرة، لم يصح. ولو أجرها بدراهم معلومة على أن يصرفها إلى العمارة، لم يصح، لأن الأجرة، الدراهم مع الصرف إلى العمارة، وذلك عمل مجهول. ثم إذا صرفها في العمارة، رجع بها. ولو أطلق العقد، ثم أذن له في الصرف إلى العمارة، وتبرع به المستأجر، جاز. فإن اختلفا في قدر ما أنفق، فقولان في أن القول قول من؟ ولو أعطاه ثوباً وقال: إن خطته اليوم فلك درهم، أو غداً فنصف، فسد العقد ووجب أجرة المثل متى خاطه. ولو قال: إن خطته رومياً فلك درهم، أو فارسياً فنصف، فسد، والرومي بغرزين، والفارسي بغرزة.

فرع: إذا أجلا الأجرة فحلت وقد تغير النقد، اعتبر نقد يوم العقد. وفي الجعالة الاعتبار بيوم اللفظ على الأصح، وقيل: بوقت تمام العمل، لأن الاستحقاق يثبت بتمام العمل.

فرع: هذا الذي سبق، إذا كانت الأجرة في الذمة. فلو كانت معينة، ملكت في الحال كالمبيع، واعتبرت فيها الشرائط المعتمدة في المبيع، حتى لو جعل الأجرة جلد شاة مذبوحة قبل السلخ، لم يجز، لأنه لا يعرف صفته في الرقة والثخانة وغيرهما.

وهل تغني رؤية الأجرة، عن معرفة قدرها؟ فيه طريقان: أحدهما: على قولي رأس مال السلم. والثاني: القطع بالجواز، وهو المذهب.

فصل: أما الإجارة الواردة على الذمة، فلا يجوز فيها تأجيل الأجرة، ولا الاستبدال عنها، ولا الحوالة بها ولا عليها، ولا الإبراء، بل يجب التسليم في المجلس كرأس مال السلم، لأنه سلم في المنافع، فإن كانت الأجرة مشاهدة غير معلومة القدر، فعلى القولين في رأس مال السلم. هذا إذا تعاقدوا بلفظ السلم، بأن قال: أسلمت إليك هذا الدينار في دابة تحملني إلى موضع كذا، فإن عقدا بلفظ الإجارة، بأن قال: استأجرت منك دابة صفتها كذا لتحملني إلى موضع كذا، فوجهان بنوهما على أن الاعتبار باللفظ، أم بالمعنى؟ أصحهما: عند العراقيين، وأبي علي، والبخاري: أنه كما لو عقدا بلفظ السلم، ورجح بعضهم الآخر.

فرع: يجوز أن تكون الأجرة منفعة، سواء اتفق الجنس، كما إذا أجر داراً بمنفعة دار، أو اختلف، بأن أجرها بمنفعة عبد. ولا ربا في المنافع أصلاً، حتى لو أجر داراً بمنفعة دارين، أو أجر حلي ذهب بذهب، جاز، ولا يشترط القبض في المجلس.

فصل: لا يجوز أن يجعل الأجرة شيئاً يحصل بعمل الأجنبي، كما لو استأجر السلاح ليسلخ الشاة بجلدها، أو الطحان ليطحن الحنطة بثلث دقيقها، أو بصاع منه، أو بالنخالة، أو المرضعة بجزء من الرقيق المرتضع بعد الفطام، أو قاطف الثمار بجزء منها بعد القطاف، أو لينسج الثوب بنصفه، فكل هذا فاسد، وللاجير أجرة مثله. ولو استأجر المرضع بجزء من الرقيق في الحال، أو قاطف الثمار بجزء منها على رؤوس الشجر، أو كان الرقيق لرجل وامرأة، فاستأجرها لترضعه بجزء منه، أو بغيره، جاز على الصحيح، كما لو ساقى شريكه وشرط له زيادة من الثمر، يجوز وإن كان يقع عمله في مشترك. وقيل: لا يجوز، ونقله الإمام والغزالي عن الأصحاب، لأن عمل الأجير ينبغي أن يقع في خاص ملك المستأجر، وهو ضعيف. قال البخاري: لو استأجر شريكه في الحنطة ليطحنها أو الدابة ليتعهدا بدراهم، جاز. ولو قال: استأجرتك بربع هذه الحنطة أو بصاع منها لتطحن الباقي، قال المتولي والبخاري: يجوز، ثم يتقاسمان قبل الطحن، فيأخذ الأجرة، ويطحن الباقي. قال المتولي: وإن شاء طحن الكل والدقيق مشترك بينهما. ومثال هذه المسائل، ما إذا استأجره لحمل الشاة المذكاة إلى موضع كذا بجلدها، ففسد أيضاً. أما لو استأجره لحمل الميتة بجلدها، فباطل، لأنه نجس.

الركن الرابع: المنفعة، ولها خمسة شروط:

أحدها: أن تكون متقومة وفيه مسائل:

أحدها: استئجار تفاحة للشم باطل، لأنها لا تقصد له، فلم يصح كسواء حبة حنطة. فإن كثر التفاح، فالوجه: الصحة، لأنهم نصوا على جواز استئجار المسك والرياحين للشم، ومن التفاح ما هو أطيب من كثير من الرياحين.

الثانية: استئجار الدراهم والدنانير، إن أطلقه، فباطل، وإن صرح بالاستئجار للتزيين، فباطل أيضاً على الأصح. واستئجار الأطعمة لتزيين الحوانيت، باطل على المذهب. وقيل: فيه الوجهان. وفي استئجار الأشجار لتجفيف الثياب عليها، والوقوف في ظلها، وربط الدواب فيها، الوجهان. قال بعضهم: الأصح هنا: الصحة، لأنها منافع مهمة، بخلاف التزيين. واستئجار البغاء للاستئناس، قال البغوي: فيه الوجهان، وقطع المتولي بالجواز، وكذا في كل ما يستأنس بلونه، كالطاووس، أو صوته، كالعندليب.

الثالثة: استئجار البيع على كلمة البيع، أو كلمة يروّج بها السلعة ولا تعب فيها، باطل، إذ لا قيمة لها. قال الإمام محمد بن يحيى: هذا في مبيع مستقر القيمة في البلد، كالخبز واللحم. أما الثياب والعبيد، وما يختلف قدر الثمن فيه باختلاف المتعاقدين، فيختص بيعها من البيع، لمزيد منفعة وفائدة، فيجوز الاستئجار عليه. ثم إذا لم يُجز الاستئجار، ولم يتعب البائع، فلا شيء له. وإن تعب بكثرة التردد، أو كثرة الكلام في أمر المعاملة، فله أجره المثل، لا ما تواطأ عليه البائعون.

الرابعة: استئجار الكلب المعلم للصيد والحراسة، باطل على الأصح، وقيل: يجوز كالفهد والبازي والشبكة للاصطياد والهرة لدفع الفأر.

الشرط الثاني: أن لا يتضمن استيفاء عين قصداً، ومقصوده أن الإجارة عقد تراد به المنافع دون الأعيان، هذا هو الأصل، إلا أنه قد تستحق بها الأعيان تابعه به لضرورة أو حاجة ماسة، فتلحق تلك الأعيان حينئذ بالمنافع، وفيه مسائل:

إحداها: استئجار البستان لثماره، والشاة لنتاجها أو صوفها أو لبنها، باطل.

الثانية: الاستئجار لإرضاع الطفل جائز، ويستحق به ومنفعة وعين. فالمنفعة: أن تضع الصبي في حجرها وتلقمه الثدي وتعصره بقدر الحاجة. والعين: اللبن الذي يمصه الصبي. وإنما جُوز لمسيس الحاجة أو الضرورة. وفي الأصل الذي تناوله العقد، وجهان: أحدهما: اللبن. وأما فعلها، فتابع، لأن اللبن مقصود لعينه، وفعلها طريق إليه. وأصحهما: أنه فعلها، واللبن مستحق تبعاً، لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْضَعْنَ أَجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، علق الأجرة بفعل الإرضاع، لا باللبن، ولأن الإجارة موضوعة للمنافع وإنما الأعيان تتبع للضرورة، كالبرّ تستأجر ليستقي ماؤها،

والدار تستأجر وفيها بئر، يجوز الاستقاء منها. ثم إن استأجرها للحضانة مع الإرضاع، جاز، وإن استأجر للإرضاع، ونفى الحضانة، فوجهان: أحدهما: المنع، كاستئجار الشاة لإرضاع سخلة. وأصحهما: الجواز، وبه قطع الأكثرون، كما يجوز الاستئجار لمجرد الحضانة. قال الإمام: وهذا الخلاف إذا قصر الإجارة على صرف اللبن إلى الصبي، وقطع عنه وضعه في حجرها ونحوه، فأما الحضانة بالتفسير الذي سنذكره إن شاء الله تعالى، فيجوز قطعها عن الإرضاع بلا خلاف.

الثالثة: استئجار الفحل للضراب، حكمه ما ذكرناه في كتاب البيع في باب المناهي.

الرابعة: استئجار القناة للزراعة بمائها، جائز، لأننا إن قلنا: الماء لا يملك، فكالشبكة للاصطياد - وإلا، فالمنافع آبار الماء وقد جوز - واستئجار بئر الماء للاستقاء والتي بعدها مستأجرة لإجراء الماء فيها. وقال الروياني: إذا اكرى قرار القناة ليكون أحق بمائها، جاز في وجه، وهو الاختيار. والمعروف: منعه. ومقتضى لفظه أن يكون تعريفاً على أن الماء لا يملك.

الشرط الثالث: أن تكون المنفعة مقدوراً على تسليمها، فاستئجار الآبق، والمغصوب، والأخرس للتعليم، والأعمى لحفظ المتاع، إجارة عين، ومن لا يحسن القرآن لتعليمه، باطل. فإن وسّع عليه وقتاً يقدر على التعلم قبل التعليم، فباطل أيضاً على الأصح، لأن المنفعة مستحقة من عينه، والعين لا تقبل التأخير. وإذا استأجر أرضاً للزراعة، اشترط كون الزراعة متيسرة. والأرض أنواع:

منها: أرض لها ماء دائم من نهر أو عين أو بئر ونحوها.

ومنها: أرض لا ماء لها، لكن يكفيها المطر المعتاد، والنداوة التي تصيبها من الثلوج المعتادة، أو لا يكفيها ذلك، لكنها تسقى بماء الثلج والمطر في الجبل، والغالب فيها الحصول.

ومنها: أرض لا ماء لها، ولا تكفيها الأمطار المعتادة، ولا تسقى بماء غالب الحصول من الجبل، ولكن إن أصابها مطر عظيم أو سيل، نادراً، أمكن زرعها، فالنوع الأول يصح استئجاره قطعاً. والثالث لا يصح قطعاً. وفي الثاني وجهان: أحدهما: الجواز، وبه قطع القاضي حسين وابن كج وصاحب «المهذب»، وبالمنع أجاب القفال.

ومنها: أرض على شط النيل والفرات وغيرهما، يعلو الماء عليها ثم ينحسر، ويكفي ذلك لزراعتها في السنة، فإن استأجرها للزراعة بعدما علاها الماء وانحسر،

صح، وإن كان قبل أن يعلوها الماء، فإن كان لا يوثق به، كالنيل لا ينضبط أمره، لم يصح. وإن كان الغالب حصوله، فليكن على الخلاف في النوع الثاني. وإن كان موثقاً به كالمَدَّ بالبصرة، صح كماء النهر. فإن تردد في وصول الماء إلى تلك الأرض، لم يصح، لأنه كالنوع الثالث. وإن كان علاها ولم ينحسر، فإن كان لا يرجى انحساره، أو يشك فيه، لم يصح استئجارها، لأن العجز موجود، والقدرة مشكوك فيها. وإن رجي انحساره وقت الزراعة بالعادة، صحت الإجارة على المذهب والمنصوص، سواء كانت الإجارة لما يمكن زراعته في الماء كالأرز، أم لغيره، وسواء كان رأى الأرض مكشوفة أم هي مرئية الآن لصفاء الماء، أم لم يكن شيء من ذلك. وقيل: إن لم تُر، لم يصح في قول. وقيل: لا يصح لغير الأرز ونحوه. وحجة مذهب القياس على ما لو استأجر داراً مشحونة بأمتعة يمكن الاشتغال بنقلها في الحال، فإنه يجوز على الصحيح، أما إذا لم تكن مؤنة، فلا أن استأجرها بالماء من مصالحها، فإنه يقويها ويقطع العروق المنتشرة، فأشبه استئجار الجوز بقشره. أما إذا كانت الأرض على شط نهر، والظاهر أنها تغرق وتنهار في الماء، فلا يجوز استئجارها. فإن احتمل ولم يظهر، جاز، لأن الأصل والغالب السلامة. ويجوز أن تخرج حالة الظهور على تقابل الأصل والظاهر.

إذا عرفت حكم الأنواع، فكل أرض لها ماء معلوم، واستأجرها للزراعة مع شربها منه، فذاك، وإن استأجرها للزراعة دون شربها، جاز إن تيسر سقيها من ماء آخر، وإن أطلق، دخل فيه الشرب، بخلاف ما إذا باعها، لا يدخل الشرب، لأن المنفعة هنا لا تحصل دون الشرب. هذا إذا طردت العادة بالإجارة مع الشرب، فإن اضطربت، فسيأتي حكمه في الباب الثاني إن شاء الله تعالى. وكل أرض منعنا استئجارها للزراعة، فلو اكتراها لينزل فيها، أو يسكنها، أو يجمع الحطب فيها، أو يربط الدواب، جاز. وإن اكتراها مطلقاً، نظر، إن قال: أكريتك هذه الأرض البيضاء ولا ماء لها، جاز، لأنه يعرف بنفي الماء أن الإجارة لغير الزراعة. ثم لو حمل ماء من موضع وزرعها، أو زرعها على توقع حصول ماء، لم يمنع، وليس له البناء والغراس فيها، نص عليه. وإن لم يقل: لا ماء لها، فإن كانت بحيث يطعم في سوق الماء إليها، لم يصح العقد، لأن الغالب في مثلها الاستئجار للزراعة، فكأنه ذكرها، وإن كانت على قلة جبل لا يطعم في سوق الماء إليها، صحح العقد على الأصح اكتفاءً بالقرينة، وإذا اعتبرنا نفي الماء، ففي قيام علم المتعاقدين مقام التصريح بالنفي، وجهان: أحدهما: المنع، لأن العادة في مثلها الاستئجار للزراعة، فلا بد من الصرف باللفظ.

واعلم أن في المسألة تصريحاً بجواز الاستئجار مطلقاً من غير بيان جنس المنفعة، وسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

فصل: قد عرفت انقسام الإجارة إلى واردة على العين، وعلى الذمة.

أما إجارة العين، فلا يصح إيرادها على المستقبل، كإجارة الدار السنة المستقبلية، والشهر الآتي. وكذا إذا قال: أجرتك سنة أولها من غد، أو أجرتك هذه الدابة للركوب إلى موضع كذا على أن تخرج غداً. ولو قال: أجرتك سنة، فإذا انقضت، فقد أجرتك سنة أخرى، فالعقد الثاني باطل على الصحيح، كما لو قال: إذا جاء رأس الشهر، فقد أجرتك شهراً.

أما الواردة على الذمة، فيحتمل فيها التأجيل والتأخير، كما إذا قال: ألزمت ذمتك حملي إلى موضع كذا على دابة صفتها كذا غداً أو غرة شهر كذا، كما لو أسلم مؤجلاً، وإن أطلق، كانت حالة. ولو أجر داره لزيد سنة، ثم أجرها لغيره السنة المستقبلية قبل انقضاء الأولى، لم يصح. وإن أجرها لزيد نفسه، فوجهان: وقيل: قولان: أحدهما: الجواز، لاتصال المدين. ولو أجرها أولاً لزيد سنة، ثم أجرها لزيد لعمرو، ثم أجرها للمالك لعمرو السنة المستقبلية قبل انقضاء الأولى، ففيه الوجهان، ولا يجوز إجارتها لزيد، كذا قاله البغوي. وفي فتاوى القفال: أنه يجوز أن يؤجرها لزيد، ولا يجوز أن يؤجرها لعمرو، لأن زيدا هو الذي عاقده، فيضم إلى ما استحق بالعقد الأول السنة المستقبلية. قال: ولو أجر داره سنة، ثم باعها في المدة، وجوزناه، لم يكن للمشتري أن يؤجرها السنة المستقبلية للمستأجر، لأنه لم يكن بينهما معاقدة، وتردد في أن الوارث، هل يتمكن منه إذا مات المكري لأن الوارث نائبه؟

فرع: إيجار الدار والحانوت شهراً على أن ينتفع بهما الأيام دون الليالي، باطل، لأن زمان الانتفاع لا يتصل بعبء بعضه ببعض، فيكون إجارة زمن مستقبل، بخلاف مثله في العبد والبهيمة، فإنه يجوز، لأنهما لا يطيقان العمل دائماً، ويرقَّهان في الليل على العادة عند إطلاق الإجارة. ولو أجر دابة إلى موضع ليركبها المكري زماناً، ثم المكثري زماناً، لم يصح، لتأخر حق المكثري وتعلق الإجارة بمستقبل. وإن أجره ليركب المكثري بعض الطريق وينزل فيمشي بعضها، أو أجر اثنين ليركب هذا زماناً، وهذا مثله، ففيه أربعة أوجه: أحدها: وهو المنصوص في «الأم»: صحت الإجارة في صورتين، سواء وردت الإجارة على الذمة، أو العين، ويثبت الاستحقاق في الحال، ثم يقسم المكري والمكثري أو المكثريان، ويكون التأخر الواقع من ضرورة القسمة والتسليم، فلا يضر. والثاني: تصح في الصورة الثانية دون الأولى، لاتصال

زمن الإجارة في الثانية دون الأولى. والثالث: تبطل فيهما، لأنها إجارة أزمان متقطعة. والرابع: تصح في صورتين إن كانت مضمونة في الذمة، ولا تصح على دابة معينة، وهذه المسألة تعرف بـ «كراء العُقب» وهو جمع عُقْبَة وهي النَّوْبَة. فإذا قلنا بالجواز، فإن كان في ذلك الطريق عادة مضبوطة، إما بالزمان، بأن يركب يوماً وينزل يوماً، وإما بالمسافة، بأن يركب فرسخاً ويمشي فرسخاً، حمل العقد عليها، وليس لأحدهما أن يطلب الركوب ثلاثاً والنزول ثلاثاً، لِمَا في دوام المشي من التعب. وإن لم تكن عادة مضبوطة، فلا بد من البيان في الابتداء. وإن اختلفا فيمن يبدأ بالركوب، أقرع. ولو أكرى دابة لاثنتين، ولم يتعرض للتعاقد، قال المتولي: إن احتملت الدابة ركوب شخصين، اجتمعا على الركوب، وإلا، فالرجوع إلى المهايأة كما سبق. ولو قال: أجرتك نصف الدابة إلى موضع كذا، أو أجرتك الدابة لتركبها نصف الطريق، صح، ويقتسمان بالزمان أو المسافة، وهذه إجارة المشاع، وهي صحيحة كبيع المشاع. وحكي وجه: أن إجارة نصف الدابة لا تصح، للتقطع، بخلاف إجارة نصف الدار، وبخلاف ما إذا أجرهما ليركبا في محمل.

فرع: لا تصح إجارة ما لا منفعة فيه في الحال، ويصير منتفعاً به في المدة، كالجحش، لأن الإجارة موضوعة على تعجيل الانتفاع، بخلاف المساقاة.

فصل: العجز الشرعي كالحسي، فلا يصح الاستئجار لقلع سنٍّ صحيحة، أو قطع يد صحيحة، ولا استئجار الحائض لكنس المسجد وخدمته، ولا استئجار أحد لتعليم التوراة والإنجيل، أو السحر، أو الفحش، أو ختان صغير لا يحتمل ألمه.

فرع: قلع السن الوجعة، إنما يجوز إذا صعب الألم وقال أهل الخبرة: إنه يزيل الألم. وقطع اليد المتأكلة، إنما يجوز إذا قال أهل الخبرة: إنه نافع، ومع ذلك، ففيه خلاف وتفصيل يأتي إن شاء الله تعالى في باب ضمان الولاة من كتاب «الجنایات» فحيث لا يجوز القلع أو القطع، فلا استئجار له باطل، وحيث يجوز، يصح الاستئجار على الأصح. ووجه المنع: أنه لا يوثق ببقاء العلّة، فربما زالت بتعذر الوفاء. وسبيل مثل هذا، أن يحصل بالجعالة، فيقول: اقلع سني هذه ولك كذا. ورأى الإمام تخصيص الوجهين بالقلع، لأن زوال الوجع في ذلك الزمن غير بعيد، بخلاف الأكلة، فإنه غير محتمل في زمن القطع. ويجري الوجهان، في الاستئجار للفصد والحجامة وبزغ الدابة، لأن هذه الإيلاطات إنما تباح بالحاجة، وقد تزول الحاجة.

فرع: استأجرها لكنس المسجد، فحاضت، انفسخ العقد إن استأجر عينها وعُيِّنَت المدة. وإن استأجرها في الذمة، لم ينفسخ، لإمكان الكنس بغيرها أو بعد

الحيض. وإذا جوزنا الاستئجار لقلع السن، فسكن الوجع وبرأ، انفسخت الإجارة، للتعذر على المذهب، وفيه كلام يأتي إن شاء الله تعالى في القسم الثالث من الباب الثالث. وإن لم يبرأ، لكن امتنع المستأجر من القلع، قال في «الشامل»: لا يجبر عليه، إلا أنه إذا سلم الأجير نفسه، ومضى مدة إمكان العمل، وجب على المستأجر الأجرة. ثم ذكر القاضي أبو الطيب: أنها لا تستقر، حتى لو انقلعت تلك السن، انفسخت الإجارة، ووجب رد الأجرة، كما لو مكنت الزوجة في النكاح، ولم يطأ الزوج. ويفارق ما إذا حبس الدابة مدة إمكان السير، حيث تستقر عليه الأجرة، لتلف المنافع تحت يده.

قلت: هذا الذي نقله عن صاحب «الشامل» إلى آخر كلام القاضي أبي الطيب، هكذا هو في «الشامل» و«البيان». فإن قيل: قد قال الشيخ نصر المقدسي في «تهذيبه»: إذا امتنع المستأجر من قلعه، لم يكن له فسخ العقد، لكن يدفع الأجرة، وله الخيار بين مطالبته بقلعه، وبين تركه، كما لو استأجره ليخيط له ثوباً. قلنا: هذا الذي قاله، لا يخالف قول صاحب «الشامل». والله أعلم.

فصل: يجوز لغير الزوج استئجار الزوجة للإرضاع وغيره بإذن الزوج، ولا يجوز بغير إذنه على الأصح، لأن أوقاتها مستغرقة بحقه، والثاني: يصح، وللزوج فسخه، حفظاً لحقه. ولو أجزت نفسها ولا زوج لها، ثم نكحت في المدة، فالإجارة بحالها، وليس للزوج منعها من توفية ما التزمته، كما لو أجزت نفسها بإذنه، لكن يستمتع بها في أوقات فراغها، فإن كانت الإجارة للإرضاع، فهل لولي الطفل الذي استأجرها لإرضاعه منع الزوج من وطئها؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم، لأنه ربما حبلت فينقطع اللبن أو يقل، وإلا، فيضر بالطفل. والثاني: لا، وبه قطع العراقيون، لأن الحبل متوهم، فلا يمنع به الوطء المستحق. فإن منعناه، فلا نفقة عليه في تلك المدة. قلت: الأصح قول العراقيين. والله أعلم.

ولو أجر أمته المزوجة، جاز، ولم يكن للزوج منعها من المستأجر، لأن يده يد السيد في الانتفاع. أما الزوج، فيجوز استئجاره امرأته، إلا إذا استأجرها لإرضاع ولده منها، ففيه وجهان: أحدهما. المنع، وبه قطع العراقيون. وأصحهما: الجواز، كما لو استأجرها بعد البينونة، وكما لو استأجرها للطبخ ونحوه. وعلى هذا الخلاف، استئجار الوالد ولده للخدمة. وفي عكسه وجهان إن كانت الإجارة على عينه، كالوجهين فيما إذا أجر المسلم نفسه لكافر.

الشرط الرابع: حصول المنفعة للمستأجر، وأكثر العناية في هذا الشرط بالقرب، وضبطها الإمام فقال: هي قسمان:

أحدهما: قُرْب يتوقف الاعتداد بها على النية. فما لا تدخله النيابة منها، لا يجوز الاستئجار عليه، وما تدخله النيابة، جاز الاستئجار عليه، كالحج، وتفرقة الزكاة. قال الإمام: ومن هذا، غسل الميت إذا أوجبنا فيه النية. القسم الثاني: ما لا تتوقف صحته على النية، وهو نوعان: فرض كفاية، وشعار غير فرض. والنوع الأول: ضربان:

أحدهما: يختص افتراضه في الأصل بشخص وموضع معين، ثم يؤمر به غيره إن عجز، كتجهيز الموتى بالتكفين والغسل والحفر وحمل الميت ودفنه، فإن هذه المؤن تختص بالتركة. فإن لم تكن، فعلى الناس القيام بها. فمثل هذا يجوز الاستئجار عليه، لأن الأجير غير مقصود بفعله حتى يقع عنه. ومن هذا، تعليم القرآن، فإن كل أحد لا يختص بوجوب التعليم وإن كان نشر القرآن وإشاعته من فروض الكفاية، وهذا كله إذا لم يتعين واحد لمباشرة هذه الأعمال، فإن تعين واحد لتجهيز الميت، أو تعليم الفاتحة، جاز استئجاره أيضاً على الأصح، كالمضطر، يجب إطعامه ببدله. وقيل: لا، كفرض العين ابتداءً.

الضرب الثاني: ما يثبت فرضه في الأصل شائعاً غير مختص، كالجهاد، فلا يجوز استئجار المسلم عليه، ويجوز استئجار الذمي على الصحيح.

النوع الثاني: شعار غير فرض، كالأذان، تفرعاً على الأصح. وفي جواز الاستئجار عليه، ثلاثة أوجه ذكرناها في باب. فإن جوزنا، فعلى أي شيء يأخذ الأجرة؟ فيه أوجه: أصحها: على جميع الأذان بجميع صفاته، ولا يبعد أخذ الأجرة على ذكر الله تعالى كتعليم القرآن وإن اشتمل على قراءة المعلم. والثاني: على رعاية المواقيت. والثالث: على رفع الصوت. والرابع: على الحيعلتين، فإنهما ليستا ذكراً.

فرع: الاستئجار لإمامة الصلوات المفروضة، باطل، وكذا للتراويح وسائر النوافل على الأصح، لأنه مصلّ لنفسه. ومتى صلى، اقتدى به من أراد وإن لم ينو الإمامة. وإن توقف على نيته شيء، فهو إحراز فضيلة الجماعة، وهذه فائدة تختص به. ومن جَوَّزه، شبهه بالأذان في الشعار.

فرع: الاستئجار للقضاء باطل.

فرع: أطلقوا القول بطلان الاستئجار للتدريس. وعن الشيخ أبي بكر الطوسي ترديد جواب في الاستئجار لإعادة الدرس. قال الإمام: ولو عين شخصاً أو جماعة ليعلمهم مسألة أو مسائل مضبوطة، فهو جائز، والذي أطلقوه، محمول على استئجار من يتصدى للتدريس من غير تعيين من يعلمه وما يعلمه، لأنه كالجهاد في أنه إقامة

مفروض على الكفاية ثابت على الشيوع. وكذلك يمتنع استئجار مُقْرَى يُقْرَى على هذه الصورة، قال: ويحتمل أن يجوز.

الشرط الخامس: كون المنفعة معلومة العين والقدر والصفة، فلا يجوز أن يقول: أجرتك أحدهما. ثم إن لم يكن للعين المعينة إلا منفعة، فالإجارة محمولة عليها، وإن كان لها منافع، وجب البيان. وأما الصفة، فالإجارة الغائبة، فيها الخلاف السابق. وأما القدر، فيشترط العلم به، سواء فيه إجارة العين والذمة. ثم المنافع تقدر بطريقتين. أحدهما: الزمان، كاستأجرت الدار للسكنى سنة. والثاني: العمل، كاستأجرتك لتخيط هذا الثوب. ثم قد يتعين الطريق الأول، كاستئجار العقار، فإن منفعته لا تنضب إلا بالزمان، وكالإرضاع، فإن تقدير اللبن لا يمكن، ولا سبيل فيه إلا الضبط بالزمان. وقد يسوغ الطريقان، كما إذا استأجر عين شخص أو دابة، فيمكن أن يقول في الشخص: ليعمل لي كذا شهراً، وأن يقول: ليخيط لي هذا الثوب. وفي الدابة يقول: لأتردد عليها في حوائجي اليوم، أو يقول: لأركبها إلى موضع كذا، فأيهما كان، كفى، لتعريف المقدار. فإن جمع بينهما فقال: استأجرتك لتخيط لي هذا القميص اليوم، فوجهان: أحدهما: بطلان العقد. والثاني: صحته، وعلى هذا وجهان: أحدهما: يستحق الأجرة بأسرعهما، فإن انقضى اليوم قبل تمام العمل، استحقها، فإن تم العمل قبل تمام اليوم، استحقها. والثاني: الاعتبار بالعمل، فإن تم العمل أولاً، استحقها. وإن تم اليوم أولاً، وجب إتمامه. وإن قال: على أنك إن فرغت قبل تمام اليوم، لم تخط غيره، بطلت الإجارة، لأن زمن العمل يصير مجهولاً.

فإذا عرفت هذا، فالمنافع متعلقة بالأعيان، تابعة لها، وعدد الأعيان التي يستأجر لها كالمعتذر، فعُني الأصحاب بثلاثة أنواع تكثر إجارتها ليعرف طريق الضبط بها، ثم يقاس عليها غيرها:

النوع الأول: الآدمي يستأجر لعمل أو صناعة، كخياطة، فإن كانت الإجارة في الذمة، قال: ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب فلو أطلق وقال: ألزمت ذمتك عمل الخياطة كذا يوماً، لم يصح، لأنه لم يعين خياطاً ولا ثوباً. ولو استأجر عينه، قال: استأجرتك لتخيط هذا الثوب. ولو قال: لتخيط لي يوماً أو شهراً، قال الأكثرون: يجوز أيضاً. ويشترط أن يبين الثوب وما يريد منه من قميص، أو قباء، أو سراويل، والطول، والعرض، وأن يبين نوع الخياطة، أهى رومية، أو فارسية؟ إلا أن تطرد العادة بنوع، فيحمل المطلق عليه.

فرع: من هذا النوع، الاستئجار لتعليم القرآن، فليعين السورة والآيات التي

يعلّمها، فإن أخلّ بأحدهما، لم يصح على الأصح. وقيل: لا يشترط تعيين واحد منهما، بل يكفي ذكر عشر آيات مثلاً. وقيل: تشترط السورة دون الآيات. وهل يكفي التقدير بالمدة فيقول: لتعلمني شهراً؟ وجهان: قطع الإمام والغزالي بالاكْتفاء، وإيراد غيرهما يقتضي المنع.

قلت: الاكْتفاء أصح وأقوى. والله أعلم.

وفي وجوب تعيين قراءة ابن كثير أو نافع أو غيرهما، وجهان: أصحهما: لا، إذ الأمر فيها قريب. قال الإمام: وكنت أود أن لا يصح الاستئجار للتعليم حتى يختبر حفظ المتعلم، كما لا يصح إيجار الدابة للركوب حتى يعرف حال الراكب، لكن ظاهر كلام الأصحاب، أنه لا يشترط، والحديث الصحيح يدل عليه في الذي تزوج على تعليم ما معه من القرآن، وإنما يجوز الاستئجار لتعليم القرآن إذا كان المتعلم مسلماً، أو كافراً يرجى إسلامه، فإن لم يرج، لم يعلّم، كما لا يباع المصحف لكافر، فلا يصح الاستئجار.

فرع: إذا كان يتعلم الشيء بعد الشيء، ثم ينسى، فهل على الأجير إعادة تعليمه؟ فيه أوجه: أحدها: إن تعلم آية ثم نسيها، لم يجب تعليمها ثانياً، وإن كان دون آية، وجب. والثاني: الاعتبار بالسورة. والثالث: إن نسي في مجلس التعلم، وجب إعادته. وإن نسي بعده، فلا. والرابع: يرجع فيه إلى العرف الغالب، وهو الأصح.

فرع: عن القاضي حسين في «الفتاوى»: أن الاستئجار لقراءة القرآن على رأس القبر مدة، جائز، كالأستئجار للأذان وتعليم القرآن. واعلم أن عَوْد المنفعة إلى المستأجر شرط، فيجب عَوْدُها في هذه الإجارة إلى المستأجر أو مِيتته، فالمستأجر لا ينفع بقراءة غيره. ومعلوم أن الميت لا يلحقه ثواب القراءة المجردة، فالوجه: تنزيل الاستئجار على صورة انتفاع الميت بالقراءة. وذكروا له طريقين. أحدهما: أن يعقب القراءة بالدعاء للميت، لأن الدعاء يلحقه، والدعاء بعد القراءة أقرب إجابة وأكثر بركة. والثاني: ذكر الشيخ عبد الكريم السالوسي، أنه إن نوى القارئ بقراءته أن يكون ثوابها للميت، لم يلحقه. وإن قرأ، ثم جعل ما حصل من الأجر له، فهذا دعاء بحصول ذلك الأجر للميت، فينفع الميت.

قلت: ظاهر كلام القاضي حسين: صحة الإجارة مطلقاً، وهو المختار، فإن موضع القراءة موضع بركة، وبه تنزل الرحمة، وهذا مقصود ينفع الميت. والله أعلم.

فصل: ومنه الاستئجار للإرضاع، ويجب فيه التقدير بالمدة، ولا سبيل إلى ضبط مرات الإرضاع، ولا قدر ما يستوفيه في كل مرة، فقد تعرض له الأمراض

والأسباب الملهية، ويجب تعيين الصبي، لاختلاف الغرض باختلافه، وتعيين موضع الإرضاع، أهو بيته، أم بيتها.

فصل: ومنه الاستئجار للحج، وقد ذكرناه في بابه.

فصل: ومنه إذا استأجر لحفر نهر أو بئر أو قناة، قدّر، إما بالزمان، فيقول: تحفر لي شهراً، وإما بالعمل، فيقدر الطول والعرض والعمق، ويجب معرفة الأرض بالمشاهدة، لتعرف صلابتها ورخاوتها، ويجب عليه إخراج التراب المحفور. فإن انهار شيء من جوانب البئر، لم يلزمه إخراجها. وإذا انتهى إلى موضع صلب أو حجارة، نظر، إن كان يعمل فيه المِعُول، وجب حفره على الأصح، وبه قال القاضي أبو الطيب. والثاني: لا يجب، وبه قال ابن الصباغ، لأنه خلاف ما اقتضته المشاهدة، فعلى هذا له فسخ العقد. وإن لم يعمل فيه المِعُول، أو نبع الماء قبل وصوله إلى موضع المشروط وتعدّر الحق، انفسخ العقد في الباقي، ولا يفسخ فيما مضى على المذهب، فيوزع المسمى على ما عمل وما بقي.

فرع: إذا استأجر لحفر قبر، بيّن الموضع والطول والعرض والعمق، ولا يكفي الإطلاق، ولا يجب عليه رد التراب بعد وضع الميت فيه.

فصل: ومنه إذا استأجر لضرب اللّبن، قدّر بالزمان أو العمل. وإذا قدر بالعمل، بيّن العدد والقالب. فإن كان القالب معروفاً، فذاك، وإلا بيّن طوله وعرضه وسمكه. وعن القاضي أبي الطيب، الاكتفاء بمشاهدة القالب. ويجب بيان الموضع الذي يضرب فيه، ولا يجب عليه إقامتها للجفاف. ولو استأجره لطبخ اللّبن فطبخ، لم يجب عليه الإخراج من الأتون.

فصل: إذا استأجر للبناء، قدر بالزمان أو العمل، فإن قدر بالعمل، بيّن موضعه وطوله وعرضه وسمكه وما يبنى به من اللّبن أو الطين أو الآجر. ولو استأجر للتطين أو التجصيص، قدره بالزمان، ولا سبيل إلى تقديره بالعمل، لأن سمكه لا ينضبط.

فصل: ومنه إذا استأجر كحالاً ليداوي عينه، قدره بالمدة دون البرء. فإن برأت عينه قبل تمامها، انفسخ العقد في الباقي، ولا يقدر بالعمل، لأن قدر الدواء لا ينضبط ويختلف بحسب الحاجة.

فصل: ومنه إذا استأجر للرعي، وجب بيان المدة وحسب الحيوان، ثم يجوز العقد على قطع معيّن، ويجوز في الذمة، وحينئذٍ وجهان: أحدهما: عند صاحب «المهذب»: يجب بيان العدد. والثاني وبه قطع ابن الصباغ والرويانى: لا يجب، ويحمل على ما جرت العادة أن يرعاه الواحد. قال الرويانى: وهو مئة رأس من الغنم

تقريباً. فإن توالدت، حكى ابن الصباغ: أنه لا يلزمه رعي أولادها إن ورد العقد على أعيانها. وإن كان في الذمة، لزمه.

فصل: استأجر ناسخاً للكتابة، بين عدد الأوراق والأسطر في كل صفحة، ولم يتعرضوا للتقدير بالمدة، والقياس جوازه، وأن يجب عند تقدير العمل بيان قدر الحواشي، والقطع الذي يكتب فيه.

فصل: يجوز الاستئجار لاستيفاء الحد والقصاص، ولنقل الميثة إلى المزلبة، والخمر لثراق، ولا يجوز لنقل الخمر من بيت إلى بيت، ولا لسائر المنافع المحرمة، كالزمر والنياحة، وكما يحرم أخذ الأجرة في هذا، يحرم إعطاؤها. وإنما يباح الإعطاء دون الأخذ في موضع ضرورة، كفكاك الأسير، وإعطاء الشاعر لثلاً يهجو، والظالم ليدفع ظلمه، والجائر ليحكم بالحق. وهذه الأمثلة، مذكورة في باب القضاء.

النوع الثاني: العقار، ويستأجر لأغراض.

منها: السكنى. فإذا استأجر داراً، وجب معرفة موضعها، وكيفية أبنيتها، وفي الحمام، يعرف البيوت والبئر التي يستقي منها ماء، والقدر التي يسخن فيها، ومبسط القماش، والأتون وهو موضع الوقود وما يجمع الآتون من السرقين ونحوه، والموضع الذي يجمع فيه الزبل والوقود، ومطرح الرماد، والمستنقع الذي يجتمع فيه الماء الخارج من الحمام. وعلى هذا قياس سائر المسكن. وهذا الذي ذكرناه من اشتراط الرؤية في الحمام ونحوه، تفريع على منع إجارة الغائب، فإن جوزناها، لم تعتبر الرؤية، بل يكفي الوصف والبيان، ولا يدخل الوقود في بيع الحمام وإجارته، كما لا تدخل الأزر والأسطال والحبل والدلو. قال في «الشامل»: في رؤية قدر الحمام، يكفي رؤية داخلها من الحمام، أو ظاهرها من الآتون. والقياس: على اعتبار الرؤية أن يشاهد الوجهين إذا أمكن، كما تعتبر مشاهدة وجهي الثوب.

فرع: ذكر في «شرح المفتاح» أنه لا بد في إجارة الدار من ذكر عدد السكان من الرجال والنساء والصبيان، ثم لا منع من دخول زائر وضعيف، وإن بات فيها ليالي.

قلت: هذا الاشتراط لا يعرف لغيره. والمختار: أنه لا يعتبر لكن يسكن فيها من جرت العادة به في مثلها، وهذا مقتضى إطلاق الأصحاب، فلا عدول عنه. والله أعلم.

فرع: لا بد من تقدير هذه المنفعة بالمدة، وفي تقدير المدة التي يجوز عقد

الإجارة عليها ثلاثة أقوال المشهور والذي عليه جمهور الأصحاب: أنه يجوز عقد سنين كثيرة، بحيث يبقى إليها ذلك الشيء غالباً، فلا يؤجر العبد أكثر من ثلاثين سنة، والدابة تؤجر عشر سنين، والثوب سنتين أو سنة على ما يليق به، والأرض مئة سنة وأكثر. وقال ابن كج: يؤجر العبد إلى تمام مئة وعشرين سنة من عمره. والقول الثاني: لا يجوز أكثر من سنة مطلقاً. والثالث: لا يجوز أكثر من ثلاث سنين. وحكي وجه: أنه يجوز أن يؤجرها مدة لا تبقى فيها العين غالباً، لأن الأصل الدوام، فإن هلكت لعارض، فكانهدام الدار ونحوه. وحكم الوقف في مدة الإجارة حكم الطلق. قال المتولي: إلا أن الحكام اصطالحوا على منع إجارته أكثر من ثلاث سنين لئلا يندرس الوقف، وهذا الاصطلاح، غير مطرد. وفي أمالي السرخسي: أن المذهب منع إجارة الوقف أكثر من سنة إذا لم تمس إليه حاجة لعمارة وغيرها، وهو غريب. وإذا جوزنا إجارة أكثر من سنة، فهل يجب تقدير حصة كل سنة؟ قولان: أظهرهما: لا، وتوزع الأجرة على قيمة منافع السنين، ومنهم من قطع بهذا.

فرع: إذا قال: أجرتك شهراً، أو قال: سنة، صح على الأصح، وحمل على ما يتصل بالعقد. وقيل: يشترط أن يقول: من الآن. ولو قال: أجرتك شهراً من السنة، فالعقد باطل قطعاً للإبهام. ولو قال: كل شهر بدرهم من الآن، فباطل أيضاً على المشهور والصحيح. وقال في «الإملاء»: يصح في الشهر الأول، وبه قطع الإصطخري. ولو قال: كل شهر من هذه السنة بدرهم، لم يصح على الأصح، وصححه ابن سريج في شهر فقط، ونقل الإمام عن الأصحاب، أنهم قالوا: إذا قال: بعثت كل صاع من هذه الصبرة بدرهم، لم يصح البيع، لأنه لم يصف إلى جميع الصبرة، بخلاف ما لو قال: بعثت هذه الصبرة كل صاع بدرهم، قال: وكان ينبغي أن يفرق فيقال: إن قال: بعثت كل صاع من هذه الصبرة بدرهم، كان كقوله: بعثت هذه الصبرة كل صاع بدرهم، ويصح العقد في الجميع. وإن قال: بعثت هذه الصبرة كل صاع بدرهم، بطل على الأصح، وعلى قول ابن سريج: يصح في صاع، وكذلك يفرق في الإجارة. وقد قال بهذا الشيخ أبو محمد، فسوّى بين قوله: بعثت كل صاع من هذه الصبرة بدرهم، وبين قوله: بعثت هذه الصبرة كل صاع بدرهم، فصحح البيع في جميع الصبرة باللفظين.

فرع: مدة الإجارة، كأجل المسلم فيه، في أن مطلق الشهر والسنة يحمل على العربي، وفي أنه إذا قيد بالعددية، أو قال: سنة فارسية أو رومية أو شمسية، كان الأجل ما ذكره، وفي أن العقد إذا انطبق على أول الشهر، كان ذلك الشهر وما بعده بالأهلة. وإن لم ينطبق، تمت المنكسر بالعدد من الأخير، ويحسب الباقي بالأهلة.

وفي سائر المسائل المذكورة في السلم، وفي التأجيل بالشمسية، وجه: أنه لا يصح، وهو شاذ.

فرع: قال: أجرتك شهراً من هذه السنة، فإن لم يكن بقي منها إلا شهر، صح، وإن بقي أكثر من شهر، لم يصح، قاله المتولي والبغوي.

فصل: مما تستأجر له الأرض، البناء والغراس والزراعة. فإذا قال: أجرتك هذه الأرض، ولم يذكر البناء ولا غيره، وكانت صالحة للجميع، لم يصح العقد، لأن منافع هذه الجهات مختلفة، وضررها مختلف، فوجب التعيين، كما لو أجر بهيمة، لا يجوز الإطلاق، هكذا ذكره الأصحاب، وجعلوه متفقاً عليه، حتى احتجوا به لأحد الوجهين في إجارة الأرض مطلقاً، لكن قدمنا في مسألة إجارة الأرض التي لا ماء لها، تصريحهم بجواز الإجارة مطلقاً، ويشبه أن تكون إجارتها مطلقاً، على وجهين: كإجارتها. والأصح: المنع فيهما. وما ذكروه في إجارة الأرض التي لا ماء لها، مفرع على الوجه الآخر أو مؤول.

قلت: المذهب، ما نص عليه الأصحاب في المسائل الثلاث، فلا تصح الإجارة هنا مطلقاً، وتصح العارية على وجه، لأن أمرها على التوسعة والإرفاق، فاحتمل فيها هذا النوع من الجهالة كإباحة الطعام، بخلاف الإجارة، فإنها عقد مغابنة، فهذا عمدة الأصحاب. وأما مسألة إجارة الأرض التي لا ماء لها، فمؤولة. والله أعلم.

فرع: أجر بيتاً أو داراً، لا يحتاج إلى ذكر السكنى، لأن الدار لا تستأجر إلا للسكنى ووضع المتاع فيها، وليس ضررها بمختلف، كذا ذكروه، ويجوز أن يمنع فيقال: قد تستأجر أيضاً ليتخذها مسجداً، ولعمل الحدادين والقصارين، ولطرح الزبل فيها، وهي أكثر ضرراً، فما جعلوه مبطلاً في الأرض موجود هنا. فإن قيل: ينزل في الدار على أدنى وجوه الانتفاع وهو السكنى ووضع المتاع، لزم أن يقال في الأرض مثله وينزل على الزراعة، ومقتضى هذا الاشكال، أنه يشترط في استئجار الدار بيان أنه يستأجر للسكنى أو غيرها، وقد قال به بعض شارحي «المفتاح».

فرع: قال: أجرتك هذه الأرض لتنتفع بها بما شئت، صحت الإجارة، وله أن يصنع ما شاء، لرضاه، وهذا هو الأصح، وبه قطع الإمام، والغزالي. وحكى البغوي وجهاً بالمنع، كبيع عبد من عبده. ولو قال: أجرتكها للزراعة، ولم يذكر ما يزرع، أو للبناء أو للغراس وأطلق، صح على الأصح عند الجمهور، وبالمنع قال ابن سريج، ونقله ابن كج عن النص في «الجامع الكبير». ومن جَوَّز قال: يزرع ما شاء، للإطلاق. وكان يحتمل التنزيل على الأقل. ولو قال: أجرتكها لتزرع ما شئت،

صحت الإجارة، ويزرع ما شاء، نص عليه. وعن ابن القطان وجه: أنها فاسدة كبيع عبد من عبيده. ولو قال: أجزتكم لتزرع أو تغرس، لم يصح. ولو قال: إن شئت فازرعها، وإن شئت فاغرسها، صح على الأصح، ويخير المستأجر. ولو قال: أجزتكم فازرعها واغرسها، أو لتزرعها وتغرسها، ولم يبين القدر، فوجهان: أحدهما وبه قال ابن سلمة: يصح وينزل على النصف. وعلى هذا، فله أن يزرع الجميع، لجواز العدول من الغراس إلى الزرع، ولا يجوز أن يغرس الجميع. وأصحهما: لا يصح، وبه قال المزني، وابن سريج، وأبو إسحق، لعدم البيان، بل قال القفال: لو قال: أزرع النصف واغرس النصف، لم يصح، لأنه لم يبين المغروس والمزروع، فصار كقوله: بعثك أحد هذين العبدین بألف والآخر بخمسمئة.

فرع: يشترط في استئجار الأرض للبناء، بيان موضعه وطوله وعرضه، وفي بيان قدر ارتفاعه، وجهان سبقا في كتاب الصلح. أصحهما: لا يشترط، بخلاف ما إذا استأجر سقفا للبناء.

النوع الثالث: الدواب، وتستأجر لأغراض.

منها: الركوب، وفيه مسائل:

إحداها: يشترط أن يعرف المؤجر الراكب، وطريق معرفته المشاهدة، كذا قاله الجمهور. والأصح: أن الوصف التام يكفي عنها. ثم قيل: يصفه بالوزن. وقيل: بالضخامة والنحافة ليعرف وزنه تخميناً.

الثانية: إن كان الراكب مجرداً ليس معه ما يركب عليه، فلا حاجة إلى ذكر ما يركب عليه، لكن المؤجر يركبه على ما شاء من سرج وإكافٍ وزاملة على ما يليق بالدابة. وإن كان يركب على رحل له، أو فوق زاملة، أو في محمل، أو في عمارية، أو أراد في غير الإبل الركوب على سرج أو إكافٍ، وجب ذكره. وينبغي أن يعرف المؤجر هذه الآلات. فإن شاهدها، كفى، وإلا، فإن كانت سروجهم ومحاملهم وما في معناها على قدر وتقطيع: لا يتفاحش فيه التفاوت، كفى الإطلاق، وحمل على معهودهم. وإن لم يكن معهود مطرد، اشترط ذكر وزن السرج والإكاف والزاملة ووصفها. هذا هو الصحيح المعروف. وقال الإمام: لم يتعرض أحد من الأصحاب لاشتراط ذكر الوزن في السرج والإكاف، لأنه لا يكثر فيهما التفاوت. وأما المحمل أو العمارية، ففيهما أوجه: أصحها: أن المعتبر فيهما المشاهدة، أو الوصف مع الوزن لإفادتهما التخمين. والثاني: يكفي الوزن. أو الصفة والثالث: لا بد من المشاهدة. والرابع: إن كانت محامل خفافاً كالبغدادية، كفى الوصف، لتقاربها، وإن كانت ثقلاً كالخراسانية، اشترطت المشاهدة، وقال البغوي: تمتحن الزاملة باليد

لتعرف خفتها وثقلها، بخلاف الراكب لا يمتحن بعد المشاهدة. وينبغي أن يكون المحمل والعماريّة في ذلك كالزاملة.

فرع: لا بد في المحمل ونحوه من الوطاء، وهو الذي يفرش فيه ليجلس عليه، وينبغي أن يعرف بالرؤية أو الوصف، والغطاء الذي يستظل به ويتوقّى من المطر، قد يكون وقد لا يكون، فيحتاج إلى شرطه. وإذا شرطه، قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ: يكفي إطلاقه، لتقارب تفاوته، ويغطيه بجلد أو كساء أو لبّد. وقال ابن كج والمتولي: يشترط رؤيته أو وصفه، وهو ظاهر النص كالوطاء. لكن إن كان فيه عرف مطرد، كفى الإطلاق، وقد يكون للمحمل ظرف من لبود، أو آدم، فهو كالغطاء.

الثالثة: إذا استأجر للركوب، وشرط حمل المعاليق وهي السّفرة، والإداوة، والقذور، والقمقمة، فإن أراها المؤجر، أو وضعها له وذكر وزنها، صح، وإلا، فلا تصح الإجارة على المذهب والمنصوص، ومن صحح، حمّله على الوسط المعتاد. وإن لم يشترط المعاليق، لم يستحق حملها على الأصح. وقيل: هو كشرطها مطلقاً. وهذا المذكور في السّفرة والإداوة الخاليتين، فإن كان فيهما طعام وماء، فسيأتي بيانهما في الباب الثاني إن شاء الله تعالى.

الرابعة: إن كانت الإجارة على عين الدابة، اشترط تعيينها، وفي اشتراط رؤيتها الخلاف في شراء الغائب. وإن كانت في الذمة، اشترط ذكر جنسها، أهي من الإبل، أم الخيل، أم الحمير والبغال؟ ونوعها، كالبخاتي والعراي. ويشترط بيان الذكورة والأنوثة على الأصح، لاختلاف الغرض بذلك، فإن الأنثى أسهل سيراً، والذكر أقوى. ويشترط أن يقول: مهمّج أو بحر أو قطوف، على الأصح، لأن معظم الغرض يتعلق بكيفية السير.

الخامسة: إذا استأجر دابة للركوب، فليبيّن قدر السير كل يوم، فإذا بيّن، حملاً على المشروط، فإن زاد في يوم أو نقصا، فلا جبران، بل يسيران بعده على الشرط. ولو أراد أحدهما مجاوزة المشروط، أو النزول دونه لخوف أو خصب، لم يكن له ذلك، إلا أن يوافقه صاحبه، ذكره البغوي. وكان يجوز أن يجعل الخوف عذراً لمن يحتاج، ويلزم الآخر موافقته.

قلت: هذا الذي قاله البغوي، ضعيف، وينبغي أن يقال: إن غلب على الظن حصول ضرر بسبب الخوف، كان عذراً، وإلا، فلا. ولا يتجه غير هذا التفصيل. والله أعلم.

فإن لم يبيّن قدر السير، وأطلقا العقد، نظر، إن كان في ذلك الطريق منازل مضبوطة، صح العقد وحمل عليها، وإن لم يكن منازل، أو كانت العادة مختلفة، لم

يصح العقد حتى يبيناً أو يقدَّر بالزمان. هذا هو الصحيح المعروف الذي اشتملت عليه طرق الأصحاب. وقال أبو إسحاق: إذا اكترى إلى مكة في زماننا، اشترط ذكر المنازل، لأن السير في هذه الأزمان شديد. وقال القاضي أبو الطيب: إن كان الطريق مخوفاً، لم يجز تقدير السير فيه، لأنه لا يتعلق بالاختيار، وتابعه الروياني على هذا. ومقتضاه، امتناع التقدير بالزمان أيضاً، وحينئذٍ يتعذر الاستئجار في الطريق الذي ليس له منازل مضبوطة إذا كان مخوفاً.

فرع: القول في وقت السير، أهو الليل، أم النهار؟ وفي موضع النزول في المرحلة، أهو نفس القرية، أم الصحراء؟ وفي الطريق الذي يسلكه إذا كان للمقصد طريقان على ما ذكرناه في قدر السير في أنه يحمل على المشروط أو المعهود. وقد يختلف المعهود في فصلي الشتاء والصيف، وحالتي الأمن والخوف، فكل عادة تراعى في وقتها، ومتى شرطاً خلاف المعهود، فهو المتبع، لا المعهود.

فصل: مما تستأجر له الدواب الحمل عليها، فينبغي أن يكون المحمول معلوماً، فإن كان حاضراً ورآه المؤجر، كفى، وإلا فلا بد من تقديره بالوزن، أو بالكيل إن كان مكيلاً، والتقدير بالوزن في كل شيء أولى وأحصر، ولا بد من ذكر جنسه، لاختلاف تأثيره. فلو قال: أجرتكها لتحمل عليها مئة رطل مما شئت، جاز على الأصح، ويكون رضى منه بأضر الأجناس، فلا حاجة حينئذٍ إلى بيان الجنس. وقال صاحب «الرقم»: قال حذّاق المراوزة: إذا استأجر دابة للحمل مطلقاً، جاز، وجعل راضياً بالأضر، وحاصله الاستغناء بالتقدير عن ذكر الجنس. هذا في التقدير بالوزن، أما إذا قدر بالكيل، فالمفهوم من كلام أبي الفرج السرخسي: أنه لا يغني عن ذكر الجنس وإن قال: عشرة أقدرة مما شئت، لاختلاف الأجناس في الثقل مع الاستواء في الكيل، لكن يجوز أن يجعل ذلك رضىً بأثقل الأجناس، كما جعل في الوزن رضىً بأضر الأجناس.

قلت: الصواب قول السرخسي، والفرق ظاهر، فإن اختلاف التأثير بعد الاستواء في الوزن، يسير، بخلاف الكيل، وأين ثقل الملح من ثقل الذرة؟ والله أعلم.

ولو قال: أجرتكها لتحمل عليها ما شئت، لم يصح، بخلاف إجارة الأرض ليزرعها ما شاء، لأن الدواب لا تطيق كل ما تحمّل.

فرع: ظروف المتاع وحباله، إن لم تدخل في الوزن، بأن قال: مئة رطل حنطة، أو كان التقدير بالكيل، فلا بد من معرفتها بالرؤية أو الوصف، إلا أن يكون هناك غرائر متماثلة اطرد العرف باستعمالها، فيحمل مطلق العقد عليها. وإن دخلت

في قدر المتاع، بأن قال: مئة رطل حنطة بظروفها، صح العقد. ولو اقتصر على قوله: مئة رطل، فالأصح: أن الظرف من المئة. والثاني: أنه وراءها، لأنه السابق إلى الفهم. فعلى هذا، يكون الحكم كما لو قال: مئة رطل من الحنطة، والمسألة مفرعة على الاكتفاء بالتقدير. وإهمال ذكر الجنس، إما مطلقاً، وإما بأن قال: مئة رطل مما شئت.

فرع: الدابة المستأجرة للحمل، إن كانت معيّنة، فعلى ما ذكرناه في الركوب. وإن كانت الإجارة على الذمة، لم يشترط معرفة جنس الدابة وصفتها، بخلاف الركوب، لأن المقصود هنا تحصيل المتاع في الموضع المنقول إليه، فلا يختلف الغرض. لكن لو كان المحمول زجاجاً أو خزفاً وشبههما، فلا بد من معرفة حال الدابة، ولم ينظروا في سائر المحمولات إلى تعلق الغرض بكيفية سير الدابة بسرعة أو بطء، وقوة أو ضعف، وتخلّفها عن القافلة على بعض التقديرات. ولو قيل به، لم يكن بعيداً. والكلام في المعاليق وتقدير السير، على ما ذكرناه في الاستئجار للركوب.

فرع: استأجره لحمل هذه الصبرة إلى موضع كذا، كل صاع بدرهم، أو صاع منها بدرهم، وما زاد فبحسابه، صح العقد كما لو باع كذلك، بخلاف ما لو قال: أجرتك كل شهر بدرهم، لأن جملة الصبرة معلومة محصورة، بخلاف الأشهر. ولو قال: لتحمل صاعاً منها بدرهم، على أن تحمل كل صاع منها بدرهم، أو على أن ما زاد فبحسابه، فوجهان: أحدهما: المنع، لأنه شرط عقد في عقد. والثاني: الجواز، وتقديره: كل صاع بدرهم. ولو قال: لتحمل هذه الصبرة وهي عشرة أصع، كل صاع بدرهم، فإن زادت، فبحسابه، صح العقد في العشرة، دون الزيادة المشكوك فيها. ولو قال: لتحمل من هذه الصبرة كل صاع بدرهم، لم يصح على المذهب، وهو المعروف. وقد سبق في مثله في البيع وجه: أنه يصح في صاع، فيعود هنا.

فصل: ومن الأغراض، سقي الأرض بإدارة الدولا، والاستقاء من البئر بالدلو. فإن كانت الإجارة على عين الدابة، وجب تعيينها كما في الركوب والحمل. وإن كانت في الذمة، لم يجب بيان الدابة ومعرفة جنسها. وعلى التقديرين يعرف المؤجر الدولا، والدلو وموضع البئر وعمقها، بالمشاهدة، أو الوصف إن كان الوصف يضبطها، ويقدر المنفعة، إما بالزمان، بأن يقول: لتسقي بهذا الدلو من البئر اليوم، وإما بالعمل، بأن يقول: لتسقي خمسين دلواً من هذه البئر بهذا الدلو. ولا يجوز التقدير بالأرض، بأن يقول: لتسقي هذا البستان، أو لتسقي جريباً منه.

فصل: ومنها: الحراثة، فيجب أن يعرف المؤجر الأرض، لاختلافها..

وتقدر المنفعة، إما بالزمان، بأن يقول: لتحترث في هذه الأرض الشهر، وإما بالعمل، بأن يقول: لتحترث هذه القطعة، أو إلى موضع كذا منها. وقيل: لا يجوز تقدير هذه المنفعة بالمدة، قاله الشيخ أبو حامد. والصحيح: الأول. ولا بد من معرفة الدابة إن كانت إجارة عين. وإن كانت في الذمة، فكذلك إن قدر بالمدة وجوزناه، لأن العمل يختلف باختلاف الدابة. وإن قدر بالأرض المحروثة، فلا حاجة إلى معرفتها.

فصل: ومنها: الدّياس، فيعرف المؤجر الجنس الذي يريد دياسه، ويقدر المنفعة بالزمان، أو بالزرع الذي يدوسه. والقول في معرفة الدابة، على ما ذكرناه في الحراثة.

فصل: الاستئجار للطحن كالاستئجار للدياس.

فصل: جملة ما يجب تعريفه في الإجازات، مما ذكرناه وما لم نذكره، أن ما يتفاوت به الغرض، ولا يتسامح به في المعاملة، يشترط تعريفه.

فصل: اختلف الأصحاب في أن المعقود عليه في الإجارة ماذا؟ فقال أبو إسحاق وغيره: هو العين ليستوفي منها المنفعة، لأن المنفعة معدومة، ومورد العقد يجب أن يكون موجوداً، ولأن اللفظ مضاف إلى العين. ولهذا يقول: أجرتك هذه الدار. وقال الجمهور: ليست العين معقوداً عليها، لأن المعقود عليه هو ما يستحق بالعقد، ويجوز التصرف فيه، وليست العين كذلك. فالمعقود عليه، هو المنفعة، وبه قال مالك وأبو حنيفة رضي الله عنهما، وعليه ينطبق قول جمهور أصحابنا: أن الإجارة تمليك المنافع بعوض، ويشبه أن لا يكون هذا خلافاً محققاً، لأن الأول لا يقول: العين مملوكة بالإجارة كالمبيع. ومن قال بالثاني، لا يقطع النظر عن العين.

الباب الثاني: في حكم الإجارة الصحيحة

فيه طرفان:

الطرف الأول: فيما يقتضي اللفظ دخوله في العقد وضعاً أو عرفاً، وما يلزم المتكاريين إتماماً له، ومسائله مقسومة على الأنواع الثلاثة المذكورة في شرط العلم بالمنفعة:

النوع الأول: استئجار الأدمي، وفيه فصلان:

الفصل الأول: الاستئجار للحضانة وحدها، وللإرضاع وحده جائز، وكذا لهما معاً كما سبق وذكرنا أن المستحق بالإجارة للإرضاع ما هو؟ وأما الحضانة، فهي حفظ الصبي وتعهده، بغسله، وغسل رأسه وثيابه وخرقه، وتطهيره من النجاسات،

ودهنه وكحلّه، واضجاعه في مهده، وربطه وتحريكه في المهد لينام. وإذا أطلق الاستئجار لأحدهما، ولم ينف الآخر، ففي استتباعه الآخر ثلاثة أوجه: أصحها: منع الاستتباع. والثاني: إثباته للعادة بتلازمهما. والثالث: يستتبع الإرضاع الحضانة ولا عكس. فإن أتبعنا فيهما، أو شرطهما، فانقطع اللبن، فثلاثة أوجه مبنية على أن المعقود عليه في هذه الإجارة ماذا؟ أحدها: أنه اللبن، والحضانة تابعة، فعلى هذا يفسخ العقد بانقطاعه، والثاني: الحضانة، واللبن تابع، فعلى هذا لا يفسخ العقد، لكن للمستأجر الخيار، لأنه عيب. وأصحهما: المعقود عليه كلاهما، لأنهما مقصودان. فعلى هذا، يفسخ العقد في الإرضاع، ويسقط قسطه من الأجرة. وفي الحضانة قولاً تفريق الصفقة، ولم يفرّقوا في طرد الأوجه بين أن يصرح بالجمع بينهما، أو يذكر أحدهما ونحكم باستتباعه الآخر. وحسّن أن يفرّق فيقال: إن صرح بمقصودان قطعاً. وإن ذكر أحدهما، فهو المقصود، والآخر تابع.

فرع: يلزم المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدرُّ به اللبن، وللمكثري أن يكلفها ذلك.

الفصل الثاني: إذا استأجر ورّاقاً، فعلى من الحبر؟ فيه ثلاثة طرق. أصحها: الرجوع إلى العادة. فإن اضطربت، وجب البيان، وإلا فيبطل العقد. وأشهرها: القطع بأنه لا يجب على الوراق. والثالث: أنه على الخلاف في أن اللبن هل يتبع الحضانة. وإذا أوجبنا على الورّاق، فهو كاللبن في أنه لا يجب تقديره. وإن صرح باشتراطه عليه، فهو كما لو صرح بالإرضاع والحضانة. وإذا لم نوجه عليه، فشرط في العقد، بطل العقد إن لم يكن معلوماً، وإلا، فطريقان: أحدهما: يصح العقد، لأن المقصود الكتابة، والحبر تابع. والثاني: أنه شراء واستئجار، وليس الحبر كاللبن، لإمكان إفراده بالشراء. وعلى هذا، ينظر، فإن قال: اشتريت منك هذا الحبر على أن تكتب به كذا، فهو كشراء الزرع بشرط أن يحصده البائع. وإن قال: اشتريت الحبر واستأجرتك لتكتب به كذا بعشرة، فهو كقوله: اشتريت الزرع واستأجرتك لتحصده بدرهم. وإن قال: اشتريت الحبر بدرهم واستأجرتك لتكتب به بعشرة، فهو كقوله: اشتريت الزرع بعشرة واستأجرتك لتحصده بدرهم، وحكم الصور مذكور في البيع.

فرع: إذا استأجر الخياط والصباغ وملقّح النخل والكحال، فالقول في الخيط والصبغ وطلع النخل والذرور، كما ذكرنا في الحبر. هذا هو المذهب وعليه الجمهور وقطع الإمام وشيخه والغزالي، بأن الخيط لا يجب على الخياط، لأن العادة الغالبة في الخيط خلاف الحبر والصبغ.

النوع الثاني: العقار، وهو صنفان: مبني كالدار والحمام، وغيره.
فالأول: فيه مسألتان:

إحدهما: ما تحتاج إليه الدار المكراة من العمارة، وهو ثلاثة أضرب. أحدها: مَرَمَةٌ لا تحتاج إلى عين جديدة، كإقامة جدار مائل، وإصلاح منكسر، وغلق تعسر فتحه. الثاني: ما يحوج إلى عين جديدة، كبناء، وجذع جديد، وتطيين سطح، والحاجة في الضربين لخلل عرض في دوام الإجارة. الثالث: عمارة يحتاج إليها لخلل قارن العقد، بأن أجزء داراً ليس لها باب ولا ميزاب. ولا يجب شيء من هذه الأضرب على المستأجر، بل هي من وظيفة المؤجر، فإن بادر إلى الإصلاح، فلا خيار للمستأجر، وإلا، فله الخيار إذا نقصت المنفعة. حتى لو وكف البيت لترك التطيين، قال الأصحاب: له الخيار. فإذا انقطع بطل الخيار، إلا إذا حدث بسببه نقص. وإنما يثبت الخيار في الضرب الثالث، إذا كان جاهلاً به في ابتداء الحال. وهل يجبر المؤجر على هذه العمارات؟ قال جماعة منهم المتولي والبغوي: لا يجبر في شيء منها، لأنه إلزام عين لم يتناولها العقد. وقال الإمام والغزالي والسرخسي: يجبر على الضرب الأول، ولا يجبر على الثالث قطعاً، ولا على الثاني على الأصح. وقال القاضي حسين وأبو محمد: يجبر توفيراً للمنفعة. ويجري الوجهان فيما إذا غُصبت المستأجرة وقدر المالك على الانتزاع.

قلت: ينبغي أن يكون الصحيح هنا، وجوب الانتزاع. والله أعلم.

ولا شك أنه إذا كان العقد على موصوف في الذمة، ولم ينتزع ما سلمه، يطالب ببدله. وحكى الإمام تفريراً على طريقته وجهين: في أن الدَّعامة المانعة من الانهدام إذا احتيج إليها، من الضرب الأول، أم من الثاني؟

فرع: يجب على المكري تسليم مفتاح الدار، للتمكن من الانتفاع، بخلاف ما إذا كانت العادة فيه الإقفال، فإنه لا يجب تسليم القفل، لأن الأصل أن لا يدخل المنقولات في العقد الواقع على العقار، والمفتاح تابع للغلق. وإذا سلم، فهو أمانة في يد المستأجر. فإن ضاع بلا تفريط، فلا شيء عليه، وإبداله من وظيفة المؤجر، وهل يطالب به؟ فيه الخلاف السابق في العمارات. فإن لم يبدله، فللمستأجر الخيار. المسألة الثانية: تطهير الدار عن الكناساة والأتون عن الرماد في دوام الإجارة، على المستأجر، لأنهما حصلاً بفعله، وكسح الثلج عن السطح، من وظيفة المؤجر، لأنه كعمارة الدار. فإن تركه على السطح وحدث به عيب، فللمستأجر الخيار. قال الإمام: وهل يجب عليه؟ فيه الخلاف السابق في العمارة. وحكى وجه: أنه لا يجب الكسح وإن وجبت العمارة، لأنها تجب لتعود الدار إلى ما كانت. وأما الثلج في

عرصة الدار، فإن خف ولم يمنع الانتفاع، فهو ملحق بكس الدار. وإن كثف، فكذلك على الأصح، وقيل: كتنيقية البالوعة، وفيها خلاف يأتي إن شاء الله تعالى، لأنه يمنع التردد في الدار.

فرع: يلزم المؤجر تسليم الدار وبالوعتها وحشها فارغان. فإن كان مملوءاً، فللمستأجر الخيار، وكذا مستنقع الحمام، وهو الموضع الذي تنصب إليه الغسالة. فلو امتلأت البالوعة والحش والمستنقع في دوام الإجارة، فهل تفرغها على المؤجر تمكيناً من الانتفاع بقية المدة؟ أم على المستأجر لحصوله بفعله؟ وجهان: أحدهما: الثاني، وبه قطع الماوردي وابن الصباغ والمتولي، كنقل الكناسات. فإن تعذر الانتفاع، فليبق، ولا خيار له على الصحيح. ولا يلزم المستأجر التنقية عند انقضاء المدة، ولا تفرغ مستنقع الحمام، ويلزمه التطهير من الكناسة، وفسروها بالقشور وما سقط من الطعام ونحوه، دون التراب الذي بجمع بهبوب الرياح، لأنه بغير فعله لكن قد سبق أن ثلج العرصة لا يلزم المؤجر نقله، بل هم كالكناسة، مع أنه حصل لا بفعله، فيجوز أن يكون التراب أيضاً كالكناسة، وإن حصل لا بفعله.

قلت: هذا الاحتمال ضعيف. والصواب: أنه لا يلزم المستأجر نقل التراب كما قاله الأصحاب، وليس المراد بما سبق في ثلج العرصة أنه يلزم المستأجر نقله، بل المراد أنه لا يلزم المؤجر، فكذا هنا لا يلزم واحداً منهما. والله أعلم.

قال الإمام والغزالي: رماد الأتون كالكناسة، فيجب على المستأجر نقله. وفي «التهذيب» أنه لا يجب، لأنه من صورة استيفاء المنفعة، بخلاف الكناسة.

فرع: الدار المستأجرة للسكنى، لا يجوز طرح الرماد والتراب في أصل حائطها، ولا ربط دابة فيها، بخلاف وضع الأمتعة. وفي جواز طرح ما يسرع إليه الفساد وجهان: أحدهما: الجواز، لأنه معتاد.

الصنف الثاني: الأرض البيضاء. فإذا استأجر أرضاً للزراعة ولها شرب معلوم، فإن شرط دخوله في العقد أو خروجه، اتبع الشرط، وإلا، فإن اطردت العادة باتباعه الأرض، أو انفراده، اتبعت. وإن اضطربت، فكانت تكرى وحدها تارة، ومع الشرب تارة، فأوجه: أحدها: لا يجعل الشرب تابعاً اقتصاراً على مقتضى اللفظ، إنما يزداد عليه بعرف مطرد. والثاني: يجعل تابعاً. والثالث: يبطل العقد من أصله، لأن تعارض المقصودين يوجب جهالة.

فصل: استأجر أرضاً لزراعة معين، فانقضت المدة ولم يدرك، فلعدم الإدراك فيها أسباب:

أحدها: التقصير في الزراعة، بأن آخرها حتى ضاق الوقت، أو أبدل الزرع

المعين بما هو أبطأ منه، أو أكله الجراد ونحوه، فزرع ثانياً، فللمالك إجباره على قلعه، وعلى الزارع تسوية الأرض كالغاصب، هذا لفظ البغوي، ومقتضى إلحاقه بالغاصب، أن يقلع زرعه قبل انقضاء المدة أيضاً، لكن المتولي وغيره صرحوا بأنه لا يقلع قبل انقضاء المدة، لأن منفعة الأرض في الحال له.

قلت: الصواب ما صرح به المتولي وغيره، وليس مراد البغوي بإلحاقه بالغاصب، القلع قبل المدة. والله أعلم.

فرع: للمالك منعه من زراعة ما هو أبطأ إدراكاً، وهل له منعه من زراعة الزرع المعين ابتداءً إذا ضاق الوقت؟ وجهان لأنه استحق منفعة الأرض تلك المدة، وقد يقصد التفصيل.

قلت: الأصح: أنه ليس له منعه. والله أعلم.

السبب الثاني: أن يتأخر الإدراك لحر أو برد، أو كثرة المطر، أو أكل الجراد رؤوس الزرع، فنبت ثانياً فتأخر لذلك، فالصحيح أنه لا يجبر على القلع، بل على المالك الصبر إلى الإدراك مجاناً أو بأجرة المثل. وقيل: له قلعه مجاناً، لخروجه عن المدة.

السبب الثالث: أن يكون الزرع المعين بحيث لا يدرك في المدة، بأن استأجر لزراعة الحنطة شهرين. فإن شرطاً القلع بعد المدة، جاز، وكأنه أراد التفصيل. ثم لو تراضيا على الإبقاء مجاناً أو بأجرة المثل، جاز، فإن شرطاً الإبقاء، فسد العقد، للتناقض بينه وبين التوقيت، ولجهالة مدة الإدراك، ويجيء فيه خلاف سنذكره قريباً إن شاء الله تعالى. وإذا فسد العقد، فللمالك منعه من الزراعة، لكن لو زرع، لم يقلع مجاناً، للإذن، بل يأخذ منه أجرة المثل لجميع المدة. وإن أطلقا العقد، ولم يتعرضا لقلع ولا إبقاء، صح العقد على الأصح. فعلى هذا، إن توافقا بعد المدة على إبقائه مجاناً أو بأجرة، فذاك. وإن أراد المالك إجباره على القلع، لم يكن له على الأصح، وهو اختيار القفال، لأن العادة فيه الإبقاء.

وعلى هذا، فالأصح أن له أجرة المثل للزيادة. وقيل: لا، لأنه في معنى معير للزيادة. وقال أبو الفرج السرخسي: إذا قلنا: لا يقلع بعد المدة، لزم تصحيح العقد إذا شرط الإبقاء بعد المدة، وكأنه صرح بمقتضى الإطلاق، وهذا حسن. أما إذا استأجر للزراعة مطلقاً وقلنا بالأصح وهو صحته، فعليه أن يزرع ما يدرك في تلك المدة. فإن زرعه وتأخر إدراكه لتقصير أو غيره، فعلى ما ذكرناه في الزرع المعين. ولو أراد أن يزرع ما لا يدرك في تلك المدة، فللمالك منعه. فلو زرع، لم يقلع إلى

انقضاء المدة. وقال صاحب «المهذب» يحتمل أن لا يمنع من زرعه، كما لا يقلع إذا زرع.

فصل: استأجر للبناء أو الغراس، فإن شرط القلع، صح العقد، ولزم المستأجر القلع بعد المدة، وليس على المالك أرش النقصان، ولا على المستأجر تسوية الأرض ولا أرش نقصها، لتراضيهما بالقلع. ولو شرطاً الإبقاء بعد المدة، فوجهان: أحدهما: العقد فاسد، لجهالة المدة. وهذا أصح عند الإمام والبغوي. والثاني: يصح، لأن الإطلاق يقتضي الإبقاء، فلا يضر شرطه، وبهذا قطع العراقيون أو جمهورهم، ويتأيد به كلام السرخسي في مسألة الزرع. فإن قلنا بالفساد، لزم المستأجر أجرة المثل للمدة، وما بعدها حكمه ما سنذكره فيما إذا أطلقا العقد. أما إذا أطلقا، فالمذهب صحة العقد. وقيل: وجهان: وليس بشيء، ثم ينظر بعد المدة، فإن أمكن القلع والرفع بلا نقص، فعل، وإلا، فإن اختار المستأجر القلع، فله ذلك، لأنه ملكه.

وهل عليه تسوية الحفر وأرش نقص الأرض؟ وجهان: الأصح المنصوص: يلزمه، لتصرفه في أرض الغير بالقلع بعد خروجها من يده، وتصرفه بغير إذن مالئها. فعلى هذا، لو قلع قبل المدة، لزمه التسوية على الأصح، لعدم الإذن. وقيل: لا، لبقاء الأرض في يده وتصرفه. وإن لم يختر القلع، فهل للمؤجر أن يقلعه مجاناً؟ فيه طريقان: أحدهما: القطع بالمنع. والثاني: على وجهين: أحدهما: هذا، لأنه بناءً محترم. والثاني: نعم. فإن منعنا، فالكلام في أن المؤجر، يتخير بين أن يقلع ويغرم أرش النقص مع نقص الثمار إن كان على الشجر ثمر، أو يملكه عليه بالقيمة، أو يبقيه بأجرة يأخذها، أو لا يتخير إلا بين الخصلتين الأوليين من هذه الثلاث، على ما ذكرناه إذا رجع المعير عن العارية. وإذا انتهى الأمر إلى القلع، فمباشرة القلع أو بدل مؤنته، هل هي على المؤجر لأنه الذي اختاره، أم على المستأجر لأنه شغل الأرض فليفرغها؟ وجهان: أحدهما: الثاني. وإذا عين المؤجر خصلة، فامتنع منها المستأجر، ففي إجباره ما ذكرناه في إجبار المستعير. فإن أجبرناه، كلف تفرغ الأرض مجاناً، وإلا، فلا، بل هو كما لو امتنع المؤجر من الاختيار، وحينئذ هل يبيع الحاكم الأرض بما فيها، أم يعرض عنهما؟ فيه خلاف سبق.

فرع: الإجارة الفاسدة للغراس والبناء كالصحيحة في تخيير المالك ومنع القلع مجاناً.

فصل: إذا استأجر لزراعة جنس معين، جاز أن يزرعه وما ضرره مثل ضرره أو دونه، لا ما فوقه، والحنطة فوق ضرر الشعير. وكل واحد من الذرة والأرز فوق ضرر

الحنطة. وعن البويطي: أنه لا يجوز زرع غير المعين، فقيل: هو قول للشافعي رحمته الله. وقيل: هو مذهب للبويطي. وكيف كان، فالمذهب جوازه. هذا إذا عين جنساً أو نوعاً. فلو قال: أجرتكها لزرع هذه الحنطة، ففي صحة العقد وجهان. أحدهما: المنع، لأن تلك الحنطة قد تتلف. والثاني: الصحة، وهو اختيار ابن كج، ولا تتعذر الزراعة بتلف تلك الحنطة.

قلت: الأصح: الصحة، لأنه لا يتعذر بتلف الحنطة. ولو تعذر، لم يكن احتمال التلف مانعاً، كاستئجار لإرضاع هذا الصبي، والحمل على هذه الدابة. والله أعلم.

ولو قال: لتزرع هذه الحنطة ولا تزرع غيرها، فأوجه: أحدها: يفسد العقد، لأنه ينافي مقتضاه. قال ابن كج والرويانى: وهذا هو المذهب. والثاني وهو اختيار الإمام: صحة العقد وفساد الشرط، لأنه شرط لا يتعلق به غرض، فهو كقوله: أجرتك على أن لا تلبس إلا الحرير. والثالث: يصح العقد والشرط، لأنه يملك المنفعة من المؤجر، فملك بحسب التملك. قلت: الأول أقوى. والله أعلم.

وعلى هذا قياس استيفاء سائر المنافع. فإذا استأجر دابة للركوب في طريق، لم يركبها في طريق آخر من له ركوبها في مثل ذلك الطريق. وإذا استأجر لحمل الحديد، لم يحمل القطن ولا العكس، وإذا استأجر دكاناً لصناعة، منع مما فوقها في الضرر.

فرع: إذا تعدى المستأجر للحنطة، فزرع الذرة، ولم يتخاصم حتى انقضت المدة وحصد الذرة، فالمذهب، وهو نصه في «المختصر» وبه قال أبو علي الطبري والقاضي أبو حامد: أن المؤجر بالخيار، بين أن يأخذ المسمى وبديل النقصان الزائد بزرعة الذرة على ضرر الحنطة، وبين أن يأخذ أجرة المثل لزرع الذرة. وقال كثيرون: في المسألة قولان: أحدهما: تعيين أجرة المثل للذرة. والثاني: تعيين المسمى وبديل النقص. وقال ابن القطان: قولان: أحدهما: المسمى وبديل النقص. والثاني: التخيير.

قلت: وهل يصير ضامناً للأرض غاصباً؟ وجهان حكاهما الشاشي في «المستظهر» أصحابهما: لا. والله أعلم.

ولو تخاصم عند إرادته زراعة الذرة، منع منها، وإن تخاصم بعد زراعتها وقبل حصادها، فله قلعها. وإذا قلع، فإن تمكن من زراعة الحنطة، زرعها، وإلا، فلا يزرع، وعليه الأجرة لجميع المدة، لأنه الذي فوت مقصود العقد. ثم إن لم تمض

على بقاء الذرة مدة تتأثر الأرض بها، فذاك، وإن مضت، فالمستحق أجره المثل؟ أم قسطها من المسمى مع بدل النقصان؟ أم يتخير بينهما؟ فيه الطرق السابقة. والطرق جارية فيما إذا استأجر داراً ليسكنها، فأسكنها الحدادين أو القصارين، أو دابة ليحمل عليها قطناً، فحمل بقدره حديداً، أو غرفة ليضع فيها مئة رطل حنطة، فأبدلها بحديد، وكذا كل صورة لا يتميز فيها المستحق عما زاد. فلو تميز، بأن استأجر دابة لحمل خمسين رطلاً، فحمل مئة، أو إلى موضع، فجاوزه، وجب المسمى وأجره المثل لما زاد قطعاً. ولو عدل عن الجنس المشروط إلى غيره، بأن استأجر للزراع، فغرس، أو بنى، وجبت أجره المثل على المذهب. وقيل بطرد الخلاف. وإذا قلنا بالمذهب في أصل المسألة: إنه يتخير، فاختار المسمى وبدل النقصان الزائد، فمثله أجره مثلها للحنطة خمسون، وللذرة سبعون، وكان المسمى أربعين، فله الأربعون والتفاوت بين الأجرتين وهو عشرون.

قلت: وإذا حصد المستأجر ما أذن فيه بعد المدة، لزمه قلع ما يبقى في الأرض من قصب الزرع وعروقه، لأنه عين ماله، فلزمه إزالته عن ملك غيره. وممن صرح به، صاحب «البيان». والله أعلم.

النوع الثالث: استئجار الدواب، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: إذا اكرت للركوب، قال الأكثرون: على المؤجر الإكاف والبرذعة، والحزام، والثَّفر، والخطام، والبُرة، لأنه لا يتمكن من الركوب دونها. والعرف مطرد بكونها على المؤجر. وفي السرج إذا اكرت الفرس أوجه: ثالثها: اتباع العادة.

قلت: صحح الرافعي في «المحرر» اتباع العادة. والله أعلم.

وقال أبو الحسن العبادي في «الرقم»: لا يلزم مكري الدابة إلا تسليمها عارية، والآلات كلها على المستأجر. وقال البغوي: ما عدا السرج والإكاف والبرذعة، فعلى المؤجر. وأما هذه الثلاثة، فإن استأجر عين الدابة، فهي على المستأجر، ويضمن لو ركب بغير إكاف وسرج. وإن كانت على الذمة، فعلى المؤجر، لأنها للتمكين من الانتفاع. أما ما هو للتسهيل على الراكب، كالمحمل، والمظلة، والوطاء، والغطاء، والجل الذي يشد به المحمل على البعير، والذي يشد به أحد المحملين إلى الآخر، فعلى المستأجر، والعرف مضطرب به، وفي «المهذب» وجه في الجل الذي يشد به أحدهما إلى الآخر أنه على المستأجر، وهو شاذ بعيد، مع القطع بأن المحمل وسائر توابعه على المستأجر. وأما شد أحد المحملين إلى الآخر، فهل هو على المكري كالشد على الحمل؟ أم على المكثري لأنه إصلاح ملكه؟ وجهان:

قلت: أصحهما: الأول. وممن صححه صاحب «البيان». والله أعلم.
هذا إذا أطلقا العقد، أما إذا قال: أكريتك هذه الدابة العارية بلا حزام ولا إكاف ولا غيرهما، فلا يلزمه شيء من الآلات.

المسألة الثانية: إذا اكرت للحمل، فالوعاء الذي يُنقل فيه المحمول، على المستأجر إن وردت الإجارة على عين الدابة. وعلى المؤجر إن ورث على الذمة. والدلو والرشاء في الاستئجار للاستقاء كالوعاء في الحمل، فيفرق بين العين والذمة. وعن القاضي حسين: أنه إن كان معروفاً بالاستقاء بآلات نفسه، لزمه الإتيان بها، وهذا يجب طرده في الوعاء. ورأى الإمام في إجارة الذمة، الفرق بين أن يلتزم الغرض مطلقاً ولا يتعرض للدابة فتكون الآلات عليه، وبين أن يتعرض لها بالوصف وحينئذ يتبع العادة. فإن اضطربت، احتمل واحتمل. وإذا رأينا اتباع العادة، فاضطربت، فالأصح أنه يشترط لصحة العقد التقييد.

قلت: الأصح الذي عليه الجمهور ما سبق. والله أعلم.

فرع: مؤنة الدليل وسائق الدابة وقائدها والبذرة وحفظ المتاع في المنزل، كالوعاء.

المسألة الثالثة: الطعام المحمول ليؤكل في الطريق، كسائر المحمولات في اشتراط رؤيته أو تقديره بالوزن على الصحيح. وقيل: لا يشترط تقديره، ويحمل الأمر فيه على العادة. فعلى الصحيح: لا يشترط تقدير ما يؤكل منه كل يوم، لصحة العقد على الصحيح. وإذا قدره وحمله، فإن شرط أنه يبدله كلما نقص، أو لا يبدله، اتبع الشرط، وإلا، فإن فني بعضه أو كله بسرقة أو تلف، فله الإبدال كسائر المحمولات. وإن فني بالآكل، فإن فني كله، أبدله على الصحيح. وإن فني بعضه، أبدله على الأظهر. ويقال: الأصح. وموضع الخلاف، إذا كان يجد الطعام في المنازل المستقبلية بسعر المنزل الذي هو فيه. أما إذا لم يجده، أو وجده بأعلى، فله الإبدال قطعاً. وإذا قلنا: لا يشترط تقدير الزاد وحمل ما يعتاد لمثله، لم يبدله حتى يفنى كله، وفيه وجه ضعيف.

المسألة الرابعة: إذا اكرت للركوب في الذمة، لزم المؤجر الخروج مع الدابة لسوقها، وتعهدها، وإعانة الراكب في الركوب والنزول. وتراعى العادة في كيفية الإعانة. ففينخ البعير للمرأة، لأنه يصعب عليها النزول والركوب مع قيام البعير، وكذا إذا كان الرجل ضعيفاً لمرض أو شيخوخة، أو كان مفراط السمن، أو نضو الخلق، ينيخ له البعير، ويقرب البغل والحمار من نَشَز يسهل عليه الركوب، والاعتبار في القوة والضعف بحال الركوب، لا بحال العقد. وإذا اكرت للحمل في الذمة، لزم

المؤجر رفع الحمل وحطه وشد المحمل وحلّه. وفي شد أحد المحملين إلى الآخر وهما بعدً على الأرض، الوجهان السابقان قريباً. ويقف الدابة لينزل الراكب لما لا يتهياً عليها، كقضاء الحاجة، والوضوء، وصلاة الفرض. وإذا نزل انتظره المكري ليفرغ منها، ولا يلزمه المبالغة في التخفيف، ولا القصر ولا الجمع، وليس له الإبطاء ولا التطويل. قال الروياني: وله النزول في أول الوقت لينال فضله، ولا يقفها للنوافل والأكل والشرب، لإمكانها على الدابة. وإن ورد العقد على دابة بعينها، فالذي على المؤجر التخلية بين المستأجر وبينها، وليس عليه أن يعينه على الركوب ولا الحمل. هذا هو المذهب وقول الجمهور في نوعي الإجارة. وحكى الإمام مع هذا، ثلاثة أوجه: أحدها: أنه إن قال في إجارة الدابة: ألزمت ذمتك تبليغي موضع كذا، لزمه الإعانة. وإن قال: ألزمت ذمتك منفعة دابة صفتها كذا، لم تلزمه. والثاني: تجب الإعانة على الركوب في إجارة العين أيضاً. والثالث: تجب للحمل في نوعي الإجارة، لأطراد العادة بالإعانة على الحط والحمل وإن اضطربت في الركوب. ورفع المحمل وحطه كالحمل.

فرع: قال الشافعي رحمته الله: إذا اختلفا في الرحلة، رحل لا مكبواً ولا مستلقياً. قيل: المكبوب أن يجعل مقدّم المحمل أو الزاملة أوسع من المؤخر، والمستلقي عكسه. وقيل: المكبوب بأن يضيق المقدم والمؤخر جميعاً، والمستلقي أن يوسعهما جميعاً. وعلى التفسيرين، المكبوب أسهل على الدابة، والمستلقي أسهل على الراكب. فإن اختلفا فيهما، حملا على الوسط المعتدل، وكذا إذا اختلفا في كيفية الجلوس.

فرع: ليس للمؤجر منع الراكب من النوم في وقته. ويمنعه في غير ذلك الوقت، لأن النائم يثقل، قاله ابن كج.

فرع: قد يعتاد النزول والمشي للإراحة، فإن شرطاً أن ينزل أو لا ينزل، اتبع الشرط. قال الإمام: ويعرض في شرط النزول إشكال، لانقطاع المسابة، ويقع في كراء العقب. قال: لكن الأصحاب احتملوه للحاجة. وإن أطلقا، لم يجب النزول على المرأة والمريض. وفي الرجل القوي وجهان: لتعارض اللفظ والعادة. وهكذا حكم النزول عند العقبات الصعاب.

قلت: قال أصحابنا: وفي معنى المرأة والمريض، الشيخ العاجز. وينبغي أن يلحق بهم من كانت له وجهة ظاهرة، وشهرة يخلُ بمروءته في العادة المشي. ثم الكلام مفروض في طريق يعتاد النزول فيه لإراحة الدابة. فإن لم تكن معتادة، لم

يجب مطلقاً، ولم نصح شيئاً من الوجهين في الرجل القوي. وينبغي أن يكون الأصح وجوب النزول عند العقبات، دون الإراحة. والله أعلم.

فرع: إذا اكرت دابة إلى بلد، فبلغ عمرانه، فللمؤجر أخذ دابته، ولا يلزمه تبليغه داره. ولو اكرت إلى مكة، لم يكن له تميم الحج عليها. وإن اكرتها للحج، ركبها إلى منى ثم عرفات، ثم المزدلفة، ثم منى مكة لطواف الإفاضة. وهل يركبها إلى مكة راجعاً إلى منى للرمي والطواف؟ وجهان:

قلت: ينبغي أن يكون أحدهما: استحقاؤه ذلك، لأن الحج لم يفرغ، وإن كان قد تحلل. ومن مسائل هذا النوع لو طلب أحد المتكاريين مفارقة القافلة بالتقدم أو التأخر، لم يكن له إلا برضى صاحبه. والله أعلم.

فرع: إذا اكرت دابة بعينها، فتلفت، انفسخ العقد، وإن وجد بها عيباً، فله الخيار. والعيب، مثل أن تتعثر في المشي، أو لا تبصر في الليل، أو يكون بها عرج تتخلف به عن القافلة. ومجرد خشونة المشي، ليس بعيب. وإن كانت الإجارة على الذمة، وسلم دابة وتلفت، لم ينفسخ العقد. وإن وجد بها عيباً، لم يكن له الخيار في فسخ العقد، ولكن على المؤجر إبدالها. ثم الدابة المسلمة عن الإجارة في الذمة وإن لم ينفسخ العقد بتلفها، فإنه ثبت للمستأجر فيها حق الاختصاص، حتى يجوز له إجارتها. ولو أراد المؤجر إبدالها، فهل له ذلك دون إذن المستأجر؟ وجهان: أحدهما: عند الجمهور: المنع، لما فيها من حق المستأجر. والثاني قاله أبو محمد واختاره الغزالي: إن اعتمد باللفظ الدابة، بأن قال: أجرتك دابة صفتها كذا، لم يجز الإبدال. وإن لم يعتمدها، بل قال: التزمت إركابك دابة صفتها كذا، جاز. ويتفرع على الوجهين ما إذا أفلس المؤجر بعد تعيين عن إجارة الذمة، هل يتقدم المستأجر بمنفعتها على الغرماء؟ وقد ذكرناه في التفليس. والأصح: التقدم. ولو أراد المستأجر أن يعتاض عن حقه في إجارة الذمة، فإن كان قبل أن يتسلم دابة، لم يجز، لأنه اعتياض عن المسلم فيه. وإن كان بعد التسليم، جاز، لأن هذا الاعتياض عن حق في عين، هكذا قاله الأئمة. وفيه دليل على أن القبض يفيد تعلق حق المستأجر بالعين، فيمتنع الإبدال دون رضاه.

فصل: نذكر فيه قولاً جليلاً في إبدال متعلقات الإجارة

المنفعة المطلوبة في العقد، لها مستوفى، ومستوفى منه، ومستوفى به، فأما المستوفى وهو مستحق الاستيفاء، فله أن يبدل نفسه بغيره، كما يجوز أن يؤجر ما استأجر، فإذا استأجر دابة للركوب، فله أن يركبها مثل نفسه في الطول والقصر

والضخامة والنحافة ومن هو أخف منه. وكذلك يلبس الثوب مثله، ويسكن الدار، دون القصار والحداد، لزيادة الضرر. وكذا إذا استأجر دابة لحمل القطن، فله حمل الصوف والوبر. أو لحمل الحديد، فله حمل النحاس والرصاص. وإذا استأجر للحمل، فأراد إركاب من لا يزيد وزنه على القدر المحمول، قال المتولي: يرجع إلى أهل الصنعة. فإن قالوا: لا يتفاوت الضرر، جاز، وإن قالوا: يتفاوت، لم يجز. وكذا لو استأجر للركوب فأراد الحمل. والأصح: المنع في الطرفين، وهو مقتضى ما في «التهذيب». وأما المستوفى منه، فهو الدار والدابة المعينة، والأجير المعين، ولا يجوز إبداله كما لا يبدل المبيع. وأما المستوفى به، فهو كالثوب المعين للخياطة، والصبي المعين للإرضاع والتعليم، والأغنام المعينة للرعي. وفي إبداله وجهان: ويقال: قولان: أحدهما: المنع. وأصحهما: عند الإمام والمتولي الجواز، لأنه كالراكب. والخلاف جارٍ في انفساخ الإجارة بتلف هذه الأشياء في المدة، وميل العراقيين إلى ترجيح الإنفساخ، وقالوا: هو المنصوص. والثاني: مخرّج. وسنزيد المسألة إيضاحاً إن شاء الله تعالى في الباب الثالث. ويجري الخلاف فيما إذا لم يلتقم الصبي المعين ثديها، فعلى رأي، ينفسخ العقد، وعلى رأي، يبدل.

فصل: استئجار الثياب للبس، والبسط والزلالي للفراش، واللحف للالتحاف، جائز. وإذا استأجر ثوباً ليلبسه مدة، لم يجز أن ينام فيه بالليل. وهل له النوم فيه في وقت القيلولة؟ وجهان: أصحهما: وبه قطع الأكثرون: جوازه للعادة. لكن لو كان المستأجر القميص فوقاني، لزمه نزع بل يلزمه نزع في سائر أوقات الخلوة، وإنما تلبس ثياب التجميل في الأوقات التي جرت العادة فيها بالتجميل، كحالة الخروج إلى السوق ونحوه، ودخول الناس عليه، ولا يجوز الاتزار بما يستأجر للبس، ويجوز الارتداء به على الأصح. قال المتولي: وإذا استأجر للارتداء، لم يجز الاتزار، ويجوز التعمم.

قلت: هذا الذي ذكره الإمام الرافعي في النوم في الثوب، هو الذي أطلقه الجمهور، إلا قوله: هل يجوز النوم في وقت القيلولة؟ فإن الأكثرين قالوا: يجوز النوم فيه بالنهار من غير تقييد بالقيلولة، ولكن ضبطه الصيمري فقال: إن نام ساعة أو ساعتين، جاز، لأنه متعارف. وإن نام أكثر النهار، لم يجز. قالوا: وإذا استأجر للبس مطلقاً، فله لبسه ليلاً ونهاراً إذا كان مستيقظاً قطعاً. ولو استأجر للبس ثلاثة أيام، ولم يذكر الليالي، فالصحيح دخول الليالي. وقيل: لا تدخل، حكاه في «العدة» و«البيان». وإذا استأجر يوماً كاملاً، فوقته من طلوع الفجر إلى غروب الشمس. وإن قال: يوماً، وأطلق، قال الصيمري: كان من وقته إلى مثله من الغد.

وإن استأجر نهار يوم، قال في «البيان»: فيه وجهان حكاهما الصيمري. أحدهما: من طلوع الفجر إلى غروب الشمس. والثاني: من طلوع الشمس إلى غروبها. والله أعلم.

الطرف الثاني: في بيان حكم الإجارة في الأمانة والضمان. مال الإجارة، تارة يكون في يد المستأجر، وتارة في يد الأجير على العمل. وأما المستأجر، ففيه مسألتان:

إحدهما: يده على الدابة والدار المستأجرتين ونحوهما في مدة الإجارة يد أمانة، فلا يضمن ما تلف منها بغير تعدّد وتقصير وهل يضمن ما يتلف في يده بعد مضي المدة؟ يبنى على أنه هل على المستأجر الرد ومؤنته؟ وفيه وجهان: أحدهما: عند الغزالي: لا، وإنما عليه التخلية بين المالك وبينها إذا طلب، لأنه أمانة فأشبهه الوديعة. وأقربهما إلى كلام الشافعي رحمته الله: يلزمه الرد ومؤنته وإن لم يطلب المالك، لأنه غير مأذون في الإمساك بعد المدة، ولأنه أخذ لمنفعة نفسه، فأشبهه المستعير. قال القاضي أبو الطيب: ولو شرط عليه الرد، لزمه بلا خلاف، ومنعه ابن الصباغ وقال: من لا يوجهه عليه، ينبغي أن لا يجوز شرطه. فإن قلنا: لا يلزمه الرد، فلا ضمان. قلنا: يلزمه الرد، لزمه الضمان، إلا أن يكون الإمساك بعذر.

قلت: صحح الرافعي في «المحرر» أنه لا ضمان. والله أعلم. ويترتب على الوجهين، ضمانه أجرة المنافع التي تتلف في يده بعد المدة. فإن ألزمناه الرد، ضمّناه، وإلا، فلا.

قلت: وفي فتاوى الغزالي، القطع بأن الإجارة إذا انفسخت بسبب، لا يلزم المستأجر ضمان المنافع التالفة عنده، لأنه أمين، وهذا محمول على ما إذا علم المالك بأنها انفسخت، وإلا، فيجب أن يعلمه. وإذا لم يُعلمه، كان مقصراً ضامناً. والله أعلم.

ولو غُصبت الدابة المستأجرة مع دواب الرفقة، فذهب بعضهم في الطلب، ولم يذهب المستأجر، فإن قلنا: لا يلزمه الرد، فلا ضمان عليه. وإن ألزمناه، فإن استرد من ذهب بلا مشقة ولا غرامة، ضمن المستأجر المتخلف. وإن لحقه غرامة ومشقة، لم يضمن، قاله الشيخ أبو عاصم العبادي.

فرع: لو استأجر قدراً مدة ليطبخ فيها، ثم حملها بعد المدة ليردها، فسقط الحمار فانكسرت، قال أبو عاصم: إن كان لا يستقلُّ بحملها، فلا ضمان. وإن كان يستقل، فعليه الضمان، سواء ألزمناه الرد، أم لا، لأن العادة أن القدر لا ترد بالحمار مع استقلال المستأجر أو حمال بها.

المسألة الثانية: الدابة المستأجرة للحمل أو الركوب، إذا ربطها المستأجر ولم ينتفع بها في المدة، فالقول في استقرار الأجرة عليه، سيأتي إن شاء الله تعالى، ولا ضمان عليه لو ماتت في الإصطبل. فلو انهدم عليها فهلكت به، نظر، إن كان المعهود في مثل ذلك الوقت لو خرج بها أن يكون في الطريق، وجب عليه ضمانها. وإن كان المعهود في مثل ذلك الوقت أن يكون تحت السقف، كجنح الليل في الشتاء، فلا ضمان.

فصل: وأما المال في يد الأجير، كالثوب إذا استؤجر لخياطته أو صبغه أو قصارته، والعبد إذا استؤجر لتعليمه أو لرضاعه، والدابة إذا استؤجر لرياضتها. فإذا تلف والأجير منفرد باليد، فهو، إما أجير مشترك، وإما منفرد. والمشارك: هو الذي يتقبل العمل في ذمته، كما هو عادة الخياطين والصواغين. فإذا التزم لواحد، أمكنه أن يلتزم لغيره مثل ذلك العمل، فكأنه مشترك بين الناس. والمنفرد: هو الذي أجر نفسه مدة مقدرة لعمل، فلا يمكنه تقبل مثل ذلك العمل لغيره في تلك المدة. وقيل: المشترك: هو الذي شاركه في الرأي فقال: اعمل في أي موضع شئت. والمنفرد: هو الذي عين عليه العمل وموضعه. أما المشترك، فهل يضمن ما تلف في يده بلا تعدد ولا تقصير؟ فيه طريقان: أحدهما: قولان: أحدهما: يضمن كالمستعير والمستام. وأظهرهما: لا يضمن كعامل القراض. والثاني: لا يضمن قطعاً. وأما المنفرد، فلا يضمن على المذهب، وقطع به جماعة. أما إذا لم يكن الأجير منفرداً باليد، كما إذا قعد المستأجر عنده حتى عمل، أو حمّله إلى بيته ليعمل، فالمذهب وبه قطع الجمهور: لا ضمان، لأن المال غير مسلم إليه حقيقة، وإنما استعان به المالك، كالاستعانة بالوكيل. وعن الإصطخري والطبري، طرد القولين. وحيث ضمنا الأجير، فالواجب أقصى قيمة من القبض إلى التلف، أم قيمة يوم التلف؟ فيه وجهان:

قلت: أحدهما: الثاني. والله أعلم.

هذا كله إذا لم يتعد الأجير، فإن تعدى، وجب الضمان قطعاً، وذلك مثل أن يسرف على الخبز في الإيقاد ويلصق الخبز قبل وقته، أو يتركه في التنور فوق العادة حتى يحترق، أو ضرب على التأديب والتعليم الصبي فمات، لأن تأديبه بغير الضرب ممكن. ومتى اختلفا في التعدي ومجاوزة الحد، عملنا بقول عدلين من أهل الخبرة، فإن لم نجد هما، فالقول قول الأجير. ومتى تلف المال في يده بعد تعديده، فالواجب أقصى قيمة من وقت التعدي إلى التلف إن لم يضمن الأجير. فإن ضمناه، فأقصى قيمة من القبض إلى التلف، كذا ذكره البغوي وغيره. ويشبه أن يكون هذا جواباً على

قولنا: يضمن بأقصى قيمة من القبض إلى التلف. فأما إن قلنا: يضمن قيمة يوم التلف، فينبغي أن يجب هنا أقصى قيمة من التعدي إلى التلف.

قلت: هذا الاستدراك الذي ذكره الإمام الرافعي، متعين لا بد منه. والله أعلم.

فرع: قال الأصحاب: إذا حجه أو ختنه فتلف، إن كان المحجوم والمختون حراً، فلا ضمان، لأنه لا تثبت اليد عليه. وإن كان عبداً، نظر في انفراد الحاجم باليد وعدم انفراده، وأنه أجير مشترك، أم لا؟ وحكمه ما سبق. والمذهب: أنه لا ضمان مطلقاً إذا لم يفرط. وكذا البيطار إذا بزغ الدابة فتلفت، والراعي المنفرد كذلك، فلا ضمان عليهما على المذهب، ولو اكتراه ليحفظ متاعه في دكانه فتلف، فلا ضمان قطعاً، لأن المال في يد المالك.

فصل: إذا دفع ثوباً إلى قصار ليقصره، أو خياط ليخيطه، أو جلس بين يدي حلاق ليحلق رأسه، أو دلاك ليدلكه، ففعل، ولم يجر بينهما ذكر أجره ولا نفيها، فيه أوجه: أصحابها: وهو المنصوص: لا أجر له مطلقاً، لأنه لم يلتزم، وصار كما لو قال: أطعمني خبزاً، فأطعمه، لا ضمان عليه. والثاني: يستحق أجره المثل. والثالث: إن بدأ المعمول له فقال: افعل كذا، لزمه الأجرة. وإن بدأ العامل فقال: أعطني ثوباً لأقصره، فلا أجره. والرابع: إن كان العامل معروفاً بذلك العمل وأخذ الأجرة عليه، استحق الأجرة للعادة، وإلا، فلا. ولو دخل سفينة بغير إذن صاحبها، وسار إلى الساحل، لزمه الأجرة. وإن كان بالإذن ولم يجر ذكر الأجرة، فعلى الأوجه. وإذا لم نوجب الأجرة، فالثوب أمانة في يد القصار ونحوه. وإن أوجبناها؛ فوجوب الضمان على الخلاف في الأجير المشترك.

فرع: فيما يأخذه الحمامي أوجه: أحدها: أنه ثمن الماء، وهو متطوع بحفظ الثياب وإعارة السطل، فعلى هذا، الثياب غير مضمونة على الحمامي، والسطل مضمون على الداخل. والثاني: أنه ثمن الماء وأجرة الحمام والسطل. وأصحابها: أنه أجره الحمام والسطل والإزار وحفظ الثياب. وأما الماء، فغير مضبوط، ولا يقابل بعوض. فعلى هذا، السطل غير مضمون على الداخل، والحمامي أجير مشترك في الثياب، فلا يضمن على المذهب كسائر الأجراء، وإنما وجبت الأجرة هنا وإن لم يجر لها ذكر ولم يطرد فيه الخلاف، لأن الداخل مستوفٍ منفعة الحمام بسكونه، وهناك صاحب المنفعة صرفها.

فصل: إذا عمل الأجير، ثم تلفت العين التي عمل عليها، نظر، إن لم يكن منفرداً باليد، بل عمل في ملك المستأجر، أو في حضرته، لم تسقط أجرته. وإن كان منفرداً باليد، بأن سلم الثوب إلى قصار فقصره، ثم تلف عنده، بني على الخلاف

السابق في باب التفليس، أن القسارة عين، أم أثر؟ فإن قلنا: أثر، لم تسقط الأجرة، ثم إن ضمنا الأجير، فعليه قيمة ثوب مقصور، وإلا، فلا شيء عليه. وإن قلنا: عين، سقطت أجرته وعليه قيمة ثوب غير مقصور إن ضمنا الأجير أو وجد منه تعدد، وإلا، فلا شيء عليه. وإن أتلّف أجنبي الثوب المقصور، فإن قلنا: القسارة أثر، فللأجير الأجرة، وعلى الأجنبي القيمة. ثم المستأجر على قول تضمين الأجير، يتخير بين مطالبة الأجير والأجنبي، والقرار على الأجنبي. وإن قلنا: عين، جاء الخلاف فيما إذا أتلّف أجنبي المبيع قبل القبض. فإن قلنا: يفسخ العقد، فهو كما لو تلف، وإلا، فللمستأجر الخيار في فسخ الإجارة وإجازتها.

فإن أجاز ولم يضمن الأجير، استقرت له الأجرة، والمستأجر يغرم الأجنبي قيمة ثوب مقصور. وإن ضمنه، فالمستأجر بالخيار، إن شاء ضمن الأجنبي قيمة ثوب مقصور، وإن شاء ضمن الأجنبي قيمة القسارة، والأجير قيمة ثوب غير مقصور، ثم الأجير يرجع على الأجنبي. وإن فسخ الإجارة، فلا أجرة عليه ويغرم الأجنبي قيمة ثوب غير مقصور. وإن ضمنّا الأجير، غرّم القيمة من شاء منهما، والقرار على الأجنبي، ويغرم الأجنبي الأجير قيمة القسارة. ولو أتلّف الأجير الثوب، فإن قلنا: القسارة أثر، فله الأجرة، وعليه قيمة ثوب مقصور. وإن قلنا: عين، جاء الخلاف في أن إتلاف البائع كالألفه السماوية، أم كإتلاف الأجنبي؟ إن قلنا: كالألفه، فالحكم ما سبق. وإن قلنا: كالأجنبي، وأثبتنا للمستأجر الخيار، فإن فسخ الإجارة، سقطت الأجرة وعلى الأجير قيمة ثوب غير مقصور. وإن أجازها، استقرت الأجرة، وعليه قيمة ثوب مقصور. وصيغ الثوب بصيغ صاحب الثوب كالقصار. وإن استأجره ليصبيغ بصيغ من عنده، قال المتولي: هو جمع بين البيع والإجارة، ففيه الخلاف المعروف. وسواء صح، أم لم يصح، فإذا هلك الثوب عنده، سقطت قيمة الصبيغ. وسقوط الأجرة على ما ذكرنا في القسارة.

فرع: سلّم ثوباً إلى قصار ليقصره، فجحده ثم أتى به مقصوراً، استحق الأجرة إن قصره ثم جحد، وإن جحد ثم قصره، فوجهان: لأنه عمل لنفسه. قلت: ينبغي أن يكون أصحهما: الفرق بين أن يقصد بعمله لنفسه فلا أجرة، أو يقصد عمله عن الإجارة الواجبة فيستحق الأجرة. والله أعلم.

فصل: المستأجر يضمن بالتعدي، بأن ضرب الدابة أو كبجها فوق العادة، وعادة الضرب تختلف في حق الراكب، والرائض، والراعي، فكلّ يراعى فيه عادة أمثاله، ويحتمل في الأجير للرياضة والرعي ما لا يحتمل في المستأجر للركوب. وأما الضرب المعتاد، إذا أفضى إلى تلف، فلا يوجب ضماناً، ويخالف ضرب الزوج

زوجته، فإنه مضمن، لأنه يمكن تأديبها بغير الضرب. ولو نام بالليل في الثوب الذي استأجره، أو نقل فيه التراب، أو ألبسه عصاراً، أو دباغاً، أو غيرهما ممن هو دون حاله، أو أسكن الدار قصاراً أو حداداً أو غيرهما ممن هو أشد ضرراً منه، أو أركب الدابة أثقل منه، وجب الضمان، وقراره على الثاني إن كان عالمًا، وإلا، فعلى الأول. وإن أركبها مثله، فجاوز العادة في الضرب، فالضمان على الثاني دون الأول، لأنه لم يتعد. ولو اكترى لمئة رطل حديد، فحمل مئة من القطن أو التبن، أو بالعكس، أو مئة رطل حنطة، فحمل مئة رطل شعير أو عكسه، ضمن، لأن الشعير أخف، ومأخذه من ظهر الدابة أكثر، والحنطة يجتمع ثقلها في موضع واحد، وكذا القطن والحديد.

ولو اكترى لعشرة أقفزة حنطة، فحمل عشرة شعيراً، لم يضمن، لأن قدرهما في الحجم سواء، والشعير أخف، وبالعكس يضمن. ولو اكترى ليركب بسرج، فركب بلا شيء أو عكسه، ضمن، لأن الأول أضرب بالدابة، والثاني زيادة على المشروط. ولو اكترى ليحمل عليها بالإكاف، فحمل بالسرج، ضمن، لأنه أشق عليها، وبالعكس لا يضمن، إلا أن يكون أثقل، ولو اكترى ليركب بالسرج، فركب بالإكاف، ضمن، وبالعكس لا يضمن، إلا أن يكون أثقل، وقس على هذا أشباهه.

فرع: لو اكترى دابة لحمل مقدار سمّياه، فكان المحمول أكثر، نظر، إن كانت الزيادة بقدر ما يقع من التفاوت بين الكيلين من ذلك المبلغ، فلا عبرة بها، وإن كانت أكثر، بأن كان المشروط عشرة أصع، والمحمول أحد عشر، فللمسألة ثلاثة أحوال:

أحدها: إذا كال المستأجر الطعام، وحمله هو عليها، فعليه أجره المثل لما زاد على المشهور، وفي قول: عليه أجره المثل للجميع. وفي قول: يتخير بين المسمى وما دخل الدابة من نقص وبين أجره المثل. وفي قول: يتخير بين المسمى وأجره المثل للزيادة وبين أجره المثل للجميع. فلو تلفت البهيمة بالحمل، فإن انفراد المستأجر باليد، ولم يكن معها صاحبها، فعليه ضمانها، لأنه صار غاصباً، وإن كان معها صاحبها، فهل يلزمه كل القيمة، أم نصفها، أم قسط الزيادة من جملة القيمة؟ فيه أقوال: أظهرها: الثالث، ورجحه الإمام وغيره. وعن الشيخ أبي محمد، أن الثاني أظهر.

ولو تلفت الدابة بسبب غير الحمل، ضمن عند انفراده باليد، ولم يضمن إذا لم ينفرد. وأما إذا لم يحمل المستأجر الطعام بنفسه، ولكنه كاله وسلمه إلى المؤجر، فحمله المؤجر على البهيمة، فإن كان المؤجر جاهلاً بالحال، بأن قال له: هو عشرة كاذباً، وجب الضمان على المذهب، كما لو حمل بنفسه. وقيل: قولان، لاجتماع الغرور والمباشرة. وإن كان عالمًا بالزيادة، نظر، إن لم يقل له المستأجر شيئاً، ولكن

حملة المؤجر، فحكمه ما يأتي في الحال الثاني، لأنه حمل بغير إذن صاحبه، ولا فرق بين أن يضعه المستأجر على الأرض فيحملة المؤجر على البهيمة، وبين أن يضعه على ظهر الدابة وهي واقفة فيسيرها المؤجر. وإن قال المستأجر: احمل هذه الزيادة، فأجابه، قال المتولي: هو مستعير للبهيمة في الزيادة، فلا أجرة لها، وإذا تلفت البهيمة بالحمل، فعليه الضمان. وفي كلام الأئمة ما ينازعه في الأجرة والضمان جميعاً.

الحال الثاني: إذا كالمؤجر وحملة على البهيمة، فلا أجرة لما زاد، سواء غلط أو تعمداً، وسواء جهل المستأجر الزيادة أو علمها وسكت، لأنه لم يأذن في نقل الزيادة، فلا يجب عليه ضمان البهيمة، وله مطالبة المؤجر برد الزيادة إلى الموضع المنقول منه، وليس للمؤجر أن يردّها دون رضاه. فلو لم يعلم المستأجر حتى عاد إلى البلد المنقول منه، فله مطالبة المؤجر بردها. والأظهر أو الأصح: أن له مطالبة ببدلها في الحال، كما لو أبق المغصوب من يد الغاصب. والثاني: لا يطالبه ببدلها، لأن عين ماله باقية، وردها مقدور عليه. فإذا قلنا بالأول، فغرم البذل، فإذا ردها إلى ذلك البلد، استرد البذل وردها إليه. أما لو كالمؤجر؛ وحملة المستأجر على البهيمة، قال المتولي: إن كان المؤجر عالماً بالزيادة، فهو كما لو كالمؤجر وحملة، لأنه لما علم بالزيادة كان من حقه أن لا يحملها. وإن كان جاهلاً، فوجهان مأخوذان مما لو قدم الطعام المغصوب إلى المالك فأكله جاهلاً، هل يبرأ من الضمان؟

الحال الثالث: إذا كالمؤجر وأجنبي وحملة بلا إذن، فعليه أجرة الزيادة للمؤجر، وعليه الرد إلى الموضع المنقول منه إن طالبه المستأجر، وضمان البهيمة على ما ذكرناه في حق المستأجر. وإن تولى الحمل بعد كيل الأجنبي أحد المتكاريين، نُظر، أعالم هو، أم جاهل؟ ويقاس بما ذكرناه. هذا كله إذا اتفقا على الزيادة، وعلى أنها للمستأجر، فإن اختلفا في أصل الزيادة، أو قدرها، فالقول قول المنكر. وإن ادعى المؤجر أن الزيادة له، والدابة في يده، فالقول قوله. وإن لم يدّعهما واحد منهما، تركت في يد من هي في يده حتى يظهر مستحقها، ولا يلزم المستأجر أجرتها.

فرع: لو وجد المحمول على الدابة دون المشروط، نظر، إن كان النقص بقدر ما يقع من التفاوت بين الكيلين، فلا عبرة به، وإن كان أكثر، قال المتولي: إن كالمؤجر، حُطّ من الأجرة بقسطه إن لم يعلم المستأجر. فإن علم، فإن كانت الإجارة في الذمة، فكذلك، لأنه لم يف بالمشروط. وإن كانت إجارة عين، فالحكم كما لو كالمؤجر بنفسه ونقص، فلا يُحطّ شيء من الأجرة، لأن التمكين من الاستيفاء قد حصل، وذلك كافٍ في تقرير الأجرة.

فرع: اكرى اثنان دابة وركباها، فارتدفعها ثالث بغير إذنهما، فتلفت، ففيما يلزم المرتدفع ثلاثة أوجه: أحدها: نصف القيمة. والثاني: ثلثها. والثالث: تقسط على أوزانهم، فيلزمه حصة وزنه.

قلت: أصحها: الثاني. قال الشيخ أبو حامد وغيره: لو سخر رجلاً مع بهيمته، فتلفت البهيمة في يد صاحبها، لم يضمنها المستخر، لأنها في يد صاحبها. والله أعلم.

فصل: إذا دفع ثوباً إلى خياط ليقطعه ويخيطه، فخاطه قباءً، ثم اختلفا، فقال الخياط: أمرتني بقباء، وقال: بل أمرتك بقميص، أو سؤد الثوب بصبغ وقال: هكذا أمرتني، فقال: بل أمرتك بصبغة أحمر، ففيه خمسة طرق: أصحها: وبه قال الأكثرون: في المسألة قولان: أظهرهما عند الجمهور: أن القول قول المالك. والثاني: القول قول الخياط والصباغ.

والطريق الثاني: فيه ثلاثة أقوال: هذان، والثالث: أنهما يتحالفان.

والطريق الثالث: قولان: تصديق المالك، والتحالف.

والطريق الرابع: القطع بالتحالف، قاله أبو علي الطبري، وصاحب «التقريب»، والشيخ أبو حامد.

والطريق الخامس: عن ابن سريج، إن جرى بينهما عقد، تعين التحالف، وإلا، فالقولان الأولان. فإن قلنا: القول قول الخياط، فإذا حلف، لا أرش عليه قطعاً، ولا أجره له على الأصح. والثاني: يجب له المسمى إتماماً لتصديقه. والثالث: أجره المثل. فإذا قلنا: لا أجره له بيمينه، فله أن يدعي الأجره على المالك، ويحلفه، فإن نكل، ففي تجديد اليمين عليه وجهان:

قلت: ينبغي أن يكون أصحهما: التجديد، وهذه قضية مسأفة. والله أعلم.

وإن قلنا: القول قول المالك. فإذا حلف، فلا أجره عليه، ويلزم الخياط أرش النقص على المذهب. وقيل: فيه وجهان كما في وجوب الأجره تفرعاً على تصديق الخياط. والفرق على المذهب: أن القطع يوجب الضمان، إلا أن يكون بإذن، وهو غير موجب إلا بإذن. ثم في الأرش الواجب وجهان: أحدهما: ما بين قيمته صحيحاً ومقطوعاً. والثاني: ما بين قيمته مقطوعاً قميصاً ومقطوعاً قباءً. وعلى هذا إن لم ينقص، فلا شيء عليه. وعلى الثاني: في استحقاقه الأجره للقدر الذي يصلح للقميص من القطع، وجهان: قال ابن أبي هريرة: نعم، وبه قطع البغوي، وضعفه ابن الصباغ، لأنه لم يقطعه للقميص.

قلت: المنع أصح، ونقله صاحب «البيان» عن نص الشافعي رحمته الله. والله أعلم.

وإذا قلنا: يتحالفان، فحلفا، فلا أجرة للخياط قطعاً، ولا أرش عليه على الأظهر. وإذا أراد الخياط نزع الخيط، لم يمكن منه حيث حكمنا له بالأجرة، سواء كان الخيط للمالك أو من عنده، لأنه تابع للخياطة. وحيث قلنا: لا أجرة، فله نزع خيطه كالصبغ. وحينئذ لو أراد المالك أن يشد بخيطه خيطاً ليدخل في الدروز إذا خرج الأول، لم يكن له إلا برضى الخياط. وأما كيفية اليمين، فقال في «الشامل»: إن صدقنا الخياط، حلف بالله: ما أذنت لي في قطعه قميصاً، ولقد أذنت لي في قطعه قباءً، قال: وإن صدقنا المالك، كفاه عندي أن يحلف: ما أذنتُ له في قطعه، ولا حاجة إلى التعرض، لأن وجوب الغرم وسقوط الأجرة يقتضيهما نفي الإذن في القباء. وإن قلنا بالتحالف، جمع كل واحد في يمينه بين النفي والإثبات كما سبق في البيع. قال ابن كج: والكلام في البداء بمن؟ هو كما سبق في البيع، والمالك هنا في رتبة البائع.

قلت: وقال الشيخ أبو حامد: إذا صدقنا الخياط، حلف: لقد أذنت لي في قطعه قباءً فقط. فإن لم تثبت للخياط أجرة، فهذا أصح من قول صاحب «الشامل» لأن هذا القدر كافٍ في نفي الغرم عنه وإن أثبتناها، فقول صاحب «الشامل» هو الصواب. والله أعلم.

فرع: قال للخياط: إن كان هذا الثوب يكفيني قميصاً فاقطعه، فقطعه فلم يكفه، ضمن الأرش، لأن الإذن مشروط بما لم يوجد. وإن قال: هل يكفيني قميصاً، فقال: نعم، فقال: أقطعه، فقطعه فلم يكفه، لم يضمن، لأن الإذن مطلق.

فصل: اختلاف المتكاريين في الأجرة أو المدة أو قدر المنفعة، هل هي عشرة فراسخ، أم خمسة، أم كل الدار، أم بيت منها؟ يوجب التحالف، فإذا تحالفا، فسخ العقد، وعلى المستأجر أجرة المثل لما استوفاه.

الباب الثالث: في الطوارئ الموجبة للفسخ

فالفسخ والانفساخ، يثبت بخلل يعرض في المعقود عليه، وهو ثلاثة أقسام: إحداها: ما ينقص المنفعة. ومتى ظهر بالمستأجر نقص تتفاوت به الأجرة، فهو عيب مثبت للفسخ، وذلك كمرض العبد والدابة، وانقطاع ماء البئر وتغيره بحيث يمنع الشرب، وانكسار دعائم الدار واعوجاجها، وانهدام بعض جدرانها، لكن لو بادر المؤجر إلى الإصلاح، وكان قابلاً للإصلاح في الحال، سقط خيار المستأجر كما سبق. وسواء كان العيب سابقاً للعقد أو القبض، أو حادثاً في يد المستأجر. ثم إن ظهر العيب قبل مضي مدة لها أجرة، فإن شاء فسخ ولا شيء عليه، وإن شاء أجاز

بجميع الأجرة. وإن ظهر في أثناء المدة، فالوجه ما ذكره المتولي وهو أنه إن أراد الفسخ في جميع المدة، فهو كما لو اشترى عبيدين فتلّف أحدهما، ثم وجد بالباقي عيباً وأراد الفسخ فيهما. وإن أراد الفسخ فيما بقي من المدة، فهو كما لو أراد الفسخ في العبد الباقي وحده، وحكمهما مذكور في البيع. وأطلق الجمهور القول بأن له الفسخ، ولم يذكروا هذا التفصيل. ومتى امتنع الفسخ، فله الأرش، فيعرف أجرة مثله سليماً ومعيباً، ويعرف التفاوت بينهما. هذا كله في إجارة العين. أما إذا وجد في إجارة الذمة بالدابة المسلمة عيباً، فلا فسخ، بل يردّها ويلزم المؤجر إبدالها.

فصل: لا تنفسخ الإجارة بالأعذار، سواء كانت إجارة عين أو ذمة، وذلك كما إذا استأجر دابة للسفر عليها فمرض، أو حانوتاً لحرفة فندم أو هلكت آلات تلك الحرفة، أو حماماً فتعذر الوقود، وكذا لو كان العذر للمؤجر، بأن مرض وعجز عن الخروج مع الدابة، أو أكرى داره وأهله مسافرون، فعادوا واحتاج إلى الدار، أو تأهل، فلا فسخ في شيء منها، إذ لا خلل في المعقود عليه. ولو اكرى أرضاً للزراعة، فزرعها، فهلك الزرع بجائحة من سيل أو شدة حر أو برد أو كثرة مطر ونحوها، فليس له الفسخ ولا حط شيء من الأجرة، لأن الجائحة لحقت زرع المستأجر، لا منفعة الأرض، فصار كما لو اكرى دكاناً لبيع البز فاحترق بزّه، لا تنفسخ الإجارة. فلو فسدت الأرض بجائحة أبطلت قوة الإنبات في مدة الإجارة، انفسخت الإجارة في المدة الباقية. ثم إن كان فساد الأرض بعد فساد الزرع، فهل يسترد شيئاً من الأجرة؟ فيه احتمالان للإمام. أحدهما: عند الغزالي: المنع، لأنه لو بقيت صلاحية الأرض، لم يكن للمستأجر فيها نفع بعد فوات الزرع. والثاني وبه قطع بعض أصحاب الإمام: يسترد، لأن بقاء الأرض على صفتها مطلوب. فإذا زال، ثبت الانفساخ. وإن كان فساد الزرع بعد فساد الأرض، فأصح الاحتمالين بالاتفاق: الاسترداد.

القسم الثاني: فوات المنفعة بالكلية حساً، فمن صوره موت الدابة والأجير المعين، فإن كان قبل القبض أو عقبه قبل مضي مدة لمثلها أجرة، انفسخ العقد. وإن كان في خلال المدة، انفسخ العقد في الباقي وفي الماضي الطريقان فيما إذا اشترى عبيدين، فقبض أحدهما وتلف الثاني قبل القبض، هل ينفسخ البيع في المقبوض؟ فإن قلنا: ينفسخ في الماضي، سقط المسمى ووجب أجرة المثل لما مضى. وإن قلنا: لا ينفسخ فيه، فهل له خيار الفسخ؟ وجهان: أحدهما: عند الإمام والبغوي: لا، لأن منافعه استهلكت. والثاني: نعم، وبه قطع ابن الصباغ وآخرون، لأن جميع المعقود عليه لم يسلم. فإن قلنا: له الفسخ، ففسخ، رجع إلى أجرة المثل. وإن قلنا: لا

فسخ، أو أجاز، وجب قسط ما مضى من المسمى، والتوزيع على قيمة المنفعة وهي أجرة المثل، لا على نفس الزمان، وذلك يختلف، فربما تزيد أجرة شهر على أجرة شهرين، لكثرة الرغبات في ذلك الشهر.

وإن كانت مدة الإجارة سنة، ومضى نصفها، وأجرة المثل فيه مثلاً أجرة المثل في النصف الباقي، وجب من المسمى ثلثه. وإن كانت بالعكس، فثلثه. وإذا أثبتنا الخيار بعب، ففسخ العقد في المستقبل، ففي الانفساخ في الماضي الطريقان. فإن لم يفسخ، فطريق التوزيع ما بيّناه. وإن أجاز، فعليه الأجرة المسماة بتمامها، كما لو رضي بعب المبيع، لزمه جميع الثمن. وسواء حصل التلف بأفة سماوية، أم بفعل المستأجر، بل لو قتل العبد أو الدابة المعيّنة، كان حكم الانفساخ والأجرة ما ذكرناه، ويلزمه قيمة ما أ تلف. وعن ابن أبي هريرة: أنه تستقر عليه الأجرة المسماة بالإتلاف كما يستقر الثمن على المشتري بإتلافه. والصحيح الأول، لأن البيع ورد على العين، فإذا أ تلفها صار قابضاً، والإجارة واردة على المنافع، ومنافع الزمن المستقبل معدومة لا يتصور ورود الإتلاف عليها، وعلى هذا لو عيّب المستأجر الدار، أو جرح العبد، فهو كالتعيب بأفة سماوية في ثبوت الخيار.

فرع: نُصَّ أن انهدام الدار يقتضي الانفساخ، ونُصَّ فيما إذا اكترى أرضاً للزراعة ولها ماء: معتاد فانقطع، أن له فسخ العقد، وفيهما ثلاثة طرق. أحدها: تقرير النصين، لأن الدار لم تبق داراً، والأرض بقيت أرضاً، ولأن الأرض يمكن زراعتها بالأمطار. والثاني: القطع بعدم الانفساخ. وأصحها: قولان في المسألتين. أظهرهما: في الانهدام الانفساخ، وفي انقطاع الماء: ثبوت الخيار، وإنما يثبت الخيار إذا انقطعت الزراعة. فإن قال المؤجر: أنا أسوق إليها ماءً من موضع آخر، سقط الخيار كما لو بادر إلى إصلاح الدار. فإن قلنا بالانفساخ، فالحكم كموت العبد، وإلا، فله الفسخ في المدة الباقية. وفي الماضي الوجهان. فإن منعناه، فعليه قسط ما مضى من المسمى، وإن أجاز، لزمه المسمى كله، وقيل يحط للانهدام وانقطاع الماء ما يخصه.

فرع: لو غُصِب العبدُ المستأجرُ أو أبق، أو ندَّت الدابة، فإن كانت الإجارة في الذمة، فعلى المؤجر الإبدال. فإن امتنع، استؤجر عليه. وإن كانت إجارة عين، أو غصبت الدار المستأجرة، فللمستأجر الخيار. فإن كان ذلك في أثناء المدة، فإن اختار الفسخ، فسخ في الباقي. وفي الماضي الخلاف السابق. وإن لم يفسخ وكان قد استأجر مدة معلومة فانقضت، بني على الخلاف فيما إذا أ تلف أجنبي المبيع قبل القبض، هل يفسخ البيع، أم لا؟ إن قلنا: يفسخ، فكذلك الإجارة، ويسترد الأجرة.

وإن قلنا: لا يفسخ، فكذلك الإجارة، ويتخير بين أن يفسخ ويسترد الأجرة، وبين أن يجيز ويطالب الغاصب بأجرة المثل. والذي نص عليه الشافعي رحمته الله والأصحاب، انفساخ الإجارة وإن كان البناء المذكور يقتضي ترجيح عدم الانفساخ، لكن المذهب الانفساخ. وعلى هذا، لو عاد إلى يده وقد بقي بعض المدة، فللمستأجر أن ينتفع به في الباقي، وتسقط حصة المدة الماضية، إلا إذا قلنا: إن الانفساخ في بعض المدة يوجب الانفساخ في الباقي، فليس له الانتفاع في بقية المدة. وإن كان استأجره لعمل معلوم، فله أن يستعمله فيه متى قدر عليه. وإذا بادر المؤجر إلى الانتزاع من الغاصب، ولم تعطل منفعة على المستأجر، سقط خياره كما سبق في إصلاح الدار.

فرع: إذا أقر المؤجر بالمستأجرة للغاصب من المستأجر أو لغيره، ففي قبول إقراره في الرقبة قولان: أظهرهما: القبول. فإن قبلناه، ففي بطلان حق المستأجر من المنفعة أوجه: أصحابها: لا يبطل. والثاني: يبطل. والثالث: إن كانت العين في يد المستأجر تركت في يده إلى انقضاء المدة. وإن كانت في يد المقر له، لم تنزع منه، فإن قلنا بالبطلان، فهل يحلّف المؤجر؟ فيه الخلاف المذكور في أن المرتهن، هل يحلّف الراهن إذا أقر بالمرهون وقبلناه؟

فرع: للمؤجر مخاصمة من غصب المستأجرة أو سرقها، وليس للمستأجر المخاصمة على الأصح المنصوص كالمودع والمستعير، ويجري الوجهان في أن المرتهن هل يخاصم لأن له حقاً؟

فصل: الثوب المعين للخيطة، إذا تلف، ففي انفساخ العقد خلاف سبق. الأصح عند الإمام وجماعة: لا يفسخ، وعن العراقيين والشيخ أبي علي: أنه يفسخ لتعلقه بذلك الثوب، وبه قطع ابن الحداد، وفيما إذا اكترى دواب في الذمة لحمل خمسة أعبد معينين، فمات اثنان منهم وحمل ثلاثة، فقال: له ثلاثة أخماس الكراء وسقط خمسه، والصورة فيما إذا تساوت أوزانهم، ويشهد له نص الشافعي رحمته الله حيث قال: إذا نكحها على خياطة ثوب معين فتلف قبل الخياطة، لها مهر المثل. قال الشيخ أبو علي: والخلاف فيما إذا ألزم ذمته خياطة ثوب بعينه، أو حمل متاع بعينه، أو عبد، فإن العقد وإن كان في الذمة، فمتعلق بعين الثوب والمتاع. أما إذا استأجر دابة بعينها مدة لركوب أو حمل متاع، فهلكا، فلا يفسخ العقد، بل يجوز إبدال الراكب والمتاع بلا خلاف. فإن قلنا: لا يفسخ، فأتى بثوب مثله، فذاك. وإن لم يأت لعجزه، أو امتنع مع القدرة حتى مضت مدة إمكان العمل، ففي استقرار الأجرة وجهان:

قلت: أصحابهما: لا تستقر. والله أعلم.

فإن قلنا: تستقر، فللمستأجر فسخ العقد على الأصح، لأنه ربما لا يجد ثوباً آخر، أو لا يريد قطعه.

فرع: موت الصبي المعين للتعليم، كتلف الثوب المعين للخياطة، وكذا الصبي المعين للإرضاع إن لم يكن ولد المرضعة. فإن كان ولدها، فخلافاً مرتّب، وأولى بالانفساخ، لأن درور اللبن على ولدها أكثر من الأجنبي، فلا يمكن إقامة غيره مقامه.

فرع: لو بدأ له في قطع الثوب المعين وهو باقٍ، قال الإمام: المتجه أنه لا يجب عليه الإتيان به، لكن تستقر عليه الأجرة إذا سلم الأجير نفسه ومضى مدة إمكان العمل إن قلنا: تستقر الأجرة بتسليم الأجير نفسه وليس للأجير فسخ الإجارة، وإن قلنا: لا تستقر، فله فسخها، وليس للمستأجر الفسخ بحال، لأن الإجارة لا تنفسخ بالأعذار.

فصل: لا تنفسخ الإجارة بموت المتعاقدين، بل إن مات المستأجر، قام وارثه في استيفاء المنفعة مقامه. وإن مات المؤجر، ترك المال عند المستأجر إلى انقضاء مدة الإجارة، فإن كانت الإجارة على الذمة، فما التزمه، دين عليه. فإن كان في التركة وفاء، استؤجر منها لتوفيته، وإلا، فالوارث بالخيار، إن شاء وفاه واستحق الأجرة، وإن أعرض فللمستأجر فسخ الإجارة. ولو أوصى بداره لزيد مدة عمر زيد، فقبل الوصية، وأجرها زيد مدة، ثم مات في خلالها، انفسخت الإجارة، لانتهاء حقه بموته.

فصل: إذا أكرى جِمالاً فهرب، فتارة يهرب بها، وتارة يهرب ويتركها عند المستأجر، فإن هرب بها، نظر، فإن كانت الإجارة في الذمة، اكترى الحاكم عليه من ماله. فإن لم يجد له مالاً، اقترض عليه من بيت المال أو من المستأجر أو غيره واكترى عليه. قال في «الشامل»: ولا يجوز أن يكل أمر الاكتراء إلى المستأجر، لأنه يصير وكيلاً في حق نفسه. وإن تعذر الاكتراء عليه، فللمستأجر الفسخ كما لو انقطع المسلم فيه عند المحل. فإن فسخ، فالأجرة دين في ذمة الجمال وإن لم يفسخ، فله مطالبة الجمال - إذا عاد - بما التزمه. وإن كانت إجارة عين، فللمستأجر فسخ العقد، كما إذا نذت الدابة.

وأما إذا تركها عند المستأجر، فإن تبرع بالإنفاق عليها، فذاك، وإلا، راجع الحاكم لينفق عليها وعلى من يقوم بتعهداها من مال المؤجر إن وجده، وإلا، استقرض عليه كما ذكرنا، ثم إن وثق بالمستأجر، سلم إليه ما اقترضه لينفق عليها، وإلا، دفعه إلى من يثق به. وإذا لم يجد مالاً آخر، باع منها بقدر الحاجة لينفق عليها

من ثمنه، ولا يخرج على الخلاف في بيع المستأجرة، لأنه محل ضرورة، ويبقى في يد المستأجر إلى انتهاء المدة. ولو لم يقتض الحاكم من المستأجر، ولكن أذن له في الإنفاق ليرجع، جاز على الأظهر، كما لو اقترض منه ثم دفعه إليه. والثاني: المنع، ويجعل متبرعاً. وعلى الأول، لو اختلفا في قدر ما أنفق، فالصحيح: أن القول قول المنفق. وقيل: قول الجمال.

قلت: قال أصحابنا: إنما يقبل قول المستأجر إذا ادعى نفقة مثله في العادة. والله أعلم.

ولو أنفق المستأجر بغير إذن الحاكم مع إمكانه، لم يرجع. وإن لم يكن حاكم، فعلى ما ذكرناه في عامل المساقاة إذا هرب. قال الإمام: ولو كان هناك حاكم، وعسر إثبات الواقعة عنده، فهو كما إذا لم يكن حاكم. وإذا أثبتنا الرجوع فيما إذا أنفق بغير مراجعة الحاكم، فاختلفا في قدره، فالقول قول الجمال، لأن إنفاقه لم يستند إلى ائتمان من جهة الحاكم، قال: وفيه احتمال، لأن الشرع سلطة عليه. وإذا انقضت مدة الإجارة ولم يعد الجمال، باع الحاكم منها ما يقضي بثمنه ما اقتضه وحفظ باقيها. وإن رأى بيعها لثلا تأكل نفسها، فعل.

فصل: إذا اكرى دابة أو داراً مدة، وقبضها وأمسكها حتى مضت المدة، انتهت الإجارة واستقرت الأجرة سواء انتفع بها في المدة، أم لا، وليس له الانتفاع بعد المدة، فإن فعل، لزمه أجرة المثل مع المسمى. ولو ضُبِضَت المنفعة بالعمل دون المدة، بأن استأجر دابة ليركبها إلى بلد، أو ليحمل عليها إلى موضع معلوم، وقبضها وأمسكها عنده حتى مضت مدة يمكن فيها السير إليه، استقرت عليه الأجرة أيضاً، وسواء تخلف المستأجر لعذر أم لغيره، حتى لو تخلف لخوف الطريق أو عدم الرفقة، استقرت الأجرة عليه، لأن المنافع تلفت في يده، ولأنه يمكنه السفر عليها إلى بلد آخر واستعمالها في البلد تلك، وليس للمستأجر فسخ العقد بهذا السبب، ولا أن يلزم المؤجر استرداد الدابة إلى تيسر الخروج، هذا في إجارة العين، فإن كانت على الذمة وسلم دابة بالوصف المشروط، فمضت المدة عند المستأجر، استقرت الأجرة أيضاً، لتعين حقه بالتسليم وحصول التمكن. ولو كانت الإجارة فاسدة، استقرت فيها أجرة المثل بما يستقر به المسمى في الإجارة الصحيحة، سواء انتفع، أم لا، وسواء كانت أجرة المثل أقل من المسمى أو أكثر.

فرع: أجر الحر نفسه مدة لعمل معلوم، وسلم نفسه، فلم يستعمله المستأجر حتى مضت المدة، أو مدة يمكن فيها ذلك العمل، استقرت الأجرة على الأصح، ويجري الخلاف فيما إذا ألزم ذمة الحر عملاً، فسلم نفسه مدة إمكان ذلك العمل ولم

يستعمله، وطرد المتولي الخلاف فيما إذا التزم الحر عملاً في الذمة وسلم عبده ليستعمله فلم يستعمله، ووجهه بما يقتضي إثبات خلاف في كل إجارة على الذمة. ثم إن قلنا: لا تستقر، فلأجبر أن يرفع الأمر إلى الحاكم ليجبره على الاستعمال.

فرع: أكرى عيناً مدة، ولم يسلمها حتى مضت المدة، انفسخت الإجارة، لفوات المعقود عليه، فلو استوفى منفعة المدة، فطريقان: أحدهما: أنه كإتلاف البائع المبيع قبل القبض. والثاني: القطع بالانفساخ. ولو أمسكها بعض المدة، ثم سلمها، انفسخت الإجارة في المدة التي تلفت منافعها. وفي الباقي الخلاف فيما إذا تلف بعض المبيع قبل القبض، فإن قلنا: لا يفسخ، فللمستأجر الخيار، ولا يبدل زمان بزمان. ولو لم تكن المدة مقدرة، واستأجر دابة للركوب إلى بلد فلم يسلمها حتى مضت مدة يمكن فيها المضي إليه، فوجهان: أحدهما: تنفسخ الإجارة، وهو اختيار الإمام. وأصحهما: وبه قطع الأكثرون: لا تنفسخ، لأن هذه الإجارة متعلقة بالمنفعة لا بالزمان، ولم يتعذر استيفاؤها. فعلى هذا، قال الأصحاب: لا خيار للمستأجر، كما لا خيار للمشتري إذا امتنع البائع من تسليم المبيع مدة ثم سلمه. وشذ الغزالي فقال في «الوسيط»: له الخيار، لتأخر حقه. والمعروف، ما سبق. ولو كانت الإجارة في الذمة ولم يسلم ما تستوفى المنفعة منه حتى مضت مدة يمكن فيها تحصيل تلك المنفعة، فلا فسخ ولا انفساخ بحال، لأنه دين تأخر إيفاؤه.

القسم الثالث: فوات المنفعة شرعاً، كفواتها حساً في اقتضاء الانفساخ، لتعذر الاستيفاء، فإذا استؤجر لقلع سنٍّ وجعة، أو يد متأكلة، أو لاستيفاء قصاص في نفس أو طرف، فالإجارة صحيحة على الأصح كما سبق، فإذا زال الوجع، أو عفي عن القصاص، فقد أطلق الجمهور أن الإجارة تنفسخ، وفيه كلامان. أحدهما: أن المنفعة في هذه الإجارة مضبوطة بالعمل دون الزمان، وهو غير مأیوس منه، لاحتمال عود الوجع، فليكن زوال الوجع كغصب المستأجرة حتى يثبت خيار الفسخ دون الانفساخ. والثاني: حكى الشيخ أبو محمد وجهاً أن الإجارة لا تنفسخ، بل يستعمل الأجير في قلع مسمار أو وتد، ويراعى تداني العملين، وهذا ضعيف، والقوي ما قيل أن الحكم بالانفساخ جواب على أن المستوفى به لا يبدل، فإن جوزناه، أمره بقلع سن وجعة لغيره.

فصل: إذا أجر الوقف البطن الأول، ثم مات في أثناء المدة، فوجهان: أحدهما: تبقى الإجارة بحالها كما لو أجر ملكه فمات. وأصحهما: المنع، لأن المنافع بعد موته لغيره، ولا ولاية له عليه، ولا نيابة، ثم عبارة الجمهور بالانفساخ وعدمه، ففي وجه: يفسخ. وفي وجه: لا يفسخ، واستبعدها الصيدلاني والإمام

وطائفة، لأن الانفساخ يشعر بسبق الانعقاد، وجعلوا الخلاف في أننا هل نتبين البطلان لأننا تبينا أنه تصرف في غير ملكه؟ ثم إن أبقينا الإجارة، فحصة المدة الباقية من الأجرة تكون للبطن الثاني، فإن أتلّفها الأول، فهي دين في تركته، وليس كما لو أجر ملكه ومات في المدة، حيث تكون جميع الأجرة تركة تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه، لأن التصرف ورد على خالص ملكه، والباقي له بعد الإجارة رقبة مسلوقة المنفعة في تلك المدة، فتنقل إلى الوارث كذلك. وإن قلنا: لا تبقى الإجارة، فهل تبطل فيما مضى؟ قال ابن الصباغ: يبنى على الخلاف في تفريق الصفقة. فإن قلنا: لا تفرّق، كان للبطن الأول أجرة المثل لما مضى. أما إذا أجر الوقف متولّي، فموته لا يؤثر في الإجارة على الصحيح، لأنه ناظر للجميع. وقيل: تبطل الإجارة كما سيأتي في ولي الصبي إن شاء الله تعالى.

فرع: للولي إجارة الطفل وماله، أباً كان أو وصياً أو قيماً، إذا رأى المصلحة فيها، لكن لا يجاوز مدة بلوغه بالسن. فلو أجره مدة يبلغ في أثنائها، بأن كان ابن سبع سنين، فأجره عشر سنين، فطريقان: قال الجمهور: يبطل فيما يزيد على مدة البلوغ، وفيما لا يزيد قولاً تفريق الصفقة. والثاني: القطع بالبطلان في الجميع، وهو الأصح عند البغوي.

قلت: واختاره أيضاً ابن الصباغ. والله أعلم.

ويجوز أن يؤجره مدة لا يبلغ فيها بالسن وإن احتمل بلوغه بالاحتلام، لأن الأصل بقاء الصبا فلو اتفق في الاحتلام في أثنائها، فوجهان: أحدهما: عند صاحب «المهذب» والرويانى: بقاء الإجارة. وأصحهما: عند الإمام والمتولي: لا تبقى.

قلت: صحح الرافعي في «المحرر» الثاني. والله أعلم.

ثم التعبير عن هذا بالانفساخ أو تبين البطلان، كما ذكرنا في مسألة الوقف. وإذا قلنا: لا تبقى الإجارة، جاء فيما مضى خلاف تفريق الصفقة. وإذا قلنا: تبقى، فهل له خيار الفسخ إذا بلغ؟ وجهان: أحدهما: لا، كما لو زوجها ثم بلغت.

فرع: أجر الولي مال المجنون، فأفاق في أثناء المدة، فهو كبلوغ الصبي بالاحتلام.

فصل: لو أجر عبده ثم أعتقه، نفذ، لأن إعتاق المغصوب والآبق نافذ، فهذا أولى، ولا تنفسخ الإجارة على الصحيح، ولا خيار للعبد على الأصح، ولا يرجع على السيد بأجرة المثل للمدة الواقعة بعد العتق على الأظهر الجديد. وقيل: على الأصح. فإن قلنا: يرجع، فنفتته في تلك المدة على نفسه، لأنه مالك لمنفعة نفسه.

وإن قلنا: لا يرجع، فهل هي على سيده لإدامة حبسه؟ أم في بيت المال لأنه حرٌّ عاجز؟ وجهان: أصحهما: الثاني.

قلت: فإن قلنا: النفقة على السيد، فوجهان: أحدهما: تجب بالغه ما بلغت. وأصحهما: يجب أقل الأمرين من أجره مثله وكفايته. والله أعلم.

ولو ظهر بالعبد عيب بعد العتق، وفسخ المستأجر الإجارة، فالمنافع للعتيق إن قلنا: يرجع بمنافعه على السيد، وإلا، فهل هي له، أم للسيد؟ وجهان: قلت: الأصح: كونها للعتيق. والله أعلم.

ولو أجر عبده ومات، وأعتقه الوارث في المدة، ففي انفساخ الإجارة ما سبق. فإن قلنا: لا انفساخ، لم يرجع هنا على المعتق بشيء بلا خلاف. ولو أجر أم ولده ومات في المدة، عتقت. وفي بطلان الإجارة، الخلاف المذكور إذا أجر البطن الأول الوقف ومات، وكذا الحكم في إجارة المعلق عتقه بصفة. قال البغوي: وإنما تجوز إجارته مدة لا تتحقق الصفة فيها، فإن تحققت، فهو كإجارة الصبي مدة يتحقق بلوغه فيها.

قلت: هذا الذي قاله البغوي ظاهر إن منعنا بيع العين المستأجرة، فإن جوزناه فينبغي أن يقطع بجواز إجارته هنا، لأنه متمكن من بيعه، وإبقاء الإجارة إلى انقضاء مدتها، بخلاف مسألة الصبي، لكن قد يقال: وإن تمكن فقد لا يفعل. والله أعلم.

فرع: كتابة العبد المكرى جائزة عند ابن القطان، باطلة عند ابن كج. قلت: الثاني: أقوى. والله أعلم.

فإن جوزناها، عاد الخلاف في الخيار وفي الرجوع على السيد.

قلت: ومن مسائل الفصل، ما ذكره ابن كج، وهو خارج عن القواعد السابقة: أنه لو أكرى داراً لعبد ثم قبض العبد وأعتقه، فأنهدمت الدار، رجع على المعتق بقدر ما بقي في المدة من قيمة العبد. والله أعلم.

فصل: إذا باع العين المستأجرة، فله حالان:

الحال الأول: البيع للمستأجر، وهو صحيح قطعاً. ثم في الإجارة وجهان: أحدهما: تنفسخ، قاله ابن الحداد، ويعبر عنه بأن الإجارة والملك لا يجتمعان. وأصحهما: لا تنفسخ. فعلى الأول، يرجع المستأجر على المؤجر ببقية المدة على الأصح. وقال ابن الحداد: لا يرجع. ولو فسخ المستأجر البيع بعيب، لم يكن له الإمساك بحكم الإجارة، لأنها قد انفسخت بالشراء. ولو تلفت العين، لم يرجع على البائع بشيء، لأن الإجارة غير باقية عند التلف، وعلى الوجه الثاني الأصح، وهو أن الإجارة لا تنفسخ بالشراء، ففي صورة فسخ البيع بالعيب له الإمساك بحكم الإجارة،

ولو فسخ عقد الإجارة، رجع على البائع بأجرة بقية المدة. وفي صورة التلف تنفسخ الإجارة بالتلف، وحكمه ما سبق، وتتخرَّج على الخلاف في أن الإجارة والملك هل يجتمعان؟ مسائل:

إحداها: أوصى لزيد برقبة دار، ولعمرو بمنفعتها، وأجرها لعمرو، ففي صحة الإجارة الوجهان.

الثانية: مات المستأجر ووارثه، المؤجر ففي انفساخها الوجهان.

الثالثة: أجر المستأجر العين المستأجرة للمالك، جاز على الصحيح المنصوص، كما يجوز أن يبيعه ما اشتراه منه، ومنعه ابن سريج، لاجتماع الملك والإجارة.

الرابعة: أجر داره لابنه، ومات الأب في المدة ولا وارث له غير الابن المستأجر، وعليه ديون مستغرقة، بني أولاً على أن الوارث هل يملك التركة وهناك دين مستغرق؟ إن قلنا: لا يملك، بقيت الإجارة بحالها. وإن قلنا: يملك، وهو الصحيح، فعلى الأصح: لا تنفسخ الإجارة. وعلى قول ابن الحداد: تنفسخ، لأن الملك طراً على الإجارة. وادعى الروياني أن هذا أصح. وإذا انفسخت الإجارة، قال ابن الحداد: الابن غريم يضارب بأجرة بقية المدة للغرماء، ووافقه بعضهم، وخالفه المعتبرون، لأنه خلاف ما سبق عنه في الشراء: أنه لا يرجع، وضعفوا الفرق.

ولو مات الأب المؤجر عن ابنين، أحدهما المستأجر، فعلى الأصح: لا تنفسخ الإجارة في شيء من الدار، ويسكنها المستأجر إلى انقضاء المدة، ورقبتها بينهما بالإرث. وقال ابن الحداد: تنفسخ الإجارة في النصف الذي يملكه المستأجر، وله الرجوع بنصف أجرة ما انفسخ العقد فيه، لأن مقتضى الانفساخ في النصف الرجوع بنصف الأجرة، لكنه خلف ابنين والتركة في يدهما، والدين الذي يلحقها يتوزع، فيخص الراجع الربع، ويرجع بالربع على أخيه، فإن لم يترك الميت سوى الدار، بيع من نصيب الأخ المرجوع عليه بقدر ما ثبت به الرجوع، وهذا بعيد عند الأئمة، لأن الابن المستأجر ورث نصيبه بمنافعه، وأخوه ورث نصيبه مسلوب المنفعة، ثم قد تكون أجرة مثل الدار في تلك المدة مثلي ثمنها، فإذا رجع على الأخ بربع الأجرة، احتاج إلى بيع نصيبه، فيكون أحدهما قد فاز بجميع نصيبه، وبيع نصيب الآخر وحده في دين الميت. قال الشيخ أبو علي: ولو لم يخلف إلا الابن المستأجر، ولا دين عليه، فلا فائدة في الانفساخ، ولا أثر له، لأن الكل له، سواء أخذ بالإرث، أو أخذ مدة الإجارة بالإجارة وبعدها بالإرث، وسواء أخذ بالدين أم بالإرث.

فرع: أجر البطن الأول الوقف للبطن الثاني، ومات المؤجر في المدة، فإن قلنا: لو أجر أجنبياً بطلت الإجارة، فهنا أولى، وإلا، فوجهان: لأنه طرأ الاستحقاق في مدة الإجارة. قال الإمام: وهذا أولى بارتفاع الإجارة.

الحال الثاني: البيع لغير المستأجر، وهو صحيح على الأظهر عند الأكثرين. ويجري القولان سواء أذن المستأجر، أم لا. وإذا صححنا، لم تنفسخ الإجارة، كما لا ينفسخ النكاح ببيع المزوجة، ويترك في يد المستأجر إلى انقضاء المدة، وللمشتري فسخ البيع إن كان جاهلاً. وإن كان عالماً، فلا فسخ له، ولا أجره لتلك المدة، وكذا لو كان جاهلاً وأجاز، ذكره البغوي، ويشبه أن يكون على الخلاف في مدة بقاء الزرع إذا باع أرضاً مزروعة. ولو وجد المستأجر به عيباً، وفسخ الإجارة، أو عرض ما تنفسخ به الإجارة بمنفعة بقية المدة، لمن يكون؟ وجهان: قال ابن الحداد: للمشتري. وقال أبو زيد: للبائع، لأن المشتري لم يملك منافع تلك المدة. وبناهما المتولي على أن الرد بالعيب يرفع العقد من أصله، أم من حينه؟ إن قلنا بالأول، فهي للمشتري وكأن الإجارة لم تكن. وإن قلنا: من حينه، فللبائع، لأنه لم يوجد عند الرد ما يوجب الحق للمشتري. قال: ولو تقايلا الإجارة، فإن قلنا: الإقالة بيع، فهي للبائع. وإن قلنا: فسخ، فكذلك على الصحيح، لأنها ترفع العقد من حينها قطعاً. وإذا حصل الانفساخ، رجع المستأجر بأجرة بقية المدة على البائع. قال ابن كج: ويحتمل أن يرجع على المشتري.

فرع: القولان في صحة بيع المستأجر يجريان في هبته، وتجوز الوصية به قطعاً.

فرع: لو باع عيناً واستثنى منفعتها لنفسه سنة أو شهراً، فطريقان: أحدهما يحكى عن ابن سريج: أنه على قولي بيع المستأجر. والمذهب: القطع بطلان العقد.

فصل: في مسائل منثورة تتعلق بالبَاب الأول

إحداها: قال: ألزمتُ ذمتك نسج ثوب صفته كذا على أن تنسجه بنفسك، لم يصح العقد، لأنه غرر، فأشبه السلم في شيء معين.

الثانية: يصح استئجار الأرض بما يستأجر به الثوب والعبد من الدراهم والطعام وما تنبت الأرض وغيرها، إذا عُيِّن أو وُصِف.

الثالثة: إذا استأجر دابة ليركبها إلى بلد بعشرة دنانير، وجب نقد بلد العقد. ولو كانت الإجارة فاسدة، فالاعتبار في أجره المثل بموضع إتلاف المنفعة نقداً أو وزناً.

الرابعة: تجوز إجارة المصحف والكتب لمطالعتها والقراءة منها.

الخامسة: لا يجوز أن يستأجر بركة ليأخذ منها السمك. فلو استأجرها ليحبس فيها الماء حتى يجتمع فيها السمك، جاز على الصحيح.

السادسة: يصح من المستأجر إجارة ما استأجره بعد قبضه، سواء أجر بمثل ما استأجر، أم بأقل، أم بأكثر. وفي إجارته قبل القبض وجهان: قال ابن سريج: يجوز، والأصح: المنع. فعلى هذا، في إجارته المؤجر وجهان: كبيع المبيع للبائع قبل قبضه.

قلت: الأصح: صحة إجارته للمؤجر. والله أعلم.

السابعة: المستعير لا يكرى. فلو استعار ليكره، لم يصح على الأصح. وقيل: يجوز كما لو استعاره ليرهنه.

الثامنة: أجر ناظر المسجد حانوته الخراب، بشرط أن يعمره المستأجر بماله، ويكون ما أنفقه محسوباً من أجرته، لم تصح الإجارة، لأنه عند الإجارة غير منتفع به.

التاسعة: لا تجوز إجارة الحمام بشرط أن تكون مدة تعطله بسبب العمارة ونحوها محسوبة على المستأجر، ولا على المؤجر، لا بمعنى انحصار الإجارة في المدة في الباقي لأن المدة تصير مجهولة، ولا بمعنى استيفاء مثلها بعد المدة لأن آخر المدة يصير مجهولاً.

العاشر: استأجره لبيع له شيئاً معيناً، جاز، لأن الظاهر أنه يجد راعباً، ولشراء شيء معين لا يجوز، لأن رغبة مالكة في البيع غير مظنونة، ولشراء شيء موصوف يجوز، وبيع شيء معين لا يجوز.

الحادية عشرة: لو أراد استئجاره للخروج إلى بلد السلطان، والتظلم للمستأجر، وعرض حاله في المظالم، قال القفال في «الفتاوى»: يستأجر مدة كذا ليخرج إلى موضع كذا ويذكر حاله في المظالم ويسعى في أمره عند من يحتاج إليه، فتصح الإجارة، لأن المدة معلومة وإن كان في العمل جهالة، كما لو استأجره يوماً ليخاصم غرماء، قال: ولو بدا للمستأجر، فله أن يستعمله فيما ضرره مثل ذلك.

الثانية عشرة: حكى ابن كج عن نص الشافعي رحمته الله، أنه لا تصح إجارة الأرض حتى تُرى لا حائل دونها من زرع وغيره، وفي هذا تصريح بأن إجارة الأرض المزروعة لا تصح، توجيهاً بأن الزرع يمنع رؤيتها، وفيها معنى آخر وهو تأخر التسليم والانتفاع عن العقد، ومشابهته إجارة الزمان المستقبل، ويقرب منه ما لو أجر داراً مشحونة بطعام وغيره وكان التفريغ يستدعي مدة، ورأيت للأئمة فيما جُمع من فتاوى القفال جوابين فيه. أحدهما: أنه إن أمكن التفريغ في مدة ليس لمثلها أجرة، صح

العقد، وإلا، فلا، لأنه إجارة مدة مستقبلية. والثاني: أنه إن كان يذهب في التفرغ جميع مدة الإجارة، لم يصح. وإن كان يبقى منها شيء، صح ولزم قسطه من الأجرة إذا وجد فيه التسليم. وخرّجوا على الجوابين، ما إذا استأجر داراً ببلد آخر، فإنه لا يتأنى التسليم إلا بقطع المسافة بين البلدين، وما إذا باع جمداً وزناً وكان ينماع بعضه إلى أن يوزن.

قلت: الصحيح من الجوابين هو الأول، بل قد تقدم في الشرط الثالث من الركن الرابع من الباب الأول وجه: أنه لا تصح إجارة المشحونة بالقماش وإن أمكن تفرغها في الحال. وتقدم هناك، أن المذهب صحة إجارة الأرض المستورة بالماء للزراعة، وليس هو مخالفاً للمذكور هنا، لأن التعليل هناك بأن الماء من مصالحها مفقود هنا. والأصح عندي، فيما إذا استأجر داراً ببلد آخر، الصحة، وفي الجملة المنع، لإمكان بيعه جزافاً. والله أعلم.

الثالثة عشرة: إذا استأجر للخدمة، وذكر وقتها من الليل والنهار، وفصل أنواعها، صح. وإن أطلق، فقد حكي عن النص المنع، والمذهب الجواز، ويلزم ما جرت العادة به. وفصل القاضي أبو سعد بن أبي يوسف أنواعها فقال: يدخل في هذه الإجارة، غسل الثوب وخياطته، والخبز والعجن وإيقاد النار والتنور، وعلف الدابة وحلبها، وخدمة الزوجة، والغرس في الدار، وحمل الماء إلى الدار للشرب، وإلى المتوضئ للطهارة. وعن سهل الصعلوكي: أن علف الدابة وحلبها، وخدمة الزوجة، لا تدخل إلا بالتنصيص عليها، وينبغي أن يكون الحكم كذلك في خياطة الثوب وحمل الماء إلى الدار، ويجوز أن يختلف الحكم فيه بالعادة. وذكر بعض شراح «المفتاح» أنه ليس له إخراجه من البلدة، إلا أن يشترط عليه مسافة معلومة من كل جانب، وأن عليه المكث عنده إلى أن يفرغ من صلاة العشاء الآخرة.

قلت: المختار في هذا كله، الرجوع إلى عادة الخادم في ذلك البلد وذلك الوقت، ويختلف ذلك باختلاف مراتب المستأجرين، وباختلاف الأجراء، وفي الذكورة والأنوثة من الطرفين، وغير ذلك، فيدخل ما اقتضته العادة دون غيره. والله أعلم.

الرابعة عشرة: استأجره على القيام على ضيعة، قام عليها ليلاً ونهاراً على المعتاد.

الخامسة عشرة: استأجره للخبز، بين أنه يخبز أقراصاً، أو أرغفة غلاظاً أو رقاقاً، وأنه يخبز في تنور أو فرن، وآلات الخبز على الأجير إن كانت إجارة على الذمة، وإلا، فعلى المستأجر، وليس على الأجير إلا تسليم نفسه، والقول فيمن عليه الحطب كالحبر في حق الوراق.

السادسة عشرة: قال بعض شراح «المفتاح»: لو اكرت دابة ليركبها فرسخين، لم يجز حتى يبين شرقاً أو غرباً، فإذا بيّن فأراد العدول إلى غيرها، فللمكري منعه، لأن المعين قد يكون أسهل، أو له فيه غرض، وهذا يخالف ما سبق، فليجعل وجهاً.

فصل: في مسائل تتعلق بالباب الثاني

إحداها: استأجره لعمل مدة، يكون زمن الطهارة والصلوات - فرائضها وسننها الرواتب - مستثنى، ولا ينقص من الأجرة، وسواء فيه الجمعة وغيرها. وعن ابن سريج، جواز ترك الجمعة بهذا السبب، حكاه أبو الفضل بن عبدان. والسبوت في استئجار اليهودي مستثناة إن أطرده عرفهم، قال الغزالي في «الفتاوى».

الثانية: استأجر مرضعة لتعهد الصبي، فالدهن على أبيه، فإن جرى عرف البلد بخلافه، فوجهان:

الثالثة: استأجره لحمل حطب إلى داره وهي ضيقة الباب، هل عليه إدخاله الدار؟ فيه قولان للعرف، ولا يكلف صعود السطح به.

الرابعة: استأجره لغسل ثياب معلومة، فحملها إليه حمال، فإن شرطت أجرته على أحدهما، فذاك، وإلا، فعلى الغسال، لأنه من تمام الغسل.

الخامسة: استأجره لقطع أشجار بقرية، لم تجب عليه أجرة الذهاب والمجيء، لأنهما ليسا من العمل، ذكر هذه المسائل الأربع أبو عاصم العبادي.

السادسة: استأجر دابة ليركبها ويحمل عليها كذا رطلاً، فركب وحمل وأخذ في السير، فأراد المؤجر أن يعلق عليها مخللة أو سفرة أو نحوهما من قدام القتب أو من خلفه، أو أن يردف معه رديفاً، فللمستأجر منعه.

السابعة: استأجر دابة ليركبها إلى موضع معلوم، فركبها إليه، فعن صاحب «التقريب» أن له أن يردها إلى الموضع الذي سار منه، إلا أن ينهأ صاحبها. وقال الأكثرون: ليس له ردها، بل يسلمها إلى وكيل المالك إن كان، وإلا، فإلى الحاكم هناك. فإن لم يكن حاكم، فإلى أمين، فإن لم يجد أميناً، ردها أو استصحبها إلى حيث يذهب، كالمودع يسافر بالوديعة للضرورة. وإذا جاز له الرد، لم يجز له الركوب، بل يسوقها أو يقودها، إلا أن يكون بها جراح لا تنقاد إلا بالركوب، وبمثله لو استعار للركوب إليه. قال العبادي: له الركوب في الرد، لأن الرد لازم له، فالإذن تناوله بالعرف، والمستأجر لا ردّ عليه.

الثامنة: استأجر دابة للركوب إلى مكان، فجاوزه، لزمه المسمى للمكان، وأجرة المثل للزيادة، ويصير ضامناً من وقت المجاوزة. فإن ماتت، لزمه أقصى القيم

من حينئذ إن لم يكن معها صاحبها، ولا يبرأ عن الضمان بردها إلى ذلك الموضع. وإن كان معها صاحبها، فإن تلفت بعدما نزل وسلمها إليه، فلا ضمان عليه. وإن تلفت وهو راكب، نظر، إن تلفت بالوقوع في بئر ونحوه، ضمن جميع القيمة. وإن لم يحدث سبب ظاهر، فقليل: تلزم كل القيمة أيضاً، والأصح: لا يلزمه الكل بل النصف في قول. ومقتضى التوزيع على المسافتين في قول كما سبق، فيما إذا حمل أكثر من المشروط، لأن الظاهر حصول التلف بكثرة التعب وتعاقب السير. حتى لو قام في المقصد قدر ما يزول فيه التعب، ثم خرج بغير إذن المالك، ضمن الكل. وإذا استأجر ليركب ويعود، فلا يلزمه لما جاوز أجره المثل، لأنه يستحق قطع قدر تلك المسافة ذهاباً ورجوعاً، بناءً على أن يجوز العدول إلى مثل الطريق المعين. قلت: ولا يجوز أن يركبها بعد المجاوزة لجميع الطريق راجعاً، بل يركبها بقدر تمام مسافة الرجوع. والله أعلم.

ثم إن قدر في هذه الإجارة مدة مقامه في المقصد، فذاك، وإلا، فإن لم يزد على مدة المسافرين، انتفع بها في الرجوع. وإن زاد، حسبت الزيادة عليه. التاسعة: استأجر دابة للركوب إلى عشرة فراسخ، فقطع نصف المسافة، ثم رجع لأخذ شيء نسيه راكباً، انتهت الإجارة واستقر جميع الأجرة، لأن الطريق لا تتعين، وكذا لو أخذ الدابة وأمسكها يوماً في البيت ثم خرج، فإذا بقي بينه وبين المقصد يوم، استقرت الأجرة، ولم يجز له الركوب بعده، وكذا لو ذهب في الطريق لاستقاء ماء أو شراء شيء يميناً وشمالاً، كان محسوباً من المدة، ويترك الانتفاع إذا قرب من المقصد بقدره.

العاشرة: دفع إليه ثوباً ليقصره بأجرة، ثم استرجعه، فقال: لم أقصره بعد، فلا أرده، فقال صاحب الثوب: لا أريد أن تقصره فأرده إلي، فلم يردّ وتلف الثوب عنده، لزمه ضمانه. وإن قصره ورده، فلا أجرة له، وعلى هذا قياس الغزل عند النساج ونظائره.

قلت: صورة المسألة، إذا لم يقع عقد صحيح. والله أعلم. الحادية عشرة: استأجره ليكتب صكاً في هذا البياض، فكتبه خطأ، فعليه نقصان الكاغد، وكذا لو أمره أن يكتب بالعربية فكتب بالعجمية أو بالعكس. قلت: ولا أجرة له، ويقرب منه ما ذكره الغزالي في «الفتاوى»: أنه لو استأجره لنسخ كتاب، فغير ترتيب الأبواب، قال: إن أمكن بناء بعض المكتوب بأن كان عشرة أبواب، فكتب الباب الأول آخرًا منفصلاً، بحيث يبني عليه، استحق بقسطه من الأجرة وإلا، فلا شيء له. والله أعلم.

الثانية عشرة: استأجر دابة لحمل الحنطة من موضع كذا إلى داره يوماً إلى الليل متردداً مرات، فركبها في عوده، فعطبت الدابة، ضمن على الأصح، لأنه استأجرها للحمل لا للركوب. وقيل: لا يضمن، للعرف، ذكرهما العبادي.

الثالثة عشرة: العامل في المزارعة الصحيحة، لو ترك السقي متعمداً، ففسد الزرع، ضمن، لأنه في يده وعليه حفظه.

الرابعة عشرة: تعدى المستأجر بالحمل على الدابة، فقرّح ظهرها وهلك منه، لزمه الضمان وإن كان الهلاك بعد الرد إلى المالك.

فصل: في مسائل تتعلق بالباب الثالث

إحداها: في «المنثور» للمزني، أنه لو استأجر لخياطة ثوب، فخاطه بعضه، واحترق الثوب، استحق الأجرة لما عمل. وإن قلنا: يفسخ العقد، استحق أجرة المثل، وإلا، فقسط المسمى. ولو استأجره لحمل جرّة إلى موضع، فزلق في الطريق فانكسرت، لا شيء له من الأجرة. والفرق أن الخياطة تظهر على الثوب، فوق العمل مسلماً بظهور أثره، والحمل لا يظهر على الجرّة.

الثانية: أجر أرضاً فغرقت بسيل أو ماء نبع منها، فإن لم يتوقع الخسارة في مدة الإجارة، فهو كانهدام الدار. وإن توقع، فللمستأجر الخيار كما لو غصبت. فإن أجاز، سقط من الأجرة بقدر ما كان الماء عليها. وإن غرق نصفها وقد مضى نصف المدة، انفسخ العقد فيه. والمذهب: أنه لا يفسخ في الباقي، بل له الخيار فيه في بقية المدة. فإن فسخ وكانت أجرة المدة لا تتفاوت، فعليه نصف المسمى للمدة الماضية. وإن أجاز، فعليه ثلاثة أرباع المسمى، فالنصف للماضي، والرابع للباقي.

الثالثة: تعطل الرحي لانقطاع الماء، والحمام لخلل في الأبنية، أو لنقص الماء في بئر ونحوه، كانهدام الدار، وكذا لو استأجر قناة فانقطع ماؤها. فلو نقص، ثبت الخيار ولم يفسخ. ولو استأجر طاحونتين متقابلتين، فنقص الماء، وبقي ماء تدور به إحداهما ولم يفسخ، قال العبادي: تلزمه أجرة أكثرهما.

الرابعة: قال في «التتمة»: لو دفع غزلاً إلى نساج واستأجره لنسج ثوب طوله عشرة في عرض معلوم، فجاء بالثوب وطوله أحد عشر، لا يستحق شيئاً من الأجرة، وإن جاء به وطوله تسعة، فإن كان طول السدى عشرة، استحق من الأجرة بقدره، لأنه لو أراد أن ينسج عشرة لتمكن منه. وإن كان طوله تسعة، لم يستحق شيئاً، لمخالفته. ولو كان الغزل المدفوع إليه مسدى، استأجره كما ذكرنا، ودفع إليه من اللحمة ما يحتاج إليه، فجاء به أطول في العرض المشروط، لم يستحق للزيادة شيئاً.

وإن جاء به أقصر في العرض المشروط، استحق بقدره من الأجرة. وإن وافق في الطول، وخالف في العرض، فإن كان أنقص، نظر، إن كان ذلك لمجاوزته القدر المشروط من الصفقة، لم يستحق شيئاً من الأجرة، لأنه مفطر لمخالفته. وإن راعى المشروط في صفة الثوب رقة وصفقة، فله الأجرة، لأن الخلل والحالة هذه من السدى. وإن كان زائداً، فإن أخذ بالصفقة، لم يستحق شيئاً، وإلا، استحق الأجرة بتمامها، لأنه زاد خيراً.

الخامسة: مهما ثبت الخيار لنقص، فأجاز، ثم أراد الفسخ، فإن كان ذلك السبب بحيث لا يرجى زواله، بأن انقطع الماء، ولم يتوقع عوده، فليس له الفسخ، لأنه عيب واحد وقد رضي به. وإن كان بحيث يرجى زواله، فله الفسخ ما لم يزل، لأن الضرر يتجدد، كما لو تركت المطالبة بعد مدة الإيلاء، أو الفسخ بعد ثبوت الإعسار، فلها العود إليه. وكذا لو اشترى عبداً فأبق قبل القبض وأجاز، ثم أراد الفسخ، فله ذلك ما لم يُعَد العبد.

فصل: لو أراد المستأجر أن يستبدل عن المنفعة، فإن كانت الإجارة في الذمة، لم يجز. وإن كانت إجارة عين، قال البغوي: هو كما لو أجر العين المستأجرة للمؤجر، وفيه وجهان: أحدهما: الجواز وإن جرى بعد القبض.

فصل: لو ضمن رجل العهدة للمستأجر، ففي «الفتاوى» أنه يصح ويرجع عليه عند ظهور الاستحقاق. وعن ابن سريج: أنه لا يصح.

قلت: ومما يتعلق بكتاب الإجارة، مسائل:

إحداها: إذا توجه الحبس على الأجير، قال الغزالي في «الفتاوى»: إن أمكن العمل في الحبس، جمع بينهما. وإن تعذر، فإن كانت الإجارة على العين، قدم حق المستأجر كما يقدم حق المرتهن، ولأن العمل مقصود في نفسه، والحبس ليس مقصوداً في نفسه، ثم القاضي يستوثق عليه مدة العمل إن خاف هربه على ما يراه. وإن كانت الإجارة في الذمة، طوّل بتحصيله غيره. فإن امتنع، حبس بالحقين.

الثانية: لا يلزم المؤجر أن يدفع عن العين المستأجرة الحريق والنهب وغيرهما، وإنما عليه تسليم العين ورد الأجرة إن تعذر الاستيفاء. وأما المستأجر، فإن قدر على ذلك من غير خطر، لزمه كالمودع.

الثالثة: إذا وقعت الدار على متاع المستأجر، فلا شيء على المؤجر، ولا أجرة تخليصه.

الرابعة: استأجره لبناء درجة، فلما فرغ منها انهدمت في الحال، فهذا قد يكون

لفساد الآلة، وقد يكون لفساد العمل، والرجوع فيه إلى أهل العرف. فإن قالوا: هذه الآلة قابلة للعمل المحكم وهو المقصّر، لزمه غرامة ما تلف.

الخامسة: إذا جعل غلّة في المسجد وأغلقه، لزمه أجرته، لأنه كما يضمن المسجد بالإتلاف يضمن منفعته، ذكر هذه المسائل الخمس الغزالي في «الفتاوى»، وتقييده في المسجد بما إذا أغلقه، لا حاجة إليه، بل لو لم يغلقه، ينبغي أن تجب الأجرة، للعلة المذكورة.

السادسة: استأجر بهيمة إلى بلد لحمل متاع، ثم أراد في أثناء الطريق بيعه والرجوع، وطلب رد بعض الأجرة، فليس له شيء، لأن الإجارة عقد لازم، بل إن باعه، فله حمل مثله إلى المقصد المسمى.

السابعة: في فتاوى القاضي حسين: أنه لو أكره الإمام رجلاً على غسل ميت، فلا أجرة له، لأن غسله فرض كفاية، فإذا فعله بأمر الإمام، وقع عن الفرض، ولو أكرهه بعض الرعية، لزمه أجرة المثل، لأنه مما يستأجر عليه، هذا كلام القاضي حسين، ووافقه جماعة. قال إمام الحرمين: هذا إذا لم يكن للميت تركة، ولا في بيت المال سعة. فإن كان له تركة، فمؤنة تجهيزه في تركته، وإلا، ففي بيت المال إن اتسع، فيستحق المكره الأجرة. قال الرافعي في أوائل كتاب السير: هذا التفصيل حسن، فيحمل عليه إطلاقهم.

الثامنة: أجزت نفسها للإرضاع، هل عليها الفطر في رمضان إذا احتاج الرضيع إليه؟ فيه كلام سبق واضحاً في كتاب الصيام.

التاسعة: استأجر ابنه الذي بلغ سنّاً يعمل مثله فيه لئسقط نفقته عن نفسه عليه وينفق عليه من أجرته، جاز، كما يشتري ماله، ذكره في فتاوى القاضي حسين. والله أعلم.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الجعالة (١)

هي أن يقول: من رد عبدي الآبق، أو دابتي الضالّة، ونحو ذلك، فله كذا، وهي عقد صحيح للحاجة، وأركانها أربعة:

أحدها: الصيغة الدالة على الإذن في العمل بعوض يلتزمه، فلو رد آبقاً أو ضالة بغير إذن مالكها، فلا شيء له، سواء كان الراد معروفاً برد الضوال، أم لا. ولو قال لزيد: ردّ آبقي ولك دينار، فردّه عمرو، لم يستحق شيئاً، لأنه لم يشرط له. ولو رده عبد زيد، استحق زيد لأن يد عبده يده. ولو قال: من رده فله كذا، فردّه من لم يبلغه نداؤه، لم يستحق شيئاً، لأنه متبرع. فإن قصد التعوُّض لاعتقاده أن مثل هذا العمل لا يحبط، لم يستحق شيئاً على المذهب، ولا أثر لاعتقاده. وعن الشيخ أبي محمد، تردد فيه. ولو عين رجلاً فقال: إن رده زيد فله كذا، فردّه زيد غير عالم بإذنه، لم يستحق شيئاً. ولو أذن في الرد ولم يشرط عوضاً، فلا شيء للراد على المذهب وظاهر النص، وفيه الخلاف السابق فيمن قال: اغسل ثوبي ولم يسمّ عوضاً.

فصل: لا يشترط أن يكون الملتزم من يقع العمل في ملكه. فلو قال غير المالك: من رد عبد فلان فله كذا، استحقه الراد على القائل. ولو قال فضولي: قال فلان: من رد عبدي فله كذا، لم يستحق الراد على الفضولي شيئاً، لأنه لم يلتزم. وأما المالك، فإن كذب الفضولي عليه، فلا شيء عليه. وإن صدق، قال البغوي: يستحق عليه. وكأن هذا فيما إذا كان المخبر ممن يعتمد قوله، وإلا، فهو كما لو ردّ غير عالم بإذنه.

قلت: لو شهد الفضولي على المالك بإذنه، قال: فينبغي أن لا تقبل شهادته، لأنه متهم في ترويج قوله. وأما قول صاحب «البيان»: مقتضى المذهب قبولها، فلا يُوافق عليه. والله أعلم.

فرع: سواء في صيغة المالك قوله: من رد عبدي، وقوله: إن رده إنسان، أو إن رددته، أو ردّه ولك كذا.

(١) الجعالة: التزام عوض معلوم على عمل معين بقطع النظر عن فاعله مثل أن يقول: من وجد سيارتي المفقودة فله ألف درهم، وهكذا.

الركن الثاني: المتعاملان. فأما ملتزم الجعل، فيشترط أن يكون مطلق التصرف. وأما العامل، فيجوز أن يكون شخصاً معيناً، وجماعة، ويجوز أن لا يكون معيناً ولا معينين، وقد سبق بيانه في الركن الأول. ثم إذا لم يكن العامل معيناً، فلا يتصور قبول العقد وإن كان لم يشترط قبوله، كذا قاله الأصحاب، وهو المذهب. وقال الإمام: لا يمتنع أن يكون كالوكيل في القبول، ويشترط عند التعيين أهلية العمل في العامل.

الركن الثالث: العمل، فما لا تجوز الإجارة عليه من الأعمال لكونه مجهولاً، تجوز الجعالة عليه للحاجة، وما جازت الإجارة عليه، جازت الجعالة أيضاً على الصحيح. وقيل: لا، للاستغناء بالإجارة. ولو قال: من رد مالي فله كذا، فرده من كان في يده، نظر، إن كان في رده كلفة كالآبق، استحق الجعل. وإن لم يكن، كالدرهم والدنانير، فلا، لأن ما لا كلفة فيه لا يقابل بالعوض. ولو قال: من دلني على مالي فله كذا، فله من المال في يده، لم يستحق شيئاً، لأن ذلك واجب عليه شرعاً، فلا يأخذ عليه عوضاً. وإن كان في يد غيره، فله عليه، استحق، لأن الغالب أنه يلحقه مشقة بالبحث عنه. وما يعتبر في العمل لجواز الإجارة، يعتبر في الجعالة، سوى كونه معلوماً.

قلت: فمن ذلك أنه لو قال: من أخبرني بكذا، فأخبره به إنسان، فلا شيء له، لأنه لا يحتاج فيه إلى عمل، كذا صرح به البغوي وغيره. والله أعلم.

الركن الرابع: الجعل المشروط، وشرطه أن يكون معلوماً كالأجرة، لعدم الضرورة إلى جهالته. فإن شرط مجهولاً، بأن قال: من رد آبقي فله ثوب أو دابة، أو إن رددته فعلي أن أرضيك أو أعطيك شيئاً، فسد العقد. وإذا رد، استحق أجرة المثل، وكذا لو جعل الجعل خمراً أو خنزيراً. ولو جعل الجعل ثوباً مغصوباً، قال الإمام: يحتمل أن يكون فيه قولان كما لو جعل المغصوب صداقاً، فيرجع في قول بأجرة المثل، وفي قول بقيمة المسمى. قال: ويحتمل القطع بأجرة المثل. ولو قال: من رد عبدي فله سلبه أو ثيابه، قال المتولي: إن كانت معلومة، أو وصفها بما يفيد العلم، استحق الراد المشروط، وإلا، فأجرة المثل. ولو قال: فله نصفه أو رבעه، فقد صححه المتولي، ومنعه أبو الفرج السرخسي.

فصل: لو قال: من ردّ لي عبدي من بلد كذا فله دينار، بني على الخلاف في صحة الجعالة في العمل المعلوم، فإن صححناها، فمن رده من نصف الطريق، استحق نصف الجعل، ومن رده من ثلثه، استحق الثلث. وإن رده من مكان أبعد، لم يستحق زيادة. ولو قال: من ردّ لي عبدين فله كذا، فرد أحدهما، استحق نصف

الجعل. ولو قال: إن رددتما عبديّ فلكما كذا، فردّه أحدهما، استحق النصف، لأنه لم يلتزم له أكثر من ذلك. وإن قال: إن رددتما لي عبيدين، فرد أحدهما أحدهما، استحق الربع.

فصل: قال: من رد عبدي فله دينار، فاشترك جماعة، فالدينار مشترك بينهم. ولو قال لجماعة: إن رددتموه، فردوه، فكذاك، ويقسم بينهم على الرؤوس. ولو قال لزيد: إن رددته فلك دينار، فردّه هو وغيره، فلا شيء لذلك الغير، لأنه لم يلتزم له. وأما زيد، فإن قصد الغير معاونته إما بعوض وإما مجاناً، فله تمام الجعل، ولا شيء للغير على زيد، إلا أن يلتزم له أجرة ويستعين به. وإن قال: عملت للمالك، لم يكن لزيد جميع الدينار، بل له نصفه على الصحيح الذي قاله الأصحاب. ورأى الإمام التوزيع على العمل أرجح. ولو شاركه اثنان في الرد، فإن قصدا إعانة زيد، فله تمام الجعل، وإن قصدا العمل للمالك، فله ثلثه. وإن قصد أحدهما إعانته، والآخر العمل للمالك، فله الثلثان.

فإن قيل: هل للعامل المعين أن يوكل بالرد غيره كما يستعين به؟ وهل إذا كان النداء عاماً يجوز أن يوكل من سمعه غيره في الرد؟

قلنا: يشبه أن يكون الأول كتوكيل الوكيل، والثاني كالتوكيل بالاحتطاب والاستقاء.

قلت: ولو قال: أول من يرد أبقي فله دينار، فردّه اثنان، استحقا الدينار، وستأتي هذه المسألة إن شاء الله تعالى في آخر الطرف الثالث من الباب السادس في تعليق الطلاق. والله علم.

فرع: قال لرجل: إن رددته فلك كذا، ولآخر: إن رددته فلك كذا، ولثالث: إن رددته فلك كذا، فاشتركوا في الرد، قال الشافعي رحمته الله: لكل واحد ثلث ما جعل له، اتفقت الأجعال أم اختلفت. قال المسعودي: هذا إذا عمل كلّ منهم لنفسه. أما لو قال أحدهم: أعنت صاحبّي عملت لهما، فلا شيء له، ولكل منهما نصف ما شرط له. ولو قال اثنان: عملنا لصاحبنا، فلا شيء لهما، وله جميع المشروط. وقول الشافعي رحمته الله: لكل واحد الثلث، تصريح بالتوزيع على الرؤوس، فلو رده اثنان منهم، فلكل منهما نصف المشروط له، وإن أعان الثلاثة رابع في الرد، فلا شيء له. ثم إن قال: قصدت العمل للمالك، فلكل واحد من الثلاثة ربع المشروط له. وإن قال: أعنتهم جميعاً، فلكل واحد منهم ثلث المشروط له كما لو لم يكن معهم غيرهم. وإن قال: أعنت فلاناً، فله نصف المشروط له، ولكل واحد من

الآخرين ربع المشروط له. وعلى هذا القياس لو قال: أعنت فلاناً وفلاناً، فلكل واحد منهما ربع المشروط له وثمنه، وللثالث ربع المشروط له. ولو قال لواحد: إن رددته فلك دينار، وقال لآخر: إن رددته فلك ثوب، فردّاه، فللأول نصف دينار، وللثاني نصف أجرة المثل.

قلت: ولو قال المُعِينُ للثلاثة مثلاً في الصورة السابقة: أردت أن آخذ الجعل من المالك، لم يستحق شيئاً، وكان لكل من الثلاثة ربع المشروط له. والله أعلم.

فصل: في أحكام الجعالة

فمنها: الجواز، فلكل واحد من المالك والعامل فسخها قبل تمام العمل، فأما بعد تمام العمل، فلا أثر للفسخ، لأن الدين لزم. ثم إن اتفق الفسخ قبل الشروع في العمل، فلا شيء للعامل. وإن كان بعده، فإن فسخ العامل، فلا شيء له، لأنه امتنع باختياره ولم يحصل غرض المالك. وإن فسخ المالك، فوجهان: أحدهما: لا شيء للعامل كما لو فسخ بنفسه. والصحيح، أنه يستحق أجرة المثل لما عمل، وبهذا قطع الجمهور، وعبروا عنه بأنه ليس له الفسخ حتى يضمن للعامل أجرة مثل ما عمل. ولو عمل العامل شيئاً بعد الفسخ، لم يستحق شيئاً إن علم بالفسخ. فإن لم يعلم، بني على الخلاف في نفوذ عزل الوكيل في غيبته قبل علمه.

فرع: تنفسخ الجعالة بالموت، ولا شيء للعامل لما عمله بعد موت المالك. فلو قطع بعض المسافة، ثم مات المالك فردّه إلى وارثه، استحق من المسمى بقدر عمله في الحياة.

فرع: ومن أحكامها: جواز الزيادة والنقص في الجعل، وتغير جنسه قبل الشروع في العمل. فلو قال: من رد عبدي، فله عشرة. ثم قال: من رده فله خمسة أو بالعكس، فالاعتبار بالنداء الأخير. والمذكور فيه هو الذي يستحقه الراد، لكن لو لم يسمع الراد النداء الأخير، قال الغزالي: يحتمل أن يقال: يرجع إلى أجرة المثل. وأما بعد الشروع في العمل، ففي كلام صاحب «المهذب» وغيره تقييد جواز الزيادة والنقص بما قبل العمل، وفي كلام الغزالي قبل الفراغ. فالظاهر، أنه في أثناء العمل يؤثر في الرجوع إلى أجرة المثل، لأن النداء الأخير فسخ للأول، والفسخ في أثناء العمل يقتضي أجرة المثل.

فرع: ومن أحكامها، توقُّف استحقاق الجعل على تمام الجعل على تمام العمل. فلو سعى في طلب الأبق، فردّه فمات في باب دار المالك قبل أن يسلمه إليه، أو هرب، أو غضب، أو تركه العامل فرجع، فلا شيء للعامل، لأنه لم يرد.

قلت: ومنه لو خاط نصف الثوب فاحترق، أو تركه، أو بنى بعض الحائط فانهدم، أو تركه، فلا شيء للعامل، قاله أصحابنا. والله أعلم.

فرع: إذا رد الآبق، لم يكن له حبسه لاستيفاء الجعل، لأن الاستحقاق بالتسليم، ولا حبس قبل الاستحقاق.

فرع: قال: إن علّمت هذا الصبي، أو إن علّمتني القرآن، فلك كذا، فعلمه البعض، وامتنع من تعليم الباقي، فلا شيء له، وكذا إن كان الصبي بليداً لا يتعلّم، لأنه كمن طلب العبد فلم يجده. ولو مات الصبي في أثناء التعليم، استحق أجره ما علّمه، لوقوعه مسلماً بالتعليم، بخلاف رد الآبق، وإن منعه أبوه من التعلّم فله أجره المثل لما علّمه.

فصل: إذا جاء بآبق وطلب الجعل، فقال المالك: ما شرطتُ جعلاً، أو شرطته على عبد آخر، أو ما سعيّت في رده بل هو جاء بنفسه، فالقول قول المالك، لأن الأصل عدم الشرط وبراءته. ولو اختلفا في قدر المشروط، تحالفا، وللعامل أجره المثل. وكذا لو قال المالك: شرطته على رد عبيدين، فقال الراد: بل الذي رددته فقط.

فرع: قال: من ردّ عبيدي إلى شهر، فله كذا، قال القاضي أبو الطيب: لا يصح، لأن تقدير المدة يخلُ بمقصود العقد، فربما لا يجده فيها فيضيع عمله ولا يحصل غرض المالك، كما لا يجوز تقدير مدة القراض.

فرع: قال: بع عبيدي هذا، أو اعمل كذا، ولك عشرة دراهم، ففي بعض التصانيف أنه إن كان العمل مضبوطاً مقدّراً، فهو إجارة. وإن احتاج إلى تردد، أو كان غير مضبوط، فهو جعالة.

فرع: لم أجده مسطوراً

يدُ العامل على ما يقع في يده إلى أن يرده يدُ أمانة. فلو رفع يده عن الدابة وخلاها في مضیعة، فهو تقصير مضنّ، ونفقة العبد والدابة مدة الرد، يجوز أن تكون كما ذكرنا في مستأجر الجمال إذا هرب الجمال وخلاها عنده، ويجوز أن يقال: ذاك للضرورة، وهنا أثبت العامل يده مختاراً، فليتكلف المؤنة، ويؤيد هذا العادة.

قلت: عجب قول الإمام الرافعي في نفقة المردود: لا أعلمه مسطوراً، وأنه يحتمل أمرين، وهذا قد ذكره القاضي ابن كج في كتابه «التجريد» وهو كثير النقل عنه، فقال: إذا أنفق عليه الراد، فهو متبرع عندنا. وهذا الذي قاله، ظاهر جارٍ على

القواعد. وقول الرافعي: وخلاها في مضيعة، لا حاجة إلى التقييد بالمضيعة، فحيث خلاها، يضمن. والله أعلم.

فرع: قال: إن أخبرني بخروج زيد من البلد، فلك كذا، فأخبره، ففي «فتاوى القفال»: أنه إن كان له غرض في خروجه، استحق، وإلا، فلا، وهذا يقتضي كونه صادقاً، وينبغي أن ينظر، هل يناله تعب، أم لا؟

قلت: ومما يتعلق بالباب، وتدعو إليه الحاجة، ما ذكره القاضي حسين وغيره، وهو مما لا خلاف فيه، أنه لو كان رجلان في بادية ونحوها، فمرض أحدهما، وعجز عن السير، لزم الآخر المقام معه، إلا أن يخاف على نفسه، فله تركه. وإذا أقام، فلا أجر له. وإذا مات، أخذ هذا الرجل ماله وأوصله إلى ورثته، ولا يكون مضموناً، قال القاضي: وكذا لو غشي عليه، قال: وأما وجوب أخذ هذا المال، فإن كان أميناً، ففيه قولان كاللقطة. وعندي، أن المذهب هنا الوجوب.

ومنها: ما ذكره ابن كج، قال: إذا وجدنا عبيداً أبقوا، فالمذهب أن الحاكم يحبسهم انتظاراً لصاحبهم. فإن لم ينجى لهم صاحب، باعهم الحاكم وحفظ ثمنهم. فإذا جاء صاحبهم، فليس له غير الثمن. وإذا سرق الآبق، قُطع كغيره. والله أعلم.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب إحياء الموات (١)

إحياء الموات مستحب، وفيه ثلاثة أبواب.

الباب الأول: في رقاب الأرضين

وهي قسمان:

أحدهما: أرض بلاد الإسلام، ولها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن لا تكون معمورة في الحال، ولا من قبل، فيجوز تملكها بالإحياء، سواء أذن فيه الإمام، أم لا، ويكفي فيه إذن رسول الله ﷺ في الأحاديث المشهورة^(٢)، ويختص ذلك بالمسلمين. فلو أحيها الذمي بغير إذن الإمام، لم يملك قطعاً، ولو أحيأ بإذنه، لم يملك أيضاً على الأصح، وقال الأستاذ أبو طاهر: يملك. فإذا قلنا بالصحيح، فكان له فيها عين مال، نقلها. فإن بقي بعد النقل أثر عمارة، قال ابن كج: إن أحيأ رجل بإذن الإمام، ملكه، وإن لم يأذن، فوجهان: قلت: لعل أحصهما: الملك، إذ لا أثر لفعل الذمي. والله أعلم. ولو ترك العمارة متبرعا، تولّى الإمام أخذ غلتها وصرفها في مصالح المسلمين، ولم يجز لأحد تملكها.

فرع: للذمي الاصطياد والاحتطاب والاحتشاش في دار الإسلام، لأن ذلك

(١) الموات لغة هو ما لا روح فيه، والمراد به الأرض التي لم تعمر ولا مالك لها.

وفي الاصطلاح: هو الأرض المنفكة عن الاختصاصات وملك معصوم، فهو الأرض الخراب التي لم يجز عليها ملك لأحد، ولم يوجد فيها أثر عمارة، أو وجد فيها أثر ملك وعمارة ولم يعلم لها مالك.

(٢) كما أخرج البخاري في صحيحه برقم (٢٣٣٥) من حديث عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال: «من أعمر أرضاً ليست لأحد فهو أحق».

وأخرج الترمذي في سننه (٢٥٩/١) وابن حبان في صحيحه برقم (١١٣٩ موارد) وأحمد في المسند (٣٠٤/٣، ٣٣٨) من حديث جابر رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «من أحيأ أرضاً ميتة فهي له».

والحديث صححه العلامة الألباني في الإرواء برقم (١٥٥٠).

يخلف، ولا يتضرر به المسلمون، بخلاف الأرض، وكذا للذمي نقل التراب من موات دار الإسلام إذا لم يتضرر به المسلمون.

فرع: المستأمن كالذمي في الإحياء وفي الاحتطاب ونحوه، والحربي ممنوع من جميع ذلك.

الحال الثاني: أن تكون معمورة في الحال، فهي لمالكها، ولا مدخل فيها للإحياء.

الحال الثالث: أن لا تكون معمورة في الحال وكانت معمورة قبل، فإن عُرف مالكتها، فهي له أو لوارثه، ولا تملك بالعمارة. وإن لم يُعرف، نظر، إن كانت عمارة إسلامية، فهي لمسلم أو لذمي، وحكمها حكم الأموال الضائعة. قال الإمام: والأمر فيه إلى رأي الإمام. فإن رأى حفظه إلى أن يظهر مالكة، فعل، وإن رأى بيعه وحفظ ثمنه، فعل، وله أن يستقرضه على بيت المال. هذا هو المذهب، وفيه خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى قريباً. وإن كانت عمارة جاهلية، فقولان: ويقال: وجهان: أحدهما: لا تملك بالإحياء، لأنها ليست بموات. وأظهرهما: تملك كالركاز.

وقال ابن سريج وغيره: إن بقي أثر العمارة أو كان معموراً في جاهلية قريبة، لم تملك بالإحياء، وإن اندرست بالكلية وتقادم عهدها، مُلِكت. ثم إن البغوي وآخرين عَمَّمُوا هذا الخلاف، وفرَّعوا على المنع أنها إن أخذت بقتال فهي للغانمين، وإلا، فهي أرض للفني، وقال الإمام: موضع الخلاف إذا لم يُعلم كيفية استيلاء المسلمين عليه ودخوله تحت يدهم، فأما إن عُلم، فإن حصلت بقتال، فللغانمين، وإلا، ففيه، وحصنة الغانمين تلتحق بملك المسلم الذي لا يُعرف. وطرده جماعة الخلاف، فيما إذا كانت العمارة الإسلامية ولم يعرف مالكتها، وقالوا: هي كلقطة لا يعرف مالكتها. والجمهور فرقوا بين الجاهلية والإسلامية كما سبق.

القسم الثاني: أرض بلاد الكفار، ولها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تكون معمورة، فلا مدخل للإحياء فيها، بل هي كسائر أموالهم. فإذا استولينا عليها بقتال أو غيره، لم يخف حكمه.

الحال الثاني: أن لا تكون معمورة في الحال ولا من قبل، فيتملكها الكفار بالإحياء. وأما المسلمون، فينظر، إن كان مواتاً لا يذبون المسلمين عنه، فلهم تملكه بالإحياء، ولا يملك بالإستيلاء، لأنه غير مملوك لهم حتى يملك عليهم. وإن ذبوا عنه المسلمون، لم يملك بالإحياء كالمعمور من بلادهم. فإن استولينا عليه، ففيه أوجه: أصحها: أنه يفيد اختصاصاً كاختصاص المتحجر، لأن الاستيلاء أبلغ منه.

وعلى هذا فسيأتي إن شاء الله تعالى خلاف في أن التحجر هل يفيد جواز البيع؟ إن قلنا: نعم، فهو غنيمة كالمعمور. وإن قلنا: لا، وهو الأصح، فالغانمون أحق بإحياء أربعة أخماسه، وأهل الخمس أحق بإحياء خمسه. فإن أعرض الغانمون عن إحيائه، فأهل الخمس أحق به. ولو أعرض بعض الغانمين، فالباقون أحق. وإن تركه الغانمون وأهل الخمس جميعاً، ملكه من أحياء من المسلمين.

قلت: في تصور إعراض اليتامى والمساكين وابن السبيل، إشكال، فيصور في اليتامى أن أولياءهم لم يروا لهم حظاً في الإحياء، ونحوه في الباقيين. والله أعلم. والوجه الثاني: أنهم يملكونه بالاستيلاء كالمعمور.

والوجه الثالث: لا يفيد ملكاً ولا اختصاصاً، بل هو كموات دار الإسلام، من أحياء ملكه.

الحال الثالث: أن لا تكون معمورة في الحال وكانت معمورة، فإن عُرف مالكةا، فكالمعمورة، وإلا، ففيه طريقة الخلاف وطريقة ابن سريج السابقتان في القسم الأول.

فرع: إذا فتحنا بلدة صلحاً على أن تكون لنا ويسكنوا بجزية، فالمعمور منها فيء، ومواتها الذي كانوا يذبّون عنه، هل يكون متحجراً لأهل الفيء؟ وجهان: أصحهما: نعم. فعلى هذا، هو فيء في الحال، أم يُحبّسه الإمام لهم؟ وجهان: أصحهما: الثاني، وإن صالحناهم على أن تكون البلدة لهم، فالمعمور لهم، والموات يختصون بإحيائه تبعاً للمعمور، وعن القاضي أبي حامد وصاحب «التقريب»: أنه إنما يجب علينا الامتناع عن مواتها إذا شرطناه في الصلح، والأول أصح.

فرع: قال البغوي: البيع التي للنصارى في دار الإسلام، لا تملك عليهم. فإن فُتوا، فهو كما لو مات ذمي ولا وارث له، فتكون فيئاً.

فرع: حريم المعمور لا يملك بالإحياء، لأن مالك المعمور يستحق مرافقة، وهل نقول: إنه يملك تلك المواضع؟ وجهان: أحدهما: لا، لأن الملك بالإحياء ولم يحيها، وأصحهما: نعم، كما يملك عرصة الدار ببناء الدار، ولأن الإحياء تارة يكون بجعله معموراً، وتارة بجعله تبعاً للمعمور. ولو باع حريم ملكه دون الملك، لم يصح، قاله أبو عاصم، كما لو باع شرب الأرض وحده. قال: ولو حفر اثنان بئراً على أن يكون نفس البئر لأحدهما وحريمها للآخر، لم يصح وكان الحريم لصاحب البئر، وللآخر أجرة عمله.

فرع: في بيان الحريم

وهو المواضع القريبة التي يحتاج إليها لتمام الانتفاع، كالطريق ومسيل الماء ونحوهما، وفيه صور:

إحداها: ذكرنا في الحال الثالث: إذا صالحنا الكفار على بلدة، لم يجز إحياء مواتها الذي يذبون عنه على الأصح، فهو من حريم تلك البلدة ومرافقها.

الثانية: حريم القرى المحيية: ما حولها من مجتمع أهل النادي، ومرتكض الخيل، ومُناخ الإبل، ومُطَرَح الرماد والسماد، وسائر ما يُعدُّ من مرافقها. وأما مرعى البهائم، فقال الإمام: إن بعد عن القرية، لم يكن من حريمها. وإن قرب ولم يستقل مرعى، ولكن كانت البهائم ترعى فيه عند الخوف من الإبعاد، فعن الشيخ أبي علي، خلاف فيه، والأصح عند الإمام: أنه ليس بحريم. وأما ما يستقل مرعى وهو قريب، فينبغي أن يقطع بأنه حريم. وقال البغوي: مرعى البهائم حريم للقرية مطلقاً.

فرع: المحتطب كالمرعى.

الثالثة: حريم الدار في الموات: مطرح التراب والرماد والكناسات والثلج، والممر في الصوب الذي فُتح إليه الباب، وليس المراد منه استحقاق الممر في قبالة الباب على امتداد الموات، بل يجوز لغيره إحياء ما في قبالة الباب إذا أبقى الممر له، فإن احتاج إلى انعطاف وازورار، فعل.

فرع: عدَّ جماعة منهم ابن كج فناء الدار من حريمها. وقال ابن الصباغ: عندي أن حيطان الدار لا فناء لها ولا حريم. فلو أراد محي أن يبني بجنبها، لم يلزمه أن يبعد عن فئائها، لكن يمنع مما يضر الحيطان كحفر بئر بقربها.

الرابعة: البئر المحفورة في الموات، حريمها الموضع الذي يقف فيه النازح، وموضع الدولاب ومتردد البهيمة إن كان الاستقاء بهما، ومصب الماء، والموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية والزرع من حوض ونحوه، والموضع الذي يطرح فيه ما يخرج منه، وكل ذلك غير محدود، وإنما هو بحسب الحاجة، كذا قاله الشافعي والأصحاب رحمهم الله. وفي وجه: حريم البئر: قدر عمقها من كل جانب، ولم ير الشافعي رحمته الله التحديد، وحمل اختلاف روايات الحديث في التحديد، على اختلاف القدر المحتاج إليه. وبهذا يقاس حريم النهر المحفور في الموات. وأما القناة فأبأرها لا يستقى منها حتى يعتبر به الحريم، فحريمها: القدر الذي لو حفر فيه لنقص ماؤها، أو خيف منه انهيار وانكباس، ويختلف ذلك بصلافة الأرض ورخاوتها. وفي وجه: أن حريمها حريم البئر التي يستقى منها، ولا يُمنع من الحفر إذا جاوزه وإن نقص الماء، وبهذا الوجه قطع الشيخ أبو حامد ومن تابعه. والقائلون به، قالوا: لو جاء

آخر وتنحى عن المواضع المعدودة حريماً، وحفر بئراً ينقص ماء الأول، لم يمنع منه، وهو خارج عن حريم البئر. والأصح: أنه ليس لغيره الحفر حيث ينقص ماءها، كما ليس لغيره التصرف قريباً من بنائه بما يضر به، بخلاف ما إذا حفر بئراً في ملكه، فحفر جاره بئراً في ملكه فنقص ماء الأول، فإنه يجوز. قال ابن الصباغ: والفرق أن الحفر في الموات ابتداء تملك، فلا يمكّن منه إذا تضرر الغير، وهنا كل واحد متصرف في ملكه. وعلى هذا، فذلك الموضع داخل في حريم البئر أيضاً. واعلم أن ما حكمنا بكونه حريماً، فذلك إذا انتهى الموات إليه. فإن كان هناك ملك قبل تمام حدّ الحريم، فالحریم إلى حيث ينتهي الموات.

فرع: كل ما ذكرناه في حريم الأملاك، مفروض فيما إذا كان الملك محفوفاً بالموات، أو متاخماً له من بعض الجوانب. فأما الدار الملاصقة للدار، فلا حريم لها، لأن الأملاك متعارضة، وليس جعل موضع حريماً لدار، أولى من جعله حريماً لآخرى، وكل واحد من الأملاك يتصرف في ملكه على العادة، ولا ضمان عليه إن أفضى إلى تلف. فإن تعدى، ضمن. والقول في تصرف المالكين المتجاوزين بما يجوز وما لا يجوز، وبماذا يتعلق الضمان، منه ما سبق في كتاب الصلح، ومنه ما سيأتي إن شاء الله تعالى في خلال الديات.

فرع: لو اتخذ داره المحفوفة بالمساكن حماماً، أو إصطبلًا، أو طاحونة، أو حانوته في صف العطارين حانوت حداد أو قصار على خلاف العادة، ففيه وجهان: أحدهما: يُمنع، للإضرار. وأصحهما: الجواز، لأنه متصرف في خالص ملكه، وفي منعه إضرار به. وهذا إذا احتاط وأحكم الجدران بحيث يليق بما يقصده، فإن فعل ما الغالب فيه ظهور الخلل في حيطان الجار، فالأصح: المنع، وذلك مثل أن يدق الشيء في داره دقاً عنيفاً تتزعزع منه الحيطان، أو حبس الماء في ملكه بحيث تنتشر منه الندادة إلى حيطان الجار. ولو اتخذ داره مدبغة، أو حانوته مخبزة حيث لا يُعتاد، فإن قلنا: لا يُمنع في الصورة السابقة، فهنا أولى، وإلا ففيه تردد للشيخ أبي محمد. واختار الروياني في كل هذا، أن يجتهد الحاكم فيها، ويمنع إن ظهر له التعنت وقصد الفساد. قال: وكذلك القول في إطالة البناء ومنع الشمس والقمر.

فرع: لو حفر في ملكه بئر بالوعة وفسد بها ماء بئر جاره، فهو مكروه، لكن لا يُمنع منه، ولا ضمان عليه بسببه على الصحيح، وخالف فيه القفال.

فرع: لا يُمنع من إحياء ما وراء الحريم، قُرب، أم بعد، وسواء أحياء أهل العمران، أم غيرهم.

فرع: موات الحرم يملك بالإحياء، كما أن معموره يملك بالبيع والهبة. وهل

تُملك أرض عرفات بالإحياء كسائر البقاع، أم لا، لتعلق حق الوقوف بها؟ وجهان: إن قلنا: تُملك، ففي بقاء حق الوقوف فيما ملك وجهان: إن قلنا: يبقى، فذاك مع اتساع الباقي، أم بشرط ضيقه على الحجيج؟ وجهان: واختار الغزالي، الفرق بين أن يضيق الموقف فيمنع، أو، لا، فلا. والأصح: المنع مطلقاً، وهو أشبه بالمذهب، وبه قطع المتولي، وشبهها بما تعلق به حق المسلمين عموماً وخصوصاً، كالمساجد والطرق والرباطات، ومصلّى العيد خارج البلد.

قلت: وينبغي أن يكون الحكم في أرض منى ومزدلفة، كعرفات، لوجود المعنى. والله أعلم.

فصل: الشارع في إحياء الموات متحجّر ما لم يتمّه، وكذا إذا أعلم عليه علامة للعمارة، من نصب أحجار، أو غرز خشبات، أو قصبات، أو جمع تراب، أو خطّ خطوط، وذلك لا يفيد الملك، بل يجعله أحق به من غيره. وحكى ابن القطان وجهاً: أنه يملك به، وهو شاذ ضعيف، والتفريع على الصحيح.

قلت: قال أصحابنا: إذا مات المتحجّر، انتقل حقه إلى ورثته. ولو نقله إلى غيره، صار الثاني أحق به. والله أعلم.

وينبغي للمتحجّر أن لا يزيد على قدر كفايته، وأن لا يتحجّر ما لا يمكنه القيام بعمارته. فإن خالف، قال المتولي: فلغيره أن يحيي ما زاد على كفايته، وما زاد على ما يمكنه بعمارته. وقال غيره: لا يصح تحجره أصلاً، لأن ذلك القدر غير متعين.

قلت: قول المتولي أقوى. والله أعلم.

وينبغي أن يشتغل بالعمارة عقيب التحجّر. فإن طالت المدة ولم يحي، قال له السلطان: أحي أو ارفع يدك عنه. فإن ذكر عذراً واستمهله، أمهله مدة قريبة يستعد فيها للعمارة. والنظر في تقديرها إلى رأي السلطان، ولا تتقدر بثلاثة أيام على الأصح، فإذا مضت ولم يشتغل بالعمارة، بطل حقه. وليس لطول المدة الواقعة بعد التحجر حدّ معين، وإنما الرجوع فيه إلى العادة. قال الإمام: وحق المتحجر يبطل بطول الزمان وتركه العمارة وإن لم يرفع الأمر إلى السلطان ولم يخاطبه بشيء، لأن التحجر ذريعة إلى العمارة، وهي لا تؤخّر عن التحجر إلا بقدر تهئية أسبابها، ولهذا لا يصح تحجر من لا يقدر على تهئية الأسباب، كمن يتحجر ليعمر في السنة القابلة، وكفقير يتحجر ليعمر إذا قدر، فوجب إذا أخر وطال أن يعود مواتاً كما كان، هذا كلام الإمام. وحكى الشيخ أبو حامد مثله عن أبي إسحاق، ثم قال: عندي أنه لا يبطل إلا بالرفع إلى السلطان ومخاطبته.

فرع: لو بادر أجنبي قبل أن يبطل حق المتحجر، فأحيا ما تحجره، ملكه

المحيي على الأصح المنصوص، لأنه حقق سبب الملك وإن كان ظالماً، كما لو دخل في سوم أخيه واشترى.

والثاني: لا يملك، لئلا يبطل حق غيره.

والثالث: أنه إن انضم إلى التحجر إقطاع السلطان، لم يملك المحيي، وإلا، فيملك.

والرابع: إن أخذ المتحجر في العمارة، لم يملك المبادر، وإلا، فيملك. وشبهوا المسألة بالخلاف فيما إذا عشن الطائر في ملكه وأخذ الفرخ غيره، هل يملكه؟

قلت: والأصح أيضاً أنه يملكه. وكذا لو توخّل ظيبي في أرضه، أو وقع الثلج فيها، ونحو ذلك، وقد سبقت مسائل تتعلق بهذا في كتاب الصيد. والله أعلم.

فرع: لو باع المتحجر ما تحجره، وقلنا بالصحيح: إنه لا يملك، لم يصح بيعه عند الجمهور. وقال أبو إسحاق وغيره: يصح، وكأنه يبيع حق الاختصاص. وعلى هذا لو باع فأحياه في يد المشتري رجل، وقلنا: يملك، فهل يسقط الثمن، أم لا، لحصول التلف بعد القبض؟ وجهان.

قلت: أصحهما: الثاني. وإذا قلنا: لا يصح البيع، فأحياه المشتري قبل الحكم بفسخ البيع، فهل يكون له، أم للبائع؟ فيه وجهان حكاهما الشاشي، والصحيح: الأول. والله أعلم.

فرع: لإقطاع الإمام مدخل في الموات، وفائدته مصير المُقْطَع أحق بأحيائه كالمتحجر. وإذا طالت المدة، أو أحياه غيره، فالحكم كما سبق في المتحجر، ولا يُقْطَع إلا لمن يقدر على الإحياء، وبقدر ما يقدر عليه.

فصل: في بيان الإحياء

قال الأصحاب: المعتبر ما يعدُّ إحياءً في العرف، ويختلف باختلاف يقصد به. وتفصيله بمسائل:

إحداها: إذا أراد المسكن، اشترط التحويط بالآجر أو اللبن أو الطين أو القصب أو الخشب بحسب العادة، ويشترط أيضاً تسقيف البعض ونصب الباب على الصحيح فيهما.

المسألة الثانية: إذا أراد زريبة للدواب، أو حضيرة يجفف فيها الثمار أو يجمع فيها الحطب أو الحشيش، اشترط التحويط، ولا يكفي نصب سعف وأحجار من غير بناء، لأن الممتلك لا يقتصر على مثله في العادة، وإنما يفعل المجتاز. ولو حوط

البناء في طرف، واقتصر للباقي على نصب الأحجار والسعف، حكى الإمام عن القاضي، أنه يكفي، وعن شيخه: المنع. ولا يشترط التسقيف هنا. وفي تعليق الباب، الخلاف السابق.

المسألة الثالثة: إذا أراد مزرعة، اشترط أمور إذا أراد:

أحدها: جمع التراب حواليه لينفصل المحيا عن غيره. وفي معناه: نصب قصب وحجر وشوك، ولا حاجة إلى التحويط. وقال الشيخ أبو حامد: عندي إذا صارت الأرض مزرعة بماء سيق إليها، فقد تم الإحياء وإن لم يجمع التراب حولها.

الثاني: تسوية الأرض بطم المنخفض وكسح المستعلي وحرثها وتلين ترابها، فإن لم يتيسر ذلك إلا بماء يساق إليها، فلا بد منه لتتهيأ للزراعة.

الثالث: ترتيب ماء لها بشق ساقية من نهر، أو بحفر بئر أو قناة وسقيها، هل يشترط ذلك؟ أطلق جماعة اشتراطه، والأصح ما ذكره ابن كج وغيره: أن الأرض إن كانت بحيث يكفي لزراعتها ماء السماء، لم يشترط السقي وترتيب ماء على الصحيح. وإن كانت تحتاج إلى ماء يساق إليها، اشترط تهيئة ماء من عين أو بئر أو غيرهما. وإذا هيأه، نظر، إن حفر له الطريق ولم يبق إلا إجراء الماء، كفى، ولم يشترط الإجراء، ولا سقي الأرض. وإن لم يحفر بعد، فوجهان: وأما أرض الجبال التي لا يمكن سوق الماء إليها ولا يصيبها إلا ماء السماء، فمال صاحب «التقريب» إلى أنه لا مدخل للإحياء فيها، وبه قال الفقهاء وبني عليه: أمّا إذا وجدنا شيئاً من تلك الأرض في يد إنسان، لم نحكم بأنه ملكه، ولا نجوز بيعه وإجارته. ومن الأصحاب من قال: يملك بالحرث وجمع التراب على الأطراف، واختاره القاضي حسين. ولا تشترط الزراعة، لحصول الملك في المزرعة على الأصح، لأنها استيفاء منفعة وهو خارج عن الإحياء، وكما لا يشترط في الدار أن يسكنها.

المسألة الرابعة: إذا أراد بستاناً أو كرمًا، فلا بد من التحويط، والرجوع فيما يحوط به إلى العادة، قاله ابن كج. وقال: فإن كانت عادة البلد بناء جدار، اشترط البناء. وإن كان عادتهم التحويط بالقصب والشوك وربما تركوه أيضاً كما في البصرة وقزوين، اعتبرت عادتهم، وحينئذٍ يكفي جمع التراب حواليه كالمزرعة. والقول في سوق الماء إليه كما سبق في المزرعة. ويعتبر غرس الأشجار على المذهب، وبه قطع الجمهور. وقيل: لا يعتبر إذا لم يعتبر الزرع في المزرعة. والفرق على المذهب، أن اسم المزرعة يقع على الأرض قبل الزرع، بخلاف البستان قبل الغرس، ولأن الغرس يدوم فالحق بأبنية الدار، بخلاف الزرع.

فرع: طرق الأصحاب متفقة على أن الإحياء يختلف باختلاف ما يقصده المحيي من مسكن وحظيرة وغيرهما. وذكر الإمام شيثين:

أحدهما: أن القصد إلى الإحياء هل يعتبر لحصول الملك؟ فقال: ما لا يفعله في العادة إلا المتملك كبناء الدار واتخاذ البستان، يفيد الملك وإن لم يوجد قصد. وما يفعله المتملك وغيره، كحفر البئر في الموات، وكزراعة قطعة من الموات اعتماداً على ماء السماء، إن انضم إليه قصد، أفاد الملك، وإلا، فوجهان: وما لا يكتفي به المتملك، كتسوية موضع النزول، وتنقيته عن الحجارة، لا يفيد الملك. وإن قصده شبه ذلك بالاصطياد بنصب الأحبولة في مدارج الصيد يفيد ملك الصيد. وإغلاق الباب إذا دخل الصيد الدار على قصد التملك، يفيد الملك. ودونه وجهان: وتوحد الصيد في أرضه التي سقاها، لا يفيد الملك وإن قصده.

الشيء الثاني: إذا قصد نوعاً وأتى بما يُقصد به نوع آخر، أفاد الملك، حتى إذا حوَّط البقعة يملكها وإن قصد المسكن، لأنه مما يملك به الزرية لو قصدها. قال الإمام الرافعي رحمه الله تعالى: أما الكلام الأول، فمقبول لا يلزم منه مخالفة الأصحاب، بل إن قصد شيئاً اعتبرنا في كل مقصود ما فضّلوه، وإلا، نظرنا فيما أتى به وحكمنا بما ذكره. وأما الثاني، فمخالفته لما ذكره الأصحاب صريحة، لما فيه من الاكتفاء بأدنى العمارات أبداً.

فرع: إذا حفر بئراً في الموات للتملك، لم يحصل الإحياء ما لم يصل إلى الماء. وإذا وصل، كفى إن كانت الأرض صلبة، وإلا، فيشترط أن تطوى. وقال الإمام: لا حاجة إليه. وفي حفر القناة، يتم الإحياء بخروج الماء وجريانه. ولو حفر نهراً ليجري الماء فيه على قصد التملك، فإذا انتهى رأس النهر الذي يحفره إلى النهر القديم، وجرى الماء فيه، ملكه، كذا قاله البغوي وغيره. وفي «التتمة»: أن الملك لا يتوقف على إجراء الماء فيه، لأنه استيفاء منفعة كالسكون في الدار. قلت: هذا الثاني، أقوى. والله أعلم.

فصل: في الحمى

هو أن يحمي بقعة من الموات لمواشٍ بعينها، ويمنع سائر الناس الرعي فيها، وكان لرسول الله ﷺ أن يحمي لخاصة نفسه، ولكنه لم يفعله ﷺ، وإنما حمى النقيع لا بل الصدقة ونعم الجزية وخيل المجاهدين. قلت: النقيع بالنون عند الجمهور، وهو الصواب. وقيل: بالباء الموحدة، وبقية الغرقد بالباء قطعاً. والله أعلم.

وأما غير رسول الله ﷺ، فليس للأحاد الحمى قطعاً، ولا للأئمة لأنفسهم، وفي حماهم لمصالح المسلمين، قولان: أظهرهما: الجواز. وقيل: يجوز قطعاً. فإذا جوزه، فهل يختص بالإمام الأعظم، أم يجوز أيضاً لولاته في النواحي؟ وجهان حكاهما ابن كج وغيره. أصحهما: الثاني. وسواء حمى لخیل المجاهدين، أم لنعم الجزية والصدقة، والضوال، ومال الضعفاء عن الإبعاد في طلب النجعة، ثم لا يحمي إلا الأقل الذي لا يبين ضرره على الناس ولا يضيق الأمر عليهم، ثم ما حماه رسول الله ﷺ، نص، فلا ينقض ولا يغير بحال، هذا هو المذهب. وقيل: إن بقيت الحاجة التي حمى لها، لم يغير. وإن زالت، فوجهان: أصحهما: المنع، لأنه تغيير المقطوع بصحته باجتهاد. وأما حمى غيره ﷺ، فإذا ظهرت المصلحة في تغييره، جاز نقضه ورده إلى ما كان على الأظهر رعاية للمصلحة. وفي قول: لا يجوز كالمقبرة والمسجد. وقيل: يجوز للحامي نقض حماه، ولا يجوز لمن بعده من الأئمة، وإذا جوزه نقضه، فأحياء رجل بإذن الإمام، ملكه وكان الإذن في الإحياء نقضاً. وإن استقل المحيي، فوجهان: ويقال: قولان منصوصان. أصحهما: المنع، لما فيه من الاعتراض على تصرف الإمام وحكمه.

قلت: بقيت من الحمى مسائل مهمة:

منها: لو غرس أو بنى أو زرع في النقيع، نقضت عمارته، وقلع زرعه وغرسه، ذكره القاضي أبو حامد في «جامعه».

منها: أن الحمى ينبغي أن يكون عليه حفاظ من جهة الإمام أو نائبه، وأن يمنع أهل القوة من إدخال مواشيهم، ولا يمنع الضعفاء، ويأمره الإمام بالتلطف بالضعفاء من أهل الماشية، كما فعل عمر رضي الله عنه. قال القاضي أبو حامد: فإن كان للإمام ماشية لنفسه، لم يدخلها الحمى، لأنه من أهل القوة. فإن فعل فقد ظلم المسلمين.

ومنها: لو دخل الحمى من هو من أهل القوة، فرعى ماشيته، قال أبو حامد: فلا شيء عليه، ولا غرم ولا تعزير، ولكن يمنع من الرعي، ونقل ابن كج أيضاً عن نص الشافعي رحمه الله أنه لا غرم عليه، وليس هذا مخالفاً لما ذكرناه في كتاب الحج، أن من أئلف شيئاً من شجر النقيع أو حشيشه ضمنه على الأصح.

ومنها: أن عامل الصدقات إذا كان يجمعها في بلد، هل له أن يحمي موضعاً لا يتضرر به أهل البلد ليرعاها فيه؟ قال أبو حامد: قيل: له ذلك، ولم يذكر خلافه. وقال ابن كج: إن منعنا حمى الإمام، فذا أولى، وإلا، فقولان:

ومنها: لا يجوز للإمام أن يحمي الماء المعد لشرب خيل الجهاد وإبل الصدقة والجزية وغيرها بلا خلاف، ذكره الشيخ نصر في «تهذيبه». قال أصحابنا: إذا حمى

الإمام، وقلنا: لا يجوز حماه، فهو على أصل الإباحة، من أحياء، ملكه.
ومنها: أنه يحرم على الإمام وغيره من الولاة أن يأخذ من أصحاب المواشي عوضاً عن الرعي في الحمى أو الموات، وهذا لا خلاف فيه، وقد نص عليه الماوردي في «الأحكام» وقاله آخرون. والله أعلم.

الباب الثاني: في المنافع المشتركة وغيرها

بقاع الأرض إما مملوكة، وإما محبوسة على الحقوق العامة كالشوارع والمساجد والمقابر والرباطات، وإما منفكة عن الحقوق العامة والخاصة، وهي الموات. أما المملوكة، فمنفعتھا تتبع الرقبة. وأما الشوارع، فمنفعتھا الأصلية: الطروق. ويجوز الوقوف والجلوس فيها لغرض الإستراحة والمعاملة ونحوهما، بشرط أن لا يضيق على المارة، سواء أذن فيه الإمام، أم لا، وله أن يظلل على موضع جلوسه بما لا يضر بالمارة من ثوب وبارية ونحوهما. وفي بناء الدكة، ما ذكرناه في كتاب الصلح. ولو سبق اثنان الى موضع، فهل يقرع بينهما، أم يقدم الإمام أحدهما؟ وجهان: أحصهما: الأول. وفي ثبوت هذا الارتفاق لأهل الذمة وجهان حكاهما ابن كج، وهل لإقطاع فيه مدخل؟ وجهان: أحصهما: عند الجمهور: نعم، وهو المنصوص، لأن له نظراً فيه، ولهذا يزعج من أضرب جلوسه. وأما إذا تملك شيء من ذلك، فلا سبيل إليه بحال. وحكي وجه في «الرقم» للعبادي، وشرح مختصر الجويني لابن طاهر، أن للإمام أن يملك من الشوارع ما فضل عن حاجة الطروق، والمعروف الأول.

قلت: وليس للإمام ولا غيره من الولاة أن يأخذ ممن يرتفق بالجلوس والبيع ونحوه في الشوارع عوضاً بلا خلاف. والله أعلم.

فرع: من جلس في موضع من الشارع، ثم قام عنه، إن كان جلوسه لاستراحة وشبهها، بطل حقه. وإن كان لحرفة ومعاملة، فإن فارقه على أن لا يعود لتركه الحرفة، أو لعوده في موضع آخر، بطل حقه أيضاً. وإن فارقه على أن يعود، فالمذهب ما ضبطه الإمام والغزالي: أنه إن مضى زمن ينقطع فيه الذين ألفوا معاملته، بطل. وإن كان دونه، فلا. وسواء فارق بعذر سفر ومرض، أو بلا عذر، فعلى هذا لا يبطل حقه بالرجوع في الليل إلى بيته، وليس لغيره مزاحمته في اليوم الثاني، وكذا الأسواق التي تقام في كل أسبوع، أو في كل شهر مرة، إذا اتخذ فيها مقعداً، كان أحق به في النوبة الثانية. وقال الإصطخري: إذا رجع ليلاً، فمن سبقه أحق. وقال طائفة منهم القاضي وابن الصباغ: إن جلس بإقطاع الإمام، لم يبطل بقيامه. وإن

استقل وترك فيه شيئاً من متاعه، بقي حقه، وإلا، فلا. وإذا قلنا بالأول، فأراد غيره الجلوس فيه مدة غيبته القصيرة إلى أن يعود، فإن كان لغير معاملة، لم يمنع قطعاً، وإلا، لم يمنع أيضاً على الأصح.

قلت: وإذا وضع الناس الأمتعة وآلات البناء ونحو ذلك في مسالك الأسواق والشوارع ارتفاعاً لينقلوها شيئاً بعد شيء، منعوا منه إن أضر بالمارة إضراراً ظاهراً، وإلا، فلا، ذكره الماوردي في «الأحكام السلطانية». والله أعلم.

فرع: يختص الجالس أيضاً بما حوله بقدر ما يحتاج إليه لوضع متاعه ووقوف معامليه، وليس لغيره أن يقعد حيث يمنع رؤية متاعه أو وصول المعاملين إليه، أو يضيق عليه الكيل أو الوزن والأخذ والعطاء.

قلت: وليس له منع من قعد لبيع مثل متاعه إذا لم يزاحمه فيما يختص به من المرافق المذكورة. والله أعلم.

فرع: الجوّال الذي يقعد كل يوم في موضع من السوق، يبطل حقه بمفارقتها.

فصل: وأما المسجد، فالجلوس فيه يكون لأغراض:

منها: أن يجلس ليقرأ عليه القرآن أو الحديث أو الفقه ونحوها، أو ليستفتى. قال أبو عاصم العبادي والغزالي: حكمه كمقاعد الأسواق، لأن له غرضاً في ملازمته ذلك الموضع ليألفه الناس. وقال الماوردي: متى قام بطل حقه وكان السابق أحق به، والأول أشبه بمأخذ الباب.

قلت: هذا المنقول عن الماوردي، حكاه في «الأحكام السلطانية» عن جمهور الفقهاء. وعن مالك رحمته الله: أنه أحق، فمقتضى كلامه: أن الشافعي وأصحابه، من الجمهور رحمهم الله. والله أعلم.

ومنها: أن يجلس للصلاة، فلا اختصاص له في صلاة أخرى. وأما الصلاة الحاضرة، فهو أحق. فإن فارق بغير عذر، بطل حقه فيها أيضاً. وإن كان بعذر، فإن فارق لقضاء حاجة، أو تجديد وضوء، أو رعاف، أو إجابة داع ونحوها، لم يبطل اختصاصه على الصحيح، للحديث الصحيح، أن رسول الله ﷺ قال: «إذا قام أحدكم من مجلسه - في المسجد - فهو أحق به إذا عاد إليه»^(١)، ولا فرق على الوجهين بين أن يترك إزاره، أم لا، ولا بين أن يطرأ العذر بعد الشروع في الصلاة، أو قبله، وإن اتسع الوقت.

ومنها: الجلوس للبيع والشراء والحرفة، وهو ممنوع منه.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٢١٧٩).

قلت: ومنها: الجلوس للاعتكاف، وينبغي أن يقال: له الاختصاص بموضعه ما لم يخرج من المسجد إن كان اعتكافاً مطلقاً. وإن نوى اعتكاف أيام، فخرج لحاجة جائزة، ففي بقاء اختصاصه إذا رجع احتمال، والظاهر بقاؤه، ويحتمل أن يكون على الخلاف فيما إذا خرج المصلي لعذر.

ومنها: الجالس لاستماع الحديث والوعظ، والظاهر أنه كالصلاة فلا يختص فيما سوى ذلك المجلس ولا فيه إن فارقه بلا عذر، ويختص إن فارق بعذر على المختار. ويحتمل أن يقال: إن كان له عادة بالجلوس بقرب كبير المجلس، وينتفع الحاضرون بقربه منه لعلمه ونحو ذلك، دام اختصاصه في كل مجلس بكل حال. وأما مجلس الفقيه في موضع معين حال تدريس المدرس في المدرسة أو المسجد، فالظاهر فيه دوام الاختصاص، لا طراد العرف، وفيه احتمال. والله أعلم.

فرع: يمنع الناس من استطراد حلق القراء والفقهاء في المسجد توقيراً لها.

فرع: قال الإمام: لا شك في انقطاع تصرف الإمام وإقطاعه عن بقاع المسجد، فإن المساجد لله تعالى، ويخذه شيطان:

أحدهما: ذكر الماوردي، أن الترتب في المسجد للتدريس والفتوى كالترتب للإمامة، فلا يعتبر إذن الإمام في مساجد المحال، ويعتبر في الجوامع وكبار المساجد إذا كانت عادة البلد فيه الاستئذان، فجعل لإذن الإمام أثر.

الثاني: عند الشيخ أبي حامد وطائفة رحاب المسجد مع مقاعد الأسواق فيما يقطع للارتفاق بالجلوس فيه للبيع والشراء، وهذا كما يقدر في نفي الإقطاع، يخالف المعروف في المذهب في المنع من الجلوس في المسجد للبيع والشراء، إلا أن يراد بالرحاب: الألفية الخارجة عن حد المسجد.

قلت: قال الماوردي في «الأحكام»: إن حريم الجوامع والمساجد، إن كان الارتفاق به مضرراً بأهل المساجد، منع منه، ولم يجز للسلطان الإذن فيه، وإلا، جاز. وهل يشترط فيه إذن السلطان؟ وجهان. والله أعلم.

فصل: الرباطات المسبلة في الطرق وعلى أطراف البلاد، من سبق إلى موضع منها صار أحق به، وليس لغيره إزعاجه، سواء دخل بإذن الإمام، أم بغيره، ولا يبطل حقه بالخروج لشراء طعام ونحوه، ولا يشترط تخليفه نائباً له في الموضع، ولا أن يترك متاعه، لأنه قد لا يجد أميناً. فإن ازدحم اثنان ولا سبق، فعلى ما سبق في مقاعد الأسواق. وكذا الحكم في المدارس والخوانق إذا نزلها من هو من أهلها. وإذا سكن بيتاً منها مدة، ثم غاب أياماً قليلة، فهو أحق إذا عاد. وإن طالت غيبته، بطل حقه.

قلت: والرجوع في الطول إلى العرف. ولو أراد غيره النزول فيه في مدة غيبة الأول على أن يفارقه إذا جاء الأول، فينبغي أن يجوز قطعاً، أو يكون على الوجهين السابقين في الموضع من الشارع. ويجوز لغير سكان المدرسة من الفقهاء والعوام دخولها، والجلوس فيها، والشرب من مياهها، والالتكاء والنوم فيها، ودخول سقائتها، ونحو ذلك مما جرى العرف به. وأما سكنى غير الفقهاء في بيوتها، فإن كان فيه نص من الواقف بنفي أو إثبات، أتبع، وإلا، فالظاهر منعه، وفيه احتمال في بلد جرت به العادة. والله أعلم.

فرع: النازلون في موضع من البادية، أحق به وبما حواله بقدر ما يحتاجون إليه لمراقبتهم، ولا يزاحمون في الوادي الذي سرّحوا إليه مواشيهم، إلا أن يكون فيه كفاية للجميع، وإذا رحلوا، بطل اختصاصهم وإن بقي أثر الفساطيط ونحوها.

قلت: ولو أرادت طائفة النزول في موضع من البادية للاستيطان، قال الماوردي: إن كان نزولهم مضرراً بالسابلة، منعهم السلطان قبل النزول أو بعده. وإن لم يضر، راعى الأصلح في نزولهم ومنعهم ونقل غيرهم إليها. فإن نزلوا بغير إذنه، لم يمنعهم، كما لا يمنع من أحياء مواتاً بغير إذنه، ودبرهم بما يراه صلاحاً لهم، وينهاهم عن إحداث زيادة إلا بإذنه. والله أعلم.

فصل: المرتفق بالشارع والمساجد، إذا طال مقامه هل يزعج؟ وجهان: أصحهما: لا، لأنه أحد المرتفقين وقد سبق. والثاني: نعم. لتمييز المشترك من المملوك. وأما الرُّبُطُ الموقوفة، فإن عين الواقف مدة المقام، فلا مزيد عليها، وكذا لو وقف على المسافرين. وإن أطلق الواقف، نظر إلى الغرض الذي بنيت له، وعمل بالمعتاد فيه، فلا يمكن من الإقامة في ربط المارة إلا لمصلحتها، أو لخوف يعرض، أو أمطار تتواتر، وفي المدرسة الموقوفة على طلبة العلم، يمكن من الإقامة إلى إتمام غرضه. فإن ترك التعلُّم والتحصيل، أزعج. وفي الخانقاه، لا يمكن هذا الضبط، ففي الإزعاج إذا طال مقامه ما سبق في الشوارع.

الباب الثالث: في الأعيان الخارجة من الأرض

فيه طرفان:

الطرف الأول: في المعادن، وهي البقاع التي أودعها الله تعالى شيئاً من الجواهر المطلوبة، وهي قسمان: ظاهرة، وباطنة.

القسم الأول: فالظاهرة: هي التي يبدو جوهرها بلا عمل، وإنما السعي والعمل لتحصيله. ثم تحصيله قد يسهل، وقد يكون فيه تعب، وذلك كالنُّقْطِ وأحجار

الرَّحَى، والبرَام، والكبريت، والقطران، والقار، والمومياء، وشبهها، فلا يملكها أحد بالإحياء والعمارة، وإن زاد بها النِّيل. ولا يختص بها أيضاً المتحجر، وليس للسلطان إقطاعها، بل هي مشتركة بين الناس كالمياه الجارية، والكلأ، والحطب. ولو حوَّط رجل على هذه المعادن وبني عليها داراً أو بستاناً، لم يملك البقعة، لفساد قصده. وأشار في «الوسيط» إلى خلاف فيه. والمعروف، الأول.

وإذا ازدحم اثنان على معدن ظاهر، وضاق المكان، فالسابق أولى. ثم قال الجمهور: يقدّم بأخذ قدر حاجته، ولم يبينوا أنها حاجة يوم أو سنة. قال الإمام: والرجوع فيه إلى العرف، فيأخذ ما تقتضيه العادة لأمثاله. وإذا أراد الزيادة على ما يقتضيه حق السبق، فهل يزعم أم يأخذ ما شاء؟ وجهان أصحابهما: عند الأصحاب: يزعم. فأما إذا جاء معاً، فالأصح أنه يُقرع بينهما. والثاني: يجتهد الإمام ويقدم من يراه أحوج وأحق. والثالث: ينصب من يقسم الحاصل بينهما. وقال العراقيون: الأوجه فيما إذا كانا يأخذان للحاجة. فإن كانا يأخذان للتجارة، يهايا بينهما. فإن تشاحا في الابتداء، أقرع بينهما. والأشهر: إطلاق الأوجه. وعلى مقتضى قول العراقيين: إذا كان أحدهما تاجراً والآخر محتاجاً، يشبه أن يقدم المحتاج.

فرع: من المعادن الظاهرة، الملح الذي ينعقد من الماء، وكذا الجبلي إن كان ظاهراً لا يحتاج إلى حفر وتنحية تراب، والجص، والمدر، وأحجار النورة. وفي بعض شروح «المفتاح» غُدَّ الملح الجبلي من المعادن الباطنة. وفي «التهذيب» عد الكحل والجص منهما، وهما محمولان على ما إذا أحوج إظهارهما إلى حفر. ولو كان بقرب الساحل بقعة، لو حفرت وسيق الماء إليها ظهر فيها الملح، فليست هي من المعادن الظاهرة، لأن المقصود منها يظهر بالعمل، فلإمام إقطاعها، ومن حفرها وساق الماء إليها، وظهر الملح، ملكها كما لو أحيأ مواتاً.

القسم الثاني: المعادن الباطنة، وهي التي لا يظهر جوهرها إلا بالعمل والمعالجة، كالذهب، والفضة، والفيروز، والياقوت، والرصاص، والنحاس، والحديد، وسائر الجواهر المبتوثة في طبقات الأرض. وتردد الشيخ أبو محمد، في أن حجر الحديد ونحوه، من الباطنة، أم الظاهرة، لأن ما فيها من الجوهر بادٍ؟ والمذهب أنه باطن، لأن الحديد لا يستخرج منه إلا بعلاج، وليس البادي على الحجر عين الحديد، وإنما هو في مخيلته. ولو أظهر السيل قطعة ذهب، أو أتى بها، التحقت بالمعادن الظاهرة. إذا ثبت هذا، فالمعدن الباطن هل يملك بالحفر والعمل؟ قولان: لتردده بين الموات والمعدن الظاهر، أظهرهما: لا، رجحه الشافعي والأصحاب رحمهم الله. فإن قلنا: يملك، فذاك إذا قصد التملك وحفر حتى ظهر النِّيل.

فأما قبل الظهور، فهو كالمتحجر، وهذا كما إذا حفر بئراً في الموات على قصد التملك، ملكها إذا وصل إلى الماء. وإذا اتسع الحفر ولم يوجد النّيل إلا في الوسط، أو في بعض الأطراف، لم يقصر الملك على موضع النّيل، بل يملك أيضاً مما حوالیه مما يليق بحريمه، وهو قدر ما يقف فيه الأعوان والدواب. ومن جاوز ذلك وحفر، لم يمنع وإن وصل إلى العروق. ويجوز للسلطان أن يقطعه كالموات. وإن قلنا: لا يملك، فالسابق إلى موضع منه أحق به، لكن إذا طال مقامه، ففي إزعاجه ما ذكرناه في المعادن الظاهرة. وقيل: لا يزعج هنا قطعاً، لأن هناك يمكن الأخذ دفعة فلا حاجة إلى الإطالة، وهنا لا يحصل إلا بمشقة فقدم السابق. ولو ازدحم اثنان، فعلى الأوجه التي هناك. وفي جواز إقطاعها على هذا القول، قولان: أحدهما: المنع كالمعادن الظاهرة. وأظهرهما: الجواز، ولا يقطع إلا قدرأ يتأتى للمقطع العمل عليه والأخذ منه. وعلى القولين، يجوز العمل في المعدن الباطن والأخذ منه بغير إذن الإمام، فإنه إما كالمعدن الظاهر، وإما كالموات.

فرع: لو أحيأ مواتاً، ثم ظهر فيه معدن باطن، ملكه بلا خلاف، لأنه بالإحياء ملك الأرض بأجزائها إن لم يعلم بها معدناً. فإن علم واتخذ عليه داراً، فطريقان: أحدهما: على القولين السابقين. والثاني: القطع بالملك. وأما البقعة المحياة، فقال الإمام: ظاهر المذهب، أنها لا تملك، لأن المعدن لا يتخذ داراً ولا مزرعة، فالقصد فاسد. وقيل: يملكها. وكأن ما ذكرناه من الخلاف في المعادن الظاهرة عن «الوسيط» مأخوذ من هذا.

فرع: مما يتفرع على القولين في المعدن الباطن، أنه إذا عمل عليه في الجاهلية، هل يملك؟ وهل يجوز إقطاعه؟ إن قلنا: يملك بالحفر والعمل، فهو ملك للغانمين، وإلا، ففي جواز إقطاعه القولان السابقان.

فرع: مالك المعدن الباطن، لا يصح منه بيعه على الصحيح، لأن مقصوده النّيل، وهو متفرق في طبقات الأرض، مجهول القدر والصفة، فهو كبيع قدر مجموع من تراب المعدن وفيه النّيل، وهو باطل. وحكى الإمام وجهاً في جوازه، لأن المبيع رقبة المعدن والنّيل فائدته.

فرع: لو تملك معدناً باطناً، فجاء غيره واستخرج منه نَيْلاً بغير إذنه، لزمه رده، ولا أجر له. ولو قال المالك: اعمل فيه واستخرج النّيل لي، ففعل، ففي استحقاقه الأجرة الخلاف فيمن قال: اغسل ثوبي فغسل. ولو قال: اعمل فما استخرجته فهو لك، أو قال: استخرج لنفسك، فالحاصل لمالك المعدن، لأنه هبة مجهول. وكان يمكن تشبيهه بإباحة ثمار البستان، ولكن المنقول الأول. وفي استحقاقه الأجرة،

وجهان: لكونه عمل لنفسه، لكن لم يقع له، ولا هو متبرع، وبشوتها قال ابن سريج.
قلت: ثبوتها أصح. والله أعلم.

ولو قال: اعمل فما استخرجته فهو بيننا مناصفة، أو قال: فلك منه عشرة دراهم، لم يصح، لأن الأول أجره مجهولة، والثاني: قد لا يحصل هذا القدر.
الطرف الثاني: في المياه، وهي قسمان:

أحدهما: المباحة النابعة في موضع لا يختص بأحد، ولا صنّع للآدميين في أنباطه وإجرائه كالفرات وجيحون وسائر أودية العالم والعيون في الجبال وسيول الأمطار، فالناس فيها سواء، فإن حضر اثنان فصاعداً، أخذ كل ما شاء. فإن قلّ الماء أو ضاق المشرع، قدّم السابق. فإن جاء معاً، أقرع. وإن أراد واحد السقي وهناك محتاج للشرب، فالشارب أولى. قاله المتولي، ومن أخذ منه شيئاً في إناء أو جعله في حوض، ملكه ولم يكن لغيره مزاحمته فيه، كما لو احتطب. وفي «النهاية» وجه: أنه لا يملكه، لكنه أولى به من غيره. والصحيح: الأول، وبه قطع الجمهور. وإن دخل شيء منه ملك إنسان بسيل، فليس لغيره أخذه ما دام فيه، لامتناع دخول ملكه بغير إذنه. فلو فعل، فهل يملكه، أم للمالك استرداده؟ وجهان: أصحهما: الأول. فإذا خرج من أرضه، أخذه من شاء.

فرع: إذا أراد قوم سقي أرضهم من مثل هذا الماء، فإن كان النهر عظيماً يفي بالجميع، سقى من شاء متى شاء. وإن كان صغيراً، أو كان الماء يجري من النهر العظيم في ساقية غير مملوكة، بأن انخرقت بنفسها، سقى الأول أرضه، ثم يرسله إلى الثاني، ثم الثاني إلى الثالث. وكم يحبس الماء في أرضه؟ وجهان: الذي عليه الجمهور: أنه يحبسه حتى يبلغ الكعبين. والثاني: يرجع في قدر السقي إلى العادة والحاجة. وقد قال الماوردي: ليس التقدير بالكعبين في كل الأزمان والبُلدان، لأنه مقدر بالحاجة، والحاجة تختلف وباختلاف الأرض، باختلاف ما فيها من زرع وشجر، وبوقت الزراعة، ووقت السقي. وحكي وجه عن الداركي: أن الأعلى لا يقدّم على الأسفل، لكن يسقون بالحصص، وهذا غريب باطل. ولو كانت أرض الأعلى بعضها مرتفعاً، وبعضها منخفضاً، ولو سقى معاً لزاد الماء في المنخفضة على الحد المستحق، أفرد كلُّ بعض بالسقي بما هو طريقه.

قلت: طريقه أن يسقي المنخفض حتى يبلغ الكعبين، ثم يسدّه، ثم يسقي المرتفع. والله أعلم.

وإذا سقى الأول، ثم احتاج إلى السقي مرة أخرى، مُكِّنَّ منه على الصحيح فلو تنازع اثنان أرضاهما متحاذيتان، أو أرادا شق النهر من موضعين متحاذيين يميناً

وشمالاً، فهل يقرع، أو يقسم بينهما، أو يقدم الإمام مَنْ يراه؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها العبادي.

قلت: أصحها: يُقرع. والله أعلم.

ولو أراد رجل إحياء موات وسقيّه من هذا النهر، نظر، إن ضيق على السابقين، مُنع، لأنهم استحقوا أرضهم بمرافقتها، والماء من أعظم مرافقتها، وإلا، فلا منع.

فرع: عمارة حافات هذه الأنهار، من وظائف بيت المال.

فرع: يجوز أن يبنّي عليها من شاء قنطرة لعبور الناس إن كان الموضع مواتاً. وأما ما بين العمران، فهو كحفر البئر في الشارع لمصلحة المسلمين. ويجوز بناء الرحى عليها إن كان الموضع ملكاً له أو مواتاً محضاً. وإن كان بين الأرض المملوكة، وتضرر الملاك، لم يجز، وإلا، فوجهان: أحدهما: المنع كالتصرف في سائر مرافق العمارات. وأصحهما: الجواز، كإشراع الجناح في السكة النافذة.

فصل: هذا الذي سبق، إذا لم تكن الأنهار والسواقي مملوكة. أما إذا كانت مملوكة، بأن حفر نهراً يدخل فيه الماء من الوادي العظيم، أو من النهر المنخرق منه، فالماء باقٍ على إباحته، لكن مالك النهر أحق به كالسيل يدخل ملكه، فليس لأحد مزاحمته لسقي الأرضين. وأما للشرب والاستعمال وسقي الدواب، فقال الشيخ أبو عاصم والمتولي: ليس له المنع، ومنهم من أطلق أنه لا يدلي أحد فيه دلواً، ويجوز لغيره أن يحفر فوق نهريه نهراً إن لم يضيق عليه. وإن ضيق، فلا، فإن اشترك جماعة في الحفر، اشتركوا في الملك على قدر عملهم، فإن شرطوا أن يكون النهر بينهم على قدر ملكهم من الأرض، فليكن عمل كل واحد على قدر أرضه. فإن زاد واحد متطوعاً، فلا شيء له على الباقيين. وإن زاد مكرهاً، أو شرطوا له عوضاً، رجع عليهم بأجرة ما زاد، وليس للأعلى حبس الماء على الأسفل، بخلاف ما إذا لم يكن النهر مملوكاً. وإذا اقتسموا الماء بالأيام والساعات، جاز، ولكل واحد الرجوع متى شاء، لكن لو رجع بعدما استوفى نوبته وقبل أن يستوفي الشريك، ضمن له أجرة مثل نصيبه من النهر للمدة التي أجرى فيها الماء.

وإن اقتسموا الماء نفسه، فعلى ما سنذكره في القناة المشتركة. ولو أرادوا قسمة النهر وكان عريضاً، جاز، ولا يجري فيها الإجماع كما في الجدار الحائل. ولو أراد الشركاء الذين أرضهم أسفل توسيع فم النهر، لثلا يقصر الماء عنهم، لم يجز إلا برضى الأولين، لأن تصرف الشريك في المشترك لا يجوز إلا برضى الشريك، ولأنهم قد يتضررون بكثرة الماء. وكذا لا يجوز للأولين تضيق فم النهر إلا برضى الآخرين، وليس لأحد منهم بناء قنطرة أو رحى عليه، ولا غرس شجرة على حافته إلا

برضى الشركاء. ولو أراد أحدهم تقديم رأس الساقية التي يجري فيها الماء إلى أرضه، أو تأخيرها، لم يجز، بخلاف ما لو قَدَّم باب داره إلى رأس السكة المنسدة، لأنه يتصرف هناك في الجدار المملوك، وهنا في الحافة المشتركة. ولو كان لأحدهم ماء في أعلى النهر، فأجراه في النهر المشترك برضى الشركاء ليأخذه من الأسفل ويسقي به أرضه، فلهم الرجوع متى شاؤوا، لأنه عارية، وتنقية هذا النهر وعمارته يقوم بها الشركاء بحسب الملك. وهل على كل واحد عمارة الموضع المتسفل عن أرضه؟ وجهان: أحدهما: لا، وبه قطع ابن الصباغ، لأن المنفعة فيه للباقين. والثاني: نعم، وهو الأصح عند العبادي، لاشتراكهم وانتفاعهم به.

فرع: كل أرض أمكن سقيها من هذا النهر، إذا رأينا لها ساقية منه ولم نجد لها شرباً من موضع آخر، حكمنا عند التنازع بأن لها شرباً منه. ولو تنازع الشركاء في النهر في قدر أنصائبهم، فهل يجعل على قدر الأرضين لأن الظاهر أن الشركة بحسب الملك، أم بالسوية لأنه في أيديهم؟ وجهان: وبالأول قال الإصطخري رحمه الله تعالى.

قلت: هو أصحهما. والله أعلم.

فرع: لو صادفنا نهراً تُسقى منه أرضون، ولم ندر أنه حفر أم انخرق، حكمنا بأنه مملوك، لأنهم أصحاب يد وانتفاع، فلا يقدّم بعضهم على بعض. وأكثر هذه المسائل يشتمل عليها كتاب «المياه» للعبادي رحمه الله تعالى.

القسم الثاني: المياه المختصة ببعض الناس، وهي مياه الآبار والقنوات. واعلم أن البئر يتصور حفرها على أوجه: أحدها: الحفر في المنازل للمارة. والثاني: الحفر في الموات على قصد الارتفاق لا للتملك، كمن ينزل في الموات فيحفر للشرب وسقي الدواب. والثالث: الحفر بنية التملك. والرابع: الحفر الخالي عن هذه القُصود. فأما المحفورة للمارة، فمأواها مشترك بينهم، والحافر كأحدهم، ويجوز الاستقاء منها للشرب، وسقي الزروع، فإن ضاق عنهما، فالشرب أولى. وأما المحفورة للارتفاق دون التملك، فالحافر أولى بمائها إلى أن يرتحل، لكن ليس له منع ما فضل عنه عن محتاج إليه للشرب إذا استقى بدلو نفسه، ولا منع مواشيه، وله منع غيره من سقي الزرع به. وفيه احتمال للإمام، لأنه لم يملكه، والاختصاص يكون بقدر الحاجة، وبهذا قطع المتولي، فحصل وجهان:

قلت: الأول هو الصحيح المعروف. والله أعلم.

ويعتبر في الفاضل الذي يجب بذله، أن يفضل عن نفسه وماشيته وزرعه. قال الإمام: وفي المزارع احتمال على بُعد.

قلت: المراد: الفاضل الذي يجب بذله لماشية غيره. أما الواجب بذله لعطش آدمي محترم، فلا يشترط فيه أن يفضل عن المزارع والماشية. والله أعلم.

وإذا ارتحل المرتفق، صارت البئر كالمحفورة للمارة، فإن عاد، فهو كغيره. وأما المحفورة للتملك وفي ملك، فهل يكون مأوها مُلكاً؟ وجهان: أحدهما: نعم، وبه قال ابن أبي هريرة، وهو المنصوص في القديم، وحرملة، لأنه نماء ملكه، كالثمرة واللبن، ويجري الخلاف فيما إذا انفجرت عين في ملكه. فإن قلنا: لا يملك، فنبع وخرج منه، ملكه من أخذه. وإن قلنا بالأصح: لا يملكه الآخذ، ولو دخل رجل ملكه وأخذه، ففي ملكه الوجهان. وسواء قلنا: يملك، أم لا، فلا يجب على صاحب البئر بذل الفاضل عن حاجته لزرع غيره على الصحيح، ويجب بذله للماشية على الصحيح. وللوجوب شروط: أحدها: أن لا يجد صاحب الماشية ماءً مباحاً. والثاني: أن يكون هناك كلاً يُرعى، وإلا، فلا يجب على المذهب. وقال المتولي: فيه وجهان. الثالث: أن يكون الماء في مستقره، فأما الماء الموجود في إناء، فلا يجب بذل فضله على الصحيح. ثم عابروا السبيل، يُبذل لهم ولمواشيهم. وفيمن أراد الإقامة في الموضوع وجهان: لأنه لا ضرورة به إلى الإقامة.

قلت: الأصح: الوجوب كغيره. وإذا وجب البذل، مكن الماشية من حضور البئر بشرط أن لا يكون على صاحب الماء ضرر في زرع ولا ماشية. فإن لحقه ضرر بورودها، منعت، لكن يجوز للرعاة استقاء فضل الماء لها، قاله الماوردي. والله أعلم.

وهل يجب البذل للرعاة كما يجب للماشية؟ وجهان حكاهما ابن كج. أحدهما: يجب، لأن البذل لسقاة الناس رعاة كانوا أو غيرهم، أولى من البذل للماشية، على أن الإمام نقل في المنع من الشرب على الإطلاق وجهين إذا قلنا: مملوك. وإذا أوجبنا البذل، هل يجوز أن يأخذ عليه عوضاً كإطعام المضطر؟ وجهان: الصحيح: لا، للحديث الصحيح إن النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء^(١).

قلت: قال الماوردي: لو كان هناك ماء من مملوك لرجلين، لزمهما البذل. فإن اكتفت الماشية ببذل أحدهما، سقط الفرض عن الآخر، قال: وإذا لم توجد

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٥٦٥) وابن ماجه في سننه برقم (٢٤٧٧) من حديث جابر رضي الله عنه قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع فضل الماء.

وأخرج البخاري في صحيحه برقم (٢٣٥٣) ومسلم في صحيحه برقم (١٥٦٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلاً».

شروط وجوب البذل، جاز لمالكه أخذ ثمنه إذا باعه مقدراً بكيل أو وزن، ولا يجوز، بيعه مقدراً بريّ الماشية ولا الزرع. والله أعلم.

وأما المحفورة بلا قصد، ففيها وجهان: أحدهما: لا اختصاص له بمائها، والناس كلهم فيه سواء. والثاني: يختص بقدر حاجته، كما أن الإحياء يفيد الملك وإن لم يقصده.

فصل: حكم القنوات حكم الآبار في ملك مياهاها وفي وجوب البذل وغيرهما، إلا أن حفرها لمجرد الارتفاق لا يكاد يقع ومتى اشترك المتملكون في الحفر، اشتركوا في الملك بحسب اشتراكهم في العمل أو الارتفاق كما ذكرنا في النهر المملوك، ثم لهم قسمة الماء بأن تُنصب خشبة مستوية الأعلى والأسفل في عرض النهر، ويفتح فيها ثقب متساوية، أو متفاوتة على قدر حقوقهم، ويجوز أن تكون الثقب متساوية مع تفاوت الحقوق، إلا أن صاحب الثلث يأخذ ثقبه، والآخر ثقبين، ويسوق كل واحد نصيبه في ساقية إلى أرضه، وله أن يدير رحى بما صار له، ولا يشق أحد منهم ساقية قبل المقسم، ولا ينصب عليه رحى، وإن اقتسموا بالمهاياة، جاز أيضاً. وقد يكون الماء قليلاً لا ينتفع به إلا كذلك، ولكل واحد الرجوع كما ذكرنا في البئر، هذا هو الصحيح المعروف. وقيل: تلزم المهاياة ليثق كل واحد بالانتفاع. وقيل: لا تصح القسمة بالمهاياة، لأن الماء يقل ويكثر، وتختلف فائدة السقي بالأيام.

قلت: لو أراد أحدهم أن يأخذ نصيبه من الماء ويسقي به أرضاً ليس لها رسم شرب من هذا النهر، مُنِع منه، لأنه يجعل شرباً لم يكن. والله أعلم.

فرع: الذين يسقون أرضهم من الأودية المباحة، لو تراضوا بمهاياة، وجعلوا للأولين أياماً، وللآخرين أياماً، فهذه مسامحة من الأولين بتقدم الآخرين، وليست بلازمة والظاهر: أن من رجع من الأولين، مُكِّن من سقي أرضه.

فصل: في بيع الماء

أما المحرز في إناءٍ أو حوض، فبيعه صحيح على الصحيح، وقد سبق فيه الوجه، وليكن عمق الحوض معلوماً، ولا يجوز بيع ماء البئر والقناة فيهما، لأنه مجهول، ويزيد شيئاً فشيئاً فيختلط فيتعدّر التسليم. وإن باع منه أصعاً، فإن كان جارياً، لم يصح، إذ لا يمكن ربط العقد بمقدار. وإن كان راكداً وقلنا: إنه غير مملوك، لم يصح. وإن قلنا: مملوك، فقال القفال: لا يصح أيضاً، لأنه يزيد فيختلط المبيع. والأصح: الجواز كبيع صاع من صبرة. وأما الزيادة، فقليلة، فلا تضر، كما

لو باع القت في الأرض بشرط القطع، وكما لو باع صاعاً من صبرة وصبَّ عليها صبرة أخرى، فإن البيع بحاله، ويبقى البيع ما بقي صاع من الصبرة. ولو باع الماء مع قراره، نظر، إن كان جارياً فقال: بعثك هذه القناة مع مائها، أو إن لم يكن جارياً وقلنا: إن الماء لا يملك، لم يصح البيع في الماء، وفي القرار قولاً تفريق الصفقة، وإلا، فيصح. ولو باع بئر الماء وأطلق، أو باع داراً فيها بئر ماء، جاز. ثم إن قلنا: يملك، فالموجود حال البيع يبقى للبائع، وما يحدث، للمشتري. قال البغوي: وعلى هذا لا يصح البيع حتى يشترط أن الماء الظاهر للمشتري، لئلا يختلط الماءان. وإن قلنا: لا يملك، فقد أطلقوا أن المشتري أحق بذلك الماء. وليحمل على ما نبع بعد البيع، فأما ما نبع قبله، فلا معنى لصرفه إلى المشتري.

قلت: هذا التأويل الذي قاله الإمام الرافعي فاسد، فقد صرح الأصحاب بأن المشتري على هذا الوجه أحق بالماء الظاهر، لثبوت يده على الدار، وتكون يده كيد البائع في ثبوت الإختصاص به. والله أعلم ولو باع جزءاً شائعاً من البئر أو القناة، جاز، وما ينبع مشترك بينهما، إما اختصاصاً مجرداً، وإما ملكاً.

فرع: سقى أرضه بماء مملوك لغيره، فالغلة لصاحب البذر وعليه قيمة الماء. ولو استحل صاحب الماء، كان الطعام أطيب. قلت: ومما يتعلق بالكتاب، ما ذكره صاحب «العدة»: أنه لو أضرم ناراً في حطب مباح بالصحراء، لم يكن له منع من ينتفع بتلك النار، فلو جمع الحطب، ملكه، فإذا أضرم فيه النار، فله منع غيره منها. والله أعلم.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الوقف (١)

فيه بابان:

الباب الأول: في أركانه وشروطه

وفيه طرفان:

الطرف الأول: في أركانه، وهي أربعة:

الركن الأول: الواقف، ويشترط كونه صحيح العبارة، أهلاً للتبرع.

الركن الثاني: الموقوف، وهو كل عين معينة مملوكة ملكاً يقبل النقل يحصل منها فائدة أو منفعة تستأجر لها. احترزنا بالعين، حق المنفعة، وعن الوقف، الملتزم في الذمة، وبالمعينة، عن وقف أحد عبديه، وبالمملوكة، عما لا يملك، وبقبول النقل، عن أم الولد والملاهي. وأردنا بالفائدة: الثمرة واللبن ونحوهما، وبالمنفعة: السكنى واللبس ونحوهما. وقولنا: تستأجر لها، احتراز من الطعام ونحوه. ونوضحه بمسائل:

إحداها: يجوز وقف العقار والمنقول^(٢)، كالعبيد، والثياب، والدواب، والسلاح، والمصاحف، والكتب، سواء المقسوم والمشاع، كنصف دار ونصف عبد، ولا يسري الوقف من نصف إلى نصف.

فرع: وقف نصف عبد، ثم أعتق النصف الآخر، لم يعتق الموقوف.

الثانية: يجوز وقف ما يُراد لعين تستفاد منه، كالأشجار للثمار، والحيوان للبن والصوف والوبر والبيض، وما يراد لمنفعة تستوفى منه، كالدار، والأرض. ولا يشترط حصول المنفعة والفائدة في الحال، بل يجوز وقف العبد والجحش الصغيرين، والزمن الذي يرجى زوال زمانته، كما يجوز نكاح الرضيعة.

الثالثة: لا يصح وقف الحر نفسه، لأن رقبته غير مملوكة، وكذلك مالك منافع

(١) الوقف هو حبس عين يمكن الانتفاع بها مع بقائها، تقريباً إلى الله تعالى، فهو حبس الأصل وتسبيل الثمرة، مثاله: أن يوقف داراً ويؤجرها ويصرف الأجرة على المحتاجين أو المساجد أو طباعة الكتب الدينية أو نحو ذلك.

الأموال دون رقابها، لا يصح وقفه إياها، سواء ملك مؤقتاً، كالمستأجر، أم مؤبداً، كالموصى له بالمنفعة.

الرابعة: لا يصح وقف أم الولد على الأصح. فإن صححنا فمات السيد، عتقت. قال المتولي: لا يبطل الوقف، بل تبقى منافعها للموقوف عليه، كما لو أجزها ومات.

وقال الإمام: تبطل، لأن الحرية تنافي الوقف، بخلاف الإجارة، وهذا مقتضى كلام ابن كج، ويجري الوجهان في صحة وقف المكاتب، ويصح وقف المعلق عتقه بصفة. فإذا وجدت الصفة، فإن قلنا: الملك في الوقف للواقف، أو لله تعالى، عتق وبطل الوقف. وإن قلنا: للموقوف عليه، لم يعتق ويبقى الوقف بحاله. ويجوز وقف المدبر، ثم هو رجوع إن قلنا: التدبير وصية، فإن قلنا: تعليق بصفة، فهو كالمعلق عتقه.

الخامسة: لا يصح وقف الكلب المعلم على الأصح. وقيل: لا يصح قطعاً، لأنه غير مملوك.

السادسة: في وقف الدراهم والدنانير وجهان: كإجارتها، إن جوزناها، صح الوقف لتكرى، ويصح وقف الحلبي لغرض اللبس. وحكى الإمام أنهم ألحقوا الدراهم ليصاغ منها الحلبي بوقف العبد الصغير، وتردد هو فيه.

السابعة: لا يصح وقف ما لا يدوم الانتفاع به، كالمطعموم والرياحين المشمومة، لسرعة فسادها.

الثامنة: وقف ثوباً أو عبداً في الذمة، لم يصح كما لو أعتق عبداً في الذمة. ولو وقف أحد عبديه، لم يصح على الصحيح كالبيع. وقيل: يصح كالعتق.

التاسعة: يجوز وقف علو الدار دون سفليها.

العاشرة: يصح وقف الفحل للضراب، بخلاف إجارته، لأن الوقف قرينة يحتمل فيها ما لا يحتمل في المعاوزات.

الحادية عشرة: لا يصح وقف الملاهي.

فرع: أجز أرضه ثم وقفها، صح على المذهب، وبه قطع الشيخ أبو علي، لأنه مملوك بشرائطه، وليس فيه إلا العجز عن صرف منفعته إلى جهة الوقف في الحال، وذلك لا يمنع الصحة، كما لو وقف ماله في يد الغاصب. وفي فتاوى القفال: أنه على الخلاف في الوقف المنقطع الأول. وقيل: إن وقفه على المسجد صح، لمشابهته الإعتاق، وإن وقف على إنسان، فخلاف.

فرع: استأجر أرضاً ليبني فيها، أو يغرس، ففعل، ثم وقف البناء والغراس،

صح على الأصح. ولو وقف هذا أرضه، وهذا بناءه، صح بلا خلاف، كما لو باعاه. وإذا قلنا بالصحة، ومضت المدة، وقلع مالك الأرض البناء، فإن بقي منتفعاً به بعد القلع، فهو وقف كما كان. وإن لم يبق، فهل يصير ملكاً للموقوف عليه؟ أم يرجع إلى الواقف؟ فيه وجهان: وأرشد النقص الذي يؤخذ من القالع، يسلك به مسلك الوقف.

قلت: الأصح: صحة وقف ما لم يره، ولا خيار له عند الرؤية. والله أعلم.

الركن الثالث: الموقوف عليه، وهو قسمان:

القسم الأول: أن يكون شخصاً معيناً، أو جماعة معينين، فشرطه أن يمكن تمليكه، فيجوز الوقف على ذمي من مسلم وذمي، كما تجوز الوصية له، ولا يصح الوقف على الحربي والمرتد على الأصح، لأنهما لا دوام لهما.

فرع: لا يصح الوقف على من لا يملك، كالجنين، ولا يصح على العبد نفسه، قال جماعة: هذا تفريع على قولنا: لا يملك. فإن ملكناه، صح الوقف عليه. وإذا عتق، كان له دون سيده، وعلى هذا قال المتولي: لو وقف على عبد فلان وملكناه، صح وكان الاستحقاق متعلقاً بكونه عبد فلان، حتى لو باعه أو وهبه، زال الاستحقاق. ولك أن تقول: الخلاف في أنه هل يملك مخصوص بما إذا ملكه السيد؟ فأما إذا ملكه غيره، فلا يملك بلا خلاف، وحينئذ إذا كان الواقف غير السيد، كان الوقف على من لا يملك. أما إذا أطلق الوقف عليه، فهو وقف على سيده. كما لو وهب له، أو أوصى له، وإذا شرطنا القبول، جاء خلاف في استقلاله به، كالخلاف في أنه هل يستقل بقبول الهبة والوصية، وقد سبق في باب معاملات العبيد.

فرع: لو وقف على مكاتب، قال الشيخ أبو حامد: لا يصح كالوقف على القن. وقال المتولي: يصح في الحال وتصرف الفوائد إليه، ونديم حكمه إذا عتق إن أطلق الوقف. وإن قال: تصرف الفوائد إليه ما دام مكاتباً، بطل استحقاقه. وإن عجز، بان لنا أن الوقف منقطع الابتداء.

فرع: وقف على بهيمة وأطلق، هل هو كالوقف على العبد حتى يكون وقفاً على مال كها؟ وجهان: أحدهما: لا، لأنها ليست أهلاً بحال. ولهذا لا تجوز الهبة لها والوصية. والثاني: نعم. واختار القاضي أبو الطيب أنه يصح وينفق عليها منه ما بقيت، وعلى هذا، فالقبول لا يكون إلا من المالك. وحكى المتولي في قوله: وقفت على علف بهيمة فلان، أو بهائم القرية، وجهين كصورة الإطلاق، قال: والخلاف فيما إذا كانت البهيمة مملوكة. فلو وقف على الوحوش، أو علف الطيور المباحة، فلا يصح بلا خلاف.

فرع: في وقف الإنسان على نفسه وجهان: أحدهما: بطلانه، وهو المنصوص. والثاني: يصح، قاله الزبيري. وحكى ابن سريج أيضاً، وحكى عنه ابن كج: أنه يصح الوقف، ويلغو شرطه، وهذا بناءً على أنه إذا اقتصر على قوله: وقفت، صح، وينبغي أن يطرد في الوقف على من لا يجوز مطلقاً. ولو وقف على الفقراء، وشرط أن تقضى من غلة الوقف زكاته ديونه، فهذا وقف على نفسه وغيره ففيه الخلاف. وكذلك لو شرط أن يأكل من ثماره، أو ينتفع به ولو استبقى الواقف لنفسه التولية، وشرط أجرة، وقلنا: لا يجوز أن يقف على نفسه، ففي صحة هذا الشرط وجهان كالوجهين في الهاشمي هل يجوز أن يأخذ سهم العاملين إذا عمل على الزكاة.

قلت: الأرجح هنا جوازه. قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح: ويتقيد ذلك بأجرة المثل، ولا يجوز الزيادة إلا من أجاز الوقف على نفسه. والله أعلم. ولو وقف على الفقراء، ثم صار فقيراً، ففي جواز أخذه وجهان إذا قلنا: لا يقف على نفسه، لأنه لم يقصد نفسه وقد وجدت الصفة، ويشبه أن يكون الأصح الجواز، ورجح الغزالي المنع، لأن مطلقه ينصرف إلى غيره. وأعلم أن للواقف أن ينتفع بأوقافه العامة كآحاد الناس، كالصلاة في بقعة جعلها مسجداً، والشرب من بئر وقفها ونحو ذلك.

قلت: ومن هذا النوع، لو وقف كتاباً على المسلمين للقراءة فيه ونحوها، أو قدراً للطبخ فيها، أو كيزاناً للشرب بها ونحو ذلك، فله الانتفاع معهم. والله أعلم.

فرع: لو قال لرجلين: وقفت على أحكما، لم يصح، وفيه احتمال عن الشيخ أبي محمد.

القسم الثاني: الوقف على غير معين، كالفقراء والمساكين، وهذا يسمى وقفاً على الجهة، لأن الواقف يقصد جهة الفقر والمسكنة، لا شخصاً بعينه، فينظر في الجهة، إن كانت على المعصية، كعمارة الكنيسة وقناديلها وحصرها، وكتب التوراة والإنجيل، لم يصح، سواء وقفه مسلم أو ذمي، فنبطله إذا ترفعوا إلينا. أما ما وقفوه قبل المبعث على كنائسهم القديمة، فنقره حيث نقر الكنائس. ولو وقف لسلح قطع الطريق، أو لآلات سائر المعاصي، فباطل قطعاً. وإن لم تكن جهة معصية، نظر، فإن ظهر فيه قصد القربة، كالوقف على المساكين، وفي سبيل الله تعالى، والعلماء والمتعلمين، والمساجد والمدارس والربط والقناطر، صح الوقف.

وإن لم يظهر القربة، كالوقف على الأغنياء، فوجهان: بناءً على أن المرعي بالوقف على الموصوفين جهة القربة، أم التمليك؟ فحكى الإمام عن المعظم: أنه

القربة، ولهذا لا يجب استيعاب المساكين، بل يجوز الاقتصار على ثلاثة منهم. وعن القفال أنه قال: التملك كالوصية وكالوقف على المعين، وهذا الوجه اختيار الإمام وشيخه، وطرق العراقيين توافقه، حتى ذكروا أن الوقف على المساجد والربط، تملك المسلمين منفعة الوقف. فإن قلنا بالأول، لم يصح الوقف على الأغنياء واليهود والنصارى والفساق، والأصح: الجميع. ويجوز أن يخرج على هذا الأصل، الخلاف في صحة الوقف على قبيلة كالعلوية وغيرهم ممن لا ينحصر فيهم. في صحته قولان كالوصية لهم فإن راعينا القربة، صح، وإلا، فلا، لتعذر الاستيعاب، والأشبه بكلام الأكثرين ترجيح كونه تملكاً، وتصحيح الوقف على هؤلاء. ولهذا صحح صاحب «الشامل» الوقف على النازلين في الكنائس من مارة أهل الذمة وقال: هو وقف عليهم، لا على الكنيسة، لكن الأحسن توسط لبعض المتأخرين، وهو تصحيح الوقف على الأغنياء، وإبطاله على اليهود والنصارى وقطاع الطريق وسائر الفساق، لتضمنه الإعانة على المعصية.

فصل: في مسائل تتعلق بهذا الركن

إحداها: يجوز الوقف على سبيل الله، وهم المستحقون سهم الزكاة.

الثانية: إذا وقف على سبيل البر، أو الخير، أو الثواب، صح، ويصرف إلى أقارب الواقف. فإن لم يوجدوا، فإلى أهل الزكاة. وقال في «التهذيب»: الموقوف على سبيل البر أو الخير أو الثواب، يجوز صرفه إلى ما فيه صلاح المسلمين من أهل الزكاة، وإصلاح القناطر، وسد الثغور، ودفن الموتى وغيرها، وقال بعض أصحاب الإمام: إن وقف على جهة الخير، صرف في مصارف الزكاة، ولا يبنى به مسجد ولا رباط. وإن وقف على جهة الثواب، صرف إلى أقاربه. والذي قطع به الأكثرون، ما قدمناه. قالوا: ولو جمع بين سبيل الله تعالى، وسبيل الثواب، وسبيل الخير، صرف الثلث إلى الغزاة، والثلث إلى أقاربه، والثلث إلى الفقراء والمساكين والغارمين وابن السبيل وفي الرقاب، وهذا يخالف ما سبق.

الثالثة: يصح الوقف على أكفان الموتى، ومؤنة الغسّالين والحفّارين، وعلى شراء الأواني والظروف لمن تكسّرت عليه.

الرابعة: يصح الوقف على المتفقهة - وهم المشتغلون بتحصيل الفقه - مبتدئهم ومنتهيهم، وعلى الفقهاء، ويدخل فيه من حصل منه شيئاً وإن قل.

الخامسة: الوقف على الصوفية، حكى عن الشيخ أبي محمد أنه باطل، إذ ليس للتصوف حدٌ يعرف، والصحيح المعروف صحته، وهم المشتغلون بالعبادة في أغلب

الأوقات، المعرضون عن الدنيا. وفصله الغزالي في «الفتاوى» فقال: لا بد في الصوفي من العدالة وترك الحرفة، ولا بأس بالوراقة والخياطة وشبههما إذا تعاطاها أحياناً في الرباط لا في الحانوت، ولا تقدح قدرته على الكسب، ولا اشتغاله بالوعظ والتدريس، ولا أن يكون له من المال قدر لا تجب فيه الزكاة، أو لا يفي دخله بخرجه، وتقده الثروة الظاهرة والعروض الكثيرة، ولا بد أن يكون في زيّ القوم، إلا أن يكون مساكناً، فتقوم المخالطة والمساكنة مقام الرّيّ، قال: ولا يشترط لبس المرقعة من شيخ، وكذلك ذكر المتولي.

السادسة: وقف على الأرقاء الموقوفين لسدانة الكعبة وخدمة قبر رسول الله ﷺ، صح على الأصح.

السابعة: لو وقف على دار أو حانوت، قال الحناطي: لا يصح إلا أن يقول: وقفت على هذه الدار على أن يأكل فوائده طارقوها، فيصح على الأصح.

الثامنة: وقف على المقبرة لتصرف الغلة في عمارة القبور، قال المتولي: لا يصح، لأن الموتى صائرون إلى البلى، فلا تليق بهم العمارة.

التاسعة: وقف ضيعة على المؤن التي تقع في قرية كذا من جهة السلطان، ففي فتاوى القفال: أنه صحيح، وصيغته أن يقول: تصدقت بهذه الضيعة صدقة محرمة على أن تستغل، فما فضل عن عمارتها صرف إلى هذه المؤن.

العاشر: في فتاوى القفال، أنه لو قال: وقفت هذه البقرة على الرباط الفلاني ليشرب من لبنها من نزل، أو ينفق من نسلها عليه، صح، فإن اقتصر على قوله: وقفتها عليه، لم يصح وإن كنا نعلم أنه يريده، لأن الاعتبار باللفظ.

وقد بقيت مسائل من هذا الفصل تأتي مثورة في آخر الباب إن شاء الله تعالى.

الركن الرابع: الصيغة، فلا يصح الوقف إلا بلفظ، لأنه تمليك للعين والمنفعة، أو المنفعة، فأشبهه سائر التمليكات، لأن العتق مع قوته وسرايته لا يصح إلا بلفظ، فهذا أولى. فلو بنى على هيئة المساجد أو على غير هيئتها، وأذن في الصلاة فيه، لم يصح مسجداً، وكذا لو أذن في الدفن في ملكه، لم يصح مقبرة سواء صلي في ذاك ودفن في ذا، أم لا.

وألفاظ الوقف على مراتب:

إحداها: قوله: وقفت كذا، أو حبّست، أو سبّلت، أو أرضي موقوفة، أو محبّسة، أو مسبّلة، فكل لفظ من هذا صريح، هذا هو الصحيح الذي قطع به الجمهور. وفي وجه: كل هذا كناية، وفي وجه: الوقف صريح، والباقي كناية، وفي وجه: التسبيل كناية والباقي صريح.

الثانية: قوله: حرّمت هذه البقعة للمساكين أو أبَدتها، أو داري محرّمة أو مؤبّدة، كناية على المذهب، لأنها لا تستعمل إلا مؤكّدة للأولى.

الثالثة: تصدقت بهذه البقعة، ليس بصريح، فإن زاد معه شيئاً، فالزيادة لفظ أو نية، فأما اللفظ، ففيه أوجه: أصحابها: إن قرن به بعض الألفاظ السابقة، بأن قال: صدقة محرّمة، أو محبّسة، أو موقوفة، أو قرن به حكم الوقف فقال: صدقة لا تباع ولا توهب، التحق بالصريح، لانصرافه بهذا عن التملك المحض. والثاني: لا يكفي قوله: صدقة محرّمة أو مؤبّدة، بل لا بد من التقييد بأنها لا تباع ولا توهب، ويشبه أن لا يعتبر هذا القائل في قوله: صدقة موقوفة مثل هذا التقييد. والثالث: لا يكون صريحاً بلفظ ما، لأنه صريح في التملك المحض.

وأما النية، فإن أضاف إلى جهة عامة بأن قال: تصدقت به على المساكين ونوى الوقف، فوجهان: أحدهما: أن النية لا تلتحق باللفظ في الصرف عن صريح الصدقة إلى غيره. وأصحهما: تلتحق فيصير وقفاً. وإن أضاف إلى معيّن فقال: تصدقت عليك، أو قاله لجماعة معيّنين، لم يكن وقفاً على الصحيح، بل ينفذ فيما هو صريح فيه وهو التملك المحض، كذا قاله الإمام. ولك أن تقول: تجريد لفظ الصدقة عن القرائن اللفظية، يمكن تصويره في الجهات العامة، ولا يمكن في معيّنين إذا لم نجوز الوقف المنقطع، فإنه يحتاج إلى بيان المصارف بعد المعيّنين، وحينئذ فالمأثريّ به لا يحتمله غير الوقف، كما أن قوله: تصدقت به صدقة محرّمة أو موقوفة، لا يحتمل غير الوقف.

فرع: لو قال: جعلت هذا المكان مسجداً، صار مسجداً على الأصح، لإشعاره بالمقصود واشتهاره فيه. وقطع الأستاذ أبو طاهر والمتولي والبغوي، بأنه لا يصير مسجداً، لأنه لم يوجد شيء من ألفاظ الوقف. قال الأستاذ: فإن قال: جعلته مسجداً لله تعالى، صار مسجداً. وحكى الإمام خلافاً للأصحاب في استعمال لفظ الوقف فيما يضاهاى التجريد، كقوله: وقفت هذه البقعة على صلاة المصلّين وهو يريد جعلها مسجداً، والأصح صحته.

فصل: إذا كان الوقف على جهة، كالفقراء، وعلى المسجد والرباط، لم يشترط القبول. ولو قال: جعلت هذا للمسجد، فهو تملك لا وقف، فيشترط قبول القيم وقبضه كما لو وهب شيئاً لصبي. وإن كان الوقف على شخص أو جماعة معيّنين، فوجهان: أحدهما: عند الإمام وآخرين: اشتراط القبول. فعلى هذا، فليكن متصلاً بالإيجاب كما في البيع والهبة. والثاني: لا يشترط كالتعق، وبه قطع البغوي والرويانى. قال الرويانى: لا يحتاج لزوم الوقف إلى القبول، لكن لا يملك عليه إلا

بالاختيار، ويكفي الأخذ دليلاً على الاختيار. وخص المتولي الوجهين بقولنا: ينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليه، وإلا، فلا يشترط قطعاً. قلت: صحح الرافعي في «المحرر» الاشتراط. والله أعلم.

وسواء شرطنا القبول، أم لا، لو ردّه بطل حقه كالوصية والوكالة، وشذ البغوي فقال: لا يبطل بالرد كالعق. فعلى الصحيح: لو رد ثم رجع، قال الروياني: إن رجع قبل حكم الحاكم برده إلى غيره، كان له. وإن حكم به لغيره، بطل حقه. هذا في البطن الأول، أما البطن الثاني والثالث: فنقل الإمام والغزالي، أنه لا يشترط قبوله قطعاً، لأن استحقاقهم لا يتصل بالإيجاب، ونقلاً في ارتداده بردهم وجهين: لأن الوقف قد ثبت ولزم فيبعد انقطاعه، وأجرى المتولي الخلاف في اشتراط قبولهم وارتداده بردهم بناءً على أنهم يتلقون الحق من الواقف، أم من البطن الأول؟ إن قلنا بالأول، فقبولهم وردّهم كقبول الأولين وردّهم، وإلا، فلا يعتبر قبولهم وردّهم كالميراث، وهذا أحسن، ولا يبعد أن لا يتصل الاستحقاق بالإيجاب مع اشتراط القبول، كما في الوصية.

الطرف الثاني: في شروط الوقف، وهي أربعة:

الشرط الأول: التأييد، بأن يقف على من لا ينقرض، كالفقراء والمساكين، أو على من ينقرض ثم على من لا ينقرض، كقوله: وقفت على ولدي ثم على الفقراء، أو على زيد ثم عقبه. ثم الفقراء والمساجد والربط والقناطر، كالفقراء والمساكين، فإن عين مساجد أو قناطر، فوجهان: وفي معنى الفقراء العلماء على الصحيح، وفي فتاوى القفال خلافه، لأنهم قد ينقطعون.

فصل: لو قال: وقفت هذا سنة، فالصحيح الذي قطع به الجمهور، أن الوقف باطل. وقيل: يصح وينتهي بانتها المدة. وقيل: الوقف الذي لا يشترط فيه القبول، لا يفسد بالتوقيت كالعق، وبه قال الإمام ومن تابعه. وفي مطلق الوقف قول آخر سنحكيه في الهبة إن شاء الله تعالى.

فصل: إذا وقف وقفاً منقطع الآخر، بأن قال: وقفت على أولادي، أو قال: وقفت على زيد ثم على عقبه ولم يزد، ففي صحته ثلاثة أقوال: أظهرها عند الأكثرين: الصحة. منهم القضاة: أبو حامد، والطبري، والروياني، وهو نصه في «المختصر». والثاني: البطلان، وصححه المسعودي والإمام. والثالث: إن كان الموقوف عقاراً، فباطل. وإن كان حيواناً، صح، لأن مصيره إلى الهلاك، وربما هلك قبل الموقوف عليه. فإن صححنا، فإذا انقرض المذكور، فقولان: أحدهما:

يرتفع الوقف ويعود ملكاً للواقف، أو إلى ورثته إن كان مات. وأظهرهما: يبقى وقفاً، وفي مصرفه أوجه: أصحابها: وهو نصه في «المختصر»: يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف يوم انقراض المذكور. والثاني: إلى المساكين. والثالث: إلى المصالح العامة مصارف خمس الخمس. والرابع: إلى مستحقي الزكاة. فإن قلنا: إلى أقرب الناس إلى الواقف، فيعتبر قرب الرحم، أم استحقاق الإرث؟ وجهان: أصحابهما: الأول، فيقدم ابن البنت على ابن العم، لأن المعتبر صلة الرحم. وإذا اجتمع جماعة، فالقول في الأقرب كما سيأتي في الوصية للأقرب. وهل يختص بفقراء الأقارب، أم يشاركونهم أغنيائهم. قولان: أظهرهما: الاختصاص. وهل هو على سبيل الوجوب، أم الاستحباب؟ وجهان: وإن قلنا: يصرف إلى المساكين، ففي تقديم جيران الواقف وجهان: أصحابهما: المنع، لأننا لو قدمنا بالجوار، لقدمنا بالقرابة بطريق الأولى.

فرع: قال: وقفت هذا على زيد شهراً، على أن يعود إلى ملكي بعد الشهر، فباطل على المشهور. وفي قول: يصح، فعلى هذا هل يعود ملكاً بعد الشهر، أم يكون كالمنقطع حتى يصرف بعد الشهر إلى أقرب الناس إلى الواقف؟ قولان حكاهما البغوي.

الشرط الثاني: التنجيز. فلو قال: وقفت على من سيولد لي، أو على مسجد سيبني، ثم على الفقراء أو قال: على ولدي ثم على الفقراء ولا ولد له، فهذا وقف منقطع الأول، وفيه طريقتان: أحدهما: القطع بالبطلان. والثاني: على القولين في منقطع الآخر. والمذهب هنا البطلان، وهو نصه في «المختصر»، فإن صححنا، نظر، إن لم يمكن انتظار من ذكره كقوله: وقفت على ولدي ولا ولد له، أو على مجهول أو ميت، ثم على الفقراء، فهو في الحال مصروف إلى الفقراء، وذكر الأول لغو. وإن أمكن، إما بانقراضه كالوقف على عبد، ثم على الفقراء، وإما بحصوله، كولد سيولد له، فوجهان: أحدهما: تصرف الغلة إلى الواقف حتى ينقرض الأول. وعلى هذا، ففي ثبوت الوقف في الحال وجهان: والثاني وهو الأصح: تنقطع الغلة عن الواقف. وعلى هذا أوجه: أصحابها: تصرف في الحال إلى أقرب الناس إلى الواقف، فإذا انقرض المذكور أولاً، صرف إلى المذكور بعده وعلى هذا، فالقول في اشتراط الفقر وسائر التفاريع على ما سبق. والثاني: يصرف إلى المذكورين بعده في الحال. والثالث: أنه للمصالح العامة.

فرع: وقف على وارثه في مرض الموت، ثم على الفقراء، وقلنا: الوقف على الوارث باطل، أو صحيح، فردّه باقي الورثة، فهو منقطع الأول. وكذا لو وقف على

معين يصح الوقف عليه، ثم على الفقراء، فردّه المعين، وقلنا بالصحيح: إنه يرتد بالرد، فمنقطع الأول.

فرع: إذا علق الوقف فقال: إذا جاء رأس الشهر، أو قدم فلان، فقد وقفته، لم يصح على المذهب. وقيل: على الخلاف في منقطع الأول، وأولى بالفساد.

فرع: وراء منقطع الأول فقط أو الآخر فقط صور:

إحداها: أن يكون متصل الأول والآخر والوسط، فصحيح.

الثانية: أن يكون منقطعها جميعاً، فباطل قطعاً.

الثالثة: متصل الطرفين منقطع الوسط، بأن وقف على أولاده، ثم رجل مجهول، ثم الفقراء، فإن صححنا منقطع الآخر، فهذا أولى، وإلا، فوجهان: أصحهما: الصحة، ويصرف عند توسط الانقطاع إلى أقرب الناس إلى الواقف، أو إلى المساكين، أو المصالح، أو الجهة العامة المذكورة آخراً؟ فيه الخلاف السابق.

الرابعة: أن ينقطع الطرفان دون الوسط، بأن وقف على رجل مجهول، ثم على أولاده فقط، فإن أبطلنا منقطع الأول، فهذا أولى، وإلا، فالأصح بطلانه أيضاً. فإن صححنا، ففيمن يصرف إليه الخلاف السابق.

الشرط الثالث: الإلزام. فلو وقف بشرط الخيار، أو قال: وقفت بشرط أني أبيعه، أو أرجع فيه متى شئت، فباطل، واحتجوا له بأنه إزالة ملك إلى الله سبحانه وتعالى، كالعق، أو إلى الموقوف عليه، كالبيع والهبة، وعلى التقديرين؛ فهذا شرط مفسد. لكن في فتاوى القفال أن العتق لا يفسد بهذا الشرط، وفرق بينهما بأن العتق مبني على الغلبة والسراية. وعن ابن سريج، أنه يحتمل أن يبطل الشرط، ويصح الوقف. ولو وقف على ولده أو غيره بشرط أن يرجع إليه إذا مات، فهو باطل على المذهب. وعن البويطي، أنه على قولين أخذاً من مسألة العمرى. ولو وقف وشرط لنفسه أن يحرم من شاء، أو يقدّم أو يؤخّر، فالشرط فاسد على الأصح. هذا إذا أنشأ الوقف بهذا الشرط، فلو أطلقه ثم أراد أن يغيّر ما ذكره بحرمان أو زيادة، أو تقديم أو تأخير، فليس له قطعاً. فإن صححنا شرطه لنفسه، فشرطه لغيره، ففساد على الأصح. وإن أفسدناه، ففي فساد الوقف خلاف مبني على أن الوقف كالعتق، أم لا؟

هذا مجموع ما حضرني من كتب الأصحاب. والذي قطع به جمهورهم، بطلان الشرط والوقف في هذه الصور كلها، وشذ الغزالي فجعل هذه الصور ثلاث مراتب:

الأولى: وقفت بشرط أن أرجع متى شئت، أو أحرم المستحق وأحوّل الحق إلى غيره متى شئت، ففساد.

الثانية: بشرط أن أغيّر قدر المستحق للمصلحة، فهو جائز.

الثالثة: يقول: أغير تفصيله، فوجهان: وهذا الترتيب لا يكاد يوجد لغيره، ثم فيه لبس، فإن التحويل المذكور في الأولى هو التغير المذكور في الثانية، والمذهب ما ذكره الجمهور.

فصل: لو شرط الواقف أن لا يؤجر الوقف، فأوجه: أصحابها: يتبع شرطه كسائر الشروط. والثاني: لا، لتضمنه الحجر على مستحقي المنفعة. والثالث: إن منع الزيادة على سنة، أتبع، لأنه من مصالحه، وإن منع مطلقاً، فلا. فإن أفسدنا الشرط، فالقياس فساد الوقف به. وقال الشيخ أبو عاصم: إذا شرط أن لا يؤجر أكثر من سنة، لم يخالف. وقيل: إن كان الصلاح في الزيادة، زيد، وهذا تصحيح للوقف مع فساد الشرط.

قلت: ليس هذا فساداً للشرط مطلقاً، بخلاف مسألتنا. والله أعلم.

فصل: إذا جعل داره مسجداً، أو أرضه مقبرة، أو بنى مدرسة، أو رباطاً، فلكل أحد أن يصلي ويعتكف في المسجد، ويدفن في المقبرة، ويسكن المدرسة بشرط الأهلية، وينزل الرباط، وسواء فيه الواقف وغيره. ولو شرط في الوقف اختصاص المسجد بأصحاب الحديث، أو الرأي، أو طائفة معينين، فوجهان: أحدهما: لا يتبع شرطه. فعلى هذا قال المتولي: يفسد الوقف لفساد الشرط. والثاني: يتبع ويختص بهم رعاية للشرط وقطعاً للنزاع في إقامة الشعائر، ويشبه أن تكون الفتوى بهذا وإن كان الغزالي اقتصر على الأول في «الوجيز».

قلت: الأصح اتباع شرطه، وصححه الرافعي في «المحرر». والمراد بأصحاب الحديث: الفقهاء الشافعية، وبأصحاب الرأي: الفقهاء الحنفية، هذا عرف أهل خراسان. والله أعلم.

ثم الوجهان، فيما إذا قال: على أصحاب الحديث، فإذا انقرضوا فعلى عامة المسلمين، أما إذا لم يتعرض للانقراض، ففيه خلاف.

قلت: يعني اختلفوا في صحة الوقف لاحتمال انقراض هذه الطائفة، والأصح أو الصحيح الصحة. والله أعلم.

ولو شرط في المدرسة والرباط الاختصاص، اختص قطعاً. ولو شرط في المقبرة الاختصاص بالغرباء، أو بجماعة معينين، فالوجه أن يرتب على المسجد. فإن قلنا: يختص، فالمقبرة أولى، وإلا، فوجهان: لتردها بين المسجد والمدرسة، وإلحاقها بالمدرسة أصح، فإن المقابر للأموات كالمساكن للأحياء، وهذا كله إذا شرط في حال الوقف. أما إذا وقف مطلقاً، ثم خصص المدرسة أو المسجد أو غيرهما، فلا اعتبار به قطعاً.

الشرط الرابع: بيان المصرف، فلو قال: وقفت هذا واقتصر عليه، فقولان: وقيل: وجهان: أظهرهما عند الأكثرين: بطلان الوقف كقوله: بعت داري بعشرة، أو وهبتها، ولم يقل لمن، ولأنه لو قال: وقفت على جماعة، لم يصح، لجهالة المصرف. فإذا لم يذكر المصرف، فأولى أن لا يصح. والثاني: يصح، وإليه ميل الشيخ أبي حامد، واختاره صاحب «المهذب» والرويانى، كما لو نذر هدياً أو صدقة ولم يبين المصرف، وكما لو قال: أوصيت بثلثي، فإنه يصح ويصرف إلى المساكين. وهذا إن كان متفقاً عليه، فالفرق مشكل.

قلت: الفرق، أن غالب الوصايا للمساكين، فحمل المطلق عليه، بخلاف الوقف، ولأن الوصية مبنية على المساهلة، فتصح بالمجهول والنفس وغير ذلك، بخلاف الوقف. والله أعلم.

فإن صححنا، ففي مصرفه الخلاف في منقطع الآخر إذا صححناه. وعن ابن سريج، يصرفه الناظر فيما يراه من البر كعمارة المساجد، والقناطر، وسد الثغور، وتجهيز الموتى وغيرها.

فصل: في مسائل تتعلق بالباب

الأولى: وقف على رجلين، ثم على المساكين، فمات أحدهما، ففي نصيبه وجهان: أصحهما: وهو نصه في حرمة: يصرف إلى صاحبه. والثاني: إلى المساكين، والقياس: أن لا يصرف إلى صاحبه ولا إلى المساكين، بل صار الوقف في نصيب الميت منقطع الوسط.

قلت: معناه: يكون صرفه مصرف منقطع الوسط، لأنه يجيء خلاف في صحة الوقف. والله أعلم.

الثانية: وقف على شخصين ولم يذكر من يصرف إليه بعدهما، وصححنا الوقف، فمات أحدهما، فنصيبه للآخر، أم حكمه حكم نصيبها إذا ماتا؟ فيه وجهان: الثالثة: وقف على بطون، فرد البطن الثاني وقلنا: يرتد بردهم فهذا وقف منقطع الوسط، وسبق بيانه، وفيه قول أو وجه: أنه يصرف إلى البطن الثالث.

الرابعة: يصح الوقف على أقارب رسول الله ﷺ إذا جوزنا الوقف على قوم غير محصورين، ولا يكون كصرف الزكاة إليهم.

الخامسة: قال: وقفت داري على المساكين بعد موتي، قال الشيخ أبو محمد: أفتى الأستاذ أبو إسحاق بصحة الوقف بعد الموت، ووافقه أئمة عصره، وهذا كأنه

وصية. يدل عليه أن في فتاوى القفال، أنه لو عرض الدار على البيع، صار راجعاً فيه.

السادسة: قال: جعلت داري هذه خانقاه للغزاة، لم تصر وقفاً بذلك. ولو قال: تصدقت بها صدقة محرمة، ليصرف من غلتها كل شهر إلى فلان كذا، ولم يزد عليه، ففي صحة هذا الوقف وجهان: فإن صح، ففي الفاضل عن المقدار أوجه: أحدها: الصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف. والثاني: إلى المساكين والثالث: يكون ملكاً للواقف.

السابعة: قال: جعلت داري هذه للمسجد، أو سلّم داراً إلى قيّم المسجد وقال: خذها للمسجد، أو قال: إذا مت فأعطوا من مالي ألف درهم للمسجد، أو فداري للمسجد، لا يكون شيئاً، لأنه لم توجد صيغة وقف ولا تمليك، ولك أن تقول: إن لم يكن صريحاً في التمليك، فلا شك أنه كناية.

الثامنة: قال: وقفت داري على زيد وعلى الفقراء، بني على ما إذا أوصى لزيد وللفقراء، فإن جعلناه كأحدهم، صح الوقف ولا يحرم زيد. وإن قلنا: له النصف، صح الوقف في نصيب الفقراء. وأما النصف الثاني، فمنقطع الآخر، فإن لم يصح، جاء تفريق الصفقة. وهذه المسألة مع المسألتين قبلها منقولة في فتاوى القفال.

التاسعة: في فتاوى القفال: أنه لو قال: وقفها على المسجد الفلاني، لم يصح حتى يبين جهته فيقول: وقفت على عمارته، أو وقفت عليه ليستغل فيصرف إلى عمارته أو إلى دهن السراج ونحوهما، ومقتضى إطلاق الجمهور صحته.

قلت: وقد صرح البغوي وغيره بصحته. والله أعلم.

العاشرة: في فتاوى القفال: أنه لو وقف على رباط أو مسجد معين، ولم يذكر المصروف إن خرب، فهو منقطع الآخر. وفصل صاحب «التتمة» فقال: إن كان في موضع يستبعد في العادة خرابه، بأن كان في وسط البلدة، فهو صحيح، وإن كان في قرية أو حارة، فهو منقطع الآخر.

قلت: ومما يتعلق بهذا الباب.

الباب الثاني: في أحكام الوقف الصحيح

إذا صح الوقف، ترتّب عليه أحكام:

منها: ما ينشأ من اللفظ المستعمل في الوقف ويختلف باختلاف الألفاظ. ومنها: ما يقتضيه المعنى، فلا يختلف باختلاف اللفظ، ويجمع الباب طرفان:

الطرف الأول: في الأحكام اللفظية، والأصل فيه، أن شروط الواقف مرعية ما لم يكن فيها ما ينافي الوقف، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: قال: وقفت على أولادي، وأولاد أولادي، فلا ترتيب، بل يسوى بين الجميع. ولو زاد فقال: ما تناسلوا، أو بطناً بعد بطن، فكذا، ويحمل على التعميم على الصحيح. وقال الزيادي: قوله: بطناً بعد بطن، يقتضي الترتيب. ولو قال: على أولادي ثم على أولاد أولادي، ثم على أولاد أولاد أولادي ما تناسلوا أو بطناً بعد بطن، فهو للترتيب، ولا يصرف إلى البطن الثاني شيء ما بقي من الأول واحد، ولا إلى الثالث ما بقي من الثاني أحد، كذا أطلقه الجمهور. والقياس فيما إذا مات واحد من البطن الأول، أن يجيء في نصيبه الخلاف السابق فيما لو وقف على شخصين أو جماعة ثم على المساكين فمات واحد، فيألى من يصرف نصيبه؟ ولم أر تعرضاً إليه إلا لأبي الفرج السرخسي، فإنه سوى بين صورتين، وحكى فيهما وجهين: أحدهما: أن نصيب الميت لصاحبه. والثاني: أنه لأقرب الناس إلى الواقف، وكذا ذكر صاحب «الإيضاح» أن يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف.

قلت: الصحيح: ما أطلقه الجمهور، لأن من بقي بعد موت بعض الأولاد يسمون أولاداً، بخلاف ما إذا مات أحد الشخصين. ثم إن مراعاة الترتيب لا تنتهي عند البطن الثالث والرابع، بل يعتبر الترتيب في جميع البطون، فلا يصرف إلى بطن وهناك أحد من بطن أقرب، صرح به البغوي وغيره. والله أعلم.

ولو قال: على أولادي وأولاد أولادي الأعلى فالأعلى، أو الأقرب فالأقرب، أو الأول فالأول، أو يُبدأ بالأعلى منهم، أو على أن لا حق لبطن وهناك أحد فوقهم، فمقتضاه الترتيب أيضاً. ولو قال: فمن مات من أولادي فنصيبه لولده، اتُّبع شرطه.

فرع: قال: على أولادي، ثم على أولاد أولادي، وأولاد أولاد أولادي، فمقتضاه الترتيب بين البطن الأول ومن دونهم، والجمع بين مَنْ دونهم. ولو قال: على أولادي وأولاد أولادي، ثم على أولاد أولاد أولادي، فمقتضاه الجمع أولاً، والترتيب ثانياً.

فرع: قال: على أولادي وأولاد أولادي ومن مات منهم فنصيبه لأولاده، فمات واحد، فنصيبه لأولاده خاصة، ويشاركون الباقيين فيما عدا نصيب أبيهم.

المسألة الثانية: إذا وقف على الأولاد، ففي دخول أولاد الأولاد ثلاثة أوجه: أصحها: لا يدخلون. والثاني: يدخلون. والثالث: يدخل أولاد البنين دون أولاد

البنات، وهذا الخلاف عند الإطلاق، وقد يقرن باللفظ ما يقتضي الجزم بخروجهم، كقوله: وقفت على أولادي، فإذا انقضوا فلا حفاذي الثلث، والباقي للفقراء. ولو وقف على الأولاد، ولم يكن له إلا أولاد الأولاد، حمل اللفظ عليهم، قاله المتولي وغيره. ولو وقف على أولاده وأولاد أولاده، ففي دخول أولاد أولاده الخلاف.

المسألة الثالثة: الوقف على الأولاد، يدخل فيه البنون والبنات والخنثى المشكل.

المسألة الرابعة: الوقف على البنين، لا يدخل فيه الخنثى، وفي دخول بني البنين والبنات الأوجه الثلاثة.

المسألة الخامسة: الوقف على البنات، لا يدخل فيه الخنثى، وفي بنات الأولاد الأوجه.

المسألة السادسة: وقف على البنين والبنات، دخل الخنثى على الأصح. وقيل: لا، لأنه لا يعدُّ من هؤلاء، ولا من هؤلاء.

المسألة السابعة: وقف على بني تميم، وصححنا مثل هذا الوقف، ففي دخول نسائهم وجهان: أحدهما: المنع، كالوقف على بني زيد. وأصحهما: الدخول، لأنه يعبر به عن القبيلة.

المسألة الثامنة: وقف على أولاده وأولاد أولاده، دخل فيه أولاد البنين والبنات. فإن قال: على من ينتسب إليَّ من أولاد أولادي، لم يدخل أولاد البنات على الصحيح.

فرع: المستحقون في هذه الألفاظ، لو كان أحدهم حملاً عند الوقف، هل يدخل حتى يوقف له شيء؟ فيه وجهان حكاهما المتولي. أحدهما: نعم كالميراث، ويستحق الغلة في مدة الحمل. والصحيح: لا، لأنه قبل الانفصال لا يسمى ولداً. وأما غلة ما بعد الانفصال، فيستحقها قطعاً. وكذا الأولاد الحادث علوقهم بعد الوقف، يستحقون إذا انفصلوا. هذا هو الصحيح المقطوع به في الكتب. وفي «أمالى» السرخسي خلافة.

قلت: ومما يتفرع على الصحيح أنه لا يستحق غلة مدة الحمل: أنه لو كان الموقوف نخلة، فخرجت ثمرتها قبل خروج الحمل، لا يكون له من تلك الثمرة شيء، كذا قطع به الفوراني والبغوي، وأطلقاه. وقال الدرامي في «الاستذكار»: في الثمرة التي أطلعت ولم تؤبّر، قولان؛ هل لها حكم المؤبرة فتكون للبطن الأول، أو لا فتكون للثاني؟ وهذان القولان يجريان هنا. والله أعلم.

فرع: المنفِيُّ باللَّعَان، لا يستحق شيئاً، لانقطاع نسبه، وخروجه عن كونه ولدًا. وعن أبي إسحاق: أنه يستحق، وأثر اللعان مقصور على الملاعن.

قلت: فلو استلحقه بعد نفيه، دخل في الوقف قطعاً، ذكره البغوي. والله أعلم.

المسألة التاسعة: قال: وقفت على ذريتي أو عقبي أو نسلي، دخل فيه أولاد البنين والبنات، قريهم وبعيدهم. ولو حدث حمل، قال المتولي: يوقف نصيبه قطعاً، لأنه من نسله وعقبه قطعاً. ولو وقف على عترته، قال ابن الأعرابي وثعلب: هم ذريته. وقال القتيبي: هم عشيرته، وهما وجهان للأصحاب. أصحابهما: الثاني، وقد روي ذلك عن زيد بن أرقم.

قلت: هذان المذهبان، مشهوران لأهل اللغة، غير مختصين بالمذكورين، لكن أكثر من جعلهم عشيرته، خصهم بالأقربين. قال الأزهري: قال بعض أهل اللغة: عترته: عشيرته الأدنون. وقال الجوهري: عترته: نسله ورهطه الأدنون. وقال الزبيري: عترته: أقرباؤه من ولد وغيره، ومقتضى هذه الأقوال أنه يدخل ذريته عشيرته الأدنون، وهذا هو الظاهر المختار. والله أعلم.

المسألة العاشرة: قال: على عشيرتي، فهو كقوله: على قرابتي. وإذا قال: على قرابتي أو أقرب الناس إليّ، فعلى ما سنذكره في الوصية إن شاء الله تعالى.

وقال المتولي: قوله: على قبيلتي أو عشيرتي، لا يدخل فيه إلا قرابة الأب. ثم إذا كانوا غير محصورين، ففيهم الخلاف السابق. ثم من حدث بعد الوقف يشاركون الموجودين عند الوقف على الصحيح، وعن البويطي منعه.

المسألة الحادية عشرة: اسم المولى يقع على المعتقد ويقال له: المولى الأعلى، وعلى العتيق ويقال له: المولى الأسفل، فإذا وقف على مواليه وليس له إلا أحدهما، فالوقف عليه. وإن وُجداً جميعاً، فهل يقسم بينهما، أم يختص به الأعلى، أم الأسفل، أم يبطل الوقف؟ فيه أربعة أوجه: أصحابها: في «التنبيه» الأول. وفي «الوجيز» الرابع.

قلت: الأصح، الأول، وقد صححه أيضاً الجرجاني في «التحريض» وحكى الدارمي وجهاً خامساً، أنه موقوف حتى يصطلحوا، وليس بشيء. والله أعلم.

فصل: يرفع شرط الواقف في الأقدار، وصفات المستحقين، وزمن الاستحقاق. فإذا وقف على أولاده وشرط التسوية بين الذكر والأنثى، أو تفضيل أحدهما، اتُّبع شرطه. وكذا الوقف على العلماء بشرط كونهم على مذهب فلان، أو على الفقهاء بشرط الغربة أو الشيخوخة، اتُّبع. ولو قال: على بني الفقراء، أو على

بناتي الأرامل، فمن استغنى منهم، وتزوج منهن، خرج عن الاستحقاق. فإن عاد فقيراً، أو زال نكاحها، عاد الاستحقاق.

قلت: ولم أر لأصحابنا تعرضاً لاستحقاقها في حال العدة، وينبغي أن يقال: إن كان الطلاق بائناً، أو فارقت بفسخ أو وفاة، استحققت، لأنها ليست بزوجة في زمن العدة. وإن كان رجعيًا، فلا، لأنها زوجة. والله أعلم.

قال العبادي في «الزيادات»: لو وقف على أمهات أولاده إلا على من تزوج منهن، فتزوجت، خرجت، ولا تعود بالطلاق، والفرق من حيث اللفظ، أنه أثبت الاستحقاق لبناته الأرامل وبالطلاق صارت أرملة، وهنا جعلها مستحقة إلا أن تزوج، وبالطلاق لا تخرج عن كونها تزوجت. ومن حيث المعنى أن غرضه أن تفي له أم ولده فلا يخلفه عليها أحد، فمن تزوجت لم تف ولو طلقت.

فرع: لو شرط صرف غلة السنة الأولى إلى قوم، وغلة السنة الثانية إلى آخرين، وهكذا ما بقوا، اتبع شرطه.

فرع: قال: وقفت على أولادي، فإذا انقضى أولادي وأولاد أولادي، فعلى الفقراء، فهذا وقف منقطع على الوسط الصحيح، وحكمه ما سبق، لأنه لم يجعل لأولاد الأولاد شيئاً، وإنما شرط انقراضهم لاستحقاق الفقراء. وقيل يستحقون بعد انقراض أولاد الصلب.

فرع: وقف على بنيه الأربعة، على أن مات منهم وله عقب، فنصيبه لعقبه، ومن مات ولا عقب له، فنصيبه لسائر أصحاب الوقف، ثم مات أحدهم عن ابن، وآخر عن ابنين، وثالث ولا عقب له، فنصيب الثالث بين الرابع وابن الأول الأول وابن الثاني بالسوية. ولو قال: وقفت على بني الخمسة ومن سيولد لي على ما أفصله، ثم فصل فقال: ضيعة كذا لابني فلان، وحصة كذا لفلان، إلى أن ذكر الخمسة، ثم قال: وأما من سيولد لي، فنصيبه أن مات من الخمسة ولا عقب له يصرف حقه إليه، فمات واحد من الخمسة ولا عقب له، وولد للواقف ولد، يصرف إلى المولود نصيب الميت، وليس له شيء آخر بقوله أولاً: وقفت على بني ومن سيولد لي، لأن التفصيل المذكور آخر بيان لما أجمله أولاً، وقد جرت عادة الشرطين بمثله.

فرع: قال: وقفت على سكان موضع كذا، فغاب بعضهم سنة ولم يبع داره، ولا استبدل داراً، لا يبطل حقه، ذكره العبادي.

فرع: وقف على زيد بشرط أن يسكن موضع كذا، ثم بعده على الفقراء

والمساكين، فهذا وقف منقطع، لأن الفقراء إنما يستحقون بعد انقراضه، واستحقاقه مشروط بشرط قد يتخلف.

فصل: الصفة والاستثناء عقيب الجمل المعطوف بعضها على بعض يرجعان إلى الجميع.

مثال الصفة: وقفت على أولادي وأحفادي وإخوتي المحتاجين منهم.
ومثال الاستثناء: وقفت على أولادي وأحفادي وإخوتي، إلا أن يفسق واحد منهم، هكذا أطلقه الأصحاب. ورأى الإمام تقييده بقيدين. أحدهما: أن يكون العطف بالواو، فإن كان بـ «ثم» اختصت الصفة والاستثناء بالجملة الأخيرة. والثاني: أن لا يتخلل بين الجملتين كلام طويل. فإن تخلل، كقوله: على أن من مات منهم وله عقب، فنصيبه بين أولاده للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن لم يعقب، فنصيبه للذين في درجته، فإذا انقرضوا، فهو مصروف إلى إخوتي إلا أن يفسق أحدهم، فلا استثناء يختص بالاخوة. والصفة المتقدمة على جميع الجمل، كقوله: وقفت على فقراء أولادي وأولاد أولادي وإخوتي، كالتأخرة عن جميعها، حتى يعتبر الفقر في الكل.

فرع: البطن الثاني هل يتلقون الوقف من الواقف، أم من البطن الأول؟ فيه وجهان: أحدهما: من الواقف.

الطرف الثاني: في الأحكام المعنوية، فمنها اللزوم في الحال، سواء أضافه إلى ما بعد الموت، أم لم يُضف، وسواء سلمه، أم لم يسلمه، قضى به قاضٍ، أم لا.

قلت: وسواء في هذا كان الوقف على جهة، أو شخص، وسواء قلنا: الملك في رقبة الوقف لله تعالى، أم للموقوف عليه، أم باقٍ للواقف، ولا خلاف في هذا بين أصحابنا إلا ما شذَّ به الجرجاني في «التحرير» فقال: إذا كان على شخص وقلنا: الملك للموقوف عليه، افتقر إلى قبضه كالهبة، وهذا غلط ظاهر وشذوذ مردود، نبهت عليه لئلا يُعترَّ به. والله أعلم.

وإذا لزم، امتنعت التصرفات القاذحة في غرض الوقف وفي شرطه. وسواء في امتناعها الواقف وغيره. وأما رقبة الوقف، فالمذهب وهو نصه في «المختصر» هنا: أن الملك فيها انتقل إلى الله تعالى. وفي قول: إلى الموقوف عليه. وخرج قول: أنه باقٍ على ملك الواقف. وقيل: بالأول قطعاً. وقيل: بالثاني قطعاً. وقيل: إن كان الوقف على معين، ملكه قطعاً. وإن كان على جهة، انتقل إلى الله تعالى قطعاً، واختاره الغزالي، ولا فرق عند جمهور الأصحاب. هذا كله إذا وقف على شخص أو جهة عامة. فأما إذا جعل البقعة مسجداً أو مقبرة، فهو فك عن الملك كتحرير الرقيق، فينقطع عنها اختصاصات الآدميين قطعاً.

فصل: فوائد الوقف ومنافعه، للموقوف عليه، يتصرف فيها تصرف الملاك في الأملاك. فإن كان شجرة، ملك الموقوف عليه ثمارها، ولا يملك أغصانها إلا فيما يعتاد قطعه كشجر الخلاف، فأغصانها كثمر غيرها، وإن كان الموقوف بهيمة، ملك صوفها ووبرها ولبنها قطعاً، ويملك نتاجها أيضاً على الأصح كالثمرة. والثاني: تكون وقفاً تبعاً لأمه كولد الأضحية. وقيل: الوجهان في ولد الفرس والحمار، فأما ولد النعم، فيملكه قطعاً، لأن المطلوب منها الدر والنسل. وقيل: لا حق فيه للموقوف عليه، بل يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف، إلا أن يصرح بخلافه، وهذا الخلاف في نتاج حدث بعد الوقف. فإن وقف البهيمة وهي حامل، فإن قلنا: الحادث وقف، فهذا أولى، وإلا، فوجهان بناءً على أن الحمل هل له حكم، أم لا؟ وهذا المذكور في الدر والنسل هو فيما إذا أطلق أو شرطهما للموقوف عليه. فلو وقف دابة على ركوب إنسان، ولم يشترط له الدر والنسل، قيل: حكمهما حكم وقف منقطع الآخر. وقال البغوي: ينبغي أن يكون للواقف، وهذا أوجه: لأن الدر والنسل لا مصرف لهما أولاً ولا آخراً.

فرع: قالوا: لو وقف ثور للإنزاء، جاز، ولا يجوز استعماله في الحراثة.

فرع: لا يجوز ذبح البهيمة المأكولة الموقوفة، وإن خرجت عن الانتفاع، كما لا يجوز إعتاق العبد الموقوف، لكن لو صارت بحيث يقطع بموتها، قال المتولي: تذبح للضرورة. وفي لحمها، طريقان: أحدهما: يشتري بثمنه بهيمة من جنسها وتوقف. والثاني: إن قلنا: الملك فيها ينتقل إلى الله تعالى، فعل فيه الحاكم ما رآه مصلحة. وإن قلنا: للموقوف عليه أو للواقف، صرف إليهما.

فرع: إذا ماتت البهيمة الموقوفة، فالموقوف عليه أحق بجلدها. وإذا دبغها، ففي عوده وقفاً وجهان: قال المتولي. أصحابهما: العود.

فصل: المنافع المستحقة للموقوف عليه، يجوز أن يستوفيها بنفسه، ويجوز أن يقيم غيره مقامه بإعارة أو إجارة، والأجرة ملك له. هذا إن كان الوقف مطلقاً، فإن قال: وقفت داري ليسكنها من يعلم الصبيان في هذه القرية، فللمعلم أن يسكنها، وليس له أن يسكنها غيره بأجرة ولا بغيرها. ولو قال: وقفت داري على أن تستغل وتصرف غلتها إلى فلان، تعين الاستغلال، ولم يجز له أن يسكنها، كذا ذكرت الصورتان في فتاوى القفال وغيره. ولو كان الوقف مطلقاً، فقال الموقوف عليه: اسكن الدار، فقال الناظر: أكرهها لأصرف غلتها في مرمتها، فله أن يكره.

فرع: متى وجب المهر، فوطيء الموقوفة، فهو للموقوف عليه كاللبن والثمرة.

فرع: لا يجوز وطء الموقوفة لا للواقف ولا للموقوف عليه، وإن قلنا: الملك فيها لهما، لأنه ملك ضعيف. ولو وطئت فلها أحوال:

أحدها: أن يطأها أجنبي. فإن لم يكن هناك شبهة، لزمه الحد، والولد رقيق. ثم هل هو ملك طلق، أم وقف؟ وجهان كنتاج البهيمة، ويجب المهر إن كانت مكرهه. وإن كانت مطاوعة عالمه بالحال، ففيه خلاف سبق في الغصب وإن كان هناك شبهة فلا حد ويجب المهر والولد حر وعليه قيمته، ويكون ملكاً للموقوف عليه إن جعلنا الولد ملكاً، وإلا، فيشتري بها عبد ويوقف.

الحال الثاني: أن يطأها الموقوف عليه. فإن لم يكن شبهة، فقليل: لا حد لشبهة الملك، وبه قطع ابن الصباغ. والأصح: أنه يبني على أقوال الملك، فإن جعلناه له، فلا حد، إلا، فعليه الحد. ولا أثر لملك المنفعة، كما لو وطىء الموصى له بالمنفعة الجارية، وهل الولد ملك أم وقف؟ فيه الوجهان. وإن وطىء بشبهة، فلا حد، والولد حر، ولا قيمة عليه إن ملكناه ولد الموقوفة، وإن جعلناه وقفاً اشترى بها عبد آخر ويوقف، وتصير الجارية أم ولد له إن قلنا: الملك للموقوف عليه، فتعتق بموته وتؤدى قيمتها من تركته. ثم هل هي لمن ينتقل الوقف إليه بعده ملك، أم يشتري بها جارية وتوقف؟ فيه خلاف نذكره في قيمة العبد الموقوف إذا قُتل، ولا مهر على الموقوف عليه بحال، لأنه لو وجب لوجب له.

الحال الثالث: أن يطأها الواقف. فإن لم يكن الوطء بشبهة تفرع على الخلاف في الملك. فإن لم نجعل الملك له، فعليه الحد، والولد رقيق. وفي كونه ملكاً أم وقفاً، الوجهان. ولا تكون الجارية أم ولد له. وإن جعلنا الملك له، فلا حد. وفي نفوذ الاستيلاء إن أولدها الخلاف في استيلاء الراهن، لتعلق حق الموقوف عليه بها، وهذا أولى بالمنع. وإن وطىء بشبهة، فلا حد، والولد حر نسيب وعليه قيمته، وفيما يفعل بها الوجهان. وتصير أم ولد له، إن ملكناه، تعتق بموته وتؤخذ قيمتها من تركته، وفيما يفعل بها الخلاف.

فرع: في تزويج الموقوفة، وجهان: أحدهما: المنع لما فيه من النقص، وربما ماتت من الطلق، فيفوت حق البطن الثاني. وأصحهما: الجواز، تحصيناً لها وقياساً على الإجارة. فعلى هذا، إن قلنا: الملك للموقوف عليه، فهو الذي تزوجها ولا يحتاج إلى إذن أحد. وإن قلنا: لله سبحانه وتعالى زوجها السلطان ويستأذن الموقوف عليه، وكذا إن قلنا: وكذا إن قلنا: للواقف زوجها بإذن الموقوف عليه، هذا كلام الجمهور. وحكى الغزالي وجهين: في أن السلطان هل يستأذن الموقوف عليه، وفي أنه هل يستأذن الواقف أيضاً؟ ويلزم مثله في استئذان الواقف إذا زوج الموقوف عليه،

والمهر للموقوف عليه بكل حال. وولدها من الزوج للموقوف عليه ملكاً أو وقفاً؟ على الخلاف السابق.

قلت: ولو طلبت الموقوفة التزويج، فلهم الامتناع. والله أعلم.

فرع: ليس للموقوف عليه أن يتزوج الموقوفة إن قلنا: إنها ملكه، وإلا، فوجهان: أحدهما: المنع احتياطاً، وعلى هذا لو وقفت عليه زوجته انفسخ النكاح.

فصل: حق تولية أمر الوقف في الأصل للواقف، فإن شرطها لنفسه أو لغيره، أتبع شرطه، وأشار في «النهاية» إلى خلاف فيما إذا كان الوقف على معين، وشرط التولية لأجنبي، هل يُتبع شرطه إذا فرعنا على أن الملك في الوقف للموقوف عليه؟ والمذهب: الأول، وبه قطع الجمهور. وسواء فرض في الحياة أو أوصى، فكل منهما معمول به. وإن وقف ولم يشترط التولية لأحد، فثلاثة طرق. أحدها: هل النظر للواقف، أم للموقوف عليه، أم للحاكم؟ فيه ثلاثة أوجه: والطريق الثاني: يبنى على الخلاف في ملك الرقبة، فإن قلنا: هو للواقف، فالتولية له على الأصح. وقيل: للحاكم، لتعلق حق الغير به. وإن قلنا: لله تعالى، فهي للحاكم. وقيل: للواقف إذا كان الوقف على جهة عامة، فإن قيامه بأمر الوقف من تنمة القرية. وقيل: للموقوف عليه إن كان معيناً، لأن الغلة والمنفعة له. وإن قلنا: الملك للموقوف عليه، فالتولية له. والطريق الثالث قاله كثيرون: التولية للواقف بلا خلاف. والذي يقتضي كلام معظم الأصحاب: الفتوى به أن يقال: إن كان الوقف على جهة عامة، فالتولية للحاكم كما لو وقف على مسجد أو رباط. وإن كان على معين، فكذلك إن قلنا: الملك ينتقل إلى الله تعالى. وإن جعلناه للواقف، أو الموقوف عليه، فكذلك التولية.

فرع: لا بد من صلاحية المتولي لشغل التولية، والصلاحية بالأمانة، والكفاية في التصرف، واعتبارهما كاعتبارهما في الوصي والقيم، وسواء في اشتراطهما المنصوب للتولية والواقف إذا قلنا: هو المتولي عند الإطلاق، وسواء الوقف على الجهة العامة والأشخاص المعينين. وقيل: لا تشترط العدالة إذا كان الوقف على معينين ولا طفل فيهم. فإن خان، حملوه على السداد. والصواب المعروف هو الأول. حتى لو فوض إلى موصوف بالأمانة والكفاية، فاختلت إحداهما، انتزع الحاكم الوقف منه. وقبول المتولي ينبغي أن يجيء فيه ما في قبول الوكيل والموقوف عليه.

فرع: وظيفة المتولي العمارة، والإجارة، وتحصيل الغلة، وقسمتها على المستحقين، وحفظ الأصول والغلات على الاحتياط، هذا عند الإطلاق. ويجوز أن ينصب الواقف متولياً لبعض الأمور دون بعض، بأن يجعل إلى واحد العمارة وتحصيل الغلة، وإلى آخر حفظها وقسمتها على المستحقين، أو يشترط لواحد الحفاظ

واليد، ولآخر التصرف. ولو فرض إلى اثنين، لم يستقل أحدهما بالتصرف. ولو قال: وقفت على أولادي على أن يكون النظر لعدلين منهم، فإن لم يكن فيهم إلا عدل واحد، ضم إليه الحاكم عدلاً آخر.

فرع: لو شرط الواقف للمتولي شيئاً من الغلة، جاز، وكان ذلك أجرة عمله، فلو لم يشرط شيئاً، ففي استحقاقه أجرة عمله الخلاف السابق فيما لو استعمل إنساناً ولم يذكر له أجرة. ولو شرط للمتولي عشر الغلة أجرة لعمله، ثم عزله، بطل استحقاقه. وإن لم يتعرض لكونه أجرة، ففي فتاوى القفال: أنه لا يبطل استحقاقه، لأن العشر وقف عليه، فهو كأحد الموقوف عليهم، ويجوز أن يقال: إذا أثبتنا الأجرة بمجرد التفويض، أخذاً من العادة، فالعادة تقتضي أن المشروط للمتولي أجرة عمله، وإن لم يصفه بأنه أجرة، ويلزم من ذلك بطلان الاستحقاق بالعزل.

فرع: ليس للمتولي أن يأخذ من مال الوقف شيئاً على أن يضمه. ولو فعل، ضمن. ولا يجوز ضم الضمان إلى مال الوقف. وإقراض مال الوقف حكمه حكم إقراض مال الصبي.

فرع: للواقف أن يعزل من ولده، وينصب غيره، كما يعزل الوكيل، وكأن المتولي نائب عنه. هذا هو الصحيح، وبه قال الإصطخري، وأبو الطيب ابن سلمة. وفي وجه: ليس له العزل، لأن ملكه زال فلا تبقى ولايته عليه، ويشبه أن تكون المسألة مفروضة في التولية بعد تمام الوقف دون ما إذا وقف بشرط أن تكون التولية لفلان، لأن في فتاوى البغوي: أنه لو وقف مدرسة على أصحاب الشافعي رحمهم الله، ثم قال لعالم: فوضت إليك تدريسها، أو اذهب ودرس فيها، كان له إبداله بغيره. ولو وقف بشرط أن يكون هو مدرسها، أو قال حال الوقف: فوضت تدريسها إلى فلان، فهو لازم لا يجوز تبديله، كما لو وقف على أولاده الفقراء، لا يجوز التبديل بالأغنياء، وهذا حسن في صيغة الشرط، وغير متضح في قوله: وقفْتُها وفوضت التدريس إليه.

قلت: هذا الذي استحسنته الإمام الرافعي، هو الأصح أو الصحيح. ويتعين أن تكون صورة المسألة كما ذكر. ومن أطلقها، فكلامه محمول على هذا. وفي فتاوى الشيخ أبي عمرو بن الصلاح رحمه الله تعالى: أنه ليس للواقف تبديل من شرط النظر له حال إنشاء الوقف وإن رأى المصلحة في تبديله، ولا حكم له في ذلك وأمثاله بعد تمام الوقف. ولو عزل الناظر المعين حالة إنشاء الوقف نفسه، فليس للواقف نصب غيره، فإنه لا نظر له بعد أن جعل النظر في حالة الوقف لغيره، بل ينصب الحاكم ناظراً.

وفيها: أنه إذا جعل في حالة الوقف النظر لزيد بعد انتقال الوقف من عمرو إلى الفقراء، فعزل زيد نفسه قبل انتقاله إلى الفقراء، لم ينفذ عزله، ولا يملك الواقف عزل زيد في الحال ولا بعدها كما تقدم.

وفيها: أنه ليس للناظر أن يسند ما جعل له من الإسناد قبل مصير النظر إليه. وفيها: أنه لو شرط النظر للأرشد من أولاد أولاده، فكان الأرشد من أولاد البنات، ثبت له النظر.

وفيها: أنه إذا شرط النظر للأرشد من أولاده، فأثبت كل واحد منهم أنه الأرشد، اشتركوا في النظر من غير إستقلال إذا وجدت الأهلية في جميعهم. فإن وجدت في بعضهم، اختص بذلك، لأن البنات تعارضت في الأرشد، فتساقطت وبقي أصل الرشد، فصار كما لو قامت البيئة برشد الجميع من غير تفصيل، وحكمه التشريك لعدم المزية. وأما عدم الاستقلال، فكما لو أوصى إلى شخصين مطلقاً. وفيها: أنه لو كان له النظر على مواضع في بلدان، فأثبت أهلية نظره في مكان منها، ثبت أهليته في باقي الأماكن من حيث الأمانة، ولا تثبت من حيث الكفاية، إلا أن تثبت أهليته للنظر في سائر الوقوف. والله أعلم.

فرع: في فتاوى البغوي: أنه لا يبدل بعد موت الواقف القيم الذي نصبه، كأنه يجعل بعد موته كالوصي.

فصل: نفقة العبد والبهيمة الموقوفين من حيث شرط الواقف، فإن لم يشترط، ففي الأكساب وعوض المنافع. فإن لم يكن العبد كاسباً، أو تعطل كسبه ومنافعه لزمانة أو مرض، أو لم يف كسبه بنفقته، بني على أقوال الملك. فإن قلنا: الملك للموقوف عليه، لزمه النفقة. وإن قلنا: لله تعالى، ففي بيت المال كما لو أعتق من لا كسب له. وإن قلنا: للواقف، فهي عليه. فإذا مات، ففي بيت المال، قاله المتولي، لأن التركة انتقلت إلى الورثة، والرقبة لم تنتقل إليهم، فلا يلزمهم النفقة. وقياس قولنا: أن رقبة الوقف للواقف، انتقالها إلى وارثه، وإذا مات، فمؤنة تجهيزه كنفقته. وأما العقار الموقوف، فنفقته من حيث شرط. فإن لم يشترط، فمن غلته. فإن لم يكن غلة، لم يجب على أحد عمارته كالملك الطلق، بخلاف الحيوان تصان روحه.

فصل: للواقف وللمن ولأه الواقف إجارة الوقف. وإذا لم ينصب الواقف للتولية أحداً، فالخلاف فيمن له التولية قد سبق، فإن قلنا: المتولي هو الحاكم، فهو الذي يؤجره، وإن قلنا: إنه الموقوف عليه بناءً على أن الملك له، يمكن من الإجارة على الصحيح. فإن كان الموقوف عليه جماعة، اشتركوا في الإيجار، فإن كان فيهم طفل، قام وليه مقامه. والثاني: لا، لأنه ربما مات في المدة فيكون تصرفه في نصيب

غيره. فإن كان الواقف جعل لكل بطن منهم الإجارة، فلهم الإجارة قطعاً. وإذا أُجّر الموقوف عليه بحكم الملك وجوزناه، فزادت الأجرة في المدة، أو ظهر طالب بالزيادة، لم يتأثر العقد به، كما لو أجر الموقوف. ولو أجر المتولي بحكم التولية، ثم حدث ذلك، فكذلك الحكم على الأصح، لأن العقد جرى بالغبطة في وقته، فأشبه ما إذا باع الولي مال الطفل ثم ارتفعت القيمة بالأسواق، أو ظهر طالب بالزيادة. والثاني: ينفسخ العقد، لأنه بان وقوعه، بخلاف الغبطة في المستقبل. والثالث: إن كانت الإجارة سنة فما دونها، لم يتأثر العقد. وإن كانت أكثر، فالزيادة مردودة، وبه قطع أبو الفرج الزّار في «الأمالى».

فصل: إذا اندرس شرط الواقف، ولم تعرف مقادير الاستحقاق، أو كيفية الترتيب بين أرباب الوقف، قسمت الغلة بينهم بالسوية. وحكى بعض المتأخرين أن الوجه: التوقف إلى اصطلاحهم، وهو القياس. ولو اختلف أرباب الوقف في شرط الوقف، ولا بينة، جعلت الغلة بينهم بالسوية. فإن كان الواقف حياً، رجع إلى قوله، كذا ذكره صاحب «المهذب». «والتهذيب» ولو قيل: لا رجوع إلى قوله، كما لا رجوع إلى قول البائع إذا اختلف المشتريان منه في كيفية الشراء، لما كان بعيداً.

قلت: الصواب: الرجوع إليه، والفرق ظاهر. وقولهم: جعل بينهم، هو فيما إذا كان في أيديهم، أو لا يد لواحد منهم. أما لو كان في يد بعضهم، فالقول قوله. قال الغزالي وغيره. فإن لم يُعرف أرباب الوقف، جعلناه كوقف مطلق لم يذكر مصرفه، فيصرف إلى تلك المصارف. والله أعلم.

فصل: في تعطل الموقوف واختلال منافعه

وله سببان:

السبب الأول: أن يحصل بسبب مضمون، بأن يُقتل العبد الموقوف. فإما أن لا يتعلق بقتله قصاص، وإما أن يتعلق.

الضرب الأول: ينظر فيه، هل القاتل أجنبي، أم الموقوف عليه، أم الواقف.

الحال الأول: إذا قتله أجنبي، لزمه قيمته. وفي مصرفها طريقتان:

أحدهما: تخريجها على أقوال ملك الرقبة، إن قلنا: لله تعالى، اشترى بها عبداً يكون وقفاً مكانه، فإن لم يوجد، فبعض عبد. وإن قلنا: للموقوف عليه أو الواقف، فوجهان: أحدهما: كذلك لئلا يتعطل غرض الواقف وحق باقي البطون. والثاني: يصرف ملكاً إلى من حكمنا له بملك الرقبة، وبطل الوقف.

والطريق الثاني: القطع بأنه يشتري بها عبد يكون وقفاً. والأصحاب متفقون

على أن الفتوى بأنه يشتري عبد. وإذا اشترى عبد وفضل شيء من القيمة، فهل يعود ملكاً للواقف، أم يصرف إلى الموقوف عليه؟ وجهان في فتاوى القفال رحمه الله تعالى.

قلت: الوجهان معاً ضعيفان، والمختار أنه يشتري به شقص عبد، لأنه بدل جزء من الموقوف، والتفريع على وجوب شراء عبد. والله أعلم.

ثم العبد الذي يجعل بدلاً، يشتريه الحاكم إن قلنا: الملك في الرقبة لله تعالى. وإن قلنا للموقوف عليه، فالموقوف عليه. وإن قلنا: للواقف، فوجهان: ذكره أبو العباس الروياني في «الجرجانيات». ولا يجوز للمتلف أن يشتري العبد ويقيمه مقام الأول، لأن من ثبت في ذمته شيء، ليس له استيفاءه من نفسه لغيره.

فرع: العبد المشتري، هل يصير وقفاً بالشراء، أم لا بد من وقف جديد؟ وجهان جاريان في بدل المرهون إذا أُلِف. وبالثاني قطع المتولي، وقال: الحاكم هو الذي ينشئ الوقف، ويشبه أن يقال: من يباشر الشراء يباشر الوقف. قلت: الأصح: أنه لا بد من إنشاء الوقف فيه، ووافق المتولي آخرون. والله أعلم.

فرع: لا يجوز شراء عبد بقيمة الجارية، ولا عكسه. وفي جواز شراء الصغير بقيمة الكبير وعكسه، وجهان حكاهما في «الجرجانيات». قلت: أقواهما: المنع، لاختلاف الغرض بالنسبة إلى البطون من أهل الوقف. والله أعلم.

الحال الثاني والثالث: إذا قتله الموقوف عليه أو الواقف، فإن صرفنا القيمة إليه في الحالة الأولى ملكاً، فلا قيمة عليه إذا كان هو القاتل، وإلا، فالحكم والتفريع كالحالة الأولى.

الضرب الثاني: ما يتعلق به القصاص، فإن قلنا: الملك للواقف أو الموقوف عليه، وجب القصاص ويستوفيه المالك منهما. وإن قلنا: لله تعالى، فهو كعبيد بيت المال. والأصح: وجوب القصاص، قاله المتولي، ويستوفيه الحاكم.

فرع: حكم أروش الأطراف والجنایات على العبد الموقوف فيما دون النفس حكم قيمته في جميع ما ذكرناه، هذا هو الصحيح. وفي وجه: يصرف إلى الموقوف عليه على كل قول كالمهر والأكساب.

فرع: إذا جنى العبد الموقوف جنایة موجبة للقصاص، فللمستحق الاستيفاء. فإن استوفى، فأت الوقف كموته. وإن عفا على مال، أو كانت موجبة للمال، لم تتعلق برقبته، لتعذر بيع الوقف، لكن يُفدى كأم الولد إذا جنت. فإن قلنا: الملك

للووقف، فداء، وإن قلنا: لله تعالى، فهل يفديه الواقف، أم بيت المال، أم يتعلق بكسبه؟ فيه أوجه: أصحها: أولها. وإن قلنا: للموقوف عليه، فداء على الصحيح الذي قطع به الجمهور. وقيل: على الواقف. وقيل: إن قلنا: الوقف لا يفتقر إلى القبول، فعلى الواقف، وإلا، فعلى الموقوف عليه. وحيث أوجبنا الفداء على الواقف، فكان ميتاً، ففي «الرجانيات» أنه أن ترك مالا، فعلى الوارث الفداء. وقال المتولي: لا يفدي من التركة، لأنها انتقلت إلى الوارث. فعلى هذا هل يتعلق بكسبه، أم بيت المال كالحرم المعسر الذي لا عاقلة له؟ وجهان: أحدهما: نعم، كما لو جنى القن ثم مات. وأصحهما: لا، وبه قال ابن الحداد. ويجري الخلاف، فيما إذا جنت أم الولد وماتت، وتكرر الجناية من العبد الموقوف كتكررها من أم الولد.

قلت: وحيث أوجبنا الأرض في جهة، وجب أقل الأمرين من قدر قيمته والأرض، كذا صرح به الأصحاب، منهم صاحب «المهذب» و«التهذيب». وأما قول صاحب «البيان»: إذا أوجبنا على الموقوف عليه تعيين الأرض، فشاذ باطل. والله أعلم.

السبب الثاني: أن يحصل التعطل بسبب غير مضمون. فإن لم يبق شيء منه ينتفع به، بأن مات الموقوف، فقد فات الوقف. وإن بقي، كشجرة جفت، أو قلعتها الريح، فوجهان: أحدهما: ينقطع الوقف كموت العبد. فعلى هذا، ينقلب الحطب ملكاً للواقف. وأصحهما: لا ينقطع. وعلى هذا، وجهان: أحدهما: يباع ما بقي، لتعذر الانتفاع بشرط الواقف. فعلى هذا، الثمن كقيمة المتلف. فعلى وجه: يصرف إلى الموقوف عليه ملكاً. وفي وجه: يشتري به شجرة، أو شقص شجرة من جنسها، لتكون وقفاً. ويجوز أن يشتري به ودي يغرس موضعها. وأصحها: منع البيع. فعلى هذا، وجهان: أحدهما: ينتفع بإجارته جذعاً إدامةً للوقف في عينه. والثاني: يصير ملكاً للموقوف عليه، واختار المتولي وغيره الوجه الأول إن أمكن استيفاء منفعة منه مع بقاءه، والوجه الثاني إن كانت منفعته في استهلاكه.

فرع: زمانة الدابة الموقوفة، كجفاف الشجرة.

قلت: هذا إذا كانت الدابة مأكولة، فإنه يصح بيعها للحمها، فإن كانت غير مأكولة، لم يجزىء الخلاف في بيعها، لأنه لا يصح بيعها إلا على الوجه الشاذ في صحة بيعها اعتماداً على جلدها. والله أعلم.

فرع: حصر المسجد إذا بليت، ونحاة أخشابه إذا نخرت، وأستار الكعبة إذا لم يبق فيها منفعة ولا جمال، في جواز بيعها وجهان: أصحهما: تباع، لئلا تضيع

وتضييق المكان بلا فائدة. والثاني: لا تباع، بل تترك بحالها أبداً. وعلى الأول، قالوا: يصرف ثمنها في مصالح المسجد. والقياس: أن يشتري بثمان الحصر حصير، ولا يصرف في مصلحة أخرى، ويشبه أن يكون هو المراد بإطلاقهم. وجذع المسجد المنكسر إذا لم يصلح لشيء سوى الإحراق، فيه هذا الخلاف. وإن أمكن أن يتخذ منه ألواح أو أبواب، قال المتولي: يجتهد الحاكم ويستعمله فيما هو أقرب إلى مقصود الواقف. ويجري الخلاف في الدار المنهدمة، وفيما إذا أشرف الجذع على الانكسار والدار على الانهدام. قال الإمام: وإذا جوزنا البيع، فالأصح صرف الثمن إلى جهة الوقف. وقيل: هو كقيمة المتلف، فيصرف إلى الموقوف عليه ملكاً على رأي، وإذا قيل به فقال الموقوف عليه: لا تبعوها واقلبوها إلى ملكي، فلا يجاب على المذهب، ولا تنقلب عين الوقف ملكاً، وقيل: تنقلب ملكاً بلا لفظ.

فرع: لو انهدم المسجد، أو خربت المحلة حوله وتفرق الناس عنها فتعطل المسجد، لم يعد ملكاً بحال، ولا يجوز بيعه، لإمكان عوده كما كان، ولأنه في الحال يمكن الصلاة فيه. ثم المسجد المعطل في الموضع الخراب، إن لم يخف من أهل الفساد نقضه، لم ينفذ. وإن خيف، نقض وحفظ وإن رأى الحاكم أن يعمر بنقضه مسجداً آخر، جاز، وما كان أقرب إليه، فهو أولى، ولا يجوز صرفه إلى عمارة بئر أو حوض، وكذا البئر الموقوفة إذا خربت، يصرف نقضها إلى بئر أخرى أو حوض، لا إلى المسجد، ويراعي غرض الواقف ما أمكن.

فرع: جميع ما ذكرناه في حصر المسجد ونظائرها، هو فيما إذا كانت موقوفة على المسجد. أما ما اشتراه الناظر للمسجد، أو وهبه له واهب، وقبله الناظر، فيجوز بيعه عند الحاجة بلا خلاف، لأنه ملك، حتى إذا كان المشتري للمسجد شقصاً، كان للشريك الأخذ بالشفعة. ولو باع الشريك، فللناظر الأخذ بالشفعة عند الغبطة، هكذا ذكروه.

قلت: هذا إذا اشتراه الناظر ولم يقفه. أما إذا وقفه، فإنه يصير وقفاً قطعاً، وتجري عليه أحكام الوقف. والله أعلم.

فرع: لو وقف على ثغر، فاتسعت خطة الإسلام حوله، تحفظ غلة الوقف، لاحتمال عودة ثغراً.

فرع: قال أبو عاصم العبادي: لو وقف على قنطرة، فانخرق الوادي وتعطلت تلك القنطرة واحتيج إلى قنطرة أخرى، جاز النقل إلى ذلك الموضع.

فرع: إذا خرب العقار الموقوف على المسجد وهناك فاضل من غلته، بدىء منه بعمارة العقار.

فرع: قال ابن كج: إذا حصل مال كثير من غلة المسجد، أُعِدَّ منه قدر ما لو حُرب المسجد أُعيدت به العمارة، والزائد يشتري به للمسجد ما فيه زيادة غلة. وفي فتاوى القفال: أن الموقوف لعمارة المسجد لا يشتري به شيء أصلاً، لأن الواقف وقف على العمارة.

فصل: في مسائل منثورة تتعلق بالباب

إحداها: وقف على الطالبين، وجوزناه، كفى الصرف إلى ثلاثة، ويجوز أن يكون أحدهم من أولاد علي، والثاني من أولاد جعفر، والثالث من أولاد عقيل، عليه السلام. ولو وقف على أولاد علي وأولاد عقيل وأولاد جعفر عليهم السلام، فلا بد من الصرف إلى ثلاثة من كل صنف.

الثانية: وقف شجرة، ففي دخول المغرس وجهان: وكذا حكم الأساس مع البناء.

الثالثة: وقف على عمارة المسجد، لا يجوز صرف الغلة إلى النقش والتزويق، وذكر في «العدة» أنه يجوز دفع أجرة القيم منه، ولا يجوز صرف شيء منه إلى الإمام والمؤذن، والفرق أن القيم يحفظ العمارة. قال: ويجوز أن يشتري منه البواري، ولا يشتري الدهن على الأصح. والذي ذكره البغوي وأكثر من تعرض للمسألة: أنه لا يشتري منه الدهن ولا الحصير. والتجصيص الذي فيه إحكام، معدود من العمارة. وإذا وقف على عمارة المسجد، جاز أن يشتري منه سُلْمٌ لصعود السطح، ومكانس يكنس بها، ومساحي لنقل التراب، لأن ذلك كله لحفظ العمارة.

ولو كان يصيب بابه المطر ويفسده، جاز بناء ظُلَّةٍ منه، وينبغي أن لا يضر بالمارة. ولو وقف على مصلحة المسجد، لم يجز النقش والتزويق، ويجوز شراء الحصر والدهن، والقياس جواز الصرف إلى الإمام والمؤذن أيضاً. والموقوف على الحشيش والسقف، لا يصرف إلى الحصير ولا بالعكس، والموقوف على أحدهما لا يصرف إلى اللبود ولا بالعكس. ولو وقف على المسجد مطلقاً، وجوزناه، قال البغوي: هو كالوقف على عمارة المسجد. وفي «الجرجانيات» في جواز الصرف إلى النقش والتزويق في هذه الصورة وجهان: وفي فتاوى الغزالي: أنه يجوز هنا صرف الغلة إلى الإمام والمؤذن، وأنه يجوز بناء منارة للمسجد، ويشبه أن يجوز بناء المنارة من الموقوف على عمارة المسجد أيضاً. ولو وقف على النقش والتزويق، فوجهان قريبان من الخلاف في جواز تحلية المصحف.

قلت: الأصح: لا يصح الوقف على النقش والتزويق، لأنه منهى عنه. والله أعلم.

الرابعة: إذا قال المتولي: أنفقت كذا، فالظاهر قبول قوله عند الاحتمال.

الخامسة: لا يجوز قسمة العقار الموقوف بين أرباب الوقف. وقال ابن القطان: إن قلنا: القسمة إفراز، جاز، فإذا انقرض البطن الأول، انقضت القسمة، ويجوز لأهل الوقف المهايأة، قاله ابن كج.

السادسة: لا يجوز تغيير الوقف عن هيئته، فلا تجعل الدار بستاناً ولا حماماً، ولا بالعكس، إلا إذا جعل الواقف إلى الناظر ما يرى فيه مصلحة للوقف. وفي فتاوى القفال: أنه يجوز أن يجعل حانوت القصارين للخبازين، فكأنه احتمل تغيير النوع دون الجنس. ولو هدم الدار أو البستان ظالم، أخذ منه الضمان وبني به أو غرس ليكون وقفاً مكان الأول. ولو انهدم البناء وانقلعت الأشجار، استغلت الأرض بالإجارة لمن يزرعها أو يضرب فيها خيامه، ثم تبنى وتغرس من غلتها، ويجوز أن يقرض الإمام الناظر من بيت المال، أو يأذن له في الاقتراض أو الإنفاق من مال نفسه على العمارة بشرط الرجوع، وليس له الاقتراض دون إذن الإمام.

السابعة: لو تلف الموقوف في يد الموقوف عليه من غير تعد، فلا ضمان عليه. قلت: ومن ذلك الكيزان المسبلة على أحواض الماء والأنهر ونحوها، فلا ضمان على من تلف في يده شيء منها بلا تعد. فإن تعدى، ضمن، ومن التعدي، استعماله في غير ما وقف له. والله أعلم.

الثامنة: لو انكسر المرجل والطنجير الموقوفان، ووجد متبرع بالإصلاح، فذاك، وإلا، اتخذ منه أصغر وأنفق الباقي على إصلاحه. فإن لم يمكن اتخاذ مرجل وطنجير، اتخذ منه ما يمكن من قصعة ومغرفة وغيرهما، ولا حاجة هنا إلى إنشاء وقفه، فإنه غير الموقوف.

التاسعة: الوقف على الفقراء، هل يختص بفقراء بلد الواقف؟ فيه الخلاف المذكور فيما لو أوصى للفقراء. وهل يجوز الدفع منه إلى فقيرة لها زوج يمونها؟ فيه خلاف سبق في أول قسم الصدقات.

قلت: سبق هناك، أن الأصح أنه لا يدفع إليها ولا إلى الابن المكفي بنفقة أبيه، قال صاحب «المعاية»: ولو كان له صنعة يكتسب بها كفايته ولا مال له، استحق الوقف باسم الفقر قطعاً. وفي هذا الذي قاله احتمال. والله أعلم.

العاشرة: سئل الحناطي عن شجرة تنبت في المقبرة، هل يجوز للناس الأكل من ثمرها؟ فقال: قيل: يجوز، وعندي الأولى أن تصرف في مصالح المقبرة.

قلت: المختار: الجواز. والله أعلم.

وسئل عن شجرة غرسها رجل في المسجد، فقال: إن غرسها للمسجد، لم يجز

أكل ثمرها بلا عوض، ويجب صرف عوضها في مصالح المسجد، وينبغي أن لا تغرس الأشجار في المسجد.

قلت: وإن غرسها مسبلة للأكل، جاز أكلها بلا عوض، وكذا إن جهلت نيته حيث جرت العادة به، وسبق في كتاب الصلاة أنها تُقْلَع. والله أعلم.

الحادية عشرة: قال الأئمة: إذا جعل البقعة مسجداً، فكان فيها شجرة، جاز للإمام قلعها باجتهاده. وبماذا ينقطع حق الواقف عن الشجرة؟ قال الغزالي في «الفتاوى»: مجرد ذكر الأرض لا يخرج الشجرة عن ملكه كبيع الأرض، وحينئذ لا يكلف تفريغ الأرض، ولك أن تقول: في استتباع الأرض للشجر في البيع قولان: وإذا قال: جعلت هذه الأرض مسجداً، فلا تدخل الشجرة قطعاً، لأنها لا تجعل مسجداً. ولو جعل الأرض مسجداً، ووقف الشجرة عليها، فعلى هذه الصورة ونحوها يُنْزَل كلام الأصحاب.

الثانية عشرة: أفتى الغزالي بأنه يجوز وقف الستور لتستر بها جدران المسجد، وينبغي أن يجيء فيه الخلاف السابق في النقش والتزويق.

الثالثة عشرة: لو وقف على دهن السراج للمسجد، جاز وضعه في جميع الليل، لأنه أنشط للمصلين.

قلت: إنما يسرج جميع الليل إذا انتفع به من في المسجد كمصلٍ ونائم وغيرهما. فإن كان المسجد مغلقاً ليس فيه أحد، ولا يمكن دخوله، لم يسرج، لأنه إضاعة مال. والله أعلم.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الهبة (١)

قسم الشافعي رحمته الله العطايا، فقال: تبرع الإنسان بماله على غيره، ينقسم إلى معلق بالموت وهو الوصية، وإلى منجز في الحياة، وهو ضربان: أحدهما: تمليك محض، كالهبات والصدقات. والثاني: الوقف.

والتمليك المحض: ثلاثة أنواع: الهبة، والهدية، وصدقة التطوع. وسبيل ضبطها أن نقول: التمليك لا بعوض هبة. فإن انضم إليه حمل الموهوب من مكان إلى مكان الموهوب له إعظماً له أو إكراماً، فهو هدية، وإن انضم إليه كون التمليك للمحتاج تقريباً إلى الله تعالى، وطلباً لثواب الآخرة، فهو صدقة، فامتياز الهدية عن الهبة بالنقل والحمل من موضع إلى موضع، ومنه إهداء النعم إلى الحرم، ولذلك لا يدخل لفظ الهدية في العقار بحال، فلا يقال: أهدى إليه داراً، ولا أرضاً، وإنما يطلق ذلك في المنقولات كالثياب والعبيد، فحصل من هذا أن هذه الأنواع تفترق بالعموم والخصوص، فكل هدية وصدقة هبة، ولا تنعكس. ولهذا لو حلف لا يهب، فتصدق، حنث، وبالعكس لا يحنث. واختلفوا في أنه هل يشترط في حد الهدية أن يكون بين المهدي والمهدي إليه رسول أو متوسط، أم لا؟ فحكى أبو عبد الله الزبيري، فيما إذا حلف لا يهدي إليه، فوهب له خاتماً أو نحوه يداً بيد، هل يحنث؟ وجهين: والأصح: أنه لا يشترط، وينتظم أن يقول لمن حضر عنده: هذه هديتي أهديتها لك. وهذه الأنواع الثلاثة مندوب إليها، وتفترق في أحكام، وتشترك في أحكام، وسيأتي بيانها إن شاء الله تعالى.

قلت: قال أصحابنا: وفعلها مع الأقارب ومع الجيران أفضل من غيرهم. والله أعلم.

فرع: ينبغي أن لا يحتقر القليل فيمتنع من إهدائه، وأن لا يستنكف المهدى إليه عن قبول القليل.

قلت: ويستحب للمهدى إليه أن يدعو للمهدي، ويستحب للمهدي إذا دعا له

(١) الهبة هي التبرع من جائز التصرف في حياته لغيره بمال معلوم أو غيره بلا عوض.

المهدي إليه، أن يدعو أيضاً له، وقد أوضحت ذلك مع بيان ما يدعو به في كتاب «الأذكار». والله أعلم.

فصل: ويشتمل الكتاب على بابين.

الباب الأول: في أركان الهبة وشرط لزومها

أما أركانها فأربعة:

الركن الأول والثاني: العاقدان، وأمرهما واضح.

الركن الثالث: الصيغة. أما الهبة، فلا بد فيها من الإيجاب والقبول باللفظ، كالبيع وسائر التمليكات. وأما الهدية، ففيها وجهان: أحدهما: يشترط فيها الإيجاب والقبول، كالبيع والوصية، وهذا ظاهر كلام الشيخ أبي حامد والمتلقين عنه. والثاني: لا حاجة فيها إلى إيجاب وقبول باللفظ، بل يكفي القبض ويملك به، وهذا هو الصحيح الذي عليه قرار المذهب ونقله الأثبات من متأخري الأصحاب، وبه قطع المتولي والبغوي، واعتمده الروياني وغيرهم، واحتجوا بأن الهدايا كانت تحمل إلى رسول الله ﷺ فيقبلها، ولا لفظ هناك، وعلى جرى ذلك الناس في الأعصار، ولذلك كانوا يبعثون بها على أيدي الصبيان الذين لا عبارة لهم.

فإن قيل: هذا كان إباحة لا هدية وتمليكا، فجوابه أنه لو كان إباحة، لما تصرفوا فيه تصرف الملاك، ومعلوم أن ما قبله النبي ﷺ، كان يتصرف فيه ويملكه غيره. ويمكن أن يحمل كلام من اعتبر الإيجاب والقبول على الأمر المشعر بالرضى دون اللفظ، ويقال: الإشعار بالرضى قد يكون لفظاً وقد يكون فعلاً.

فرع: الصدقة كالهبة بلا فرق فيما ذكرناه، وسواء فيما ذكرناه في الهدية الأتعمة وغيرها.

فرع: في مسائل تتعلق بما سبق

إحداها: حيث اعتبرنا الإيجاب والقبول، لا يجوز التعليق على شرط، ولا التوقيت على المذهب، وفيهما كلام سنذكره في العُمري إن شاء الله تعالى، وكذلك لا يجوز تأخير القبول عن الإيجاب، بل يشترط التواصل المعتاد كالبيع، وعن ابن سريج جواز تأخير القبول كما في الوصية، وهذا الخلاف حكاه كثيرون في الهبة، وخصه المتولي بالهدية، وجزم بمنع التأخير في الهبة، والقياس التسوية بينهما. ثم في الهدايا التي يبعث بها من موضع إلى موضع، وإن اعتبرنا اللفظ والقبول على الفور، فإما أن يوكل الرسول ليوجب ويقبل المبعوث إليه، وإما أن يوجب المهدي ويقبل المهدي إليه عند الوصول إليه.

الثانية: إذا كانت الهبة لمن ليس له أهلية القبول، نظر، إن كان الواهب أجنبياً، قبل له من يلي أمره من ولي ووصي وقيّم. وإن كان الواهب ممن يلي أمره، فإن كان غير الأب والجد، قبل له الحاكم أو نائبه. وإن كان أباً أو جدّاً، تولى الطرفين. وهل يحتاج إلى لفظي الإيجاب والقبول، أم يكفي أحدهما؟ وجهان كما سبق في البيع. قال الإمام: وموضع الوجهين في القبول، ما إذا أتى بلفظ مستقل، كقوله: اشتريت لطفلي، أو انهبت له كذا. أما قوله: قبلت البيع والهبة، فلا يمكن الاقتصار عليه بحال.

فرع: لا اعتبار بقبول متعهد الطفل الذي لا ولاية له عليه.

الثالثة: إذا وهب لعبد غيره، فالمعتبر قبول العبد. وفي افتقاره إلى إذن سيده خلاف سبق.

الرابعة: وهب له شيئاً فقبل نصفه، أو وهب له عبيدين، فقبل أحدهما، ففي صحته وجهان: والفرق بينه وبين البيع، أن البيع معاوضة.

الخامسة: غرس أشجاراً وقال عند الغراس: أغرسه لابني، لم يصير للابن. ولو قال: جعلته لابني وهو صغير، صار للابن، لأن هبته له لا تقتضي قبولا، بخلاف ما لو جعله لبالغ، كذا قاله الشيخ أبو عاصم، وهو ملتفت إلى الانعقاد بالكنائيات، وإلى أن هبة الأب لابنه الصغير يكفي فيها أحد الشقين.

السادسة: لو ختن ابنه واتخذ دعوة، فحملت إليه هدايا ولم يسم أصحابها الأب ولا الابن، فهل تكون الهدية ملكاً للأب، أم للابن؟ فيه وجهان.

قلت: قطع القاضي حسين في «الفتاوى» بأنه للابن، وأنه يجب على الأب أن يقبلها لولده، فإن لم يقبل، أثم. قال: وكذا وصي وقيّم، يقبل الهدية والوصية للصغير. قال: فإن لم يقبل الوصي الوصية والهدية، أثم وانعزل لتركه النظر. وفي فتاوى القاضي: أن الشيخ أبا إسحاق الشيرازي قال: تكون ملكاً للأب، لأن الناس يقصدون التقرب إليه، وهذا أقوى وأصح. والله أعلم.

السابعة: بعث إليه هدية في ظرف، والعادة في مثلها رد الظرف، لم يكن الظرف هدية. فإن كان العادة أن لا يرد كقوصرة التمر، فالظرف هدية أيضاً، وقد يميز القسمان بكونه مشدوداً فيه وغير مشدود. وإذا لم يكن الظرف هدية، كان أمانة في يد المهدي إليه، وليس له استعماله في غير الهدية. وأما فيها، فإن اقتضت العادة تفريغه، لزم تفريغه. وإن اقتضت التناول منه، جاز التناول منه، قال البغوي: ويكون عارية.

الثامنة: بعث كتاباً إلى حاضر أو غائب، وكتب فيه أن اكتب الجواب على

ظهره، لزمه رده، وليس له التصرف فيه، وإلا، فهو هدية يملكها المكتوب إليه، قاله المتولي. وقال غيره: يبقى على ملك الكاتب، وللمكتوب إليه الانتفاع به على سبيل الاباحة.

قلت: هذا الثاني حكاه صاحب «البيان» عن حكاية القاضي أبي الطيب عن بعض الأصحاب، والأول أصح. والله أعلم.

التاسعة: أعطاه درهماً وقال: ادخل به الحمام، أو دراهم وقال: اشتر بها لنفسك عمامة ونحو ذلك، ففي فتاوى القفال: أنه إن قال ذلك على سبيل التبسط المعتاد، ملكه وتصرف فيه كيف شاء. وإن كان غرضه تحصيل ما عيَّنه لما رأى به من الشعث والوسخ، أو لعلمه بأنه مكشوف الرأس، لم يجز صرفه إلى غير ما عيَّنه.

قلت: وقال القاضي حسين في «الفتاوى»: وهل يتعين؟ يحتمل وجهين: وقال: ولو طلب الشاهد مركوباً ليركبه في أداء الشهادة، فأعطاه دراهم ليصرفها إلى مركوب، هل له صرفها إلى جهة أخرى؟ وجهان: الصحيح المختار، ما قاله القفال. قال القاضي: ولو قال: وهبتك هذه الدراهم بشرط أنك تشتري بها خبزاً لتأكله، لم تصح الهبة، لأنه لم يطلق له التصرف. والله أعلم.

العاشرة: سئل الشيخ أبو زيد رحمه الله تعالى عن رجل مات أبوه، فبعث إليه رجل ثوباً ليكفنه فيه، هل يملكه حتى يمسكه ويكفنه في غيره؟ فقال: إن كان الميت ممن يتبرك بتكفينه لفقه وورع، فلا، ولو كفنه في غيره، وجب رده إلى مالكه.

الحادية عشرة: في فتاوى الغزالي: أن خادم الصوفية الذي يتردد في السوق ويجمع لهم شيئاً يأكلونه، يملكه الخادم الصرف ولا يلزمه الصرف إليهم، إلا أن المروءة تقتضي الوفاء بما تصدَّى له، ولو لم يف، فلهم منعه من أن يظهر الجمع لهم والإنفاق عليهم. وإنما ملكه لأنه ليس بولي ولا وكيل عنهم، بخلاف هدايا الختان.

قلت: ومن مسائل الفصل، أن قبول الهدايا التي يجيء بها الصبي المميز، جائز باتفاقهم، وقد سبق في كتاب البيع، وأنه يجوز قبول هدية الكافر، وأنه يحرم على العمال وأهل الولايات قبول هدية من رعاياهم. والله أعلم.

فصل: في العمرى والرقي

أما العمرى، فقلوه: أعمرتك هذه الدار مثلاً، أو جعلتها لك عمرى، أو حياتك، أو ما عشت، أو حييت، أو بقيت، وما يفيد هذا المعنى. ثم له أحوال:

أحدها: أن يقول مع ذلك: فإذا مت، فهي لورثتك أو لعقبك، فيصح وهي الهبة بعينها، لكنه طول العبارة فإذا مات. فالدار لورثته، فإن لم يكونوا، فلبيت المال، ولا تعود إلى الواهب بحال.

الركن الثاني: يقتصر على قوله: جعلتها لك عمرك، ولم يتعرض لما سواه، فقولان: أظهرهما وهو الجديد: أنه يصح، وله حكم الهبة. والقديم: أنه باطل. وقيل: إن القديم: أن الدار تكون للمعمّر حياته. فإذا مات، عادت إلى الواهب أو ورثته كما شرط. وقيل: القديم: أنها تكون عارية يستردها متى شاء، فإذا مات، عادت إلى الواهب.

الركن الثالث: أن يقول: جعلتها لك عمرك، فإذا متّ عادت إليّ أو إلى ورثتي إن كنت مت. فإن قلنا بالبطلان في الحال الثاني، فهنا أولى. وإن قلنا بالصحة والعود إلى الواهب، فكذا هنا. وإن قلنا بالجديد، فوجهان: أحدهما: البطلان. والصحيح: الصحة، وبه قطع الأكثرون، وسوّوا بينه وبين حالة الإطلاق، وكأنهم أخذوا بإطلاق الأحاديث الصحيحة وعدلوا به عن قياس الشروط الفاسدة.

وأما الرقبي: فهو أن يقول: وهبت لك هذه الدار عمرك، على أنك إن مت قبلي عادت إليّ. وإن مت قبلك استقرت لك، أو جعلت هذه الدار لك رقبى، أو أرقبتها لك. وحكمها حكم الحال الثالث من العمرى، وحاصله طريقتان: أحدهما: القطع بالبطلان. وأصحهما: قولان: الجديد الأظهر: صحته، ويلغو الشرط. فالحاصل أن المذهب صحة العمرى والرقبي في الأحوال الثلاثة، فإذا صححناهما وألغينا الشرط، تصرف المعمر في المال كيف شاء. وإن أبطلنا العقد أو جعلناه عارية، فلا يخفى أنه له التصرف بالبيع ونحوه وإن قلنا بصحة العقد والشرط، فباع الموهوب له ثم مات، فقد ذكر الإمام احتمالين: أحدهما: عنده: لا ينفذ البيع، لأن مقتضى البيع التأييد، وهو لم يملك إلا مؤقتاً، فكيف يملك غيره ما لم يملكه؟ والثاني: ينفذ كبيع المعلق عتقه على صفة، وبهذا قطع ابن كج وعلمه بأنه ملك في الحال، والرجوع أمر يحدث، وشبهه برجوع نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول. فإذا صححنا بيعه، فيشبه أن يرجع الواهب في تركته بالغرم رجوع الزوج إذا طلق بعد خروج الصداق عن ملكها. قال الإمام: وفي رجوع المال إلى ورثة الواهب إذا مات قبل الموهوب له، استبعاد، لأنه إثبات ملك لهم فيما لم يملكه المورث، لكنه كما لو نصب شبكة فوقع بها صيد بعد موته، يكون ملكاً للورثة. والصحيح: أنه تركته تقضى منها ديونه وتنفذ الوصايا.

فرع: قال: جعلت هذه الدار لك عمري أو حياتي، فوجهان: أحدهما: أنه كقوله: جعلتها لك عمرك أو حياتك، لشمول اسم العمرى. وأصحهما: البطلان، لخروجه عن اللفظ المعتاد، ولما فيه من تأقيت الملك، فإنه قد يموت الواهب أولاً، بخلاف العكس، فإن الإنسان لا يملك إلا مدة حياته، فلا توقيت فيه. وأجري

الخلاف فيما لو قال: جعلتها لك عمر فلان. وخرج من تصحيح العقد وإلغاء الشرط في هذه الصورة وجه: أن الشرط الفاسد لا يفسد الهبة، وطرد ذلك في الوقف. ثم منهم من خص الخلاف في هذه القاعدة بما هو من قبيل الأوقات، كقوله: وهبتك أو وقفها سنة. ومنهم من طرده في كل شرط، كقوله: وهبتك بشرط أن لا تبيعه إذا قبضته ونحو ذلك، وفرقوا بين البيع والهبة والوقف، بأن الشرط في البيع يورث جهالة الثمن فيفسد البيع. والمذهب فساد الهبة والوقف بالشروط المفسدة للبيع، بخلاف العمرى، لما فيها من الأحاديث الصحيحة^(١).

فرع: لو باع على صورة العمرى فقال: ملكتكها بعشر عمرى، قال ابن كج: لا يبعد عندي جوازه تفريعاً على الجديد. وقال أبو علي الطبري: لا يجوز.

فرع: لا يجوز تعليق العمرى، كقوله: إذا مات أو قدم فلان أو جاء رأس الشهر فقد أعمرتك هذه الدار، أو فهي لك عمرى. فلو علق بموته فقال: إذا متُّ فهذه الدار لك عمرى، فهي وصية تعتبر من الثلث. فلو قال: إذا متُّ فهي لك عمرى، فإذا متَّ عادت إلى ورثتي، فهي وصية بالعمرى على صورة الحالة الثالثة.

فرع: جعل رجلان كل واحد منهما داره للآخر عمره، على أنه إذا مات قبله، عادت إلى صاحب الدار، فهذه رقبى من الجانبين.

فرع: قال: داري لك عمرى، فإذا متَّ فهي لزيد، أو عبدي لك عمرى، فإذا متَّ فهو حرٌّ، صحت العمرى على قوله الجديد، ولغا المذكور بعدها.

الركن الرابع: الموهوب، فما جاز بيعه، جازت هبته، ومالا، فلا، هذا هو الغالب. وقد يختلفان، فتجوز هبة المشاع سواء المنقسم وغيره، وسواء وهبه للشريك أو غيره، وتجوز هبة الأرض المزروعة مع زرعها ودون زرعها وعكسه.

فرع: لو وهب لاثنتين، فقبل أحدهما نصفه، فوجهان كالبيع. وقطع صاحب «الشامل» بالتصحيح.

(١) منها ما أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٦٢٦) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٢٦) وأبو داود في سننه برقم (٣٥٤٨) والنسائي في سننه برقم (٣٧٥٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «العمرى جائزة».

وأخرج البخاري في صحيحه برقم (٢٦٢٥) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٢٥) وأبو داود في سننه برقم (٣٥٥٠) والترمذي في سننه برقم (٣١٤٨) والنسائي في سننه برقم (٣٧٤٤) وابن ماجه في سننه برقم (٢٣٨٠) من حديث جابر رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «أيما رجل أ عمر عمرى له ولعقبه، فإنها للذي أعطيها لا ترجع إلى الذي أعطاها، لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث».

فرع: لا تصح هبة المجهول، ولا الآبق والضال، وتجاوز هبة المغصوب لغير الغاصب إن قدر على الانتزاع، وإلا، فوجهان: وأما هبته للغاصب، فقد ذكرناها في كتاب الرهن. وتجاوز هبة المستعار لغير المستعير ثم إذا قبض الموهوب له بالإذن، برىء الغاصب والمستعير من الضمان، وتجاوز هبة المستأجرة إذا جوزنا بيعها، وإلا، ففيها الوجهان. ثم قال الشيخ أبو حامد وغيره: ولو وكل الموهوب له الغاصب أو المستعير أو المستأجر في قبض ما في يده في نفسه، وقبلاً، صح. وإذا مضت مدة يتأنى فيها القبض، برىء الغاصب والمستعير من الضمان، وهذا يخالف الأصل المشهور في أن الشخص لا يكون قابضاً مقبضاً، وفي هبة المرهون وجهان: إن صححناها، انتظرنا، فإن بيع في الرهن، بان بطلان الهبة. وإن فك الرهن، فللواهب الخيار من الإقباض. ويجري الوجهان في هبة الكلب، وجلد الميتة قبل الدباغ، والخمر المحترمة. والأصح من الوجهين في هذه الصور كلها البطلان، قياساً على البيع. والثاني: الصحة، لأنها أخف من البيع. قال الإمام: من صحح فيها، فحقه تصحيحها في المجهول والآبق كالوصية.

فرع: إذا وهب الدين لمن هو عليه، فهو إبراء، ولا يحتاج إلى القبول على المذهب. وقيل: يحتاج اعتباراً باللفظ. وإن وهبه لغير من هو عليه، لم يصح على المذهب. وقيل: في صحته وجهان: كرهن الدين. فإن صححنا، ففي افتقار لزومها إلى قبض الدين، وجهان: فإن قلنا: لا يفتقر، فهل يلزم بنفس الإيجاب والقبول كالحالة؟ أم لا بد من إذن جديد ويكون ذلك كالتخلية فيما لا يمكن نقله؟ وجهان.

فرع: رجل عليه زكاة وله دين على مسكين، فوهب له الدين بنية الزكاة، لم يقع الموقع، لأنه إبراء بتمليك وإقامة الإبراء مقام التملك إبدال، وذلك لا يجوز في الزكاة، هكذا قال صاحب «التقريب». ولك أن تقول: ذكروا وجهين في أن هبة الدين ممن عليه الدين تُنزل منزلة التملك، أم هو محض إسقاط؟ وعلى هذا خرج اعتبار القبول فيها. فإن قلنا: تملك، وجب أن يقع الموقع. ولو كان الدين على غير المسكين، فوهبه للمسكين بنية الزكاة، وقلنا: تصح الهبة ولا يعتبر القبض، أجزأه عن الزكاة، ويطالب المسكين والمديون.

فصل: وأما شرط لزوم الهبة، فهو القبض، فلا يحصل الملك في الموهوب والهبة إلا بقبضهما، هذا هو المشهور. وفي قول قديم: يملك بالعقد كالوقف. وفي قول مخرج: الملك موقوف، فإن قبض، تبيناً أنه ملك بالعقد. ويتفرع على الأقوال أن الزيادة الحادثة بين العقد والقبض، لمن تكون؟ ولو مات الواهب أو الموهوب له بعد العقد وقبل القبض، فوجهان: وقيل: قولان: أحدهما: ينفسخ العقد، لجوازه،

كالشركة والوكالة. وأصحهما: لا ينفسخ، لأنه يؤول إلى اللزوم، كالبيع الجائز، بخلاف الشركة. فعلى هذا، إن مات الواهب تخيّر الوارث في الإقباض. وإن مات الموهوب له، قبض وارثه إن أقبضه الواهب. ويجري الخلاف في جنون أحدهما وإغمائه.

قلت: قال البغوي: ويقبض بعد الإفاقة منهما، ولا يصح القبض في حال الجنون والاعماء. والله أعلم.

فرع: القبض المحصل للملك، هو الواقع بإذن الواهب، فلو قبض بلا إذن، لم يملكه، ودخل في ضمانه، سواء قبض في مجلس العقد أو بعده. ولو كان الموهوب في يد الموهوب له، فحكمه ما سبق في كتاب الرهن. ولو أذن في القبض، ثم رجع عنه قبل القبض، صح رجوعه، فلا يصح القبض بعده. وكذا لو أذن، ثم مات الأذن أو المأذون له قبل القبض، بطل الإذن.

فرع: بعث هدية إلى إنسان، فمات المهدى إليه قبل وصولها إليه، بقيت الهدية للمهدي. ولو مات المهدي، لم يكن للرسول حملها إلى المهدي إليه، وكذا المسافر إذا اشترى لأصدقائه هدايا، فمات قبل وصولها إليهم، فهي له تركة.

فرع: كيفية القبض في العقار والمنقول، كما سبق في البيع. وحكى هنا قولاً، أن التخلية في المنقول قبض. قال المتولي: لا جريان له هنا، لأن القبض هناك مستحق، وللمشتري المطالبة به، فجعل التمكين قبضاً، وفي الهبة غير مستحق، فاعتبر تحقيقه ولم يكنف بالوضع بين يديه.

قلت: فلو كان الموهوب مشاعاً، فإن كان غير منقول، فقبضه بالتخلية، وإن كان منقولاً، فقبضه بقبض الجميع. قال أصحابنا: صاحب «الشامل» وآخرون: فيقال للشريك ليرضى بتسليم نصيبه أيضاً إلى الموهوب له، ليكون في يده وديعة حتى يتأتى القبض ثم يردّه إليه. فإن فعل، فقبض الموهوب الجميع، ملك. وإن امتنع، قيل للموهوب له: وكل الشريك في القبض لك. فإن فعل نقله الشريك وقبضه له. فإن امتنع، نصب الحاكم من يكون في يده لهما فينقله ليحصل القبض، لأنه لا ضرر في ذلك عليهما. والله أعلم.

فرع: لو أُلِفَ المتهم الموهوب، لم يصر قابضاً، بخلاف المشتري إذا أُلِفَ المبيع، والفرق ما سبق في الفرع قبله. ولو أذن الواهب للموهوب له في أكل طعام الموهوب، فأكله، أو في إعتاق الموهوب، فأعتقه، أو أمر الموهوب له الواهب بإعتاقه، فأعتقه، كان قابضاً.

فرع: لو باع الواهب الموهوب قبل الإقباض، حكى الشيخ أبو حامد: أنه إن

كان يعتقد أن الهبة غير لازمة، صح بيعه وبطلت الهبة. وإن اعتقد لزومها وحصول الملك بالعقد، ففي صحة بيعه قولان، كمن مال أبيه يظن أنه حي، فبان ميتاً.

فرع: في مسائل محكية عن نص الشافعي \$ ح

لو قال: وهبته له وملكه، لم يكن إقراراً بلزوم الهبة، لجواز أن يعتقد لزومها وحصول الملك بالعقد، والإقرار يحمل على اليقين. ولو قال: وهبته له وخرجت إليه منه، فإن كان الموهوب في يد المتهب، كان إقراراً بالقبض، وإن كان في يد الواهب، فلا. ولو قيل له: وهبت دارك لفلان وأقبضته؟ فقال: نعم، كان إقراراً بالهبة والإقباض.

الباب الثاني: في حكم الهبة في الرجوع والثواب

فيه طرفان:

الطرف الأول: في الرجوع، فالهبة تنقسم إلى مقيدة بنفي الثواب، ومقيدة بإثباته، ومطلقة. أما المقيدة بنفي الثواب، فتلزم بنفس القبض، ولا رجوع فيها إلا للوالد، فإنه يرجع فيما وهبه لولده كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

فصل: ينبغي للوالد أن يعدل بين أولاده في العطية^(١)، فإن لم يعدل، فقد فعل مكروهاً، لكن تصح الهبة. والأولى في هذا الحال، أن يعطي الآخرين ما يحصل به العدل. ولو رجع، جاز. وإذا أعطى وعدل، كره له الرجوع. وكذا لو كان ولداً واحداً، فوهب له، كره الرجوع إن كان الولد عفيفاً باراً، فإن كان عاقاً أو يستعين بما أعطاه في معصية، فليئذره بالرجوع. فإن أصر، لم يكره الرجوع.

فرع: في كيفية العدل بين الأولاد في الهبة، وجهان: أحدهما: أن يسوي بين الذكر والأنثى. والثاني: يعطي الذكر مثل حظ الانثيين.

قلت: وإذا وهبت الأم لأولادها، فهي كالأب في العدل بينهم في كل ما

(١) كما أخرج البخاري في صحيحه برقم (٢٥٨٧، ٢٦٥٠) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٢٣) من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه قال: تصدق عليّ أبي ببعض ماله، فقالت أمي عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ، فانطلق أبي إلى النبي ﷺ ليشهده على صدقتي، فقال له رسول الله ﷺ: «أفعلت هذا بولدك كله؟» قال: لا، قال: «اتقوا الله واعدلوا في أولادكم» فرجع أبي فردّ تلك الصدقة.

وفي لفظ: فقال رسول الله ﷺ: «يا بشير ألك ولد سوى هذا؟» قال: نعم، فقال: «أكلهم وهبت له مثل هذا؟» قال: لا، قال: «فلا تشهدني إذاً، فإني لا أشهد على جور».

ذكرناه، وكذلك الجد والجددة، وكذا الابن إذا وهب لوالديه. قال الدارمي: فإن فضّل فليفضّل الأم. والله أعلم.

فصل: للأب الرجوع في هبته لولده. وعن ابن سريج: أنه إنما يرجع إذا قصد بهبته استجلاب بر أو دفع عقوق فلم يحصل، فإن أطلق الهبة ولم يقصد ذلك، فلا رجوع والصحيح الجواز مطلقاً وأما الأم والأجداد والجدات من جهة الأب والأم، فالمذهب أنهم كالأب. وفي قول: لا رجوع لهم. وقيل: ترجع الأم. وفي غيرها، قولان: وقيل: يرجع آباء الأب، وفي غيرهم قولان: ولا رجوع لغير الأصول كالأخوة والأعمام وغيرهم من الأقارب قطعاً. وسواء في ثبوت الرجوع للوالد كانا متفقين في الدين، أم لا. ولو وهب لعبد ولده، رجع. ولو وهب لمكاتب ولده، فلا. وهبته لمكاتب نفسه كالأجنبي. ولو تنازع رجلان مولوداً، ووهبا له، فلا رجوع لواحد منهما. فإن ألحق بأحدهما، فوجهان: لأن الرجوع لم يكن ثابتاً ابتداءً. قلت: أصحهما: الرجوع، وبه قطع ابن كج، لثبوت بنوّته في الأحكام. والله أعلم.

فرع: حكم الرجوع في الهدية حكمه في الهبة. ولو تصدق على ولده، فله الرجوع على الأصح المنصوص. قال المتولي: ولو أبرأه من دين، بني على أن الإبراء إسقاط، أو تملك؟ إن قلنا: تملك، رجع، وإلا، فلا. قلت: ينبغي أن لا يرجع على التقديرين. والله أعلم.

فرع: وهب لولده، ثم مات الواهب، ووارثه أبوه لكون الولد مخالفاً في الدين، فلا رجوع للجد.

فرع: الموهوب، إما أن لا يكون باقياً في سلطنة المتهب، وإما أن يكون. القسم الأول: أن لا يكون، بأن أتلف، أو زال ملكه عنه ببيع أو غيره، أو وقفه، أو أعتقه، أو كاتبه، أو استولدها، أو وهبه وأقبضه، أو رهنه وأقبضه، فلا رجوع له، ولا قيمة أيضاً. وحكى الإمام خلافاً، في أن الرهن هل يمنع الرجوع، مبنياً على ما سبق من صحة هبة المرهون؟ فإن قلنا: لا تصح، لم يصح الرجوع، وإلا، توقّفنا. فإن فك الرهن، بان صحة الرجوع، وذكر أيضاً تردداً في كتابة العبد بناءً على صحة بيعه. ولا يمتنع الرجوع بالرهن والهبة إذا لم يُقبض، ولا بالتدبير وتعليق العتق بصفة، ولا بزراعة الأرض وتزويج الأمة قطعاً، ولا بالإيجار على المذهب، وبه قطع الأكثرون، وتبقى الإجارة بحالها كالتزويج.

وقال الإمام: إن صححنا بيع المستأجر، رجع، وإلا، فإن جوزنا الرجوع في المرهون وتوقّفنا، صح الرجوع هنا ولا توقف، بل الرقبة للراجع، ويستوفي المستأجر

المنفعة إلى انقضاء المدة. وإن منعنا الرجوع في المرهون، ففي المستأجر تردد، وخرج على هذا، تردداً فيما إذا أبق العبد الموهوب من يد المتهب، هل يصح رجوع الواهب، مع قولنا: لا تصح هبة الآبق، لأن الهبة تمليك مبتدأ والرجوع بناء فيسامح فيه؟ ولو جنى وتعلق الأرض برقبته، فهو كالمرهون في امتناع الرجوع. لكن لو قال: أنا أفديه وأرجع، مكن، بخلاف ما لو كان مرهوناً فأراد أن يبذل قيمته ويرجع، لما فيه من إبطال تصرف المتهب.

ولو زال ملك المتهب ثم عاد بآرث أو شراء، ففي عود الرجوع وجهان: وقال الغزالي: قولان: أحدهما: المنع. واحتج أبو العباس الروياني لهذا الوجه، بأنه لو وهب لابنه، فوهبه الابن لجده، فوهبه الجد لابن ابنه الذي وهبه، فإن حق الرجوع للجد الذي حصل منه هذا الملك، لا للأب، ولا يبعد أن يثبت القائل الأول الرجوع لهما جميعاً. ولو وهب له عَصيراً فصار خمراً، ثم صار خلاً، فله الرجوع على المذهب. وحكى بعضهم وجهين في زوال الملك بالتخمر، ووجهين في عود الرجوع تفريعاً على الزوال. وإذا انفك الرهن أو الكتابة بعجز المكاتب، ثبت الرجوع على المذهب. ولو حجر على المتهب بالفلس، فلا رجوع على الأصح كالرهن. وقيل: يرجع، لأن حقه سابق، فإنه يثبت من حين الهبة.

قلت: ولو حجر عليه بالسفَه، ثبت الرجوع قطعاً، لأنه لم يتعلق به حق غيره، قاله المتولي وآخرون. والله أعلم.

ولو ارتد وقلنا: لا يزول ملكه، ثبت الرجوع. وإن قلنا: يزول، فلا. فإن عاد إلى الإسلام، ثبت الرجوع على المذهب. وقيل: على الخلاف فيما لو زال ملكه ثم عاد. ولو وهب الابن المتهب الموهوب لابنه، أو باعه له أو ورثه منه، فلا رجوع للجد على المذهب.

قلت: ولو وهبه المتهب لأخيه من أبيه، قال في «البيان»: ينبغي أن لا يجوز للأب الرجوع قطعاً، لأن الواهب لا يملك الرجوع، فالأب أولى. ولا يبعد تخريج الخلاف، لأنهم عللوا الرجوع بأنه هبة لمن للجد الرجوع في هبته، وهذا موجود هنا. والله أعلم.

القسم الثاني: أن يكون باقياً في سلطنة المتهب، فإن كان بحاله، أو ناقصاً، فله الرجوع، وليس على المتهب أرش النقص، وإن كان زائداً، نظر، إن كانت الزيادة متصلة، كالسمن وتعلم صنعة، رجع فيه مع الزيادة. وإن كانت منفصلة كالولد، والكسب، رجع في الأصل وبقيت الزيادة للمتهب. وإن وهب جارية أو بهيمة حاملاً، فرجع قبل الوضع، رجع فيها حاملاً. وإن رجع بعد الوضع، فإن قلنا:

للحمل حكم، رجع في الولد مع الأم، وإلا، ففي الأم فقط. وإن وهبها حائلاً ورجع وهي حامل، فإن قلنا: لا حكم للحمل، رجع فيها حاملاً، وإلا، فلا يرجع إلا في الأم، وهل له الرجوع في الحال، أم عليه الصبر إلى الوضع؟ وجهان: ولو وهبه حباً فبذره ونبت، أو بيضاً فصار فرخاً، فلا رجوع، لأن ماله مستهلك. قال البغوي: هذا إذا ضمنا الغاصب بذلك، وإلا، فقد وجد عين ماله فيرجع.

ولو كان الموهوب ثوباً فصبغه الابن، رجع في الثوب، والابن شريك بالصبغ. ولو قصره، أو كانت حنطة فطحنها، أو غزلاً فنسجه، فإن لم تزد قيمته، رجع ولا شيء للابن. وإن زادت، فإن قلنا: القسارة عين، فالابن شريك. وإن قلنا: أثر، فلا شيء له. ولو كان أرضاً فبنى فيها أو غرس، رجع الأب في الأرض، وليس له قلع البناء والغراس مجاناً، لكنه يتخير بين الإبقاء بأجرة، أو التملك بالقيمة، أو القلع. وغرامة النقص كالعارية. ولو وطئ الابن الموهوبة، قال ابن القطان: لا رجوع وإن لم تحبل، لأنها حرمت على الأب، والصحيح: ثبوت الرجوع.

فرع: فيما يحصل به الرجوع

يحصل بقوله: رجعت فيما وهبت، أو ارتجعت، أو استرددت المال، أو رددته إلى ملكي، أو أبطلت الهبة، أو نقضتها وما أشبه ذلك، هكذا أطلقوه. وحكى الروياني في «الجرجانيات» وجهين في أن الرجوع نقض وإبطال للهبة، أم لا؟ فعلى الثاني: ينبغي أن لا يستعمل لفظ النقض والإبطال، إلا أن يجعل كناية عن المقصود. وذكر الروياني هذا، أن اللفظ الذي يحصل به الرجوع، صريح وكناية فالصريح: رجعت. والكناية تفتقر إلى النية، كأبطلت الهبة وفسختها. فلو لم يأت بلفظ، لكن باع الموهوب، أو وهبه لآخر، أو وقفه، فثلاثة أوجه: أصحها: لا يكون رجوعاً. والثاني: رجوع وينفذ التصرف. والثالث: رجوع فلا ينفذ التصرف. ولو أتلّف الطعام الموهوب، أو أعتق العبد، أو وطئ، لم يكن رجوعاً على الأصح. والثاني: رجوع. وأشار الإمام إلى وجه ثالث: أنه إن أحيلها بالوطء وحصل الاستيلاد، كان رجوعاً، وإلا، فلا. فعلى الأصح: يلزمه بالإتلاف القيمة ويلغو الإعتاق، وعليه بالوطء مهر المثل، وباستيلاد القيمة.

قلت: ولا خلاف أن الوطء حرام على الأب وإن قصد به الرجوع، كذا قاله الإمام، لاستحالة إباحة الوطء لشخصين، ولا خلاف أن المتهب يستبيح الوطء قبل الرجوع. لكن إذا جرى وطء الأب الحرام، هل يتضمن الرجوع؟ فيه الخلاف. والله أعلم.

ولو صبغ الثوب الموهوب، أو خلط الطعام بطعام نفسه، لم يكن رجوعاً، بل هو كما لو فعل الغاصب ذلك.

فرع: الرجوع في الهبة حيث يثبت، لا يفتقر إلى قضاء القاضي. وإذا رجع ولم يسترد المال، فهو أمانة في يد الولد، بخلاف المبيع في يد المشتري بعد فسخ البيع، لأن المشتري أخذه على حكم الضمان.

فرع: لو اتفق الواهب والمتهب على فسخ الهبة حيث لا رجوع، فهل ينفسخ كما لو تقايلا، أم لا كالخلع؟ فيه وجهان عن «الجرجانيات».

قلت: لا يصح الرجوع إلا منجزاً. فلو قال: إذا جاء رأس الشهر، فقد رجعت، لم يصح. قال المتولي: لأن الفسوخ لا تقبل التعليق. والله أعلم.

الطرف الثاني: في الثواب، قد سبق أن الهبة مقيدة بنفي الثواب، وإثباته، ومطلقة، ومضى الكلام في المقيدة، وفرعناها على المذهب والذي قطع به الجمهور وهو صحتها. وقيل: إنها باطلة إذا أوجبنا الثواب في المطلقة، لأنه شرط يخالف مقتضاها.

وأما القسم الثاني: وهي المطلقة، فينظر، إن وهب الأعلى للأدنى، فلا ثواب، وفي عكسه قولان: أظهرهما عند الجمهور: لا ثواب. والثاني: يجب الثواب، فعلى هذا، هل هو قدر قيمة الموهوب، أم ما يرضى به الواهب، أم ما يعدُّ ثواباً لمثله في العادة، أم يكفي ما يتموّل؟ فيه أربعة أوجه: وقيل: أقوال: أصحابها: أولها، والخيار في جنسه إلى المتهب. فعلى الأصح، لو اختلف قدر القيمة، فالاعتبار بقيمة يوم القبض على الأصح. وقيل: بيوم بذل الثواب. ثم إن لم يثبت ما يصلح ثواباً، فللواهب الرجوع إن كان الموهوب بحاله.

قلت: قال أصحابنا: ولا يجبر المتهب على الثواب قطعاً. والله أعلم.

فإن زاد زيادة منفصلة، رجع فيه دونها. وإن زاد متصلة، رجع فيه معها على الصحيح. وقيل: للمتهب إمساكه وبذل قيمته بلا زيادة. وإن كان تالفاً، فوجهان: وقيل: قولان منصوصان في القديم. أصحابهما: يرجع بقيمته. والثاني: لا شيء له كالأب في هبة ولده. وإن كان ناقصاً، رجع فيه. وفي تغريمه المتهب أرش النقصان الوجهان. وقيل: له ترك العين والمطالبة بكامل القيمة.

قلت: وإن كانت جارية قد وطئها المتهب، رجع الواهب فيها، ولا مهر على المتهب، لأنه وطئ ملكه. والله أعلم.

وأما إذا وهب لنظيره، فالمذهب القطع بأن لا ثواب. وقيل: فيه القولان. وعن صاحب «التقريب» طرد القولين في هبة الأعلى للأدنى، وهو شاذ.

قلت: وحكى صاحب «الابانة» و«البيان» وجهاً أنه إذا وهب لنظيره ونوى الثواب، استحقه، وإلا، فقولان: فإن اختلفا في النية، فأيهما يقبل قوله؟ وجهان: والمذهب: أنه لا يجب الثواب في جميع الصور. قال المتولي: إذا لم يجب فأعطاه المتهب ثوباً، كان ذلك ابتداء هبة. حتى لو وهب لابنه فأعطاه الابن ثوباً، لا ينقطع حق الرجوع، ولا يجب في الصدقة ثواب بكل حال قطعاً، صرح به البغوي وغيره، وهو ظاهر. وأما الهدية، فالظاهر أنها كالهبة. والله أعلم.

وأما القسم الثالث: فالمقيّدة بالثواب، وهو إما معلوم، وإما مجهول. فالحالة الأولى: المعلوم، فيصح العقد على الأظهر، ويبطل على قول. فإن صححنا، فهو بيع على الصحيح. وقيل: هبة. فإن قلنا: هبة، لم يثبت الخيار والشفعة، ولم يلزم قبل القبض. وإن قلنا: بيع، ثبتت هذه الأحكام. وهل تثبت عقب العقد، أم عقب القبض؟ قولان: أظهرهما: الأول. ولو وهبه حلياً بشرط الثواب، أو مطلقاً وقلنا: الهبة تقتضي الثواب، فنص في «حرملة» أنه إن أثابه قبل التفرق بجنسه، اعتبرت المماثلة. وإن أثابه بعد التفرق بعرض، صح، وبالنقد لا يصح، لأنه صرف، وهذا تفريع على أنه بيع. وفي «التتمة» أنه لا بأس بشيء من ذلك، لأننا لم نلحقه بالمعاضات في اشتراط العلم بالعوض، وكذا سائر الشروط، وهذا تفريع على أنه هبة. وحكى الإمام الأول عن الأصحاب، وأبدى الثاني احتمالاً. وخرج على الوجهين ما إذا وهب الأب لابنه بثواب معلوم. فإن جعلنا العقد بيعاً، فلا رجوع، وإلا، فله الرجوع. وإذا وجد بالثواب عيباً وهو في الذمة، طالب بسليم. وإن كان معيناً، رجع إلى عين الموهوب إن كان باقياً، وإلا، طالب ببدله. واستبعد الإمام مجيء الخلاف أنه بيع أم هبة هنا، حتى لا يرجع على التقدير الثاني وإن طرده بعضهم. وإذا جعلناه هبة، فكافأه بدون المشروط إلا أنه قريب، ففي شرح ابن كج، وجهان في أنه هل يجبر على القبول لأن العادة فيه مسامحة؟ قلت: والأصح أو الصحيح: لا يجبر. والله أعلم.

الحالة الثانية: إذا كان الثواب مجهولاً، فإن قلنا: الهبة لا تقتضي ثوباً، بطل العقد، لتعذر تصحيحه بيعاً وهبة، وإن قلنا: تقتضيه، صح، وهو تصريح بمقتضى العقد، هذا هو المذهب، وبه قطع الجمهور. وحكى الغزالي وجهاً: أنه يبطل بناءً على أن العوض يلحقه بالبيع.

فرع: نص الشافعي رحمته الله، أنه لو وهب لاثنين بشرط الثواب، فأثابه أحدهما فقط، لم يرجع في حصة المثيب، وأنه لو أثاب أحدهما عن نفسه وعن صاحبه ورضي به الواهب، لم يرجع الواهب على واحد منهما. ثم إن أثاب بغير إذن

الشريك، لم يرجع عليه. وإن أثناب بإذنه، رجع بالنصف إن أثناب ما يعتاد ثواباً لمثله. فإن زاد، فمتطوع بالزيادة.

فرع: خرج الموهوب مستحقاً بعد الثواب، رجع بما أثناب على الواهب. وإن خرج بعضه مستحقاً، فله الخيار بين أن يرجع على الواهب بقسطه من الثواب، وبين أن يرد الباقي ويرجع بجميع الثواب. وقيل: تبطل الهبة في الكل. وقيل: لا يجيء قول الإبطال هنا.

فرع: قال: وهبتك ببذل، فقال: بلا بدل، وقلنا: مطلق الهبة لا يقتضي ثواباً، فهل المصدق الواهب، أم المتهم؟ وجهان: وبالأول قطع ابن كج. قلت: الثاني، أصح. والله أعلم.

فصل: في مسائل تتعلق بالكتاب

هبة منافع الدار، هل هي إعارة؟ لها وجهان في «الجرجانيات»، ولا يحصل الملك بالقبض في الهبة الفاسدة. وهل المقبوض بها مضمون كالبيع الفاسد؟ أم لا، كالهبة الصحيحة؟ وجهان: ويقال: قولان:

قلت: أصحهما: لا ضمان، وهو المقطوع به في «النهاية» و«العدة» و«البحر» و«البيان»، ذكروه في باب التيمم. قال المتولي: وإذا حكمنا بفساد الهبة، فسلم المال بعد ذلك هبة، فإن كان يعتقد فساد الأولى، صحت الثانية، وإلا، فوجهان بناءً على من باع مال أبيه على أنه حي فكان ميتاً. وهذه مسائل متعلقة بالكتاب:

إحداها: قال لرجل: كسوتك هذا الثوب، ثم قال: لم أرد الهبة، قال صاحب «العدة»: يقبل قوله، خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه، لأنه يصلح للعارية، فلا يكون صريحاً في الهبة.

الثانية: قال: منحتك هذه الدار، أو الثوب، فقال: قبلت وأقبضه، فهو هبة، قاله في «العدة».

الثالثة: في فتاوى الغزالي: لو كان في يد ابن الميت عين، فقال: وهبتها أبي وأقبضتها في الصحة، فأقام باقي الورثة بينة بأن الأب رجع فيما وهب لابنه، ولم تذكر البينة ما رجع فيه، لا تنتزع من يده بهذه البينة، لاحتمال أن هذه العين ليست من المرجوع فيه. ويقرب من هذا، لو وهب وأقبض ومات، فادعى الوارث كون ذلك في المرض، وادعى المتهم كونه في الصحة، فالمختار أن القول قول المتهم.

الرابعة: دفع إليه ثوباً بنية الصدقة، فأخذه المدفوع إليه ظاناً أنه ودعة أو

عارية، فردّه على الدافع، لا يحلُّ للدافع قبضه، لأنّه زال ملكه، فإن الاعتبار بنية الدافع. فإن قبضه، لزمه رده إلى المدفوع إليه، ذكره القاضي حسين.

الخامسة: برُّ الوالدين مأمور به، وعقوق كل واحد منهما محرم معدود من الكبائر بنص الحديث الصحيح^(١)، وصلة الرحم مأمور بها، فأما برهما، فهو الإحسان إليهما، وفعل الجميل معهما، وفعل ما يسرُّهما من الطاعات لله تعالى وغيرها مما ليس بمنهي عنه، ويدخل فيه الإحسان إلى صديقيهما، ففي «صحيح مسلم» أن رسول الله ﷺ قال: «إن من أبرّ البرّ، أن يصل الرجل أهل ودّ أبيه»^(٢).

وأما العقوق، فهو كل ما أتى به الولد مما يتأذى به الوالد أو نحوه تأذياً ليس بالهين، مع أنه ليس بواجب. وقيل: تجب طاعتهما في كل ما ليس بحرام، فتجب طاعتهما في الشبهات. وقد حكى الغزالي هذا في «الإحياء» عن كثير من العلماء، أو أكثرهم. وأما صلة الرحم، ففعلك مع قريبك ما تعدُّ به واصلًا غير منافر ومقاطع له، ويحصل ذلك تارة بالمال، وتارة بقضاء حاجته أو خدمته أو زيارته. وفي حق الغائب بنحو هذا، وبالمكاتبة وإرسال السلام عليه ونحو ذلك.

السادسة: الوفاء بالوعد، مستحب استحباباً متأكداً، ويكره إخلاله كراهة شديدة، ودلائله من الكتاب والسنة معلومة، وقد ذكرت في كتاب «الأذكار» فيه باباً، وبينت فيه اختلاف العلماء في وجوبه. والله أعلم.



(١) يشير إلى ما أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٢٦٥٣، ٥٩٧٦، ٦٢٧٣، ٦٢٧٤، ٦٩١٩) ومسلم في صحيحه برقم (٨٧) من حديث أبي بكرة ؓ قال: كنّا عند رسول الله ﷺ فقال: «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ - ثلاثاً - الإشراف بالله، وعقوق الوالدين، وشهادة الزور» وكان رسول الله ﷺ متكئاً فجلس، فما زال يكررها حتى قلنا: ليته سكت.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٢٥٥٢) والترمذي في سننه برقم (١٩٠٣).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب اللقطة (١)

فيه بابان :

الباب الأول: في أركانها

وهي ثلاثة :

الركن الأول: الالتقاط، وفيه مسألتان:

المسألة الأولى: في وجوب الالتقاط أربعة طرق. أصحابها: وقول الأكثرين: أنه على قولين. أظهرهما: لا يجب كالاستيداع. والثاني: يجب. والطريق الثاني: إن كانت في موضع يغلب على الظن ضياعها، بأن تكون في ممر الفساق والخونة، وجب الالتقاط، وإلا، فلا. والثالث: إن كان لا يثق بنفسه، لم يجب قطعاً. وإن غلب على ظنه أمانة نفسه، ففيه القولان. والرابع: لا يجب مطلقاً. فإذا قلنا: لا يجب، فإن وثق بنفسه، ففي الاستحباب وجهان: أصحابها: ثبوته. وإن لم يثق وليس هو في الحال من الفسقة، لم يستحب له الالتقاط قطعاً. قاله الإمام. وحكى عن شيخه في الجواز وجهين: أصحابها: ثبوته، وسواء قلنا بوجوب الالتقاط أو عدمه، فلا يضمن اللقطة بالترك، لأنها لم تحصل في يده. هذا حكم الأمين، أما الفاسق، فقطع الجمهور أنه يكره له الالتقاط. وأما قول الغزالي: إن علم الخيانة، حرم الالتقاط، وقوله في «الوسيط»: الفاسق لا يجوز له الأخذ، فمخالف لما أطلقه الجمهور من الكراهة.

المسألة الثانية: في وجوب الإشهاد على اللقطة وجهان: ويقال: قولان: أصحابها: لا يجب لكن يستحب. وقيل: لا يجب قطعاً. ثم في كيفية الإشهاد، وجهان: أصحابها: عند البغوي: يشهد على أصلها دون صفاتها، لئلا يتوصل كاذب إليها. قال البغوي: ويجوز أن يذكر جنسها. والثاني: يشهد على صفاتها أيضاً، حتى لو مات لا يملكها الوارث، ويشهد الشهود للمالك. وأشار الإمام إلى توسط بين

(١) اللقطة لغة: الشيء الملقوط، وهي اسم الشيء الذي تجده ملقى فتأخذه.

وفي الشرع: هي أخذ مال محترم من مضبغة، ليحفظه أو ليتملكه بعد التعريف.

الوجهين، وهو أنه لا يستوعب الصفات، بل يذكر بعضها ليكون في الإشهاد فائدة. قلت: الأصح، هذا الذي اختاره الإمام. قال الإمام: والوجه الأول ساقط، إذ لا فائدة فيه. وما ذكرناه من المنع من ذكر تمام الأوصاف، لا نراه ينتهي إلى التحريم. والله أعلم.

الركن الثاني: الملتقط وبناء الكلام فيه على أصل، وهو أن اللقطة فيها معنى الأمانة والولاية والاكتساب، فالأمانة والولاية أولاً، والاكتساب آخرًا بعد التعريف. وهل المغلَّب الأمانة والولاية لأنها ناجزة، أم الاكتساب لأنه مقصوده ولا يستقل الآحاد بالأمانات؟ فيه وجهان: ويقال: قولان: فإذا اجتمع في شخص أربع صفات: الإسلام، والحرية، والأمانة والتكليف، فله أن يلتقط ويعرّف ويتملك، لأنه أهل للأمانة والولاية والاكتساب، وإلا، ففيه مسائل:

إحداها: يمكن الذمي من الالتقاط في دار الإسلام على الأصح. وقيل: قطعاً، كالاصطياد والاحتطاب، وربما شرط فيه عدالته في دينه. فإن قلنا: ليس له الالتقاط فالتقط، أخذه الإمام منه وحفظه إلى ظهور مالكة. وإن جوزناه، قال البغوي: هو كالتقاط الفاسق. قال: والمرتب إن قلنا: يزول ملكه، انتزعت اللقطة منه، كما لو احتطب، ينتزع من يده. وإن قلنا: لا يزول، فكالفاسق يلتقط. ولك أن تقول: إن أزلنا ملكه، فما يحتطبه ينتزع ويكون لأهل الفيء فإن كانت اللقطة كذلك، فقياسه أن يجوز للإمام ابتداء الالتقاط لأهل الفيء ولبيت المال، وأن يجوز للولي الالتقاط للصبى. وإن قلنا: لا يزول ملكه، فهو بالذمي أشبه منه من الفاسق، فليكن كالتقاط الذمي، وبهذا قطع المتولي.

المسألة الثانية: الفاسق أهل للالتقاط على المذهب، وبه قطع الجمهور، وهو ظاهر النص. وعن القفال، تخريجه على الأصل المذكور، إن غلبنا الاكتساب، فنعم، أو الأمانة، فلا، وما يأخذه مغصوب. فعلى المذهب، هل يقر المال في يده؟ قولان: أظهرهما: لا، بل ينتزع منه ويوضع عند عدل. والثاني: نعم، ويضم إليه عدل يشرف عليه. وعن ابن القطان وجه: أنه لا يضم إليه أحد. وسواء قلنا: ينتزع أو يضم إليه مشرف، ففي التعريف قولان: أظهرهما: لا يعتمد وحده، بل يضم إليه نظر العدل ومراقبته. والثاني: يكفي تعريفه. ثم إذا تم التعريف، فللملتقط التملك.

المسألة الثالثة: التقاط العبد، وهو على ثلاثة أضرب:

أحدها: التقاط لم يأذن فيه السيد ولا نهى عنه، وفيه قولان: أظهرهما: لا يصح والثاني: يصح كاحتطابه ويكون الحاصل لسيد. فإن قلنا: لا يصح التقاطه، لم يعتد بتعريفه. ثم إن لم يعلم السيد التقاطه، فالمال مضمون في يد العبد، والضمان

متعلق برقبته، سواء أتلفه أو تلف بتفريط أو بغير تفريط، كالمغصوب. وإن علم، فله أحوال:

أحدها: أن يأخذه من يده. ولهذا مقدّمة، وهي أن القاضي لو أخذ المغصوب من الغاصب ليحفظه للمالك، هل يبرأ الغاصب من الضمان؟ وجهان: أقيسهما: البراءة، لأن يد القاضي نائبة عن يد المالك. فإن قلنا: لا يبرأ، فللقاضي أخذه منه. وإن قلنا: يبرأ، فإن كان المال معروضاً للضياع، والغاصب بحيث لا يبعد أن يفلس أو يغيّب وجهه، فكذلك، وإلا، فوجهان: أحدهما: لا يأخذ فإنه أنفع للمالك. والثاني: يأخذ نظراً لهما جميعاً. وليس لآحاد الناس أخذ المغصوب إذا لم يكن معروضاً للضياع، ولا الغاصب بحيث تفوت مطالبته ظاهراً. وإن كان كذلك، فوجهان: أحدهما: المنع، لأن القاضي هو النائب عن الناس، ولأنه قد يؤدي إلى الفتنة. والثاني: الجواز احتساباً ونهياً عن المنكر. فعلى الأول، لو أخذه ضمنه وكان كغاصب من غاصب. وعلى الثاني: لا يضمن، وبراءة الغاصب على الخلاف السابق، وأولى بأن لا يبرأ. قال الإمام: ويجوز أن يقال: إن كان هناك قاضٍ يمكن رفع الأمر إليه، فلا يجوز، وإلا، فيجوز.

إذا عرف هذا، فقال معظم الأصحاب: إذا أخذ السيد اللقطة من العبد كان أخذه التقاطاً، لأن يد العبد إذا لم تكن يد التقاط، كان الحاصل في يده ضائعاً بعد، ويسقط الضمان عن العبد لوصوله إلى نائب المالك، فإن كل أهل للتقاط كأنه نائب عنه. وبمثله قالوا فيما لو أخذه أجنبي، إلا أن المتولي جعل أخذه الأجنبي على الخلاف فيما لو تعلق صيد بشبكة رجل فأخذه غيره، واستبعد الإمام قولهم: إن أخذ السيد التقاط، لأن العبد ضامن بالأخذ. ولو كان أخذ السيد التقاطاً، لسقط الضمان عنه، فيتضرر به المالك، وهذا وجه ذكره ابن كج والمتولي، وحكياً تفريعاً عليه أن السيد ينتزعه من يده ويسلمه إلى الحاكم ليحفظه لمالكة أبداً. وأما الإمام فقال: إذا قلنا: إنه ليس بالتقاط، فأراد أخذه بنفسه وحفظه لمالكة، فوجهان مرتبان على أخذ الآحاد المغصوب للحفظ، وأولى بالمنع، لأن السيد ساع لنفسه غير متبرع. ثم يترتب على جواز الأخذ حصول البراءة كما قدمنا. وإن استدعى من الحاكم انتزاعه، فهذه الصورة أولى بأن يزيل الحاكم فيها اليد العادية. وإذا أزال، فأولى أن تحصل البراءة لتعلق غرض السيد بالبراءة، وهو غير منسوب إلى عدوان حتى يغلظ عليه.

الحال الثاني: أن يقره في يده ويستحفظه عليه ليعرفه. فإن لم يكن العبد أميناً، فهو متعد بالإقرار، وكأنه أخذه منه وردّه إليه. وإن كان أميناً، جاز، كما لو استعان به في تعريف ما التقطه بنفسه. وذكر الإمام في سقوط الضمان وجهين: أحدهما: عنده: المنع. وقياس كلام الجمهور سقوطه.

الحال الثالث: أن لا يأخذه ولا يقره، بل يهمله ويعرض عنه. فنقل المزماني أن الضمان يتعلق برقبة العبد كما كان، ولا يطالب به السيد في سائر أمواله، لأنه لا تعدي منه ولا أثر لعلمه، كما لو رأى عبده يتلف مالاً فلم يمنعه، ونقل الربيع تعلقه بالعبد وبجميع أموال السيد. وعكس الإمام والغزالي، فنسبوا الأول إلى الربيع، والثاني إلى المزماني. والصواب المعتمد، ما سبق. ثم فيهما أربعة طرق. أصحها: وقول الأكثرين: المسألة على قولين. أظهرهما: تعلقه بالعبد وسائر أموال السيد، حتى لو هلك العبد، لا يسقط الضمان. ولو أفلس السيد، قدّم صاحب اللقطة في العبد على سائر الغرماء. ومن قال به، لم يسلم عدم وجوب الضمان إذا رأى عبده يتلف مالاً فلم يمنعه. والطريق الثاني: حمل نقل المزماني على ما إذا كان العبد مميزاً، ونقل الربيع على غير المميز. والثالث: القطع بنقل المزماني في النقل. والرابع: القطع بنقل الربيع وبه قال أبو إسحاق، وغلطوا المزماني في النقل هذا كله إذا قلنا: لا يصح التقاطه. فإن قلنا: يصح، صح تعريفه وليس له التعريف أن يملكه لنفسه، وله التملك للسيد بإذنه، ولا يجوز بغير إذنه على المذهب. وقيل: وجهان كاتهابه وشرائه، فعلى المذهب قيل: لا يصح تعريفه بغير إذن سيده. والصحيح صحته كالتقاط. قال الإمام: لكن إن قلنا: انقضاء مدة التعريف توجب الملك، فيجوز أن يقال: لا يصح تعريفه، ويجوز أن يقال: يصح ولا يثبت الملك، كما لا يثبت إذا عرّف من قصد الحفظ. ثم لا يخلو، إما أن يعلم السيد بالتقاط، وإما أن لا يعلم. فإن لم يعلم، فالمال أمانة في يد العبد، لكن لو كان معرضاً عن التعريف، ففي الضمان وجهان كالوجهين في الحر إذا امتنع من التعريف.

ولو أتلّفه العبد بعد مدة التعريف، أو تملكه لنفسه فهلك عنده، فهل يتعلق الضمان بذمته كما لو اقترض فاسداً وأتلّفه، أم برقبتة كالمغصوب؟ وجهان: وبالأول قطع الشيخ أبو محمد في «الفروق». ولو أتلّفه في المدة، أو تلف بتقصيره، فالمذهب تعلق الضمان برقبتة، وبه قطع الجمهور، لأنه خيانة محضة، إذ لم يدخل وقت التملك، بخلاف ما بعد المدة. وقيل: في تعلقه بالرقبة أو الذمة قولان: وإن علم به السيد، فله أخذه كأكسابه ثم يكون كالتقاطه بنفسه. فإن شاء حفظه لمالكه، وإن شاء عرّف وتملك. فإن كان العبد عرّف بعض المدة، احتسب به وبني عليه. وإن أقره في يده وهو خائن، ضمن السيد بإبقائه في يده. وإن كان أميناً، جاز، ثم إن تلف في يده في مدة التعريف، فلا ضمان. وإن تلف بعدها، فإن أذن السيد في التملك فتملك، لم يخف الحكم، وإلا، فوجهان: أصحهما: يتعلق الضمان بالسيد، لإذنه في سبب الضمان، كم لو أذن له في استيाम شيء فأخذه فتلف في يده. والثاني: لا كما لو أذن

له في الغضب فغضب. فعلى الأول، يتعلق الضمان أيضاً بذمة العبد، فيطالب به بعد العتق كما يطالب به السيد في الحال، وعلى الثاني، يتعلق برقبته كما يتعلق بمال السيد. وإن لم يأذن، فهل يتعلق الضامن بذمة العبد، أم برقبته؟ وجهان: أحدهما: الأول، ولا يتعلق بالسيد قطعاً. فإن أئلفه العبد بعد المدة، فعلى الخلاف السابق.

فرع: قال صاحب «التقريب»: القولان في أصل المسألة، فيما إذا نوى الالتقاط لنفسه، فإن نوى لسيد، فيحتمل أن يطرد القولان، ويحتمل أن يقطع بالصحة. وقال ابن كج: القولان إذا التقط ليدفع إلى سيده. فإن قصد نفسه، فليس له الالتقاط قطعاً، بل هو متعدي، وحكاة عن أبي إسحاق والقاضي أبي حامد.

الضرب الثاني: التقاط بإذن السيد، بأن يقول: متى وجدت لقطه فخذها وائتني بها، فطريقان: قال ابن أبي هريرة بطرد القولين، لأن الإذن لا يفيد أهلية الولاية. وقطع غيره بالصحة، وإليه ميل الإمام، كما لو أذن في قبول الوديعة. ولو أذن له في الاكتساب مطلقاً، ففي دخول الالتقاط وجهان:

الضرب الثالث: التقاط نهاه عنه السيد، فقطع الإصطخري بالمنع، وطرد غيره القولين.

قلت: طريقة الإصطخري أقوى، ولكن سائر الأصحاب على طرد القولين، قاله صاحب «المستظهر». والله أعلم.

فرع: إذا التقط ثم أعتقه السيد، فإن صححنا التقاطه، فهي كسب عبده يأخذها السيد ويعرفها ويتملكها. فإن كان العبد عرّف، اعتدّ به، هذا هو المذهب. وقال ابن القطان: هل السيد أحق نظراً إلى وقت الالتقاط، أم العبد نظراً إلى وقت التملك؟ وجهان: وإن لم نصحح التقاطه، قال ابن كج: للسيد حق التملك إذا قلنا: للسيد التملك على هذا القول. وقطع الجمهور بأنه ليس للسيد أخذها. فعلى هذا، هل للعبد تملكها وكأنه التقط بعد الحرية، أم يجب أن يسلمها إلى الحاكم لأنه لم يكن أهلاً؟ وجهان: أحدهما: الأول.

فرع: في التقاط المكاتب طرق. أحدها: الصحة قطعاً. والثاني: المنع قطعاً، بخلاف القن، فإن السيد ينتزع منه، ولا ولاية للسيد على مال المكاتب مع نقصانه. والثالث وهو الأصح عند الجمهور: طرد القولين كالعبد، لكن الأظهر هنا باتفاق الأصحاب، صحة التقاطه. ثم المذهب أن هذه الطرق في المكاتب كتابة صحيحة. فأما الفاسدة، فكالقن قطعاً. وقيل بطرد الخلاف في النوعين، ونقل الإمام عن العراقيين، تفريعاً على القطع بالصحة، أن في إبقاء اللقطة في يده قولين كما سبق في الفاسق، وكتبهم ساكتة عن ذلك إلا ما شاء الله تعالى. فإن صححنا التقاط المكاتب،

عرّفها وتملكها ويكون بدلها في كسبه. وفي تقدم المالك به على الغرماء وجهان في «أمالى» أبي الفرج الزاز.

وإذا أعتق في مدة التعريف، أتم التعريف وتملّك. وإن عاد إلى الرق قبل تمام التعريف، فالمنقول عن الأصحاب، أن القاضي يأخذها ويحفظها للمالك، وأنه ليس للسيد أخذها وتملكها، لأن التقاط المكاتب لا يقع للسيد، فلا ينصرف إليه. وقال البغوي: ينبغي أن يجوز له الأخذ والتملك، لأن الالتقاط اكتساب، وأكساب المكاتب لسيدته عند عجزه. قال: وكذا لو مات المكاتب أو العبد قبل التعريف، وجب أن يجوز للسيد التعريف والتملك، كما أن الحر إذا التقط ومات قبل التعريف، يعرف الوارث ويتملك. وإذا لم نصح التقاطه فالتقط، صار ضامناً، ولا يأخذ السيد اللقطة منه، بل يأخذها القاضي ويحفظها، هكذا ذكره. ولك أن تقول: ذكرت تفريعاً على منع التقاط القن، أن للأجنبي أخذها ويكون ملتقطاً، ولم تعتبر الولاية، وليس السيد في حق المكاتب بأدنى حالاً من الأجنبي في القن. ثم إذا أخذها الحاكم برىء المكاتب من الضمان. ثم كيف الحكم؟ ذكر الشيخ أبو حامد وغيره: أنه يعرفها، فإذا انقضت مدة التعريف، تملكها المكاتب. والأصح: أنه ليس له التملك، فإن التفريع على فساد الالتقاط، لكن إذا أخذها حفظها إلى أن يظهر مالها.

فرع: من بعضه حر وبعضه رقيق، هل يصح التقاطه قطعاً، أم على القولين كالقن؟ فيه طريقتان: وقيل: يصح في قدر الحرية قطعاً، وفي الباقي الطريقتان، وبهذا قطع المتولي، وأبداه الشاشي احتمالاً.

قلت: المذهب المنصوص، صحة التقاطه. والله أعلم.

فإن قلنا: لا يصح، فهو متعّد بالأخذ، ضامن بقدر الحرية في ذمته، ويؤخذ منه إن كان له مال، وبقدر الرق في رقبته. وهل ينتزع منه، أم يبقى في يده ويضم إليه مشرف؟ وجهان حكاهما ابن كج. أصحهما: الانتزاع. وعلى هذا، هل يسلم إلى السيد، أم يحفظه الحاكم إلى ظهور مالكة؟ وجهان: الصحيح: الثاني. فإن سلم إلى السيد، فعن أبي حفص ابن الوكيل: أن السيد يعرفه ويتملكه. قال ابن كج: ويحتمل عندي أن يكون بينهما بحسب الرق والحرية. أما إذا قلنا: يصح التقاطه، فإن لم يكن بينه وبين السيد مهايأة، فاللقطة بينهما يعرفانها ويتملكانها بحسب الرق والحرية كشخصين التقطاً ملاً. وقال ابن الوكيل: يختص بها السيد كلقطة القن، وليس بشيء. وإن كان بينهم مهايأة، بني على أن الكسب النادر هل يدخل في المهايأة؟ فيه قولان: ويقال: وجهان ذكرناهما في زكاة الفطر. وميل العراقيين والصيدلاني هناك إلى ترجيح ثم إنهم مع سائر الأصحاب، كالمحققين على ترجيح عدم الدخول هنا،

وهو نصه في «المختصر». فعلى هذا، إن وقعت اللقطة في نوبة السيد، عرّفها وتملكها. وإن وقعت في نوبة العبد، عرفها وتملك. والاعتبار بوقت الالتقاط، هذا هو الصحيح المعروف. وأشار الإمام إلى وجه: أن الاعتبار بوقت التملك. وإن قلنا: النادر لا يدخل في المهايأة، فهو كما لو لم يكن مهايأة.

قلت: ونقل إمام الحرمين في باب زكاة الفطر اتفاق العلماء على أن أرش الجناية لا يدخل في المهايأة، لأنه يتعلق بالرقبة وهي مشتركة. والله أعلم.

فرع: المدبّر والمعلّق عتقه بصفة، وأم الولد، كالقن في الالتقاط. لكن حيث حكمنا بتعلق الضمان برقبة القن، ففي أم الولد يجب على السيد، سواء علم التقاطها، أم لا، لأن جنائيتها على السيد. وفي «الأم» أنه إن علم سيدها، فالضمان في ذمته، وإلا، ففي ذمتها، وهذا لم يثبت للأصحاب، وقالوا: هذا سهو من كاتب، أو غلط من ناقل، وربما حاولوا تأويله.

المسألة الرابعة: التقاط الصبي، فيه طريقتان كالفاسق. والمذهب صحته كاحتطابه واصطياده، فإن صححناه فلم يعلم به الولي وأتلفه الصبي، ضمن. وإن تلف في يده، فوجهان: أحدهما: لا ضمان عليه كما لو أودع مالا فتلف عنده. وتسليط الشرع له على الالتقاط، كتسليط المودع. والثاني: يضمن لضعف أهليته، فإنه لا يقر في يده. فإن علم به الولي، فينبغي أن ينتزعه من يده ويعرفه. ثم إن رأى المصلحة في تملكه للصبي، جاز حيث يجوز الاستقراض عليه. وقال ابن الصباغ: عندي يجوز التملك له وإن لم يجز الاقتراض، لأنه على هذا القول ملحق بالاكتساب.

قلت: هذا الذي قاله ابن الصباغ، كما هو شذوذ عن الأصحاب، فهو ضعيف دليلاً، فإنه اقتراض. والله أعلم.

وإن لم ير التملك له، حفظه أمانة، أو سلّمه إلى القاضي. وإذا احتاج التعريف إلى مؤنة، لم يصرفها من مال الصبي، بل يرفع الأمر إلى القاضي لبيع جزءاً من اللقطة لمؤنة التعريف. ويجيء وجه مما سنذكره إن شاء الله تعالى في التقاط الشاة: أنه يبيع بنفسه ولا يحتاج إلى إذن الحاكم. ولو تلفت اللقطة في يد الصبي قبل الانتزاع بغير تفريط، فلا ضمان. وإن قصر الولي بتركها في يده حتى تلفت، أو أتلفها، لزم الولي الضمان من مال نفسه، وشبهه بما إذا احتطب الصبي وتركه الولي في يده حتى تلف، أو أتلفه الصبي، يجب الضمان على الولي، لأن عليه حفظ الصبي عن مثله. قال البغوي: ثم يعرف التالف، وبعد التعريف يملك للصبي إن كان في التملك مصلحة، ويشبه أن يكون هذا فيما إذا وجد قبض من جهة القاضي ليصير المقبوض ملكاً للملتقط، أو إفراز من جهة الولي إذا قلنا: إن من التقط شاة وأكلها

يفرز بنفسه قيمتها من ماله. فأما الضمان في الذمة، فلا يمكن تملكه للصبي. أما إذا قلنا: لا يصح التقاط الصبي، فإذا التقط وتلفت في يده أو أتلّفها، وجب الضمان في ماله، وليس للولي أن يقرّها في يده، بل يسعى في انتزاعها؛ فإن أمكنه رفع الأمر إلى القاضي، فعل، وإن انتزع الحاكم، ففي براءة الصبي عن الضمان الخلاف المذكور في انتزاع القاضي المغصوب من الغاصب، وأولى بحصول البراءة نظراً للطفل. إن لم يمكنه رفع الأمر إلى القاضي، أخذه بنفسه، وتبنى براءة الصبي عن الضمان على الخلاف في براءة الغاصب بأخذ الآحاد. فإن لم تحصل البراءة، ففائدة الأخذ صون عين المال عن التضييع والإتلاف. قال المتولي: وإذا أخذه الولي، فإن أمكنه التسليم إلى القاضي فلم يفعل حتى تلف، لزمه الضمان، وإلا، فقرار الضمان على الصبي.

وفي كون الولي طريقاً، وجهان: وهذا إذا أخذ الولي لا على قصد الالتقاط. أما إذا قصد ابتداء الالتقاط، ففيه وجهان: وليكونا كالخلاف في الأخذ من العبد على هذا القصد إذا لم نصحح التقاطه. ولو قصّر الولي وترك المال في يده، قال المتولي: لا ضمان عليه إذا تلف، لأنه لم يحصل في يده، ولا حق للصبي فيه حتى يلزمه حفظه، بخلاف ما إذا فرعنا على القول الأول. وخصص الإمام هذا الجواب بما إذا قلنا: إن أخذه لا يبرأ الصبي. أما إذا قلنا: يبرأ، فعليه الضمان لتركه الصبي في ورطة الضمان، ويجوز أن يضمن. وإن قلنا: إن أخذه لا يبرأ الصبي لأن المال في يد الصبي معرّض للضياع، فحق أن يصونه.

فرع: المجنون كالصبي في الالتقاط، وكذا المحجور عليه بسفه، إلا أنه يصح تعريفه، ولا يصح تعريف الصبي والمجنون.

الركن الثالث: الشيء الملتقط، وهو قسمان: مال وغيره، والمال نوعان: حيوان وجماد. والحيوان ضربان: آدمي وغيره. وغيره صنفان:

أحدهما: ما يمتنع من صغار السباع بفضل قوته، كالإبل والخيول والبغال والحمير، أو بشدة عدوه كالأرانب والظباء المملوكة، أو بطيرانه كالحمام، فإن وجدها في مفازة، فللحاكم ونوابه أخذها للحفظ. وفي جواز أخذها للآحاد للحفظ وجهان: أصحهما: عند الشيخ أبي حامد والمتولي وغيرهما: جوازه، وهو المنصوص، لئلا يأخذها خائن فتضيع. وأما أخذها للتملك، فلا يجوز لأحد. فمن أخذها للتملك ضمنها، ولا يبرأ عن الضمان بالرد إلى ذلك الموضع. فإن دفعها إلى القاضي، برىء على الأصح. وإن وجدها في بلدة أو قرية، أو في موضع قريب منها، فوجهان أو قولان: أحدهما: لا يجوز التقاطها للتملك كالمفازة. وأصحهما: جوازه، لأنها في العمارة تضيع بتسلط الخونة. وقيل: يجوز قطعاً. وقيل: لا يجوز

قطعاً. فإن منعنا، فالتقاطها بقصد التملك كما ذكرنا في التقاطها من الصحراء. وإن جوزناه، فعلى ما سيأتي في النصف الثاني إن شاء الله تعالى. هذا كله إذا كان زمان أمن. فأما في زمن النهب والفساد، فيجوز التقاطها قطعاً. وسواء وجدت في الصحراء أو العمران، كما سيأتي فيما لا يمتنع، قاله المتولي.

الصف الثاني: ما لا يمتنع من صغار السباع، كالكسير والغنم والعجول والفصلا، فيجوز التقاطها للتملك، سواء وجدت في المفازة أو العمران. وفي وجه: لا يؤخذ ما وجد في العمران. والصحيح المعروف: أنه لا فرق. ثم إذا وجده في المفازة، فهو بالخيار بين أن يمسكها ويعرفها ثم يملكها، وبين أن يبيعها ويحفظ ثمنها ويعرفها ثم يملك الثمن، وبين أن يأكلها إن كانت مأكولة ويغرم قيمتها. والخصلة الأولى أولى من الثانية، والثانية أولى من الثالثة. وإن وجدها في العمران، فله الإمساك مع التعريف والتملك، وله البيع والتعريف وتملك الثمن. وفي الأكل قولان: أحدهما: الجواز كالمفازة. وأظهرهما: عند الأكثرين: المنع، لأن البيع في العمران أسهل هذا إذا كانت مأكولة، فأما الجحش وصغار ما لا يؤكل، فحكمها في الإمساك والبيع حكم المأكول وفي جواز تملكها في الحال، وجهان: أحدهما: نعم، كما يجوز أكل المأكول. ولو لم يجوز ذلك لأعرض عنها الواجدون ولضاعت وأصحهما: لا يجوز تملكها حتى تعرف سنة كغيرها. ويتفرع على الخصال الثلاث مسائل:

إحداها: إذا أمسكها وتبرع بالإنفاق، فذاك. وإن أراد الرجوع، فلينفق بإذن الحاكم. فإن لم يجد حاكماً، أشهد كما سبق في نظائره.

الثانية: إذا أراد البيع، فإن لم يجد حاكماً، استقل به. وإن وجده، فالأصح أنه يجب استئذانه. وهل يجوز بيع جزءٍ منها لنفقة باقيها؟ قال الإمام: نعم، كما تباع جميعها. وحكى عن شيخه احتمالاً أنه لا يجوز، لأنه يؤدي إلى أن تأكل نفسها، وبهذا قطع أبو الفرج الزاز، قال: ولا يستقرض على المالك أيضاً، لهذا المعنى، لكنه يخالف ما سبق في هرب الجمال ونحوه.

قلت: الفرق بينه وبين هرب الجمال ظاهر، فإن هناك لا يمكن البيع لتعلق حق المستأجر، وهنا يمكن فلا يجوز الإضرار بمالكها من غير ضرورة. والله أعلم.

فرع: متى حصلت الضالة في يد الحاكم، فإن كان هناك حمى، سرحها فيه ووسمها بسمه الضوال، ويسم نتائجها أيضاً. وإن لم يمكن، فالقول في بيع كلها أو بعضها للنفقة على ما سبق، لكن لو توقع مجيء المالك في طلبها على قرب، بأن عرف أنها من نعم بني فلان، تأنى أياماً كما يراه.

الضرب الثاني: الآدمي، فإذا وجد رقيقاً مميزاً، والزمان آمن، لم يأخذه، لأنه يستدل على سيده. وإن كان غير مميز أو مميزاً في زمن نهب، جاز أخذه كسائر الأموال. ثم يجوز تملك العبد والأمة التي لا تحل كالمجوسية والمَحْرَم. وإن كانت ممن تحل، فعلى قولين كالاستقراض. فإن منعناه، لم يجب التعريف، كذا ذكره الشيخ أبو حامد. ويتفق على الرقيق مدة الحفظ من كسبه، وما بقي من الكسب حفظ معه. فإن لم يكن كسب، فعلى ما سبق في الصنف الثاني. وإذا بيع ثم ظهر المالك وقال: كنت أعتقته، فقولان: أظهرهما: يقبل قوله ويحكم بفساد البيع. والثاني: لا، كما لو باع بنفسه.

النوع الثاني: الجماد، وينقسم إلى ما يبقى، بمعالجة، كالرطب يجفف، أو بغيرها، كالذهب والفضة والثياب، وإلى ما لا يبقى، كالهريسة، وكل ذلك لقطعة يؤخذ ويُملك، لكن فيما لا يبقى بمعالجة مزيد كلام نذكره في الباب الثاني إن شاء الله تعالى.

القسم الثاني: ما ليس بمال، ككلب يقتنى، فميل الإمام والآخذين عنه، إلى أنه لا يؤخذ إلا على قصد الحفظ أبداً لأن الاختصاص به بعوض ممتنع، وبلا عوض يخالف وضع اللقطة. وقال الأكثرون: يعرفه سنة ثم يختص وينتفع به فإن ظهر صاحبه بعد ذلك وقد تلف، فلا ضمان. وهل عليه أجره المثل لمنفعة تلك المدة؟ وجهان بناءً على جواز إجارتها.

فصل: يشترط في اللقطة ثلاثة شروط غير ما سبق:

أحدها: أن تكون شيئاً ضاع من مالكة لسقوط أو غفلة ونحوهما. فأما إذا ألفت الريح ثوباً في حجره أو ألقى إليه هارب كيساً ولم يعرف من هو مورثه عن ودائع وهو لا يعرف ملائكتها فهو مال ضائع يحفظ ولا يتملك. ولو وجد دفيناً في الأرض فالقول في أنه ركاز أو لقطة سبق في الزكاة.

الثاني: أن يوجد في موات، أو شارع، أو مسجد. أما إذا وجد في أرض مملوكة، فقال المتولي: لا يؤخذ للتملك بعد التعريف، بل هو لصاحب اليد في الأرض، فإن لم يدَّعه، فلمن كانت في يده قبله، وهكذا إلى أن ينتهي إلى المحيي، فإن لم يدَّعه، حينئذ يكون لقطعة.

الثالث: أن يكون في دار الإسلام، أو في دار الحرب وفيها مسلمون. أما إذا لم يكن فيها مسلم، فما يوجد فيها غنيمة، خمسمها لأهل الخمس، والباقي للواجد، ذكره البغوي وغيره.

الباب الثاني: في أحكام الالتقاط الصحيح

وهي أربعة:

الحكم الأول: في الأمانة والضمان، ويختلف ذلك بقصده. وله أحوال: أحدها: أن يأخذها ليحفظها أبداً، فهي أمانة في يده. فلو دفعها إلى الحاكم لزمه القبول. وكذا من أخذ للتملك ثم بدا له ودفعها إلى الحاكم، لزمه القبول. وهل يجب التعريف إذا قصد الحفظ أبداً؟ وجهان يأتي بيانهما إن شاء الله تعالى. فإن لم يجب، لم يضمن بتركه. وإذا بدا له قصد التملك، عرّفها سنة من يومئذ، ولا يعتد بما عرّف من قبل. وإن أوجبناه، فهو ضامن بالترك. حتى لو بدأ بالتعرف بعد ذلك، فهلك في سنة التعريف، ضمن.

الحال الثاني أن يأخذ بنية الخيانة والاستيلاء، فيكون ضامناً غاصباً. وفي براءته بالدفع إلى الحاكم. الوجهان في الغاصب، فلو عرّف بعد ذلك وأراد التملك، لم يكن له ذلك على المذهب، وبه قطع الجمهور، كالغاصب، وقيل: وجهان: لوجود صورة الالتقاط.

الحال الثالث: أن يأخذها ليعرّفها سنة ويتملكها بعد السنة، فهي أمانة في السنة، وأما بعد السنة، فإن قلنا: تملك بمضي السنة، فقد دخلت في ملكه وضمانه، وإلا، فقال الغزالي: تصير مضمونة عليه إذا كان غرم التملك مطرداً، ولم يوافقه غيره، فالأصح ما صرح ابن الصباغ والبعوي: أنها أمانة ما لم يختار التملك قصداً، أو لفظاً إذا اعتبرناه، كما قبل الحول، لكن إذا اختار وقلنا: لا بد من التصرف، فحينئذ يكون مضموناً عليه كالقرض. وإذا قصد الأمانة ثم قصد الخيانة، فالأصح أنه لا يصير مضموناً عليه بمجرد القصد، كالمودع لا يضمن بنية الخيانة على المذهب. والثاني: يصير، لأنه لم يسلطه المالك. ومهما صار الملتقط ضامناً في الدوام، إما بحقيقة الخيانة أو بقصدها، ثم أقالع وأراد أن يعرّف ويتملك، فله ذلك على الأصح.

الحال الرابع: أن يأخذ اللقطة ولا يقصد خيانة ولا أمانة، أو يقصد أحدهما وينساه، فلا تكون مضمونة عليه وله التملك بشرطه.

الحكم الثاني: التعريف، فينبغي للملتقط أن يعرف اللقطة ويعرّفها.

أما المعرفة، فيعلم عفاصها، وهو الوعاء من جلد وخرقة وغيرها، ووكاءها، وهو الخيط الذي تُشدُّ به، وجنسها، أذهب أم غيره؟ ونوعها، أهروية أم غيرها؟ وقدرها، بوزن أو عدد وإنما يعرف هذه الأمور لثلاث تختلط بماله ويستدل بها على صدق طالبها، ويستحب تقييدها بالكتابة.

وأما التعريف، ففيه مسائل:

إحداها: يجب تعريف اللقطة سنة، وليس ذلك بمعنى استيعاب السنة، بل لا يعرف في الليل، ولا يستوعب الأيام أيضاً، بل على المعتاد، فيعرف في الابتداء في كل يوم مرتين طرفي النهار، ثم في كل يوم مرة، ثم في كل أسبوع مرتين أو مرة، ثم في كل شهر بحيث لا يُنسى أنه تكرر للأول. وفي وجوب المبادرة بالتعريف على الفور وجهان: الأصح الذي يقتضيه كلام الجمهور: لا يجب، بل المعتبر تعريف سنة متى كان. وهل تكفي سنة مفرقة بأن يفرق شهرين مثلاً ويترك شهرين، وهكذا؟ فيه وجهان: أحدهما: لا، وبه قطع الإمام، لأنه لا تظهر فائدة التعريف. فعلى هذا، إذا قطع مدة، وجب الاستئناف. والثاني وبه قطع العراقيون والرويان: نعم.

قلت: هذا الثاني أصح، ولم يقطع به العراقيون بل صححوه، لأنه عرف سنة. والله أعلم.

الثانية: ليصف الملتقط بعض أوصاف اللقطة، فإنه أقرب إلى الظفر بالمالك. وهل هو شرط، أم مستحب؟ وجهان: أحدهما: مستحب. فإن شرطناه، فهل يكفي ذكر الجنس بأن يقول: من ضاع منه دراهم؟ قال الإمام: عندي أنه لا يكفي، ولكن يتعرض للعفاص والوكاء ومكان الالتقاط وزمنه، ولا يستوعب الصفات ولا يبالغ فيها لئلا يعتمد الكاذب. فإن بالغ، ففي مصيره ضامناً وجهان: لأنه لا يلزمه الدفع إلا بيينة، لكن قد يرفعه إلى حاكم يلزمه الدفع بالوصف.

قلت: أحدهما: الضمان. والله أعلم.

الثالثة: إن تبرع الملتقط بالتعريف، أو بذل مؤنته، فذاك، وإلا، فإن أخذها للحفظ أبداً، فإن قلنا: لا يجب التعريف والحالة هذه، فهو متبرع إن عرف. وإن قلنا: يجب، فليس عليه مؤنته، بل يرفع الأمر إلى القاضي ليبذل أجرته من بيت المال، أو يفترض على المالك، أو يأمر الملتقط به ليرجع كما في هرب الجمال. وإن أخذها للتملك واتصل الأمر بالتملك، فمؤنة التعريف على الملتقط قطعاً. وإن ظهر مالكةا، فهل هي على الملتقط لقصد التملك، أم على المالك لعود الفائدة إليه؟ فيه وجهان: أحدهما: أولهما. ولو قصد الأمانة أولاً، ثم قصد التملك، ففيه الوجهان.

الرابعة: ما ذكرناه من وجوب التعريف، هو فيما إذا قصد التملك، أما إذا قصد الحفظ أبداً، ففي وجوبه وجهان: أحدهما: عند الإمام والغزالي: وجوبه، لئلا يكون كتماناً مفوّتاً للحق على صاحبه. والثاني وبه قطع الأكثر: لا يجب، قالوا: لأن التعريف إنما يجب لتخصيص شرط التملك.

قلت: الأول أقوى، وهو المختار. والله أعلم.

الخامسة: ليكن التعريف في الأسواق ومجامع الناس وأبواب المساجد عند خروج الناس من الجماعات، ولا يعرف في المساجد، كما لا تُطلب اللقطة فيها، قال الشاشي في «المعتمد»: إلا أن الأصح جواز التعريف في المسجد الحرام، بخلاف سائر المساجد. ثم إذا التقط في بلدة أو قرية، فلا بد من التعريف فيها، وليكن أكثر تعريفه في البقعة التي وجد فيها، لأن طلب الشيء في موضع ضياعه أكثر. فإن حضره سفر، فوُضَّ التعريف إلى غيره، ولا يسافر بها. وإن التقط في الصحراء، فعن أبي إسحاق: أنه إن اجتازت به قافلة، تبعهم وعرف، وإلا، فلا فائدة في التعريف في المواضع الخالية، ولكن يعرف في البلدة التي يقصدها قربت أم بعدت. وإن بدا له الرجوع، أو قصد بلدة أخرى، عرف فيها ولا يكلف أن يغير قصده، ويعدل إلى أقرب البلاد إلى ذلك الموضع، حكاها الإمام وتابعه الغزالي. ولكن ذكر المتولي وغيره: أنه يعرف في أقرب البلاد إليه، وهذا إن أراد به الأفضل فذاك، وإلا، فيحصل في المسألة الوجهان.

قلت: الأصح: أنه لا يكلف العدول. والله أعلم.

فرع: ليس للملتقط تسليم المال إلى غيره ليعرفه إلا بإذن الحاكم، فإن فعل، ضمن، ذكره ابن كج وغيره.

فرع: يشترط كون المعرف عاقلاً غير مشهور بالخلاعة والمجون، وإلا، فلا يعتمد قوله، ولا تحصل فائدة التعريف.

فصل: إنما يجب تعريف اللقطة إذا جمعت وصفين، أحدهما: كون الملتقط كثيراً. فإن كان قليلاً، نُظر، إن انتهت قِلَّتُهُ إلى حدٍّ يُسقط تمؤله كحبة الحنطة والزبيبة، فلا تعريف، ولواجهه الاستبداد به. وإن كان متمولاً مع قلته، وجب تعريفه، وفي قدر تعريفه وجهان: أحدهما: عند العراقيين: سنة كالكثير. وأشبههما باختيار معظم الأصحاب: لا يجب سنة. فعلى هذا أوجه: أحدها: يكفي مرة. والثاني: ثلاثة أيام. وأصحها: مدة يظن في مثلها طلب فاقده له، فإذا غلب على الظن إعراضه، سقط، ويختلف ذلك باختلاف المال، قال الروياني: فدانق الفضة يعرف في الحال، ودانق الذهب يعرف يوماً، أو يومين، أو ثلاثة. وأما الفرق بين القليل والمتمول والكثير، ففيه أوجه: أحدها: لا يتقَدَّر، بل ما غلب على الظن أن فاقده لا يكثر أسفه عليه ولا يطول طلبه له غالباً، فقليل، قاله الشيخ أبو محمد وغيره، وصححه الغزالي والمتولي. والثاني: القليل: ما دون نصاب السرقة. والثالث: الدينار قليل. والرابع: ما دون الدرهم قليل، والدرهم كثير.

فرع: قال المتولي: يحل التقاط السنابل وقت الحصاد إن أذن فيه المالك، أو كان قدراً لا يشق عليه أن يُلْتَقَط وإن كان يلتقط بنفسه لو اطلع عليه، وإلا، فلا يحل. الوصف الثاني: أن يكون شيئاً لا يفسد. أما ما يفسد، فضربان:

أحدهما: أن لا يمكن إبقاؤه كالهريسة، والرطب الذي لا يتتمر، والبقول. فإن وجده في بريّة، فهو بالخيار بين أن يبيعه ويأخذ ثمنه، وبين أن يملكه في الحال فيأكله ويغرم قيمته. وإن وجده في بلدة أو قرية، فطريقان:

أحدهما: على قولين. أحدهما: ليس له الأكل، بل يبيعه ويأخذ ثمنه لملكه، لأن البيع متيسّر في العمران. والثاني وهو المشهور: أنه كما لو وجد في بريّة.

والطريق الثاني: القطع بالمشهور. فإذا لم نجوّز الأكل فأخذ للأكل، كان غاصباً. وإذا جوزناه فأكل، ففي وجوب التعريف بعده وجهان: أحدهما: الوجوب إن كان في البلد، كما أنه إذا باع يعرف. وإن كان في الصحراء، قال الإمام: فالظاهر أنه لا يجب، لأنه لا فائدة فيه. وهل يجب إفراز القيمة المغرومة من ماله؟ وجهان: ويقال: قولان أحدهما: لا، لأن ما في الذمة لا يخشى هلاكه، وإذا أفرز كان المفز أمانة. والثاني: يجب احتياطاً لصاحب المال ليقدم بالمفز لو أفلس الملتقط. وعلى هذا، فالطريق أنه يرفع الأمر إلى الحاكم ليقبض عن صاحب المال. فإن لم يجد حاكماً، فهل للملتقط بسلطان الالتقاط أن يستنبه عنه؟ فيه احتمال عند الإمام. وذكر الإمام والغزالي، أنه إذا أفرزها، لم تصر ملكاً لصاحب المال، بل هو أولى بملكها. ولو كان كما قالوا، لم يسقط حقه بهلاك المفز. وقد نصوا على السقوط ونصوا أيضاً على أنه لو مضت مدة التعريف، فله أن يملك المفز كما يملك نفس اللقطة، وكما يملك الثمن إذا باع الطعام، وهذا يقتضي صيرورة المفز ملكاً لصاحب اللقطة. ولو اختلفت قيمة يومي الأخذ والأكل، ففي بعض الشروح أنه إن أخذ للأكل اعتبرت قيمة يوم الأخذ. وإن أخذ للتعريف، اعتبرت قيمة يوم الأكل. وإذا اختار البيع، ففي الحاجة إلى إذن الحاكم ما سبق في بيع الشاة. وإذا باع أو أكل، عرّف المبيع والمأكول باتفاق الأصحاب، لا الثمن والقيمة، سواء أفرزها، أم لا.

الضرب الثاني: ما يمكن إبقاؤه بالمعالجة والتجفيف. فإن كان الحظ لصاحبه في بيعه رطباً، بيع، وإلا، فإن تبرع الملتقط بالتجفيف فذاك وإلا بيع بعضه وأنفق على تجفيف الباقي.

الحكم الثالث: التملك، فيجوز تملك اللقطة بعد التعريف، سواء كان الملتقط غنياً أو فقيراً، ومتى تملك؟ فيه أوجه: أحدها: لا تملك إلا بلفظ، كقوله: تملك

ونحوه. والثاني: لا تملك ما لم يتصرف. وعلى هذا، يشبه أن يجيء الخلاف المذكور في القرض، في أن الملك بأي نوع من التصرف يحصل. والثالث: يكفيه تجديد قصد التملك بعد التعريف، ولا يشترط لفظ. والرابع: تملك بمجرد مضي السنة.

فرع: في لقطة مكة وحرمة وجهان: الصحيح: أنه لا يجوز أخذها للتملك، وإنما تؤخذ للحفظ أبداً. والثاني: أنها كلقطة سائر البقاع. قال هذا القائل: والمراد بقول النبي ﷺ: «لا تحل لقطتها إلا لمنشد»^(١) أنه لا بد من تعريفها سنة كغيرها، لئلا يتوهم أن تعريفها في الموسم كافٍ لكثرة الناس وبُعد العود في طلبها من الآفاق. قلت: قال أصحابنا: ويلزم الملتقط بها الإقامة للتعريف، أو دفعها إلى الحاكم، فلا يجيء هنا الخلاف السابق فيمن التقط للحفظ، هل يلزمه التعريف؟ بل يجزم هنا بوجوبه، للحديث. والله أعلم.

الحكم الرابع: رد عينها أو بدلها عند ظهور مالكيها. فإذا جاء من يدعيها، فإن لم يقر بينة أنها له، ولم يصفها، لم تدفع إليه، إلا أن يعلم الملتقط أنها له، فيلزم الدفع إليه. وإن أقام بينة، دفعت إليه. وإن وصفها، نظر، إن لم يظن الملتقط صدقه، لم يدفع إليه على المذهب المعروف وحكى الإمام تردداً في جواز الدفع وإن ظن صدقه، جاز الدفع إليه، ولا يجب على المذهب، وبه قطع الجمهور. ونقل الإمام في وجوبه وجهين: فعلى المذهب، لو قال الواصف: يلزمك تسليمها إليّ، فله أن يحلف أنه لا يلزمه. ولو قال: تعلم أنها ملكي، فله أن يحلف أنه لا يعلم. ولو أقام الواصف شاهداً، فالمذهب أنه لا يجب الدفع، واختار الغزالي وجوبه. وإذا دفعها إلى الواصف بوصفه، فأقام غيره بينة أنها له، فإن كانت باقية، انتزعت منه ودفعت إلى الثاني. وإن تلفت عنده، فهو بالخيار بين أن يضمّن الملتقط أو الواصف. فإن ضمّن الواصف، لم يرجع على الملتقط. وإن ضمّن الملتقط، رجع على الواصف إن لم يقر بالملك للواصف. وإن أقر، لم يرجع، مؤاخذه له. هذا إذا دفع بنفسه. أما إذا ألزمه الحاكم الدفع إلى الواصف، فليس لصاحب البينة تضمينه.

فرع: لو جاء الواصف بعد أن تملك الملتقط اللقطة وأتلفها، فغرمها الملتقط لظنه صدقه، فأقام آخر بينة بها، طالب الملتقط دون الواصف، لأن الحاصل عند الواصف مال الملتقط، لا ماله. وإذا غرم الملتقط، هل يرجع على الواصف؟ ينظر، هل أقر له بالملك أم لا كما سبق.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٤٣٤) ومسلم في صحيحه برقم (١٣٥٥).

فرع: أقام مدّعي اللقطة شاهدين عدلين عنده وعند الملتقط، وهما فاسقان عند القاضي، لم يلزمه القاضي الدفع على الصحيح. وقيل: يلزمه، لا اعترافه بعدالتهما.

فرع: إذا ادعاها اثنان، وأقام كل واحد بينة أنها له، ففيه أقوال التعارض.

فصل: إذا ظهر المالك قبل تملك الملتقط، أخذ اللقطة بزوائدها المتصلة والمنفصلة. وإن ظهر بعد التملك، فللقطة حالان: أحدهما: أن تكون باقية عنده، فينظر، إن بقيت بحالها، فوجهان: أحدهما: له أخذها، وليس للملتقط أن يلزمه أخذ بدلها. والثاني: المنع، فلا شك أنه لو ردها الملتقط لزم المالك القبول، فعلى الأصح: لو باعها الملتقط فجاء المالك في مدة الخيار، فهل له فسخ البيع؟ وجهان حكاهما الشاشي، ووجه المنع بأن الفسخ حق للعاقِد، فلا يتمكّن منه غيره بغير إذنه. وجعل ابن كج الوجهين في أنه يجبر الملتقط على الفسخ، ويجوز فرض الوجهين في الانفساخ. فإن زادت، فالمتصلة تتبعها، والمنفصلة تسلم للملتقط، ويرد الأصل وإن نقصت بعيب ونحوه وقلنا: لو بقيت بحالها لم يكن للمالك أخذها قهراً، رجع إلى بدلها سليمة. وإن قلنا: له أخذها قهراً فكذا هنا، ويغرمه الأرش، لأن الكل مضمون عليه. وقيل: لا أرش عليه، وبه قطع البغوي. ولو أراد بدلها، وقال الملتقط: أضم إليها الأرش وأردّها، أوجب الملتقط على الأصح. والثاني: يجاب المالك، فله الخيار بين البدل أو العين الناقصة مع الأرش أو دونه كما سبق.

الحالة الثانية: أن تكون تالفة، فعليه بدلها: المثل، أو القيمة. والاعتبار بقيمة يوم التملك. وقال الكرابيسي من أصحابنا: لا يطالب بالقيمة، ولا برد العين عند بقائها. والصحيح المعروف هو الأول. وعلى هذا، فالضمان ثابت في ذمته من يوم التلف. وعن أبي إسحاق المروزي: أنه لا يثبت، وإنما يتوجه عند مجيء المالك وطلبه.

فصل: في مسائل تتعلق بالكتاب

إحداها: وجد رجلان لقطة، يعرفانها، ويتملّكانها، وليس لأحدهما نقل حقه إلى صاحبه، كما لا يجوز للملتقط نقل حقه إلى غيره.

الثانية: تنازعا، فأقام كل واحد بينة أنه الملتقط، فإن تعرّضت بينة لسبق، حكم بها، وإلا، فعلى الخلاف في تعارض البيتين.

الثالثة: ضاعت من يد الملتقط، فأخذها آخر، فالأول أحقّ بها على الأصح. وقيل: الثاني.

الرابعة: كانا يتماشيان، فرأى أحدهما اللقطة، وأخبر بها الآخر، فالأخذ

أولى. فلو أراه اللقطة وقال: هاتها، فأخذها لنفسه، فهي للآخذ. وإن أخذها للآمر، أو له ولنفسه، فعلى القولين في جواز التوكيل بالاصطياد ونحوه.

الخامسة: رأى شيئاً مطروحاً على الأرض، فدفعه برجله ليعرف جنسه أو قدره ولم يأخذه حتى ضاع، لم يضمه، لأنه لم يحصل في يده، قاله المتولي.

السادسة: دفع اللقطة إلى الحاكم وترك التعريف والتملك، ثم ندم وأراد أن يعرف ويتملك، ففي تمكينه وجهان حكاهما ابن كج.

قلت: المختار المنع، لأنه أسقط حقه. والله أعلم.

السابعة: قال في «المهذب»: لو وجد خمراً أراقها صاحبها، لم يلزمه تعريفها، لأن إراقته مستحقة. فإن صارت عنده خللاً، فوجهان: أحدهما: أنها للمريق، كما لو غصبها فصارت خللاً. والثاني: للواجد، لأنه أسقط حقه، بخلاف الغصب، وهذا الذي ذكره تصويراً وتوجيهاً، إنما يستمر في الخمرة المحترمة، وحينئذ لا تكون إراقته مستحقة. أما في الابتداء، فظاهر. وأما عند الواجد، فينبغي أن يجوز إمساكها إذا خلا عن قصد فاسد، ثم يشبه أن يكون ما ذكره مخصوصاً بما إذا أراقها، لأنه معرض. أما إذا ضاعت المحترمة من صاحبها، فلتعرف كالكلب.

قلت: أما قول الإمام الرافعي: يشبه أن يكون.. إلى آخره، فكذا صرح به صاحب «المهذب» فقال: وجد خمراً أراقها صاحبها. وأما قوله: إن الواجد يجوز له إمساكها، فغير مقبول، بل لا يجوز وإن خلا عن قصد الفاسد. والكلام فيما إذا لم يعلم الواجد أنها محترمة، وحينئذ فقول صاحب «المهذب»: الإراقة واجبة - يعني على الواجد - كلام صحيح، لأن الظاهر عدم احترامها. والله أعلم.

الثامنة: قد سبق أن البعير وما في معناه، لا يلتقط إذا وُجد في الصحراء، واستثنى صاحب «التلخيص» ما إذا وجد بعيراً في أيام منى مقلداً في الصحراء تقليد الهدايا، فحكى عن نص الشافعي رحمته الله: أنه يأخذه ويعرفه أيام منى. فإن خاف فوت وقت النحر، نحره، والمستحب أن يرفعه إلى الحاكم حتى يأمره بنحره. وحكى غيره قولاً أنه لا يجوز أخذه. وبنوا القولين على القولين فيمن وجد بدنه منحورة قد غمس نعلها في دمها وضرب به صفحتها، هل يجوز الأكل منها؟ فإن منعه، منعنا الأخذ هنا. وإن جوزنا اعتماداً على العلامة، فكذا هنا التقليد علامة. والأضحية المعينة إذا ذبحت في وقت النحر، وقعت الموقع وإن لم يأذن صاحبها، قال الإمام: لكن ذبح الأضحية إن وقع الموقع، لا يجوز الإقدام عليه من غير إذن، ولهذا الإشكال قال القفال تفريعاً على هذا القول: يجب رفع الأمر إلى القاضي لينحره، وأول قول الشافعي رحمته الله: استحَب. ثم لك أن تقول: الاستثناء غير منتظم وإن جوزناه الأخذ،

لأن الأخذ الممنوع إنما هو الأخذ للتملك، ولا شك أن هذا البعير لا يؤخذ للتملك .
قلت: قد سبق في جواز أخذ البعير لآحاد الناس للحفظ وجهان: فإن منعناه،
ظهر الاستثناء. وإن جوزناه وهو الأصح، ففائدة الاستثناء جواز التصرف فيه بالنحر.
والله أعلم.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب اللقيط

يقال للصبي الملقى الضائع: لقيط، وملقوط، ومنبوذ، وفيه بابان:

الباب الأول: في أركان الالتقاط الشرعي وأحكامه

أما الأركان، فثلاثة:

أحدها: نفس الالتقاط، وهو فرض كفاية. ومن أخذ لقيطاً، لزمه الإشهاد عليه على المذهب لئلا يضيع نسبه. وقيل: في وجوبه قولان أو وجهان كاللقطعة. وقيل: إن كان ظاهر العدالة، لم يلزمه. وإن كان مستورها، لزمه. فإن أوجبنا الإشهاد فتركه، قال في «الوسيط»: لا تثبت ولاية الحضانة، ويجوز الانتزاع، وهذا يشعر باختصاص الإشهاد الواجب بابتداء الالتقاط. وإذا أشهد، فليشهد على اللقيط وما معه، نص عليه.

الركن الثاني: اللقيط، وهو كل صبي ضائع لا كافل له، فيخرج بقيد الصبي البالغ، لأنه مستغن عن الحضانة والتعهد، فلا معنى للالتقاط. لكن لو وقع في معرض هلاك، أُعين ليتخلص. وفي الصبي الذي بلغ سن التمييز تردد للإمام، والأوفق لكلام الأصحاب: أنه يلتقط، لحاجته إلى التعهد. والمراد بالضائع: المنبوذ. وأما غير المنبوذ، فإن لم يكن له أب ولا جد ولا وصي، فحفظه من وظيفة القاضي، فيسلمه إلى من يقوم به، لأنه كان له كافل معلوم، فإذا فُقد، قام القاضي مقامه. وقولنا: لا كافل له، المراد بالكافل: الأب والجد ومن يقوم مقامهما. والملتقط ممن هو في حضانة أحد هؤلاء، لا معنى للالتقاطه، إلا أنه لو حصل في مضیعة أخذ ليرد إلى حاضنه.

قلت: معناه: يجب أخذه لردّه إلى حاضنه. والله أعلم.

الركن الثالث: الملتقط، ويشترط فيه أمور:

أحدها: التكليف، فلا يصح التقاط الصبي والمجنون.

الثاني: الحرية، فالعبد إذا التقط يُنتزع منه إن لم يأذن سيده. وإن أذن أو علم به فأقره في يده، جاز وكان السيد هو الملتقط، وهو نائبه في الأخذ والتربية، والمكاتب إذا التقط بغير إذن السيد، انتزع منه أيضاً. وإن التقط بإذنه، ففيه الخلاف

في تبرعاته بالإذن، لكن المذهب الانتزاع، لأن في الالتقاط ولاية وليس هو من أهلها. فإن قال له السيد: التقط لي صغيراً، فالسيد هو الملتقط. ومَن بعضه حر إذا التقط في يومه، هل يستحق كفالته؟ وجهان حكاهما في «المعتمد».

الثالث: الإسلام، فالكافر يلتقط الطفل الكافر دون المسلم لأنه أولى به، وللمسلم التقاط الصبي المحكوم بكفره.

الرابع: العدالة، فليس للفاسق الالتقاط. ولو التقط، انتزع منه، وأما من ظاهر حاله الأمانة، إلا أنه لم يختبر، فلا ينتزع من يده، لكن يوكل القاضي به من يراقبه بحيث لا يعلم لئلا يتأذى. فإذا وثق به، صار كمعلوم العدالة. وقبل ذلك لو أراد المسافرة به، منع وانتزع منه، لأنه لا يؤمن أن يسترقه.

الخامس: الرشد، فالمبذر المحجور عليه، لا يقر اللقيط في يده.

فرع: لا يشترط في الملتقط الذكورة قطعاً، ولا الغنى. وقيل: لا يقر في يد الفقير، والصحيح الأول.

فصل: إذا ازدحم اثنان على لقيط، نظر، إن ازدحما قبل الأخذ، وطلب كل واحد أخذه وحضانته، جعله الحاكم في يد من رآه منهما أو من غيرهما، إذ لا حق لهما قبل الأخذ. وإن ازدحما بعد الأخذ، فإن لم يكن أحدهما أهلاً للالتقاط، سلم اللقيط إلى الآخر. وإن كانا أهليين، قدّم أسبقهما بالالتقاط. وهل يثبت السبق بالوقوف على رأسه بغير أخذ؟ وجهان: أصحهما: لا. وإن لم يسبق واحد منهما، فقد يختص أحدهما بصفة تقدّمه، وقد يستويان، والصفات المقدّمة أربع:

إحداها: الغنى، فإذا كان أحدهما غنياً والآخر فقيراً، فقيل: يستويان. والأصح تقديم الغني. وعلى هذا لو تفاوتوا في الغنى، فهل يقدّم أكثرهما مالاً؟ وجهان:

قلت: الأصح لا يقدم. والله أعلم.

الثانية: البلد، فلو كان أحدهما بلدياً والآخر قروياً أو بدوياً، ففيه كلام نذكره إن شاء الله تعالى في فصل الأحكام.

الثالثة: من ظهرت عدالته بالاختبار، يقدّم على المستور على الأصح.

الرابعة: الحر أولى من المكاتب وإن التقط بإذن سيده. ولو كان أحدهما عبداً التقط بإذن سيده، فالاعتبار بالسيد والآخر، ولا تقدّم المرأة على الرجل، بخلاف الأم في الحضانة، لأن شفقتها أكمل، ويتساوى المسلم والذمي في اللقيط المحكوم بكفره، وقيل: يقدّم المسلم، وقيل: الذمي، والأول أصح. وإذا استويا في الصفات وتشاحا، أقرع بينهما على الصحيح المنصوص وقول الجمهور.

وقال ابن خيران: يقدّم الحاكم من رآه منهما أصلح للقيط، فإن استويا أو تحيّر، أقرع. قال الأصحاب: ولا يخيّر الصبي بينهما، وإن كان ابن سبع سنين فأكثر، بخلاف تخييره بين الأبوين، لأن هناك يعول على الميل بسبب الولادة. وقال الإمام: يحتمل أن يخيّر ويقدم اختياره على القرعة، وإذا خرجت القرعة لأحدهما، فترك حقه للآخر، لم يجز، كما ليس للمنفرد نقل حقه إلى غيره. ولو ترك حقه قبل القرعة، فوجهان: أحدهما: ينفرد به كالشفيعين والثاني: لا بل يرفع إلى الحاكم حتى يقره في يد الآخر إن رآه، وله أن يختار أميناً آخر فيقرع بينه وبين الآخر. وقال الإمام تفريعاً على الثاني: إن التارك لا يتركه الحاكم، بل يقرع بينه وبين صاحبه. فإن خرج عليه، ألزمه القيام بحضائنه بناءً على أن المنفرد إذا شرع في الالتقاط، لا يجوز له الترك، وسيأتي إن شاء الله تعالى.

فصل: وأما أحكام الالتقاط.

فمنها: أن الذي يلزم الملتقط حفظ اللقيط ورعايته. فأما نفقته، فلا تلزمه، وسيأتي بيان محلها إن شاء الله تعالى. فإن عجز عن الحفاظ لأمر عرض، سلّمه إلى القاضي، وإن تبرّم به مع القدرة، فوجهان بناءً على أن الشروع في فرض الكفاية هل يلزم الإتمام ويصير الشارع متعيناً؟ وموضع ذكره كتاب السّير، والأصح هنا: أن له التسليم إلى القاضي، واختاره ابن كج، ولا خلاف أنه يحرم عليه نبذه ورده إلى ما كان. واعلم أنهم يستعملون في هذا الباب لفظ الحضانة، والمراد منه الحفاظ والتربية، لا الأعمال المفصلة في الإجارة، لأن فيها مشقة ومؤنة كثيرة، فكيف تلزم من لا تلزمه النفقة؟ وقد أوضحه البغوي فقال: نفقة اللقيط وحضائنه في ماله إن كان له مال، ووظيفة الملتقط حفظه وحفظ ماله.

فرع: الملتقط البلدي، إذا وجد لقيطاً في بلدته، أقر في يده، وليس له نقله إلى البادية إن أراد الانتقال إليها، بل ينتزع منه لمعينين. أحدهما: أن عيش البادية خشن، ويفوته العلم بالدين والصناعة. والثاني: تعريض نسبه للضياع. فلو كان الموضع المنتقل إليه من البادية في بياض البلدة يسهل عليه تحصيل ما يراود منها، فعلى المعنى الأول: لا يمنع. وعلى الثاني: إن كان أهل البلد يختلطون بهم، فكذلك، وإلا، منع. وكما ليس له نقله إلى البادية، فليس له نقله إلى قرية. ولو أراد نقله إلى بلدة أخرى، أو التقطه غريب في تلك البلدة وأراد نقله إلى بلدته، فعلى المعنى الأول: لا يمنع، وعلى الثاني: يُمنع وينتزع اللقيط منه. والأول هو المنصوص، وبه قال الجمهور.

قال المتولي: ولا فرق بين سفر النقلة والتجارة والزيارة. ولو وجد القروي

لقيطاً في قريته أو قرية أخرى أو في بلدة، يقاس بما ذكرناه في البلدي. ولو وجد الحضري اللقيط في بادية، نظر، إن كان في مهلكة، فلا بد من نقله، وللملتقط أن يذهب به إلى مقصده. ومن قال في اللقطة: يعرفها في أقرب البلاد، يشبه أن يقول: لا يذهب به إلى مقصده رعاية للنسب. وإن كان في حِلَّة أو قبيلة، فله نقله إلى البلدة والقرية على المذهب، وبه قطع الجمهور. وعن القاضي حسين: أنه على وجهين بناءً على المعنيين. ولو أقام هناك، أقر في يده قطعاً. أما البدوي، فإذا التقط في قرية أو بلدة وأراد المقام بها أقر في يده. وإن أراد نقله إلى البادية أو قرية أو بلدة أخرى، فعلى ما ذكرناه في الحضري. وإن وجدته في حِلَّة أو قبيلة في البادية، فإن كان من أهل حِلَّة مقيمين في موضع راتب، أقر في يده، وإن كان ممن ينتقلون من موضع إلى موضع منتجعين، ففي منعه وجهان:

قلت: أصحهما: لا منع. والله أعلم.

فرع: لو ازدحم على لقيط في البلدة أو القرية مقيم بها وظاعن، قال الشافعي رحمته الله في «المختصر»: المقيم أولى. قال الأصحاب: إن كان الظاعن يظعن إلى البادية أو إلى بلدة أخرى، ونقلنا: ليس للمنفرد الخروج به إلى بلدة، فالمقيم أولى، وإن جوزنا له ذلك، فهما سواء. ولو اجتمع على لقيط في القرية قروي مقيم بها وبلدي، قال ابن كج: القروي أولى، وهذا يخرج على منع النقل من بلد إلى بلد. فإن جوزناه، وجب أن يقال: هما سواء.

قلت: المختار الجزم بتقديم القروي مطلقاً، كما قاله ابن كج، وإنما نجوز النقل إذا لم يعارضه معارض. والله أعلم.

ولو اجتمع حضري وبدووي على لقيط في البادية، نظر، إن وجد في حِلَّة أو قبيلة، والبدووي في موضع راتب، فهما سواء. وقال ابن كج: البدوي أولى إن كان مقيماً فيهم. وإن كان منتجعاً، فإن قلنا: يقر في يده لو كان منفرداً، فهما سواء، وإلا، فالحضري أولى. وإن وجد في مهلكة، قال ابن كج: الحضري أولى. وقياس قوله: تقديم البدوي أو مَنْ كان مكانه أقرب إلى موضع الالتقاط، أقرب.

فرع: اللقيط قد يكون له مال يستحقه بكونه لقيطاً أو بغيره، فالأول: كالوقوف على اللقطاء والوصية لهم، والثاني: كالوصية لهذا اللقيط والهبة له والوقف عليه، ويقبل له القاضي من هذا ما يحتاج إلى القبول. ومن الأموال التي يستحقها، ما يوجد تحت يده واختصاصه، فإن للصغير يداً واختصاصاً كالبالغ، والأصل الحرية ما لم يعرف غيرها، وذلك كثيابه التي هو لابسها والمفروشة تحته والملفوفة عليه، وما عُطي به من لحاف وغيره، وما شُدَّ عليه وعلى ثوبه، أو جعل في جيبه من حلي ودراهم

وغيرها، وكذا الدابة التي عنانها بيده، أو هي مشدودة في وسطه أو ثيابه، والمهد الذي هو فيه، وكذا الدنانير المنثورة فوقه والمصبوبة تحته وتحت فراشه. وفي التي تحته، وجه ضعيف. ولو كان في خيمة أو دار ليس فيهما غيره، فهما له. وعن «الحاوي» وجهان في البستان.

قلت: وطرد صاحب «المستظهري» الوجهين في الضيعة وهو بعيد، وينبغي القطع بأنه لا يحكم له بها. والله أعلم.

ولو كان بقره ثياب وأمتعة موضوعة، أو دابة، فوجهان: أحدهما: لا تجعل له كما لو كانت بعيدة. والثاني: بلى، لأن هذا يثبت اليد والاختصاص؛ ألا ترى أن الأمتعة الموضوعة في السوق بقرب الشخص تجعل له. والمال المدفون تحت اللقيط لا يجعل له، لأنه لا يقصد بالدفن الضم إلى الطفل، بخلاف ما يُلف عليه ويوضع بقره. فلو وجدت معه أو في ثيابه رقعة مكتوب فيها: إن تحته دفيناً له، فوجهان: أحدهما: عند الغزالي: أنه له بقرينة المكتوب. والثاني: لا أثر للرقعة، وهو الموافق لكلام الأكثرين. قال الإمام: ومن عوّل على الرقعة ليت شعري ما يقول لو أرشدت الرقعة إلى دفين بالعبد منه، أو دابة مربوطة بالعبد منه.

قلت: مقتضاه أن نجعله للقيط، فإن الاعتماد إنما هو على الرقعة، لا على كونه تحته. والله أعلم.

ولو كانت دابة مشدودة بالقيط وعليها راكب، قال ابن كج: هي بينهما. ثم إن ما سوى الدفين من هذه الأموال إذا لم يجعل للقيط، فهو لقطة، والدفين قد يكون لقطة وقد يكون ركازاً كما سبق.

فرع: إذا عرف للقيط مال، فنفقته في ماله. فإن لم يعرف، فقولان: أظهرهما: ينفق عليه الإمام من بيت المال من سهم المصالح. والثاني: يستقرض له الإمام من بيت المال أو بعض الناس. فإن لم يكن في بيت المال شيء ولم يقرض أحد، جمع الإمام أهل الثروة من البلد وقسّط عليهم نفقته وجعل نفسه منهم. ثم إن بان رقيقاً، رجعوا على سيده. وإن بان حراً أو له مال أو قريب، فالرجوع عليه. وإن بان حراً لا قريب له ولا مال ولا كسب، قضى الإمام حقهم من سهم الفقراء أو المساكين أو الغارمين كما يراه.

قلت: اعتباره القريب غريب، قلّ من ذكره، وهو ضعيف، فإن نفقة القريب تسقط بمضيّ الزمان. والله أعلم.

أما إذا قلنا بالأظهر: إنه ينفق من بيت المال، فإن لم يكن فيه مال، أو كان هناك ما هو أهم، كسد ثغر يعظم ضرره لو ترك، قام المسلمون بكفايته، ولم يجز لهم

تضييعه. ثم هل طريقه طريق النفقة، أم طريق القرض؟ قولان: أظهرهما والذي يقتضي كلام العراقيين وغيرهم: ترجيحه أنه طريق القرض. فإن قلنا: طريق النفقة، فقام به بعضهم، اندفع الحرج عن الباقيين. وإن امتنعوا، أثموا كلهم، وطالبهم الإمام. فإن أصروا، قاتلهم، وعند التعذر يقترض على بيت المال وينفق عليه، وإن قلنا: طريق القرض، يثبت الرجوع. وعلى هذا، إن تيسر الاقتراض، فذاك، وإلا، قسط الإمام نفقته على الموسرين من أهل البلد، ثم إن ظهر عبداً، فالرجوع على سيده. وإن ظهر له مال أو اكتسب، فالرجوع عليه. فإن لم يكن له شيء، قضى من سهم المساكين أو الغارمين. وإن حصل في بيت المال مال قبل بلوغه ويساره، قضى منه. وإن حصل في بيت المال، أو حصل للقيط مال دفعة واحدة، قضى من مال اللقيط كما لو كان له مال وفي بيت المال مال. ولم يتعرض الأصحاب لطرد الخلاف، في أنه إنفاق أو إقراض، إذا كان في بيت المال مال وقلنا: نفقته منه، والقياس طرده.

قلت: ظاهر كلامهم، أنه إنفاق، فلا رجوع لبيت المال قطعاً، وهذا هو المختار الظاهر. والله أعلم.

وحيث قلنا: يقسطها الإمام على الأغنياء، فذاك عند إمكان الاستيعاب. فإن كثروا أو تعذر التوزيع عليهم، قال الإمام: يضربها السلطان على من يراه منهم باجتهاده. فإن استوتوا في اجتهاده، تخير، والمراد أغنياء تلك البلدة أو القرية.

فصل: إذا كان للقيط مال، هل يستقل الملتقط بحفظه؟ وجهان: أحدهما: لا، بل يحتاج إلى إذن القاضي، إذ لا ولاية للملتقط. وأرجحهما على ما يقتضيه كلام البغوي: الاستقلال.

قلت: رجع الإمام الرافعي أيضاً في «المحرر» هذا الثاني. والله أعلم. ولو ظهر منازع في المال المخصوص باللقيط، فليس للملتقط مخاصمته على الأصح، وسواء قلنا: له الاستقلال بالحفظ، أم لا، فليس له إنفاقه على اللقيط إلا بإذن القاضي إذا أمكن مراجعته. فإن أنفق، ضمن، ولم يكن له الرجوع على اللقيط كمن في يده مال وديعة ليتيم أنفقها عليه. وحكى ابن كج وجهاً أنه لا يضمن، وهو شاذ، وإذا رفع الأمر إلى الحاكم، فليأخذ المال منه ويسلمه إلى أمين لينفق منه على اللقيط بالمعروف، أو يصرفه إلى الملتقط يوماً يوماً. ثم إن خالف الأمين وقتّر عليه، مُنع منه، وإن أسرف، ضمن كل واحد من الأمين والملتقط الزيادة، والقرار على الملتقط إن كان سلم إليه، لحصول الهلاك في يده.

وهل يجوز أن يترك المال في يد الملتقط ويأذن له في الإنفاق منه؟ تقدّم عليه

مسألة، وهي أنه إذا لم يكن للقيط مال واحتيج إلى الاقتراض له، هل يجوز للقاضي أن يأذن للملتقط في الإنفاق عليه من مال نفسه ليرجع؟ نص أنه يجوز، ونص في الضالة، أنه لا يأذن لواجدها في الإنفاق من مال نفسه ليرجع على صاحبها، بل يأخذ المال منه ويدفعه إلى أمين، ثم الأمين يدفع إليه كل يوم قدر الحاجة، فقال جمهور الأصحاب: المسألتان على قولين. أحدهما: المنع فيهما. وأظهرهما عند الشيخ أبي حامد: الجواز فيهما للحاجة، لكثرة المشقة، ويُلحق الأمين بالأب في ذلك، وسبق مثل هذا الخلاف في إنفاق المالك عند هرب عامل المساقاة والجمّال، وأجراه أبو الفرج السرخسي في إنفاق قيم الطفل من مال نفسه. وقالت طائفة بظاهر النصين، وفرقوا بأن اللقيط لا ولي له في الظاهر. رجعنا إلى إذن الحاكم للملتقط في الإنفاق من مال اللقيط، فالأكثر طردوا الطريقين في جوازه، والأحسن ما أشار إليه ابن الصباغ، وهو القطع بالجواز كقيم اليتيم يأذن له القاضي في الإنفاق من ماله عليه، وينبغي أن يجري هذا الخلاف في تسليم ما اقترضه القاضي على الجمّال الهارب إلى المستأجر، ولا ذكر له هناك. وإذا جوزنا، فبلغ اللقيط واختلفا فيما أنفق، فالقول قول الملتقط إذا ادعى قدر الإيفاء في الحال، وقد سبق في هرب الجمّال وجه: أن القول قول الجمّال، والقياس طرده هنا. وإن ادعى زيادة على اللائق، فهو مقرر بتفريطه، فيضمن، ولا معنى للتحليف. قال الإمام: لكن لو وقع النزاع في عين، فزعم الملتقط أنه أنفقها، فيصدق لتقطع المطالبة بالعين، ثم يضمن كالعاصب إذا ادعى التلف، هذا كله إذا أمكن مراجعة القاضي. فإن لم يكن هناك قاضٍ، فهل ينفق من مال اللقيط عليه بنفسه، أم يدفعه إلى أمين لينفق عليه؟ قولان: أظهرهما: الأول. فعلى هذا، إن أشهد لم يضمن على الصحيح، وإلا، ضمن على الأصح.

الباب الثاني: في أحكام اللقيط

هي أربعة:

الحكم الأول: الإسلام، وإسلام الشخص قد يثبت بنفسه استقلالاً، وقد يثبت تبعاً. أما القسم الأول، فالبالغ العاقل، يصح منه مباشرة الإسلام بالنطق إن كان ناطقاً، وبالإشارة إن كان أخرس. وأما المجنون والصبي الذي لا يميز، فلا يصح إسلامهما مباشرة بلا خلاف، ولا يحكم بإسلامهما إلا بالتبعية. وأما الصبي المميز، ففيه أوجه: الصحيح المنصوص: لا يصح إسلامه. والثاني: يتوقف. فإن بلغ واستمر على كلمة الإسلام، تبيننا كونه مسلماً من يومئذ. وإن وصف الكفر، تبيننا أنه كان لغواً. وقد يعبر عن هذا بصحة إسلامه ظاهراً لا باطناً. والثالث: يصح إسلامه حتى

يفرّق بينه وبين زوجته الكافرة ويورّث من قريبه المسلم، قاله الإصطخري. وعلى هذا، لو ارتد، صحت رده، لكن لا يقتل حتى يبلغ. فإن تاب، وإلا، قتل. قلت: الحكم بصحة الردة، بعيد، بل غلط. والله أعلم.

فإذا قلنا بالصحيح؛ فقد قال الشافعي رحمته الله: يحال بينه وبين أبويه وأهله الكفار لثلاث يفتنوه. فإن بلغ ووصف الكفر، هدّد وطولب بالإسلام. فإن أصر، رد إليهم. وهل هذه الحيلولة مستحبة، أم واجبة؟ وجهان: أحدهما: مستحبة، فليتلطف بوالديه ليؤخذ منهما. فإن أبيا، فلا حيلولة. هذا في أحكام الدنيا. فأما ما يتعلق بالآخرة، فقال الأستاذ أبو إسحاق: إذا أضمر الإسلام كما أظهره، كان من الفائزين بالجنة، ويعبر عن هذا بصحة إسلامه باطناً لا ظاهراً. قال الإمام: في هذا إشكال، لأن من يحكم له بالفوز لإسلامه، كيف لا يحكم بإسلامه؟ ويجاب عنه بأنه قد يحكم بالفوز في الآخرة وإن لم يحكم بأحكام الإسلام في الدنيا، كمن لم تبلغه الدعوة.

فصل: للتبعية في الإسلام ثلاث جهات:

إحداها: إسلام الأبوين أو أحدهما، ويتصور ذلك من وجهين: أحدهما: أن يكون الأبوان أو أحدهما مسلماً يوم العلوق، فيحكم بإسلام الولد، لأنه جزء من مسلم، فإن بلغ ووصف الكفر، فهو مرتد. والثاني: أن يكونا كافرين يوم العلوق، ثم يُسلم أو أحدهما، فيحكم بإسلام الولد في الحال. قال الإمام: وسواء اتفق الإسلام في حال اجتِنان الولد أو بعد انفصاله، وسنذكر إن شاء الله تعالى ما يفترق فيه هذان الوجهان بإسلامه. وفي معنى الأبوين الأجداد والجَدات، سواء كانوا وارثين أم لم يكونوا، فإذا أسلم الجد أبو الأب، أو أبو الأم، تبعه الصبي إن لم يكن الأب حياً قطعاً، وكذا إن كان على الأصح. ثم إذا بلغ هذا الصبي، فإن أفصح بالإسلام، تأكد ما حكمنا به.

وإن أفصح بالكفر، فقولان: المشهور: أنه مرتد، لأنه سبق الحكم بإسلامه جزماً، فأشبهه من باشر الإسلام ثم ارتد، وما إذا حصل العلوق في حال الإسلام. والثاني: أنه كافر أصلي، لأنه كان محكوماً بكفره أولاً وأزلياً تبعاً، فإذا استقل، زالت التبعية. ويقال: إن هذا القول مخرج، ومنهم من لم يثبت وقطع بالأول. فإن حكمنا بكونه مرتداً لم ينقض شيئاً مما أمضيته من أحكام الإسلام. وإن حكمنا بأنه كافر أصلي، فوجهان: أحدهما: إمضاؤها بحالها، لجريانه في حال التبعية. وأصحهما: أننا نتبين بطلانها، ونستدرك ما يمكن استدراكه، حتى يرد ما أخذه من تركه قريبه المسلم، ويأخذ من تركه قريبه الكافر ما حرمناه منه، ونحكم بأن إعتاقه عن الكفارة لم يقع مجزئاً. هذا فيما جرى في الصغر. فأما إذا بلغ ومات له قريب

مسلم قبل أن يفصح بشيء، أو أعتق عن الكفارة في هذا الحال، فإن قلنا: لو أفصح بالكفر كان مرتداً، أمضينا أحكام الإسلام ولا تنقض.

وإن جعلناه كافراً أصلياً، فإن أفصح بالكفر، تبيناً أنه لا إرث ولا إجزاء عن الكفارة. وإن فات الإفصاح بموت أو قتل، فوجهان: أحدهما: إمضاء أحكام الإسلام كما لو مات في الصغر. وأصحهما: تبين الانتقاض، لأن سبب التبعية الصغر وقد زال، ولم يظهر في الحال حكمه في نفسه، فيرد الأمر إلى الكفر الأصلي. وعن القاضي حسين: أنه إن مات قبل الإفصاح وبعد البلوغ، ورثه قريبه المسلم.

ولو مات له قريب مسلم، فإرثه عنه موقوف. قال الإمام: أما التوريث منه، فيخرج على أنه لو مات قبل الإفصاح، هل ينقض الحكم؟ وأما توريثه، فإن أراد بالتوقف أنه يقال: لو أفصح بالإسلام، فهو قريب، ويستفاد به الخروج من الخلاف. وأما لو مات القريب، ثم مات هو، وفات الإفصاح، فلا سبيل إلى الفرق بين توريثه والتوريث عنه. ولو قتل بعد البلوغ وقبل الإفصاح، ففي تعلق القصاص بقتله قولان: أحدهما: نعم. كما لو قُتل قبل البلوغ. وأظهرهما: لا، للشبهة وانقطاع التبعية. وأما الدية، فالذي أطلقوه وحكوه عن نص الشافعي رحمته الله: تعلق الدية الكاملة بقتله، وقياس قولنا: إنه لو أفصح بالكفر كان كافراً أصلياً، أن لا نوجب الدية الكاملة على رأي، كما أنه إذا فات الإفصاح بالموت يرد الميراث على رأي.

قلت: الصواب ما قاله الشافعي والأصحاب رحمهم الله. والله أعلم.

فرع: المحكوم بكفره إذا بلغ مجنوناً، حكمه حكم الصغير، حتى إذا أسلم أحد والديه تبعه. وإن بلغ عاقلاً ثم جن، فكذلك على الأصح.

الجهة الثانية: تبعية السابي، فإذا سبى المسلم طفلاً منفرداً عن أبويه، حكم بإسلامه، لأنه صار تحت ولايته كالأبوين.

قلت: هذا الذي جزم به، هو الصواب المقطوع به في كتب المذهب، وشذ صاحب «المذهب» فذكر في كتاب السير في الحكم بإسلامه وجهين: وزعم أن ظاهر المذهب: أنه لا يحكم به، وليس بشيء، وإنما ذكرته تبنيهاً على ضعفه لئلا يغتر به. والله أعلم.

فلو سباه ذمي، فوجهان: أحدهما: يحكم بإسلامه، لأنه من أهل دار الإسلام. وأصحهما: لا، لأن كونه من أهل الدار لم يؤثر فيه ولا في أولاده، فغيره أولى. فعلى هذا، لو باعه الذمي لمسلم، لم يحكم بإسلامه. ولو سبى ومعه أحد أبويه، لم يحكم بإسلامه قطعاً. فلو كانا معه ثم ماتا، لم يحكم بإسلامه أيضاً، لأن التبعية إنما تثبت في ابتداء السبي.

قلت: معنى «سبي معه أحد أبويه»، أن يكونا في جيش واحد وغنيمة واحدة، ولا يشترط كونها في ملك رجل. قال البغوي في كتاب الظهار: إذا سباه مسلم، وسبى أبويه غيره، إن كان في عسكر واحد، تبع أبويه. وإن كان في عسكرين، تبع السابي. والله أعلم.

فرع: حكم الصبي المحكوم بإسلامه تبعاً للسابي إذ بلغ، حكم المحكوم بإسلامه تبعاً لأبويه إذا بلغ.

فرع: المحكوم بإسلامه تبعاً لأبيه أو للسابي إذا وصف الكفر، فإن جعلناه كافراً أصلياً، ألحقناه بدار الحرب. فإن كان كفره مما يُفرُّ عليه بالجزية، قررناه برضاه. وإن وصف كفراً غير ما كان موصوفاً به، فهو انتقال من ملة إلى ملة، وفيه تفصيل وخلاف مذكور في كتاب النكاح. وأما تجهيزه والصلاة عليه ودفنه في مقابر المسلمين إذ فات بعد البلوغ وقبل الإفصاح، فيتفرع على القولين في أنه لو أفسح بالكفر كان كافراً أصلياً أو مرتدّاً؟ ورأى الإمام أن يُتساهل في ذلك ويقام فيه شعار الإسلام.

قلت: الذي رآه الإمام هو المختار أو الصواب، لأن هذه الأمور مبنية على الظواهر، وظاهره الإسلام. والله أعلم.

الجهة الثالثة: تبعية الدار. فاللقيط يوجد في دار الإسلام أو دار الكفر.

الحال الأول: دار الإسلام، وهي ثلاثة أضرب:

أحدها: دار يسكنها المسلمون، فاللقيط الموجود فيها مسلم وإن كان فيها أهل ذمة، تغليباً للإسلام.

الثاني: دار فتحها المسلمون وأقروها في يد الكفار بجزية، فقد ملكوها، أو صالحوهم ولم يملكوها، فاللقيط فيها مسلم إن كان فيها مسلم واحد فأكثر، وإلا، فكافر على الصحيح. وقيل: مسلم، لاحتمال أنه ولد من يكتن إسلامه منهم.

الثالث: دار كان المسلمون يسكنونها، ثم جلّوا عنها وغلب عليها الكفار، فإن لم يكن فيها من يُعرف بالإسلام، فهو كافر على الصحيح. وقال أبو إسحاق: مسلم، لاحتمال أن فيها كاتم إسلامه. وإن كان فيها معروف بالإسلام، فهو مسلم، وفيه احتمال للإمام. وأما عدُّ الأصحاب الضرب الثالث دار إسلام، فقد يوجد في كلامهم ما يقتضي أن الاستيلاء القديم يكفي لاستمرار الحكم، ورأيت لبعض المتأخرين تنزيل ما ذكره على ما إذا كانوا لا يمنعون المسلمين منها، فإن منعوهم، فهي دار كفر.

الحال الثاني: دار الكفر. فإن لم يكن فيها مسلم، فاللقيط الموجود فيها

محكوم بكفره. وإن كان فيها تجار مسلمون ساكنون، فهل يحكم بكفره تبعاً للدار، أو بإسلامه تغليباً للإسلام؟ وجهان: أصحابهما: الثاني، ويجريان فيما لو كان فيها أسارى؛ ورأى الإمام ترتيب الخلاف فيهم على التجار، لأنهم مهجورون. قال: ويشبه أن يكون الخلاف في قوم ينتشرون، إلا أنهم ممنوعون من الخروج من البلدة، فأما المحبوسون في المطامير، فيتجه أن لا يكون لهم أثر كما لا أثر لطروق العابرين من المسلمين، وحيث حكمنا بالكفر، فلو كان أهل البقعة أصحاب ملل مختلفة، فالقياس أن يجعل من أصونهم ديناً.

فرع: الصبي المحكوم بإسلامه بالدار، إذا بلغ وأفصح بالكفر، فهو كافر أصلي على المذهب. وقيل: قولان كالمسلم تبعاً لأبويه أو السابي. أحدهما: أنه أصلي. والثاني: أنه مرتد. فإذا قلنا: أصلي، فهل نتوقف في حال صباه في الأحكام التي يشترط لها الإسلام؟ وجهان: أصحابهما: لا، بل نمضيها كالمحكوم بإسلامه تبعاً لأبيه. والثاني: نتوقف حتى يبلغ فيفصح بالإسلام. فإن مات في صباه، لم يحكم بشيء من أحكام الإسلام، وهذا ضعيف.

فرع: اللقيط الموجود في دار الإسلام، لو ادعى ذمي نسبه وأقام عليه بيّنة، لحقه وتبعه في الكفر، وارتفع ما كنا نظنه. وإن اقتصر على مجرد الدعوى، فالمذهب أنه مسلم، وهو المنصوص، وبه قطع أبو إسحاق وغيره، وصححه الأكثرون. وقيل: قولان: ثانيهما: يحكم بكفره، لأنه يلحقه بالاستحقاق. فإذا ثبت نسبه، تبعه في الدين كما لو أقام البيّنة. وحجة المذهب: أننا حكمناه بإسلامه، فلا نغيّره بمجرد دعوى كافر. وأيضاً فيجوز أن يكون ولده من مسلمة، وحينئذ لا يتبع الدين النسب. وعلى الطريقتين، يحال بينهما كما ذكرنا فيما إذا وصف المميز الإسلام. ثم إذا بلغ ووصف الكفر، فإن قلنا: يتبعه فيه، قرّر، لكنه يهدّد، ولعله يسلم، وإلا، ففي تقريره ما سبق من الخلاف.

فرع: سبق أن اللقيط المسلم، ينفق عليه من بيت المال إذا لم يكن له مال. فأما المحكوم بكفره، فوجهان: أصحابهما: كذلك، إذ لا وجه لتضييعه.

الحكم الثاني: جناية اللقيط، والجناية عليه. أما جنايته، فإن كانت خطأ، فموجبها في بيت المال، ولا نخرّج ذلك على الخلاف في التوقف، كما لا نتوقف في صرف تركته إلى بيت المال. وإن كانت عمداً، نظر، إن كان بالغاً، فعليه القصاص بشرطه. وإن جنى قبل البلوغ، فإن قلنا: عمد الصبي عمد، وجبت الدية مغلظة في ماله. فإن لم يكن له مال، ففي ذمته إلى أن يجد. وإن قلنا: خطأ، وجبت مخففة في بيت المال. ولو أتلّف مالا، فالضمان عليه، فإن كان اللقيط محكوماً بكفره، فالتركة

فيء، ولا تكون جنايته في بيت المال. وأما الجناية عليه، فإن كانت خطأً، نظر، إن كانت على نفسه، أخذت الدية ووضعت في بيت المال. وقياس من قال بالتوقف في أحكامه: أن لا يوجب الدية الكاملة، ولم أره.

قلت: الصواب، الجزم بالدية الكاملة. والله أعلم.

وإن كانت على طرفه، فواجبها حق اللقيط يستوفيه القاضي، ويعود فيه القياس المذكور. وإن كانت عمداً، فإن قُتل، وجب القصاص على الأظهر. وقيل: يجب قطعاً، وهو نصه في «المختصر»، لأنه مسلم معصوم. وإن قُتل بعد البلوغ والإفصاح بالإسلام، وجب قطعاً. وقيل: على الخلاف، لأن القصاص حق للمسلمين، ولا يتصور رضى كلهم باستيفائه. وإن قُتل بعد البلوغ قبل الإفصاح، فعلى الخلاف. وقيل: لا يجب قطعاً، لقدرة على الإفصاح الواجب. وإن كانت الجناية على الطرف، وجب القصاص على المذهب. وقيل: قولان: ثانيهما: يتوقف. فإن بلغ وأفصح، تبيناً وجوبه، وإلا، فعدمه. وإن كان الجاني على النفس أو الطرف كافراً رقيقاً، وجب على المذهب. وقيل: قولان، لأنه حق للمسلمين، ولا يتصور رضاهم.

فرع: إذا أوجبنا له القصاص، فقصاص النفس يستوفيه الإمام إن رآه مصلحة. وإن رأى العدول إلى الدية، عدل، وليس له العفو مجاناً، لأنه خلاف مصلحة المسلمين. وأما قصاص الطرف، فإن كان اللقيط بالغاً عاقلاً، فلاستيفاء إليه، وإلا، فليس للإمام استيفاءه. وقال القفال: يجوز في المجنون، لأنه ليس لإفاقة زمن معين، وهذا ضعيف عند الأصحاب. وأضعف وجه حكاة السرخسي في جواز الاقتصاص، حيث يجوز له أخذ الأرض. والمذهب: المنع قطعاً. وإذا لم يقتص، فهل له أخذ أرش الجناية؟ نظر، إن كان المجني عليه مجنوناً فقيراً، فله وإن كان صبيّاً غنياً، فلا، وإن كان مجنوناً غنياً، أو صبيّاً فقيراً، فالأصح المنع. وحيث منعنا الأرض، أو لم نر المصلحة فيه، يحبس الجاني إلى البلوغ والإفاقة، وإذا جوزناه فأخذه، ثم بلغ الصبي أو أفاق المجنون وأراد أن يرده ويقتص، ففي تمكُّنه وجهان شبيهان بما لو عفا الولي عن الشفعة للمصلحة فبلغ وأراد الأخذ، وهما مبنيان على أن أخذ المال عفو كلي وإسقاط للقصاص، أم سببه الحيلولة لتعذر الاستيفاء؟ وقد يرجح الأول بأن الحيلولة إنما تكون إذا جاءت من قبل الجاني كإباق المغصوب.

قلت: الراجح الأول. والله أعلم.

وما ذكرناه في أخذ الأرض للقيط، جارٍ في كل طفل يليه أبوه أو جدّه بلا فرق. وحكى الإمام عن شيخه، أنه ليس للوصي أخذه، قال: وهذا حسن إن جعلناه إسقاطاً. وإن قلنا: للحيلولة، فينبغي أن لا يجوز للوصي أيضاً.

الحكم الثالث: نسب اللقيط، وهو كسائر المجهولين، فإذا استلحقه حر مسلم، لحقه، وقد سبق في كتاب الإقرار ما يشترط الاستلحاق، ولا فرق في ذلك بين الملتقط وغيره، لكن يستحب أن يقال للملتقط: من أين هو لك؟ فربما توهم أن الالتقاط يفيد النسب. وإذا ألحق بغير الملتقط، سلم إليه، لأنه أحق من الأجنبي. واستلحاق الكافر، كاستلحاق المسلم في ثبوت النسب، لاستوائهما في الجهات المثبتة للنسب. وإن استلحقه عبد، لحقه إن صدقه السيد، وكذا إن كذبه على الأظهر. وقيل: لا يلحق قطعاً. وقيل: يلحق قطعاً إن كان مأذوناً له في النكاح ومضى زمان إمكانه، وإلا، فقولان: والمذهب: اللحق مطلقاً، ويجري الخلاف في إقرار العبد بأخ أو عم. وقيل بالمنع هنا قطعاً، لأن لظهور نسبه طريقاً آخر، وهو إقرار الأب أو الجد، ويجري فيما لو استلحق حرّ عبد غيره وهو بالغ فصدقه، لما فيه من قطع الإرث المتوهم بالولاء. وقيل: يثبت هنا قطعاً، ويجري فيما لو استلحق المعتنق غيره. والمنع هنا أبعد، لاستقلاله بالنكاح والتسري. وإذا صححنا استلحاق العبد، فلا يسلم إليه اللقيط، لأنه لا يتفرغ لحضنته وتربيته، ولا نفقة عليه، إذ لا مال له.

فرع: استلحقته امرأة وأقامت بينة، لحقها ولحق زوجها إن أمكن العلوق منه، ولا ينتفي عنه إلا بلعان. هذا إذا قيدت البينة أنها ولدته على فراشه. فإن لم تتعرض للفراش، ففي ثبوت نسبه من الزوج وجهان:

قلت: الأصح المنع. والله أعلم.

وإن لم تُقم بينة واقتصرت على الدعوى، فهل يلحقها، أم لا؟ أم يلحق الخلية دون المزوجة؟ فيه أوجه: أصحابها: الثاني. فإن ألحقنا ولها زوج، لم يلحقه على المذهب، وبه قطع الجمهور. وقيل: وجهان: وباللحق قال ابن سلمة. واستلحاق الأمة كالحررة إن جوزنا استلحاق العبد، فإن أثبتناه، لم يحكم برقّ الولد لمولاها على المذهب، وبه قطع ابن الصباغ والمتولي، وذكر البغوي فيه وجهين:

فصل: ادعى نسب اللقيط اثنان، ففيه صور:

إحداها: ادعاه حر وعبد، فإن قلنا: يصح استلحاق العبد، فهما سواء، وإلا، فيلحق بالحر.

الثانية: ادعاه مسلم وكافر، يستويان فيه.

الثالثة: اختص أحدهما بيد، نظر، إن كان صاحب اليد هو الملتقط، لم يقدّم، لأن اليد لا تدل على النسب، بل إن استلحقاه معاً ولا بينة، عرض معهما على القافة كما سنذكره إن شاء الله تعالى. وإن استلحقه الملتقط أولاً، حكمنا بالنسب، ثم ادعاه

الآخر، قال الشافعي رحمته الله: يعرض الولد مع الثاني على القائف، فإن نفاه عنه، بقي لاحقاً بالملتقط باستلحاقه. وإن ألحقه بالثاني، عرض مع الملتقط عليه، فإن نفاه عنه، فهو للثاني، وإن ألحقه به أيضاً، فقد تعذر العمل بقول القائف فيوقف. وإن كان صاحب اليد غير الملتقط، فإن كان استلحقه وحكم له بالنسب، ثم جاء آخر وادعى نسبه، لم يلتفت إليه. وإن لم يسمع استلحاقه إلا بعدما جاء الثاني واستلحقه، فهل يقدم صاحب اليد، أم يستويان؟ وجهان: أحدهما: الثاني.

الرابعة: تساويا ولا بينة، عرض الولد على القائف، فبأيهما ألحقه لحق. فإن لم يوجد قائف، أو تحير، أو ألحقه بهما، أو نفاه عنهما، ترك حتى يبلغ، فإذا بلغ، أمر بالانتساب إلى أحدهما، ولا ينسب بالنشهي، بل يعول فيه على ميل الطبع الذي يجده الولد إلى الوالد والقريب إلى القريب بحكم الجبلّة. وقيل: لا يشترط البلوغ، بل يخير إذا بلغ سن التمييز كالتمييز بين الأبوين في الحضانة. والصحيح اشتراطه. والفرق أن الاختيار في الحضانة لا يلزم، بل له الرجوع، وهنا يلزم، وعليهما النفقة مدة الانتظار. فإذا انتسب إلى أحدهما، رجع الآخر عليه بما أنفق. ولو لم ينتسب إلى واحد منهما، لفقد الميل، بقي الأمر موقوفاً.

ولو انتسب إلى غيرهما وادعاه ذلك الغير، ثبت نسبه منه. وفيه وجه: أنه إن كان الرجوع إلى انتسابه بسبب إلحاق القائف بهما جميعاً، لم يقبل انتسابه إلى غيرهما. والصحيح الأول. وإذا انتسب إلى أحدهما لفقد القائف، ثم وجد، عرضناه عليه. فإن ألحقه بالثاني، قدّمنا قوله على الانتساب، لأنه حجة أو حكم. وقال أبو إسحاق: يقدم الانتساب. قال: وعلى هذا، فمتى ألحقه القائف بأحدهما، فلآخر أن ينازعه ويقول: يترك حتى يبلغ فينتسب. ولو ألحقه القائف بأحدهما، وأقام الآخر بينة، قدّمت البينة، لأنها حجة في كل خصومة، وقيل: لا يُغيّر ما حكمنا به ولا يُعمل بالبينة.

فرع: ادعت امرأتان نسب لقيط أو مجهول غيره، ولا بينة، وقبلنا استلحاق المرأة، ففي عرض الولد معهما على القائف وجهان: أحدهما: المنع. والأصح المنصوص: العرض، لأنه حكم أو حجة، فأشبه البينة، فإذا ألحقه باحدهما وهي ذات زوج، لحق زوجها أيضاً كما قامت البينة. وقيل: لا يلحقه، وهو ضعيف.

الخامسة: أقام كل واحد بينة بنسبه، وتعارضتا، ففي التعارض في الأموال قولان: أظهرهما: التساقط. فعلى هذا تسقطان أيضاً هنا على الصحيح، ويرجع إلى قول القائف. وقيل: لا تسقطان وترجّح إحداهما بقول القائف، ولا يختلف المقصود على الوجهين. والقول الثاني: تستعملان بالوقف، أو القسمة، أو القرعة؟ فيه ثلاثة

أقوال معروفة، ولا يجيء هنا الوقف للإضرار بالطفل ولا القسمة، فلا مجال لها في النسب، ولا تجيء القرعة أيضاً على الأصح وقول الأكثرين، لأنها لا تدخل النسب، وأثبتها الشيخ أبو حامد. ولو اختص أحدهما باليد، لم ترجح بينته بها. وفي «الإفصاح» للمسعودي، و«أمالي» أبي الفرج الزاز: أنه لو أقام أحدهما بينة بأنه في يده من سنة، والثاني بينة أنه في يده من شهر، وتنازعا في نسبه، فصاحب السنة مقدّم، لكن هذا كلام غير مهذب، فإن ثبوت اليد لا يقتضي ثبوت النسب. وإن فرض تعرض البينتين لنفس النسب، فلا مجال للتقدم والتأخر فيه. وإن شهدتا على الاستلحاق، فينبى على أن الاستلحاق من شخص هل يمنع غيره من الاستلحاق بعد؟ وقد سبق بيانه.

فرع: ادعاء امرأتان، وأقامتا بينتين، قال الشافعي رحمته الله: أريته القائف معهما، فبأيتهما ألحقه لحقها ولحق زوجها. فمن الأصحاب من قال: هذا تفریع على قول الاستعمال، وترجيح بقول القائف، كما يرجح في الأملاك بالقرعة، وهذا يوافق ما سبق عن الشيخ أبي حامد. وعلى هذا، يلحق الزوج قطعاً، لأن الحكم بالبيننة. ومنهم من قال: هذا جواب على قول التساقط، وكأنه لا بينة، فيرجع إلى القائف. وعلى هذا، ففي لحوقه بالزوج الخلاف السابق.

فرع: ألحقه القائف بأحدهما، ثم بالآخر، لم ينقل إليه، إذ الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد.

فرع: وصف أحد المتداعيين أثر جراحة أو نحوه أو بظهره أو بعض أعضائه الباطنة، وأصاب، لا يقدّم.

فصل: تنازعا في الالتقاط وولاية الحفظ والتعهد، فإن تنازعا عند الأخذ أو قبله، فقد سبق بيانه. وإن قال كل واحد: أنا الملتقط فلي حفظه، فإن اختص بيد، وقال الآخر: أخذه مني، فالقول قول صاحب اليد مع يمينه. فإن أقاما بينتين، قدّمت بينة صاحب اليد. وإن لم يكن في يد واحد منهما، فهو كما لو وجداه معاً وتشاحّا في حفظه، فيجعله الحاكم عند من يراه منهما أو من غيرهما. وإن كان في يدهما، فإن حلفا أو نكلا، فحكمه كما ذكرنا إذا ازدحما على الأخذ معاً وهما متساويا الحال. وإن حلف أحدهما فقط، خُصّ به. ولو أقام كل واحد بينة وهو في يدهما، أو لا في يد واحد منهما، فإن كانتا مطلّقتين أو مؤرّختين بتاريخ واحد، أو إحداهما مؤرّخة والأخرى مطلّقة، فهما متعارضتان. فإن قلنا بالتساقط، فكأنه لا بينة. وإن قلنا بالاستعمال، فلا يجيء الوقف ولا القسمة، وتجيء القرعة، فيسلّم لمن خرجت قرعته. وإن قيّدتا بتاريخين مختلفين، قدّم السابق، بخلاف المال، فإنه لا يقدّم فيه

بسبق التاريخ على الأظهر، لأن الأموال تنتقل، والمملكت لا يُنتزع منه ما دامت الأهلية. فإذا ثبت السبق، لزم استمراره. هكذا فرق الأصحاب، قال أبو الفرج الزاز: هذا إذا قلنا: من التقط اللقيط ثم نبذه لا يسقط حقه. فإن أسقطناه، فهو على القولين في الأموال، لأنه ربما نبذه الأول فالتقطه غيره، وهذا حسن. ويتفرع على تقديم البينة المصرحة بالسبق، ما إذا كان اللقيط في يد أحدهما وأقام من في يده البينة، وأقام الآخر بينة أنه كان في يده وانتزعه منه صاحب اليد، فتقدم بينة مدعي الانتزاع، لإثباتها السبق.

الحكم الرابع: الحرية والرق، وللقيط في ذلك أربعة أحوال:

الحال الأول: أن لا يقر على نفسه بالرق، ولا يدعي رقه أحد، فيحكم بحريته، لأن ظاهر حاله الحرية، ولأن غالب الناس أحرار، هذا هو المذهب، وقد سبق أن من الأصحاب من يتوقف في إسلامه. قال الإمام: وذلك التردد يجري هنا وأولى، لقوة الإسلام واقتضائه الاستتباع للوالد والسابي، بخلاف الحرية. ثم ذكر الإمام تفصيلاً متوسطاً فقال: يجزم بالحرية ما لم ينته الأمر إلى إلزام الغير شيئاً، فإن انتهى، تردنا إن لم يعترف الملتزم بحريته، فنحكم له بالملك فيما نصادفه في يده جزماً. وإذا أتلّفه متلف، أخذنا منه الضمان وصرفناه إليه، لأن المال المعصوم مضمون على المتلف، فليس التضمن بالحرية، وميراثه لبيت المال قطعاً، وأرش جانيته الخطأ في بيت المال قطعاً، قال الإمام: ويحتمل أن يخرج على التردد المذكور، لأن مال بيت المال لا يبذل إلا عن تحقق. ولو قُتل اللقيط، فقد ذكرنا في وجوب القصاص خلافاً، وينضم إليه التردد في الحرية، فمن لا يجزم القول بإسلامه وحرية، لا يوجب القصاص على الحر المسلم بقتله، ويوجبه على الرقيق الكافر. ومن يجزم بهما، يخرج وجوب القصاص بكل حال على قولين - بناءً على أنه ليس له وارث معين - الأظهر: وجوبه. وإذا قُتل خطأ، فالواجب الدية على الصحيح، أخذاً بظاهر الحديث، وأقل الأمرين من الدية والقيمة في الثاني، بناءً على أن الحرية غير متيقنة. قال الإمام: وقياس هذا أن نوجب الأقل من قيمته عبداً، ودية مجوسي، لإمكان الحمل على التمجّس، وقد يرتب القصاص على الدية فيقال: إن لم نوجب الدية، فالقصاص أولى، وإلا، فوجهان:

الحال الثاني: أن يدعي شخص رقه ولا بينة. ومن ادعى رق صغير لا تُثبّن حريته، سمعت دعواه، لإمكانها. فإن لم يكن في يده، لم يقبل قوله إلا ببينة، لأن الظاهر الحرية، فلا تترك إلا بحجة، بخلاف النسب، فإن قبوله مصلحة للصبي وثبوت حق له. وإن كان في يده وقد عرفنا استنادها إلى التقاطه، فقولان: أحدهما: يحكم

له بالرق كيد غير الملتقط، وكما لو التقط مالاً وادعاه ولا منازع، يقبل قوله ويجوز شراؤه منه. وأظهرهما: لا يقبل إلا بينة، لأن الأصل الحرية، ويخالف المال، فإنه مملوك وليس في دعواه تغيير صفة له، واللقيط حر ظاهراً، وفي دعواه تغيير صفة. وإن لم يعرف استنادها إلى الالتقاط، حكم لصاحبها بالرق الذي يدعيه على الصحيح الذي قطع به الجمهور، لأن الظاهر ممن في يده يتصرف فيه تصرف المالكين، ولا معارض له، ولا سبب يحال عليه أنه ملكه، وسواء كان الصغير مميزاً أو غيره مقرأً أو منكرراً على الأصح. والثاني: إن كان مميزاً منكرراً، احتاج المدعي إلى البينة. فعلى الأصح: يحلف المدعي، واليمين واجبة على الأصح المنصوص. وقيل: مستحبة. ثم إذا بلغ الصبي وأقر بالرق لغير صاحب اليد، لم يقبل. وإن قال: أنا حر، لم يقبل أيضاً على الأصح، إلا أن يقيم بينة بالحرية، ولكن له تحليف السيد، قاله البغوي. والثاني: يقبل، قاله أبو علي الثقفي.

فرع: رأى صغيراً في يد إنسان يأمره وينهاه ويستخدمه، هل له أن يشهد له بالملك؟ قال أبو علي الطبري: فيه وجهان: وقال غيره: إن سمعه يقول: هو عبدي، أو سمع الناس يقولون: إنه عبده، شهد له بالملك، وإلا، فلا. قلت: هذا أصح. والله أعلم.

فرع: صغيرة في يد رجل يدعي نكاحها، فبلغت وأنكرت، يقبل قولها، وعلى المدعي البينة. وهل يحكم في صغرها بالنكاح؟ قال ابن الحداد: نعم كالرق. والأصح: المنع. وفرق الأصحاب، بأن اليد في الجملة دالة على الملك، ويجوز أن يولد وهو مملوك والنكاح طارئ، فيحتاج إلى البينة.

الحال الثالث: أن يدعي رقه مدع ويقيم عليه بينة حيث يحتاج مدعي الرق إلى بينة كما فصلناه. وهل يكفي إقامة البينة على الرق أو الملك مطلقاً؟ قولان: أحدهما: نعم كما لو شهد بملك دار أو ثوب وغيرهما، وهذا اختيار المزني، وهو نصه في الدعاوى وفي القديم. والثاني: لا، لاحتمال اعتماد الشاهد بظاهر اليد، ويكون يد التقاط. وإذا احتمل ذلك مع أن اللقيط محكوم بحريته بظاهر الدار، لم يزل ذلك إلا بيقين، وأمر الرق خطر، وهذا نصه هنا، وهو الأصح عند الإمام والبغوي والرويانى وآخرين، ورجح ابن كج وأبو الفرج الزاز الأول، ويؤيده أن من الأصحاب من قطع به، وحمل نصه هنا على الاحتياط، ولأن البينة بمطلق الملك ليست بأقل من دعوى غير الملتقط رق الصغير في يده.

قلت: كل من الترجيحين ظاهر، وقد رجح الرافعي في «المحرر» الثاني. والله أعلم.

ويجري القولان، سواء كان المدعي هو الملتقط أو غيره، هكذا ذكره الجمهور. وذكر الإمام كلاماً يتخرج منه ومما ذكره غيره قول: أن البينة المطلقة تكفي في غير الملتقط، ولا تكفي فيه. والمذهب: أنه لا فرق. وإذا قلنا: لم يكتف بالبينة المطلقة، شرطنا تعرض الشهود لسبب الملك من الإرث أو الشراء أو الاتهاب ونحوها. ومن الأسباب أن يشهدوا أن أمته ولدته مملوكاً له. فإن اقتصرنا على أن أمته ولدته، أو أنه ولد أمته، فطريقان: قال الجمهور: قولان: أظهرهما: يكفي. والثاني: لا. وقيل: يكفي قطعاً، وهو نصه هنا. وإن شهدوا أنه ملكه ولدته مملوكته، قال البغوي: يكفي قطعاً، وإن شهدوا بأن أمته ولدته في ملكه، قال الأصحاب: يكفي قطعاً. وقال الإمام: لا يكتفى به تفريعاً على وجوب التعرض لسبب الملك، فقد تلد في ملكه حراً بالشبهة وفي نكاح الغرور، وقد تلد مملوكاً لغيره بأن يوصي بحملها وتكون الرقبة للوارث، وهذا حق. ويشبه أن لا يكون فيه خلاف، ويكون قولهم: في ملكه، مصروفاً إلى المولود - كقولك: ولدته في مشيمة - لا إلى الولادة، ولا إلى الوالدة، وحينئذ يكون قولهم: ولدته مملوكاً له، ويكفي المدعي في دعواه قوله: هو ملكي، وإنما يشترط ذكر السبب إن شرطناه في صيغة الشهود.

فرع: تقبل هذه الشهادة من رجل وامرأتين على القولين، لأن الغرض إثبات الملك. وإذا اكتفينا بالشهادة على أنه ولدته أمته، قبل من أربع نسوة أيضاً، لأنها شهادة على الولادة، ثم يثبت الملك في ضمنها كثبوت النسب في ضمن الشهادة على الولادة. ولو شهد أن ملكه ولدته أمته، قال القاضي حسين: ثبت الملك والولادة، وذكر الملك لا يمنع ثبوت الولادة، ثم يثبت الملك ضمناً لا بتصريحهن.

فرع: لو شهدت البينة لمدعي الرق باليد، قال في «المهذب»: إن كان المدعي الملتقط، لم يحكم له. وإن كان غيره، فقولان: والأصح ما ذكره صاحب «الشامل» وغيره: أن المدعي إذا أقام البينة أنه كان في يده قبل التقاط الملتقط، قبلت وثبتت يده، ثم يصدق في دعوى الرق، لما سبق أن صاحب اليد على الصغير إذا لم يعرف أن يده عن التقاط، يصدق في دعوى الرق، وبمثله قطع البغوي فيما إذا أقام الملتقط بينة أنه كان في يده، قبل إن التقطه، لكن نقل ابن كج في هذه الصورة عن النص، أنه لا يرق حتى يقيم البينة على سبب الملك.

الحال الرابع: أن يقر على نفسه بالرق وهو بالغ عاقل، فينظر، إن كذبه المقر له، لم يثبت الرق. فلو عاد بعد ذلك فصدقه، لم يلتفت إليه، لأنه لما كذبه ثبتت حرية بالأصل، فلا يعود رقيقاً. وإن صدقه، نظر، إن لم يسبق الإقرار ما يناقضه، قبل على المشهور كسائر الأقاير. وفي قول حكاه صاحب «التقريب»: لا يقبل، لأنه

محكوم بحريته بالدار، فلا ينقض، كالمحكوم بإسلامه بالدار، لو أفصح بالكفر، لا ينقض ما حكمنا به في قول، بل يجعل مرتداً. وإن سبقه ما يناقضه، ففيه صور:

أحداها: إذا أقر بالحرية بعد البلوغ، ثم أقر بالرق، لا يقبل على المذهب، وبه قطع الأصحاب. ونقل الإمام وجهين: ثانيهما القبول.

الثانية: إذا أقر بالرق لزيد، فكذبه، ثم أقر لعمره، لم يقبل على المذهب والمنصوص والذي قطع به الجمهور، بل يكون حراً، وعن ابن سريج قبوله.

الثالثة: إذا وجدت منه تصرفات يقتضي نفوذها الحرية، كبيع ونكاح وغيرهما، ثم قامت بينة برقه، نقضت تصرفاته المقتضية للحرية، وجعلت صادرة عن عبد لم يأذن له سيده، ويسترد ما قبضه من زكاة أو ميراث وما أنفق عليه من بيت المال، وتباع رقبته فيها. فلو لم تقم بينة، لكن أقر بالرق، فإن قلنا بالقول الذي حكاه صاحب «التقريب» بإقراره لاغ. لكن لو كان نكح، بإقراره اعتراف بتحريمها، فيؤاخذ به. وإن قلنا بالمشهور، ففيه طرق، حاصلها أنه تثبت أحكام الأرقاء في المستقبل على المذهب. وقال ابن سلمة: قولان: ثانيهما: أنه يبقى على أحكام الحرية مطلقاً. وقيل: يبقى فيما يضر بغيره، وكلاهما شاذ ضعيف.

وأما الماضي، فيقبل إقراره فيما يضر به من التصرفات السابقة قطعاً، ولا يقبل فيما يضر بغيره على الأظهر. ويتفرع على القولين فروع. أحدها: إذا نكح قبل الإقرار، نظر، أذكر هو، أم أنثى، فإن كان أنثى فزوّجها الحاكم على الحرية ثم أقرت بالرق. فإن قبلنا الإقرار فيما يضر بغيره، فالنكاح فاسد، ولا شيء على الزوج إن لم يدخل بها، وإن دخل، فعليه مهر المثل للمقر له. فإن كان سلّم المهر إليها، استرده إن كان باقياً، وإلا، رجع عليها بعد العتق، والأولاد منها أحرار، لظنه الحرية، وعلى الزوج قيمتهم للمقر له، ويرجع عليها بالقيمة إن كانت هي الغارة. وفي الرجوع بالمهر قولان معروفان. وفي العدة وجهان: أحدهما: يلزمها قرءان، لأن عدة الأمة بعد ارتفاع النكاح الصحيح قرءان، ونكاح الشبهة في المحرمات كالنكاح الصحيح، وبهذا قطع الشيخ أبو حامد وصاحب «المهذب» و«الشامل». والثاني: لا عدة عليها، إذ لا نكاح، ولكن تستبرئ بقرء بسبب الوطء. قال الإمام: ويجب طرد هذا الخلاف في كل نكاح شبهة على أمة. وإن قلنا: لا يقبل الإقرار فيما يضر بغيره، فالكلام في أمور:

أحدها: لا يحكم بانفساخ نكاحها، بل يبقى كما كان. قال الإمام: سواء فرقنا بين الماضي والمستقبل، أم لا، ويصير النكاح كالمستوفى المقبوض، واستدرك ابن كج فقال: إن كان الزوج ممن لا يحل له نكاح الإماء، انفسخ نكاحه، لأن الأولاد الذين يلدهم في المستقبل أرقاء كما سنذكره إن شاء الله تعالى، فليس له الثبات عليه، وهذا حسن، لكن صرح ابن الصباغ بخلافه.

قلت: الأصح: أنه لا ينفسخ كما قال ابن الصباغ، كالحر إذا وجد الطول بعد نكاح الأمة. والله أعلم.

ثم أطلق الأصحاب أن للزوج خيار فسخ النكاح، ونص عليه في «المختصر». قال الشيخ أبو علي: هذا إذا نكحها على أنها حرة، فإن توهم الحرية ولم يجر شرطها، ففيه خلاف نذكره في النكاح إن شاء الله تعالى.

الثاني: في المهر، ومتى ثبت للزوج الخيار، ففسخ قبل الدخول، فلا شيء عليه، وإن كان بعده، لزمه أقلُّ الأمرين من المسمى ومهر المثل. وإن أجاز، لزمه المسمى، قاله البغوي. فإن طلقها بعد الإجازة وقبل الدخول، لزمه نصف المسمى، وفيه إشكال، لأن المقرر له يزعم فساد النكاح، فإذا لم يكن دخول، وجب أن لا يطالب بشيء، وقد يشعر بهذا إطلاق الغزالي.

قلت: الراجح: أنه لا يلزمه شيء لما ذكره. والله أعلم.

فإن كان الزوج أعطاهما الصداق، لم يطالب به ثانياً.

الثالث: أولادها، فالذين حصلوا قبل الإقرار أحرار، ولا يلزم للزوج قيمتهم. والحادثون بعده أرقاء، لأنه وطئها عالماً برقئها.

قال الإمام: هذا ظاهر إن قبلنا الإقرار فيما يضر بالغير في المستقبل. فإن لم نقبله، فيحتمل أن يقال بحريتهم لصيانة حق الزوج، كما أدمننا النكاح صيانة له، ويحتمل أن يقال برقئهم، وهو ظاهر ما أطلقه الأصحاب، لأن العلوق متوهم فلا يجعل مستحقاً بالنكاح، بخلاف الوطء.

الرابع: تردد الإمام في أنا إذا أدمننا النكاح، تسلم إلى الزوج تسليم الإماء، أم تسليم الحرائر؟ فالظاهر: الثاني، وإلا، لعظم الضرر على الزوج واختلت مقاصد النكاح، ويؤيده قول الشافعي رحمته الله في «المختصر»: لا أصدقها على فساد النكاح، ولا على ما يجب عليها للزوج.

الخامس: في العدة. وأما عدة الطلاق، فإن كان رجعيًا وطلقها، ثم أقرت، فعليها ثلاثة أقرأء، وله الرجعة في جميعها، لأنه ثبت ذلك بالطلاق. وإن أقرت ثم طلقها، ف كذلك على الصحيح الذي قطع به الأكثرون، لأن النكاح أثبت له الرجعة في ثلاثة أقرأء. والثاني: تعتد بقرأين، لأنه أمر يتعلق بالمستقبل كإرقاق أولادها، وصححه أبو الفرج الزاز، وحكاه عن ابن سريج. وإن كان الطلاق بائناً، فهو كالرجعي على الأصح، لأن العدة فيهما لا تختلف. والثاني: تعتد بقرأين مطلقاً، لأنها رقيقة وليست للزوج رجعة. وأما عدة الوفاة، فإنها بشهرين وخمسة أيام، عدة الإماء، نص عليه، سواء أقرت قبل موت الزوج أو بعده في العدة، لأنها حق الله

تعالى، فقبل في قولها انتقاضها، وليس فيها إضرار بأحد. وفي وجه: لا يجب عليها عدة الوفاة أصلاً، لأنها تزعم بطلان النكاح من أصله وقد مات الزوج، فعلى هذا، إن جرى دخول، لزمها الاستبراء.

قال الإمام: والقول في أنه بقرء، أم بقرأين، على ما سبق في التفريع على القول. فإن لم يجر دخول، فهل تستبرئ بقرء كما لو اشترت من امرأة أو محبوب، أم لا استبراء أصلاً لانقطاع حقوق الزوج؟ فيه احتمالان للإمام، وبالثاني قطع الغزالي. هذا كله إذا كان المقر أنثى. فإن كان ذكراً فبلغ ونكح ثم أقر بالرق، فإن قبلنا إقراره مطلقاً، فهذا نكاح فاسد، فيفرق بينهما، ولا مهر إن لم يقع دخول، وإن وقع، فعليه مهر المثل، كذا قاله الجمهور. وقال في «المهذب» - وأبداه الإمام احتمالاً - : أن عليه الأقل من مهر المثل والمسمى. ثم متعلق الواجب ذمته، أم رقبته؟ قولان: أظهرهما: الأول. وإن قبلنا إقراره فيما يضره دون غيره، حكمنا بانفساخ النكاح، ولم نقبل قوله في المهر، فعليه نصف المسمى إن لم يدخل، وجميعه إن دخل، ويؤدي ذلك مما في يده أو من كسبه في الحال أو المستقبل، فإن لم يوجد، ففي ذمته إلى أن يعتق.

الفرع الثاني: إذا كانت عليه ديون وقت الإقرار بالرق وفي يده أموال، فإن قبلنا إقراره مطلقاً، فالأموال تسلّم للمقر له، والديون في ذمته. وإن قبلناه فيما يضره دون غيره، قضينا الديون مما في يده. فإن فضل من المال شيء، فهو للمقر له، وإن بقي من الدين شيء، ففي ذمته إلى أن يعتق.

الفرع الثالث: إذا باع أو اشترى بعد البلوغ، ثم أقر بالرق، فإن قبلنا الإقرار مطلقاً، فالبيع والشراء باطلان، فإن كان ما باعه باقياً في يد المشتري، أخذه المقر له، وإلا، طالبه بقيمته. والثلث إن أخذه المقر وأتلفه، فهو في ذمته إلى أن يعتق، وإن كان باقياً رده، وما اشتراه إن كان باقياً في يده، رده إلى بائعه، وإلا، استرد الثمن من البائع، وحق البائع يتعلق بذمته، وإن قلنا: لا يقبل فيما يضر غيره، لم نبطلهما، ثم ما باعه إن لم يستوف ثمنه، استوفاه المقر له، وإن كان استوفاه، لم يطالب المشتري ثانياً، وما اشتراه إن كان وزن ثمنه، فقد تم العقد وسلم المبيع للمقر له. وإن لم يزن، فإن كان في يده مال حين أقر بالرق، وزن الثمن منه، وإلا، فهو كإفلاس المشتري، فيرجع البائع إلى عين ماله إن كان باقياً، وإلا، فهو في ذمة المقر حتى يعتق.

الفرع الرابع: جنى ثم أقر بالرق، فإن كانت الجناية عمداً، فعليه القصاص، سواء كان المجني عليه حراً أو عبداً. وإن كانت خطأ، فإن كان في يده مال، أخذ الأرش منه، كذا قاله البغوي، وهو خلاف قياس القولين، لأن أرش الخطأ لا يتعلق

بما في يد الجاني حراً كان أو عبداً، وإن لم يكن في يده مال، تعلق الأرض برقبته على القولين. وقال القاضي أبو الطيب: إن قلنا: لا يُقبل إقراره فيما يضر غيره، فلا تُرشد في بيت المال. فلو زاد الأرض على قيمة الرقبة، فالزيادة في بيت المال على هذا القول قطعاً.

الفرع الخامس: جُني عليه فقطع طرفه، ثم أقر بالرق، فإن كانت الجناية عمداً والجاني عبداً، اقتص منه. وإن كان حراً، فلا قصاص، ويكون كالخطأ. وإن كانت خطأ، فإن قبلنا إقراره مطلقاً، فعلى الجاني كمال قيمته إن صارت قتلاً، وإلا، فما تقتضيه جراحة العبد. وإن قبلناه فيما يضره دون غيره وكانت الجناية قطع يد، فإن لم يزد نصف القيمة على نصف الدية، فالواجب نصف القيمة، وإن زاد، فهل يجب نصف الدية، أم نصف القيمة؟ وجهان: أصحهما: الأول. هذا كله تفريع على تعلق الدية بقتل اللقيط. وفيه وجه سبق أن الواجب الأقل من الدية والقيمة، وذلك الوجه مطرد في الطرف.

فرع: لا فرق في جميع ما ذكرناه، بين أن يقر بالرق ابتداءً، وبين أن يدعي رقه شخص فيصدقّه، فلو ادعى رجل رقه، فأنكره، ثم أقر له، ففي قبوله وجهان: لأنه بالإنكار لزمه أحكام الأحرار.

قلت: ينبغي أن يفصل، فإن قال: لست بعبد، لم يقبل إقراره بعده، وإن قال: لست بعبد لك، فالأصح القبول، إذ لا يلزم من هذه الصيغة الحرية. والله أعلم.

فرع: ادعى مدّع رقه، فأنكر ولا بينة، فإن قبلنا إقراره بالرق، فله تحليفه، وإلا، فلا، إلا إذا جعلنا اليمين مع النكول كالبينة، فله التحليف.

فصل: إذا قذف لقيطاً صغيراً، عزّر، وإن كان بالغاً، حدّ إن اعترف بحريته. فإن ادعى رقه، فقال المقذوف: بل أنا حر، فالقول قول المقذوف على الأظهر. وقيل: قطعاً. ويجري الطريقتان، فيما لو قطع حر طرفه وادعى رقه وقال: بل أنا حر. وقيل: يجب القصاص قطعاً، لأن الحدّ يغني عنه التعزير، لاشتراكهما في الزجر. فإن لم نوجب القصاص، أوجبنا الدية في اليدين، ونصفها في إحداهما على الأصح. وعلى الثاني: القيمة أو نصفها. ولو قذف اللقيط واعترف بأنه حرّ، حدّ حد الأحرار. وإن ادعى أنه رقيق، وصدقه المقذوف، حدّ حد العبيد. وإن كذبه، فأَي الحَدَّيْن يُحدّ؟ قولان بناءً على إقراره، إن قبلناه مطلقاً، فحدّ العبيد، وإن منعناه فيما يضر غيره، فحدّ الأحرار. وحكى في «المعتمد» وجهاً: أنه إن أقر لمعين، قبل إقراره وحدّ حدّ العبيد، وإن لم يعين، حدّ حد الأحرار.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الفرائض (١)

فيه عشرة أبواب:

الباب الأول: في بيان أسباب التوريث والورثة

وقدر استحقاقهم، وتقدّم عليه أنه يُبدأ من تركة الميت بمؤنة تجهيزه بالمعروف ما لم يتعلق به حق غيره. فإن تعلق، كالمرهون، وما يتعلق به زكاة، والعبد الجاني، والمبيع إذا مات المشتري مفلساً، قدّم حق الغير، ثم تُقضى ديونه من تركته، وللورثة إمساك ما تركه، وغرامة ما عليه من مالهم كما سبق في كتاب الرهن، ثم تنفّذ وصاياه من ثلث الباقي، ثم يقسم الباقي بين الورثة على فرائض الله تعالى.

فصل: أسباب التوريث أربعة: قرابة، ونكاح، وولاء، وجهة الإسلام. والمراد بجهة الإسلام: أن من مات ولم يخلف وارثاً بالأسباب الثلاثة، وفضل عنه شيء، كان ماله لبيت المال، يرثه المسلمون بالعصوبة، كما يحملون ديته. هذا هو الصحيح المشهور. وفي وجه: أنه يوضع في بيت المال على سبيل المصلحة، لا إرثاً، لأنه لا يخلو عن ابن عم بعيد، فالحق ذلك بالمال الضائع الذي لا يرجى ظهور مالكة. وحكى ابن اللبان والرويانى هذا قولاً. قال المتولي: فإن جعلناه إرثاً، لم يجز صرفه إلى المكاتبين والكفار. وفي جواز صرفه إلى القاتل وجهان: وجه الجواز: أن تهمة الاستعجال لا تتحقق هنا، لأنه لا يتعين مصرفاً لماله.

قلت: الأصح أو الصحيح: المنع. والله أعلم.

وفي جواز صرفه إلى من أوصى له بشيء، وجهان: أحدهما: لا، لئلا يجمع بين الوصية والإرث، ويخبر بينهما. والثاني: يجوز.

قلت: الأصح: الجواز. والله أعلم.

ولا خلاف أنه يجوز تخصيص طائفة من المسلمين، ويجوز صرفه إلى من وُلد بعد موته، أو كان كافراً فأسلم بعد موته، أو رقيقاً فعتق.

(١) الفرض في الشرع: نصيب مقدر شرعاً لمستحقه، وعلم الفرائض: هو العلم بالمواريث من حيث فقه أحكامها ومعرفة الحساب الموصل إلى قسمها، والمواريث جمع ميراث، وهو الحق المخلف عن الميت المنقول إلى الوارث.

قلت: قد ضم صاحب «التلخيص» إلى هذه الأسباب الأربعة سبباً خامساً، وهو سبب النكاح، وهو غير النكاح، وذلك في المبتوتة في مرض الموت إذا قلنا بالقديم: إنها ترث. والله أعلم.

فصل: في بيان المجمع على توريثهم

الرجال الوارثون خمسة عشر: الابن، وابن الابن وإن سفل، والأب، والجدة للأب وإن علا، والأخ للأبوين، والأخ للأب، والأخ للأم، وابن الأخ للأبوين، وابن الأخ للأب، والعم للأبوين، والعم للأب، وابن العم للأبوين، وابن العم للأب، والزوج، والمعتق.

والنساء الوارثات عشر: البنت، وبنت الابن وإن سفل، والأم، والجدة للأب، والجدة للأم - وإن علتا - والأخت للأبوين، والأخت للأب، والأخت للأم، والزوجة، والمعتقة. والمراد بالمعتقة والمعتقة، مَنْ أعتق، أو عسبة أدلى بمعتق. ويدخل في لفظ العم، عم الميت، وعم أبيه، وعم جده إلى حيث ينتهي، وكذلك حيث أطلقنا لفظ العم في الورثة، بخلاف الأخ، فإن المراد به أخو الميت فقط.

فرع: إذا اجتمع الرجال الوارثون، ورث منهم الابن، والأب، والزوج فقط. وإذا اجتمع النساء، فالبنت، وبنت الابن، والأم، والزوجة، والأخت للأبوين. وإذا اجتمع الصنفان غير أحد الزوجين، ورث خمسة: الأبوان، والابن، والبنت، وأحد الزوجين. ومن انفرد من الرجال، حاز كل التركة، إلا الزوج والأخ للأم. ومن قال بالرد، لا يستثنى إلا الزوج. ومن انفردت من النساء، لم تحزها إلا المعتقة. ومن قال بالرد، يثبت لكلهن الحيازة إلا الزوجة.

قلت: وليس في الورثة ذكر يُدلى بأنثى فيرث، إلا الأخ للأم، وليس فيهم مَنْ يرث مع من يدلي به إلا أولاد الأم. قال صاحب «التلخيص» والقفال وغيرهما: ليس لنا من يورث ولا يرث، إلا الجنين في غرته، والمعتق بعرضه على الأظهر: أنه يورث. والله أعلم.

فصل: في ذوي الأرحام

هم كل قريب يخرج عن المذكورين في الفصل السابق. وإن شئت قلت: كل قريب ليس بذي فرض ولا عسبة. وأما تفصيلهم، فهم عشرة أصناف: أبو الأم، وكل جد وجدة ساقطين، وأولاد البنات، وبنات الأخوة، وأولاد الأخوات، وبنو الأخوة للأم، والعم للأم، وبنات الأعمام، والعمات، والأخوال، والخالات. ومنهم مَنْ يعدُّهم أحد عشر، ويفصل الجد عن الجدة. ومنهم من يزيد على

ذلك، والمقصود لا يختلف، فهؤلاء لا يرثون بالرَّحِم شيئاً على الصحيح. وقال المزني وابن سريج: إن لم يخلف الميت إلا ذا فرض لا يستغرق، رُدَّ الباقي عليه، إلا الزوج والزوجة، فلا رد عليهما. فإن لم يخلف ذا فرض ولا عصة، ورث ذوو الأرحام.

وقولنا: إن الصحيح أنهم لا يرثون ولا يُردّ، هو فيما إذا استقام أمر بيت المال، بأن ولي إمام عادل. أما إذا لم يكن إمام، أو لم يكن مستجمعاً لشروط الإمامة، ففي مال من لا عصة له ولا ذا فرض مستغرق وجهان: أصحهما: عند أبي حامد وصاحب «المهذب»: لا يصرف إلى الرد، ولا إلى ذوي الأرحام، لأنه للمسلمين، فلا يسقط بفوات نائبهم. والثاني: أنه يُردّ ويصرف إلى ذوي الأرحام، لأن المال مصروف إليهم أو إلى بيت المال بالإجماع. فإذا تعذر أحدهما، تعين الآخر، وهذا اختيار ابن كج، وبه أفتى أكابر المتأخرين.

قلت: هذا الثاني، هو الأصح أو الصحيح عند محققي أصحابنا، وممن صححه وأفتى به الإمام أبو الحسن بن سُرّاقه من كبار أصحابنا ومتقدميهم، وهو أحد أعلامهم في الفرائض والفقه وغيرهما، ثم صاحب «الحاوي»، والقاضي حسين، والمتولي، والخَبْرِي - بفتح الخاء المعجمة وإسكان الباء الموحدة - وآخرون، قال ابن سُرّاقه: وهو قول عامة مشايخنا. قال: وعليه الفتوى اليوم في الأمصار، ونقله صاحب «الحاوي» عن مذهب الشافعي رحمته الله، قال: وغلط الشيخ أبو حامد في مخالفته، قال: وإنما مذهب الشافعي منعهم إذا استقام بيت المال. والله أعلم.

فإن قلنا: لا يصرف إليهم ولا يُردّ، فإن كان في يد أمين، نظر، إن كان في البلد قاضٍ بشروط القضاء مأذون له في التصرف في مال المصالح، دفع إليه ليصرفه فيها. وإن لم يكن قاضٍ بشرطه، صرفه الأمين بنفسه إلى المصالح، وإن كان قاضٍ بشرطه غير مأذون له في التصرف في مال المصالح، فهل يدفعه إليه، أم يفرّقه الأمين بنفسه، أم يوقف إلى أن يظهر بيت المال ومن يقوم بشرطه؟ فيه ثلاثة أوجه.

قلت: الثالث، ضعيف، والأولان حسنان. وأصحهما: الأول. ولو قيل: يتخير بينهما، لكان حسناً، بل هو عندي أرجح. والله أعلم.

وعلى الثاني، وقوف مساجد القرى، يصرفها صلحاء القرية في عمارة المسجد ومصالحه. أما إذا لم يكن في يد أمين، فيدفع إليه ليفرّقه. وإذا قلنا بالصرف إلى ذوي الأرحام، فوجهان: أحدهما نقله ابن كج: أنه يصرف إلى الفقراء منهم، يقدّم الأحوج فالأحوج. والصحيح الذي عليه الجمهور: يصرف إلى جميعهم. وهل هو إرث، أم شيء مصلحي؟ فيه وجهان: أشبههما بأصل المذهب: أنه على سبيل

المصلحة، واختاره الروياني، قال: ويصرف إليهم إن كانوا محتاجين، أو إلى غيره من أنواع المصالح. فإن خيف على رأس المال من حاكم الزمان، صرف إلى الأصل بقول مفتي البلدة.

قلت: الصحيح الذي عليه جمهور من قال من أصحابنا بتوريث ذوي الأرحام: أنه يصرف إلى جميعهم على سبيل الميراث، على تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى في الباب الثامن في كيفية توريثهم والرد. والله أعلم.

فصل: في بيان ما يستحقه كل وارث من المجمع عليهم

ونقدم عليه أن من له سهم مقدّر في الكتاب أو السّنة، فهو صاحب فرض. ومن ورث بالإجماع ولا فرض له، فهو عصبه. وقولنا: بالإجماع، احتراز من ذوي الأرحام، فإن من ورّثهم لا يسميهم عصبه. وأصحاب الفروض قسمان: منهم من لا يرث إلا بالفرضية، وهم: الزوجان، والأم، والجدّة، وولد الأم. ومنهم من يرث بالتعصيب أيضاً. ثم من هؤلاء من لا يجمع الجهتين دفعة، بل يرث إما بهذه، وإما بهذه، وهم البنات، وبنات الابن، والأخوات للأبوين، والأخوات للأب. ومنهم من يرث بهما جمعاً وانفراداً، وهما: الأب، والجد.

أما العصبه، فضربان:

الضرب الأول: عصبه بنفسه، وهو كل ذكر يُدلي إلى الميت بغير واسطة، أو بتوسط محض الذكور، وهؤلاء يأخذ المنفرد منهم جميع المال والباقي بعد أصحاب الفروض، وربما سقطوا.

قلت: هذا الذي قاله في حد العصبه، غير مطرد ولا منعكس، فإنه يقتضي دخول الزوج - فإن الغزالي وغيره عدّوه ممن يدلي بنفسه - وخروج المعتقة، فينبغي أن يقول: هو كل معتق وذکر نسب يدلي إلى آخره. والله أعلم.

والضرب الثاني: عصبه بغيره، وهم البنات، وبنات الابن، والأخوات للأبوين وللأب، فيتعصّبن بإخوتهن، ويتعصّب الأخوات من الجهتين بالبنات وبنات الابن.

وقد يقال: العصبه ثلاثة: عصبه بنفسه، وبغيره، ومع غيره، على الترتيب المذكور.

أما قدر المستحق، فللزوج نصف المال إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن، وربعه إن كان لها ولد أو ولد ابن منه أو من غيره. وللزوجة الربع إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن، والثلث إن كان له ولد أو ولد ابن منها أو من غيرها. والزوجات يشتركن في الربع والثلث بالإجماع.

فصل: وأما الأم، فلها ثلاثة أحوال: حال تراث ثلث المال إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن، ولا اثنان من الإخوة والأخوات، وحال سدسه إذا لم يكن له ولد أو ولد ابن، أو اثنان من الإخوة والأخوات من أي جهة كانوا، وحال يكون معها زوج وأب، أو زوجة وأب، فلها ثلث ما يبقى على الصحيح المعروف في المذهب. وقال ابن اللبان: لها الثلث كاملاً.

فصل: وأما الجدة، فتراث أم الأم وأمهاتها المدليات بمحض الإناث، وأم الأب وأمهاتها كذلك، وفي أم أب الأب، وأم من فوقه من الأجداد وأمهاتهن قولان: المشهور: أنهن وارثات. والثاني: لا، نقله أبو ثور. وأما الجدة المدلية بذكر بين أنثيين، كأم أب الأم، فلا تراث، بل هي من ذوي الأرحام كما سبق، فحصل في ضبط الجدات الوارثات على المشهور عبارتان:

إحداهما: أن يقال: هي كل جدة أدلت بمحض إناث أو بمحض ذكور، أو بمحض الإناث إلى محض الذكور.

الثانية: التي لا تدلي بمحض الوارثين غير وارثة، والباقيات وارثات. وعلى منقول أبي ثور: لا تراث جدة تدلي بغير وارث، ولا من وقع في آخر نسبها أبوان فصاعداً، وللجدة الواحدة السدس. وإن اجتمع جدتان فصاعداً وارثات، اشتركن في السدس، فلو أدلت إحداهما بجهتين، كامراًة تزوج ابن بنتها بنت الأخرى، فولد لهما ولد، فهذه المرأة أم أم أبيه، وأم أم أمه. فإذا مات الولد وخلف هذه، وجدة أخرى هي أم أبي أبيه، أو أدلت بثلاث جهات فأكثر، بأن نکح الولد في المثال المذكور بنت بنت أخرى لتلك المرأة، فولد لهما، فالمرأة جدة للولد الثاني من ثلاثة أوجه: فالصحيح: أن السدس بينهما سواء. والثاني: يوزع على الجهات، قاله ابن سريج، وابن حربويه.

فرع: في تنزيل الجدات

لك أم وأب، وهما في الدرجة الأولى من أصولك، ولأبيك أم وأب، وكذلك لأمك، فالأربعة هم الواقعون في الدرجة الثانية من درجات أصولك، وهذه هي الدرجة الأولى من درجات الأجداد والجدات، ثم أصولك في الدرجة الثالثة ثمانية، لأن لكل واحد من الأربعة أباً وأمّاً، وفي الدرجة الرابعة ستة عشر، وفي الخامسة اثنان وثلاثون، والنصف من الأصول في كل درجة ذكور، والنصف إناث، وهن الجدات، ففي الدرجة الثانية من الأصول جدتان، وفي الثالثة أربع، وفي الرابعة ثمان، وفي الخامسة ست عشرة، وهكذا يتضاعف عددهن في كل درجة. ثم منهن

وارثات وغير وارثات، فإذا سئلت عن عدد من الجدات الوارثات على أقرب ما يمكن من المنازل، فاجعل درجهن بعدد المسؤول عنه ومحض نسبة الأولى إلى الميت من أمهات، ثم أبدل من آخر نسبة الثانية أمّاً بأب، وفي آخر نسبة الثالثة أمّين بأبوين، وهكذا تنقص من الأمهات وتزيد في الآباء حتى تتمحض نسبة الأخيرة آباء.

مثاله: سئلت عن أربع جدات، فقل: هن أم أم أم أم، وأم أم أم أب، وأم أم أبي أب، وأم أبي أبي أب، فالأولى من جهة أم الميت، والثانية من جهة أبيه، والثالثة من جهة جده، والرابعة من جهة أبي جده. وهكذا إذا أردت زيادة زدت لكل واحدة أباً. وإذا أردت معرفة من يحاذي الوارثات مع الساقطات، فإن كان السؤال عن جدتين على أقرب ما يمكن، فليس في درجتهم غيرهما. وإن كان السؤال عن أكثر، فألق من عدد الوارثات اثنتين أبداً، وضعّف الاثنين بعدد ما بقي منهن، فما بلغ فهو عدد الجدات في تلك الدرجة الوارثات والساقطات. فإذا عرفت الوارثات منهن، فالباقيات الساقطات.

مثاله: خذ من الأربع اثنتين وضعّفهما مرتين، لأن الباقي اثنان، فيبلغ ثمانية، فهن الوارثات والساقطات، وإذا فرضت ثلاث جدات، فخذ من الثلاثة اثنتين، وضعّفهما مرة، لأن الباقي واحد، فيبلغ أربعة، فهو عددهن، وفي هذه الدرجة ثلاث وارثات، وواحدة ساقطة. واعلم أن الوارثات في كل درجة من درجات الأصول بعد تلك الدرجة، ففي الثانية ثنتان، وفي الثالثة ثلاث، وفي الرابعة أربع. وهكذا في كل درجة لا تزيد إلا واردة واحدة وإن تضاعف عددهن في كل درجة، وسببه أن الجدات ما بلغن، فنصفهن من قبل الأم، ونصفهن من قبل الأب، ولا يرث من قبل الأم إلا واحدة، والباقيات من قبل الأب. فإذا صعدنا درجة، تبدلت لكل واحدة منهن بأمها، وزادت أم الجد الذي صعدنا إليه، ولا يخفى أن معظم ما ذكرنا في تنزيل الجدات، تفريع على المشهور. فأما على منقول أبي ثور، فلا يرث إلا جدتان.

فصل: وللأب ثلاثة أحوال: حال يرث بمحض الفرض، وهو إذا كان معه ابن، أو ابن ابن، فله السدس، والباقي للابن أو ابن الابن. وحال يرث بمحض العصوبة، وهو إذا لم يكن ولد ولا ولد ابن، وحال يرث بهما، وهو إذا كان معه بنت، أو بنت ابن، أو بنات، فله السدس فرضاً، ولهن فرضهن، والباقي له بالتعصيب.

فصل: الجد كالأب في الميراث، إلا في مسائل: إحداها: الأب يُسقط الإخوة والأخوات مطلقاً، والجد لا يُسقط الإخوة والأخوات للأبوين أو للأب. وسيأتي تفصيلهم إن شاء الله تعالى.

الثانية: الأب يرث الأم إلى ثلث ما يبقى في صورتَي زوج وأبوين وزوجة وأبوين كما سبق. ولو كان بدله جد، كان للأم الثلث كاملاً.

الثالثة: الأب يسقط أم نفسه وأم كل جد، والجد لا يسقط أم الأب وإن أسقط أم نفسه، وأبو الجد ومن فوقه كالجد، لكن كل واحد يحجب أم نفسه، ولا يحجبها من فوقه.

الرابعة: سبق أن الأب يجمع بين الفرض والتعصيب، وفي الجد في مثل ذلك الحال وجهان: أحدهما: أنه مثله. والثاني: لا، بل يأخذ الباقي بعد البنت أو البنات بالتعصيب فقط، والجمع بينهما خاصٌّ بالأب. وهذا خلاف في العبارة فقط والمأخوذ لا يختلف.

قلت: أصحهما: وأشهرهما: الأول. والله أعلم.

فصل: في الأولاد

فالابن الواحد يستغرق جميع المال بالإجماع، وكذا جماعة الأبناء يستغرقونه، وللبنت النصف، وللبنتين فصاعداً الثلثان. فإن اجتمع الصنفان، فللذكر مثل حظ الأنثيين.

فرع: إذا اجتمع أولاد الصلب وأولاد ابن أو بنين، فإن كان في أولاد الصلب ذكر، لم يرث أولاد الابن، وإلا، فإن كان ولد الصلب بنتاً، فلها النصف، ثم ينظر، فإن كان ولد الابن ذكراً، فالباقي له. وإن كانوا ذكوراً، أو ذكوراً وإناثاً، فالباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين. وإن كان ولد الابن بنتاً، فلها السدس، وإن كن بنات، فالسدس بينهن. وإن كان ولد الصلب بنتين فصاعداً، فلهن الثلثان، ولا شيء لبنات الابن. فإن كان معهن أو أسفل منهن ذكر، عصّبهن في الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين. وسواء كان الذي في درجتهم أخاهن أو أخا بعضهن، أو ابن عمهن، وإنما يعصّبهن إذا لم يكن لهن فرض كما ذكرنا. فلو خَلَفَ بنت صلب، وبنت ابن، وابن ابن ابن، وبنت ابن ابن، فللبنت النصف، ولبنت الابن السدس فرضاً، والباقي بين الأسفلين للذكر مثل حظ الأنثيين، ولا يعصب ابن الابن من كان أسفل منه، بل يختص بالباقي. وأولاد ابن الابن مع أولاد الابن، كأولاد الابن مع أولاد الصلب في كل تفصيل، وكذا في كل درجة نازلة مع درجة عالية، حتى إذا خَلَفَ بنت ابن، وبنت ابن ابن، فللعليا النصف، وللسفلى السدس. ولو خَلَفَ بنتي ابن، وبنت ابن ابن، فلبنتي الابن الثلثان، ولا شيء للسفلى، إلا أن يكون في درجتها أو أسفل منها من يعصّبها.

فرع: ليس في الفرائض من يعصب أخته وعمته وعمته أبيه وجده وبنات أعمامه وبنات أعمام أبيه وجده، إلا المستقل من أولاد الابن.

فصل: في الإخوة والأخوات

أما الإخوة والأخوات من الأبوين إذا انفردوا، فكأولاد الصلب، للذكر جميع المال، وكذا للجماعة، وللأخت الفردة النصف، وللأختين فصاعداً الثلثان، فإن اجتمع الإخوة والأخوات، فللذكر مثل حظ الأنثيين بنص القرآن.

فرع: الإخوة والأخوات للأب، عند انفردهم كالإخوة والأخوات للأبوين، إلا في المشركة، وهي زوج، وأم، وأخوان لأم، وأخوان للأبوين، فللزوجة النصف، وللأم السدس، وللأخوين لأم الثلث يشاركون فيه الأخوان للأبوين. هذا هو المشهور والمذهب، وبه قطع الأصحاب. وحكى أبو بكر بن لال من أصحابنا في المسألة قولين: ثانيهما: سقوط الأخوين للأبوين بحسب اختلاف الرواية عن زيد رضي الله عنه، والرواية عن زيد رضي الله عنه مختلفة كما ذكر، لكن لم أجد لغيره نقل قول للشافعي رضي الله عنه، لكن ذهب ابن اللبان وأبو منصور البغدادي، إلى الإسقاط، فعلى المذهب: للتشريك أربعة أركان. أن يكون في المسألة زوج، وأم أو جدة، واثنان فصاعداً من ولد الأم، وأن يكون من أولاد الأبوين ذكر، إما وحده، وإما مع ذكور أو إناث، أو كليهما، فإن لم يكن من الأبوين ذكر، بل كان مع الأركان الثلاثة أخت أو أختان للأبوين أو للأب، فلا تشريك، بل يفرض للواحد النصف، وللأختين فصاعداً الثلثان، وتُعال المسألة. ولو كان ولد الأم واحداً، فله السدس، والباقي للعصبة من أولاد الأبوين، أو الأب، ولو كان بدل أولاد الأبوين إخوة أب، سقطوا بالاتفاق، لأنه ليس لهم قرابة أم فيشاركون أولاد الأم، فافترق الصنفان في هذه المسألة. وإذا شركنا في الثلث بين أولاد الأم وأولاد الأبوين، تقاسموه سواء، ذكرهم كأناثهم، لأنهم يأخذونه بقرابة الأم.

قلت: قد ذكرنا أنه لو عُد في المشركة ولد الأبوين، وكان هناك أخت للأب، فلها النصف فرضاً. فلو كان معها أخوها لأب أيضاً، سقط وأسقطها، لأنه لا يفرض لها معه، فلا تشريك. والله أعلم.

فرع: لو اجتمع أولاد الأبوين وأولاد الأب، فهو كاجتماع أولاد الصلب وأولاد الابن، فأولاد الأبوين كأولاد الصلب، وأولاد الأب كأولاد الابن. فإن كان في أولاد الأبوين ذكر، حجب أولاد الأب، وإلا، فإن كانت أنثى فقط، فلها النصف، والباقي لأولاد الأب إن كانوا ذكوراً، أو ذكوراً وإناثاً. وإن تمحضن إناثاً،

أو أنثى فقط، فلهن أو لها السدس تكملة الثلثين. وإن كان من أولاد الأبوين ثنتان فأكثر، فلهما الثلثان، ولا شيء لأولاد الأب، إلا أن يكون فيهن ذكر، فيعصب الإناث. ولا يعصب الأخت إلا من في درجتها، بخلاف بنت الابن، فإنه يعصبها من هو أسفل منها. فلو خلف أختين لأبوين، وأختاً لأب، وابن أخ لأب، فلأختين الثلثان، والباقي لابن الأخ، وتسقط الأخت للأب.

فرع: الأخوة والأخوات للأم، لواحداهم السدس ذكراً كان أو أنثى، وللاثنين فصاعداً الثلث يقسم بين ذكورهم وإناثهم بالسوية.

قلت: أولاد الأم يخالفون غيرهم في خمسة أشياء، فيرثون مع من يدلون به، ويرث ذكراً المنفرد كأنثاهم المنفردة، ويتقاسمون بالسوية. والرابع: أن ذكرهم يدلي بأنثى، ويرث. والخامس: يحجبون من يدلون به، وليس لهم نظير. والله أعلم.

فرع: بنو الإخوة من الأبوين أو الأب يُنزل كل واحد منهم منزلة أبيه في حالتي الانفراد والاجتماع، فيستغرق الواحد والجماعة للمال عند الانفراد، وما فضل عن أصحاب الفروض، وعند الاجتماع يسقط ابن الأخ للأب، لكنهم يخالفون الإخوة في أمور:

أحدها: أن الإخوة يرثون الأم من الثلث إلى السدس، وبنوهم لا يرثونها. الثاني: أن الإخوة للأبوين وللأب يقاسمون الجد، وبنوهم يسقطون به. الثالث: لو كان بنو الإخوة للأبوين بدل آبائهم في المشتركة سقطوا. الرابع: الإخوة للأبوين وللأب يعصبون أخواتهم، وبنوهم لا يعصبون أخواتهم.

قلت: ويخالفونهم في ثلاثة أشياء آخر: أحدها: الظأخوة للأبوين، يحجبون الإخوة للأب، وأولادهم لا يحجبونهم. والثاني: الأخ من الأب، يحجب بني الأخ من الأبوين، ولا يحجبهم ابنه. الثالث: بنو الإخوة لا يرثون مع الأخوات إذا كن عصبات مع البنات. والله أعلم.

فصل: الأخوات للأبوين وللأب، مع البنات وبنات الابن، عصبات كالإخوة. حتى لو خلف بنتاً وأختاً، فللبنت النصف، وللأخت الباقي. ولو خلف بنتين فصاعداً، أو أختاً أو أخوات، فللبنت الثلثان، والباقي للأخت أو للأخوات. ولو كان معهن زوج، فللبنتين الثلثان، وللزوج الربع، والباقي للأخت أو الأخوات. ولو كان معهن أم، عالت المسألة، وسقطت الأخت والأخوات، كما لو كان معهن أخ. ولو خلف بنتاً وبنت ابن وأختاً، فلها النصف، والسدس لبنت الابن، وللأخت

الباقى . وإذا اجتمعت الأخت للأبوين والأخت للأب مع البنت وبنت الابن، فالباقي للأخت للأبوين، وسقطت الأخت للأب . ولو خلف بنتاً وأختاً لأبوين وأخاً لأب، كان الباقي للأخت، وسقط الأخ بها كسقوطه بالأخ للأبوين . ولو خلف بنتاً، وأخاً وأختاً لأبوين، فالباقي بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين .

فرع: خلف بنتاً، وثلاث أخوات أو إخوة متفرقين، فللبنت النصف، والباقي للأخت أو للأخ للأبوين، وسقط الباقيون .

فصل: العم للأبوين أو للأب، كالأخ من الجهتين، في أن من انفرد منهما يأخذ جميع المال، أو ما بقي بعد الفرض . وإذا اجتمعا، أسقط العمُّ للأبوين العمُّ للأب .

الباب الثاني: في بيان العصبات^(١) وترتيبهم

فالأقرب منهم يُسقط الأبعد . وجملة عصبات النسب: الابن والأب ومن يدلي بهما، ويقدمُ منهم الأبناء، ثم بنوهم وإن سفلوا، ثم الأب، ثم الجدة والأخوة للأبوين أو للأب، وهم في درجة، ولذلك يتقاسمون على تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى . وأبو الجد وإن علا مع الأخ، كالجد مع الأخ، فيتقاسمان لقوة الجدوة، ووقوع الاسم في القريب والبعيد . هذا هو المنصوص والمذهب والمعروف . وقال الإمام: الذي رأيته في ذلك - يعني للأصحاب - أن أبا الجد، يكون له السدس، والباقي للأخ . ثم قال: وفي القلب من هذا شيء، وأبدى المذهب المنصوص احتمالاً . وإذا لم يكن أخ، فالمقدمُ الجد، ثم أبوه وإن علا، ويسقط ابن الأخ بالجد العالي سقوطه بالادنى، وفي «النهاية» وجه ضعيف: أن أبا الجد وابن الأخ يتقاسمان، والصحيح المعروف هو الأول، فإننا إذا قدمنا نوعاً على نوع، لا ننظر إلى القرب والبعد . ألا ترى أن ابن الأخ وإن سفل، مقدمٌ على العم مع قريبه . وإذا لم يكن جد، فالأخ من الأبوين، ثم من الأب، ثم بنو الإخوة من الأبوين، ثم من الأب، وكذلك بنوهم وإن سفلوا، ثم العم من الأبوين، ثم من الأب، ثم بنو العم كذلك ثم عمُّ الأب من الأبوين، ثم من الأب، ثم بنوهما كذلك، ثم عم الجد من الأبوين، ثم من الأب، ثم بنوهما كذلك، إلى حيث ينتهون . فإن لم يوجد أحد من عصبات النسب، والميت عتيق، فالعصوبة لمعتقه . فإن لم يكن المعتق حياً، فلعصباته، فإن لم يوجدوا، فلمعتق المعتق، ثم لعصباته إلى حيث ينتهون . فإن لم

(١) العصبه هم الذين يرثون بلا تقدير لأن العاصب إذا انفرد حاز جميع المال، وإذا كان معه صاحب فرض أخذ ما بقي بعد الفرض .

يكن عتيقاً، وأبوه أو جدّه عتيق، ثبت الولاء عليه لمعتق الأب أو الجد على ما سيأتي في كتاب الولاء إن شاء الله تعالى. فإن لم يكن أحد منهم، فالمال لبيت المال.

فرع: البعيد من الجهة المقدّمة، يقدّم على القريب من الجهة المؤخّرة.

مثاله: ابن الابن وإن سفل، يقدّم على الأب، وكذلك ابن الأخ وإن سفل، يقدّم على العم، وكذلك ابن العم النازل، يقدّم على عم الأب، وإذا اتحدت الجهة، قدّم الأقرب. فإن استويا في القرب، قدّم من يُدلي بالأبوين على من يدلي بالأب.

مثاله: الأخ للأبوين، يقدّم على الأخ للأب، وابن الأخ للأب، يقدّم على ابن ابن الأخ للأبوين، وكذا القول في بني العم وبني عم الاب.

فرع: إذا اشترك اثنان في جهة عصوبة، واختص أحدهما بقراءة أخرى، كابني عم أحدهما أخ لأم، نظر، إن أمكن التوريث بالقراءة الأخرى لفقد الحاجب، فالنص أنه يورث بهما، فالأخ للأم يأخذ السدس، والباقي بينهما بالعصوبة. ونص فيما لو ترك ابني عم معتقه وأحدهما أخو المعتق لأمه: أن جميع المال للذي هو أخوه لأمه. وللأصحاب فيهما طريقتان:

أحدهما: جعلهما على قولين: أحدهما: ترجيح الأخ للأم، فيأخذ جميع المال في الصورتين، لأنهما استويا في العصوبة وزاد بقراءة الأم، فأشبه الأخ من الأبوين مع الأخ للأب. والثاني: لا ترجيح، لأن مزيّته بجهة تُفرض لها، فلا يُسقط من يشاركه في جهة العصوبة كابني عم أحدهما زوج. فعلى هذا، في النسب له السدس فرضاً، والباقي بينهما بالعصوبة. وفي الولاء لا يمكن توريثه بالفرضية، فالمال بينهما سواء بالعصوبة.

والطريق الثاني: وهو المذهب: القطع بالمنصوص في الموضعين. والفرق: أن الأخ للأم في النسب يرث، فأعطي فرضه، واستويا في الباقي بالعصوبة، وفي الولاء لا يرث بالفرض، فرجّح من يُدلي بقراءة الأم. وهذا كله تفريع على أن أخا المعتق من أبويه، يقدّم على أخيه من أبيه، وفيه خلاف نذكره قريباً إن شاء الله تعالى. ويجري الطريقتان، فيما لو ترك ابني عم أبيه وأحدهما أخوه لأمه. فلو تركت المرأة ابني عم أحدهما زوجها، والآخر أخ لأم، فعلى المذهب: للزوج النصف، وللآخر السدس، والباقي بينهما بالسوية. وإن رجحنا الأخ للأم، فالباقي كله له. ولو تركت ثلاثة بني أعمام أحدهم زوج، والثاني أخ لأم، فعلى المذهب، للزوج النصف، وللأخ السدس، والباقي بينهم بالسوية. وإن رجحنا الأخ للأم، فللزوج النصف، والباقي للأخ. هذا كله إذا أمكن توريث المختص بتلك القرابة. أما إذا لم يكن لحاجب، بأن ترك بنتاً وابني عم أحدهما أخ لأم، فوجهان: أصحهما: للبت

النصف، والباقي بينهما بالسوية، لأن إخوة الأم سقطت بالبنت. والثاني: أن الباقي للأخ وحده، وبه قال ابن الحداد، واختاره الشيخ أبو علي، كما لو اجتمع مع البنت أخ لأبوين وأخ لأب. وإذا قلنا بالأصح، فترك ابن عم لأبوين، وآخر لأب وهو أخ لأم، فالثاني السدس بالأخوة، والباقي للأول، وتسقط به عصوبة الثاني. ولو تركت ثلاثة بني أعمام متفرقين، والذي هو لأم زوج، والذي هو لأب أخ لأم، فللزوجة النصف، وللأخ السدس، والباقي للآخر. ولو ترك أخوين لأم، وترك سواهما أخوين لأم أحدهما ابن عم، فلهما الثلث بالأخوة، والباقي لابن العم منهما بلا خلاف. ولو ترك ابني عم، أحدهما أخ لأم، وترك سواهما أخوين لأم أحدهما ابن عم، فالحاصل أنه ترك أخوين هما ابنا عم، وأخاً ليس بابن عم، وابن عم ليس بأخ، فالثلث للأخوة الثلاثة، والباقي لبني الأعمام الثلاثة.

فصل: في عصبات المعتق

قد سبق أن من لا عصبه له من النسب، فماله أو ما يفضل عن الفروض لمعتقه إن كان عتيقاً، سواء كان المعتق ذكراً أو أنثى. فإن لم يوجد المعتق، فلاستحقاق لعصباته من النسب الذين يتعصبون بأنفسهم دون من يعصبهم غيرهم، فلا ترث النساء بالولاء، إلا ممن أعتقن، أو أعتق من أعتقن، أو جرّ الولاء اليهن من أعتقن. وإن شئت قلت: لا ترث امرأة بولاء، إلا معتقها، أو منتماً إليه بنسب أو ولاء، لأن الولاء أضعف من النسب البعيد. وإذا بعد النسب، ورث الذكور دون الإناث، فيرث ابن الأخ والعم وابنه، دون أخواتهم. فإذا لم ترث بنت الأخ، فبنت المعتق أولى، ثم الذين يتعصبون بأنفسهم، ترتيبهم في الولاء كترتيبهم في النسب، فيقدم ابن المعتق وابن ابنه على أبيه وجده، لكن يفرق الترتيبان في مسائل:

إحداها: في الأخ للأبوين مع الأخ للأب طريقتان: المذهب: يقدم الأخ للأبوين كما في النسب. والثاني: على قولين. ثانيهما: يتساويان، إذ لا مدخل لقراءة الأم هنا.

المسألة الثانية: في الجد والأخ قولان: أظهرهما عند الشيخ أبي حامد وأبي خلف الطبري والأكثرين: أن الأخ مقدم. والثاني: يتساويان كالنسب، ورجحه البغوي. فإن قلنا: يتساويان، فطريقتان: أحدهما نقله الحناطي وغيره: فيه وجهان: أحدهما: للجد ما هو خير له من المقاسمة وثلث المال، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في النسب. وأصحهما: أنه يقاسم الإخوة أبداً، لأنه لا مدخل للفرض والتقدير في الولاء. والطريق الثاني وهو المذهب وبه قطع الجمهور: القطع بالمقاسمة أبداً. ولو اجتمع مع جد المعتق إخوة لأبوين، وإخوة لأب، فوجهان: أحدهما وهو اختيار ابن

اللبان: يعدّ الإخوة من الأب على الجد، كما في النسب. وأصحهما: وبه قال ابن سريج والأكثر: لا يعدّون، بل الجد والأخ للأبوين يقتسمان، والفرق أن الإخوة للأب قد يأخذون شيئاً في النسب، كما إذا كان معهم أخت للأبوين وجدّ، وهنا لا يأخذون شيئاً بحال، لأنه لا يرث هنا إلا ذكر، ولا يرث الأخ للأب مع الأخ للأبوين، فبيد أن يدخل في القسمة من لا يأخذ بحال. وعلى هذا القول الجد أولى من ابن الأخ على الأصح كالنسب. وقيل: يستويان. قال البغوي تفرعاً على هذا القول: الأخ أولى من أبي الجد، وأبو الجد مع ابن الأخ يستويان. وإذا قلنا بالأظهر: إن الأخ مقدّم على الجد، فابن الأخ مقدّم أيضاً كابن الابن، والقولان في الأخ والجد يجريان في العم مع أبي الجد، وفي كل عم اجتمع هو وجدّ إذا أدلى ذلك العم بابن ذلك الجد، ولا خلاف أن الجد أولى من العم.

المسألة الثالثة: إذا كان للمعتق ابنا عم أحدهما أخ، فالمذهب والمنصوص: أنه مقدّم كما سبق في الفصل قبله.

فرع: إذا لم يوجد أحد من عصابات المعتق، فالمال لمعتق المعتق، ثم لعصباته على النسق المذكور في عصابات المعتق، ثم لمعتق معتق المعتق. وعلى هذا القياس. والقول في معتق الأب والجد وقواعد آخر ومسائل عويصة نذكره إن شاء الله تعالى في كتاب الولاء.

الباب الثالث: في ميراث الجد مع الإخوة

إذا كان مع الجد إخوة وأخوات من الأبوين، أو من الأب، لم يسقطوا على الصحيح. وقال المزني: يسقطون، واختاره محمد بن نصر المروزي من أصحابنا، وابن سريج، وابن اللبان، وأبو منصور البغادي. والتفرع على الصحيح، فنقول: إذا كان معه إخوة وأخوات من الأبوين أو من الأب، فإن لم يكن معهم ذو فرض، فللجد الأوفر من مقاسمتهم وثلث جميع المال. فإن قاسم، كان كأخ. وإن أخذ الثلث، فالباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وقد يستوي الأمران، فلا يكون فرق في الحقيقة، ولكن الفرضيون يتلفظون بالثلث، لأنه أسهل. وإنما تكون القسمة أوفر إذا لم يكن معه إلا أخ، أو أخت، أو أخ وأخت، أو أختان، أو ثلاث أخوات، فهي خمس مسائل: وإنما يستويان، إذا لم يكن معهم إلا إخوان أو أخ وأختان، أو أربع أخوات. وفيما عدا ذلك، الثلث أوفر وضابطه أن الإخوة والأخوات، إن كانوا مثليه، فالقسمة والثلث سواء. وإن كانوا دون مثليه، فالقسمة أوفر. وإن كانوا فوق مثليه، فالثلث أوفر. وإن كان معهم صاحب فرض - وأصحاب الفروض الوارثون مع

الجد والإخوة ستة: البنت، وبنت الابن، والام، والجدّة، والزوج، والزوجة - فإما أن لا يبقى بعد الفروض شيء، كبنتين وأم وزوج، فيفرض للجد السدس، ويزاد في العول. وإما أن يبقى السدس فقط، كبنتين وأم، فيصرف إلى الجد. وإما أن يبقى دون السدس، كبنتين وزوج، فيفرض للجد السدس، وتعال المسألة. وعلى هذه التقديرات الثلاثة يسقط الإخوة والأخوات. وإما أن يكون الباقي أكثر من السدس، فللجد خير الأمور الثلاثة، وهي مقاسمة الإخوة والأخوات، وثلث ما يبقى، وسدس جميع المال. أما إذا كان معه إخوة وأخوات لأبوين ولأب، فللجد خير الأمرين إن لم يكن هناك ذو فرض، وخير الأمور الثلاثة إن كان، كما إذا لم يكن إلا أحد الصنفين، لكن هنا يَعدُّ أولاد الأبوين أولاد الأب على الجد في القسمة. ثم إذا أخذ الجد حصته، نظر، إن كان ولد الأبوين عصبه، إما ذكراً، وإما ذكوراً، وإما ذكوراً وإناثاً، فلهم كل الباقي، ولا شيء لولد الأب. وإن لم يكن عصبه، بل أنثى، أو إناث، فالاثنتان فصاعداً يأخذون إلى الثلثين ولا يبقى شيء، فيسقط أولاد الأب، والواحدة تأخذ إلى النصف. فإن بقي شيء، فلاولاد الأب ذكوراً كانوا أو إناثاً للذكر مثل حظ الأنثيين.

فرع: إذا كان الصنفان معه، وكان غير القسمة خيراً له، بأن كان معه أخت للأبوين، وأخوان، أو أربع أخوات فصاعداً للأب، فللجد الثلث. قال بعض الفرضيين: يجعل الباقي بين ولد الأبوين وولد الأب، ثم يرُدُّ ولد الأب على ولد الأبوين قدر فرضه. قال ابن اللبان: والصواب، أن يفرض للأخت للأبوين النصف، ويجعل الباقي لأولاد الأب.

فرع: لا فرق فيما ذكرناه بين أن يتمخّض مع الجد إخوة أو أخوات، أو يختلطوا، فالجد في الأحوال كلّها كأخ، والأخوات معه كهنّ مع أخ، فلا يفرض لهن معه، ولا تعال مسألة بسببهن، بخلاف الجد حيث فرضنا له وأعلنا، لأنه صاحب فرض بالجدودة، فرجع إليه لضرورة. وهذا أصل مطرد، إلا في المسألة الأكدرية، وهي زوج، وأم، وجد، وأخت للأبوين أو للأب، فللزوجة النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس، ويفرض للأخت النصف، وتعول من ستة إلى تسعة، ثم يجمع نصيب الأخت والجد، ويجعل بينهما أثلاثاً. وتصح من سبعة وعشرين، للزوج تسعة، وللأم ستة، وللأخت أربعة، وللجد ثمانية. ويمتحن بها فيقال: وراث أربعة، أخذ أحدهم ثلث المال، والثاني ثلث الباقي، والثالث ثلث الباقي، والرابع الباقي. ولو كان بدل الأخت أخ، سقط، إذ لا فرض له. ولو كانت أختان، فللزوجة النصف، وللأم السدس، وللجد السدس، والباقي لهما، ولاعول، وبالله التوفيق.

الباب الرابع: في الحجب^(١)

هو نوعان: حَجَّبَ نقصان - كَحَجَّبَ الولد الزوج من النصف إلى الربع، والزوجة من الربع إلى الثمن، والأم من الثلث إلى السدس - وَحَجَّبَ حرمان، وهو المقصود بالذكر، فالورثة قسمان قسم لا يتوسط بينهم وبين الميت غيرهم، وهم: الأبوان، والزوجان، والأولاد، فهؤلاء لا يحجبهم أحد. وقسم يتوسط بينهم وبينه غيرهم، وهم ثلاثة أضرب:

الضرب الأول: المنتسبون إلى الميت من جهة العلو، وهم الأصول. فالجد لا يحجبه إلا الأب، وكذلك كل جد يحجب من فوقه. وأما الجدات، فقد يحجبهن غيرهن، وقد يحجب بعضهن بعضاً. فأما الأول، فالأم تحجب كل جدة، سواء كان من جهتها، أو من جهة الأب، كما يحجب الأب كل من يرث بالأبوة، والأب يحجب كل جدة من جهته، وكذا كل جد يحجب أم نفسه وأم آبائه، ولا يحجب أم من دونه، والأب والأجداد لا يحجبون الجدة من جهة الأم قريبة كانت أو بعيدة بالإجماع. وأما حجب بعضهن، فالقربى من كل جهة تحجب البعدى من تلك الجهة، وهذا من جهة الأم لا يكون إلا والبعدى مُدْلِيَةٌ بالقربى، ومن جهة الأب قد يكون كذلك، فالحكم كمثل، وقد لا يكون، كأم الأب، وأم أب الأب، ففيه اختلاف عن الفرضيين، والذي ذكره البغوي وغيره: أن القربى تحجب البعدى أيضاً.

قلت: هذا هو الصحيح المعروف. والله أعلم.

ولو كانت البعدى مدلية بالقربى، لكن البعدى جدة من جهة أخرى، فلا تُحجب.

مثاله: لزينب بنتان، حفصة، وعمرة، ولحفصة ابن، ولعمرة بنت بنت، فنكح الابن بنت بنت خالته، فأدت بولد، فلا تُسقط عمرة التي هي أم أم أمه أمها، لأنها أم أم أبي المولود.

فرع: القربى من جهة الأم، كأم الأم، تحجب البعدى من جهة الأب، كأم أم الأب، كما أن الأم تحجب أم الأب. والقربى من جهة الأب، كأم الأب، هل تحجب البعدى من جهة الأم، كأم أم الأم؟ فيه قولان: أظهرهما: لا، لأن الأب لا يحجبها، فأمه المدلية به أولى. وعلى هذا القياس نقل البغوي أن القربى من جهة أمهات الأب، كأم أم الأب، تسقط البعدى من جهة آباء الأب، كأم أم أبي الأب، وأم أبي أبي الأب، والقربى من جهة آباء الأب، كأم أبي الأب، هل تسقط البعدى

(١) الحجب هو المنع من كل الميراث أو بعضه لوجود شخص آخر أحق منه.

من جهة أمهات الأب، كأم أم أم الأب؟ فيه القولان.

الضرب الثاني: المنتسبون إليه من جهة السفلى، فابن الابن لا يحجبه إلا الابن، وبنت الابن يحجبها الابن، وكذا بنتا صلب، إلا أن يكون معها أو أسفل منها ذكر يعصبها، وكذا بنات ابن الابن يسقطهن ابن الابن، ويسقطن أيضاً إذا استكمل بنات الابن الثلثين، إلا أن يكون معهن أو أسفل منهن من يعصبهن، وكذا إن كانت بنت صلب، وبنت ابن، أو بنات ابن، وعلى هذا القياس.

الضرب الثالث: المنتسبون إليه على الطرف، فالأخوة والأخوات للأم يحجبهم أربعة: الولد، وولد الابن، والأب، والجد. والأخ للأبوين يحجبه الأب، والابن، وابن الابن بالإجماع، وقد سبق وجه: أن الجد أيضاً يسقطه. والأخت للأبوين، لا يحجبها أيضاً إلا هؤلاء. والأخ للأب يحجبه هؤلاء والأخ للأبوين. والأخت للأب يحجبها الأربعة. وكذلك إذا استكملت الأخوات للأبوين الثلثين، سقطت الأخوات للأب، إلا أن يكون معهن معصب وابن الأخ للأبوين يحجبه ستة: الابن، وابن الابن، والأب، والجد، والأخ للأبوين، والأخ للأب. وابن الأخ للأب يحجبه هؤلاء، وابن الأخ للأبوين. والعم للأبوين يحجبه هؤلاء، وابن الأخ للأب. والعم للأب يحجبه هؤلاء، والعم للأبوين. وابن العم للأبوين يحجبه هؤلاء، والعم للأب. وابن العم للأب يحجبه هؤلاء، وابن العم للأبوين. والمعيق يحجبه عصابات النسب. وكل عصة يحجبه أصحاب الفروض المستغرقة.

فرع: جميع ما ذكرناه من الحجب، هو فيما إذا كان الحاجب وارثاً من الميت. فإن لم يرث، نظر، إن كان امتناع الإرث لنقص، كالرق وغيره من الموانع، فلا يحجب، لاحتجاب حرمان، ولا حجب نقصان. وإن كان لا يرث لتقدم غيره عليه، فقد يحجب غيره حجب نقصان، وذلك في صور:

إحداها: مات عن أبوين وأخوين، فلأم السدس، والباقي للأب، لأنهما يسقطان به.

الثانية: أم، وجد، وأخوان لأم، للأم السدس، والباقي للجد.

الثالثة: أب، وأم أب، وأم أم، فتسقط أم الأب بالأب، وفيما ترثه أم الأم وجهان: أحدهما: السدس. والثاني: نصف السدس.

الرابعة: إذا ترك جداً، وأخاً لأبوين، وأخاً لأب، ينقص بالأخ للأب نصيب الجد، ولا يأخذ شيئاً.

قلت: وصورة خامسة: أم، وأخ لأبوين، وأخ لأب. والله أعلم.

الباب الخامس: في بيان مانع الميراث

هو خمسة:

المانع الأول: اختلاف الدين^(١)، وفيه مسائل:

الأولى: لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم، ولا فرق بين النسيب والمعتق والزوج، ولا بين من يُسلم قبل القسمة أم لا.

الثانية: يرث الكفار بعضهم بعضاً، كاليهودي من النصراني، والنصراني من المجوسي، والمجوسي الحربي من الوثني، وبالعكس عن ابن خيران وغيره وجه: أنه لا ترث ملّة منهم من أخرى. والصحيح المعروف، هو الأول. هذا إذا كان اليهودي والنصراني مثلاً ذميّين أو حربيّين، سواء كان الحربيّان مختلفي الدار أو متّفقيّها، كالروم والهند. فلو كان أحدهما ذميّاً، والآخر حربيّاً، فطريقان: المذهب وبه قطع الأكثرون: لا يتوارثان، لانقطاع الموالاة بينهما، وربما نقل الفرضيون الإجماع على هذا. والثاني: على قولين حكاهما الإمام وغيره، ثانيهما: التوارث، لشمول الكفر. والمعاهد والمستأمن، هل هما كالذمي، أم كالحربي؟ فيه وجهان: أصحهما: وهو المنصوص: كالذمي، لأنهما معصومان بالعهد والأمان. فعلى هذا، يتوارث الذمي والمستأمن. وعلى الآخر: في التوارث بينهما الطريقان، ويتوارث هو والحربي.

فرع: مات يهودي ذمي عن ابن مثله، وابن نصراني ذمي، وابن يهودي معاهد، وابن يهودي حربي، فالمذهب: أن التركة لجميعهم، غير الحربي، ويجيء في الحربي وجه: أنه يرث، وفي الآخرين وجه بالمنع، سوى الأول.

الثالثة: لا يرث المرتد أحداً، ولا يرثه أحد، وماله فيء، سواء كسبه في الإسلام أو في الردة، وسواء في المرتد المعلن والزنديق والمستسرّ، ولا ينزل التحاقه بدار الحرب منزلة موته.

المانع الثاني: الرّق. فلا يرث رقيق وإن عتق قبل القسمة، ولا يورث رقيق، إذ لا ملك له، وإذا قلنا: يملك بتمليك السيد، فملكه غير مستقر، يعود إلى السيد إذا زال ملكه عن رقبته. وسواء في ذلك القن والمكاتب والمدبّر وأم الولد، فلا يرثون ولا يورثون.

(١) كما أخرج البخاري في صحيحه برقم (٤٢٨٣، ٦٧٦٤) ومسلم في صحيحه برقم (١٦١٤) من حديث أسامة بن زيد رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال: «لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم».

فرع: المعتقد بعضه، لا يرث على الصحيح المنصوص الذي قطع به الأصحاب. وعن المزني وابن سريج: أنه يرث بقدر ما فيه من الحرية. وهل يورث؟ قولان: القديم: لا، والجديد: نعم، لأنه تام الملك.

قلت: الجديد، هو الأظهر عند الأصحاب. والله أعلم.

فعلى القديم: فيما ملكه بحريته، وجهان: أحدهما: عند الأكثرين وهو نصه في القديم: أنه لمالك الباقي. والثاني: أنه لبيت المال، وهو منسوب إلى الإصطخري، ونقله الفرضيون عن ابن سريج وقالوا: هو الأصح. وعلى الجديد: يرثه قريبه أو معتقه.

قلت: وزوجته. والله أعلم.

وفي القدر الموروث، وجهان: أحدهما: جميع ما ملكه بنصفه الحر. والثاني أنه يقسط ما ملكه بحريته على مالك الباقي والورثة بقدر رقه وحرته. فإن كان نصفه حرّاً، فنصف ذلك للورثة، ونصفه لمالك باقيه، لأن الموت حل جميع البدن، والبدن منقسم إلى رق وحرية.

المانع الثالث: القتل^(١)، وهو ضربان:

أحدهما: مضمون، وهو موجب للحرمان، سواء ضمن بقصاص أو دية أو كفارة، كمن رمى صف الكفار ولم يعلم فيهم مسلماً، فقتل قريبه المسلم، تجب الكفارة، ولا دية، وسواء كان القتل عمداً أو خطأً. وحكى الحناطي قولاً أن المخطيء يرث مطلقاً، والمشهور الأول. وسواء كان الخطأ بمباشرة، كمن رمى صيداً فأصاب مورثه، أو بالسبب، كمن حفر بئراً عدواناً فسقط فيها مورثه، أو وضع حجراً في الطريق فتعثر به مورثه. وسواء قصد بالتسبب مصلحته، كضرب الأب والزوج والمعلم للتأديب، وكسقيه الدواء وبط جرحه للمعالجة إذا مات به الصبي أو غيره، أو لا يقصد. وفي بط الجرح وسقي الدواء وجه حكاه ابن اللبان وغيره: أنه لا يمنع. وعن صاحب «التقريب» وجه في مطلق القتل بالتسبب: أنه لا يمنع، والصحيح الذي عليه الأصحاب الأول. وسواء صدر القتل من مكلف أو غيره، ويجيء في الصبي وجه يتخرج من القول الذي حكاه الحناطي في المخطيء إذا قلنا: عمد الصبي خطأً. وسواء فيه المكره والمختار، وفي المكره خلاف، والمذهب المنع.

(١) كما أخرج الترمذي في سننه برقم (٢١٠٩) وابن ماجه في سننه برقم (٢٦٤٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه: عن النبي ﷺ قال: «القاتل لا يرث».

والحديث صححه العلامة الألباني رحمته الله في صحيح سنن الترمذي برقم (١٧١٣).

الضرب الثاني: قتل غير مضمون، وهو قسمان: مستحق مقصود، وغيره. والأول نوعان:

أحدهما: ما لا يسوغ تركه. فإذا قتل الإمام مورثه حدًّا بالرجم، أو في المحاربة، ففي منعه أوجه: الثالث: إن ثبت بالبينة، منع. وإن ثبت بالإقرار، فلا، لعدم التهمة.

قلت: الأصح المنع مطلقاً، لأنه قاتل. والله أعلم.

النوع الثاني: ما يسوغ تركه، كالقصاص، فيه خلاف مرتب على قتل الإمام حدًّا، وأولى بالحرمان. ولو شهد على مورثه بما يوجب الحد أو القصاص، فقتل بشهادته، أو شهد على إحصانه، وشهد غيره بالزنا، أو زكى الشهود بالزنا على مورثه، فهو كما إذا قتله قصاصاً.

القسم الثاني: ما لا يوصف بأنه مستحق مقصود، كقتل الصائل والباغي، ففيه خلاف مرتب على القصاص، وأولى بالحرمان، والباغي أولى بالحرمان من العادل. والمذهب وظاهر نص الشافعي رحمته الله في الصور كلها: منع الإرث. قال الروياني: لكن القياس والاختيار: أن ما لا ضمان فيه لا يمنع.

فرع: قد يرث المقتول من قاتله، بأن جرح مورثه ثم مات قبل المجروح.

المانع الرابع: استبهام وقت الموت. فإذا مات متوارثان بغرق، أو حريق، أو تحت هدم، أو في بلاد غربة، أو وجدا قتيلين في معركة، فله خمس صور: أحداها: أن نعلم سبق موت أحدهما بعينه، وحكمه ظاهر.

الثانية: أن نعلم التلاحق ولا نعلم السابق.

الثالثة: أن نعلم وقوع الموتين معاً.

الرابعة: أن لا نعلم شيئاً، ففي هذه الصور الثلاث لا نورث أحدهما من صاحبه، بل نجعل مال كل واحد لباقي ورثته، لأننا لا نتيقن استحقاق واحد منهما، ولأننا إن ورثنا أحدهما فقط، فهو تحكم. وإن ورثنا كلاهما من صاحبه، تيقننا الخطأ. وقيل: إذا تلاحق الموتان، ولم يعلم السابق، أعطي كل وارث لهما ما يتيقن له، ويوقف المشكوك فيه، قاله ابن اللبان، وحكاه عن ابن سريج. والصحيح المعروف الأول، وهو أنه لا فرق، ويصرف الجميع إلى الورثة.

الخامسة: أن يُعلم سبق موته، ثم يلتبس، فيوقف الميراث حتى يتبين أو يصطلح، لأن التذكر غير مأبوس منه، هذا هو الصحيح الذي عليه الأصحاب. وفيه وجه: أنه كما لو لم يعلم السابق، وإليه ميل الإمام.

المانع الخامس: الدور، وهو أن يلزم من التورث عدمه. ومثاله: أقر الأخ

بابن لأخيه الميت، ثبت نسبه ولا يرث، وقد سبقت المسألة في كتاب الإقرار. ولو أوصى بعبده لأبي العبد، فمات الأب قبل القبول، وقبِلها أخوه، يعتق العبد ولا يرث، وسيأتي بيانها في كتاب الوصية إن شاء الله تعالى. ولو اشترى المريض أباه، عتق ولم يرث. ولو ادعى شخص نسباً على ورثة ميت، فأنكروا ونكلوا عن اليمين، حلف وورث معهم إن لم يحجبهم. وإن كان يحجبهم، فوجهان: أحدهما: لا يرث، وإلا، لبطل نكولهم ويمينه. ولو ملك أخاه، ثم أقر في مرض موته أنه كان أعتقه في الصحة، قال البغوي: ينفذ، ثم إن صححنا الإقرار للوارث، ورثه، وإلا، فلا، لأن توريثه يوجب إبطال الإقرار بحريته. وإذا بطلت، بطل الإرث.

الباب السادس: في أسباب تمنع صرف المال إليه في الحال للشك في استحقاقه

هي أربعة:

السبب الأول: الشك في الوجود، كمن مات وله قريب مفقود لا يعلم حياته ولا موته، وفيه مسألتان:

إحدهما: في التوريث منه. فالمفقود: الذي انقطع خبره وجُهل حاله في سفر أو حضر، في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرهما، وله مال - وفي معناه: الأسير الذي انقطع خبره - فإن قامت بينة على موته، قسم ميراثه، وإلا، فوجهان: أحدهما: وهو اختيار أبي منصور وغيره: أنه لا يقسم ماله حتى يُتحقق حاله. وأصحهما: وبه قطع الأكثرون: أنه إذا مضت مدة يحكم الحاكم بأن مثله لا يعيش فيها، قسم ماله، وهذه المدة ليست مقدرة عند الجمهور. وفي وجه شاذ: تتقدر بسبعين سنة، ويكفي ما يغلب على الظن أنه لا يبقى إليه، ولا يشترط القطع بأنه لا يعيش أكثر منها على الصحيح. وقيل: يشترط. ويجوز أن يراد بهذا القطع غلبة الظن. ثم إن كانت القسمة بالحاكم، فقسمة تتضمن الحكم بالموت، وإن اقتسموا بأنفسهم، فظاهر كلام الأصحاب في اعتبار حكمه مختلف، فيجوز أن يقال: فيه خلاف، إن اعتبرنا القطع، فلا حاجة إلى الحكم، وإلا، فلا بد منه، لأنه في محل الاجتهاد.

وإذا مضت المدة المعتبرة، وقُسم ماله، فهل لزوجته أن تتزوج؟ مفهوم كلام الأصحاب دلالة وصريحاً: أن لها ذلك، وأن المنع على قوله الجديد مخصوص بما قبل هذه المدة. ألا ترى أنهم ردُّوا على القول القديم حيث قالوا: إذا لم يجز الحكم بموته في قسمة ماله وعُتق أمهات أولاده، لم يجز الحكم به في فراق زوجته، فأشعر بأنهم رأوا الحكمين متلازمين. وعلى هذا، فالعبد المنقطع الخبر بعد هذه المدة، لا

تجب فطرته، ولا يجزىء عن الكفارة بلا خلاف. وموضع القولين ما قبل ذلك. ثم إننا ننظر إلى من يرثه حين حكم الحاكم بموته، ولا يورث منه من مات قبيل الحكم ولو بلحظة، لجواز أن يكون موت المفقود بين موته وبين حكم الحاكم. وأشار العبادي في «الرقم» إلى أنه لا يشترط أن يقع حكم الحاكم بعد المدة، فقال: يضرب له الحاكم مدة لا يعيش في الغالب أكثر منها، فإذا انتهت، فكأنه مات ذلك اليوم.

المسألة الثانية: في توريثه. فإذا مات له قريب قبل الحكم بموته، نظر، إن لم يكن له وارث إلا المفقود، توقفنا حتى يبين أنه كان عند موت القريب حياً أو ميتاً. وإن كان له وارث غير المفقود، توقفنا في نصيب المفقود، وأخذنا في حق كل واحد من الحاضرين بالأسوأ، فمن يسقط منهم بالمفقود، لا يعطى شيئاً حتى يبين حاله، ومن ينقص حقه بحياته، يقدر في حقه حياته، ومن ينقص حقه بموته، يقدر في حقه موته. ومن لا يختلف نصيبه بحياته وموته، يعطى نصيبه.

مثاله: زوج مفقود، وأختان لأب وعم حاضرون، فإن كان حياً، فللأختين أربعة من سبعة، ولا شيء للعم. وإن كان ميتاً، فلهما اثنان من ثلاثة، والباقي للعم، فيقدر في حقهم حياته.

أخ لأب مفقود، وأخ لأبوين وجد حاضران، فإن كان حياً، فللأخ الثلثان، وللجد الثلث. وإن كان ميتاً، فالمال بينهما بالسوية، فيقدر في حق الجد حياته، وفي حق الأخ موته.

أخ لأبوين مفقود، وأختان لأبوين وزوج حاضرون، فإن كان حياً، فللزوجة النصف، والباقي بينهم، فيكون للأختين الربع. وإن كان ميتاً، فللزوجة ثلاثة من سبعة، وللأختين أربعة من سبعة، فيقدر في الزوج موته، وفي حق الأختين حياته.

ابن مفقود، وبنت وزوج، للزوج الربع بكل حال. هذا الذي ذكرناه في كل الصور هو الصحيح وظاهر المذهب. وفي وجه: يقدر موته في حق الجميع، لأن استحقاق الحاضرين معلوم، واستحقاقه مشكوك فيه. فإن ظهر خلافه، غيّرنا الحكم. وفيه وجه آخر: تقدر حياته في حق الجميع، لأن الأصل حياته. فإن ظهر خلافه، غيّرنا الحكم.

السبب الثاني: الشك في النسب. فإذا أشكل نسب مولود، بأن وطئ اثنان فصاعداً امرأةً بشبهة، فأنت بولد يمكن كونه من كل واحد، أو ادعى اثنان فصاعداً مجهولاً، فسيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى: أنه لا يلحق إلا بواحد، بأن يُعرض على القائف. فلو مات في زمن الإشكال، وقفنا من ماله ميراث أب. وإن مات أحد

الوَاطِئِينَ، وَقَفْنَا مِنْ مَالِهِ مِيرَاثَ الْمَوْلُودِ، وَأَخَذْنَا فِي نَصِيبِ كُلِّ مَنْ يَرِثُ مَعَهُ لَوْ ثَبَتَ نِسْبَةُ بِالْأَسْوَى، كَمَا سَبَقَ فِي الْمَفْقُودِ.

السبب الثالث: الحمل؛ ونعني به كل حمل لو كان منفصلاً، لورث منه، إما مطلقاً، وإما على تقدير. وهذا الحمل، قد يكون من الميت ويرث لا محالة، وقد يكون من غيره، كما إذا كانت أمه حاملاً من غير أبيه، أو من أبيه والأب ميت، أو ممنوع برق ونحوه، وكذا زوجة ابنه أو أخيه أو جده والحمل من غيره، قد لا يرث إلا على تقدير الذكورة، كحمل امرأة الأخ والجدة، وقد لا يرث إلا على تقدير الأنوثة، كما إذا ماتت عن زوج وأخت لأبوين وحمل من الأب، وفيه فصلان:

الفصل الأول: فيما بعد الانفصال، وإنما يرث بشرطين:

أحدهما: أن يعلم وجوده عند الموت فإذا كان الحمل منه، وانفصل لما بين موته وبين أكثر مدة الحمل، ورث، لثبوت نسبه، وإن انفصل لما بعد ذلك، لم يرث. وإن كان من غيره، نظر، إن لم يكن لها زوج يطؤها، فالحكم كما لو كان منه قطعاً. وإن كان زوج يطؤها، فإن انفصل قبل تمام ستة أشهر من وقت الموت، فقد علم وجوده حينئذٍ. وإن انفصل لستة أشهر فأكثر، لم يرث، لاحتمال أن العلوق حصل بعده، إلا أن يعترف جميع الورثة بوجوده عند الموت. وإذا مات حر عن أب رقيق تحته حرة حامل، فإن ولدت قبل ستة أشهر من يوم الموت، ورث المولود من أخيه، لأن الأب رقيق لا يحجبه. وإن ولدت لستة أشهر فصاعداً، لم يرث، لاحتمال حدوث العلوق بعد الموت، إلا أن يتفقوا على وجوده يومئذٍ، وينبغي أن يمسك الأب عن الوطء حتى يظهر الحال. قال الإمام: ولا يحرم الوطء.

الشرط الثاني: أن ينفصل حياً، فإن انفصل ميتاً، فكأن لا حمل، سواء كان يتحرك في البطن، أم لا، وسواء انفصل ميتاً بنفسه أو بجناية وإن كانت الجناية توجب الغرة، وتصرف الغرة إلى ورثة الجنين، لأن إيجاب الغرة لا يتعين له تقدير الحياة، ألا ترى إلى قول الأصحاب: الغرة إنما وجبت لدفع الجاني الحياة مع تهيو الجنين لها، وبتقدير أن يكون وجوب الغرة بتقدير الحياة، فالحياة مقدرة في حق الجاني فقط تغليظاً، فتقدر في توريث الغرة فقط. واعلم أنه تشترط الحياة عند تمام الانفصال. فلو خرج بعضه حياً، ومات قبل تمام الانفصال، فهو كما لو خرج ميتاً في الإرث وسائر الأحكام. حتى لو ضرب بطنها بعد خروج بعضه، وانفصل ميتاً، فالواجب الغرة دون الدية. هذا هو الصحيح الذي عليه الجماهير. وعن القفال وغيره: أنه إذا خرج بعضه حياً، ورث وإن انفصل ميتاً، وبه قال أبو خلف الطبري من أصحابنا. ولو مات عقب انفصاله حياً حياة مستقرة، ورث، ونصيبه لورثته. وتعلم الحياة

المستقرة: بصراخه، وكذا بالبكاء، أو العطاس، أو التثاؤب، أو امتصاص الثدي، لدلائلها على الحياة. وحكى الإمام اختلاف قول في الحركة والاختلاج، ثم قال: وليس موضع القولين ما إذا قبض اليد وبسطها - فإن هذه الحركة تدل على الحياة قطعاً - ولا الاختلاج الذي يقع مثله لانضغاط وتقلص عصب فيما أظن، وإنما الاختلاف فيما بين هاتين الحركتين. والظاهر: كيفما قُدِّر الخلاف: أن ما لا تعلم به الحياة، ويمكن أن يكون مثله لانتشار بسبب الخروج من المضيق، أو لاستواء عن التواء، فلا عبرة به، كما لا عبرة بحركة المذبوح.

فرع: لو ذُبِح رجل، فمات أبوه وهو يتحرك، لم يرثه المذبوح على الصحيح. وحكى الروياني وجهاً: أنه يرث. وحكى الحناطي قريباً منه عن المزني. قلت: هذا الوجه غلط ظاهر، فإن أصحابنا قالوا: من صار في حال النزح، فله حكم الميت، فكيف الظن بالمذبوح. والله أعلم.

الفصل الثاني: فيما قبل الانفصال، ومتى ظهرت مخايل الحمل، فلا بد من التوقف كما سنفصله إن شاء الله تعالى. وإن لم تظهر مخايله، وادعت المرأة الحمل، ووصفت علامات خفية، ففيه تردد للإمام. والظاهر: الاعتماد على قولها. وطرده التردد فيما إذا لم تدَّعه لكنها قريبة عهد بالوطء واحتمال الحمل قريب. إذا عرف هذا، فإن لم يكن للميت وارث سوى الحمل المنتظر، وقفنا المال إلى أن ينفصل. وإن كان له وارث آخر، ففي وجه حكاة الفوراني، وحكاة الشيخ أبو خلف قولاً عن رواية الربيع: أنه يوقف جميع المال. والصحيح المشهور: أنه لا يوقف الجميع، بل ينظر في الورثة الظاهرين، فمن احتمل حجبته بالحمل، لم يدفع إليه شيء ومن لا يحجبته الحمل بحال وله مقدر لا ينقص، دفع إليه. وإن أمكن العول، دفع إليه ذلك القدر عائلاً.

مثاله: زوجة حامل، وأبوان، يدفع إليها ثمن عائل، وإليهما سدسان عائلاً، لاحتمال أن الحمل بنتان. وإن لم يكن له نصيب مقدر كالأولاد، فالصرف إليهم مبني على أن أقصى عدد الحمل هل له ضبط؟ وفيه وجهان: الأصح أو الصحيح: أنه لا ضبط له، وبه قال شيخا المذهب: أبو حامد، والقفال، والعراقيون، والصيدلاني، والقاضي حسين، لأنه وجد خمسة في بطن واثنا عشر في بطن. والثاني: أن أقصى الحمل أربعة، وبهذا قطع ابن كج والغزالي، وجعله الفرضيون قياس قول الشافعي رحمته الله، وأرادوا أن الشافعي رحمته الله، يتبع في مثل ذلك الوجود، وأكثر الذي وجد أربعة، لكن هذا الذي قالوه مشكل بما نقله الأولون فعلى الأول: لو خلف ابناً وأم ولد حاملاً، لم يُصرف إلى الابن شيء.

ولو خلف ابناً وزوجة حاملاً، فلها الثمن، ولا يُدفع إلى الابن شيء. وعلى الثاني: له الخمس أو خمس الباقي على تقدير أنهم أربعة ذكور. وعلى هذا، هل يمكن الذين صرف إليهم حصتهم من التصرف فيها؟ وجهان: أحدهما: نعم، وإلا، لم يدفع إليهم. والثاني: المنع، قال القفال: لأنه قد يهلك الموقوف للحمل، فيحتاج إلى الاسترداد، والحاكم وإن كان يلي أمر الأطفال، فلا يلي أمر الأجنة، فلا يمكن حمل ما جرى على القسمة. ثم الموقوف للحمل على الوجه الثاني، قد يكون بتقدير الذكورة أكثر، وقد يكون بتقدير الأنوثة أكثر، بأن خلّفت زوجاً وأماً حاملاً من أبيها، فإن كان الحمل ذكراً، فله سدس المال. وإن كانوا ذكوراً، فثلث المال. وإن كان أنثيين، عالت المسألة إلى ثمانية، فيدفع إلى الزوج ثلاثة من ثمانية، وإلى الأم سهم، ويوقف أربعة.

فرع: مات كافر عن زوجة حامل، وقفنا الميراث للحمل، فأسلمت، ثم ولدت، ورث الولد وإن كان محكوماً بإسلامه لأنه كان محكوماً بكفره يوم الموت.

فرع: مات عن ابن وزوجة حامل، فولدت ابناً وبنتاً، فاستهل أحدهما ووجد ميتين، ولم يعلم المستهل، أعطي كل وارث أقل ما يصيبه، ويوقف الباقي حتى يصطلحوا، أو تقوم بيّنة.

السبب الرابع: الخنثة سبق في كتاب الطهارة، بيان ما تعرف به ذكوريته وأنوثته. فلو مات له مورث في مدة إشكاله، نظر، إن لم يختلف ميراثه بالذكورة والأنوثة، كولد الأم والمعتق، ورث. وإن اختلف، أخذ في حق الخنثى ومن معه من الورثة باليقين، ويوقف المشكوك فيه، فإن كان يرث على أحد تقديري الأنوثة والذكورة، دون الآخر، لم يدفع إليه شيء، ووقف ما يرثه على ذلك التقدير. وكذا من يرث معه على أحد التقديرين.

وإن كان الخنثى يرث على التقديرين، لكن يرث على أحدهما أقل، دفع إليه الأقل، ووقف الباقي، وكذلك في حق من يرث معه على التقديرين، ويختلف قدر ما يأخذه. وإن كان من معه يرث على التقديرين، ولا يختلف حقه، دفع إليه حقه. ولنا وجه: أنه يؤخذ في حق الخنثى باليقين، ويصرف الباقي إلى باقي الورثة، حكاة الأستاذ أبو منصور، ونسبه ابن اللبان إلى تخريج ابن سريج. وحكى وجهين: في أنه هل يؤخذ من باقي الورثة ضمين؟

فرع: المال الموقوف بسبب الخنثى، لا بد من التوقف فيه ما دام الخنثى باقياً على إشكاله. فإن مات، فالمذهب: أنه لا بد من الاصطلاح عليه. وحكى أبو ثور عن الشافعي رحمته الله: أنه يردّ إلى ورثة الميت الأول.

فرع: لو اصطلاح الذين وقف المال بينهم على تساوي أو تفاوت، جاز، قال الإمام: ولا بُد أن يجري بينهما تواهب، وإلاّ لبقى المال على صورة التوقف، وهذا التواهب لا يكون إلا عن جهالة، لكنها تحتمل للضرورة. ولو أخرج بعضهم نفسه من البين، ووهبه لهم على جهل بالحال، جاز أيضاً.

فرع: لو قال الخنثى في أثناء الأمر: أنا رجل، أو قال: أنا امرأة، قطع الإمام بأنه يقضى بقوله، ولا نظر إلى التهمة، فإنه لا اطلاع عليه إلا من جهته. وحكى أبو الفرج السرخسي هذا عن نصه هنا، قال: ونص فيما إذا جُني عليه واختلف الجاني والخنثى في ذكورة الخنثى: أن القول قول الجاني. ومنهم من نقل وخرّج، ومنهم من فرق بأننا عرفنا هناك أصلاً ثابتاً، وهو براءة ذمة الجاني، فلا نرفعه بقوله، وهنا بخلافه. وإذا قبلنا قوله، حلفناه عليه.

فرع: في أمثلة مختصرة توضح مسائل الخنثى

بنتان، وولد ابن خنثى، وأخ، للبنتين الثلثان، ويوقف الباقي.
 ولد خنثى، وأخ أو عم، للخنثى النصف، ويوقف الباقي.
 ولد خنثى، وابن، يعطى الابن النصف، والخنثى الثلث.
 ولد خنثى، وابنان، يعطى الخنثى الخمس، والابنان الثلثين.
 ولد خنثى، وبنت، وعم، يعطى الخنثى الثلث، وكذا البنت.
 زوج، وأب، وولد خنثى، للزوج الربع، وللأب السدس، وللخنثى النصف.
 زوج، وأم، وولد أب خنثى، للزوج النصف عائلاً من ثمانية، وللأم الثلث عائلاً، وللخنثى سدس تام. وإذا اجتمع ولدان خنثيان، فلهما الثلثان، ويوقف الباقي.

ثلاثة أولاد خنثى، وعم، لكل واحد من الخنثى خمس المال لاحتمال أنه أنثى وصاحبه ذكران.

ابن وخنثيان، يدفع إليه الثلث، وإلى كل واحد منهما الخمس.
 ولد خنثى، وولد ابن خنثى، وعم، فللولد النصف.
 بنت، وبنت ابن، وولد ابن خنثى، وعم، للبنت النصف، ولولدي الابن السدس بالسوية.

ثلاثة أولاد ابن خنثى بعضهم أسفل من بعض، للأول النصف.
 والباقي في كل هذه الصور يوقف حتى يبين الحال.

الباب السابع: في ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا والمجوس

فيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: اللعان يقطع التوارث بين الملعان والولد، لانقطاع النسب، وكذا يقطع التوارث بين الولد وكل من يدلي بالملاعن، كأبيه وأمه وأولاده. وفي «السلسلة» للشيخ أبي محمد وجه مخرج: أن اللعان لا يقطع التوارث بين الولد والملاعن، بناءً على الوجهين في أن الملعان هل له نكاح البنت التي نفاها باللعان إذا لم يدخل بأمرها؟ إن قلنا: له ذلك كنكاح بنت الزنا، فلا يرث، وإن منعناه لأن نسبها يعرض الثبوت، بأن يكذب نفسه، ورث، ولا يعرف هذا الوجه لغيره.

قلت: هذا الوجه غلط، لأنه في الحال لا نسب. والله أعلم.

وأما الولد مع الأم، فيتوارثان توارث سائر الأولاد والأمهات. والتوأمين المنفيان باللعان في توارثهما وجهان: الأصح: لا يتوارثان إلا بقرابة الأم، لانقطاع نسب الأب. والثاني: يتوارثان بأخوة الأبوين، لأن اللعان يؤثر في حق المتلاعنين فقط، فإذا قلنا بالأول، فلا عصبية للمنفي إلا من صلبه، أو بالولاء بأن يكون عتيقاً أو أمه عتيقة، فيثبت الولاء لمولاها عليه، وعصبية الأم لا يكونون عصبية له.

فرع: إذا نفاه ثم استلحقه، لحقه. فإن كان بعد موت الولد، فكذلك، وتنقض القسم إن كانت تركته قسمت. حتى لو كان على أمه ولاء، فأخذ مولاها ميراثه، كان للمستلحق استرداده، ولا فرق في اللحق بين أن يخلف الميت ولداً، أم لا.

الفصل الثاني: ولد الزنا كالمنفي باللعان، إلا في ثلاثة أشياء: أحدها: أن الوجه المنقول عن «السلسلة»، لا يجيء هنا قطعاً. والثاني: أن ولد الزنا لا يلحق بالاستلحاق. الثالث: التوأمين من الزنا لا يتوارثان إلا بأخوة الأم قطعاً. وفي وجه حكاة الحناطي وصاحب «الحاوي»: يتوارثان بأخوة الأبوين.

قلت: هذا الوجه غلط فاحش، قال الإمام: ولو علقت بتوأمين من واطيء بشبهة، ثم جهل الواطيء، توارثا بأخوة الأبوين بلا خلاف. والله أعلم.

الفصل الثالث: فيما إذا اجتمع في شخص قرابتان، منع الشرع من مباشرة سبب اجتماعهما، كأم هي أخت، وذلك يقع في المجوس، لاستباحتهن نكاح المحارم، وربما أسلموا بعد ذلك، أو ترافعوا إلينا، وقد يتفق في المسلمين نادراً بغلط واشتباه، والحكم أنه لا توريث بالقرابتين، بل يورث بأقواهما. وفي وجه: يرث بهما إن كانتا بحيث لو كانتا في شخصين ورثا معاً، وبه قال ابن سريج، وابن اللبان. والصحيح: الأول، ويعرف الأقوى بكل واحد من أمرين. أحدهما: أن تحجب إحداهما

الأخرى، كبنت هي أخت لأم، أن يطاء أمه فتلد بنتاً. الثاني: أن لا تحجب إحداهما أصلاً، أو يكون حجبها أقل، فالأول: كأم هي أخت. والثاني: كأم أم هي أخت، فترث بالأمومة أو الجدودة، دون الإخوة، وعن ابن اللبان وجه: أنها ترث في الصورة الثانية بالأخوة، دون الجدودة، لأن نصيب الأخت أكثر، وليجبر هذا في أخوات الصورة. والصحيح المعروف: الأول، ولا يرثون بالزوجية بلا خلاف، لبطلانها.

الباب الثامن: في الرد وذوي الأرحام

أصل المذهب فيهما وما اختاره الأصحاب لضرورة فساد بيت المال، ذكرناه في أول الكتاب. فإذا قلنا بالرد، فمقصود الفتوى منه أنه إن لم يكن ممن يرد عليه من ذوي الفروض إلا صنف، فإن كان شخصاً واحداً، دُفع إليه الفرض، والباقي بالرد. وإن كانوا جماعة، فالباقي بينهم بالسوية. وإن اجتمع صنفان فأكثر، ردّ الفاضل عليهم بنسبة سهامهم. وأما الحساب وتصحيح المسائل، فيذكر إن شاء الله تعالى في باب الحساب.

فصل: وأما توريث ذوي الأرحام، فالذاهبون إليه منا اختلفوا في كيفيته، فأخذ بعضهم بمذهب أهل التنزيل، وبه قطع ابن كج وصاحب «المهذب» والإمام، لأن القائلين ممن ورّثهم من الصحابة فمن بعدهم رضي الله عنهم أكثر، ومنهم من أخذ بمذهب أهل القرابة، وهو مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه، وبه قطع البغوي والمتولي، وسمي الأولون: أهل التنزيل، لتنزيلهم كل فرع منزلة أصله، وسمي الآخرون: أهل القرابة، لأنهم يورثون الأقرب فالأقرب كالعصبات.

قلت: الأصح الأقيس: مذهب أهل التنزيل، وللقائلين بتوريث ذوي الأرحام، مذاهب غير هذين، لكن الذي اختاره أصحابنا منها هذان. والله أعلم.

والمذهبان متفقان على أن من انفرد من ذوي الأرحام، يحوز جميع المال ذكراً كان أو أنثى، وإنما يظهر الاختلاف عند اجتماعهم. وبيان ذلك في طرفين:

الطرف الأول: فيما إذا انفرد صنف منهم، فمن الأصناف: أولاد البنات، وبنات ابنة الابن، فأهل التنزيل ينزلونهم منزلة البنات وبنات الابن، ويقدمون منهم من سبق إلى الوارث، فإن استووا في السبق إلى الوارث، قدر كأن الميت خلف من يدلون به من الورثة واحداً كان أو جماعة، ثم يجعل نصيب كل واحد للمدلين به على حسب ميراثهم لو كان هو الميت، وقال أهل القرابة: إن اختلفت درجاتهم، فالأقرب إلى الميت أولى ذكراً كان أو أنثى، فتقدم بنت البنت على بنت بنت البنت، وعلى ابن

بنت البنت. وإن لم تختلف، فإن كان فيهم من يدلي بوارث، فهو أولى، فتقدم بنت بنت الابن على بنت بنت البنت. هذا إذا أدلى بنفسه إلى الوارث، أما إذا أدلى بواسطة، كبنت بنت بنت بنت بنت البنت، فلاصحاب أبي حنيفة رحمته الله، فيه اختلاف. والصحيح عندهم: أن لا ترجيح. ومقتضى ما ذكره أصحابنا، الترجيح، كما لو أدلى بنفسه.

وإن استؤوا في الإدلاء، ورثوا جميعاً. وكيف يرثون؟ اختلف فيه أبو يوسف ومحمد، فقال أبو يوسف: يعتبرون بأنفسهم. فإن كانوا ذكوراً أو إناثاً، سوي بينهم. فإن اختلطوا، فللذكر مثل حظ الأنثيين. وقال محمد: ينظر في المتوسطين بينهم وبين الميت من ذوي الأرحام. فإن اتفقوا ذكورة وأنوثة، فالجواب كذلك. وإن اختلفوا، فما أن يكون الاختلاف في بطن واحد، وإما في أكثر. فإن كان في بطن، قسمنا المال بين بطن الاختلاف، وجعلنا كل ذكر بعدد أولاده الذين يقسم ميراثهم ذكوراً، وكل أنثى بعدد أولادها الذين يقسم ميراثهم إناثاً، ويقسم المال بين الذكور والإناث الحاصلين من هذا التقدير للذكر مثل حظ الأنثيين، ثم أصاب كل واحد من الصنفين، يقسم بين أولاده للذكر مثل حظ الأنثيين.

وإن كان الاختلاف في أكثر من بطن، قسم المال بين أعلى بطون الاختلاف كما ذكرنا، ثم ما أصاب كل واحد من الصنفين، قسم على أولاده الذين فيهم الاختلاف على النحو المذكور في البطن الأول، وهكذا يفعل حتى تنتهي القسمة إلى الأحياء. قال الناقلون: كل واحد من أبي يوسف ومحمد، يدعي أن قوله قول أبي حنيفة رحمته الله، والأكثر صَدَّقُوا محمداً، لكن متأخروهم يفتون بقول أبي يوسف، وكذلك قال البغوي والمتولي: إنه أظهر الروايتين. والمذهبان متفقان على تفضيل الذكر على الأنثى في القسمة. وفي «التتمة» وجه آخر: أنه يسوى بين الذكر والأنثى، قال: وهو اختيار الأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني.

فرع: في أمثلة توضح الغرض

بنت بنت، وبنت بنت ابن، المنزلون يجعلون المال بينهما أرباعاً بالفرض والرد، كما يكون بين البنت وبنت الابن، وأهل القرابة يجعلون الجميع لبنت البنت، لقربها.

بنت ابن بنت، وبنت بنت ابن، المال للثانية بالاتفاق. أما على التنزيل، فلأن السبق إلى الوارث هو المعتبر. وأما على القرابة، فلأنه المعتبر عند استواء الدرجة. بنت بنت، وابن، وبنت من بنت أخرى، المنزلون يجعلون المال من بنتي

الصلب تقديرًا بالفرض والرد، ثم يقولون: نصف البنت الأولى لبنتها، ونصف الأخرى لولديها أثلاثاً. وأهل القرابة يجعلون المال بين ثلاثتهم، للذكر مثل حظ الأنثيين. ومحمد لا يخالف في هذه الصورة، وإنما يخالف فيما إذا اختلفت الأصول الذين هم من ذوي الأرحام.

ابن بنت، وبنت بنت أخرى، وثلاث بنات بنت أخرى، المنزلون يقولون: للابن الثلث، وللبنات الفردة كذلك، وللثلاث الثلث أثلاثاً، وأهل القرابة يجعلون المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين.

بنت بنت بنت، وبنت ابن بنت، عند المنزلين وأبي يوسف: المال بينهما بالسوية، وعند محمد: ثلث المال للأولى، وثلثاه للثانية.

بنتا بنت بنت، وثلاث بنات ابن بنت أخرى، عند المنزلين: للبنتين النصف بالسوية، وللثلاث النصف أثلاثاً، وعند أبي يوسف: المال بين الخمس بالسوية، وعند محمد: يقسم المال بين الذكر والأنثى المتوسطين، ويقدر الذكر ثلاثة ذكور بعدد فروعه، والأنثى اثنتين بعدد فرعيها، فيكون المال على ثمانية، حصة الذكر ستة، وهي لبناته بالسوية، وحصة الأنثى سهمان، هما لبنتيهما.

بنت بنت بنت، وبنت بنت ابن بنت، وابن ابن بنت، عند أبي يوسف: المال بينهم على أربعة، وعند محمد: يقسم المال أولاً بين أعلى بطني الاختلاف، وفيه ابنان وبنت، فكل واحد منهما يعدُّ واحداً، لأن الفروع آحاد، فيكون المال بينهم على خمسة، حصة البنت سهم هو لبنت بنتها، وحصة الذكركين أربعة أسهم تقسم على ولديهما للاختلاف، وهما ابن وبنت على ثلاثة، وأربعة لا تنقسم على ثلاثة، فتضرب ثلاثة في خمسة، تكون خمسة عشر، كان للبنت في القسمة الأولى سهم، فلها الآن ثلاثة، وكان لكل واحد من الابنين سهمان، فيكون ستة. فيجمع بينهما، فيكون اثني عشر، يقسم بين ولديهما للذكر مثل حظ الأنثيين. فإذا لبنت بنت البنت ثلاثة من خمسة عشر، وللأخرى أربعة من خمسة عشر، وللابن الثمانية الباقية.

فصل: ومن الأصناف، بنات الإخوة، وبنو الإخوة للأم، وأولاد الأخوات، فالمنزلون ينزلون كل واحد منزلة أبيه، أو أمه، ويرفعونهم عند التسفل بطناً بطناً، فمن سبق إلى وارث قدّموه، فإن استووا في الانتفاء إلى الوارث، قسم المال بين الأصول، فما أصاب كل واحد، قسم بين فروعه. وقال أهل القرابة: إن اختلفوا في الدرجة، قدّم منهم الأقرب إلى الميت من أي جهة كان، حتى تقدّم بنت الأخت للأب أو للأم على بنت ابن الأخ من الأبوين. وإن لم يختلفوا في الدرجة، فالأقرب إلى الوارث أولى من أي جهة كان، حتى تقدّم بنت ابن الأخ من الأب على بنت ابن

الأخت من الأبوين. فإن استووا فيه أيضاً، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف عليهما السلام: يقدم من كان من الأبوين، ثم من كان من الأب، ثم من كان من الأم، رعاية لقوة القرابة، ولا ينظر إلى الأصول ومن يسقط منهم عند الاجتماع ومن لا يسقط. وعند محمد: يقدم من كان من الأبوين على من كان من الأب، ولا يقدم على من كان من جهة الأم، اعتباراً بالأصول.

فرع: أولاد الإخوة والأخوات من الأم، يسوّى بينهم في القسمة عند الجمهور من المنزلين وأهل القرابة. قال الإمام: وقياس المنزلين تفضيل الذكر، لأنهم يقدرون أولاد الوارث كأنهم يرثون منه. وأما أولاد الإخوة والأخوات من الأبوين ومن الأب، فيفضل ذكرهم عند المنزلين. وعن أبي حنيفة عليه السلام روايتان. أظهرهما وبها قال أبو يوسف: أن الجواب كذلك. والثانية وبها قال محمد: أنه يقسم المال بين الأصول أولاً، ويؤخذ عددهم من الفروع، فما يصيب كل واحد منهم يجعل لفروعه كما سبق في أولاد البنات.

فرع: في أمثله

بنت أخت، وابنا أخت أخرى، وهما من الأبوين، أو من الأب، عند المنزلين: نصف المال للبنت، ونصفه للابنين. وقال أهل القرابة: المال بينهم على خمسة. ثلاث بنات إخوة متفرقين. قال المنزّلون ومحمد: السدس لبنت الأخ من الأم، والباقي لبنت الأخ من الأبوين، اعتباراً بالآباء. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف عليهما السلام: المال كله لبنت الأخ من الأبوين. ثلاث بنات أخوات متفرقات. قال المنزّلون ومحمد: المال بينهم على خمسة، كما يكون بين أمهاتهم بالفرض والرد. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف عليهما السلام: المال كله لابن الأخت من الأبوين. ولو كان بدلهم ثلاث بنات أخوات متفرقات، كان جواب الفريقين كذلك. ولو اجتمع البنون الثلاثة والبنات الثلاث. قال المنزّلون: المال بين أمهاتهم على خمسة بالفرض والرد، فنصيب الأخت من الأبوين لولديها أثلاثاً، ونصيب الأخت من الأب كذلك، ونصيب الثالثة لولديها بالسوية. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف عليهما السلام: الكل لولدي الأخت من الأبوين. وقال محمد: يجعل كأن في المسألة ست أخوات، اعتباراً بعدد الفروع، فيكون للأخت من الأم الثلث بتقديرها أختين، وللأخت من الأبوين الثلثان بتقديرها أختين، فحصة كل واحدة لولديها، هذه بالتفضيل، وتلك بالسوية. قال الإمام: قد نظر محمد هنا إلى الأصول الوارثين، وفي أولاد البنات لم ينظر إلى الوارثين، وإنما نظر إلى بطون الاختلاف من ذوي الأرحام كما سبق.

ابن أخت من الأبوين، وبنت أخ، كذلك عند المنزليين ومحمد: الثلثان لبنت الأخ، والثلث لابن الأخت. وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله بالعكس.

فصل: ومن الأصناف، الأجداد الساقطون، والجندات الساقطات، فالمنزلون ينزلون كل واحد منهم منزلة ولده بطناً بطناً، ويقدمون منهم من انتهى إلى الوارث أولاً. فإن استويا في الانتهاء، قسم المال بين الورثة الذين انتهوا إليهم، وقسمت حصة كل وارث بين المدلين به. وقال أهل القربة: إن اختلفت درجاتهم، فالمال للأقرب من أي جهة كان، حتى يقدم أبو الأم على أبي أم الأب. وأم أبي الأم على أبي أبي الأم، فإن استوا في الدرجة، لم يقدم هنا بالسبق إلى الوارث على المشهور من مذهب أبي حنيفة رحمهما الله. ومن أصحابه من قدم به، فإن لم يقدم به، أو قدم واستوا في السابق إليه، نظر، إن كان الكل من جهة أبي الميت، فرواية الجوزجاني وهي الأظهر: أنه يجعل ثلثا المال لمن هو من جهة أبي الأب، وثلثه لمن هو من جهة أم الأب. ورواية عيسى بن أبان: كل المال لمن هو من أبيه، ويسقط به من هو من جهة الأم. وإن كان الكل من جهة أم الميت، اطردت الروايتان في أنه يسقط من هو من جهة أمها، أم يجعل المال بين من هو من جهة أبيها ومن هو من جهة أمها أثلاثاً؟ وإن كان بعضهم من جهة أب الميت، وبعضهم من جهة أمه، قسم المال بين الجهتين أثلاثاً، وجعل كل قسم كأنه كل التركة، وأهل كل جهة كأنهم كل الورثة، فتجيء فيهم الروايتان. ثم قسمة الثلثين على من هو من جهة الأب للذكر مثل حظ الأنثيين، وقسمة الثلث على من هو من جهة الأم كمثل ذلك، قاله البغوي في «التهذيب».

فرع: في أمثله

أم أبي الأم، وأبو أم الأم. عند المنزليين: المال لأبي أم أم الأم، لأنه أسبق إلى الوارث، وعلى رواية الجوزجاني: الثلثان لأم أبي الأم، والثلث لأبي أم الأم، وعلى رواية عيسى: الكل لأم أبي الأم.

أب أم أب، وأبو أبي أم. عند المنزليين: المال للأول، وعلى رواية عيسى: للثاني، وعلى رواية الجوزجاني: الثلثان للثاني، والثلث للأول.

أب أبي أم، وأبو أم أب، قال المنزلون: المال للثاني، وكذلك الجواب عند من رجح بالسبق إلى الوارث من أهل القربة. وأما الظاهر عندهم، فالثلثان للثاني والثلث للأول.

أبو أم أم، وأبو أم أب. عند المنزليين: المال بينهما نصفان، كما يكون بين أم الأم وأم الأب فرضاً ورداً. وعند أهل القربة: الثلث للأول، والثلثان للثاني.

أبو أبي أم، وأم أبي أم، وأبو أم أم. عند المنزليين: المال للثالث، وعلى رواية عيسى: للأوليين. وعلى رواية الجوزجاني: الثلثان بين الأولين للذكر مثل حظ الأنثيين، والثلث للثالث.

أبو أبي أم أب، وأم أبي أم الأب، وأبو أبي أبي أم، وأم أبي أبي الأم، قال المنزليون: المال للأوليين. وقال أهل القرابة: الأولان من جهة الأب، والآخرون من جهة الأم، فيجعل المال أثلاثاً بين الجهتين، ثم على رواية الجوزجاني الثلثان بين الأولين أثلاثاً، والثلث بين الآخرين كذلك. وعلى رواية عيسى: الثلثان للأول من الأولين، والثلث للأول من الآخرين.

فصل: ومن الأصناف، الخالات والأخوال، والعمات والأعمام من الأم، نزل المنزلون الأخوال والخالات منزلة الأم، وقسموا المال بينهم إذا انفردوا على حسب ما يأخذون من تركة الأم لو كانت هي الميتة، واختلفوا في العمات والأعمام للأم، فالأصح: أنهم كالأب. والثاني: أنهم كالعم، واختلف هؤلاء، فقليل: العمات من الجهات بمنزلة العم للأبوين. وقيل: كل عمة بمنزلة العم الذي هو أخوها، ثم من جعل العمات كالأب أو كالعم من الأبوين مع افتراقهن، قال: إذا انفردن، قسم المال بينهما على حسب استحقاقهن لو كان الأب هو الميت، ومن نزلهن منزلة الأعمام المفترقين، قدّم العمة من الأبوين، ثم العمة من الأب، ثم العمة من الأم. وإذا اجتمعت العمات والخالات والأخوال، فالثلثان للعمات، والثلث للأخوال والخالات، ويعتبر في كل واحد من النصيبين ما اعتبر في جميع المال لو انفرد أحد الصنفين، وأما أهل القرابة، فقالوا: إذا انفردت الخالات، فإن كن من جهة واحدة، قسم المال بينهما بالسوية.

وإن اختلفت الجهة، فالخالة من الأبوين مقدّمة، ثم الخالة من الأب. والأخوال المنفردون، كالخالات. وإذا اجتمع الأخوال والخالات، فإن كانوا من جهة، قسم المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وإن كانوا من جهة الأم. وإن اختلفت الجهات، فمن اختص بقرابة الأبوين أولى ثم من اختص بقرابة الأب. والعمات المنفردات كالخالات. وإذا اجتمع العمات من الأم، والأعمام من الأب، فالمال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وإذا اجتمعت العمات والخالات فللعمات الثلثان، وللخالات الثلث سواء اتفقت جهة العمات والخالات، أو اختلفت على المشهور عندهم. وعند أبي يوسف: أنه إذا اختلفت الجهة، فالمال لأقوى الصنفين جهة. ثم إذا قسم المال أثلاثاً، اعتبر في كل واحد من النصيبين ما يعتبر في جميع المال عند انفرد الصنف المصروف إليهم.

فرع: في أمثلته

ثلاث خالات متفرقات. عند المنزلين: المال بينهما على خمسة، كما لو ورثن من الأم. وعند أهل القرابة: هو للخالة من الأبوين، وبمثله قالوا في ثلاثة أحوال متفرقين. وعند المنزلين: للخال من الأم السدس، والباقي للخال من الأبوين. ولو اجتمع الأحوال المتفرقون، والخالات المتفرقات، قال أهل القرابة: المال كله للخال والخالة من الأبوين للذكر مثل حظ الأنثيين. وقال المنزلون: ثلثا المال لهما كذلك، وثلثه للخال والخالة للأم كذلك. قال الإمام: وتفضيل الخال من الأم على الخالة من الأب مشكل مخالف للتسوية بين الذكور والإناث من أولاد الأخ للأم. ثلاثة أحوال متفرقون، وثلاث عمات متفرقات. عند المنزلين: ثلث المال بين الخال للأبوين والخال للأم على ستة، واحد للثاني، والباقي للأول: وقسمة الثلثين تخرج على الخلاف في تنزيل العمات. إن جعلن كالأعمام، فالثلثان للعممة من الأبوين. وإن نزلن منزلة الأب، فالثلثان بينهما على خمسة، كما يرثن من الأب. وقال أهل القرابة: الثلثان للعممة من الأبوين، والثلث للخال من الأبوين.

فرع: أولاد الأحوال والخالات والعمات والأعمام للأم عند المنزلين كأبائهم وأمهاتهم عند الانفراد والاجتماع، ومن تسفل منهم رفع بطناً بطناً. فإن سبق بعضهم إلى وارث، قدم. وإن استووا فيه، قسم المال بين الذين يدلي بهم هؤلاء على حسب استحقاقهم من الميت فما أصاب كل واحد منهم قسم بين المدلين به على حسب استحقاقهم منه لو كان هو الميت. وقال أهل القرابة: الأقرب يسقط الأبعد بكل حال. فإن استووا في الدرجة، نظر، إن انفرد أولاد الأحوال والخالات، بأن اختلفت الجهة، قدم الذين هم من الأبوين، ثم الذين هم من الأب، ثم يأخذ الذين هم من الأم، وإن لم يختلف، ورثوا جميعاً. ثم النظر عند أبي يوسف إلى أبدانهم. وعند محمد: إلى آبائهم وأجدادهم كما سبق في أولاد الأخوات وبنات الإخوة. وأولاد العمات عند الانفراد كأولاد الخالات والأحوال، فإن اجتمع الصنفان، فثلثا المال لأولاد العمات، وثلثه لأولاد الأحوال والخالات على ما ذكرنا في آبائهم، ويعتبر في كل واحد من النصيبين ما يعتبر في جميع المال. وإذا اجتمع مع هؤلاء بنات الأعمام من الأبوين، أو من الأب، ولم تختلف الدرجة، فبنات الأعمام أولى، لسبقهن إلى الوارث.

فرع: أحوال الأم وخالاتها عند المنزلين بمنزلة الجدة أم الأم، وأعمامها وعماتُها بمنزلة الجد أبي الأم. وأحوال الأب وخالاته بمنزلة الجدة أم الأب، وعماتُه عند من نزل عممة الميت منزلة أبيه بمنزلة الجد أبي الأب. وعند من نزل عممة

الميت منزلة عمه بمنزلة عم الأب، فيقسم المال بينهم. وما أصاب كل واحد منهم، يجعل للمدلين به على حسب استحقاقهم لو كان هو الميت، وعلى القياس: يجعلون كلُّ خال وخالة بمنزلة الجدة التي هي أختها، وكل عم وعمة بمنزلة الجد الذي هو أخوها. وأما أهل القرابة، فيعتبرون في أحوال الميتة وخالاتها ما اعتبروه في أحوال الميت وخالاته، وكذلك في عماتها إذا انفردن. وإن اجتمع أعمامها وعماتها، فالمال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين على المشهور عندهم. وفي رواية: إن كانوا من الأبوين أو من الأب، قدم الأعمام. ولو اجتمع أعمامها وعماتها وأخوالها وخالاتها، فالثلث للأخوال والخالات، والثلثان للأعمام والعمات، وخوالة الأب وعمومته، كخوالة الأم وعمومتها عند الانفرد والاجتماع.

ولو اجتمع القربان، فلقرابة الأب الثلثان، ولقرابة الأم الثلث، ثم يقسم كل نصيب بينهم، كما يقسم جميع المال لو انفردوا، فثلثا الثلثين لعمات الأب، وثلثه لخالاته وأخواله، وكذلك الثلث. وسواء كان قرابة الأب من جنس قرابة الأم، أم لم يكن، حتى لو ترك عم أمه وخالة أبيه، كان الثلثان للخالة، والثلث للعم. ولو ترك ثلاث عمات متفرقات، وثلاث خالات متفرقات لأبيه، ومثلهن لأمه، فعلى الصحيح من قول أهل القرابة: ثلثا الثلثين لعمة الأب من الأبوين، وثلثها لخالة الأب من الأبوين، وثلث الثلث لعمة الأم من الأبوين، وثلثه لخالة الأم من الأبوين، ويسقط البواقي. وعند المنزليين: نصف سدس المال بين خالات الأب، ومثله بين خالات الأم، لنزولهن منزلة الجدتين، والباقي لعمات الأب دون عمات الأم، لأن عمات الأب كأب الأب، وعمات الأم كأبي الأم. هذا تمام الطرف الأول.

الطرف الثاني: في ترتيب الأصناف. قال المنزلون: كل واحد من ذوي الأرحام، ينزل منزلة الوارث الذي يدلي به، ثم ينظر في الورثة لو قدر اجتماعهم، فإن كانوا يرثون، يرث المدلون بهم، وإن حجب بعضهم بعضاً، جرى الحكم كذلك في ذوي الأرحام. وقال أهل القرابة: ذوو الأرحام وإن كثروا يرجعون إلى أربعة أنواع. المنتمون إلى الميت، وهم أولاد البنات وأولاد بنات الابن، والمنتمي إليهم الميت، وهم الأجداد والجندات الساقطون، والمنتمون إلى أبوي الميت، وهم أولاد الأخوات وبنات الإخوة، والمنتمون إلى أجداده وجداته، وهم العمومة والخوالة. ومذهبهم: الظاهر تقديم النوع الأول، ثم الثاني، ثم الثالث، فما دام يوجد أحد من فروع الميت وإن سفل، فلا شيء لأصوله من ذوي الأرحام وإن قربوا، وعلى هذا القياس. وعن أبي حنيفة رحمته الله رواية بتقديم النوع الثاني على الأول. وقدم أبو يوسف ومحمد النوع الثالث على الثاني، واتفقوا على أن من كان من العمومة والخوالة

وأولادهم ومن ولد جد أو جدة أقرب إلى الميت، فهو أولى بالميراث وإن بعد ممن هو من ولد جد أو جدة أبعد منه. وإذا اجتمع الأجداد والجندات من ذوي الأرحام مع الخالات والأخوال والعمات، فعند أبي حنيفة رحمته الله: تقدم الجدوة. وعند صاحبيه: إن كانت العمومة أو الخؤولة من ولد جد أو جدة، تساوى الجد والجدة الموجودين، أو أبعد، فالأجداد والجندات أولى. وإن كانا من أصل أقرب منهما، فهم أولى. وعن أحمد بن حنبل رحمته الله: تقديم الخال على ذوي الأرحام. وفي الباقيين مذهبه مذهب أهل التنزيل في كل فصل.

فصل: قد يجتمع في الشخص من ذوي الأرحام قرابتان بالرحم، كبنت بنت بنت هي بنت ابن بنت، وكبنت أخت الأب هي بنت أخ الأم، وكبنت خالة هي بنت عمه، فالمنزّلون ينزلون وجوه القرابة. فإن سبق بعض الوجوه إلى وارث، قدم به، وإلاّ قدّروا الوجوه أشخاصاً ورثوا بها على ما يقتضيه الحال. وأما أهل القرابة: فمحمد يورثه بجهتي القرابة. وقال أبو يوسف: إن كان ذلك في أولاد البنات، جعلت الوجوه كوجه ولم يورث بها. وإن كان في أولاد الإخوة والأخوات، ورث بأقوى الجهتين. وإن كان في أولاد العمومة والخؤولة، ورث بالقرابتين، لأنهما مختلفتان، وهذا أظهر عندهم. وعلى هذا، لو خلف بنت أخ لأم هي بنت أخت لأب، وبنت أخت أخرى، أو بنت أخ أخرى، ورثت بأقوى القرابتين، وهي كونها بنت أخت لأب. ولو خلف بنت خال هي بنت عمه، وبنت عمه أخرى، فالثلث لبنت الخال، والثلثان بينهما بالسوية. ولو كان معها بنت خال، فالثلثان للأولى لأنها بنت عمه، والثلث بينهما بالسوية.

فصل: إذا كان مع ذوي الأرحام زوج أو زوجة، قال أهل القرابة: يخرج نصيبه، ويقسم الباقي على ذوي الأرحام كما يقسم الجميع لو انفردوا، وللمنزلين مذهبان: أحدهما: كذلك. والثاني: أن الباقي يقسم بينهم على نسبة سهام الذين يدلي بهم ذوو الأرحام من الورثة مع الزوج أو الزوجة، ويعرف القائلون بالأول: بأصحاب اعتبار ما بقي، والقائلون بالثاني: أصحاب اعتبار الأصل.

مثاله: زوجة، وبنت بنت، وبنت أخت من الأبوين. عند أهل القرابة: للزوجة الربع، والباقي لبنت البنت. وأصحاب القول الأول من المنزلين، جعلوا لها الربع، والباقي بين بنت البنت وبنت الأخت بالسوية. ومن قال بالثاني قال: إذا نزلناهما، فكأن في المسألة زوجة وبنتاً وأختاً، ولو كان كذلك، لكانت المسألة من ثمانية، نصيب الزوجة منها واحد، يبقى سبعة يخرج منها تمام نصيب الزوجة، يبقى ستة تقسم بينهما أسباعاً. ولو خلفت زوجاً وبنت بنت، وخالة، وبنت عم. عند أهل القرابة:

للزوج النصف، والباقي لبنت البنت، وعلى القول الأول للمنزلين: للزوج النصف، ولبنت البنت نصف الباقي، وللخاله سدس الباقي، ولبنت العم الباقي. وعلى القول الثاني: إذا نزلنا، حصل مع الزوج بنت وأم وعم، وحينئذ يكون من اثني عشر، يخرج نصيب الزوج، يبقى تسعة، ثم يخرج تمام النصف للزوج، يبقى ستة يقسمها على التسعة وبالله التوفيق.

الباب التاسع: في حساب الفرائض

فيه مقصودان: أحدهما: تصحيح المسائل. والثاني: قسمة التركات.

المقصود الأول: التصحيح، وفيه فصول:

الفصل الأول: في مقدماته، وهن أربع:

إحداها: الفروض المقدرة في كتاب الله تعالى ستة: النصف، والربع، والثلث، والثلثان، والثلث، والسدس. وقد سبق بيان مستحقيها.

فالنصف فرض خمسة: الزوج، والبنت، وبنت الابن، والأخت للأبوين، والأخت للأب.

والربع فرض الزوج، والزوجة أو الزوجات.

والثلث فرض الزوجات.

والثلثان فرض أربعة وهن الإناث التي لواحدتهن النصف.

والثلث فرض ثلاثة: الأم وأولادها، والجد.

والسدس فرض سبعة: الأم، والجدة، والأب، والجد، وبنت الابن، مع بنت الصلب، والأخت للأب مع الأخت للأبوين، وواحد أولاد الأم.

المقدمة الثانية: كل عديدين، فهما متمثالان، أو متداخلان، أو متوافقان، أو متباينان. فالمتمثالان، كثلاثة وثلاثة.

والمتداخلان، كثلاثة وستة، أو تسعة. فالثلاثة داخله في الستة والتسعة.

والمتوافقان، كأربعة وستة، لكل واحد منهما نصف صحيح، وستة وتسعة لهما ثلث صحيح، وثمانية واثني عشر لهما ربع صحيح ولأحد وعشرين وخمسة وثلاثين سبع صحيح، ولاثني عشرين وثلاثة وثلاثين جزء من أحد عشر.

والمتباينان، كثلاثة وأربعة. وطريق معرفة المداخلة، أن تسقط الأقل من الأكثر مرتين فصاعداً، أو زد على الأقل مثله مرة فصاعداً. فإن فني الأكثر بالأقل، أو تساويا بزيادة الأمثال، فمتداخلان، وإلا، فلا.

وطريق الموافقة والمباينة، أن تسقط الأقل من الأكثر ما أمكن، فما بقي، فأسقطه من الأقل، فإن بقي منه شيء، فأسقطه مما بقي من الأكثر، ولا يزال يفعل ذلك حتى يفنى العدد المنقوص منه آخرًا، فإن فني بواحد، فمتباينان. وإن فني بعدد، فمتوافقان بالجزء المأخوذ من ذلك العدد. وإن فني باثنين، فبالنصف، أو بثلاثة، فبالثلث، أو بعشرة، فبالعشرة، أو بأحد عشر، فبأجزاء أحد عشر. وعلى هذا القياس.

مثاله: أحد وعشرون، وتسعة وأربعون، تسقط الأقل من الأكثر مرتين، يبقى سبعة، تسقطها من الأقل ثلاث مرات، يفنى بها، فهما متوافقان بالأسباع. المقدمة الثالثة: في أصول المسائل، أصلها العدد الذي يخرج منه سهامها. ومسائل الفرائض نوعان:

أحدهما: أن يكون كل الورثة عصابات، بأن كانوا ذكورًا، أو نسوة أعتقن عبدًا بينهن بالسوية، فالقسمة بينهم بالسوية. وإن كانت العصبة ذكورًا وإناثًا، قدرنا كل ذكر اثنين، وأعطينا كل ذكر سهمين، وكل أنثى سهمًا، فعدد الرؤوس في هذا النوع هو أصل المسألة.

النوع الثاني: المسائل التي ورثتها أصحاب فروض أو بعضهم ذو فرض. فالأصول في هذا النوع سبعة عند المتقدمين، ومن المتأخرين من يقول: تسعة. فالسبعة المتفق عليها: اثنان، وثلاثة، وأربعة، وستة، وثمانية، واثنا عشر، وأربعة وعشرون، فكل مسألة فيها نصف وما بقي كزوج وأخ، أو نصفان، كزوج وأخت، فهي من اثنين وما فيها ثلثان وما بقي، كبنتين وعم، أو ثلث وما بقي، كأم وأخ. أو ثلثان. وثلث، كأختين لأب وولدي أم، فمن ثلاثة، وما فيها ربع وما بقي، كزوج وابن، أو ربع ونصف وما بقي كزوج وبنت وأخ، فمن أربعة. وما فيها سدس وما بقي، كأم وابن، أو سدس ونصف وما بقي، كأم وبنت أخ، أو سدس وثلث وما بقي، كأم وولد أم وعم، أو نصف وثلثان، كزوج وأختين، أو نصف وثلث وما بقي، كزوج وأم وأخ، فمن ستة. وما فيها ثمن وما بقي، كزوجة وابن، أو ثمن ونصف وما بقي، كزوجة وبنت وأخ، فمن ثمانية. وما فيها ربع وثلثان وما بقي، كزوج وابنتين وأخ، أو ربع وثلث وما بقي، كزوجة وأم وأخ، فمن ستة، أو ربع وسدس وما بقي، كزوج وأم وابن، فمن اثني عشر. وما فيها ثمن وثلثان وما بقي، كزوجة وبنتين وأخ، أو ثمن وسدس وما بقي، كزوجة وأم وابن، فمن أربعة وعشرين.

قلت: ومن هذا الأخير، ثمن وسدسان وما بقي، كزوجة وأبوين وابن. والله أعلم.

وأما الأصلان المزيديان، فثمانية عشر، وستة وثلاثون في مسائل الجد والإخوة حيث يكون الثلث خيراً له.

فالأول: في كل مسألة فيها سدس وثلث ما بقي وما يبقى، كجد وأم وإخوة، والثاني: في كل مسألة فيها ربع وسدس وثلث ما بقي وما يبقى، كزوجة وأم وجد وإخوة، ومن لم يقل بالزيادة يصحح المسألتين بالضرب. فالأولى: من ستة، للأم سهم، يبقى خمسة، يضرب مخرج الثلث في الستة، يبلغ ثمانية عشر.

والثانية: من اثني عشر، يخرج بالفرضين خمسة، ثم يضرب مخرج الثلث في اثني عشر، تبلغ ستة وثلاثين، واستصوب الإمام والمتولي صنيع المتأخرين، لأن ثلث ما يبقى والحالة هذه، مضموم إلى السدس والربع، فلتكن الفريضة من مخرجها. واحتج المتولي بأنهم اتفقوا في زوج وأبوين أنها من ستة، ولولا جعلها من النصف وثلث الباقي، لكانت من اثنين، للزوج سهم، يبقى سهم، فيضرب مخرج الثلث في اثنين، تبلغ ستة. واعلم أنه قد يتفق في صور الجد نصف وثلث ما بقي، كبنت وجد وإخوة، فيحتمل أن تكون من ستة قطعاً، كما ذكر في زوج وأبوين، ويحتمل أن يطرد فيه الخلاف.

قلت: الاحتمال أصح، والمختار أن الأصح الجاري على القاعدة: طريق المتأخرين، كما اختاره الإمام، لما سبق، ولكونها أخصر. والله أعلم. المقدمة الرابعة: في العول.

إذا ضاق المال عن الفروض، فتعال المسألة، أي: ترفع سهامها ليدخل النقص على كل واحد بقدر فرضه، كأصحاب الديون والوصايا إذا ضاق المال. والذي يعول من الأصول التسعة ثلاثة، وهي: ستة، واثنان عشر، وأربعة وعشرون، فتعول الستة أربع مرات إلى سبعة، كزوج، وأختين لأب، وإلى ثمانية، كهؤلاء، وأم، وإلى تسعة، كهؤلاء، وأخ لأم، وإلى عشرة، كهؤلاء، وأخ آخر لأم، وتسمى هذه الأخيرة: الشريحية، لأن شريحاً القاضي رحمه الله تعالى، قضى فيها، وتسمى: أم الفروخ، لكثرة سهامها. ومتى عالت إلى أكثر من سبعة، لا يكون الميث إلا امرأة.

وأما اثنا عشر، فتعول ثلاث مرات إلى ثلاثة عشر، كزوجة وأم وأختين لأب، وإلى خمسة عشر، كهؤلاء وأخ لأم. وإلى سبعة عشر، كهؤلاء وأخ آخر لأم. ومن صورها: أم الأرامل، وهي ثلاث زوجات وجدتان، وأربع أخوات لأم، وثمان لأب، فهن سبع عشرة أنثى أنصباؤهن سواء. ولا يعول هذا الأصل إلى سبع عشرة إلا والميث رجل.

وأما أربعة وعشرون، فتعول مرة فقط إلى سبعة وعشرين، كزوجة وبنيتين وأبوين، وتسمى: المنبرية، لأن علياً عليه السلام سئل عنها وهو على المنبر، فقال ارتجالاً: صار ثمنها تسعاً. ولا يكون هذا العول إلا والميت رجل، بل لا تكون المسألة من أربعة وعشرين إلا وهو رجل.

الفصل الثاني: في طريق التصحيح، وفيه نظران: أحدهما: في تصحيح فريضة الميت الواحد. والثاني: في التصحيح إذا مات وارثان فأكثر قبل القسمة، وتعرف: بالمناسخات.

أما النظر الأول: فإن كانت الورثة كلهم عصابات، فأمر القسمة سهل، وقد بينا أنه من عدد رؤوسهم. وإن كانوا أصحاب فروض، أو فيهم صاحب فرض، وعرفت المسألة بعولها إن كانت عائلة، فانظر في السهام وأصحابها، فإن انقسمت عليهم جميعاً، حصل الغرض ولا حاجة إلى الضرب، كزوج وثلاث بنين، هي من أربعة، لكل واحد سهم. وكزوجة وبنت وثلاثة إخوة، من ثمانية، للزوجة سهم، وللبنت أربعة، ولهم الباقي.

وإن لم تنقسم، فإما أن يقع الكسر على صنف، وإما على أكثر.

القسم الأول: على صنف، فينظر في سهامهم وعدد رؤوسهم، إن كانا متباينين، ضربت عدد رؤوسهم في أصل المسألة بعولها، إن عالت. وإن كانا متوافقين ضربت جزء الوفق من عدد رؤوسهم في أصل المسألة بعولها ثم الحاصل على التقديرين، تصح منه المسألة.

مثال التباين، زوج وأخوان، هي من اثنين، له سهم، يبقى سهم لا يصح عليهما، ولا موافقة، فيضرب عددهما في أصل المسألة تبلغ أربعة منها تصح.

مثال التوافق، أم وأربعة أعمام، هي من ثلاثة، يبقى اثنان يوافق عددهم بالنصف، فتضرب وفق عددهم في المسألة، تبلغ ستة منها تصح. وإذا أمكنت الموافقة بأجزاء، ضربنا أقلها.

القسم الثاني: الكسر على أكثر من صنف، فيمكن أن يقع على صنفين أو ثلاثة أو أربعة، ولا تتصور الزيادة، لأن الوارثين في الفريضة لا يزيدون على خمسة أصناف كما ذكرنا في أول الكتاب عند اجتماع من يرث من الرجال والنساء، ولا بد من صحة نصيب أحد الأصناف عليه، لأن أحد الأصناف الخمسة، الزوج والأبوان، والواحد يصح عليه نصيبه قطعاً، فلزم الحصر. فإن وقع الكسر على صنفين، نظرنا في سهام كل صنف وعدد رؤوسهم. والأحوال ثلاثة. أحدها: أن لا يكون بين السهام والرؤوس موافقة في واحد من الصنفين، فتترك رؤوس الصنفين بحالها.

الثاني: أن تكون موافقة فيهما، فترد رؤوس كل صنف إلى جزء الوفق. الثالث: أن يكون الوفق في أحد الصنفين، فترد رؤوسه إلى جزء الوفق، وتترك رؤوس الآخر بحاله. ثم الرؤوس - مردودين أو أحدهما أو غير مردودين - إما أن يتماثلا، فتضرب أحدهما في أصل المسألة بعولها، وإما أن يتداخلا، فتضرب أكثرهما في أصل المسألة بعولها، وإما أن يتوافقا، فتضرب جزء الوفق من أحدهما في جميع الآخر، فما بلغ ضربته في أصل المسألة بعولها، وإما أن يتباينا، فتضرب أحدهما في الآخر، فما حصل ضربته في أصل المسألة، فما بلغ صحت منه. ويخرج من هذه الأحوال اثنا عشرة مسألة، لأن في كل واحد من الأحوال الثلاثة أربع حالات، والحاصل من ضرب ثلاثة في أربعة، اثنا عشر. وإن وقع الكسر على ثلاثة أصناف أو أربعة، نظرنا أولاً في سهام كل صنف وعدد رؤوسهم، فحيث وجدنا الموافقة، رددنا الرؤوس إلى جزء الوفق. وحيث لم نجد، بقيناه بحاله. ثم يجيء في عدد الأصناف الأحوال الأربعة، فكل عددين متماثلين، نقتصر منهما على واحد. وإن تماثل الكل، اكتفينا بواحد وضربناه في أصل المسألة بعولها، وكل عددين متداخلين نقتصر على أكثرهما، وإن تداخلت كلها، اكتفينا بأكثرها وضربناه في أصل المسألة بعولها، وكل متوافقين نضرب وفق أحدهما في الآخر، فما بلغ ضربناه في أصل المسألة. وإن توافق الكل، ففيه طريقتان للفرَضيين. قال البصريون: نقف أحدهما ونرد ما عداه إلى جزء الوفق، ثم ننظر أجزاء الوفق، فنكتفي عند التماثل بواحد، وعند التداخل بالأكثر، وعند التوافق، نضرب جزء الوفق من البعض في البعض. وعند التباين، نضرب البعض في البعض، ثم نضرب الحاصل في العدد الموقوف، ثم ما حصل في أصل المسألة بعولها. وقال الكوفيون: نقف أحد الأعداد ونقابل بينه وبين آخر، ونضرب وفق أحدهما في جميع الآخر، ثم نقابل الحاصل بالعدد الثالث، ونضرب وفق أحدهما في جميع الآخر، ثم نقابل الحاصل بالعدد الرابع ونضرب وفق أحدهما في جميع الآخر ثم نضرب الحاصل في أصل المسألة بعولها، وتسمى صورة توافق الأعداد: المسائل الموقوفات. وإن كانت الأعداد متباينة، ضربنا عدداً منها في آخر، ثم ما حصل في ثالث، ثم ما حصل في الرابع ثم ما حصل في أصل المسألة بعولها. وإن شئت ضربت أحدها في أصل المسألة بعولها، ثم ما يحصل في الثاني، ثم في الثالث، ثم في الرابع. وإذا لم يكن بين السهام وعدد الرؤوس، ولا بين أعداد الرؤوس موافقة، سميت المسألة: صماء، ولا فرق في الأعداد المتوافقة بين عدد وعدد، فتقف أيها شئت، والعدد الذي تصح منه المسألة بعد تمام العمل لا يختلف. فإن حصل اختلاف، فاستدلَّ به على الغلط، وإن وافق أحد الأعداد الثلاثة الآخرين

والآخرون متباينان، لم يجز إن نقف إلا الذي يوافقهما، ويسمى هذا الموقوف: المقيّد.

فرع: هذا الذي ذكرناه، بيان التصحيح. فإذا فرغت منه وأردت أن تعرف نصيب كل واحد من الصنف، مما حصل من الضرب، فله طرق:

أشهرها وأخفّها: أن تضرب نصيب كل صنف من أصل المسألة في العدد المضروب في المسألة، ويعرف بعدد المنكسرين، فما بلغ، فهو نصيب ذلك الصنف، فتقسمه على عدد رؤوسهم، فالخارج بالقسمة هو نصيب كل واحد من ذلك الصنف.

مثاله: زوجتان، وأربع جدات، وست أخوات لأب، هي من اثني عشر، وتعمل إلى ثلاثة عشر، ويرجع عدد الجدات بالموافقة إلى اثنين، والأخوات إلى ثلاث، فيحصل اثنان واثنان وثلاثة، تسقط أحد المتمثلين، وتضرب الآخر في ثلاثة، تبلغ ستة، تضربها في أصل المسألة بعولها، تبلغ ثمانية وسبعين، كان للزوجين من أصل المسألة ثلاثة، فتضرب في ستة، تبلغ ثمانية عشر، فهو نصيبهما. وإذا قسم ذلك على رؤوسهما، خرج تسعة، وكان للجدات سهمان، تضربهما في ستة، تبلغ اثني عشر، لكل واحدة ثلاثة، وكان للأخوات ثمانية، تضرب في ستة، تبلغ ثمانية وأربعين، لكل واحدة ثمانية.

الطريق الثاني: تقسم سهام كل صنف من أصل المسألة على عدد رؤوسهم، فما خرج من القسمة، يضرب في المضروب في أصل المسألة، فما حصل، فهو نصيب كل واحد من الصنف. ففي المثال المذكور، يقسم نصيب الزوجتين على عدد رؤوسهما، يخرج بالقسمة سهم ونصف، يضرب في الستة المضروبة في المسألة، تبلغ تسعة، وهو نصيب كل زوجة، ويقسم نصيب الجدات عليهن، يخرج نصف سهم، تضربه في الستة، تكون ثلاثة، فهو نصيب كل جدة، وعلى هذا فقس الأخوات.

الطريق الثالث: تقسم العدد المضروب في المسألة على عدد رؤوس كل صنف، فما خرج تضربه في نصيب ذلك الصنف، فما بلغ فهو نصيب الواحد من ذلك الصنف، ففي المثال المذكور تقسم الستة على عدد رؤوس الزوجتين، يخرج ثلاثة، تضربها في نصيبهما من أصل المسألة وهو ثلاثة، تبلغ تسعة، وهو نصيب كل زوجة. وعلى هذا القياس.

الطريق الرابع: تقابل بين نصيب كل صنف وعدد رؤوسهم، وتضبط النسبة بينهما، وتأخذ بتلك النسبة في العدد المضروب في المسألة، فهو نصيب كل واحد من ذلك الصنف، ففي المثال المذكور، نصيب الزوجتين ثلاثة وهما اثنان. والثلاثة

مثل الاثنين ومثل نصفهما، فتأخذ مثل العدد المضروب في المسألة، ومثل نصفه، يكون تسعة، وهو نصيب كل زوجة، ونصيب الأخوات ثمانية، وعددهن ستة، والثمانية مثل الستة، ومثل ثلثها، فلكل أخت مثل العدد المضروب، ومثل ثلثه تكون ثمانية، ونصيب الجدات اثنان مثل نصف عددهن، فلكل جدة نصف العدد المضروب.

الطريق الخامس: ويعرف به نصيب كل واحد من الورثة قبل الضرب والتصحيح. إن كان الكسر على صنف، فانظر إن لم يوافق سهامهم عددهم، فنصيب كل واحد منهم بعدد سهام جميع الصنف من أصل المسألة، ونصيب كل واحد من الأصناف الذين لا كسر عليهم، بعدد رؤوس المنكسر عليهم إن كان لكل واحد منهم سهم واحد. وإن كان أكثر من سهم، ضرب ما لكل واحد منهم من أصل المسألة في عدد المنكسر عليهم، فما حصل، فهو نصيب كل واحد منهم. وإن وافق سهامهم عددهم، فنصيب كل واحد من المنكسر عليهم بعدد وفق سهامهم من أصل المسألة، ونصيب كل واحد ممن لم ينكسر عليهم وفق عدد الرؤوس المنكسر عليهم على ما ذكرناه.

مثاله: زوج، وأخوان لأم، وخمس أخوات لأب، تعول من ستة إلى تسعة، وتصح من خمسة وأربعين، ونصيب كل أخت بعدد سهام جميعهن من أصل المسألة، وهو أربعة، ونصيب كل أخ خمسة بعدد رؤوس الأخوات المنكسر عليهن، ونصيب الزوج خمسة عشر، لأنه كان له أكثر من سهم، وهو ثلاثة، فتضرب في عدد رؤوسهن. ولو كان عدد الأخوات عشرة، وافق سهامهن عددهن بالنصف، وترد عددهن إلى النصف، ويكون نصيب كل أخت بعدد نصف ما لجميعهن من أصل المسألة، وهو اثنان، ويكون لكل أخ خمسة نصف عدد رؤوس الأخوات، وللزوج ثلاثة مضروبة في نصف عدد رؤوسهن. أما إذا كان الكسر على صنفين، ولم يكن بين الرؤوس والسهام موافقة، أو كانت، ورددت الرؤوس إلى وفقها، فانظر في عدد الرؤوس، ولهما أحوال:

أحدها: أن يكونا متباينين، فالحاصل من ضرب كل صنف في سهام الصنف الآخر من أصل المسألة هو نصيب كل واحد من الصنف المضروب في سهامهم، والحاصل من ضرب عدد أحد الصنفين في الآخر، إذا ضربته في نصيب الواحد من الذين لا كسر عليهم، كان المبلغ نصيب ذلك الواحد من ذلك الصنف.

مثاله: خمس بنات، وأربع زوجات، وأربع جدات، وأخ لأب، هي من أربعة وعشرين، وتصح من أربعمئة وثمانين، والكسر في البنات والزوجات، ولا موافقة.

فإذا ضربت رؤوس البنات في سهام الزوجات، حصل خمسة عشر، فهو نصيب كل زوجة. وإذا ضربت الزوجات في سهام البنات، حصل أربعة وستون، فهو نصيب كل بنت. وإذا ضربت البنات في الزوجات، حصل عشرون. فإذا ضربته في نصيب كل واحد من الجدات، كان عشرين، لأن لكل واحدة واحداً، فهو نصيب كل جدة. وكذلك نصيب الأخ. ولو كان بدل الأربع جدتان، ضربت العشرين في اثنين، فالحاصل نصيب كل جدة.

الحال الثاني: إذا كان عدد الرؤوس متوافقاً، سواء تداخلا، أم لا، فإذا ضربت وفق أحد العددين في سهام الآخر، كان الحاصل نصيب كل واحد من الصنف المضروب في سهامهم. وإذا ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ولا تداخل بينهما، وضربت ما حصل في نصيب الواحد ممن لا كسر عليهم، كان الحاصل نصيب الواحد من ذلك الصنف، وإن تداخلا، ضربت أكثرهما في النصيب، فما حصل، فهو نصيب الواحد منهم.

مثاله: زوج، وتسعة إخوة لأم، وخمسة عشر أختاً لأب، هي من ستة، وتعول إلى تسعة، وتصح من أربعمائة وخمسة، تضرب وفق عدد الإخوة في سهام الأخوات، تبلغ اثني عشر، فهو نصيب كل أخت، ووفق عدد الأخوات في نصيب الإخوة، تبلغ عشرة، فهو نصيب كل أخ، ووفق أحدهما في جميع الآخر، تبلغ خمسة وأربعين، تضربه في سهام الزوج، وهي ثلاثة، تبلغ مئة وخمسة وثلاثين، فهو نصيب الزوج. فإن كان عدد الإخوة اثني عشر، وعدد الأخوات ست عشرة، فالسهم توافق الأعداد، فترجع الإخوة إلى ستة، والأخوات إلى أربعة، للموافقة بالربع، وبين العددين موافقة بالنصف، فتصح المسألة من مئة وثمانية. وإذا ضربت وفق الراجع من عدد الإخوة، وهو ثلاثة، في وفق سهام الأخوات، وهو واحد، كان الحاصل ثلاثة، وهو نصيب كل أخت. وإذا ضربت وفق الراجع من عدد الأخوات، وهو اثنان، في وفق سهام الإخوة، وهو واحد، كان الحاصل اثنين، وهو نصيب كل أخ. وإذا ضربت وفق أحد الراجعين في جميع الآخر، حصل اثنا عشر، فإذا ضربته في سهام الزوج من الأصل، حصل ستة وثلاثون، وهو نصيب الزوج.

الحال الثالث: إذا كان عدد الرؤوس متماثلاً، فنصيب كل واحد من كل صنف بعدد ما كان لجميعهم من أصل المسألة، ونصيب كل واحد ممن لا كسر عليهم، هو الحاصل من ضرب ما كان له في عدد أحد الصنفين المنكسر عليهم.

مثاله: خمس بنات، وخمس جدات، وأخ، هي من ستة، وتصح من ثلاثين، ونصيب كل بنت مثل ما كان لهن، وهو أربعة، ونصيب كل جدة مثل ما كان لهن،

وهو واحد، ونصيب الأخ هو الحاصل من ضرب ما كان له في خمسة، وهو خمسة. أما إذا كان الكسر على ثلاثة أصناف، فانظر، إن كانت أعداد الرؤوس متباينة، فاعزل الصنف الذين تريد أن تعرف نصيبهم، واضرب عدد أحد الآخرين في الآخر، فما بلغ فاضربه في نصيب الصنف الذين عزلتهم، فما بلغ فهو نصيب كل واحد منهم، واضرب عدد رؤوس الأصناف الثلاثة بعضه في بعض، فما بلغ فاضربه في نصيب من انقسم عليهم نصيبهم من أصل المسألة، فما بلغ فهو نصيب كل واحد منهم.

مثاله: أربع زوجات، وثلاث جدات، وخمس بنات، وأخت لأب، هي من أربعة وعشرين، وتصح من ألف وأربعمائة وأربعين. فإذا أردت أن تعرف نصيب الزوجات، فاعزلهن واضرب البنات في الجدات، تبلغ خمسة عشر، اضربه في نصيب الزوجات في الأصل، تبلغ خمسة وأربعين، فهو نصيب كل زوجة. وعلى هذا القياس حكم البنات. واضرب لمعرفة نصيب الأخت عدد الأصناف المنكسر عليهم بعضهم في بعض، تبلغ ستين، اضربه في نصيبها من أصل المسألة، وهو واحد، تبلغ ستين، فهو نصيبها. وإن كانت الأعداد متوافقة أو متماثلة، فالعمل على قياس ما ذكرنا في الكسرين. وصورة التماثل هيئة، وأما التوافق، فكتسع بنات، وست جدات، وخمسة عشر أختاً، هي من ستة، وتصح من خمسمائة وأربعين. فإذا أردت معرفة نصيب البنات، فاعزلهن واضرب وفق أحد الصنفين من الجدات والإخوة في وفق الآخر، تبلغ عشرة، تضرب في نصيب البنات، تبلغ أربعين، فهذا نصيب كل بنت. وكذا تعزل الجدات وتضرب وفق أحد الصنفين الآخرين في وفق الثاني، تبلغ خمسة عشر، تضربها في نصيب الجدات، تبلغ خمسة عشر، فهو نصيب كل جدة. وتعزل الإخوة، وتضرب وفق أحد الآخرين في وفق الثاني، تبلغ ستة، تضربها في نصيبهم، تبلغ ستة، فهو نصيب كل أخ.

النظر الثاني: في المناسخات.

فإذا مات عن جماعة، ثم مات أحدهم قبل قسمة التركة، فللمسألة حالان: أحدهما: أن تنحصر ورثة الميت الثاني في الباقيين، ويكون إرثهم من الثاني مثل الإرث من الأول، فتجعل الميت الثاني كأن لم يكن، وتقسم التركة على الباقيين، ويتصور ذلك إذا كان الإرث عنهما بالعصوبة، كمن مات عن إخوة وأخوات من الأب، ثم مات أحدهم عن الباقيين، أو عن بنين وبنات، ثم مات أحدهم عن إخوته وأخواته. وفيما إذا كان الإرث عنهما بالفرض في بعض الصور، كمن مات عن زوج، وأم، وأخوات مختلفات الآباء، ثم نكح الزوج إحداهن، فماتت عن الباقيين. وفيما إذا ورث بعضهم بالفرض وبعضهم بالعصوبة، كمن مات عن أم، وإخوة لأم،

ومعتق، ثم مات أحد الإخوة عن الباقيين. ولا فرق بين أن يرث كل الباقيين من الثاني أو بعضهم، كمن مات عن زوجة وبنين، وليست أمهم، ثم مات أحد البنين عن الباقيين.

الحال الثاني: أن لا يكون كذلك، بأن لا ينحصروا، إما لأن الوارث غيرهم، وإما لأن غيرهم يشركهم، وإما لاختلاف مقادير استحقاقهم، فنصحح مسألتنا الأولى والثاني جميعاً، وننظر في نصيب الثاني من مسألة الأولى. فإن انقسم نصيبه على مسألتها، فذاك، وإلا، فنقابل نصيبه بمسألته المصححة، إن كان بينهما موافقة، ضرب أقل جزء الوفق من مسألة الثاني في جميع مسألة الأولى. وإن لم يكن، ضرب جميع مسألته في جميع مسألة الأولى، فما بلغ، صحت منه المسألتان. وإذا أردت معرفة نصيب كل واحد من الورثة مما حصل من الضرب، فقل: كل من له شيء من المسألة الأولى، يأخذه مضروباً فيما ضربته في المسألة الأولى، وهو جميع المسألة الثانية أو وفقها. ومن له شيء من الثانية، يأخذه مضروباً في نصيب الميت الثاني من المسألة الأولى، أو في وفق النصيب إن كان بين مسألته ونصيبه وفق.

مثاله: زوج، وأختان لأب، ماتت إحداهما عن الأخرى وعن بنت، المسألة الأولى من سبعة، والثانية من اثنين، ونصيب الميت الثاني من الأول اثنين.

زوجة، وثلاث بنين، وبنت، ثم ماتت البنت عن أم وثلاثة إخوة، وهم الباقون من ورثة الأول، فالأولى من ثمانية، والثانية تصح من ثمانية عشر، ونصيب الميتة من الأول سهم لا يوافق، فتضرب الثانية في الأولى، تبلغ مئة وأربعة وأربعين، للزوجة سهم مضروب في ثمانية عشر، ولكل ابن سهمان في ثمانية عشر، تبلغ ستة وثلاثين، وللأم من الثانية ثلاثة مضروبة في سهم الميتة وهو واحد، ولكل أخ خمسة، فحصل للأم من المسألتين أحد وعشرون، ولكل أخ أحد وأربعون.

جدتان، وثلاث أخوات متفرقات، ثم ماتت الأخت للأم عن أخت لأم، وهي الأخت للأبوين في المسألة الأولى. وعن أختين لأبوين، وعن أم أم وهي إحدى الجدتين، فالأولى من اثني عشر، والثانية من ستة، ونصيب الميتة من الأولى سهمان، ونصيبها ومسألتهما يتوافقان بالنصف، فتضرب نصف مسألتهما في الأولى، تبلغ ستة وثلاثين، كان للجدتين سهمان، تضربهما في ثلاثة، تبلغ ستة، وكذا الأخت للأب، وكان للأخت من الأبوين ستة، تضربها في ثلاثة، تبلغ ثمانية عشر، ولها من الثانية سهم مضروب في وفق نصيب الميتة وهو سهم، وللأختين للأبوين أربعة مضروبة في سهم، وللجدة سهم في سهم، فحصل للأخت الوارثة في المسألتين تسعة عشر، وللجدة الوارثة فيهما أربعة.

فرع: لو مات ثالث قبل قسمة التركة، فلك طريقتان :

أحدهما: تصحح المسائل الثلاث، وتأخذ نصيب الميت الثالث من الأولين، وتقابله بما صحت منه مسألته، فإن انقسم نصيبه على مسألته، فذاك، وإلا، فإن توافقا، ضربت وفق مسألته فيما صحت منه الأوليان. وإن تباينا، ضربت مسألته فيه. وعلى هذا القياس تعمل إذا مات رابع وخامس قبل القسمة. ثم من كان له شيء من المسألتين الأوليين، أو من إحداهما، أخذه مضروباً في الثالثة، أو في وفقها، ومن كان له شيء من الثالثة، أخذه مضروباً في نصيب الثالث من المسألتين الأوليين، أو في وفقه.

الطريق الثاني: أن تصحح كل مسألة برأسها، وتقابل نصيب كل ميت بمسألته، فمن انقسم نصيبه على مسألته، فلا اعتداد بمسألته. ومن لم ينقسم، حفظت مسألته بتمامها إن لم توافق نصيبه، أو وفقها إن توافقا، وفعلت بها ما تفعل بأعداد الأصناف المنكسر عليهم سهامهم من المسألة الواحدة، فما حصل ضربته في المسألة الأولى، فما حصل قسمته، فتضرب ما لكل واحد من الأولى في العدد المضروب فيها، فما خرج فهو له إن كان حياً، ولورثته إن كان ميتاً.

مثاله: زوجة، وبنت، وثلاثة بني ابن، ثم ماتت البنت عن زوج، وأخ لأم، وأم وهي الزوجة، ثم مات أحد ابني الابن عن زوجة، وبنت، وابن ابن، وجدة، وهي الزوجة في المسألة الأولى، ثم مات آخر عن هذه الجدة، وعن خمسة بنين وخمس بنات، فالأولى، من ثمانية، والثانية، من ستة، والثالثة، من أربعة وعشرين، والرابعة، من ثمانية عشر، ونصيب البنت يوافق مسألتها بالنصف، فترد مسألتها إلى ثلاثة، فإذاً معنا ثلاثة، وثمانية عشر، وأربعة وعشرون، والثلاثة داخله في أربعة وعشرين، فتقتصر عليها، وهي توافق ثمانية عشر بالسدس، فتضرب سدس أحدهما في جميع الآخر، تبلغ اثنين وسبعين، تضربها في مسألة الميت الأول وهي ثمانية، تبلغ خمسمائة وستة وسبعين، ومنها تصح المسائل، فمن له شيء من الأولى، يضرب نصيبه في اثنين وسبعين ويقسم على ورثته.

زوجة وثلاثة إخوة، ثم مات أحدهم عن ابنين، والثاني عن ابنين وبنت، والثالث عن ابن وبنت، فالأولى من أربعة، والثانية، من اثنين، والثالثة، من خمسة، والرابعة، من ثلاثة، والسهام لا توافق المسائل فتضرب المسائل الثلاث بعضها في بعض، تبلغ ثلاثين، تضربه في المسألة الأولى، تبلغ مئة وعشرين، للزوجة منها سهم في ثلاثين، ولكل أخ كذلك. فما للأول لابنيه، لكل واحد خمسة عشر. وما للثاني لابنيه وبنته، لكل ابن اثنا عشر، وللبنات ستة. وما للثالث بين ابنه وبنته، له عشرون، ولها عشرة.

فرع: هذا الذي ذكرنا، تصحيح المناسخات. قال الفرضيون: وقد يمكن اختصار الحساب بعد الفراغ من عمل التصحيح، وذلك إذا كانت أنصباء الورثة كلها متماثلة، فترد المسألة إلى عدد رؤوسهم، وكذلك إذا كانت متوافقة بجزء صحيح، فيؤخذ ذلك الوفق من نصيب كل واحد، يقسم المال بينهم على ذلك العدد، كزوجة، وبنت، وثلاثة بنين منها، ثم مات أحد البنين عن الباقيين، فالمسألة الأولى، من ثمانية، والثانية، من ستة، ونصيب الميت الثاني سهمان يوافقان مسأله بالنصف، فتضرب نصف مسأله في الأولى، تبلغ أربعة وعشرين، للزوجة ثلاثة، وللبنت ثلاثة، ولكل ابن ستة، ومن نصيب الثاني، للأُم سهم، وللأخت سهم، ولكل أخ سهمان، فمجموع ما للأُم أربعة، وللأخت كذلك، ولكل أخ ثمانية، فالأنصباء متوافقة بالربع، فتأخذ ربع كل نصيب، يبلغ المجموع ستة، فتقسم المال عليها اختصاراً. أما إذا لم يكن بين الأنصباء موافقة، أو وافق بعضها فقط، فلا يمكن الاختصار.

المقصود الثاني: قسمة التركات، وله أصل وفروع متشعبة. أما الأصل، فإن كانت التركة دراهم أو دنانير أو غيرهما مما ينقسم بالأجزاء، كالمكيلات والموزونات، قسمت عينها بين الورثة. وإن كان مما لا ينقسم بالأجزاء، كالعبيد والجواري والدواب، قُوم ثم قُسم بينهم بالقيمة، فما أصاب كل واحد من القيمة فله بقدرها من المقوم. وطريقه: أن يُنظر في التركة، أهى عدد صحيح من الدراهم وغيرها، أم عدد وكسر؟ فإن كان الأول، قابلت التركة بالمسألة بعولها إن عالت. فإن تماثلاً، فلا إشكال، وإلا، فإن تباينا، فاضرب نصيب كل وارث من أصل المسألة بعولها، أو مما صحت منه المسألة في عدد التركة، فما بلغ فاقسمه على أصل المسألة بعولها، أو على ما صحت منه المسألة، فما خرج من القسمة، فهو نصيب ذلك الوارث. وإن شئت قسمت التركة أولاً على أصل المسألة بعولها، أو على ما صحت منه، فما خرج بالقسمة، فاضربه في سهم كل وارث، فما بلغ فهو نصيبه. وإن كانا متوافقين، فإن عملت كما عملت في المتباينين، حصل الغرض، وإن أردت الاختصار، فخذ وُفقهما، واضرب سهم كل وارث في وفق التركة، فما بلغ فاقسمه على وفق المسألة، فما خرج فهو نصيبه من التركة. وإن شئت فاقسم وفق التركة على وفق المسألة، فما خرج فاضربه في سهم كل وارث، فما بلغ فهو نصيبه. وإذا فرغت من العمل، امتحنت صحته، بأن تجمع ما أصاب كل واحد من الورثة، وتنظر هل المجموع مثل التركة، أم لا؟

الأمثلة:

زوج، وأم، وأختان لأب، وأخوان لأُم، والتركة ستون ديناراً، فالمسألة من

سنة، وتعمل إلى عشرة. فإن شئت ضربت سهام الزوج في ستين، تبلغ مئة وثمانين، تقسمها على المسألة، يخرج ثمانية عشر، فهو نصيب الزوج، وتضرب نصيب الأم في ستين، يكون ستين، تقسمه على المسألة، يخرج ستة، فهو نصيبها. وتضرب نصيب الأخوين فيها يكون مئة وعشرين، تقسمه على المسألة، يخرج اثنا عشر، فهو نصيبهما وتضرب نصيب الأختين، يكون مائتين وأربعين، تقسمها على المسألة، يخرج أربعة وعشرون، فهو نصيبهما. وإن شئت قسمت التركة على المسألة، يخرج ستة، تضربها في سهام كل وارث، يخرج ما ذكرنا.

زوج، وأم، وأخت لأب، والتركة أربعة دراهم. المسألة تعمل إلى ثمانية، تضرب نصيب الزوج في التركة، يكون اثني عشر، تقسمه على سهام المسألة، يخرج للسهم درهم ونصف، وكذلك نصيب الأخت. وتضرب نصيب الأم وهو سهمان في أربعة، تبلغ ثمانية تقسم على المسألة، يخرج واحد، فهو نصيبها.

ثلاث زوجات، وأربعة إخوة لأم، وخمس أخوات لأب، والتركة خمسة وسبعون ديناراً. المسألة تعمل إلى خمسة عشر، وتوافق التركة بأجزاء خمسة عشر، فتردهما إلى جزء الوفق، فتعود التركة إلى خمسة، والمسألة إلى واحد، ثم إن شئت ضربت سهام الزوجات، وهي ثلاثة، في وفق التركة، وهو خمسة، تبلغ خمسة عشر، فهو للزوجات. وضربت سهام الإخوة، وهي أربعة، في الخمسة، تبلغ عشرين، فهو نصيبهم، وسهام الأخوات، وهي ثمانية، في الخمسة، تبلغ أربعين، فهو نصيبهن. وإن شئت قسمت وفق التركة، وهو خمسة، على وفق المسألة وهو واحد، يخرج خمسة، تضرب في سهام كل وارث، يكون على ما ذكرنا.

فرع: فإن كانت التركة عدداً وكسراً، نظر، إن كان الكسر واحداً، ضربت مخرج ذلك الكسر في الصحاح، فما خرج فرداً عليه الكسر، واقسم المجموع على الورثة كما تقسم الصحاح، ثم اجعل ما خرج بالقسمة بعدد مخرج ذلك الكسر واحداً صحيحاً، وأضف إليه الباقي.

مثاله: زوج وأختان، والتركة عشرة دراهم ونصف، تضرب مخرج النصف، وهو اثنان، في العشرة، تبلغ عشرين، وتزيد على النصف واحداً، فكأن التركة أحد وعشرون صحاحاً، تعمل بها عملك بالصحاح، فيخرج للزوج تسعة أنصاف هي أربعة دراهم ونصف، ولكل أخت ستة أنصاف وهي ثلاثة دراهم. ولو كانت المسألة بحالها، والتركة ثمانية وثلاثة أرباع، ضربت مخرج الربع، وهو أربعة، في الثمانية، تبلغ اثنين وثلاثين، تزيد عليه الكسر، وهو ثلاثة، تبلغ خمسة وثلاثين، تقسم كقسمة

الصحيح، يخرج للزوج خمسة عشر، وهو ثلاثة دراهم وثلاثة أرباع درهم، ولكل أخت عشرة، وهي درهمان ونصف.

وإن كان مع الصحيح كسران، كربع وسدس، أخذت مخرج مجموعهما، وهو اثنا عشر، وضربته في الصحيح، وتممت العمل كما ذكرنا.

فصل: وأما الفروع المتشعبة، فتتنوع أنواعاً كثيرة، نذكر منها مسائل إن شاء الله تعالى.

مسألة: أخذ بعض الورثة قدراً معلوماً من التركة، وأردت معرفة جملتها، فأقم سهام المسألة بعولها إن عالت، ثم إن شئت ضربت المأخوذ في سهام المسألة، فما بلغ قسمته على سهام الآخذ، فما خرج بالقسمة فهو جملة التركة. وإن شئت قسمت المأخوذ على سهام الآخذ، وضربت الخارج من القسمة في سهام المسألة، فما بلغ فهو التركة.

مثاله: زوج، وأم، وأختان لأب، وأخذ الزوج بحقه ثلاثين ديناراً، إن شئت ضربت الثلاثين في سهام المسألة وهي ثمانية، يكون مائتين وأربعين، تقسم على سهام الزوج، وهي ثلاثة، يخرج ثمانون، فهو التركة. وإن شئت قسمت الثلاثين على سهامه، يخرج عشرة، تضربها في سهام المسألة تبلغ ثمانين.

ولك طريق آخر، وهو أن تنظر فيما بين سهام الآخذ وسهام الباقيين من النسبة، وتزيد على المأخوذ مثل نسبة سهامهم من سهامه، فهو جملة التركة. ففي المثال المذكور، سهام باقي الورثة مثل سهام الزوج، ومثل ثلثيها، فتزيد على الثلاثين مثلها ومثل ثلثيها، تبلغ ثمانين.

مسألة: زوجة، وأم، وثلاث أخوات متفرقات، والتركة ثلاثون درهماً وثوب، أخذت الزوجة الثوب بنصيبها برضى الورثة، كم قيمة الثوب وجملة التركة؟ فالطريق فيها وفي أخواتها، أن تقيم أصل المسألة بعولها إن عالت، وهذه المسألة تعول إلى خمسة عشر. ثم لك طريقان:

أحدهما: أن تضرب سهام الزوجة من المسألة في عدد الدراهم فتبلغ تسعين، فتقسم التسعين على ما بقي من سهام المسألة بعد سهام الزوجة، وهي اثنا عشر، يخرج سبعة ونصف، فهو قيمة الثوب. وإن شئت قسمت الدراهم على باقي سهام الورثة، وهي اثنا عشر، يخرج درهمان ونصف، تضربه في سهام الزوجة، تبلغ سبعة ونصفاً. وإن شئت نسبت سهامها إلى سهام الباقيين، فإذا هي ربع سهام الباقيين، فتأخذ ربع الثلاثين، وهو سبعة ونصف، فهذه ثلاثة أوجه:

الطريق الثاني: طريق الجبر، تقول: إذا أخذت بخمس التركة ثوباً، فجملة

التركة خمسة أثواب، وهي تعدل ثوباً وثلاثين درهماً، فتسقط ثوباً بثوب، فبقي أربعة أثواب في مقابلة ثلاثين درهماً، فتعلم أن الثوب الواحد سبعة ونصف. أو تقول: خمس التركة خمس ثوب وستة دراهم، وقد أخذت بالخمس ثوباً، فهو يعدل خمس ثوب وستة دراهم، تسقط الخمس بالخمس، يبقى أربعة أخماس ثوب في مقابلة ستة دراهم، فتكمل الثوب بأن تزيد على الأخماس الأربعة ربعها، وتزيد على العديل ربعه، وذلك سبعة ونصف.

ولو كانت المسألة بحالها، وأخذت مع الثوب خمسة دراهم، فعلى الطريق الأول، تنقص الخمسة من الثلاثين، يبقى خمسة وعشرون، ثم تضرب نصيبها من المسألة في الخمسة والعشرين، تكون خمسة وسبعين، تقسم على سهام الباقي، وهي اثنا عشر، يخرج ستة دراهم وربع، وهو نصيبها من التركة. فإذا نقصت منها الخمسة، يبقى درهم وربع، وهو قيمة الثوب. وبالجبر تقول: أخذت بخمس التركة ثوباً وخمسة دراهم، فجميع التركة خمسة أثواب وخمسة وعشرون درهماً، تعدل ثوباً وثلاثين درهماً، فتسقط ثوباً بالثوب، وخمسة وعشرين بالخمسة والعشرين، يبقى أربعة أثواب في مقابلة خمسة دراهم، فالثوب الواحد درهم وربع. ولو كانت المسألة بحالها، وأخذت الثوب وزدت ستة دراهم، فعلى الطريق الأول، تزد الستة المردودة على الثلاثين، وتضرب سهام الزوجة في الستة والثلاثين، تبلغ مئة وثمانية، تقسم على اثني عشر، يخرج بالقسمة تسعة، فهو نصيبها من التركة. فإذا زدت ستة على التسعة، فهي قيمة الثوب.

وعلى طريق الجبر يقال: أخذت بخمس التركة ثوباً إلا ستة دراهم، فجميع التركة خمسة أثواب إلا ثلاثين درهماً، تعدل ثوباً وثلاثين درهماً، فتكمل الثياب بثلاثين درهماً، ويزاد مثل ذلك على العديل، فتصير خمسة أثواب معادلة لستين درهماً وثوب، تسقط ثوباً بالثوب، يبقى أربعة أثواب في مقابلة ستين درهماً، فالثوب الواحد خمسة عشر. ولو كانت بحالها، والتركة ثلاثون وثوب وعبد وخاتم، أخذت الزوجة بنصيبها الثوب، والأم العبد، والأخت للأم الخاتم، فعلى الطريق الأول، تضرب سهام الزوجة، وهي ثلاثة، في ثلاثين، تبلغ تسعين، تقسمها على الثمانية التي للباقي، يخرج بالقسمة أحد عشر وربع، أو تقسم الثلاثين على الباقي من المسألة بعد سهام الزوجة والأم والأخت للأم، وهو ثمانية، يخرج ثلاثة وثلاثة أرباع، تضربها في سهام الزوجة، تبلغ أحد عشر وربعاً، فهو قيمة الثوب، وفي سهمي الأم تبلغ سبعة ونصفاً، فهو قيمة العبد، وكذلك قيمة الخاتم.

وبالجبر يقال: أخذت الزوجة بالخمس ثوباً، والأم بثلثي الخمس عبداً،

والأخت بمثله خاتماً، بقي من السهام ثمانية، وهي خمسان وثلثا خمس، يكون ثوبين وثلثي ثوب، فالجملة ثلاثة أثواب وثلثا ثوب وعبد وخاتم، وهي تعدل ثوباً وعبدًا وخاتماً وثلثين درهماً، تسقط ثوباً بالثوب، والعبد بالعبد، والخاتم بالخاتم، يبقى ثوبان وثلثا ثوب في مقابلة ثلاثين درهماً، فالواحد يعدل أحد عشر وربعاً. ولو كانت بحالها، والتركة ثلاثون وثوبان يتفاوتان في القيمة بدرهمين، وأخذت الزوجة بنصيبها الثوب الأدنى على الطريق الأول، يزيد التفاوت بينهما على الدراهم، فتصير اثنين وثلثين، تضرب سهام الزوجة فيها، يكون ستة وتسعين، تقسمها على الباقي من سهام المسألة بعد إسقاط نصيب الزوجة وهو ثلاثة، وبعد إسقاط مثله للثوب الآخر، فالباقي تسعة يخرج من القسمة عشرة دراهم وثلثا درهم، فهو قيمة ما أخذته.

وبالجبر تقول: أخذت بالخمس ثوباً، فالجميع خمسة أثواب تعدل التركة، وهي ثوبان واثنان وثلثون درهماً، تسقط ثوبين بثوبين، يبقى ثلاثة أثواب تعدل اثنين وثلثين درهماً، فالواحد يعدل عشرة وثلثين. ولو أخذت الزوجة بنصيبها الثوب الأعلى، فتزيد الدرهمين على الثلاثين، تصير التركة اثنين وثلثين درهماً وثوبين متساويين، أخذت الزوجة بثلاثة أسهم ثوباً ودرهمين، فيخص ثلاثة أسهم أخرى مثل ذلك. فإذا أسقطناها، بقي من سهام المسألة تسعة، ومن التركة ثمانية وعشرون درهماً، تضرب سهام الزوجة في ثمانية وعشرين، تبلغ أربعة وثمانين، تقسمها على التسعة الباقية، يخرج تسعة وثلث، فهو قيمة الثوب الأعلى، وقيمة الأدنى سبعة وثلث، وجميع التركة ستة وأربعون درهماً وثلثان.

مسألة: ابنان والتركة ثوبان بينهما تفاوت دينارين، أخذ أحدهما ثلاثة أرباع الأعلى، كم قيمة كل واحد؟ فطريقه: أن تزيد التفاوت عليهما، فتجعل التركة ثوبين ودينارين، ولكل ابن ثوب ودينار، وقد أخذ أحدهما ثلاثة أرباع ثوب وديناراً ونصفاً، فتقابل به حقه وهو ثوب ودينار، وتسقط ثلاثة أرباع ثوب بمثلها، وديناراً بدينار، يبقى ربع ثوب في مقابلة نصف دينار، فالثوب الكامل يعدل دينارين، فهما قيمة الأدنى، وقيمة الأعلى أربعة، وجملة التركة ستة.

مسألة: زوج، وابن، أخذ الزوج بميراثه وبدين له على الميتة ثلث المال، المسألة من أربعة، تسقط منها سهم الزوج، يبقى ثلاثة تضربها في مخرج الكسر المذكور، وهو ثلاثة، تبلغ تسعة، منها تخرج المسألة، للزوج ثلاثة، وللابن ستة. وإذا كان لابن بثلاثة أسهم ستة، كان للزوج بسهم اثنان، فاثنان إرث، وواحد دين. ونقول بطريق آخر: المسألة من أربعة، والدين شيء، فجملة التركة أربعة أسهم وشيء، منها سهم وشيء ثلث المال، وثلاثة أسهم ثلثاه، والثلث يعدل نصف

الثلاثين. فإذا سهم وشيء يعدل سهماً ونصف سهم، السهم بالسهم، يبقى شيء في مقابلة نصف سهم، فتعلم أن الشيء المضموم إلى السهام الأربعة سهم. فإذا بسطانها أنصافاً كانت تسعة.

مسألة: ابن وبنت، انتهبا التركة، ثم ردّ كل واحد منهما على صاحبه ربع ما انتهب، فوصل كل واحد إلى حقه من الميراث، يجعل ما انتهبه الابن أربعة أشياء، وما انتهبه البنت أربعة دنانير. فإذا ردّ الابن ربع ما انتهبه، وأخذ منها ربع ما انتهبه، حصل في يده ثلاثة أشياء ودينار، وفي يدها ثلاثة دنانير وشيء، ومعلوم أن حقه ضعف حقها، فضعف ما معها مثل ما معه، وضعف ما معها ستة دنانير وشيئان، تعدل ثلاثة أشياء وديناراً، فتسقط ديناراً بدينار، وشيئين بشيئين، يبقى خمسة دنانير تعدل شيئاً، فعرّفنا أن قيمة الشيء خمسة، وقيمة الدينار واحد، وجملة التركة أربعة أشياء وأربعة دنانير، فيكون أربعة وعشرين، ما انتهبه الابن عشرون، وما انتهبه البنت أربعة. فإذا دفع إليها خمسة وأخذ منها واحداً، كان معه ستة عشر، ومعها ثمانية. وتعرف هذه المسألة ونظائرها بـ «مسألة النّهبي».

فصل: في مسائل من الحساب، تتعلق بأبواب سبقت أحكامها

إحداها: سبق أن المفقود إذا مات له قريب، وخلف ورثة أيضاً حاضرين، يؤخذ في حق الجميع بالأسو من حياة المفقود وموته في إسقاطه وفي دفع الأقل إليه. وطريق معرفة الأقل: أن تصحح المسألة على تقديري حياته وموته، وتضرب إحداهما في الأخرى إن لم تتوافقا، فإن توافقتا، ضربت وفق إحداهما في جميع الأخرى، ثم كل من ورث على التقديرين تضرب ما يرثه من كل مسألة في الأخرى، أو في وفقها، وتصرف إليه الأقل مما حصل من الضربين.

مثاله: أختان لأب، وعمّ، وزوجٌ مفقود. فإن كان حياً، فهي من سبعة، وإلا، فمن ثلاثة، ولا موافقة بينهما، فتضرب أحدهما في الآخر، يبلغ أحداً وعشرين، للأختين من مسألة الحياة أربعة في ثلاثة باثني عشر، ومن مسألة الموت سهمان في سبعة بأربعة عشر، فيصرف إليهما اثنا عشر، ويوقف الباقي، فإن عُرف حياة الزوج، دُفع إليه، وإن عُرف موته، فسهمان من الموقوف للأختين، والباقي للعم.

أم، وزوج، وأختان لأب، وابن مفقود. فإن كان حياً، فالمسألة من اثني عشر، وإن كان ميتاً، عالت إلى ثمانية، وهما متوافقان بالربع، فتضرب ربع أحدهما في الآخر، تبلغ أربعة وعشرين، للأُم من مسألة الحياة سهمان مضروبان في وفق مسألة الموت، تكون أربعة، ومن مسألة الموت سهم في وفق مسألة الحياة، تكون

ثلاثة، فتعطى ثلاثة، وللزوج من الحياة ثلاثة في وفق الموت، تكون ستة، ومن الموت ثلاثة في وفق الحياة، تكون تسعة، فيعطى ستة، ويوقف الباقي.

والمسألة الثانية: طريق تصحيح مسائل الخنثى على جميع الحالات، وطلب الأقل المتيقن: أن تقيم المسألة على جميع الحالات. فإن كان الخنثى واحداً، فله حالان: إما ذكر، وإما أنثى. وإن كان خنثيان، فلهما ثلاثة أحوال، ولعل هذا القياس. فإذا ضبطت أنثيان، أو ذكر وأنثى، ولثلاثة خنثى أربعة أحوال، وعلى هذا القياس. فإذا ضبطت أصل كل حال، فخذ اثنين منها، وانظر أهما متمثالان، أم متداخلان، أم متوافقان، أم متباينان؟ واعمل فيهما عملك عند الانكسار على فريقين، ثم قابل الحاصل معك بأصل ثالث، وهكذا تفعل حتى تأتي على آخرها، ثم إن لم يكن في المسألة صاحب فرض، صحت مما عندك، وإن كان، ضربته من مخرج الفرض ثم قسمت.

مثاله: ولدان خنثيان، إن كانا ذكرين، فالمسألة من اثنين. أو أنثيين، فمن ثلاثة، وكذا الذكر والأنثى، فتسقط أحد الثلاثين، وتضرب الأخرى في اثنين، تبلغ ستة، تعطى كل واحد اثنين، لأنه الأقل.

زوج، وولدان خنثيان، تضرب الستة التي صحت منها مسألتها عند انفردهما في مخرج الربع، تبلغ أربعة وعشرين، للزوج منها ستة، ولكل واحد منهما ستة، لاحتمال أنوثته وذكره الآخر.

ابن، وولدان خنثيان، إن كانا ذكرين، فمن ثلاثة. أو أنثيين، فمن أربعة. أو ذكراً وأنثى، فمن خمسة، وكلها متباينة، فتضرب بعضها في بعض، تبلغ ستين، للابن عشرون، ولكل واحد منهما اثنا عشر، لاحتمال أنوثته وذكره الآخر.

قلت: ثلاثة أولاد خنثى، إن كانوا ذكوراً، فمن ثلاثة، أو إناثاً، تصح من تسعة، أو ذكراً وأنثيين، فمن أربعة، أو عكسه، فمن خمسة، والثلاثة داخلية في التسعة، فتضرب الأعداد الثلاثة بعضها في بعض، تبلغ مئة وثمانين، منها تنقسم، تعطى كل واحد سهماً من خمسة في أربعة، ثم في تسعة بستة وثلاثين. فإن بان واحد أنثى، لم تردّه، لبقاء الاحتمال، وتزيد صاحبيه كلّ واحد تمام أربعين إذ أسوأ أحوالهما أن يكونا أنثيين. فإن بان أحد الآخرين أنثى، لم تزدهما، وتزيد الأول تمام الأربعين. فإن بان الثالث أنثى، فلا زيادة لهن. وإن بان ذكراً، تم له تسعون، ولكل واحد منهما خمسة وأربعون. والله أعلم.

المسألة الثالثة: في تصحيح مسائل الحمل تفريعاً على أن أكثره أربعة، وأن من ليس له فرض مقدّر كالأولاد، يأخذ مع الحمل شيئاً، فتقام المسألة على تقدير ولد واحد، وله حالان، لأنه ذكر أو أنثى، وعلى تقدير ولدين، ولهها ثلاثة أحوال،

وعلى تقدير ثلاثة، ولهم أربعة أحوال، وعلى تقدير أربعة، ولهم خمسة أحوال، ثم ينظر في الأعداد، ويكتفى مما تماثل بواحد، ومما تداخل بالأكثر، ومما توافق بجزء الوفق، وتترك المتباينة بحالها، وتضرب ما حصل من الأعداد بعضها في بعض، فما بلغ، صحت منه القسمة، ويعطى الموجود على تقدير الأضر.

المسألة الرابعة: في تصحيح مسائل الاستهلال. فإذا مات عن ابن وزوجة حامل، فولدت ابناً وبناتاً، واستهل أحدهما فوجدا ميتين، ولم يعلم المستهل، فقد سبق أنه يعطى كل وارث أقل ما يستحقه. وطريق معرفته أن يقال: المسألة الأولى تصح من ستة عشر إن كان المستهل، هو الابن، للزوجة سهمان، ولكل ابن سبعة، ومسألة الابن المستهل من ثلاثة، والسبعة لا تنقسم على الثلاثة، ولا توافقها، فتضرب ثلاثة في ستة عشر، تبلغ ثمانية وأربعين، للزوجة الثمن ستة، ولكل ابن أحد وعشرون، للأخ أربعة عشر، فيجتمع للأخ منها ثلاثة عشر، وللأخ خمسة وثلاثون. وإن كانت البنت هي المستهلة، فالمسألة الأولى تصح من أربعة وعشرين، للبنت منها سبعة، ومسألتها من ثلاثة، ولا تصح السبعة على ثلاثة ولا توافقها، فتضرب ثلاثة في أربعة وعشرين، تبلغ اثنين وسبعين، للمرأة الثمن تسعة، وللأبن اثنان وأربعون، وللبنت أحد وعشرون، للأخ منها سبعة، وللأخ الباقي، فيجتمع للأخ ستة عشر، وللأخ ستة وخمسون وهما متوافقان بالثمن، فترد ما صحت منه مسألة البنت وهو اثنان وسبعون إلى ثمنها وهو تسعة، للأخ منها سهمان، وللأبن سبعة. فانتهى الأمر إلى أن المسألة على تقدير استهلال الابن صحت من ثمانية وأربعين، وصحت مسألة البنت من تسعة، وهما متوافقان بالثلث، فتضرب ثلث أحدهما في الآخر، تبلغ مئة وأربعة وأربعين، منها تصح في الحالين، للأخ بتقدير استهلال الابن تسعة وثلاثون، وبتقدير استهلال البنت اثنان وثلاثون، فتعطى الأقل، وللأبن بتقدير استهلال الابن مئة وخمسة، وبتقدير استهلال البنت مئة واثنى عشر، فتعطى الأقل، ويوقف الباقي وهو سبعة أسهم بينهما.

فرع: لأبن الحداد

مات عن زوجة حامل وأخوين، فولدت ابناً، ثم صودف ميتاً، فقالت الزوجة: انفصل حيّاً ثم مات، نظر، إن صدّقها، فهذا رجل خلف زوجة وابناً، ثم مات الابن وخلف أمّاً وعمين، فتصحان من أربعة وعشرين. وإن كذّبها، فالقول قولهما مع يمينهما، وتصح من ثمانية. وإن صدّقها أحدهما وكذّبها الآخر، حلف المكذّب وأخذ تمام حقه لو كذّبها، وهو ثلاثة من ثمانية، والباقي، وهو خمسة، يقسم بين

المصدق والزوجة على النسبة الواقعة بين نصيبيهما لو صدَّقاها، وذلك لاتفاقهما على أن المكذب ظالم يأخذ الزيادة، فكأنها تلفت من التركة، ونصيب الزوجة لو صدَّقاها عشرة من أربعة وعشرين، ثلاثة من الزوج، وسبعة من الابن، ونصيب العم سبعة، فالخمس بينهما على سبعة عشر، وهي غير منقسمة، فتضرب سبعة عشر في أصل المسألة، وهو ثمانية، تبلغ مئة وستة وثلاثين، للمكذب ثلاثة مضروبة فيما ضربناه في المسألة، وهو سبعة عشر، يكون أحداً وخمسين، والباقي، وهو خمسة وثمانون، تقسم على سبعة عشر، يكون لكل سهم خمسة، فلها بعشرة خمسون، وله بسبعة خمسة وثلاثون، وقد زاد نصيب المكذب على نصيب المصدق ستة عشر سهماً. ولو كانت المسألة بحالها، لكن ولدت بنتاً، قال الشيخ أبو علي تخريجاً على هذه القاعدة: إن صدَّقاها، صحت المسألتان من ثمانية وأربعين. وإن كذَّباها، فمن ثمانية. وإن صدَّقها أحدهما، فمن مائتين وثمانية وأربعين.

المسألة الخامسة: في حساب مسائل الرد. قال الأئمة: الرد نقيض العول، لأن الرد ينقص السهام عن سهام المسألة، والعول يزيد عليها، ثم للمردود عليه حالان: أحدهما: أن لا يكون معه من لا يُرد عليه، فينظر، إن كان شخصاً واحداً، فجميع المال له فرضاً ورداً. وإن كانوا جميعاً من صنف، فالمال بينهم بالسوية ذكوراً كانوا أو إناثاً. وإن كانوا صنفين أو ثلاثة، جعل عدد سهامهم من المسألة كأنه أصل المسألة، ثم ينظر في عدد سهام كل صنف وعدد رؤوسهم، إن انقسم عليهم، فذاك، وإلا، صُحِّح بطريقه.

مثاله: أم، وبنت، وأصل المسألة من ستة، وسهامها أربعة، فنجعل المسألة منها.

أم، وبنت، وبنت ابن، مجموع سهامهن خمسة، فنجعلها أصل المسألة. فإن كان مع الأم والبنت ثلاث بنات ابن، ضربنا عددهن في خمسة، تبلغ خمسة عشر، للأم ثلاثة، وللبنت تسعة، ولبنات الابن ثلاثة.

الحال الثاني: إذا كان معهم من لا يُردُّ عليه، دُفع إليه فرضه من مخرجه، وجعل الباقي لمن يرد عليه إن كان شخصاً أو جماعة من صنف. فإن كانوا صنفين فأكثر، فخذ مخرج فروضهم وسهامهم منه، وانظر في الباقي من مخرج فرض من لا ردَّ عليه، فما بلغ جعلته أصل المسألة. فإن وقع كسر، صُحِّح بطريقه.

مثاله: زوجة، وأم، لها الربع، والباقي للأم. زوج، وست بنات، له الربع، والباقي لا يصح عليهن، ويتوافقان بالثلث، فتضرب وفق عددهن في أربعة، تبلغ ثمانية، منها تصح.

زوجة، وأم، وثلاث بنات، مخرج فرض الزوجة ثمانية، ومسألة الأم والبنات من ستة، وسهامهن خمسة، والسبعة الباقية لا تصح على خمسة ولا توافقها، فتضرب خمسة في ثمانية، تبلغ أربعين، للزوجة خمسة، والباقي بينهن أخماساً، للأم سبعة، يبقى ثمانية وعشرون لا تصح على ثلاثة، تضرب الثلاثة في أربعين، تبلغ مئة وعشرين، منها تصح.

فرع: باع بعض الورثة جميع نصيبه للباقيين على قدر أنصبتهم، قدّر كأنه لم يكن، وقسم المال على الباقيين.

مثاله: زوج، وابن، وبنت، باع الزوج نصيبه لهما على قدر حقهما، فكأنه لا زوج، وتقسم التركة بينهما أثلاثاً. ولو باع بعض نصيبه، جعلت المسألة من عدد يوجد لنصيب البائع منه الجزء المبيع، وينقسم ذلك على الباقيين.

مثاله: باع الزوج في المثل المذكور نصف نصيبه، تجعل المسألة من ثمانية ليكون لنصيبه منها وهو الربع نصف، لكن نصف ربع الثمانية لا ينقسم على الابن والبنث أثلاثاً، فتضرب الثمانية في مخرج الثلاث، تبلغ أربعة وعشرين، للزوج ثلاثة، وللبن أربعة عشر، وللبنت سبعة، وعلى هذا القياس.

الباب العاشر: في المسائل الملقبات ومسائل المعاياة والقربات المتشابهات

فيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول: في الملقّبات.

منها: المشركّة، والخرقاء، والاكدرية، وأم الفروخ، وأم الأرامل، والصّماء، وقد بيّناهنّ.

ومنها: مربّعات ابن مسعود رضي الله عنه، وهن: بنت، وأخت، وجد. قال: للبنت النصف، والباقي بينهما مناصفة. وزوجة، وأم، وجد، وأخ، جعل المال بينهم أرباعاً. وزوجة، وأخت، وجد. قال: للزوجة الربع، وللأخت النصف، والباقي للجد. فالصور كلّها من أربعة، والأخيرة تسمى: مربّعة الجماعة، لأنهم كلّهم جعلوها من أربعة وإن اختلفوا في بعض الأنصاء.

ومنها: المثمنّة، وهي: زوجة، وأم، وأختان لأبوين، وأختان لأم، وولد لا يرث لرقّ ونحوه، لأن فيها ثمانية مذاهب عند الجمهور، هي من اثني عشر، وتعمل إلى سبعة عشر. وعن ابن عباس رضي الله عنه، تفرعاً على إنكار العول: أن الفاضل عن فرض الزوجة والأم وولدي الأم، لولدي الأبوين، فتصح من أربعة وعشرين. وعنه

أيضاً عليه السلام: أن الفاضل عن الزوجة والأم، بين ولدي الأم وولدي الأبوين، فتصح من اثنين وسبعين. وعن معاذ عليه السلام: أن للأم الثلث تفريعاً على أن الأم لا تُحجب إلا بإخوة، فتعول إلى تسعة عشر. وعن ابن مسعود عليه السلام: إسقاط ولدي الأم وعنه: إسقاط ولدي الأبوين، وعنه: إسقاط الصنفين، والباقي للعصبة، وعنه وهو الأشهر: أن للمرأة الثمن تفريعاً على أن من لا يرث من الأولاد، يحجب الزوجة والأم، فتكون المسألة من أربعة وعشرين، وتعول إلى أحد وثلاثين، وتسمى لذلك: ثلاثينية ابن مسعود عليه السلام.

ومنها: تسعينية زيد عليه السلام: وهي: أم، وجد، وأخت لأبوين، وأخوان، وأخت لأب، هي من ثمانية عشر أصلاً أو ضرباً، للأم ثلاثة، وللجد خمسة، وللأخت للأبوين تسعة، يبقى سهم على خمسة، فتضربهم في ثمانية عشر تبلغ تسعين، منها تصح.

ومنها: النصفية، وهي: زوج، وأخت لأبوين، أو لأب، لأنه ليس في الفرائض شخصان يرثان نصفي المال فرضاً إلا هما، وربما سميت صورتان: يتيمتين. ومنها: العُمريّتان، وهما: زوج، وأبوان، أو زوجة، وأبوان، لأن أول من قضى فيها عمر عليه السلام.

ومنها: مختصرة زيد عليه السلام، وهي: أم، وجد، وأخت لأبوين، وأخ، وأخت لأب، لأنها تعمل تارة بالبسط، فيقال: هي من ستة، للأم سهم، والباقي بين الجد والأخ والأختين على ستة، فتضرب ستة في أصل المسألة، تبلغ ستة وثلاثين، ويبقى بعد القسمة سهمان لولدي الأب لا يصحان، فتضرب ثلاثة في ستة وثلاثين، تبلغ مئة وثمانية، والسهام بعد القسمة تتوافق بالإنصاف، فتردها إلى أربعة وخمسين. وتارة بالاختصار فيقال: المقاسمة وثلث الباقي سواء للجد، فتقسم من ثمانية عشر، يبقى سهم لا يصح على ولدي الأب، فتضرب ثلاثة في ثمانية عشر، تبلغ أربعة وخمسين. ومنها: مسألة الامتحان: وهي: أربع نسوة: وخمس جدات، وسبع بنات، وتسعة إخوة لأب، هي من أربعة وعشرين، وتصح من ثلاثين ألفاً ومائتين وأربعين. قلت: سميت بالامتحان، لأنه يقال: ورثة لا تبلغ طائفة منهم عشرة، لم تصح مسائلتهم من أقل من كذا. والله أعلم.

ومنها: العَرَاء، هي: زوج، وأختان لأب، وولدا أم، وتسمى: مروانية، لأنه يقال: إنها وقعت في زمن بني أمية، واشتهرت في الناس فسميت: غراء. ومنها: المروانية الأخرى، وهي: زوجة ورثت من زوجها ديناراً ودرهماً، والتركة عشرون ديناراً وعشرون درهماً، يقال: إن عبد الملك سئل عنها فقال:

صورتها: أختان لأبوين، وأختان لأم، وأربع زوجات، للزوجات خمس الباب بسبب العول، والخمس أربعة دنانير، وأربعة دراهم، لكل زوجة دينار ودرهم. ومنها: مسائل المباهلة، وهي مسائل العول، لأن ابن عباس عليه السلام قال: من شاء بأهله أن المسألة لا تعول.

ومنها: الناقضة، وهي: زوج، وأم، وأخوان لأم، لأنها تنقض أحد أصلي ابن عباس عليه السلام، إن أعطاهما الثلث، لزم العول. وإن أعطاهما السدس، لزم الحجب بأخوين وهو يمنع الحكمين، لكن قيل: إن الصحيح على قياس قوله أن الباقي للأخوين. ومنها: الدينارية، وهي: زوجة، وأم، وبنتان، واثنان عشر أخاً، وأخت، والتركة ستمائة دينار، خصّ الأخت دينار منها. يروى أنها جاءت علياً عليه السلام متظلمة فقال: قد استوفيت حقك.

قلت: ويروى أنها قالت له عليه السلام: ترك أخي ستمائة دينار، أعطيت ديناراً، فقال: لعل أخاك ترك زوجة... وذكر الباقيين، وذكر الشيخ نصر المقدسي رحمه الله تعالى: أنها تسمى: العامرية، وأن الأخت سألت عامراً الشعبي رحمه الله تعالى عنها، فأجاب بما ذكرنا. والله أعلم.

ومنها: المأمونية، وهي: أبوان، وبنتان، لم تقسم التركة حتى ماتت إحدى البننتين، وتركت الباقيين، سأل المأمون عنها يحيى بن أكثم عليه السلام حين أراد أن يولييه القضاء فقال: الميت الأول رجل، أم امرأة؟ فقال المأمون: إذا عرفت الفرق عرفت الجواب، لأنه إن كان رجلاً، فالأب وارث في المسألة الثانية، وإلا، فلا، لأنه أبو أم.

الفصل الثاني: في المعاياة، قالت حبلى لقوم يقسمون تركة: لا تعجلوا فإني حبلى، إن ولدت ذكراً ورث، وإن ولدت أنثى، لم ترث. وإن ولدت ذكراً وأنثى، ورث الذكر دون الأنثى، هذه زوجة كل عصة سوى الأب والابن. ولو قالت: إن ولدت ذكراً، أو ذكراً وأنثى، ورثا، وإن ولدت أنثى، لم ترث فهي زوجة الأب، وفي الورثة أختان لأبوين، أو زوجة الابن، وفي الورثة بنتا صلب.

ولو قالت: إن ولدت ذكراً، لم يرث، وإن ولدت أنثى، ورثت، فهي زوجة الابن، والورثة الظاهرون: زوج، وأبوان، وبنت أو زوجة الأب. والورثة الظاهرون: زوج، وأم، وأختان لأم. ولو قالت: إن ولدت ذكراً أو أنثى لم ترث، وإن ولدتهما، ورثا، فهي زوجة الأب، وقد مات الأب قبله. والورثة الظاهرون: أم، وجد، وأخت لأبوين.

نوع آخر: قالت: إن ولدت ذكراً، ورث وورثت. وإن ولدت أنثى، لم ترث ولا أرث، فهي بنت ابن الميت، وزوجة ابن ابن له آخر، وهناك بنتا صلب.

ولو قالت: إن ولدت ذكراً، لم يرث ولم أرث، وإن ولدت أنثى، ورثنا، فهي بنت ابن ابن الميثة، وزوجة ابن ابن آخر. والورثة الظاهرون: زوج، وأبوان، وبنت ابن.

ولو قالت: إن ولدت ذكراً، فلي الثمن وله الباقي، أو أنثى، فالمال بيني وبينها سواء، وإن أسقطت ميته، فالمال كله لي، فهي امرأة أعتقت عبداً ثم تزوجته فمات وهي حبلى منه.

نوع آخر: قال رجل: لا تعجلوا، فامرأتي غائبة، إن كانت ميثة، ورثت أنا، وإن كانت حية، ورثت ولم أرث، فهذا أخو الميت لأبيه، وزوجته الغائبة أخت الميت لأمه، وله معها أم وأختان لأبوين. ولو قال: إن كانت حية، ورثت دونها، أو ميثة، فلا شيء لنا، هي امرأة ماتت عن زوج، وأم، وجد، وأخت لأم، وأخ لأب قد نكحها، وهي الغائبة.

نوع آخر: امرأة وزوجها، أخذوا ثلاثة أرباع المال، وأخرى وزوجها أخذوا الربع، صورته: أخت لأب، وأخرى لأم وابنا عم أحدهما أخ لأم، والذي هو أخ لأم، زوج الأخت للأب، والآخر زوج الأخت للأم، فلأخت للأب النصف، وللأخ وللأخت للأم الثلث، والباقي بين ابني العم.

زوجان أخذوا ثلث المال، وآخران ثلثيه، صورته: أبوان، وبنت ابن في نكاح ابن ابن آخر.

رجل وابنته، ورثا مالاً نصفين، صورته: ماتت عن زوج هو ابن عم وبنت منه. رجل وزوجته، ورثوا المال أثلاثاً، صورته: بنتا ابنين في نكاح ابن أخ، أو ابن ابن ابن.

ابن زوجة، وسبعة إخوة لها، ورثوا مالاً بالسوية، صورته: نكح ابن رجل أم امرأته وأولدها سبعة، ومات الرجل بعد الابن عن زوجة وسبعة بني ابن، هم إخوتها لأم، فلها الثمن، ولهم الباقي.

نوع آخر: امرأة ورثت أربعة أزواج، واحد بعد واحد، فحصل لها نصف أموالهم، هم أربعة إخوة لأب، كان لهم ثمانية عشر ديناراً للأول ثمانية، وللثاني ستة، وللثالث ثلاثة، وللرابع دينار.

امرأة ورثت خمسة أزواج، فحصل لها نصف أموالهم، هم خمسة إخوة، لهم ثمانية وأربعون ديناراً، للأول ستة عشر، وللثاني ثلاثة عشر، وللثالث تسعة وللرابع ثلاثة، وللخامس سبعة. فلو كانوا ثلاثة، وورثت النصف، فهم ثلاثة إخوة، لهم مئة وثمانية وثلاثون، للأول مئة وثمانية وعشرون، وللثاني ثمانية، وللثالث ديناران.

نوع آخر: قال صحيح لمريض: أوص، فقال: إنما يرثني أنت وأخوك وأبوك وعمّاك، فالصحيح، أخو المريض لأمه وابن عمه، فأخواه أخوا المريض لأمه، وأبواه عم المريض وأمه، وعماه عما المريض، والحاصل ثلاثة إخوة لأم، وأم، وثلاثة أعمام. ولو قال: يرثني أبوك وعمّاك وخالك، فالصحيح ابن أخي المريض لأبيه، وابن أخته لأمه، وله أخوان آخران لأب، وأخوان لأم. ولو قال، يرثني جدتك وأختك وزوجتك وبنّتك، فجدتا الصحيح زوجتا المريض، وأختاه من الأم أختا المريض من الأب، وزوجتا الصحيح إحداهما أم المريض، والأخرى أخته للأب، وبنّتا الصحيح أختا المريض من الأم، ولدتهما له أم المريض. والحاصل: زوجتان وثلاث أخوات لأب، وأختان لأم، وأم. ولو قال: يرثني زوجتك وبنّتك، وأختك، وعمّتك، وخالتك، فزوجتا الصحيح أم المريض وأخته لأبيه، وبنّتا الصحيح أختا المريض لأمه، وأختا الصحيح لأمه أختا المريض لأبيه، وعمّتا الصحيح إحداهما لأب والأخرى لأم، وخالتاه كذلك، وأربعهن زوجات المريض، فالحاصل: أربع زوجات، وأم، وأختان لأم، وثلاث أخوات لأب.

نوع آخر: ترك سبعة عشر ديناراً على سبع عشرة أنثى، أصاب كل واحدة دينار، هي أم الأرامل.

ترك أربعة وعشرين ديناراً على أربع وعشرين أنثى، أصاب كل أنثى دينار، هي ثلاث زوجات، وأربع جدات، وست عشرة بنتاً، وأخت لأب.

الفصل الثالث: في القرابات المشتبهة.

رجلان، كل واحد عم الآخر، هما رجلان نكح كلٌّ أم صاحبه، فولد لكلّ ابنٌ، فكل ابن عم الآخر لأمه.

رجلان، كل واحد خال الآخر، هما رجلان نكح كل واحد بنت الآخر، فولد لهما ابنان، فكل ابن خال الآخر.

رجلان، كلٌّ عم أبي الآخر، صورته: نكح رجلان كلٌّ أم أبي الآخر، فولد لهما ابنان.

رجلان، كلٌّ عم أم الآخر، نكح كل بنت ابن الآخر، فولد لهما ابنان.

رجلان، كلٌّ خال أب الآخر، نكح كلٌّ أم أم الآخر فولدا ابنين.

رجلان، كلٌّ خال أم الآخر، نكح كل بنت بنت الآخر فولدا ابنين.

رجلان، أحدهما عم الآخر، والآخر خال الأول، صورته: نكح امرأة وابنه أمّها، فولد لكلّ ابن، فابن الأب عم ابن الابن وهو خال ابن الأب.

رجل هو عم وخال، صورته: أن ينكح أحد الأخوين لأب أخت الآخر للأم
فتلد ابناً، فالأخ الآخر عم المولود لأبيه وخاله لأمه.
رجل هو عم أبيه وعم أمه، صورته: أن ينكح أبو أبي أبيه أم أبي أمه، فتلد
ابناً، فذلك الابن عم أبيه للأب، وعم أمه للأم.
رجل هو خال أبيه، وخال أمه، صورته: أن ينكح أبو أم أم أم أبيه، فتلد
ابناً، فالابن خال أم الرجل لأبيه، وخال أبيه لأمه.
رجلان كل ابن عم الآخر وابن خاله، صورته: أن ينكح رجلان كل أخت
الآخر فيولد لهما ابناً.

وعن حرملة: أن رجلاً دفع رَقعة إلى الشافعي - رحمته الله - فيها:
رجل مات وخلّى رجلاً ابن عم ابن أخي عم أبيه
فكتب الشافعي - رحمته الله - في أسفلها:
صار مال المتوفى كمالاً باتفاق القول لا مرية فيه
للذي خبّرت عنه أنه ابن عم ابن أخي عم أبيه
وذلك لأن ابن أخي عم الأب، هو الأب، فابن عمه هو ابن عم الأب.
ويعرف من هذا قول القائل: ورث من الميت خال ابن عمته دون أخيه من
الأبوين، لأن خال ابن العمّة هو الأب والأعمام، والمراد هنا: الأب.
وقول القائل: ورث الميت عمّة ابن خاله دون الجدة، لأنها هي الأم.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الوصايا (١)

يقال: أوصيتُ لفلان بكذا، ووصيتُ، وأوصيت إليه: إذا جعلته وصياً. ومن عنده ودیعة، أو في ذمته حق لله تعالى، كزكاة، وحج، أو دين لآدمي، يجب عليه أن يوصي به إذا لم يعلم به غيره.

قلت: المراد، إذا لم يعلم به من يثبت بقوله. والله أعلم.

ويستحب أن يوصي من له مال. وتعجيل الصدقة في الصحة ثم في الحياة أفضل، وإذا أراد أن يوصي، فالأفضل أن يقدم من لا يرث من قرابته، ويقدم منهم المحارم، ثم غير المحارم، ثم يقدم بالرضاع، ثم بالمصاهرة، ثم بالولاء، ثم بالجوار، كما في الصدقة المنجزة. وفي «أمالی» السرخسي: أن من قل ماله، وكثر عياله، يستحب أن لا يفوته عليهم بالوصية. والصحيح المعروف هو الأول. ويشتمل الكتاب على أربعة أبواب:

الباب الأول: في أركانها

وهي أربعة:

الركن الأول: الموصي، وهو كل مكلف حر، فلا تصح وصية المجنون، والمبرسم، والمعتوه الذي لا يعقل، والصبي الذي لا يميز قطعاً، ولا تصح وصية الصبي المميز. وتدبيره على الأظهر عند الأكثرين كهبته وإعتاقه، إذ لا عبارة له. وتصح وصية المحجور عليه لسفه على المذهب. وقيل: قولان كالصبي. وأما العبد، فإن أوصى، ومات رقيقاً، فباطلة. وإن عتق، ثم مات، فباطلة أيضاً على الأصح. والمكاتب كالقن والصبی.

فرع: تصح وصية الكافر بما يتمول أو يقتني، ولا تصح بخمر، ولا خنزير،

(١) الوصية لغة: معناها العهد إلى الغير أو الأمر.

وشرعاً: هبة الإنسان غيره عيناً أو ديناً أو منفعة على أن يملك الموصى له الهبة بعد موت الموصي.

وقد تشمل الوصية ما هو أهم من ذلك فتكون بمعنى الأمر بالتصرف بعد الموت، فتشمل الوصية لشخص بغسله، أو الصلاة عليه إماماً، أو دفع شيء من ماله لجهة.

سواء أوصى لمسلم أو ذمي، ولا بمعصية، كعمارة كنيسة، أو بنائها، أو كتب التوراة والإنجيل، أو قراءتهما، وما أشبههما.

الركن الثاني: الموصى له. فإن كانت الوصية لجهة عامة، فشرطه: أن لا تكون جهة معصية وسواء أوصى به مسلم أو ذمي، فلو وصى مسلم ببناء بقعة لبعض المعاصي، لم يصح، كما لو وصى ذمي ببناء كنيسة.

فرع: يجوز للمسلم والذمي الوصية لعمارة المسجد الأقصى وغيره من المساجد، ولعمارة قبور الأنبياء، والعلماء، والصالحين، لما فيها من إحياء الزيارة، والتبرك بها، وكذا الوصية لفك أسارى الكفار من أيدي المسلمين، لأن المفاداة جائزة، وكذا الوصية ببناء رباط ينزله أهل الذمة، أو دار لتصرف غلتها إليهم.

فرع: عدّوا من الوصية بالمعصية، ما إذا أوصى لدهن سراج الكنيسة، لكن قيّد الشيخ أبو حامد المنع بما إذا قصد تعظيم الكنيسة. فأما إذا قصد انتفاع المقيمين أو المجاورين بضوئها، فالوصية جائزة، كما لو أوصى بشيء لأهل الذمة.

فصل: وإن كانت الوصية لمعيّن، فينبغي أن يتصور له الملك. ويتعلق بهذا الضبط مسائل:

إحداها: الوصية للحمل جائزة، ثم ينظر، فإن قال: أوصيت لحمل فلانة، أو لحمل فلانة الموجود الآن، فلا بد لنفوذها من شرطين:

أحدهما: أن يعلم وجوده حال الوصية، بأن يفصل لأقل من ستة أشهر، فلو انفصل لستة فصاعداً، نظر، إن كانت المرأة فراشاً لزوج أو سيد، لم يستحق شيئاً، وإن لم تكن فراشاً، بل فارقها مستفرشها قبل الوصية. فإن كان الانفصال لأكثر من أربع سنين من وقت الوصية، لم يستحق شيئاً. وإن انفصل لدون ذلك، فقولان: وقيل: وجهان: أظهرهما: أنه يستحق، لأن الظاهر وجوده. ولو قال: أوصيت لحمل فلانة من زيد، اشترط مع ذلك ثبوت نسبه من زيد حتى لو كانت الوصية بعد زوال الفراش، فأتت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الفراق، ولأقل من ستة أشهر من يوم الوصية، لم يستحق شيئاً، لأن النسب غير ثابت منه. ولو اقتضى الحال ثبوت نسبه من زيد، فنفاه باللعان، فالصحيح الذي قاله ابن سريج والجمهور: لا شيء له، لأنه لم يثبت. وعن أبي إسحاق، واختاره الأستاذ أبو منصور: يستحق، لأن النسب كان ثابتاً، واللعان إنما يؤثر في حق المتلاعنين، ويجري الخلاف فيما لو أوصى لحمل أمة من سيدها، فادعى سيدها الاستبراء، ورأيناه نافياً للنسب.

الشرط الثاني: أن يفصل حياً، فلو انفصل ميتاً، فلا شيء له وإن انفصل بجناية وأوجبنا الغرة، لما ذكرناه في الميراث.

فرع: أتت بولدين بينهما أقل من ستة أشهر، وبين الوصية والأول أقل من ستة أشهر، صحت الوصية لهما وإن زاد ما بين الوصية والثاني على ستة أشهر وكانت المرأة فراشاً، لأنهما حمل واحد.

فرع: يقبل الوصية للحمل من يلي أمره بعد خروجه حياً. وإن قبلها قبل انفصاله، ثم انفصل حياً، فعن القفال: أنه لا يعتد بقوله. وقال غيره: فيه قولان: كمن باع مال أبيه على ظن حياته فبان ميتاً.

فرع: هذا الذي ذكرناه، فيما إذا قال: أوصيت لحملها، أو لحملها الموجود. أما إذا قال: لحملها الذي سيحدث، فأوجه: أصحها: عند الأكثرين: بطلان الوصية، لأنها تملك، وتمليك المعدوم ممتنع. والثاني: تصح، قاله أبو إسحاق، وأبو منصور، كما تصح بالحمل الذي سيوجد. والثالث: إن كان الحمل موجوداً حال الموت، صح، وإلا، فلا.

المسألة الثانية: العبد الموصى له، إما أن يكون لأجنبي، وإما أن يكون للموصي، وإما للورثة.

القسم الأول: لأجنبي، فتصح الوصية. ثم لا يخلو، إما أن يستمر رقبته، وإما أن لا يستمر.

الحالة الأولى: أن يستمر رقبته، فالوصية للسيد، حتى لو قتل الموصي العبد الموصى له، لم تبطل الوصية، ولو قتله سيد العبد، كانت وصيته للقاتل. وفي افتقار قبول العبد إلى إذن السيد وجهان سبقا في باب «معاملة العبيد». أصحهما: المنع، ولا يصح من السيد مباشرة القبول بنفسه على الأصح، لأن الخطاب لم يكن معه، والوجهان فيما حكى، مخصوصان بقولنا: إن قبول العبد يفتقر إلى إذن السيد. ويجوز أن يُعمما، لأن الملك للسيد بكل حال، فلا يبعد تصحيح القبول منه وإن لم يسم في الوصية؛ ألا ترى أن وارث الموصى له يقبل وإن لم يسم في الوصية. وأما قبول السيد ما وهب لعبده، فقال قائلون: هو على هذين الوجهين. وقال الإمام: هو باطل قطعاً، لأن القبول في الهبة كالقبول في سائر العقود، بخلاف قبول الوصية. وإذا صححنا قبول العبد بغير إذن سيده، فلو منعه من القبول فقبل، قال الإمام: الظاهر عندي الصحة، وحصول الملك للسيد، كما لو نهاه عن الخلع فخالع. وإذا قلنا: لا يصح بلا إذن، فلو رد السيد، فهو أبلغ من عدم الإذن. فلو بدا له أن يأذن في القبول، ففيه احتمال عند الإمام، قال: وإذا صححنا القبول من السيد، فيجب أن يبطل ردُّ العبد لو ردّه.

الحالة الثانية: أن لا يستمر، بل يعتق. فينظر، إن عتق قبل موت الموصي،

فالاستحقاق للعبد، لأنه وقت الملك حر، وإن عتق بعد موته. فإن قبل ثم عتق، فالاستحقاق للسيد، وإن عتق ثم قبل، فإن قلنا: الوصية تملك بالموت، أو موقوفة، فالملك للسيد. وإن قلنا: تملك بالقبول، فللعبد. ولو أوصى لعبد هو لزيد، فباعه لعمره، فينظر في وقت البيع، ويجاب بمثل هذا التفصيل.

فرع: أوصى لمن نصفه حر، ونصفه لأجنبي، فإن لم تكن بينه وبين سيده مهياة، وقبل بإذن السيد، فالموصى به بينهما بالسوية، كما لو احتش أو احتطب. وإن قبل بغير إذنه، وقلنا: يفتقر قبول العبد إلى إذن سيده، فالقبول باطل في نصف السيد. وفي نصفه وجهان: لأن ما يملكه ينقسم على نصفه فيلزم دخول نصفه في ملك السيد بغير إذنه. وإن كان بينهما مهياة، بني على أن الأكساب النادرة هل تدخل في المهياة؟ وفيه خلاف سبق في «زكاة الفطر»، وفي «كتاب اللقطة». فإن قلنا: لا تدخل، فهو كما لو لم تكن مهياة. وإن قلنا: تدخل، فلا حاجة إلى إذن السيد في القبول، لأن المهياة إذن له في جميع الأكساب الداخلة فيها. وهل الاعتبار بيوم موت الموصي، أم بيوم القبول، أم بيوم الوصية؟ فيه أوجه: أصحابها: الأول. ولو وهب لمن نصفه حر، فعلى القولين في دخول الكسب النادر في المهياة. فإن أدخلنا ووقع العقد في يوم أحدهما، والقبض في يوم الآخر، بني على أن الهبة المقبوضة يستند الملك فيها إلى العقد، أم يثبت عقب القبض؟ فإن قلنا بالأول، فالاعتبار بيوم العقد، وإلا، فيوم القبض على الأصح، وعلى الثاني بيوم العقد.

فرع: قال: أوصيت لنصفه الحر، أو لنصفه الرقيق خاصة. فعن القفال: بطلان الوصية. قال: ولا يجوز أن يوصي لبعض شخص، كما لا يرث بعضه، وقال غيره: يصح وينزل بتقييد الموصي منزلة المهياة، فيكون الموصى به للسيد إن وصّى لنصفه الرقيق، وله إن أوصى لنفسه الحر.

قلت: الأصح: الثاني. والله أعلم.

فرع: تردد الإمام، فيما إذا صرحا بإدراج الأكساب النادرة في المهياة، أنها تدخل قطعاً، أم تكون على الخلاف؟ وفيما لو عمت الهبات والوصايا في قطر، أنها هل تدخل قطعاً، أم تكون على الخلاف؟

قلت: الراجح طرد الخلاف مطلقاً، لكثرة التفاوت. والله أعلم.

القسم الثاني: أن يكون العبد الموصى له للموصي، فينظر، إن أوصى لعبده القنّ برقبته، فسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى في القسم الثاني من الباب الثاني. وإن أوصى له بجزء من رقبته، نفذت الوصية فيه، وعتق ذلك الجزء. وكذلك لو قال: أوصيت له بثلاث مالي ولا مال له سواه. ولو قال: أوصيت له بثلاث ما أملك من رقبته

وغيرها من أمواله، نفذت الوصية في ثلثه، وبقي باقيه رقيقاً للورثة، فيكون الثلث من سائر أمواله وصية لمن بعضه حر وبعضه رقيق لوارثه. وسنذكره إن شاء الله تعالى. ولو قال: أوصيت له بثلث ما أملك، أو بثلث أمواله، ولم ينص على رقبته، فأوجه: أصحها: وبه قال ابن الحداد: أن رقبته تدخل في الوصية، لأنها من أمواله. والثاني: لا، لإشعاره بغيره. فعلى هذا، لا يعتق منه شيء، والوصية له وصية للعبد بغير رقبته، وعلى الأول، هو كما لو قال: أوصيت له بثلث رقبته، وثلث باقي أمواله. والثالثة: تجمع الوصية في رقبته، فإن خرج كله من الثلث، عتق، وإن كان الثلث أكثر من قيمته، صرف الفضل إليه، وإن لم يخرج كله من الثلث، عتق منه بقدر ما يخرج. ولو أوصى له بعين مال، أو قال: أعطوه من مالي كذا، فإن مات وهو ملكه، فالوصية للورثة. وإن باعه الموصي، فهو للمشتري. وإن أعتقه، فهي للعتيق. ولو أوصى له بثلث جميع أمواله، وشرط تقديم رقبته، عتق جميعه، ودفع إليه ما يتم به الثلث.

فرع: تجوز الوصية لأم ولده، لأنها تعتق بموته من رأس المال، وللمكاتب، لأنه مستقل بالملك. ثم إن عجز ورق، صارت الوصية للورثة. وكذا المدبر. ثم عتقه والوصية له معتبران من الثلث. فإن وفى بهما، عتق، ونفذت الوصية. وإن لم يف الثلث بالمدبر، عتق منه بقدر الثلث، وصارت الوصية لمن بعضه حر وبعضه رقيق للوارث، وإن وفى بأحد الأمرين من المدبر والوصية، بأن كان المدبر يساوي مئة، والوصية بمائة، وله غيرهما مئة، فوجهان: أحدهما وبه قطع الشيخ أبو علي: تقدم رقبته، فيعتق كله، ولا شيء له بالوصية. وأصحهما: عند البغوي: يعتق نصفه، والوصية وصية لمن بعضه حر وبعضه رقيق للوارث.

قلت: الأول: أصح. والله أعلم.

القسم الثالث: أن يكون العبد لوارث الموصي، بأن باعه قبل موت الموصي، فالوصية للمشتري، وإن أعتقه، فهي للعتيق، فإن استمر في ملكه، فهي وصية لوارث، وسيأتي حكمها إن شاء الله تعالى. وكذا لو أوصى لعبد أجنبي، ثم اشتراه وارثه، ثم مات الموصي. ولو أوصى لمن نصفه حر، ونصفه لوارثه، فإن لم تكن بينه وبين السيد مهايأة، أو كانت، وقلنا: لا تدخل الوصية فيها، فهو كالوصية لوارث. قال الإمام: وكان يحتمل أن يبعّض الوصية، كما لو أوصى بأكثر من الثلث. وإن جرت مهايأة، وقلنا: يدخل فيها، فقد سبق أن الاعتبار بيوم موت الموصي على الأصح. فإن مات في يوم العبد، فالوصية صحيحة له، وإلا، فوصية لوارث. وسواء كانت مهايأة يوم الوصية، أم أحدثها قبل موت الموصي، قاله الشيخ أبو علي.

فرع: أوصى لمكاتب وارثه. فإن عتق قبل موت الموصي، نفذت الوصية له، وكذا لو أعتق بعده بأداء النجوم. فإن عجز، ورق، صارت وصية لوارث.

المسألة الثالثة: أوصى لدابة غيره، وقصد تملكها، أو أطلق. قال الأصحاب: الوصية باطلة، لأن مطلق اللفظ للتمليك، والدابة لا تملك. وفرقوا بينه وبين الوصية المطلقة للعبد، بأن العبد تنتظم مخاطبته، ويتأتى منه القبول، وربما عتق قبل موت الموصي، فثبت له الملك. وقد سبق في الوقف المطلق عليها وجهان في كونه وقفاً على مالكها، فيشبه أن تكون الوصية على ذلك الخلاف. وقد يفرق بأن الوصية تمليك مَحْض، فينبغي أن تضاف إلى من تملك.

قلت: الفرق أصح. والله أعلم.

ولو قُسرَّ بالصرف في علفها، صحت، لأن علفها على مالكها، فالقصد بهذه الوصية المالك. هذا هو ظاهر المنقول، وبه قطع الغزالي، والبغوي، وغيرهما. ويحتمل طرد خلاف سبق في مثله، في الوقف. فعلى الصحة في اشتراط قبول المالك وجهان: اختيار أبي زيد: لا يشترط، ويجعل وصية للدابة. والأصح: الاشتراط، وبه قطع صاحب «التلخيص» كسائر الوصايا. وهي وصية لمالكها، كما لو أوصى لعمارة داره، فعلى هذا، يتعين صرفه إلى جهة الدابة على الأصح. وبه قطع صاحب «التلخيص» رعاية لغرض الموصي. فعلى هذا، يتولى الإنفاق الوصي. فإن لم يكن، فالقاضي، أو من يأمره من المالك أو غيره. قال القفال: لا يتعين، بل له إمساكه، وينفق عليها من غيره.

فرع: لو انتقلت الدابة من مالكها إلى غيره، فقياس كون الوصية للدابة، الاستمرار لها. وقياس كونها للمالك، اختصاصها بالمنتقل عنه.

قلت: بل القياس اختصاصها بالمنتقل إليه، كما سبق في الوصية للعبد. والله أعلم.

فرع: أوصى لمسجد، وفسر بالصرف في عمارته ومصلحته، صحت الوصية. وإن أطلق، فهل تبطل كالوصية للدابة، أم تصح تنزيلاً على الصرف في عمارته ومصلحته عملاً بالعرف؟ وجهان: أحدهما: الثاني، ويصرفه القيم في الأهم والأصلح باجتهاده. وإن قال: أردت تمليك المسجد، فقد ذكر بعضهم أن الوصية باطلة. ولك أن تقول: سبق أن للمسجد ملكاً، وعليه وقفاً، وذلك يقتضي صحة الوصية.

قلت: هذا الذي أشار الإمام الرافعي إلى اختياره هو الأفقه والأرجح. والله أعلم.

المسألة الرابعة: الوصية للذمي صحيحة بلا خلاف. وكذا للحربي والمرتد على الأصح المنصوص في «عيون المسائل».

المسألة الخامسة: في صحة الوصية للقاتل قولان: أظهرهما عند العراقيين والإمام والرويانى: الصحة، كالهبة. وسواء كان القتل عمداً أو خطأً، بحق أم بغيره. وقيل: القولان في القتل ظلماً، وتصح للقاتل بحق قطعاً، كالقصاص. وقال القفال: إن ورثنا القاتل بحق، صحت، وإلا، فعلى هذا الخلاف. وقيل: القولان فيمن أوصى لجارحه ثم مات. أما من أوصى لرجل، فقتله، فباطلة قطعاً، لأنه مستعجل، فحرم، كالوارث. وقيل: تصح في الجراح قطعاً. والقولان في الآخر. والمذهب الصحة مطلقاً.

فرع: المستولدة إذا قتلت سيدها، عتقت قطعاً وإن استعجلت، لأن الاحبال كالإعتاق، ولو أعتق المريض عبداً، فقتل سيده، لم يؤثر في حريته. ولو قتل المدبر سيده، فإن قلنا: التدبير وصية، فهو كما لو أوصى لرجل فقتله. وإن قلنا: تعليق عتق، بصفة، عتق قطعاً، كالمستولدة. وقال البغوي: إن صححنا الوصية للقاتل، عتق المدبر بقتل سيده، وإلا، فلا. ويبطل التدبير، سواء قلنا: التدبير وصية، أم تعليق، لأنه وإن كان تعليقاً، ففي معنى الوصية، لأنه من الثلث.

فرع: أوصى لعبد جارحه، أو لمدبره، أو لمستولده، فإن عتق قبل موت الموصي، صحت الوصية للعتيق، وإن انتقل منه إلى غيره، صحت لذلك الغير، وإلا، فهي وصية لجراح.

فرع: أوصى لعبد زيد بشيء، فجاء العبد فقتل الموصي، لم تتأثر به الوصية. فإن جاء زيد وقتله، فهو وصية للقاتل. ولو أوصى لمكاتب، فقتل المكاتب الموصي، فإن عتق، فهي وصية للقاتل. وإن عجز، فالوصية صحيحة للسيد. وإن قتله سيد المكاتب، فالحكم بالعكس. وتجاوز الوصية للعبد القاتل، لأنها تقع لسيد.

فرع: مستحق الدين المؤجل إذا قتل من عليه دين، حل دينه، لأن الحظ له الآن في تعجيل براءته.

المسألة السادسة: في الوصية للوارث. يقدم عليها أنه ينبغي أن لا يوصي بأكثر من ثلث ماله. فلو خالف وله وارث خاص، فرد، بطلت الوصية في الزيادة على الثلث، وإن أجاز، دفع المال بالزيادة إلى الموصى له. وهل إجازته تنفيذ لتصرف الموصي، أم ابتداء عطية من الوارث؟ قولان: أظهرهما: تنفيذ. وإن لم يكن وارث خاص، فالزيادة على الثلث باطلة على الصحيح المعروف، وبه قطع الجمهور، لأن الحق للمسلمين، فلا مجيز. وحكى أبو عاصم العبادي وجهاً في صحتها. وقال

المتولي: للإمام رُدُّها. وهل له إجازتها؟ يبني على أن الإمام، هل يعطى حكم الوارث الخاص. وفي الوصية للوارث طريقان: أحدهما: أنه كما لو أوصى لأجنبي بزيادة على الثلث، فتبطل برد سائر الورثة. فإن أجازوا، فعلى القولين: أحدهما: إجازتهم ابتداءً عطيةً، والوصية باطلة. وأظهرهما: أنها تنفيذ. والطريق الثاني: القطع ببطالانها وإن أجازت الورثة. والفرق أن المنع من الزيادة هناك لحقَّ الورثة، فإذا رضوا أجاز. والمنع هنا لتغيير الفروض التي قدرها الله تعالى سبحانه للورثة، فلا أثر لرضاهم. فإن قلنا: تنفيذ، كفى لفظ الإجازة، ولا يحتاج إلى هبة وتجديد قبول وقبض، وليس للمجيز الرجوع وإن كان قبل القبض. وإن قلنا: ابتداءً عطية، فلا يكفي قبول الوصية أولاً، بل لا بد من قبول آخر في المجلس، ولا بد من القبض، وللمجيز الرجوع قبل القبض، وهل يشترط لفظ التملك، أو لفظ الإعناق إن كان الموصى به إعتاقاً؟ وجهان: أحدهما: نعم، ولا يكفي لفظ الإجازة، كما لو تصرف تصرفاً فاسداً من بيع أو هبة ثم أجاز.

فرع: خلف زوجة هي بنت عمه، وأباها، وكان أوصى لها، فأجاز أبوها الوصية، فلا رجوع له إن جعلنا الإجازة تنفيذاً، وإن جعلناها ابتداءً عطية، فله الرجوع.

فرع: أعتق عبداً في مرضه، أو أوصى بعتقه، ولا مال له سواه، أو زادت قيمته على الثلث، فإن قلنا: الإجازة ابتداءً عطية من الورثة، فولاء ما زاد على الثلث للمجيزين ذكورهم وإناثهم بحسب استحقاقهم. وإن قلنا: تنفيذ، فولاء جميعه للميت يرثه ذكور العصبه. وحكي عن ابن اللبان وجه: أن الولاء للميت على القولين، وهو شاذ ضعيف. ولو أعتق المريض عبداً، فمات قبل سيده، فهل يموت كله حرّاً، أم لا؟ فيه خلاف مذكور في «باب العتق».

فروع: تتعلق بالمسألة

إحداها: الهبة في مرض الموت للوارث، والوقف عليه وإبرائه من دين كالوصية له، ففيها الخلاف.

الثاني: لا اعتبار برد الورثة وإجازتهم في حياة الموصي. فلو أجازوا في حياته أو أذنوا له في الوصية، ثم أرادوا الرد بعد موته، فلهم ذلك. فإن أجازوا وقبل القسمه، فالصحيح لزومها. وقيل: كالإجازة قبل الموت، حكاه أبو منصور.

الثالث: ينبغي أن يعرف الوارث قدر الزائد على الثلث، وقدر التركة، فإن جهل أحدهما، لم يصح إن قلنا: الإجازة ابتداءً عطية. وإن قلنا: تنفيذ، فكالإبراء عن مجهول، وهو باطل على الأظهر.

الرابع: أجاز ثم قال: كنت أعتقد التركة قليلة، فبانت أكثر مما ظننت، قال الشافعي رحمته الله في «الأم»: يحلف وتنفذ الوصية في القدر الذي كان يتحققه. قال الأصحاب: إنما يحتاج إلى اليمين إذا حصل المال في يد الموصى له. فإن لم يحصل، فلا حاجة إلى اليمين إن جعلناها ابتداء عطية، فإن الهبة قبل القبض لا تلزم. وقال المتولي: التنفيذ في القدر المظنون مبني على أن الإجازة تنفيذ، فتنزل منزلة الإبراء. أما إذا قلنا: ابتداء عطية، فإذا حلف، بطل في الجميع. واللفظ المحكي عن النص ينازعه فيما ادعاه. ولو أقام الموصى له بينة أنه كان عالماً قدر التركة عند الإجازة، لزم إن جعلناها تنفيذاً، وإن قلنا: عطية، فلا، إذا لم يوجد القبض.

ولو كانت الوصية بعبد معين، فأجاز، ثم قال: ظننت التركة كثيرة وأن العبد خارج من ثلثها وقد بان خلافه، أو ظهر دين لم أعلمه، أو بان لي أنه تلف بعضها، فإن قلنا: الإجازة عطية، صحت، لأن العبد معلوم، والجهالة في غيره. وإن قلنا: تنفيذ، فقولان: أحدهما: الصحة، للعلم بالعبد. والثاني: يحلف ولا يلزم إلا الثلث، كما في الوصية بالمشاع، وبهذا قطع المتولي.

الخامس: الاعتبار في كونه وارثاً بيوم الموت، حتى لو أوصى لأخيه ولا ابن له، فولد له ابن قبل موته، صحت. ولو أوصى لأخيه وله ابن، فمات الابن قبل الموصي، فهي وصية لوارث، وهذا متفق عليه. وذكرنا في الإقرار للوارث خلافاً في أن الاعتبار بيوم الإقرار، أم الموت؟ والفرق أن استقرار الوصية بالموت، ولا ثبات لها قبله.

السادس: إذا أوصى لكل واحد من ورثته بقدر حصته من تركته، فوصيته باطلة، لأنه يستحقه بلا وصية. ويجيء فيه أوجه: أنه يصح، لأن صاحب «التتمة» حكى وجهين فيما إذا لم يكن له إلا وارث واحد فأوصى له بماله، الصحيح منهما: أن الوصية باطلة، ويأخذ التركة بالإرث. والثاني: تصح، فيأخذها بالوصية إذا لم ينقضها، قال: وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا ظهر دين. إن قلنا: إنه أخذ التركة إرثاً، فله إمساكها وقضاء الدين من غيرها. وإن قلنا بالوصية، قضاه منها ولصاحب الدين الامتناع لو قضى من غيرها.

قلت: ومن فوائده لو حدثت من عين التركة زوائده. إن قلنا: وصية، لم يملكها. وإن قلنا: إرث ملكها على الصحيح. والله أعلم.

ولو أوصى لكل وارث بعين هي قدر حصته، من ثوب، وعبد، وغيرهما، فهل تحتاج هذه الوصية إلى الإجازة، أم لا بل يختص كل واحد بما عينه له؟ وجهان: أحدهما: تحتاج، لاختلاف الأغراض في الأعيان ومنافعها. ولهذا أوصى أن تباع

عين ماله لزيد، صحت الوصية على الصحيح. وفيه وجه حكاه المتولي والشاشي.
السابع: لو باع المريض ماله لوارثه بثلث المثل، نفذ قطعاً.

الثامن: أوصى بثلث ماله لأجنبي ووارث. إن صححنا الوصية للوارث، وأجازت الورثة، فالثلث بينهما. وإن أبطلناها، أو ردّها سائر الورثة، بقي السدس للأجنبي على الصحيح. وقيل: تبطل فيه أيضاً أخذاً من تفريق الصفقة. وإن أوصى لهذا بالثلث، ولهذا بالثلث، فإن صححنا الوصية للوارث، وأجاز سائر الورثة، فلكل واحد منهما الثلث. وإن أبطلناها، أو ردّها، فلا شيء للوارث. ثم ينظر في كيفية الرد، إن ردّها وصيّة الوارث، سلم الثلث للأجنبي على الصحيح. وقيل: لا يسلم له إلا السدس. وإن قالوا: رددنا ما زاد على الثلث من الوصيتين، فالأصح: أن للأجنبي الثلث. وقيل: السدس.

التاسع: أوصى لأحد ورثته بقدر نصيبه من التركة، أو بما دونه، وأجاز الباقي، سلم له الموصى به، والباقي مشترك بينهم. قال الإمام: وذلك القدر، خرج عن كونه موروثاً باتفاق الورثة. ولو أوصى لبعض الورثة بأكثر من قدر نصيبه، فوجهان: أحدهما: أن الحكم كذلك. والثاني: أن الباقي لمن لم يوص له، لاحتمال أن غرضه من الوصية تخصيصه بتلك الزيادة. ويتخرج على هذا الخلاف ما إذا أوصى لأجنبي بنصف ماله، ولأحد ابنيه الحائرين بالنصف، وأجازا الوصيتين، فللأجنبي النصف. وفيما يستحقه الابن الموصى له وجهان: أحدهما: النصف. والثاني: الربع والسدس، ويبقى نصف سدس الذي لم يوص له.

ولو أجاز الابن الذي لم يوص له الوصيتين، ولم يجز الموصى له وصية الأجنبي، فالمسألة تصح من اثني عشر، للأجنبي الثلث أربعة بلا إجازة، ويأخذ سهماً آخر من نصيب الذي أجاز، فيجتمع له خمسة، وللابن الموصى له سبعة، منها ستة بالوصية، وسهم لأنه لم يجز وصية الأجنبي، كذا حكاه الأستاذ أبو منصور عن ابن سريج، وهو قياس الوجه الأول، وقياس الثاني: أن يأخذ الابن الموصى له ستة أسهم، ويبقى للابن الآخر سهم. ولو لم يجز الابن الذي لم يوص له وصية الأجنبي، فللأجنبي خمسة. ثم على قياس الوجه الأول، للابن الموصى له ستة أسهم، وللآخر سهم، وعلى قياس الثاني له خمسة، وللآخر سهمان.

العاشر: أوصى لزيد بثلث ماله، ولأحد ابنيه الحائرين بالكل، وأجازا الوصيتين، فلزيد الثلث، والثلثان للابن الموصى له. وليس له زحمة زيد في الثلث، لأن الوصية للأجنبي مستغنية عن الإجازة، وفيه احتمال للمتأخرين. وإن ردّا، فثلث زيد بحاله، ولا شيء للابن بالوصية. ولو أوصى لزيد بالثلث، ولكل واحد من ابنيه

بالثالث فرداً، لم يؤثر ردهما في حق زيد على الصحيح. وقيل: ليس له إلا ثلث الثلث بالشيوع.

الحادي عشر: وقف داراً في مرض موته على ابنه الحائز. فإن أبطلنا الوصية للوارث، فهو باطل. وإن صححناها بالإجازة، فقال ابن الحداد: إن احتملها ثلث ماله، لم يكن للوارث إبطال الوقف في شيء منها، لأن تصرف المريض في ثلث ماله نافذ، فإذا تمكن من قطع حق الوارث عن الثلث بالكلية، فتمكن من وقفه عليه أولاً، وإن زادت على الثلث، لم يبطل الوقف في قدر الثلث. وأما الزيادة، فليس للمريض تفويتها على الوارث، فللوارث ردها وإبطالها. فإن أجاز، فإجازته وقف منه على نفسه إن جعلنا إجازة الوارث عطية منه، وإن جعلناها تنفيذاً، لزم الوقف. وقال القفال: له رد الكل في الوقف لأن الوصية بالثلث في حق الوارث كهي بالزيادة في حق غير الوارث. والصحيح المعروف قول ابن الحداد، وعليه تنفرع الصور الآتية إن شاء الله تعالى. ثم ذكر الإمام أن صورة المسألة فيما إذا نجز الوقف في مرضه، وكان الابن طفلاً فقبله له ثم مات فأراد الابن الرد أو الإجازة، لكن لا حاجة إلى هذا التصوير، لأنه وإن كان بالغاً فقبله بنفسه، لم يمتنع عليه الرد بعد الموت، إذ الإجازة المعتمدة، هي الواقعة بعد الموت.

ولو كان له ابن، وبنت، فوقف ثلثي الدار على الابن، والثلث على البنت، فلا ردّ لهما إن خرجت الدار من الثلث. وإن زادت على الثلث، فلهما رد الوقف في الزيادة. وإن وقفها عليهما نصفين، والثلث يحتملها، فإن رضي الابن، فهي كما وقف، وإلا، فظاهر كلام ابن الحداد: أن له رد الوقف في ربع الدار، لأنه لما وقف عليه النصف، كان من حقه أن يقف على البنت الربع، فإذا زاد، كان للابن رده، ثم لا يصير شيء منه وقفاً عليه، لأن الأب لم يقف عليه إلا النصف، بل يكون الربع المردود بينهما أثلاثاً ملكاً، وتكون القسمة من اثني عشر، لحاجتنا إلى عدد لرُبعه ثلث، فتسعة منها وقف عليهما، وثلاثة ملك، وكلاهما بالأثلاث. وقال الشيخ أبو علي: عندي أنه ليس للابن إبطال الوقف إلا في سدس الدار، لأنه إنما تعتبر إجازته في حقه، وحققه منحصر في ثلث الدار، وقد وقف عليه النصف، فليس له إلا تمام الثلثين، لكن تتخير البنت في نصف السدس، إن شاءت أجازت، فيكون وقفاً. وإن شاءت ردّت، فيكون ملكاً.

قلت: قول أبي علي هو الأصح، أو الصحيح، أو الصواب. والله أعلم. ولو وقف الدار على ابنه وزوجته نصفين ولا وارث سواهما، قال ابن الحداد: قد نقص المريض من حق الابن ثلاثة أثمان الدار، وهي ثلاثة أسباع حقه، فله رد

الوقف في حقها وهو الثمن إلى أربعة أسباعه، ليكون الوقف عليها من نصيبها كالوقف عليه من نصيبه، ويكون الباقي بينهما أثماناً ملكاً، فتكون القسمة من ستة وخمسين، لحاجتنا إلى عدد لثمنه سبع، فتكون أربعة أسباع الدار كلها - وهي اثنان وثلاثون - وقفاً، ثمانية وعشرون منها وقف على الابن، وأربعة على الزوجة، والباقي - وهو أربعة وعشرون - ملكاً، منها أحد وعشرون للابن، وثلاثة لها. قال الشيخ أبو علي: ليس له ردّ الوقف إلا في تنمة حقه وهو ثلاثة أثمان الدار، وأما الثمن، فالخيار فيه للزوجة. ولو وقف ثلث الدار على أبيه، وثلثها على أمه، ولا وارث سواهما، فالجواب على قياس ابن الحداد: أنه نقص من نصيب الأب ثلث الدار، لأنه يستحق ثلثها، ولم يقف عليه إلا الثلث، وذلك نصف نصيبه، فله رد الوقف في نصف نصيبها وهو سدس الدار، والباقي بينهما أثلاثاً ملكاً. وتقع القسمة من ستة، لحاجتنا إلى عدد لثلثه نصف، فيكون نصف الدار وقفاً، ونصفها ملكاً أثلاثاً. وعلى قياس الشيخ: لا يرّد الوقف إلا في تنمة حقه، وهو الثلث، ولها الخيار في السدس. ولفظ ابن الحداد في المولّدات يمكن تنزيله على ما قاله الشيخ، فيرتفع الخلاف، لكنه يحوج إلى ضرب تعسف.

فصل: والوصية للميت باطلة، سواء علم الموصي بموته، أم لا.

الركن الثالث: الموصى به، ويشترط فيه أربعة أمور:

أحدها: كونه مقصوداً، فيخرج عنه ما لا يقصد. ويلتحق به ما يحرم اقتناؤه والانتفاع به، فلا تصح الوصية به. فالمنفعة المحرمة كالمعدومة.

والثاني: أن يقبل النقل من شخص إلى شخص. فما لا يقبله، لا تصح الوصية به، كالقصاص، وحد القذف، فإنهما وإن انتقلا بالإرث، لا يتمكن مستحقهما من نقلهما. وكذلك لا تجوز الوصية بالحقوق التابعة للأموال، كالخيار وحق الشفعة إذا لم تبطل بالتأخير لتأجيل الثمن.

قلت: فلو أوصى بالشقص الذي يستحق الشفعة بسببه، كان الشقص للموصى له، والشفعة للورثة، قاله القاضي حسين في «الفتاوى». والله أعلم.

الثالث: أن لا يزيد على الثلث، على ما سيأتي إن شاء الله تعالى.

الرابع: أن يكون مختصاً بالموصي إذا قلنا: لا تجوز الوصية بمال الغير، كما سنذكره إن شاء الله تعالى.

فصل: الوصية بالحمل الموجود، إن أطلقها فقال: أوصيت بحمل فلانة أو قيدها، فقال: بحملها الموجود الآن، فهي صحيحة بشرط انفصاله حياً، ولو لم يعلم وجوده عند الوصية، كما سبق في الوصية للحمل. فلو انفصل ميتاً مضموناً بجناية،

لم تبطل، وتنفذ من الضمان، لأنه انفصل مقوّمًا، بخلاف ما إذا أوصى بحمل وانفصل ميتاً بجناية، فإنها تبطل كما سبق، لأن المعترف هناك المالكية. وهل يصح قبول الموصي له قبل الوضع؟ فيه خلاف مبني على أن الحمل هل يعرف، وإن كانت الوصية بحمل سيكون، صحت أيضاً على الأصح.

فرع: الوصية بثمار البستان الحاصلة في الحال صحيحة، وبالتالي ستحدث طريقان: أصحهما: على الوجهين في الحمل الذي سيحدث. والثاني: القطع بالصحة، كالوصية بالمنافع، لأنها تحدث من غير إحداث أمر في أصلها، بخلاف الولد.

فرع: الوصية بصوف الشاة ولبنها، كالثمار.

فصل: الوصية بمنافع الدار والعبد صحيحة، مؤبّدة ومؤقّته، والإطلاق يقتضي التأبيد.

فصل: الوصية بما لا يقدر على تسليمه، كالآبق، والمغصوب، والطيور المفلة، صحيحة، وكذا بالمجهول، كقوله: أعطوه ثوباً أو عبداً.

فرع: لو أوصى بأحد العبدین، صحت. ولو أوصى لأحد الرجلين، لم تصح على الأصح، كسائر التمليكات. وقد يحتمل في الموصى به ما لا يحتمل في الموصى له، ثم الإبهام في الموصى له إنما يمنع إذا قال: أوصيت لأحد الرجلين. فلو قال: أعطوا العبد أحد الرجلين، ففي «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما: أنه جائز تشبيهاً بما إذا قال لو كيّله: بعه لأحد الرجلين، وإذا أبهم الموصى به، عيّنه الوارث، وإذا أبهم الموصى له، فسندكر حكمه إن شاء الله تعالى.

فصل: تصح الوصية بما يحل الانتفاع به من النجاسات، كالكلب المعلم، والزيت النجس، والزبل، وجلد الميتة، والخمر المحترمة، والخنزير، لثبوت الاختصاص فيها وانتقالها من يد إلى يد بالإرث أو غيره. قال المتولي: ومن هذا القبيل، شحم الميتة لدهن السفن ولحمها إذا جوزنا الانتفاع به. وفي الجرو الذي يتوقع الانتفاع به وجهان: بناءً على جواز إمساكه وتربيته لذلك، أصحهما: الجواز. فأما ما لا يحل اقتناؤه والانتفاع به، كالخمر، والخنزير، والكلب العقور، فلا تصح الوصية به. ونقل الحناطي وجهاً: أنه تصح الوصية، كالكلب الذي لا يجوز اقتناؤه، وقولاً: أنه لا تجوز الوصية بالمقتنى، وهما شاذان ضعيفان.

فصل: تصح الوصية بنجوم الكتابة. فإن عجز، فلا شيء للموصى له، وتصح برقبة المكاتب إن جوزنا بيعه، وإلا، فقال المتولي: هو كما لو أوصى بمال الغير، وسندكره إن شاء الله تعالى.

فصل: إذا أوصى بمال الغير فقال: أوصيت بهذا العبد، وهو ملك غيره، أو بهذا العبد إن ملكته، فوجهان: أحدهما: تصح، لأنها تصح بالمعدوم، فذا أولى. والثاني: لا، لأن مالكة يملك الوصية به، والشيء الواحد لا يكون محلاً لتصرف شخصين، وبهذا قطع الغزالي.

قلت: الأول أفقه وأجرى على قواعد الباب. والله أعلم.

فصل: الوصية بالأصنام والسلاح للذمي والحربي، وبالعبد المسلم والمصحف للكافر، كبيعها له.

فرع: إذا قال: أعطوه كلباً من كلابي، وله كلاب يحل الانتفاع بها، ككلب صيد، أو زرع، أو ماشية، أعطي واحداً منها. ولو قال: كلباً من مالي، فكذلك وإن لم يكن الكلب مالاً، لأن المنتفع به من الكلاب يقتنى وتعتوره الأيدي، كالأموال، فقد يستعار له اسم المال. ولو قال: أعطوه كلباً من كلابي، أو من مالي، وليس له كلب ينتفع به، بطلت الوصية، بخلاف ما إذا قال: أعطوه عبداً، فإنه يشتري، لأن الكلب يُتعدّر شراؤه.

قلت: هذا هو الصحيح المعروف. وفي وجه حكاة الجرجاني في «المعاية» وغيره: أنه تصح الوصية ويعطى قيمة مثل الكلب من الجوارح الظاهرة، وهذا ليس بشيء. والله أعلم.

ولو كان له كلب، ولا مال له، فأوصى بكلبه، لم تنفذ الوصية إلا في ثلثه، كالمال، فإن أوصى ببعضه، أو كان له كلاب فأوصى ببعضها، ففي وجه: لا يعتبر خروج الموصى به من الثلث، لأنها غير متقومة، ويكفي أن يبقى للورثة شيء وإن قل. والصحيح اعتباره كالأموال. فعلى هذا، إن لم يكن إلا كلب واحد، لم يخف إعتبار الثلث. وإن كان كلاب، ففي كفيته أوجه: أصحابها: ومنهم من قطع به: أنه ينظر إلى عدد الرؤوس، وتنفذ الوصية من ثلاثة في واحد. والثاني: ينظر إلى قيمتها بتقدير المالية فيها، كما يقدر الرق في الحر عند الحاجة، وتنفذ الوصية في الثلث بالقيمة. والثالث: تقوم منافعتها، ويؤخذ الثلث من قيمة المنافع. ولو لم يملك إلا كلباً، وطبل لهُو، وزق خمر محترمة، فأوصى بواحد منها، وأردنا اعتبار الثلث، لم يجز الوجه الأول ولا الثالث، لأنه لا تناسب بين الرؤوس ولا المنفعة، فيتعين اعتبار القيمة.

أما إذا كان له مال وكلاب، فأوصى بكلها، أو ببعضها، فثلاثة أوجه: أصحابها: نفوذ الوصية فيها وإن كثرت وقلّ المال، لأن المعبر أن يبقى للورثة ضعف الموصى به، والمال وإن قلّ خير من ضعف الكلب، إذ لا قيمة له، وبهذا قال أبو

علي بن أبي هريرة والطبري والشيخ. والثاني قاله الإصطخري: أن الكلاب ليست من جنس المال، فيقدر كأنه لا مال له، وتنفذ الوصية في ثلاث كلاب على ما سبق. والثالث: تقوّم الكلاب أو منافعها على اختلاف الوجهين السابقين، وتضم إلى ما يملكه من المال، وتنفذ الوصية في ثلث الجميع. ولو أوصى بثلاث ماله لرجل، وبالكلاب لآخر، فعلى قول الإصطخري: يعتبر ثلث الكلاب وحدها. وأما على الوجه الأول، فقال القاضي أبو الطيب: تنفذ الوصية بجميع الكلاب، لأن ثلثي المال الذي يبقى للورثة، خير من ضعف الكلاب، واستبعده ابن الصباغ، لأن ما يأخذه الورثة من الثلثين هو حصتهم بسبب ما نقلت فيه الوصية، وهو الثلث، فلا يجوز أن يحسب عليهم مرة أخرى في وصية الكلاب، فعلى هذا يلتقي الوجهان. قلت: قول ابن الصباغ أصح. والله أعلم.

وقياس الوجه الثالث: أن تضم قيمة الكلاب أو منافعها إلى المال، ويدخل المال في حساب الوصية بالكلاب وإن لم تدخل الكلاب في حساب الوصية بالمال.

فصل: اسم الطبل يقع على طبل الحرب الذي يضرب به للتهويل، وعلى طبل الحجيج والقوافل الذي يضرب به للإعلام بالنزول والارتحال، وعلى طبل العطارين وهو سفت لهم، وعلى طبل اللهو، كالطبل الذي يضرب به المخنثون، وسطه ضيق وطرفاه واسعان. فإن أطلق الطبل، ففيه كلام نذكره في أول الباب الثاني إن شاء الله تعالى. وإن عيّن ما سوى طبل اللهو، صح. وإن عيّن طبل اللهو، نظر، إن صلح للحجيج، أو الحرب، أو منفعة أخرى مباحة، إما على الهيئة التي هو عليها، وإما بعد التغيير الذي يبقى معه اسم الطبل، فالوصية أيضاً صحيحة، وإلا، فباطلة، ولا نظر إلى المنافع المتوقعة بعد زوال اسم الطبل، لأنه إنما أوصى بالطبل، هكذا ذكر المسألة جماهير الأصحاب. وقال الإمام، والغزالي: إن لم يصلح لغرض مباح مع بقاء اسم الطبل، وكان لا ينتفع إلا برضاؤه، لم تصح الوصية، لأنه لا يقصد منه الرضاؤ إلا إذا كان من شيء نفيس، كذهب، أو عود، فتنزل الوصية عليه، وكأنه أوصى برضاؤه إذا كسر، والوصية تقبل التعليق.

واعلم أنه سبق في بيع الملاهي التي يعدّ رضاؤها مالاً ثلاثة أوجه: ثالثها: إن كانت متخذة من شيء نفيس، صح، وإلا، فلا. فإن اكتفينا بمالية الرضاؤ لصحة البيع، فكذا الوصية، وإلا، فلا. فإذا ما ذكره الجمهور مع ما ذكره الإمام، وجهان في المسألة. وكما أطلق الجمهور بطلان البيع، فكذا الوصية، وكما اختار الإمام صحة البيع إذا كان شيئاً نفيساً، فكذا صحح الوصية فيه.

فصل: سبق أن الموصى به ينبغي أن لا يزيد على ثلث المال، والأحسن أن

ينقص من الثلث شيئاً. وقيل: إن كان ورثته أغنياء استوفى الثلث، وإلا، فيستحب النقص منه. وبأيّ يوم يعتبر المال؟ وجهان: أحدهما: بيوم الوصية، كما لو نذر التصديق بماله. وأصحهما: بيوم الموت، إذ يملك بعد الموت. فعلى هذا، لو زاد ماله بعد الوصية، تعلقت الوصية به. وكذا لو هلك ثم كسب مالاً، تعلقت به. ولو أوصى بعشرة، ولا مال له، ثم كسبه، تعلقت به. وعلى الوجه الأول، كل ذلك بخلافه. ومنهم من قطع في اعتبار القدر بيوم الموت وخص الخلاف بمن لم يملك شيئاً أصلاً ثم ملكه.

ثم الثلث الذي تنفذ فيه الوصية، هو ثلث الفاضل عن الديون. فلو كان عليه دين مستغرق، لم تنفذ الوصية في شيء، لكن يحكم بانعقادها في الأصل حتى ينفذها لو تبرع شخص بقضاء الدين أو أبرأه المستحق.

فرع: التبرعات المعلقة بالموت - وهي الوصايا - معتبرة من الثلث، سواء أوصى بها في صحته، أو في مرضه، وكذا التبرعات المنجزة في المرض المخوف المتصل بالموت معتبرة من الثلث. ولو وهبه في صحته، وأقبض في مرضه، فمن الثلث، لأن الهبة إنما تملك بالقبض. وهذه القاعدة يُحتاج فيها إلى معرفة ثلاثة أشياء: أن المرض المخوف ماذا؟ وأن التبرعات والتصرفات المحسوبة من الثلث ما هي؟ وأنها كيف تحسب؟ فنعقد في كل واحدة فصلاً:

الفصل الأول: في بيان المرض المخوف والأحوال التي هي في معناه، وبيان طريق معرفته عند الإشكال، وبيان ما يحكم به المخوف وغير المخوف، فهذه ثلاثة أمور:

أما الأمر الأول: فما بالإنسان من مرض وعلة، إما أن ينتهي به إلى حال يقطع فيها بموته منه عاجلاً، وذلك بأن يشخص بصره عند النزاع وتبلغ الروح الحنجرة، أو يقطع حلقومه ومريئه، أو يشق بطنه وتخرج حشوته. وقال الشيخ أبو حامد: أو يغرق في الماء ويغمره، وهو لا يعرف السباحة، فلا اعتبار بكلامه ووصيته وغيرها في شيء من هذه الأحوال، حتى لا يصح إسلام الكافر ولا توبة الفاسق والحالة هذه، لأنه صار في حيز الأموات، وحركته حركة المذبوح.

قلت: واحتج أصحابنا بأن هذه هي الحال التي قال فيها فرعون: «آمنت» فلم يصح منه. والله أعلم.

وإما أن لا ينتهي إليها، فإما أن يخاف منه الموت عاجلاً، وهو المخوف الذي يقتضي الحجر في التبرعات، وإما أن لا يكون كذلك، فحكمه حكم الصحة. هذا ضابطه. ثم تكلم الشافعي والأصحاب رحمهم الله في أمراض خاصة مخوفة، وغير مخوفة.

فمن المخوفة: القولنج، وهو أن تنعقد أخلاط الطعام في بعض الأمعاء فلا تنزل، ويصعد بسببه البخار إلى الدماغ فيؤدي إلى الهلاك.

ومنها: ذات الجنب، وهي قروح تحدث في داخل الجنب بوجع شديد، ثم ينفتح في الجنب، ويسكن الوجع، وذلك وقت الهلاك، وكذلك وجع الخاصرة.

ومنها: الرعاف الدائم، لأنه يسقط القوة، وابتدأه ليس بمخوف.

ومنها: الإسهال، إن كان متواتراً، فمخوف، لأنه ينشف رطوبات البدن. وإن كان يوماً ويومين ولم يدم، فليس مخوفاً، إلا إذا انضم إليه أحد أمور:

أحدها: أن ينخرق البطن، فلا يمكنه الإمساك ويخرج الطعام غير مستحيل.

الثاني: أن يكون معه زحير، وهو أن يخرج بشدة ووجع، أو تقطيع، وهو أن يخرج كذلك ويكون منقطعاً، وقد يتوهم انفصال شيء كثير، فإذا رآه نظره كان قليلاً.

الثالث: أن يعجله ويمنعه النوم.

الرابع: إذا كان معه دم، نقل المزني أنه ليس بمخوف. وفي «الأم» أنه إن كان يوماً أو يومين ولا يأتي معه دم، لا يكون مخوفاً. وهذا يشعر بأنه مع الدم مخوف. فمن الأصحاب من قال: سها المزني، وهو مخوف، لأنه يسقط القوة، قاله المسعودي. وتأول الأكثرون فحملوا نقل المزني على دم يحدث من المخرج من البواسير ونحوه. ونص في «الأم» على دم الكبد وسائر الأعضاء الشريفة، فهذا مخوف، وذاك غير مخوف.

ومنها: السل، وهو داء يصيب الرئة، ويأخذ البدن منه في النقصان والاصفرار. وقد أطلق في «المختصر» أنه ليس بمخوف، فأخذ بهذا الإطلاق آخذون، حتى قال الحناطي: إنه ليس بمخوف لا في أوله ولا في آخره، ووجهه بأن السل وإن لم يسلم منه صاحبه غالباً، فإنه لا يخشى منه الموت عاجلاً، فيكون كالشيخوخة والهرم، وذكر صاحب «المهذب» والغزالي: أنه مخوف في انتهائه دون ابتدائه، وعكسه البغوي، والأشبه بأصل المذهب ما قاله الحناطي وموافقوه.

ومنها: الفالج؛ وسببه غلبة الرطوبة والبلغم، وابتدأه مخوف. فإذا استمر، فليس بمخوف، وسواء كان معه ارتعاش، أم لا، لأنه لا يخاف منه الموت عاجلاً. وفي وجه: إن لم يكن معه ارتعاش، فمخوف.

ومنها: الحمى الشديدة، وهي ضربان: مطبقة، وغيرها.

فالمطبقة: هي اللازمة التي لا تبرح. فإن كانت حمى يوم أو يومين، لم تكن مخوفة. وإن زادت، فمخوفة. وفي وجه: الحمى من أول حدوثها مخوفة. والصحيح: الأول. وعلى هذا، لو اتصل الموت بحمى يوم أو يومين، نظر في

عطيته، إن كانت قبل أن يعرق، فهي من الثلث، وقد بانت مخوفة، وإن كانت بعد العرق، فمن رأس المال، لأن أثرها زال بالعرق، والموت بسبب آخر، ذكره صاحباً «التهذيب» و«التممة».

الضرب الثاني: غير المطبقة. وهو أنواع: الورد: وهي التي تأتي كل يوم، والغب: وهي التي تأتي يوماً وتقلع يوماً، والثلث: وهي التي تأتي يومين وتقلع يوماً. وحمل الأخوين: وهي التي تأتي يومين وتقلع يومين. والرّبع: وهي التي تأتي يوماً وتقلع يومين. فما سوى الربع والغب من هذه الأنواع، مخوف. والربع على تجردها غير مخوفة، لأن المحموم يأخذ قوته في يوم الإقلاع. وفي الغب وجهان: قلت: أصحابهما: مخوفة، وبه قطع الرافعي في «المحرر». والله أعلم. وأما الحمى اليسيرة، فغير مخوفة بحال.

ومنها: الدق، وهو داء يصيب القلب، ولا تمتد معه الحياة غالباً، وهو مخوف.

ومنها: قال الشافعي رحمته الله: من ساوره الدم حتى تغيّر عقله، أو الممرار أو البلغم، كان مخوفاً. وقال أيضاً: الطاعون مخوف حتى يذهب. وقوله: «ساوره» بالسين المهملة، أي: واثبه وهاج به. والممرار: الصفراء، فهيجان الصفراء والبلغم، مخوف. وكذا هيجان الدم، بأن يثور وينصب إلى عضو، كيد، ورجل، فتحمرّ وتنتفخ، وقد يذهب العضو إن لم يتدارك أمره في الحال وإن سلم الشخص، وقوله: «حتى تغيّر عقله»، ليس مذكوراً شرطاً، بل هو مخوف وإن لم يتغيّر العقل، نص عليه في «الأم». والطاعون فسره بعضهم بما ذكرناه من انصباب الدم إلى عضو. وقال أكثرهم: إنه هيجان الدم في جميع البدن، وانتفاخه. قال المتولي: وهو قريب من الجذام، من أصابه تأكلت أعضاؤه وتساقط لحمه.

ومنها: الجراحة، إن كانت على مقتل، أو نافذة إلى جوف، أو في موضع كثير اللحم، أو لها ضربان شديد، أو حصل معها تأكل، أو ورم، فهي مخوفة، وإلا، فلا. وقيل: الورم وحده لا يجعلها مخوفة، بل يشترط معه التأكل. ومنها: القيء إن كان معه دم أو بلغم أو غيرهما من الأخلاط، فمخوف، وإلا، فلا إلا أن يدوم.

ومنها: البرسام، وهو مخوف.

فرع: وأما الجرب، ووجع الضرس والعين والصداع، فغير مخوفة.

فرع: هذا الذي ذكرناه، في الأمراض، وقد تعرض أحوال تشبه الأمراض في اقتضاء الخوف، وفيها صور:

إحداها: إذا التقى الفريقان والتحم القتال بينهما واختلطوا.

الصورة الثانية: إذا كان في سفينة فاشتدت الريح وهاجت الأمواج.

الصورة الثالثة: إذا وقع في أسر الكفار وعادتهم قتل الأسارى.

الصورة الرابعة: قدّم ليُقتل قصاصاً ولم يُجرح بعد، فالحكاية عن نص الشافعي رحمه الله في الصور الثلاث: الأولى: أن لها حكم المخوف. وعن نصه في «الإملاء»: في الرابعة: المنع. وللأصحاب فيها طريقتان: أحدهما: على قولين: أظهرهما: إلحاقها بالمخوف. والطريق الثاني: العمل بظاهر النصين. والفرق أن مستحق القصاص لا تبعد منه الرحمة والعفو طمعاً في الثواب أو المال. وعن صاحب «التقريب»: أنه إن كان هناك ما يغلب على الظن أنه يقتص من شدة حقد أو عداوة قديمة، فمخوف، وإلا، فلا. ثم موضع الخلاف في صورة التحام القتال، ما إذا كان الفريقان متكافئين، أو قريبين من التكافؤ، وإلا، فلا خوف في حق الغالبين قطعاً، ولا خوف أيضاً قطعاً فيما إذا التحم الحرب ولم يختلط الفريقان وإن كانا يتراميان بالنشاب والحراب، ولا فيما إذا كان البحر ساكناً، ولا في الأسير في أيدي الكفار الذين لا يقتلون الأسارى، كالروم.

قلت: وسواء في مسألة القتال كان الفريقان مسلمين أو كفاراً، أو فريقاً مسلمين وفريقاً كفاراً، كذا صرح به القاضي أبو الطيب، وغيره. والله أعلم.

الصورة الخامسة: إذا قدّم ليُقتل رجماً في الزنا، أو ليُقتل في قطع الطريق، فهو كالتحام القتال. فعلى طريق: يقطع بأنه مخوف. وعلى طريق: قولان: وقيل: إن ثبت الزنا بالبيّنة، فمخوف، بخلاف الإقرار، لاحتمال الرجوع.

الصورة السادسة: إذا وقع الطاعون في البلد، وفشا الوباء، فهل هو مخوف في حق من لم يُصِّبْ؟ وجهان: أحدهما: مخوف.

الصورة السابعة: الحامل قبل أن يحضرها الطلق، ليست في حال خوف. وإن ضربها الطلق، فقولان: أظهرهما: مخوف. وإذا وضعت، فالخوف باقٍ إلى انفصال المشيمة، فإذا انفصلت، زال الخوف، إلا إذا حصل من الولادة جراحة، أو ضربان شديد، أو ورم. وإلقاء العلقة والمضغة، لا خوف فيه، قاله الشيخ أبو حامد، وابن الصباغ، وقال المتولي: هو كالولادة.

قلت: الأصح أو الصحيح: أنه لا خوف فيهما، كذا نقله القاضي أبو الطيب في تعليقه عن الأصحاب. قالوا: لأنه أسهل خروجاً من الولد. والله أعلم.

وموت الولد في الجوف يوجب الخوف.

الأمر الثاني: إذا أشكل مرض فلم يدر أمخوف هو، أم لا؟ فالرجوع فيه إلى

أهل الخبرة، والعلم بالطب. ويشترط في المرجوع إليه: الإسلام، والبلوغ، والعدالة، والحرية، والعدد، وقد ذكرنا وجهاً في جواز العدول من الوضوء إلى التيمم بقول المراهق والفاسق، ووجهاً: أنه لا يشترط العدد؛ وعن أبي سليمان الخطابي وجه لم نذكره هناك: أنه يجوز العدول بقول طيب كافر، كما يجوز شرب الدواء من يده ولا يدري أنه دواء أم داء؛ ولا يبعد أن تطرد هذه الأوجه هنا. وقد قال الإمام هنا: الذي أراه أن لا يلحق بالشهادات من كل وجه، بل يلحق بالتقويم وتعديل الأنصاء في القسمة حتى يختلف الرأي في اشتراط العدد.

قلت: المذهب: الجزم باشتراط العدد وغيره مما ذكرنا أولاً، لأنه يتعلق بهذا حقوق الأدميين من الورثة والموصى لهم، فاشتراط شروط الشهادة كغيرها من الشهادات، بخلاف التيمم، فإنه حق لله تعالى مبني على المسامحة، مع أنه ينتقل إلى بدل، وليس كالتقويم الذي هو تخمين في محسوس يمكن تدارك الخطأ، إن وقع فيه. والله أعلم.

فرع: إذا اختلف الوارث والمتبرع عليه في كون المرض مخوفاً بعد موت المتبرع، فالقول قول المتبرع عليه، لأن الأصل عدم الخوف. وعلى الوارث البينة، ولا تثبت دعواه إلا بشهادة رجلين، لأنها شهادة على غير المال وإن كان المقصود المال. لكن لو كانت العلة بامرأة على وجه لا يطلع عليه الرجال غالباً، قبلت شهادة رجلين، ورجل وامرأتين، وأربع نسوة. ويعتبر في الشاهدين العلم بالطب، قاله البغوي.

الأمر الثالث: إذا وجدنا المرض مخوفاً، حَجَرْنَا عليه في التبرع فيما زاد على الثلث، ولم ننفذه. لكنه لو فعل، ثم برأ من مرضه، تبين صحة تبرعه وأن ذلك المرض لم يكن مخوفاً. ومن هذا القبيل ما إذا التحم القتال، وحكمنا بأنه مخوف، ثم انقضت الحرب وسَلِمَ.

وأما إذا رأينا المرض غير مخوف، فاتصل به الموت، فينظر، إن كان بحيث لا يحال عليه الموت، كوجع الضرس ونحوه، فالتبرع نافذ، والموت محمول على الفجأة. وإن كان غيره، كإسهال يوم أو يومين، تبيناً باتصال الموت به كونه مخوفاً، وكذلك حمى يوم أو يومين، قاله في «الوسيط»، وقد سبق الفرق بين أن يعرق أو لا يعرق في هذه الصورة.

فرع: قال الإمام: لا يشترط في المرض المخوف، كون الموت منه غالباً، بل يكفي أن لا يكون نادراً، بدليل البرسام. ولو قال أهل الخبرة: هذا المرض لا يخاف منه الموت، لكنه سبب ظاهر في أن يتولد منه المرض المخوف، فالأول مخوف

أيضاً. وهذا يُشكّل بالحمل قبل أن يأخذها الطلق. فإن قالوا: يفضي إلى المخوف نادراً، فالأول ليس بمخوف.

قلت: وإذا كان المرض مخوفاً، فتبرع، ثم قتله إنسان، أو سقط من سطح فمات، أو غرق، حسب تبرعه من الثلث، كما لو مات بذلك المرض ذكره البغوي. والله أعلم.

الفصل الثاني: في بيان التبرع المحسوب من الثلث، وهو إزالة الملك عن مال مجاناً، كالهبة، والوقف، والصدقة، وغيرها.

قلت: ينبغي أن يضم إليه ما يتناول التبرع بالكلب وسائر النجاسات، وبالمنفعة التي تصح الوصية بها، فيقال: إزالة الاختصاص عن مال ونحوه. والله أعلم. وفيما يدخل في الضابط ويخرج، مسائل:

إحداها: ما يستحق عليه من ديون الله تعالى، كالزكاة، وحجة الإسلام، وديون الآدميين، تخرج بعد موته، وتكون من رأس المال أوصى بها أو لم يوص. وقيل: إذا أوصى بها، حسبت من الثلث، وهو ضعيف، وهذا الذي نوجبه، من رأس المال بلا خلاف إذا لم يوص هو فيما وجب بأصل الشرع، كالزكاة، وحجة الإسلام. وأما الكفارات، والنذور، ففيها خلاف سيأتي في الباب الثاني إن شاء الله تعالى.

فرع: لو قضى في مرضه ديون بعض الغرماء، لم يزاحمه غيره إن وفى المال بجميع الديون، وكذا إذا لم يف على الصحيح المعروف.

المسألة الثانية: البيع بثلث المثل نافذ من رأس المال، سواء باع للوارث، أم لغريمه، أم لغيرهما. وإن باع بمحابة، فإن كانت يسيرة يتسامح بمثلها، كان كالبيع بثلث المثل، وإن كانت أكثر من ذلك، فإن كانت لوارث، فهي وصية لوارث، وإلا، فمعتبرة من الثلث. فإن لم تخرج من الثلث، فإن أجاز الوارث، نفذ البيع في الكل، وإلا، بطل فيما لا يخرج، وفيما يخرج، طريقتان سبقا.

وإذا لم تبطل، ففي كيفية صحة البيع قولان: وقد سبق كل هذا في «باب تفريق الصفة». ثم المحابة المعتبرة من الثلث، ما تزيد على ما يتغابن بمثله، ذكره الحناطي، وأبو منصور. هذا كله إذا باع بثلث حال، فإن باع بمؤجل، ولم يحل حتى مات، اعتبر من الثلث، سواء باع بثلث المثل أو أقل أو أكثر، لما فيه من تفويت اليد على الورثة. وتفويت اليد ملحق بتفويت المال. ألا ترى أن الغاصب يضمن بالحيلولة كما يضمن بتفويت المال، فليس له تفويت اليد عليهم، كما ليس له تفويت المال. فإن لم يخرج من الثلث، ورد الوارث ما زاد، فالمشتري بالخيار بين فسخ البيع والإجازة في الثلث بثلث الثمن. فإن أجاز، فهل يزيد ما صح فيه البيع إذا أدى

الثلث؟ فيه وجهان حكاهما في «التهذيب»: أحدهما: لا، لانقطاع البيع بالرد. والثاني: نعم، لأن ما يحصل للورثة ينبغي أن نصح الوصية في مثل نصفه. فعلى هذا يصح البيع في قدر نصف المؤدى، وهو السدس، بسدس الثمن. فإذا أدى ذلك السدس، زيد بقدر نصف النصف، وهكذا إلى أن يحصل الاستيعاب.

المسألة الثالثة: نكاح المريض صحيح. فإن نكح بمهر المثل أو أقل، فهو من رأس المال، كما لو اشترى شيئاً بثمن مثله، وإن كان بأكثر من مهر المثل، استحقت مهر المثل، والزيادة تبرع على الوارث. وقد سبق حكمه. فإن لم تكن وارثة، كالذمية، والمكاتب، فالزيادة محسوبة من الثلث. فإن خرجت منه، نفذ التبرع بها. ولو ماتت الزوجة قبله، فإن كانت الزيادة تخرج من الثلث، سلّمت لها، لأنه لا يلزم الجمع بين التبرع والميراث. وإن لم تخرج، دارت المسألة، ونذكرها في «باب الدور» إن شاء الله تعالى.

فرع: لو نكحت المريضة بأقل من مهر المثل، فالنقصان تبرع على الوارث، فللورثة رده وتكميل مهر المثل. فإن لم يكن وارثاً، بأن كان عبداً، أو مسلماً وهي ذمية، لم يكمل مهر المثل، ولم يعتبر هذا النقص من الثلث. وإنما جعل ذلك وصية في حق الوارث، ولم يجعل وصية في الاعتبار من الثلث، لأن المريض إنما يمنع من تفويت ما عنده، وهذا ليس بتفويت، إنما هو امتناع من الكسب. وأيضاً فإن المنع فيما يتوهم بقاؤه للوارث وانتفاعه به، والبضع ليس كذلك. هذا هو الصحيح الذي قطع به الجمهور. وفي «التممة»: أنه يعتبر من الثلث، وفُرق بينه وبين ما إذا أُجّر نفسه بأقل من أجره المثل - فإنه لا يعتبر من الثلث مع أن كل واحد منهما لا يبقى للورثة - بفرقين: أحدهما: أن النكاح بغير ذكّرٍ مهر يقتضي مهر المثل، فإذا تزوجت بدونه، فكأنها أسقطته بعد وجوبه، فصار كالإبراء. والثاني: أن المحاباة في المهر فيها نوع عارٍ على الورثة، فأثبت لهم ولاية رفعها، بخلاف الإجارة.

قلت: هذان الفرقان ضعيفان جداً. وكذا الحكم الذي ادّعاه وشذ به. والله أعلم.

المسألة الرابعة: إجارة الدواب والعبيد وسائر الأموال بما دون أجره المثل، معتبرة من الثلث. وكذلك إعارتها. حتى لو انقضت مدة الإجارة أو الإعارة في مرضه، واسترد العين، اعتبر قدر المحاباة في مسألة الإجارة وجميع الأجرة في الإعارة من الثلث. ولو أجر نفسه بمحاباة، أو عمل لغيره متبرعاً، لم يحسب من الثلث على الأصح.

المسألة الخامسة: كاتّب في مرضه عبداً، أو أوصى بكتابته، تعتبر قيمته من

الثالث، سواء كاتبه بقيمته، أو أقل، أو أكثر. ولو كاتب في الصحة، واستوفى النجوم في مرضه، لم تعتبر قيمته من الثالث. ولو أعتقه في مرضه، أو أبرأه من النجوم، اعتبر من الثالث أقل الأمرين من قيمته أو النجوم.

المسألة السادسة: الاستيلاد في المرض لا يعتبر من الثالث، كما يستهلكه من الأطعمة اللذيذة، والثياب النفيسة، ويقبل إقرار المريض بالاستيلاد، لقدرته على إنشائه، ولا تعتبر قيمتها من الثالث.

المسألة السابعة: قال لعبد: أنت حرُّ قبل مرض موتي بيوم أو شهر، ثم مرض ومات، لم يعتبر من الثالث. وإن قال: قبل موتي بشهر، فإن نقص مرضه عن شهر، فكذلك الجواب، وإلا، فهو كما لو علق عتق عبده في الصحة ووجدت الصفة في المرض، وفيه قولان:

فرع: باع بمحابة، بشرط الخيار، ثم مرض وأجاز في مدة الخيار. إن قلنا: الملك في زمن الخيار للبائع، فقدّر المحابة من الثالث، وإلا، فلا، لأنه ليس بتفويت، بل امتناع من كسب، فصار كما لو أفلس المشتري والمبيع قائم عنده ومرض البائع فلم يفسخ، وكما لو أمكنه فسخ النكاح بعيبها فترك حتى مات واستقر المهر، فإنه لا يحسب من الثالث. وكذا لو اشترى بمحابة، ثم مرض ووجد بالمبيع عيباً، ولم يردّ مع الإمكان، لا يعتبر قدر المحابة من الثالث. ولو وجد العيب، وتعدّر الرد بسبب، فأعرض عن الأرش، اعتبر قدر الأرش من الثالث. وقدر المحابة في الإقالة يعتبر من الثالث، وخلع المريض لا يعتبر من الثالث، لأن له أن يطلق مجاناً، وخلع المريضة مذكور في «كتاب الخلع».

الفصل الثالث: في كيفية الاحتساب من الثالث. إذا وُجد تبرعان، وأكثر، وضاق الثالث عنها، فهي إما منجزة، وإما معلقة بالموت، وإما من النوعين.

القسم الأول: المنجزة، كالإعتاق، والإبراء، والوقف، والصدقة، والهبة المقبوضة، والمحابة في العقود، فإن ترتبت، قدّم الأول فالأول إلى استغراق الثالث. فإذا تم الثالث، وقف أمر الزائد على إجازة الوارث على ما سبق. وسواء كان المتقدم والمتأخر جنساً أو جنسين، وسواء تقدم العتق على المحابة ونحوها أو تقدمت عليه، لأن الأول لازم لا يفتقر إلى رضی الورثة، فكان أقوى. وإن وجدت دفعة واحدة، واتحد الجنس، مثل أن قال لعبيد: أعتقتكم، أو أبرأ جماعة من ديونه، أو وهب لهم، لم يقدم البعض على البعض. لكن في غير العتق يقسط الثالث على الجميع باعتبار القيمة، كما يقتضيه الحال من التساوي أو التفاضل. وفي العتق، يقرع بين العبيد، ولا توزع الحرية. وإن اختلف الجنس، بأن وكل في كل تبرع وكيلاً،

فتصرفوا دفعة واحدة، فإن لم يكن فيها عتق، قسط الثلث على الجميع باعتبار القيمة، وإن كان، فهل يقسط، أم يقدم العتق؟ قولان كما سنذكره في التبرعات المعلقة بالموت إن شاء الله تعالى.

القسم الثاني: التبرعات المعلقة بالموت، كالوصايا، وتعليق العتق، فلا يقدم عتق على عتق، ولا تبرع غير العتق على غيره وإن تقدم بعضها على بعض في الإيصاء، بل في العتق يقرع، وفي غيره يقسط الثلث على الجميع باعتبار القيمة. وفي العتق هنا وجه: أنه يقسط، وتخص القرعة بالمنجز، لورود الحديث الصحيح فيه^(١)، والصحيح: الأول. ثم هذا عند إطلاق الوصية. أما إذا قال: أعتقوا سالمًا بعد موتي، ثم غانمًا، أو ادفعوا إلى زيد مئة، ثم إلى عمرو مئة، فيقدم ما قدمه قطعاً. وإذا اجتمع في هذا القسم عتق وغيره، فهل يقدم العتق لقوته، أم يسوى فيه؟ قولان: أظهرهما: التسوية. هذا في وصايا التملك مع العتق. أما إذا أوصى للفقراء بشيء، وبعث عبد، فقال البغوي: هما سواء، لاشتراكهما في القرية. وقطع الشيخ أبو علي بطرد القولين، لوجود القوة والسراية. قلت: الثاني أصح. والله أعلم.

وإذا سَوَّينا، فما خص العبيد إذا ضاق عنهم، يقرع. والكتابة مع الهبة وسائر الوصايا، كالعتق، فتكون على القولين. وقيل: يسوى هنا قطعاً، إذ ليس لها قوة وسراية.

القسم الثالث: إذا صدرت منه تبرعات منجزة، ومعلقة بالموت، قدمت المنجزة، لأنها تفيد الملك ناجزاً، ولأنها لازمة. ولا يملك المريض الرجوع فيها. **فرع:** علق عتق عبد بالموت، وأوصى بعتق آخر، فلا يقدم أحدهما على الآخر، لأن وقت استحقاقهما واحد، وقد اشتركا في القوة. وفي وجه: المدبر أولى بالعتق، لأنه سبق عتقه، فإن الآخر يحتاج إلى إنشاء عتقه، والصحيح الأول.

فرع: لا يؤثر تقدم الهبة وحدها بلا قبض، لأن ملكها بالقبض، حتى لو وهب المريض ثم أعتق، أو حابى في بيع ثم أقبض الموهوب، قدم العتق والمحابة، ولا تفتقر المحابة في بيع ونحوه إلى قبض، لأنها في ضمن معاوضة.

فرع: قال في مرضه: سالم حر، وغانم حر، وخالد حر، فهذا من صور ترتيب التبرعات المنجزة. ولو قال: سالم وغانم وخالد أحرار، فهو من صور وقوعها

(١) يشير إلى ما أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٦٦٨) وأبو داود في سننه برقم (٣٩٥٨) من حديث عمران بن حصين رضي الله عنه أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم، فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزأهم ثلاثاً ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة.

دفعه واحدة. ولو علق عتقهم بالموت، أقرع بينهم، سواء قال: إذا مت، فسالم حر، وغانم حر، وخالد حر، أو قال: فهم أحرار. ولو قال: إذا مت فسالم حر، وإن مت من مرضي هذا، فغانم حر، فإن مات من ذلك المرض ولم يف الثلث بهما، أقرع بينهما. وإن برأ، ومات بعده، بطل التدبير المقيد، ويعتق سالم.

فرع: قال: إن أعتقت غانماً، فسالم حر، ثم أعتق غانماً في مرض موته، فإن خرجا من الثلث عتقا، وإن لم يخرج إلا أحدهما، فقيّل: يقرع، كما لو قال: أعتقتكما. والصحيح: أنه لا قرعة، بل يتعين غانم للعتق، لأننا لو أقرعنا، ربما خرجت على سالم، فيلزم إرقاق غانم. فإن خرجا من الثلث، عتقا، وإن لم يخرج إلا أحدهما، فقيّل: يقرع، كما لو قال: أعتقتكما. والصحيح: أنه لا قرعة، بل يتعين غانم للعتق، لأننا لو أقرعنا، ربما خرجت على سالم، فيلزم إرقاق غانم. وإذا رق، لم يحصل شرط عتق سالم. ولو قال: إن أعتقت غانماً، فسالم حر في حال إعταقي غانماً، ثم أعتق غانماً في مرضه، فكذلك الجواب بلا فرق. وعلى هذا، لو قال: إن أعتقت غانماً، فسالم وغانم حرّان، ثم أعتق غانماً، والثلث لا يفي إلا بأحدهم، عتق غانم، ولا قرعة. وإن فضل من الثلث شيء، أقرع بين الآخرين. فمن خرجت له قرعة الحرية، عتق كله إن خرج كله، وبعضه إن لم يخرج إلا بعضه. وإن كان يخرج أحد الآخرين، وبعض الثالث، عتق من خرجت قرعته، وعتق من الآخر بعضه.

فرع: قال لعبده: إن تزوجت، فأنت حر. ثم تزوج في مرض الموت، فقد ذكرنا أن مهر المثل محسوب من رأس المال، والزيادة من الثلث. وإن اقتضى الحال تنفيذ الزيادة، نظر، إن خرجت الزيادة وقيمة العبد من الثلث نفذ، وإلا، فيقدم المهر، كذا ذكره توجيهاً بأن المهر أسبق، فإنه يجب بالنكاح، والعتق يترتب عليه. لكن مقتضى قولنا: إن المرتب والمرتب عليه يقعان معاً ولا يتلاحقان من حيث الزمان، أن لا يقدم أحدهما على الآخر، بل يوزع الثلث على الزيادة وقيمة العبد. وقد صرحوا بأنه لو قال: إن تزوجت، فأنت حر في حال تزوجي: أنه يوزع الثلث كذلك، لأنه لا ترتب. والفرق بين هذا وبين مسألة العبدین - حيث لا يوزع هناك، كما لا يقرع - أن العتق هنا معلق بالنكاح، والتوزيع لا يرفع النكاح، ولا يقدح فيه، وهناك عتق سالم معلق بعتق غانم كاملاً. وإذا وزعنا، فلا يكمل عتق غانم، ولا يمكن إعطاء شيء من سالم.

فرع: قال لأمته الحامل: إن أعتقت نصف حملك، فأنت حرة، ثم أعتق نصف حملها في مرض موته، فمقتضى عتق نصف الحمل سرايته إلى باقيه وعتق الأم بالتعليق. فإن خرجا من الثلث، عتقا، وإن لم يخرج من النصف إلا الأم، أو النصف

الآخر، بأن كان ماله ثلاثمائة، والأم منها خمسون، والولد مئة، فيقرع بين الأم والنصف الآخر. وإن خرجت على النصف الآخر، عتق جميع الحمل، ورقت الأم، وإن خرج على الأم، لم يعتق كلها، لأن الحمل في حكم جزءٍ منها، يتبع عتقه عتقها، فتوزع قيمة الثلث وهي خمسون على الأم، والنصف الباقي بالسوية، فيعتق من الأم نصفها، ومن النصف الباقي نصفه، فيكون ثلاثة أرباعه حرًا. ولو كانت الصورة كما ذكرنا، إلا أن قيمة الأم مئة، وخرجت القرعة على الأم، وزعت الخمسون عليها وعلى النصف الآخر الباقي أثلاثاً، فيعتق منها ثلثها، وهو ثلثا الخمسين، ومن النصف الباقي ثلثه وهو ثلث الخمسين، وسدس جملته، فيكون الحر من الأم الثلث، ومن الولد الثلثين.

فرع: أوصى بعبد أو ثوب يخرج من ثلث ماله، وباقي ماله غائب، لا يدفع كله إلى الموصى له، ولا يسلط على التصرف فيه ما لم يحضر من المال الغائب ما يخرج الموصى به من ثلثه، لأن ما يحصل للموصى له ينبغي أن يجعل للوارث مثله، وربما تلف الغائب. وهل يتسلط على التصرف في ثلثه؟ وجهان: أحدهما: المنع، لأن تسليطه يتوقف على تسليط الورثة على مثلي ما تسلط عليه. ولا يمكن تسليطهم، لاحتمال سلامة الغائب. فيخلص جميع الموصى به للموصى له. فلو تصرفوا في ثلثي الحاضر، قال أبو الفرج السرخسي: إن بان هلاك الغائب، تبيناً نفوذ تصرفهم، ولك أن تقول: ينبغي تخريجه على وقف العقود.

قلت: بل ينبغي تخريجه على القولين فيمن باع مال أبيه ظاناً حياته فبان ميتاً. والله أعلم.

قال السرخسي: وإن سلم وعاد إليهم، تبيناً بطلان التصرف على الصحيح. وقيل: يمضى على الصحة، ويغرم للموصى له الثلثين، وهو ضعيف. ولو أعتق عبداً هو ثلث ماله، أو دبره، وباقي ماله غائب، ففي نفوذ العتق والتدبير في ثلثه الخلاف المذكور في الوصية. كذا ذكروه، وقد يُستبعد التردد في العتق في الثلث، فإنه حر على كل تقدير. بل الوجه: الجزم بحصول الملك في الثلث، وفي الوصية أيضاً. وردّ الخلاف إلى أنه هل ينفذ تصرفه فيه، أم يمنع من التصرف إلى أن يتسلط الوارث على مثليه؟.

الركن الرابع: الصيغة، فتكلم في طرف الإيجاب، ثم طرف القبول، أما الإيجاب، فلا بد منه، بأن يقول: أوصيت له بكذا، أو أعطوه، أو ادفعوا إليه بعد موتي كذا، أو هو له، أو جعلته له بعد موتي، أو ملكته، أو وهبته له بعد موتي. أما إذا اقتصر على قوله: وهبته له، ونوى الوصية، فالأصح أنه لا يكون وصية، لأنه

أمكن تنفيذه في موضوعه الصريح، وهو التملك الناجز. ولو قال: هذا له، فهو إقرار يأخذ به، ولا يجعل كناية عن الوصية، إلا أن يقول: هو له من مالي، أو يقول: عهدي هذا لفلان، فيصح كناية عن الوصية، لأنه لا يصلح إقراراً. ولو قال: عيّنته له، فهذا كناية، لأنه يحتمل التعيين للتمليك بالوصية، والتعيين للإعارة، وتصح الوصية بالكتابة مع النية بلا خلاف، لما سبق في «كتاب البيع»: أن ما يقبل مقصوده التعليق بالإعارة، كالكتابة، والخلع، ينعقد بالكتابة مع النية، والوصية تقبل التعليق بالإعارة، فأولى أن تنعقد بالكتابة. ولو كتب: إني أوصيت لفلان بكذا، قال المتولي: لا ينعقد إذا كان الشخص ناطقاً، كما لو قيل له: أوصيت لفلان بكذا؟ فأشار: أن نعم. ولو وجد له كتاب وصية بعد موته، ولم تقم بينة على مضمونه، أو كان قد أشهد جماعة أن الكتاب خطي، وما فيه وصيتي، ولم يطلعهم على ما فيه، فقال جمهور الأصحاب: لا تنفذ الوصية بذلك، ولا يعمل بما فيه حتى يشهد الشهود به مفصلاً. ونقل الإمام، والمتولي: أن محمد بن نصر المروزي من أصحابنا قال: يكفي الإشهاد عليه مبهماً. وروى أبو الحسن العبادي أنه قال: يكفي الكتاب من غير إشهاد، واحتج بقول النبي ﷺ: «إلا ووصيته مكتوبة عنده» أشعر ذلك باعتبار الكتابة. واعلم أن انعقاد الوصية بالكتابة ليس ببعيد وإن استبعدوه، لأن الكتابة ككنايات الألفاظ. وقد سبق في البيع ذكر الخلاف في انعقاد البيع ونحوه بالكنايات. وذكرنا الآن أن الوصية أشد قبولاً للكنايات. فإذا كتب، وقال: نويت الوصية لفلان، أو اعترف ورثته به بعد موته، وجب أن يصح.

فرع: لو اعتقل لسانه، صحت وصيته بالإشارة والكتابة.

فصل: وأما القبول، فإن كانت الوصية لغير معين، كالفقراء، لزمت بالموت، ولم يشترط فيها القبول. وإن كانت لمعين، فالمذهب اشتراط القبول ولا يصح قبول ولا رد في حياة الموصي، فله الرد وإن قبل في الحياة، وبالعكس، لأنه لا حق له قبل الموت، فأشبه إسقاط الشفعة قبل البيع، ولا يشترط الفور في القبول بعد الموت.

قلت: هذا هو الصحيح الذي قطع به الجمهور. وفيه وجه: يشترط الفور. حكاه صاحب «المستظهر» وليس بشيء. والله أعلم.

فإن رد بعد الموت، فله أحوال:

أحدها: أن يقع قبل القبول، فترد الوصية، ويستقر الملك للورثة في الموصى به. ولو أوصى بالعين لواحد، وبالمنفعة لآخر، فرد الموصى له بالمنفعة، فهل هي للورثة، أم للموصى له بالعين؟ وجهان: أحدهما: الأول. ولو أوصى بخدمة عبد لرجل سنة، وقال: هو حر بعد سنة، فرد الموصى له، لم يعتق قبل السنة.

الثاني: أن يقع بعد القبول، وقبل الموصى له، فلا يصح رده، فإن راضى الورثة، فهو ابتداء تملك منه لهم.

الثالث: أن يقع بعد القبول، وقبل القبض، فلا يصح الرد على الأصح. ولو قال: رددت الوصية لفلان، يعني أحد الورثة، قال في «الأم»: إن قال: أردت لرضاء، كان ردّاً على جميع الورثة. وإن قال: أردت تخصيصه بالرد عليه، فهو هبة له خاصة. قال الأصحاب: هذا تفريع على تصحيح الرد بعد القبول، وإلا، فما لا يملكه لا يمكنه أن يملكه غيره. ثم لم يعتبر لفظ الهبة والتمليك. وقال القاضي أبو الطيب: لا بد منه، وهو القياس. ولو مات ولم يبين ما أراد، جعل ردّاً على جميع الورثة.

فرع: إذا لم يقبل الموصى له، ولم يردّ، فللوارث مطالبتة بأحد الأمرين. فإن امتنع، حكم عليه بالردّ.

فرع: لو مات الموصى له قبل موت الموصي، بطلت الوصية. وإن مات بعد موته، قام وارثه مقامه في القبول والرد.

فصل: متى يملك الموصى له الموصى به؟ فيه ثلاثة أقوال: أحدها: بالموت. والثاني: بالقبول. وعلى هذا، هل الملك قبل القبول للوارث، أم للميت؟ وجهان: أصحهما: الأول. والثالث - وهو الأظهر -: أنه موقوف. فإن قبل، تبينّا أنه ملك بالموت، وإلا، بان أنه كان للوارث. ولو أوصى بإعتاق عبد معين بعد موته، فالملك في العبد إلى أن يعتق للوارث بلا خلاف، لأنه ليس تملكياً. ويتفرع على الأقوال مسائل:

إحداها: كسب العبد، وثمره الشجرة، وسائر زوائد الموصى به، إن حصلت قبل موت الموصي، فهي له، ولا تتناولها الوصية، وإن حصلت بعده وبعد قبول الموصى له، فهي للموصى له، وإن حصلت بعد موته، وقبل القبول، فإن قلنا: يملك بالموت، فهي للموصى له، قبل الوصية أو ردّها. وفيما إذا ردها وجه: أن الزوائد ترد أيضاً. وإن قلنا: يملك بالقبول، لم تكن الزوائد للموصى له، قبل الوصية أو ردّها. وفيما إذا قبل وجه: أنها له، لأن له حق التملك من حين الموت، فهي حادثة في محل حقه. وإن قلنا بالوقف، فهي موقوفة. فإن قبل، فله، وإلا، فلا. وحيث قلنا: ترد الزوائد، فإلى من ترد؟ وجهان: أحدهما: إلى الموصي، فتكون من جملة تركته يقضى منها دينه، وتنفذ وصاياه كالأصل. وأصحهما: أنها للوارث، لأنها حدثت بعد زوال ملك الموصي. وعلى هذا الخلاف ولد الجارية والبهيمة الموصى بهما، ويتعلق بهما تفصيل وأحوال نذكرها إن شاء الله تعالى على الأثر موضحة.

الثانية: فطرة العبد الموصى به، إذا وقع وقت وجوبها بين القبول والموت على من تجب؟ يخرج على هذه الأقوال: وقد ذكرناه في «زكاة الفطر». والنفقة والمؤن المحتاج إليها بين القبول والموت، حكمها حكم الفطرة. وقال في «الوسيط»: إنها على الموصى له إن قَبِلَ على كل قول، وعلى الوارث إن رَدَّ على كل قول، والمعتمد ما نقلناه عن الأصحاب من طرد الخلاف. وإذا توقف الموصى له في القبول والرد، ألزم النفقة، فإن أراد الخلاص، ردَّ.

الثالثة: إذا زَوَّجَ أمته حرّاً، وأوصى له بها، فإن رد الوصية، استمر النكاح، إلا إذا قلنا: يملك بالموت، فيفسخ النكاح من يوم الموت وإن كان الملك ضعيفاً. وإن قبل، انفسخ النكاح، ويكون الانفساخ من يوم القبول إن قلنا: يملك بالقبول، ومن يوم الموت على سبيل التبيين إن قلنا بالتوقف. وإن كان زوجها وارثه، ثم أوصى بها لغيره، فإن قَبِلَ الموصى له الوصية، استمر النكاح، إلا إذا قلنا: الملك يحصل بالقبول، وإنه قبل القبول للوارث، فإنه يفسخ على الأصح. وقيل: لا، لضعف الملك، وإن رد، انفسخ النكاح. وفي استناد الفسخ إلى حالة الموت لضعف الملك هذا الخلاف. هذا إذا خرجت الأمة من الثلث، فإن لم تخرج ولم يجز الورثة، انفسخ النكاح، لدخول شيء مما يزيد على الثلث في ملك الزوج. وإن أجازوا وقلنا: يملكه بالموت، أو موقوف، فهل يفسخ؟ إن قلنا: إجازتهم تنفيذ لما فعله الموصي، فلا. وإن قلنا: ابتداء عطية، فنعم.

الرابعة: أوصى بأمته الحامل من زوجها لزوجها، ولابن لها حر، ومات، وخرجت كلها من الثلث، وقبل الوصية وهما موسران، نظر، إن قبلاً معاً، عتقت الأمة كلها على ابنها، نصفها بالملك، والباقي بالسراية، وعليه للزوج نصف قيمتها، ويعتق الحمل عليهما بالسوية. أما نصيب الزوج، فلأنه ولده. وأما نصيب الابن، فلأن الأم عتقت عليه. والعتق يسري من الحامل إلى ما يملكه المعتق من حملها. ولا يقوم نصيب واحد منهما على الآخر، لأن العتق عليهما حصل دفعة واحدة، فأشبه ما إذا اشترى ابنان أباهما، فإنه يعتق عليهما ولا تقويم، وإن قبل أحدهما قَبْلَ الآخر، فإن قلنا: يحصل الملك بالموت، أو قلنا: بالوقف، فالجواب كذلك، لأن وقت الملك واحد وإن اختلف وقت القبول. وإن قلنا: يحصل بالقبول، فإن تقدم قبول الابن، عتقت الأمة والحمل عليه. أما الأم، فبالملك والسراية، وأما الحمل، فبسراية عتق الأم إليه، وعليه للزوج نصف قيمتها. وإن تقدم قبول الزوج، عتق جميع الحمل عليه، النصف بالملك، والباقي بالسراية، فيغرم نصف قيمته يوم الولادة للابن، ولا يعتق عليه من الأمة شيء. فإذا قبل الابن، عتق عليه جميعها بالملك والسراية، وغرم للزوج نصف قيمتها.

قلت: ويحيى وجه: أن الأمة تعتق على الزوج تفريراً على قول الأستاذ أبي إسحاق: إن عتق الجنين يسري إلى عتق الأم. والله أعلم.

وأما إذا قبل الزوج وحده، فيعتق عليه الحمل، نصفه بالملك، ونصفه بالسراية، فيغرم نصف قيمته لورثة الموصي، ولا يسري العتق من الحمل إلى الأم، لأن الحمل تبع لها، وليست تبعاً له.

قلت: وفيه وجه أبي إسحاق. والله أعلم.

وإن قبل الابن وحده، عتقا عليه جميعاً، وغرم نصف قيمتها لورثة الموصي.

قلت: قد كرر الإمام الرافعي نصف القيمة في هذه المسألة كما قاله غيره.

والقياس: أنه يجب قيمة النصف، وهي أقل، لأنه إنما أتلّف نصفاً. والله أعلم.

الخامسة: أوصى لإنسان بمن يعتق عليه، كأبيه وابنه، لم يجب عليه قبول الوصية، كما لا يجب شراؤه إذا قدر عليه، بل له الرد على الصحيح. وقيل: يمنع الرد إن قلنا: يملك بالموت، لأنه يعتق عليه، وبه قطع المتولي تفريراً على هذا القول، والجمهور على خلافه، وأنه لا يعتق عليه قبل قبوله. ثم إن رد، فذاك، وإن قبل وقلنا: يملك بالقبول، عتق عليه حينئذ. وإن قلنا: بالموت، أو موقوف، تبين أنه عتق عليه يوم الموت. ولو ملك ابن أخيه، وأوصى به لأجنبي، ووارثه أخوه، فقبل الموصى له الوصية، فهو للأجنبي إن قلنا: يملك بالموت أو موقوف. وإن قلنا: يملك بالقبول، وأنه قبل القبول للوارث، فمقتضاه العتق على الوارث يوم الموت، لكن المنقول عن الأصحاب أنه لا يعتق عليه كي لا تبطل الوصية.

ولو أوصى لشخص بابنه، ومات الموصى له بعد موت الموصي وقبل القبول، فأوجه:

أحدها: أن الرد يمنع، لعتقه عليه بالموت إذا قلنا: يملك به.

والثاني: ليس للوارث قبوله، لما فيه من العتق على الميت بغير إذنه وإثبات الولاء له. هذا إذا قلنا: إن العتق إذا حصل وقع على الميت، وسنذكر الخلاف فيه إن شاء الله تعالى. وهذان الوجهان ضعيفان جداً.

والثالث: وهو الصحيح: أن الوارث يقوم مقامه في الرد والقبول، لنيابته عنه في حقوقه. فإن قبل، فهو كقبول الموصى له بنفسه إن قلنا: يملك بالموت، أو موقوف. وإن قلنا: يملك بالقبول، نُظر. فإن لم يكن بين الموصى به، ووارث الموصى له قرابة تقتضي عتقه عليه، بأن كان الوارث أخا الموصى له، فهل نحكم بعتقه؟ وجهان: أحدهما: لا، وبه قطع ابن الصباغ وآخرون. وأصحهما: نعم، لأن الموصي إنما أوجب الملك للموصى له فلا يثبت لغيره، وإنما اعتبرنا قبول وارثه

نيابة، وهذا كما لو نصب شبكة في حياته وتعلق بها صيد بعد موته، فإننا نحكم بثبوت الملك له. وإن كان بين الموصى به ووارث الموصى له قرابة تقتضي العتق، بأن كان الوارث أبا الموصى له، حكم بعتق الموصى به قطعاً. ويعود الوجهان، في أنه يعتق على الموصى له، أم على وارثه؟ وأن الولاء لمن يثبت؟ فإن قلنا: عن الموصى له، قال الإمام: يسند العتق إلى ألطف زمان قبل موت الموصى له. وإذا لم نحكم بالعتق فيما إذا لم يكن بينهما قرابة، فهل تقضى منه ديون الموصى له؟ وجهان: أحدهما: نعم كديته، فإنه تقضى منها ديونه وإن قلنا: إنها تثبت للورثة ابتداءً. هذا حكم العتق. وهل يرث الذي عتق من الموصى؟ أما إذا قبل بنفسه، فينظر، إن قبل في صحته، فنعم. وإن قبل في مرض موته، فإن ارثه مبني على أن عتقه إذا حصل الملك فيه لا بعوض، بل بآرث، أو هبة، أو قبول وصية، هل يعتبر من الثلث، أم من رأس المال؟ وفيه وجهان مذكوران في كتاب العتق. إن قلنا: من الثلث، لم يرثه، وإلا، ورث، وهو الأصح. وإن مات قبل القبول، وقبل وارثه، فإن حكمنا بالحرية عند القبول، لم يرث، لرقه. وإن حكمنا بها عند الموت، فإن كان القابل ممن يحجبه الموصى به، كالأخ، لم يرث، لأنه لو ورث لحجب الأخ وأخرجه عن كونه وارثاً، ولبطل قبوله. وإن كان لا يحجبه، كابن الأخ، فالصحيح: أنه لا يرث أيضاً، للدور في نصفه. وقيل: يرث. وقال الداركي: إن ثبت القبول للموصى له وهو مريض، لم يرث، لأن قبول ورثته كقبوله، ولو قبل لكان وصيه، والإرث لا يجامعها.

فرع: أوصى له بمن يعتق عليه، فمات الموصى له عن ابنين، فالقول في قبولهما تفريعاً على الأقوال في وقت الملك كما سبق. والمذهب صحته ووقوع العتق عن الميت. وإن قبل أحدهما فقط، صح القبول في النصف، وعتق على الميت. ثم قال ابن الحداد وآخرين: ينظر، إن ورث القابل من الموصى له ما يفي بباقي قيمة الموصى به، قوم عليه الباقي فيما ورثه، وإلا، فلا يقوم عليه، ولا اعتبار بيسار القابل في نفسه، ولا يثبت التقويم في نصيب الذي لم يقبل من التركة. أما عدم اعتبار يساره، فلأن العتق وقع عن الميت، فلا يكون التقويم على غيره. وأما عدم ثبوته في نصيب الذي لم يقبل، فلأن سبب العتق القبول، فالذي لم يقبل لم ينسب إليه. ولك أن تقول: وإن لم ينسب إليه، فهو معترف بعتق نصيب القابل واقتضائه التقويم، فالتقويم كدين يلحق التركة. وقال الشيخ أبو علي: يجب أن لا يقوم على الميت، ويقصر العتق على القدر المقبول لمعنيين: أحدهما: أن الملك حصل للميت بغير اختياره، بل بقبول الوارث، فأشبه ما إذا ورث شقصاً من عبد فعتق عليه، لا يقوم الباقي. والثاني: أن العتق يحصل بعد موته، ولا مال له حينئذٍ، فأشبه ما إذا أعتق

شقصاً بعد الموت، لا يقوم الباقي. قال: ورأيت هذا لبعض الأصحاب، وللأولين أن يقولوا: إنما حكمنا بالعتق على الميت لجعلنا الوارث نائباً عنه، فكيف ينتفي اختياره مع النيابة؟! لكنهما حكيمان. وأما الثاني: فلا يسلم أن العتق يحصل بعد الموت، بل يستند إلى قبيل الموت كما سبق. ثم ولاء ما عتق منه، للميت. وهل يشترك فيه الابنان، أم ينفرد به القابل؟ وجهان: ولو أوصى لإنسان ببعض من يعتق عليه، ومات الموصى له، وقبل وارثه، فالقول في عتقه على الميت وتقويم الباقي عليه على ما ذكرناه في هذه المسألة.

السادسة: أوصى بأمة لابنها من غيره، فإن خرجت من الثلث، وقبل الابن الوصية، عتقت عليه. وإن رد، بقيت للوارث. وإن لم تخرج، فالجواب في قدر الثلث كذلك. وأما الزائد، فإن أعتقه الوارث وهو موسر، عتق عليه. ثم إن لم يقبل ابنها الوصية، فقد تبين أن جميعها للوارث، فيسري العتق من البعض الذي أعتقه إلى الباقي. وإن قبل، عتق عليه ما قبل. قال ابن الحداد: ولا يقوم نصيبه على الوارث، لأننا تبيناً بالقبول حصول ملكه بالموت وتقدمه على إعتاق الوارث الزيادة، ولا يقوم نصيب الوارث عليه، لأنه أعتق نصيبه قبل قبوله. قال الشيخ أبو علي: الصواب عند الأصحاب أن يقال: إن قلنا: يملك بالموت ابتداءً، وتبيناً، قوم نصيب الوارث عليه. وإن قلنا: يملك بالقبول، عتق الكل على الوارث، لأنه يسري من نصيبه إلى قدر الثلث. والقبول بعده كإعتاق الشريك الثاني بعد إعتاق الأول وهو موسر. هذا إذا حكمنا بحصول السراية بنفس الإعتاق. فإن قلنا: لا تحصل إلا بأداء القيمة، فقبوله كإعتاق الشريك الثاني نصيبه قبل أخذ القيمة. وفيه وجهان: أحدهما: ينفذ، لأنه ملكه. وأصحهما: لا، لأن الأول استحق تقويمه عليه. فعلى هذا، له قيمة نصيبه على الوارث. فلو كانت المسألة بحالها، ووارث الموصى ابن له من هذه الأمة بنكاح، فإن رد الموصى له، عتقت على الابن الذي هو وارث السيد. وإن قبلها، نظر، إن خرجت من الثلث، عتقت على الموصى له. وإن لم تخرج، فالزائد منها على الثلث. أطلق ابن الحداد: أنه يعتق في الحال على الوارث، وفصل الشارحون، فقالوا: إن لم يجز الوارث الزيادة على الثلث، فالجواب كذلك، وإن أجاز، فعتقه مبني على أن الإجازة ابتداء عطية، أم تنفيذ؟ إن قلنا بالأول، فقد حكمنا للوارث بالملك قبل أن يعطى، فيعتق عليه. وإن قلنا: تنفيذ، لم يعتق، لأننا على هذا القول لا نجعل الزائد للوارث، بل نقفه على الرد والإجازة. فإذا أجاز، تبين أنه لم يملكه. وأما قدر الثلث، فإنه يعتق على الموصى له، ولا يقوم نصيب أحدهما على الآخر.

السابعة: أوصى بعبد لشخصين، أحدهما قريبه الذي يعتق عليه. فإن قبلا معاً،

عتق جميعه على القريب إن كان موسراً، النصف بالملك، والنصف بالسراية، ويغرم للأجنبي نصف قيمته. وإن قبل القريب أولاً، فكذلك حكم العتق، ويكون غرم النصف للأجنبي إن قبل بعد ذلك، ولوارث الموصي إن لم يقبل. وإن قبل الأجنبي أولاً، ملك نصيبه، ويبقى نصيب القريب موقوفاً إلى أن يقبل أو يرد، فإن أعتق الأجنبي نصيبه قبل قبول القريب، ثم قبل، فإن قلنا: يملك بالقبول، قوّم نصيبه على الأجنبي، وكان كما لو أعتق الشريك نصيبه وهو موسر ثم أعتق الثاني نصيبه، وإن قلنا: يملك بالموت، تبين أن عتق الأجنبي غير نافذ، وأنه عتق جميعه على الوارث، وعليه نصف القيمة للأجنبي.

الثامنة: أوصى بجارية فولدت، فلها أحوال:

أحدها: أن تلد قبل موت الموصي، فينظر، إن انقضى أقل مدة الحمل من يوم الوصية، وهو ستة أشهر، ثم ولدت، لم يدخل الولد في الوصية، لأنه يحتمل حدوثه بعد الوصية. والأصل عدم الحمل يومئذٍ، فلا يجعل للموصى له بالشك. وإن لم ينقض أقل مدة الحمل، علمنا وجوده يوم الوصية، فيبنى على الخلاف في أن الحمل هل يعرف ويعطى حكماً قبل الانفصال، أم لا؟ إن قلنا بالثاني، فالولد غير داخل في الوصية، بل هو زيادة حدثت في ملك الموصي، فيكون لورثته. وإن قلنا بالأول، فهو كما لو أوصى بالجارية وولدها بعد الانفصال، فينظر، أيقبلهما الموصى له؟ أم يردهما؟ أم يقبل أحدهما دون الآخر؟ وفي هذا زيادة بحيث نذكره في أول الباب الثاني إن شاء الله تعالى. فإن كان الموصى له زوج الجارية، وقبل الوصية في الولد، عتق كله عليه بالملك، وله ولاؤه، ولا تصير الجارية أم ولد له، لأنها علقت منه برقيق.

الحال الثاني: أن تلد بعد موت الموصي، وقبل قبول الموصى له، فهذا ثلاثة أقسام:

القسم الأول: ولدت بعد مضي أقل مدة الحمل من يوم الموت، فالولد غير موصى به، لاحتمال حدوثه بعد الموت. ثم إن كان الموصى له زوج الجارية، بني حكم الولد على أن الوصية متى تملك؟ إن قلنا بالقبول، وأنها قبل القبول لورثة الموصي، فالولد لهم، لا إراثاً من الميت، بل لحدوثه في ملكهم. وإن قلنا: تملك بالموت، أو موقوف، فقبل، فالعلوق في ملكه، فينقصد الولد حرّاً لا ولاء عليه، والجارية أم ولد له.

القسم الثاني: ولدت قبل أقل مدة الحمل من يوم الموت، وبعدها من يوم الوصية، فيجعل كأنه حدث بعد الوصية. فإن قلنا: الحمل يعرف، فالولد زيادة حدثت في ملك الموصي، فهو له، ولورثته بعده. وإن قلنا: لا يعرف، ولا يعطى

حكماً، بني على أن الوصية متى تملك؟ إن قلنا بالقبول وأنها للورثة قبل القبول، فالولد لهم، لحدوثه في ملكهم. وإن قلنا: بالموت، أو موقوف، وكان الموصى له زوج الجارية، وقبل، عتق الولد عليه بالملك، وله عليه الولاء، ولا تصير الجارية أم ولد.

القسم الثالث: أن تلد قبل مضي أقل مدة الحمل من يومي الموت والوصية جميعاً. فإن قلنا: الحمل يعرف، فكأنه أوصى بالجارية والحمل جميعاً، وإلا، فعلى الخلاف في أن الوصية متى تملك؟ على ما ذكرناه في القسم الثاني.

الحال الثالث: أن تلد بعد الموت والقبول، وله صور:

أحدها: تلد بعد مضي أقل مدة الحمل من وقت القبول، فالولد للموصى له. فلو كان زوج الجارية، انعقد الولد حرّاً، وصارت أم ولد له.

الثانية: تلد قبل مضي هذه المدة من وقت القبول، وبعدها من وقت الموت. فإن قلنا: الوصية تملك بالموت، أو موقوف، فقبل، فحكمه حكم الصورة الأولى. وإن قلنا: تملك بالقبول، وأنها قبل القبول للورثة. فإن قلنا: الحمل يعرف، فهو زيادة للورثة، وإلا، فللموصى له، وإذا كان الموصى له زوج الجارية، عتق الولد عليه، وثبت له الولاء عليه، ولا تصير أم ولد.

الثالثة: تلد قبل مضي هذه المدة من وقت القبول والموت جميعاً، وبعدها من يوم الوصية. فإن قلنا: الحمل يعرف، فالولد غير داخل في الوصية. وإن قلنا: لا، واعتبرنا حالة الانفصال، فالانفصال حصل في ملك الموصى له، فيكون الولد له، ويعتق عليه إن كان زوجها، ولا استيلاد.

الرابعة: تلد قبل مضيها من يوم الوصية أيضاً. فإن قلنا: الحمل يعرف، فهو داخل في الوصية، وإلا، فهو حاصل في ملك الموصى له، فيكون له، فإن كان زوجها، عتق عليه بالملك، ولا استيلاد.

فرع: نتاج باقي الحيوان يقاس بما ذكرناه في الجارية، ويرجع في مدة حملها إلى أهل الخبرة، فإنها تختلف.

فرع: قال أبو الفرج الرازي: حيث حكمنا بمصير الجارية أم ولد، هل تعتبر حقيقة الإصابة من يوم الملك، أم يكفي إمكان الإصابة؟ وجهان: والثاني هو مقتضى كلام الجمهور. قال: وحيث بقينا الولد على ملك الوارث، فالمعتبر من الثلث قيمة الجارية وحدها. وإذا لم نبّه، فالمعتبر من الثلث ما كان يوم موت الموصي موجوداً. فإن كانت حائلاً، اعتبر قيمتها وحدها. وإن كانت حاملاً، فقيمتها مع قيمة الحمل، وحينئذٍ، فالنظر إلى قيمتها حاملاً يوم موت الموصي عند جماهير الأصحاب. وقال

ابن سريج: تعتبر قيمتها يومئذ لو كانت حائلاً، وتعتبر قيمة الحمل في أول حال الانفصال. وإذا قوّمناهما فخرجا من الثلث، فذاك، وإلا، فلا يقرع، بل تنفذ الوصية في القدر الذي يحتمله الثلث منهما على نسبة واحدة.

فرع: نقل المزماني في «المختصر»: أنه لو أوصى بأمة لزوجها، فلم يعلم حتى وضعت له بعد موت سيدها أولاداً. فإن قبل، عتقوا ولم تكن أمهم أم ولد حتى تلد منه بعد قبوله بستة أشهر. وفيه إشكال من وجهين:

أحدهما: أنه لم اعتبر عدم الحمل بالوصية؟ وهل يفترق الحال بين العلم وعدمه؟ والثاني: أنه حكم بحرية الأولاد، وأنها لا تصير أم ولد. فإن فرع على حصول الملك بالموت، أو على الوقف، فلم اعتبر مضي الأشهر في مصيرها أم ولد؟ وإن فرع على الملك بالقبول، فلم حكم بحرية الأولاد في الحال؟! أما الأول، فعن الخضري ما يقتضي الفرق بين العلم وعدمه، واحتج بأن الشافعي رحمته الله قال: لو وطئ أمة غيره يظن أنها زوجته الحرة، فالولد حر، ولو ظنها زوجته الرقيقة، فالولد رقيق. والصحيح: أنه لا فرق في ثبوت أمية الولد في أمية بين علمه وعدمه، حتى لو وطئ أمته يظنها أمة غيره، أو حرة فأحبلها، ثبتت أمية الولد. فإذا قوله: «ولم يعلم» ليس بقيد، بل خرج على الغالب، فإن الغالب أن الوصية لا تبقى مدة طويلة، لا مقبولة، ولا مردودة، إلا إذا لم يعلم الموصى له، لغيبته أو نحوها.

وأما الثاني: فقليل: هو تخليط من المزماني. فقوله: «عتقوا»، تفريع على حصول الملك بالموت. وقوله: «ولا تصير أم ولد»، تفريع على حصوله بالقبول. وقال الأكثرون: بل هو تفريع على قول الوقف. وأراد بالقبول، في قوله: «بعد قبوله» الموت، فسماه قبولا، لأنه وقت القبول. وقال بعضهم: لفظ الشافعي «الموت» لكن المزماني سها فيه. ولو كانت الجارية الموصى بها زوجة الموصى له، ومات الموصى له قبل القبول والرد، فقد سبق أن ورثته يقومون مقامه في الرد والقبول، فإن قبلوا، فعلى الخلاف في أن الملك متى يحصل؟ إن قلنا: بالموت، أو موقوف، فقبولهم كقبول الموصى له في عتق الأولاد بالملك، وفي انعقادهم على الحرية ومصير الجارية أم ولد وفي بقائهم ممالك لورثة الموصي، على اختلاف الأحوال السابقة بلا فرق، إلا أنهم إذا عتقوا بقبول الموصى له، ورثوه. وإذا عتقوا بقبول الورثة، لم يرثوا كما سبق. وإن قلنا: يملك بالقبول. فإن كان بين الوارث والأولاد قرابة تقتضي العتق، بأن كان وارث الموصى له أباه، عتقوا عليه، وإلا، ففيه الوجهان السابقان، وإذا لم يحصل العتق، فهل تقضى ديون الموصى له منها؟ أم تسلم للورثة؟ فيه الوجهان السابقان أيضاً، وبالله التوفيق.

الباب الثاني: في أحكام الوصية الصحيحة

إذا جمعت الوصية شروط صحتها، صحت، ثم ينظر في أحكامها، وهي ثلاثة أقسام: لفظية، ومعنوية، وحسابية.

القسم الأول: اللفظية، وفيه طرفان:

الطرف الأول: في اللفظ المستعمل في الموصى به، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: إذا أوصى بجارية حامل، واستثنى حملها لنفسه، صح، بخلاف البيع. وكذلك تصح الوصية بالحمل وحده، بشرطه المتقدم، بخلاف بيعه. ولو أوصى بالحمل لرجل، وبالأمر لآخر، صحت الوصيتان. ولو أطلق الوصية بالجارية، ففي دخول الحمل فيها وجهان: أحدهما: على ما دل عليه كلام الأصحاب: الدخول، كالبيع، ولا تبعد الفتوى، بخلاف البيع، لأن الحمل لا ينفرد بالبيع، فجعل تبعاً، ويفرد بالوصية، فلا يتبع، ولأن الأصل تنزيل الوصية على المتيقن، ولأنها عقد ضعيف، فلا يستتبع. فإن قلنا بدخوله، لم تنقطع الوصية بانفصال الحمل، بل يبقى موصى به، والانفصال زيادة حدثت فيه. ولو أوصى له بالحمل والجارية معاً، صح فيهما قطعاً كما لو أوصى بهما لرجلين.

المسألة الثانية: الطبل أنواع سبق بيانها. وذكرنا أن طبل اللهو إن صلح لمنفعة مباحة، إما على هيئته، وإما بعد التغيير الذي لا يبطل اسم الطبل، صحت الوصية به، وإلا، فلا. إذا عرفت هذا، فإن أطلق وقال: أعطوه طبلًا من مالي، ولم يكن له طبل يحل الانتفاع به، اشتري ودفع إليه. وإن قال: طبلًا من طبولي، فإن كان له طبل يحل الانتفاع به، كطبل الحرب، وكان له أيضاً طبل لهُو لا تصح الوصية به، صحت الوصية ونزل على طبل الحرب ونحوه. وإن لم يكن له إلا طبول لا تصح الوصية بها، فالوصية باطلة. وإذا صحت الوصية بالطبل، دفع إلى الموصى له معه الجلد الذي عليه إن كان لا يقع عليه اسم الطبل دون الجلد.

فرع: تجوز الوصية بالدف، فإن كان عليه جلاجل، وحرّمناها، نزعته، ولم تدفع إليه إلا أن ينص عليها.

المسألة الثالثة: اسم العود يقع على عود اللهُو الذي يضرب به، وعلى واحد الأخشاب التي تستعمل في البناء والتي تصلح للسقي والعصي. والوصية بعود اللهُو كهي بطبل اللهُو، فينظر، هل يصلح على هيئته لمنفعة مباحة أو بعد التغيير الذي لا يبطل اسم العود، أم لا يصلح؟ وإذا صحت الوصية به لم يدفع الوتر والمضرب، لأنه يسمى عوداً دونهما. وإذا قال: أعطوه عوداً من عيداني، نظر، إن لم يكن له إلا

عيدان القسي والبناء، أعطي واحداً منها. وكذا لو كان معها عيدان اللهو الصالحة لمنفعة مباحة، أعطاه الوارث ما شاء من الجميع.

ولو كان له عيدان لهو غير صالحة لمباح، وعيدان قسي وبناء، فوجهان: أحدهما: تنزل الوصية على عيدان القسي والبناء، كمثله في الطبل، وكما لو لم يكن له إلا عيدان القسي والبناء، فيعطى واحداً منها. وأصحهما: وهو المنصوص: أن الوصية باطلة، تنزيلاً على عيدان اللهو، لأن اسم العود عند الإطلاق لهذا الذي يضرب، واستعماله في غيره مرجوح، والطبل يقع على الجميع وقوعاً واحداً. وللقائل الأول أن يمنع ظهور اسم العود فيما يضرب به، ويقول: هو مشترك بينه وبين الذي يتبخّر به وفي واحد الأخشاب بحسب الحاجة، ولا ترجيح.

فرع: أوصى بعود، ولا عود له، فمقتضى تنزيل مطلق العود على عود اللهو إبطال الوصية، وأن يشتري له عود لهو يصلح لمباح، وأطلق المتولي أنه يشتري ما لو كان موجوداً في ماله أمكن تنفيذ الوصية بالعود به. ولو أوصى بعود من عيدانه، وليس له إلا عود لهو، وعود بناء، وعود قسي. فإن حملنا لفظ العيدان على هذه الأحاد، فقد حملنا اللفظ المشترك على معانيه معاً، وفيه خلاف لأهل الأصول. فإن منع، فهذه الصورة، كما لو أوصى بعود من عيدانه وليس له إلا عود لهو، أو لا عود له.

قلت: مذهب الشافعي رحمه الله حمل اللفظ المشترك على معانيه، ووافقه عليه جماعة من أهل الأصول. والله أعلم.

فرع: الوصية بالمزمار كالوصية بعود اللهو. وإذا صحت، لم يلزم تسليم المجمع، وهو الذي يجعل بين شفتيه، لأن الاسم لا يتوقف عليه.

المسألة الرابعة: اسم القوس يطلق على العربية، وهي التي يرمى بها النبل، وهي السهام العربية. وعلى الفارسية، وهي التي يرمى بها النشاب. وعلى القسي التي لها مجرى تنفذ فيه السهام الصغار، ويسمى: الحسبان. وعلى الجلاهق، وهو ما يرمى به البندق. وعلى قول: الندف. والسابق إلى الفهم من لفظ القوس أحد الأنواع الثلاثة الأول. فإذا قال: أعطوه قوساً، حمل على أحدهما، دون الجلاهق وقوس الندف. ولو قال: أعطوه ما يسمى قوساً، ففي «التتمة» أن للوارث أن يعطيه ما شاء من الأنواع الثلاثة وغيرها. ويشبه أن يكون كما لو قال: أعطوه قوساً، إلا أن يقول: ما يسمى قوساً غالباً أو نادراً وما أشبهه.

قلت: الذي قاله في «التتمة» هو الصواب. والله أعلم.

ولو قال: أعطوه قوساً من قسي، وله قسي من كل نوع، أعطي ما يرمى به النبل

أو النشاب أو الحُسبان، دون البندق والجلاهق، وكذا لو كان له شيء من الأنواع الثلاثة. فلو لم يكن له إلا قوس ندف، أو جلاهق، حمل عليه، للتقييد بالإضافة، ولو كان له قوس ندف وجلاهق، أعطي الجلاهق، لأن الاسم إليه أسبق. وهذا كله عند الإطلاق. فلو قال: أعطوه قوساً يقاتل بها، أو يرمي الطير، أو يندف بها، فقد أبان الغرض.

فرع: لا يدخل الوتر في الوصية بالقوس على الأصح، لخروجه عن اسم القوس. وكما لا يدخل السرج في الوصية بالدابة. ويشبه أن يجري الوجهان في بيع القوس. وأما الريش، والنصل، فيدخلان في السهم لثبوتهما.

المسألة الخامسة: اسم الشاة يقع على صغيرة الجثة، وكبيرتها، والسليمة، والمعيبة، والصحيحة، والمريضة، والضائنة، والماعزة. وهل يدخل الذكر فيها؟ قال الشافعي رحمته الله في «الأم»: لا يدخل، وإنما هو للإناث بالعرف. ومن الأصحاب من قال: يدخل، لأنه اسم جنس كالإنسان، وليست التاء فيه للتأنيث، بل للواحد. قال الحناطي: وبهذا قال أكثر الأصحاب، ويؤيده أنه لو أخرج عن خمس من الإبل في الزكاة ذكراً، أجزأه على الأصح. وفي السخلة، والعناق وجهان: أصحهما: لا يقع عليهما اسم الشاة. والثاني: يقع. فإذا عرف هذا، فلو قال: أعطوه شاة من شياهي، أو من غنمي، فإن لم يكن له غنم، فالوصية باطلة وإن كان أعطى واحدة منها سليمة، أو معيبة من الضأن، أو المعز، وإذا كانت كلها ذكوراً، أعطى ذكراً. وإن كانت كلها إناثاً، أعطى أنثى. وإن كانت ذكوراً وإناثاً، جاز أن يعطي أنثى.

وفي جواز الذكر الخلاف المذكور في تناول الشاة الذكر. ولو قال: أعطوه شاة من مالي، أعطى واحدة يتناولها الاسم. فإن ملك غنماً، فللوارث أن يعطي على غير صفة غنمه. فإن لم يكن غنماً، اشترى له شاة، بخلاف ما إذا قال: من غنمي، ولا غنم له. ولو قال: اشترؤا له شاة، حكى البغوي: أنه لا يجوز أن يشتري معيبة، لأن إطلاق الأمر بالشراء يقتضي السليم كما في التوكيل بالشراء، وأبدى فيما حكاه احتمالاً، ولو قال: كبشاً أو تيساً، أو شاة لينزيها على غنمه، فالوصية بالذكر. ولو قال: نعجة، أو شاة يحلبها، أو ينتفع بدرها ونسلها، فهي بالأنثى.

قلت: لم يفصح الإمام الرافعي بالغرض في هذه المسألة. فإن قال نعجة: فهي للأنثى من الضأن بلا خلاف عند الفقهاء وأهل اللغة. وقد أوضحت هذا في «تهذيب الأسماء واللغات». وإن قال: شاة يحلبها، أو ينتفع بدرها ونسلها، فهي للأنثى من الضأن، أو المعز. والله أعلم.

فرع: الطباء قد يقال لها: شياه البر، والثور الوحشي قد يسمى شاة في اللغة،

لكن مطلق الوصية بالشاة لا يطلق عليها. لكن لو قال: أعطوه شاة من شياهي، وليس له إلا ظباء، ففيه وجهان حكاهما في «المعتمد».

قلت: ينبغي أن يكون الأصح تنزيل الوصية على واحد منها. والله أعلم.

المسألة السادسة: البعير، والجمل، والناقة، أسماء تشتمل السليم، والمعيب، والبخاتي، والعراب. ولا يتناول الجمل الناقة، ولا الناقة الجمل. وفي تناول البعير الناقة مثل الخلاف المذكور في تناول الشاة الذكر، والحكاية عن النص المنع، وتنزيل البعير منزلة الجمل. والأصح عند الأصحاب التناول، لأنه اسم جنس عند أهل اللغة. وسمع من العرب: حلب فلان بغيره، وصرعني بغيري. وربما أفهمك كلام الأصحاب توسطاً بينهما، وهو تنزيل النص على ما إذا عم العرف باستعمال البعير بمعنى الجمل، والعمل بمقتضى اللغة إذا لم يعم.

فرع: اسم الثور للذكر. وفي البقرة وجهان: أحدهما: اختصاصها بالأنثى. والثاني: يتناول الذكر، والهاء للواحد، كقولنا: تمر، وكذا الخلاف في اسم البغلة.

فرع: قال: أعطوه عشراً من الإبل، أو الغنم، جاز الذكر والأنثى. ولو قال: عشر أيتن، أو بقرات، لم يعط إلا الإناث. ولا فرق بعد التصريح بالأيتن والبقرات بين أن يقول: عشراً وعشرة. وهذا تفريع على الأصح، وهو أن البقرة للأنثى. ولو قال: أعطوه عشراً من الإبل، أو عشرة، جاز الذكر والأنثى، لتناول الإبل النوعين، وفي وجه حكاه السرخسي: إن قال: عشرة، فللذكر، وعشر، للإناث. ولو قال: أعطوه رأساً من الإبل، أو البقر، أو الغنم، جاز الذكر والأنثى.

فرع: أوصى بكلب، أو حمار، قال الغزالي وغيره: لا يدخل فيه الأنثى، لأنهم ميّزوا، فقالوا: كلب وكلبة، وحمار وحمارة. ويشبه أن يقال: إنهما للجنس، لأن التمييز ليس مستمراً في اللغة، وبتقدير استمراره، فلا شك في استمرار العرف بخلافه. وقد قال بعض الأصحاب لهذا: يتبع العرف.

قلت: الصواب ما قاله الغزالي وغيره. والله أعلم.

فرع: قياس تكميل البقر بالجواميس في نُصْب الزكاة، دخول الجواميس في البقر، وكونهما نوعي جنس واحد. وقال في «المعتمد»: لا تدخل في البقر، إلا إذا قال: من بقري وليس له إلا الجواميس، فوجهان كما ذكر في الظباء.

المسألة السابعة: الدابة في اللغة: اسم لما يدب على الأرض، ثم اشتهر استعماله فيما يركب من البهائم. والوصية تنزل على هذا الثاني. فإذا قال: أعطوه دابة، تناول الخيل، والبغال، والحمير. هذا نص الشافعي رحمته الله. فقال ابن سريج رحمه الله: هذا ذكره الشافعي رحمه الله على عادة أهل مصر في ركوبها جميعاً

واستعمال لفظ الدابة فيها. فأما سائر البلاد، فحيث لا يستعمل اللفظ إلا في الفرس، لا يعطى إلا الفرس. وقال أبو إسحاق وابن أبي هريرة وغيرهما: الحكم في جميع البلاد كما نص عليه الشافعي رحمه الله، وهذا أصح عند الأصحاب. فعلى هذا، لو قال: دابة من دوابي، وله جنسان من الثلاثة، تخير الوارث. فإن لم يكن له إلا جنس، تعين. وإن لم يكن له شيء منها، فالوصية باطلة. ويدخل في لفظ الدابة، الذكر والأنثى، والصغير والكبير، والسليم والمعيب. هذا كله إذا أطلق. فلو قال: دابة للكرّ والفرّ، أو للقتال، حمل على الفرس. ولو قال: لينتفع بدرّها وظهرها، فكذلك. ولو قال: بظهرها ونسلها، حمل على الفرس، والجمل، والحمار. ولو قال: للحمل، حمل على البغال والحمير، إلا أن يكون في بلد جرت عادتهم بالحمل على البراذين، فيدخل الجميع. قال المتولي: بل لو كان عرف بلدهم الحمل على الجمال والبقر، جاز أن يعطى جملاً، أو بقرة. وهذا الذي قاله ضعيف، لأننا إذا حملنا الدابة على الأجناس الثلاثة لا يصح الحمل على غيرها لقيد أو صفة.

قلت: قول المتولي قوي. والله أعلم.

المسألة الثامنة: اسم الرقيق بالوضع يتناول الصغير والكبير، والسليم والمعيب، والمسلم والكافر، والذكر والأنثى والخثنى.

فرع: إذا قال: أعطوه رأساً من رقيقي، أو أوصيت له برأس من رقيقي، فإن لم يكن له رقيق يوم الوصية، ولا حدث بعد ذلك، فالوصية باطلة. وكذا لو قال: أعطوه عبدي الحبشي، أو العبد الذي صفته كذا، ولا عبد له بتلك الصفة يوم الوصية، ولا حدث، فهي باطلة. فلو حدث له أرقاء بعد الوصية، ففيه الوجهان السابقان في أن الاعتبار بيوم الوصية، أم بيوم الموت؟ وعليهما يخرج ما إذا كان له أرقاء يوم الوصية وحدث آخرون بعده، وهل للوارث أن يعطيه رقيقاً من الحادثين، أم يتعين الأولون؟ ولو لم يملك إلا رقيقاً واحداً وقال: أعطوه رأساً من رقيقي، فهل تصح الوصية ويدفع إليه ذلك الواحد، أم تبطل؟ وجهان: أصحهما: الأول. وإن كان له أرقاء، أعطاه الوارث منهم من شاء، ويجوز الخثنى على الأصح، لشمول الاسم. وقيل: لا، لانصراف اللفظ إلى المعهود. ولا يجوز أن يعطى من غير أرقائه ولو تراضيا، لأن حقه غير متعين، والمصالحة عن المجهول باطلة.

فرع: له أرقاء أوصى بأحدهم، فماتوا، أو قتلوا قبل موت الموصي، بطلت الوصية. وإن بقي واحد، تعين. وكذا لو أعتقهم إلا واحداً. وليس للوارث أن يمسك الذي بقي ويدفع إليه قيمة مقتول. وإن قُتلوا بعد موته وبعد قبول الموصى له، انتقل حقه إلى القيمة، فيصرف الوارث من شاء منهم إليه. وإن قتلوا بعد موته وقبل القبول،

فكذلك إن قلنا: تملك الوصية بالموت، أو موقوفة. وإن قلنا: تملك بالقبول، بطلت الوصية. وإن مات واحد منهم، أو قتل بعد موت الموصي وقبول الموصى له، فللوارث التعيين فيه، حتى يجب التجهيز على الموصى له في صورة الموت، وتكون القيمة له في صورة القتل. وإن كان ذلك بعد موت الموصي وقبل القبول، فكذلك إن قلنا: تملك الوصية بالموت، أو موقوفة. وإن قلنا: تملك بالقبول، فيعطى واحداً من الباقيين، كما لو كان ذلك قبل موت الموصي.

فرع: أوصى برقيق من ماله، ولم يصف إلى أرقائه، فإن لم يكن له رقيق، اشترى من ماله. وإن كان، فالوارث يعطيه واحداً منهم، أو يشتري له كما يشاء. وإن قال: اشترؤا له مملوكاً، فكما ذكرنا في قوله: اشترؤا له شاة. ولو قال: أعطوه رقيقاً، ولم يقل: من مالي، قال البغوي: لا يكون وصية. وحكى المتولى وجهين: أحدهما: هذا، والثاني - قال: وهو المذهب -: تصحيح الوصية، وجعلها، كقوله: من مالي، لأنه المراد ظاهراً.

فرع: قال: أعطوه عبداً، لم يعط أمة، ولا خنثى مشكلاً. ولو قال: أمة، لم يعط عبداً، ولا خنثى مشكلاً. وفي «الواضح» الوجهان السابقان. ولو قال: رقيقاً يقاتل، أو يخدمه في السفر، تعين العبد. ولو قال: رقيقاً يستمتع به، أو يحضن ولده، تعينت الأمة. ولو قال: رقيقاً يخدمه، فهو كما لو أطلق.

فرع: لو أوصى بإعتاق عبد، أعتق ما يقع عليه الاسم على الأصح. وقيل: يتعين ما يجزىء في الكفارة، لأنه المعروف في الإعتاق، بخلاف: أعطوه عبداً، فلا عرف فيه.

فرع: قال: اشترؤا بثلي عبداً وأعتقوه عني، فامثل الوارث، ثم ظهر عليه دين مستغرق، قال الأصحاب: إن اشتراه في الذمة، وقع عنه ولزمه الثمن، ويكون العتق عن الميت، لأنه أعتق عنه. وإن اشتراه بعين التركة، بطل الشراء والعتق. كذا ذكره بلا خلاف. وقد سبق في تصرف الورثة في التركة مع قيام الدين تفصيل، وذكرنا على تقدير البطلان خلافاً في أنه إذا تصرف ثم ظهر دين، هل يتبين البطلان، أم لا؟ وهذا ينبغي أن يكون على ذلك الخلاف.

فرع: قال: أعتقوا عني رقاباً، أو قال: اشترؤا بثلث مالي رقاباً وأعتقوهم، فأقل عدد يقع عليه اسم الرقاب ثلاثة. فإن تيسر شراء ثلاث فصاعداً بثلثه، فعل. قال الشافعي رحمه الله: الاستكثار مع الاسترخاض أولى من الاستقلال مع الاستغلاء، ومعناه: أن إعتاق خمس رقاب قليلة القيمة أفضل من إعتاق أربعة كثيرة القيمة. ولا

يجوز صرف الثلث والحالة هذه إلى رقتين. فإن صرفه إليهما، قال الشيخ أبو الفرج الزاز: يضمن الوصي للرقبة الثالثة.

وهل يضمن ثلث ما نفذت فيه الوصية، أم أقل ما يجد به رقبة؟ فيه الخلاف، كمن دفع نصيب أحد أصناف الزكاة إلى اثنين. أما إذا لم يتيسر شراء ثلاث رقاب بالثلث، فينظر، إن لم يوجد به إلا رقتان، اشتريتهما وأعتقناهما. وإن وجدنا رقتين، وفضل شيء، فهل يشتري بالفاضل شقصاً؟ وجهان: أحدهما: نعم واختاره الغزالي. وأصحهما: عند جماهير الأصحاب وهو ظاهر النص: المنع، لأن الشقص ليس برقبة، فصار كقوله: اشتروا بثلاثي رقبة، فلم يجد رقبة، لا يشتري شقصاً قطعاً. فعلى هذا، يشتري رقتين نفيستين يستغرق ثمنهما الثلث. فإن فضل عن أنفس رقتين وجدناهما، بطلت الوصية في الفاضل، ورُدَّ على الورثة. وإذا قلنا: يشتري شقصاً، فذاك إذا وجد شقص يشتري بالفاضل وزاد على ثمن أنفس رقتين شيء. فأما إذا لم يمكن شراء شقص بالفاضل، إما لقلته، وإما لعدم الشقص، فيشتري رقتان نفستان. فإن فضل شيء عن أنفس رقتين وجدناهما، بطلت الوصية في الفاضل على الأصح. وقيل: يوقف إلى أن يوجد شقص، فإن لم يزد على ثمن أنفس رقتين شيء، بل أمكن شراء رقتين نفيستين، وأمكن شراء خسيستين وشقص من ثالثة، فأى الأمرين أولى؟ وجهان: أشبههما بالوجه الذي تفرع عليه، الثاني: ولو كان لفظ الموصي: اصرفوا ثلثي إلى العتق، اشترينا الشقص بلا خلاف. ولو قال: اشتروا عبداً بألف وأعتقوه، فلم يخرج الألف من ثلثه، وأمكن شراء عبد بالقدر الذي يخرج، فيشتري ويعتق.

الطرف الثاني: في اللفظ المستعمل في الموصى له، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: في الوصية للحمل، وقد سبق شرط صحتها. فالمقصود الآن بيان ما يقتضي اللفظ من حيث العدد والذكورة والأنوثة. فإذا قال: أوصيت لحمل هند بكذا، فأنت بولدين، ورَّع عليهما بالسوية، ولا نفضل الذكر على الأنثى، كما لو وهب لرجل وامرأة شيئاً، إلا أن يصرح بالفضل. ولو خرج حي وميت فالأصح أن الجميع للحي، لأن الميت كالمعدوم. وقيل: للحي النصف، والباقي لوارث الموصي.

فرع: قال: إن كان حملها غلاماً، فأعطوه كذا، وإن كان جارية، فكذا، واقتصر على أحد الطرفين، فإن ولدت ذكراً أو أنثى، فعل ما ذكر. وإن ولدت ذكراً وأنثى جميعاً، فلا شيء لواحد منهما، لأنه شرط صفة الذكورة أو الأنوثة في جملة الحمل، ولم يحصل. وإن ولدت ذكرين، قال الغزالي: لا شيء لهما، لأن التنكير يشعر بالتوحيد. ويصدق أن يقال: بأن حملها غلامين لا غلاماً. لكنه ذكر في الطلاق

في قوله: إن كان حملك ذكراً، فأنت طالق طلقة، وإن كان أنثى، فطلقتين، فولدت ذكرين، فيه وجهان: أحدهما: لا تطلق، لهذا المعنى. والثاني: تطلق طلقة. والمعنى: إن كان جنس حملك ذكراً. ولا فرق بين البابين، فيجيء هنا وجه: أنه يقسم المذكور للغلام بينهما. وبهذا قطع الشيخ أبو الفرج الرازي. قال: وبمثله لو قال: إن كان حملها ابناً، فله كذا، وإن كان بنتاً، فكذا، فولدت ابنتين، لا شيء لهما، وفرق بأن الذكر والأنثى أسماء جنس، فتقع على الواحد والعدد، بخلاف الابن والبنت، وهذا ليس بواضح، والقياس أن لا فرق.

قلت: بل الفرق واضح، والمختار ما قاله أبو الفرج، فيقسم بين الذكرين في الصورة الأولى، دون الثانية، لما ذكرناه من الفرق. والله أعلم.

ولو قال: إن كان ما في بطنها غلاماً، أو الذي في بطنها، فهو كما لو قال: إن كان حملها غلاماً. ولو قال: إن كان في بطنها غلام، فأعطوه كذا، فولدت غلاماً وجارية، استحق الغلام ما ذكر. وإن ولدت غلامين، فوجهان: أحدهما: بطلان الوصية، بناءً على أن التنكير يقتضي التوحيد. وأصحهما: صحتها. فعلى هذا هل يوزع بينهما، أم يوقف إلى أن يبلغا فيصطلحا عليه، أم يصرفه الوارث إلى من شاء منهما كما لو وقع الإبهام في الموصى به؟ فيه أوجه: أصحها: الثالث. وتجري الأوجه فيما لو أوصى لأحد شخصين وجوزنا الإبهام في الموصى له فمات قبل البيان، ففي وجه: يعين الوارث. وفي وجه: يوزع. وفي وجه: يوقف حتى يصطلحا. ولو قال: إن كنت حاملاً بغلام، أو إن ولدت غلاماً، فهو كما لو قال: إن كان في بطنها غلام. ولو قال: إن ولدت ذكراً، فله مائتان، وإن ولدت أنثى، فمائة، فولدت حنثى، دفع إليه الأقل. وإن ولدت ذكراً وأنثى، فلكل واحد منهما ما ذكر. وإن ولدت ذكرين وأنثيين، جاء الوجهان. ثم الأوجه الثلاثة في كل واحد من الصنفين:

المسألة الثانية: أوصى لجيرانه، صرف إلى أربعين داراً من كل جانب من جوانب داره الأربعة، هذا هو الصحيح المعروف للأصحاب. وقيل: هو الذي تلاصق داره داره.

قلت: ويقسم المال على عدد الدور، لا على عدد سكانها. والله أعلم.

المسألة الثالثة: أوصى للقراء، لا يصرف إلا إلى الذين يقرؤون جميع القرآن، وهل يدخل فيه من يقرأ من المصحف ولا يحفظ؟ وجهان: ينظر في أحدهما إلى الوضع. والثاني: إلى العرف. والأصح: المنع. ولك أن تقول: اسم القراء والمقرئين في هذه الأعصار يطلق على الحفاظ وعلى الذين يقرؤون بالألحان، وبالمعنى الثاني لا يشترط لإطلاق اللفظ الحفظ، ولا قراءة جميع القرآن، فيجوز أن

يقال: إن كان هناك قرينة تفهم أحد المعنيين، فذاك، وإلا، فهو كما لو أوصى للموالي.

قلت: الصواب ما رجحه الأصحاب: أنه لا يعطى إلا من يحفظ الجميع. والله أعلم.

المسألة الرابعة: أوصى للعلماء، أو لأهل العلم، صرف إلى العلماء بعلم الشرع، وهي: التفسير، والفقه، والحديث. ولا يدخل فيه الذين يسمعون الحديث ولا علم لهم بطرقه، ولا بأسماء الرواة ولا بالمتون، فإن السماع المجرد ليس بعلم. ولا يدخل أيضاً المقرئون وعابرو الرؤيا، ولا الأدباء، والأطباء، والمنجمون، والحساب، والمهندسون، وقال أكثر الأصحاب: ولا يدخل فيه المتكلمون أيضاً، وقال المتولي: الكلام يدخل في العلوم الشرعية، وهذا قريب.

فرع: أوصى للفقهاء أو المتفقهة أو الصوفية، فهو على ما ذكرناه في الوقف. لكن في لفظ البغوي: أنه لا يقنع بما سبق في تفسير الفقهاء، لأنه قال: لو أوصى للفقهاء، فهو لمن يعلم علم أحكام الشرع في كل نوع شيئاً. وفي «التتمة»: أن الرجوع فيه إلى العادة. ثم ذكر وجهاً أن من حفظ أربعين مسألة، فهو فقيه وهو ضعيف جداً.

المسألة الخامسة: أوصى لأعقل الناس في بلده، صرف إلى أزهدهم في الدنيا، نص عليه الشافعي رحمته الله. ولو أوصى لأجهل الناس، حكى الروياني: أنه يصرف إلى عبدة الأوثان. فإن قال: من المسلمين، قال: من يسب الصحابة رحمهم الله. وقال المتولي: يصرف إلى الإمامية المنتظرة للقائم، وإلى المجسمة.

قلت: وقيل: يصرف إلى مرتكبي الكبائر من المسلمين، إذ لا شبهة لهم. والله أعلم.

المسألة السادسة: يدخل في الوصية للفقراء المساكين، فيجوز الصرف إلى هؤلاء وإلى هؤلاء، وكذلك يدخل في الوصية للمساكين الفقراء، ويجوز الصرف إلى الصنفين، لأن كل واحد من الاسمين يقع على الفريقين عند الانفراد. وفي قول: ما أوصى به للفقراء، لا يصرف إلى المساكين، ويجوز عكسه، رواه عصام بن يوسف عن الشافعي رحمته الله، والمشهور الأول. ولو جمع بينهما، فأوصى للفقراء والمساكين، وجب الجمع بينهما، كما في الزكاة. ولو أوصى لسبيل الله، أو قال: ضعوا ثلثي في سبيل الله، فهو للغزاة المساكين المستحقين للزكاة. ولو أوصى للرقاب، أو قال: ضعوا ثلثي في الرقاب، فللمكاتبين. فإن دفع إلى مكاتب، فعاد إلى الرق والمال باقي في يده أو في يد سيده، استرد.

ولو أوصى للغارمين أو لابن السبيل، فلمن تصرف إليه الزكاة منهم. وبالجمله فالحكم في هذه المسائل كما في الزكاة، أخذاً بعرف الشرع فيها. حتى إذا أوصى للفقراء والمساكين، جعل المال بين الصنفين نصفين. ولا يجعل على عدد رؤوسهم، بخلاف ما إذا أوصى لبني زيد، وبني عمرو. ولا يجب أيضاً الاستيعاب، بل يكفي الصرف إلى الثلاثة من كل صنف. ولا تجب التسوية بين الثلاثة. ولو دفع إلى اثنين، غرم، إما الثلث، وإما أقل ما يتمول كما سبق في «قسم الصدقات». ثم ليس له دفع ما يغرمه إلى ثالث، بل يسلمه إلى القاضي ليدفعه بنفسه، أو يرده إليه ويأتمنه بالدفع.

فرع: الوصية للعلماء وسائر الموصوفين، كالوصية لأصناف الزكاة في أنه لا يجب الاستيعاب، ويقتصر على ثلاثة، والأفضل استيعاب الموجودين عند الإمكان. كما في الزكاة.

فرع: لو أوصى لفقراء بلد بعينه، وهم عدد محصورون، اشترط استيعابهم والتسوية بينهم، لتعنيهم. بل يشترط القبول في هذه الوصية، بخلاف الوصية لمطلق الفقراء. ذكره صاحب «التهذيب» وغيره. وفي جواز نقل ما أوصى به للفقراء أو المساكين من بلد إلى بلد، خلاف سبق في «قسم الصدقات»، والمذهب الجواز. فإذا قلنا: لا يجوز، وجب أن يكون قوله: أوصيت للفقراء - وفقراء البلد محصورون - كقوله: أوصيت لفقراء هذه البلدة - وهم محصورون -، ويدل عليه أن الأستاذ أبا منصور ذكر في الوصية للغارمين، أنه يعطى لثلاثة منهم إن كانوا غير محصورين، فإن كانوا محصورين، استوعبوا. فإن اقتصر الوصي على ثلاثة، فهل يجزئه، أم يضمن حصة الباقيين؟ فيه جوابان. فإن قلنا بالثاني، فالحساب على قدر ديونهم، أم على رؤوسهم؟ وجهان:

قلت: الصحيح المعتمد ما قاله الأصحاب؛ وهو ما سبق. والله أعلم.

فرع: لو أوصى لثلاثة معينين، وجب التسوية بينهم، بخلاف الثلاثة المصروف إليهم من الفقراء وسائر الأصناف، لأننا عرفنا ذلك من معهود الشرع في الزكاة، والاستحقاق هنا مضاف إلى أعيانهم.

فرع: لو أوصى لسبيل البر، أو الخير، أو الثواب، فعلى ما ذكرناه في الوقف.

فرع: لو قال: ضع ثلثي حيث رأيت، أو فيما أراك الله، ليس له وضعه في نفسه، كما لو قال: بع، لا يبيع لنفسه. والأولى صرفه إلى أقارب الموصي الذين لا يرثونه، ثم إلى محارمه من الرضاع، ثم إلى جيرانه.

المسألة السابعة: أوصى لأقارب زيد، دخل فيه الذكر والأنثى، والفقير

والغني، والوارث وغيره، والمحرم وغيره، والقريب والبعيد، والمسلم والكافر، لشمول الاسم. ولو أوصى لأقارب نفسه، ففي دخول ورثته وجهان: أحدهما: المنع، لأن الوارث لا يوصى له. فعلى هذا، يختص بالباقيين، وبهذا قطع المتولي، ورجحه الغزالي، وهو محكي عن الصيدلاني. والثاني: الدخول، لوقوع الاسم، ثم يبطل نصيبهم ويصح الباقي لغير الورثة. ولك أن تقول: يجب اختصاص الوجهين بقولنا: الوصية للوارث باطلة. فأما إن وقفناها على الإجازة، فليقطع بالوجه الثاني.

قلت: الظاهر أنه لا فرق في جريانهما، لأن مأخذهما أن الاسم يقع، لكنه خلاف العادة. والله أعلم.

وهل يدخل في الوصية لأقارب زيد أصوله وفروعه؟ فيه أوجه: أصحها: عند الأكثرين: لا يدخل الأبوان والأولاد، ويدخل الأجداد والأحفاد، لأن الوالد والولد لا يعرفان بالقرب في العرف، بل القريب من ينتمي بواسطة. والثاني: لا يدخل أحد من الأصول والفروع. والثالث: يدخل الجميع، وبه قطع المتولي. وقد ادعى الأستاذ أبو منصور الإجماع على أنه لا يدخل الأبوان والأولاد. ويعتبر أقرب جد ينسب إليه الرجل، ويعدُّ أصلاً وقبيلة في نفسه، فيرتقي في بني الأعمام إليه، ولا يعتبر من فوقه. حتى لو أوصى لأقارب حسني، أو أوصى حسني لأقارب نفسه، لم يدخل الحسينيون، وكذلك وصية المأموني لأقاربه. والوصية لأقارب المأموني لا يدخل فيها أولاد المعتصم وسائر العباسية. والوصية لأقارب الشافعي رحمته الله في زمانه، تصرف إلى أولاد شافع، ولا يدخل فيها أولاد علي والعباس رحمتهما الله وإن كان شافع وعلي والعباس كلهم أولاد السائب بن عبيد. والشافعي هو محمد بن إدريس، بن العباس، بن عثمان، بن شافع، بن السائب، بن عبيد، بن عبد يزيد، بن هاشم، بن عبد المطلب، بن عبد مناف. ولو أوصى رجل لأقارب بعض أولاد الشافعي في هذه الأزمنة، دخل فيه أولاد الشافعي دون غيرهم من أولاد شافع. وعلى هذا القياس.

فرع: إذا أوصى لأقاربه، فإن كان أعجباً، دخل قرابة الأب والأم. وإن كان عربياً، فوجهان: أصحهما: وبه قطع العراقيون وهو ظاهر نصه في «المختصر»: دخولهم من الجهتين كالعجم. والثاني: لا تدخل قرابة الأم، ورجحه الغزالي، والبعوي، لأن العرب لا تفتخر بها.

فرع: لا فرق في جميع ما ذكرناه بين قوله: أوصيت لأقاربي، أو لقرايتي، أو لذي قرابتي، أو ذي رحمي، أو ذوي قرابتي، أو ذوي رحمي، لكن قرابة الأم تدخل في لفظ الرحم بلا خلاف في الوصية العرب والعجم جميعاً.

فرع: إذا لم يوجد قريب واحد، صرف المال إليه إن أوصى لذي قرابته، أو

ذي رحمه، أو لقربته، لأنه يوصف به الواحد والجمع. فإن كان اللفظ: لأقاربي، أو أقربائي، أو ذوي قرابتي، أو ذوي رحمي، فثلاثة أوجه: الأصح: أنه يعطى كل المال. والثاني: نصفه. والثالث: ثلثه، وتبطل الوصية في الباقي. وإن كان هناك جماعة محصورة، قسم المال بينهم بالسوية، ويجب استيعابهم على الصحيح. وحكى الحناطي وجهاً: أنه يجوز صرفه إلى ثلاثة منهم. وإن كانوا غير محصورين، فهو كالوصية للعلوية والقبائل العظيمة، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى قريباً.

المسألة الثامنة: أوصى لأقرب أقارب زيد، دخل فيها الأبوان والأولاد. فإن اجتمع أب وابن، فوجهان: وقيل: قولان: أحدهما: يسوى بينهما، لاستوائهما في الرتبة، فعلى هذا يقدم الأب على ابن الابن. وأصحهما: وبه قطع طوائف: يقدم الابن لقوته وعصوبته. فعلى هذا، الأولاد مقدمون على من سواهم، ثم يليهم البطن الثاني، ثم الثالث، إلى حيث ينتهون. ويستوي أولاد البنين والبنات. فإن لم يكن أحد من الأولاد والأحفاد، قدم الأبوان، ثم بعدهما الأجداد والجندات، إن لم يوجد الإخوة والأخوات، يقدم الأقرب فالأقرب منهم. أو الإخوة والأخوات، إن لم يوجد الأجداد والجندات، فإن اجتمع جد وأخ، قدم الأخ على الأظهر. والثاني: يستويان. وقيل: يقدم الأخ قطعاً. ويجري هذا الخلاف في الجد أبي الأب، والجد أبي الأم، مع الأخ للأم والأخ لأب. فإن قلنا بالتسوية، فالجد أولى من ابن الأخ. وإن قدمنا الأخ، فكذا ابنه وإن سفل. والمذهب تقديم ابن الأخ على أبي الجد. وقيل بطرد الخلاف. ثم يقدم بعدهم أولاد الإخوة والأخوات، ثم الأعمام والعمات، ويساويهم الأحوال والخالات، ثم أولاد هؤلاء. والأخ من الجهتين، يقدم على الأخ من إحداهما، لزيادة قرابته. كذا قطع به الجمهور، وهو المذهب، وحكى الحناطي والإمام عن بعضهم في تقديمه قولين كولاية النكاح. والأخ من الأب، والأخ من الأم، يستويان. وكذا القول في أولاد الإخوة، والأعمام، والأخوال، وأولادهم.

وفي تقديم الجدة من جهتين على الجدة من جهة، وجهان كالوجهين، ترجيحها في الميراث. ويحصل مما ذكرناه أنه إذا اجتمع أولاد إخوة مفترقين وأولاد أخوات مفترقات، فالمال لولد الأخ من الأبوين وولد الأخت من الأبوين، فإن لم يوجد أولاد الإخوة والأخوات من الأبوين، فأولادهم من الأب وأولادهم من الأم سواء. هذا إذا استوت الدرجة. فإن اختلفت، قدم الأقرب من أي جهة كان. فيقدم الأخ من الأب على ابن الأخ للأبوين، ويقدم ابن الأخ للأب وابن الأخ للأم على ابن الأخ للأبوين، لأن جهة الإخوة واحدة. فروعياً قرب الدرجة. فأما إذا اختلفت

الجهة، فالبعيد من الجهة القريبة يقدم على القريب من الجهة البعيدة. فيقدم ابن ابن الابن على الأخ. ويقدم ابن ابن الأخ وإن سفل على العم. ولا يرجح في هذا الباب بالذكورة، ولا ينظر إلى الورثة، بل يستوي في الاستحقاق، الأب، والأم. وكذا الابن والبنت، وكذا الأخ والأخت، كما يستوي المسلم والكافر، ويقدم ابن البنت على ابن ابن الابن. وكل ذلك لأن الاستحقاق منوط بزيادة القرب.

فرع: أوصى لجماعة من أقرب أقارب زيد، فلا بد من الصرف إلى ثلاثة، فإن كان له في الدرجة القربى ثلاثة، دفع إليهم. وإن كانوا أكثر، وجب تعميمهم على الأصح، لثلاث تصير وصية لغير معين، بخلاف الفقراء، لأن المراد بهم الجهة. وقيل: لا، فيختار الوصي ثلاثة منهم. فإن كانوا دون الثلاثة، تمننا الثلاثة ممن يليهم، فإن كان له ابنان، وابن ابن، دفع إليهم. وإن كان ابن، وابن ابن، وابن ابن ابن، دفع إليهم. وإن كان ابن، وابنا ابن، فكذلك. وإن كان ابن، وابن ابن، وبنو ابن ابن، دفع إلى الابن وابن الابن. وهل يدفع معهما إلى واحد من الدرجة الثالثة، أم يعمّمون؟ فيه الوجهان. وإذا قلنا: يعمّمون، فالقياس التسوية بين كل المدفوع إليهم. وفي تعليق الشيخ أبي حامد: أن الثلث لمن في الدرجة الأولى، والثلث لمن في الثانية، والثلث لمن في الثالثة. هذا ما نص عليه الشافعي، وقال الأصحاب في هذا الفرع: وكان الأشبه أن يقال: إنها وصية لغير معين.

قلت: الصواب، ما نص عليه، وقاله الأصحاب. والله أعلم.

فرع: أوصى لأقرب أقارب نفسه، فالترتيب كما ذكرنا، لكن لو كان الأقرب وارثاً، صرفنا إلى من يليه ممن ليس بوارث، إن لم نصحح الوصية للوارث، أو صححناها فلم يجزها سائر الورثة، كذا نقله البغوي وغيره، وهو تفرّيع على أنه لو أوصى لأقارب نفسه، لم تدخل الورثة بقرينة الشرع. أما إذا قلنا: يدخلون، ويوزّع عليهم وعلى من ليس بوارث، فهنا تبطل الوصية، إلا أن يتعدد الأقربون ويكون فيهم وارث وغير وارث.

المسألة التاسعة: آل رسول الله ﷺ: هل هم بنو هاشم وبنو المطلب فقط، أم جميع أمته؟ فيه وجهان ذكرناهما في «كتاب الصلاة». أحدهما: الأول. ولو أوصى لآل غيره ﷺ، فوجهان: أحدهما: بطلان الوصية، لإبهام اللفظ وتردده بين القرابة وأهل الدين وغيرهما. وأصحهما: الصحة، لظهور أصل له في الشرع. وعلى هذا قال الأستاذ أبو منصور: يحتمل أن يكون كالوصية للقرابة، ويحتمل أن يفوّض إلى اجتهد الحاكم. فإن كان هناك وصي، فهل المتبع رأي الحاكم، أم الوصي؟ حكى الإمام فيه وجهين: ولم يذكروا أن الحاكم والوصي يتحريان مراد الموصي أم أظهر

معاني اللفظ بالوضع أو الاستعمال. وينبغي أن يقال: المرعِيُّ مراده إن أمكن العثور عليه بقرينة، وإلا، فأظهر المعاني.

قلت: وهذا الذي اختاره الرافعي هو الراجح المختار. والله أعلم.

فرع: في أهل بيت الرجل وجهان: أحدهما: الحمل على ما يحمل عليه الآل. وأصحهما: دخول الزوجة أيضاً. وفي أهله دون لفظ البيت وجهان: أحدهما: الحمل على الزوجة فقط. والثاني: على كل من تلزمه نفقته. فعلى الأول لو صدرت الوصية من امرأة، بطلت.

قلت: ينبغي أن لا تبطل، بل يتعين الوجه الثاني، أو يرجع فيه إلى العرف. والأرجح من الوجهين الثاني. والله أعلم.

المسألة العاشرة: آباء فلان: أجداده من الطرفين. وأمّهاته: جداته من الطرفين. هكذا ذكره أبو منصور وغيره. وحكى الإمام وجهين: أحدهما: هذا. وأصحهما: عنده: لا يدخل الأجداد من جهة الأم في الآباء، ولا الجدات من جهة الأب في الأمهات. ولا خلاف في شمول الأجداد والجدات الطرفين، ولا يدخل في الإخوة والأخوات.

المسألة الحادية عشرة: الأختان أزواج البنات، ولا يدخل فيه أزواج العمات والخالات. وفي أزواج الأخوات وجهان: أحدهما: عند الإمام: المنع. ويدخل أزواج الحوافد إن قلنا بدخول الأحفاد في الوصية للأولاد. وفي وجه: يدخل زوج كل ذات رحم محرم. ثم الاعتبار بكونه زوجها عند الموت. فلو كانت خلية يوم الوصية، منكوحة يوم الموت، استحق زوجها. وإن كانت مزوجة يوم الوصية، مطلقة يوم الموت، فإن كان الطلاق رجعياً، استحق، وإلا، فلا. وإن أبانها بين الموت والقبول، استحق إن قلنا: يستحق الوصية بالموت أو موقوفة. وإن قلنا: بالقبول، فوجهان: ويجري الخلاف فيمن تزوجت بعد الموت وقبل القبول.

فرع: أحماء الرجل أبوا زوجته. وفي دخول أجدادها وجداتها تردّد حكاها الإمام، ولا يدخل أبوا زوجة الأب، وأبوا زوجة الابن، والأصهار كالأحماء، كذا نقله الأستاذ أبو منصور، وإمام الحرمين. وفي «أمالي» السرخسي: أن كل رجل من المحارم، فأبو زوجته، حمو. وأن الأصهار يشمل الأختان والأحماء.

قلت: هذا الذي قاله السرخسي هو المعروف عند أهل اللغة. والله أعلم.

فرع: يدخل في المحارم، كل محرم بالنسب، أو بالرضاع، أو بالمصاهرة.

فرع: الأولاد، والذرية، والعقب، والنسل، والعتر، على ما ذكرناه في الوقف.

فرع: قال: لورثة فلان، فلمن ورثه من ذكر أو أنثى بنسب أو سبب بالسوية، لا على مقادير الإرث. فإن لم يكن له وارث خاص، وصرف ماله إلى بيت المال، بطلت الوصية. وإن ورثه بنت واحدة، ولم يحكم بالرد، استحقت جميع الوصية على الأصح، وقسطها في الآخر. ولو مات الموصي، وبقي الذي أوصى لورثته أو عقبه حياً، فالمنقول عن الأصحاب: بطلان الوصية، لأنه لا يورث، ولا يعقبه أحد في حياته. وقال الإمام: الظاهر عندي صحتها في لفظ العقب إن كان له أولاد، لأنهم يسمون عقبه في حياته. قال: ومثل هذا محتمل في لفظ الورثة. وعلى هذا، فيوقف إلى أن يموت فيتبين من يرثه.

قلت: هذا الذي اختاره الإمام في العقب، هو الذي قطع به صاحب «العدة» وجعله مذهبنا، وجعل البطلان مذهب أبي حنيفة. وهذا هو الراجح إن شاء الله تعالى. والله أعلم.

ولو أوصى لعصبة فلان، لم يشترط في الاستحقاق كون فلان ميتاً يوم موت الموصي قطعاً، بخلاف ما ذكروه في لفظ الورثة والعقب. ثم أولادهم بالتعصيب، أولادهم بالوصية.

المسألة الثانية عشرة: الوصية للموالي على ما ذكرناه في الوقف. فإن كان له موالٍ من أعلى، وموالٍ من أسفل، ففيه الأوجه السابقة، وفي قول عن رواية البويطي: يوقف إلى الاصطلاح. أما إذا لم يكن إلا أحدهما، فيصرف المال إليه. فإن اقتضى الحال الحمل على الأسفل، أو صرح به، استحق كل من عتق عليه بتبرع، أو ملك، أو نذر، أو كفارة. وفي أم الولد والمدبر وهما يعتقان بموته وجهان: قلت: الأصح: لا يدخلان، إذ ليسا من الموالي، لا حال الوصية، ولا حال الموت. والله أعلم.

المسألة الثالثة عشرة: يتامى القبيلة، هم الصبيان الفاقدون لأبائهم. وفي اشتراط الفقر فيهم، وجهان: أشبههما ما قيل في الغنime: نعم، وبه قطع أبو منصور. ثم إن انحصروا، وجب تعميمهم، وإلا، جاز الاقتصار على ثلاثة.

فرع: العميان، والزَّمنى، كالأيتام في التفصيل والخلاف.

قلت: قطع صاحب «العدة» بعدم اشتراط الفقر في الزمنى، قال: ومثله الوصية لأهل السجون، وللغارمين، وتكفين الموتى، وحفر القبور، ويدخل في كل ذلك الغني، والفقير. والمختار طرد الخلاف. والله أعلم.

المسألة الرابعة عشرة: اسم الأرامل، يقع على من مات زوجها، والمختلعة، والمبتوتة، دون الرجعية، والأيامى غير ذوات الأزواج، هذه عبارة الأستاذ، وبها

أخذ الإمام وقال: الفرق، أن الأرملة: من كان لها زوج، والأيم لا يشترط فيها تقدم زوج، ويشتركان في اشتراط الخلو عن الزوج في الحال. وعبارة صاحبي «المهذب» و«التهذيب»: لا يعتبر تقدم زوج في الأرملة. وفي اشتراط الفقر، الوجهان المذكوران في الأيتام. وقطع الإمام بالاشتراط هنا. وفي دخول رجل لا زوجة له في الأراامل وجهان:

قلت: الأصح تخصيص الأرملة بمن فارقتها زوجها، ونقله إمام الحرمين عن نص الشافعي، وهو المفهوم في العرف. والأصح: أن الرجل لا يدخل في الأراامل. والله أعلم.

فرع: ثيب القبيلة: النساء دون الرجال على الأصح. وعلى الثاني: يدخل الرجال الذين أصابوا. وفي الأبقار هذا الخلاف.

المسألة الخامسة عشرة: المعتبرون من الأقارب، هم الذين يتعرضون ولا يسألون، وذوو القنوع: الذين يسألون.

المسألة السادسة عشرة: غلمان القبيلة، وصبيانهم، والأطفال، والذراري: هم الذين لم يبلغوا. واختلفوا في الشيوخ، والشبان، والفتيان، ففي «المهذب» و«التهذيب»: أن الشيوخ: من جاوزوا أربعين سنة. والفتيان والشبان: من جاوز البلوغ إلى الثلاثين. والمفهوم منه، أن الكهول: من الثلاثين إلى الأربعين. ونقل الأستاذ عن الأصحاب أنهم قالوا: إن الرجوع في ذلك إلى اللغة، واعتبار لون الشعر في السواد والبياض والاختلاط، ويختلف ذلك باختلاف أمزجة الناس.

قلت: هذا المنقول عن «المهذب» و«التهذيب» قاله أيضاً آخرون، وهو الأصح المختار. وصرح الروياني وغيره بأن الكهول: من جاوز ثلاثين إلى أربعين. وكذا قال أهل اللغة: إنه من جاوز الثلاثين. لكن قال ابن قتيبة: إنه يبقى حتى يبلغ خمسين. وقد أوضحت هذه الأسماء مع اختلاف العلماء فيها وما يتعلق بها في «تهذيب الأسماء». ومن المسائل المتعلقة بما سبق، لو أوصى للحجيح، قال صاحب «العدة»: يستحب دفعه إلى فقرائهم، فإن صرف إلى فقرائهم وأغنيائهم، جاز، لشمول الاسم. وينبغي أن يطرد فيه الوجهان، كالأيتام، والأراامل. واشتراط الفقر هنا أرجح. والله أعلم.

فصل: إذا أوصى لزيد وجماعة معه. فإذا أن يكونوا موصوفين، أو معيّنين.

الحال الأول: موصوفون، غير محصورين، كالفقراء، والمساكين. وفي زيد أوجه: أصحها: أنه كأحدهم، فيجوز أن يعطى أقل ما يتموّل، ولكن لا يجوز حرمانه وإن كان غنياً. والثاني: أنه يعطى سهماً من سهام القسمة. فإن قسم المال على أربعة

من الفقراء، أعطي زيد الخمس. وإن قسمه على خمسة، فالسدس، وعلى هذا القياس. والثالث: لزيد ربع الوصية، والباقي للفقراء، لأن أقل من يقع عليه اسم الفقراء ثلاثة. والرابع: له النصف، ولهم النصف. والخامس: إن كان فقيراً، فهو كأحدهم، وإلا، فله النصف. والسادس: إن كان غنياً، فله الربع، لأنه لا يدخل فيهم، وإلا، فالثلث، لدخوله فيهم. والسابع: أن الوصية في حق زيد باطلة، لجهالة من أضيف إليه، حكاه السرخسي في «الأمالي»، وهو ضعيف جداً. ولا بد على اختلاف الأوجه من الصرف إلى ثلاثة من الفقراء.

هذا كله إذا أطلق ذكر زيد. أما إذا وصفه بصفة الجماعة، فقال: لزيد الفقير، وللفقراء، فيجري الخلاف فيما لزيد إن كان فقيراً. ومنهم من خص الأوجه بهذه الحالة. وبقي القول بكونه كأحدهم عند الإطلاق. وإن كان غنياً، فلا شيء له، ونصيبه للفقراء إن قلنا: إنه كأحدهم، وإلا، فهو لورثة الموصي. وإن وصف زيداً بغير صفة الجماعة، فقال: لزيد الكاتب، وللفقراء، قال الأستاذ أبو منصور: فله النصف بلا خلاف. ويشبه أن يجيء القول بأن له الربع إن لم تجيء باقي الأوجه. ولو أوصى لزيد بدينار، وللفقراء بثلث ماله، لم يصرف إلى زيد غير الدينار وإن كان فقيراً، لأنه قطع اجتهد الوصي بالتقدير، ويحتمل الجواز. ولو أوصى لزيد، وللفقراء والمساكين، فإن جعلناه في الصورة السابقة كأحدهم، فكذا هنا. وإن قلنا: له النصف، فهنا الثلث. وإن قلنا: الربع، فهنا السبع.

الحال الثاني: إذا كانوا معيّنين، نظر، إن لم يكونوا محصورين كالعلويين، فسندكر الخلاف في صحة الوصية لهم إن شاء الله تعالى. فإن صححنا، فالحكم كما إذا كانوا موصوفين. وإن لم نصحح، قال المسعودي: هو كما لو أوصى لزيد وللملائكة، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى. وإن كانوا محصورين، فهل هو كأحدهم، أم له النصف؟ قال أبو منصور: فيه احتمالان، أحدهما: الثاني. ثم حكى خلافاً في أن النصف الذي لهم، يقسم بين جميعهم، أم يجوز صرفه إلى ثلاثة منهم؟ والصحيح وجوب القسمة بين الجميع.

فرع: له ثلاث أمهات أولاد، فأوصى لأمهات أولاده، وللفقراء والمساكين، قال المتولي: الصحيح: أنه يقسم على الأصناف أثلاثاً. وعن أبي علي الثقفي: أنه يقسم على خمسة، لأن أمهات الأولاد محصورات يجب استيعابهن، والفقراء والمساكين غير محصورين، فيجعل كل واحد من الصنفين مصرفاً، وكل واحدة منهن مصرفاً.

فصل: الوصية لجماعة معيّنين غير محصورين، كالهاشميّة، والطلابيّة،

والعلوية، صحيحة على الأظهر، كالفقراء. فعلى هذا، يجوز الاقتصار على ثلاثة منهم، ولا تجب التسوية بينهم ولا يشترط القبول، كالفقراء. ومتى أوصى لبني فلان. فإن عُدُّوا قبيلة، كبني هاشم، وبني تميم، فهي كالوصية للعلوية. وفي جواز الصرف إلى إناثهم وجهان: أحدهما: الجواز. وإن لم يُعَدُّوا قبيلةً، كبني زيد وعمرو، اشترط القبول والاستيعاب والتسوية. ولا يجوز الصرف إلى الإناث. قلت: وتصح الوصية هنا قطعاً. والله أعلم.

فصل: أوصى لزيد وجبريل، فوجهان: أحدهما: لزيد النصف، وتبطل الوصية في الباقي. كما لو أوصى لابن زيد، وابن عمرو، ولم يكن لعمرو ابن، أو لزيد وعمرو وابني بكر، فلم يكن له إلا ابن اسمه زيد، يكون النصف للموجود، ويبطل الباقي. والثاني: أن لزيد الكل، ويلغو ذكْر من لا يملك، بخلاف ما إذا ذكر معه من يملك. ويجري الوجهان في كل صورة أوصى لزيد ولمن لا يوصف بالملك، كالشيطان، والريح، والحائط، والبهيمة، وغيرها. ولو أوصى لزيد، وللملائكة، أو للرياح، أو للحيطان، فإن جعلنا الكل لزيد، فذاك، وإلا، فهل له النصف، أم الربع، أم للموصي أن يعطيه أقل ما يتمول؟ فيه الخلاف السابق في الوصية لزيد وللفقراء. ولو أوصى لزيد والله تعالى، فهل يكون لزيد الجميع وذُكِرَ الله تعالى للتبرك؟ أم له النصف والباقي للفقراء؟ أم له النصف والباقي يصرف في وجوه القرب لأنها مصرف الحقوق المضافة إلى الله تعالى؟ أم يرجع النصف الثاني إلى ورثة الموصي؟ فيه أربعة أوجه: أحدها: الثالث. وقدّمنا وجهاً فيما إذا أوصى لأجنبي ووارث، وبطلت في حق الوارث: أنها تبطل في حق الأجنبي أيضاً، بناءً على تفريق الصفة. وذلك الوجه مع ضعفه، يلزم طرده في نصيب زيد في هذه الصور.

قلت: فلو قال: أوصيت بثلاث مالي لله عز وجل، صرف في وجوه البر، ذكره صاحب «العدة» وقال: هو قياس قول الشافعي رحمه الله. والله أعلم.

القسم الثاني: من أقسام الباب في الأحكام المعنوية. قد سبق أن الوصية بمنافع العبد والدار صحيحة مؤبدة ومؤقتة، وكذا بغلة الدار والحنوت، وكذا بثمار البستان التي تحدث على الأصح. ولو أوصى بخدمة عبد سنة، ولم تُعَيَّن صحت الوصية، والتعيين للوارث. ويجوز أن يجعل له ثمرة بستانه العام، فإن لم يثمر، فثمرة العام القابل، أو خدمة عبده العام، فإن مرض، فخدمة العام الثاني. ويجوز أن يوصي بخدمة عبده لرجل مدة حياة زيد. إذا تقرر هذا، فالغرض الآن الكلام في مسائل الوصية بالمنافع، وهو مبني على أصل، وهو أن هذه الوصية تمليك للمنافع بعد الموت، وليست مجرد إباحة، كما أن الوصية بالأعيان تمليك لها بعد الموت.

فلو مات الموصى له، ورثت عنه كسائر حقوقه، وله الإجارة والإعارة والوصية بها. ولو تلف العبد في يده، لم يضمّنه، كما لا يضمن المستأجر. قال البغوي: وليس عليه مؤنة الردّ. هذا كله إذا أطلق الوصية، أو قيدها بالتأبيد. والمراد بالتأبيد: استيعاب الوصية منفعة العبد مدة حياته. وكذا الحكم فيما لو أوصى بمنفعته مدّة مقدّرة، كشهر وسنة. وحكي وجه: أنها لا تنتقل إلى وارث الموصى له، لا عند الإطلاق، ولا إذا قدر مدة ومات الموصى له قبل انقضائها. والصحيح المعروف الأول.

أما إذا قال: أوصيت لك بمنافعه حياتك، فهو إباحة، وليس بتمليك، فليس له الإجارة. وفي الإعارة وجهان: وأما إذا مات الموصى له، رجع الحق إلى ورثة الموصي. ولو قال: أوصيت لك بأن تسكن هذه الدار، أو بأن يخدمك هذا العبد، فهو إباحة أيضاً، لا تمليك، بخلاف قوله: أوصيت لك بسكنائها، وخدمته. هكذا ذكره القفال وغيره. وفي «فتاوى» القفال أنه لو قال: أطعموا زيدا كذا رطلاً من الخبز من مالي، اقتضى تمليكه، كما في إطعام الكفارة. ولو قال: اشترؤا خبزاً واصرفوه إلى أهل محلي، فسبيله الإباحة. هذا هو الأصل.

أما المسائل:

فإحداها: فيما يتعلق بجانب الموصى له، فيملك إثبات اليد على العبد الموصى بمنفعته، ويملك منافعه وأكسابه المعتادة، من الاحتطاب، والاحتشاش، والاصطياد، وأجرة الحرفة، لأنها أبدال منافعه. ولا يملك الكسب النادر، كالهبة واللقطة على الأصح، لأنه لا يقصد بالوصية. وحكى الحناطي وأبو الحسن العبادي وجهاً في كل الأكساب، وهو ضعيف، وسيأتي دليله إن شاء الله تعالى. ولو أتت الجارية الموصى بمنفعتها بولد من نكاح أو زنا، فثلاثة أوجه: أصحها: وبه قطع العراقيون والبغوي: حكم الولد حكم أمّه، رقبته للورثة، ومنفعته للموصى له، لأنه جزءٌ منها. والثاني: أنه للموصى له، ككسبها. والثالث: لورثة الموصي، لأنه غير المنفعة. وإذا وطئت بشبهة، أو زوّجت، ففي المهر وجهان: قطع العراقيون والبغوي بأنه للموصى له، كالكسب. والمنسوب إلى المراوزة: أنه لورثة الموصي، وبه قطع المتولي، وصححه الغزالي، وهو الأشبه، لأنه بدل منفعة البضع، ومنفعة البضع لا تجوز الوصية بها، فكان تابعاً للرقبة. ولا يجوز للموصى له وطؤها بلا خلاف فإن وطئ، لم يحدّ على الصحيح، للشبهة. وقيل: يحدّ، كالمستأجر. ولو أولدها بالوطء، لم تصر أم ولد له، لكن الولد حر على الصحيح، للشبهة. وقيل: رقيق. وإذا قلنا: حر، فإن قلنا: الولد المملوك كالكسب، فلا قيمة عليه، وإلا، فعليه القيمة. ثم هل هي لمالك

الرقبة؟ أم يشتري بها عبد تكون رقبته لمالك العبد ومنفعته للموصى له؟ وجهان: هذا ما ذكره في هذه الصور، ولم يفرّقوا بين قوله: أوصيت بمنفعة العبد، أو غلته، أو خدمته، أو كسبه، وبمنفعة الدار، أو سكنها، أو غلّتها. وكان الأحسن أن يقال: الوصية بالمنفعة تفيد استحقاق الخدمة في العبد، والسكنى في الدار. والوصية بالخدمة والسكنى لا تفيد استحقاق سائر المنافع. ألا ترى أنه إذا استأجر عبداً للخدمة، لا يملك تكليفه البناء، والغراس، والكتابة. وإذا استأجر داراً للسكنى، لم يكن له أن يعمل فيها عمل الحدّادين والقضّارين، ولا أن يطرح الزبل فيها، ولا يبعد أن يكون هذا مرادهم وإن أطلقوا، بل ينبغي أن يقال: الوصية بالغلة والكسب لا تفيد استحقاق السكنى والركوب والاستخدام، وبواحد منها لا يفيد استحقاق الغلة والكسب. وهذا يوافق الوجه السابق عن الحناطي والعبادي.

فرع: هل ينفرد الموصى له بالمسافرة بالموصى بمنفعته؟ وجهان: أحدهما: لا، كزوج الأمة. وأصحهما: نعم، لاستغراقه المنافع.

المسألة الثانية: فيما يتعلق بجانب وارث الموصي، وفيه أربعة فروع:

الفرع الأول: الوارث يملك إعتاق الموصى بمنفعته، لأن رقبته له، وأشار صاحب «الرقم» وغيره إلى خلاف فيه. والمذهب الأول، لكن لا يجري إعتاقه عن الكفارة على الأصح، لعجزه عن الكسب. وإذا أعتق، فالصحيح الذي قطع به الجمهور: أن الوصية تبقى بحالها، وتكون المنافع مستحقة للموصى له كما كانت، كما إذا أعتق المستأجر. ولا يرجع العتيق بقيمة المنفعة قطعاً. وقيل: تبطل الوصية، نقله أبو الفرج الزاز، لأنه يبعد أن تكون منفعة الحر مستحقة أبداً. فعلى هذا في رجوع الموصى له على المعتق بقيمة المنافع وجهان.

قلت: لعل أحصهما: الرجوع. والله أعلم.

وليس للوارث كتابة هذا العبد على الأصح، لأن أكسابه مستحقة. ووجه الجواز توقع الزكاة ونحوها.

الفرع الثاني: إذا كانت الوصية بمنفعة مدّة معلومة، فنفقته على الوارث، كالمستأجر. وإن كانت على التأبید، فثلاثة أوجه: أحصها: كذلك. والثاني: على الموصى له. والثالث: في كسبه. فإن لم يكن كسب. أو لم يف بها، ففي بيت المال. والفقرة كالنفقة، ففيها الأوجه، كذا قاله السرخسي وطائفة، وقطع البغوي بأنها على مالك الرقبة. وعلف البهيمة، كنفقة العبد. أما عمارة الدار الموصى بمنافعها، وسقي البستان الموصى بشماره، فإن تراضيا عليه، أو تطوع أحدهما به،

فذاك، وليس للآخر منعه. وإن تنازعا، لم يجبر واحد منهما، بخلاف النفقة، لحرمة الزوج. وأشار بعضهم إلى طرد الخلاف في العمارة وسائر المؤن.

الفرع الثالث: بيع الموصى بمنفعته مدة، كبيع المستأجر. وأما الموصى بمنفعته على التأبيد، ففي بيع الوارث رقبته أوجه: أصحها: يصح بيعها للموصى له بالمنفعة دون غيره. والثاني: يصح مطلقاً. والثالث: لا. والرابع: يصح بيع العبد والأمة، لأنهما يتقرب بإعتاقهما، ولا يصح بيع البهائم والجمادات. والماشية الموصى بنتائجها يصح بيعها، لبقاء بعض المنافع والفوائد، كالصوف، والظهر. وإنما الخلاف فيما استغرقت الوصية منفعه.

الفرع الرابع: هل للوارث وطء الموصى بمنفعتها؟ فيه أوجه: أصحها: ثالثها: يجوز إن كانت ممن لا تحبل، وإلا، فلا. فإن منعنا، فوطئ، فلا حد، للشبهة، وأما المهر، فيبنى على أنها لو وطئت بشبهة لمن المهر؟ فإن قلنا: للوارث، فلا مهر عليه، وإلا، فعليه. فإن أولدها، فالولد حر، وعليه قيمته. وهل تكون القيمة للموصى له؟ أم يشتري بها عبد يخدم الموصى له وتكون رقبته للوارث؟ فيه الوجهان فيما إذا ولدت رقيقاً. وتصير الجارية أم ولد يعتق بموته مسلوبة المنفعة. وقيل: لا تصير، وهو ضعيف.

المسألة الثالثة: في الجناية على العبد الموصى بمنفعته، فإن قُتل، نظر، إن كان قتلاً يوجب القصاص، فلمالك الرقبة الاقتصاص، فإذا اقتصر، بطل حق الموصى له، كما لو مات، أو انهدمت الدار، وبطلت منافعها. وإن كان مما يوجب المال، أو رجع إليه، ففي القيمة المأخوذة أوجه: أصحها: يشتري بها عبد يقوم مقامه، فتكون رقبته للوارث، ومنفعه للموصى له. والثاني: أنها للوارث، ولا شيء للموصى له، كما لا حق لزوج الأمة في بدلها. والثالث: أنها للموصى له خاصة. والرابع: توزع على الرقبة مسلوبة المنفعة، وعلى المنفعة وحدها، فتقوم الرقبة بمنافعها، ثم بلا منفعة، فيكون لها قيمة، لما في إعتاقها من الثواب وجلب الولاء. فقدر التفاوت هو قيمة المنفعة، فيكون للموصى له، والباقي للوارث. ويخرج على هذا الخلاف ما إذا قتله الوارث أو الموصى له، فلا شيء على من لو كان القاتل غيره، كانت القيمة مصروفة إليه. وإن جني عليه بقطع طرفه، فطريقان: أحدهما: طرد الأوجه، سوى الثالث. ولا يبعد تخريج الثالث أيضاً على هذه الطريقة، تشبيهاً له بالولد. والطريق الثاني: القطع بأن الأرض للوارث، واتفقوا على ترجيحه وإن ثبت الخلاف، وكان سببه أن العبد بقي منتفعاً به، ومقادير المنفعة لا تنضب، وتختلف بالمرض والكبر، وكان حق الموصى له باقي بحاله.

المسألة الرابعة: في جانيته، فإن اقتص منه، بطل حقهما كموته. وإن وجب مال، تعلق برقبتة. فإن لم يفدياه، بيع في الجناية، وبطل حقهما. فإن زاد الثمن على الأرش، قال أبو الفرج السرخسي: يقسم بينهما على نسبة حقهما. وينبغي أن يجيء فيه الخلاف السابق.

قلت: مجيء الخلاف هو الوجه. والله أعلم.

وإن فدياه، استمر الحقان. وإن فداه مالك الرقبة، فكذلك. وإن فداه الموصى له، ففي وجوب الإجابة على المجني عليه وجهان: أحدهما: لا، لأنه أجنبي عن الرقبة. وأصحهما: الوجوب، لظهور غرضه. وهذا فيما إذا فدى أحدهما العبد بمنافعه. فلو فدى حصته، قال الحناطي: يباع نصيب صاحبه. وفيه إشكال، لأنه إن فدى الوارث، فكيف تباع المنافع وحدها؟ وإن فدى الموصى له واستمر حقه، فبيع الرقبة يكون على الخلاف السابق.

المسألة الخامسة: في كيفية حساب المنفعة من الثلث. فإن أوصى بالمنفعة أبداً، فوجهان: ويقال: قولان: أحدهما: عند الجمهور وهو نصه في اختلاف العراقيين وفي «الإملاء» وبه قال ابن الحداد: إنه تعتبر الرقبة بتمام منافعتها من الثلث، لأنه حال بين الوارث وبينها، ولأن المنفعة المؤبدة لا يمكن تقويمها، لأن مدة عمره غير معلومة وإذا تعذر تقويم المنافع، تعيّن تقويم الرقبة. والثاني خروجه ابن سريج: أن المعتبر ما بين قيمتها بمنافعها، وقيمتها مسلوقة المنافع، واختاره الغزالي وطائفة. فعلى هذا، هل تحسب قيمة الرقبة من التركة؟ أم لا كما لا تحسب على الموصى له؟ وجهان: أحدهما: الأول.

مثاله: أوصى بعبد قيمته بمنافعه، مئة. ودون المنافع، عشرة. فعلى المنصوص: تعتبر المائة من الثلث. ويشترط أن يكون له مائتان سوى العبد. وعلى الثاني المعتبر تسعون. فيشترط أن يبقى للورثة ضعف التسعين مع العشرة على وجه، ودونها على وجه. أما إذا أوصى بمنفعته مدة، كسنة، أو شهر، ففيه طرق: أحدها: طرد الخلاف، كالوصية المؤبدة. والثاني: إن اعتبرنا هناك ما بين القيمتين، فهنا أولى، وإلا، فوجهان: أحدهما: التفاوت. والثاني: الرقبة. والطريق الثالث: أن المعتبر من الثلث أجرة مثل تلك المدة. والرابع وهو أصحها: يقوم العبد بمنافعه، ثم مسلوب منفعته تلك المدة، فما نقص حسب من الثلث. وقيمة الرقبة في هذه الحالة، محسوبة من التركة بلا خلاف.

ويتفرع على الخلاف صور:

إحداها: أوصى بمنفعة عبده ثلاث سنين، ولا مال سواه، إن اعتبرنا قيمة الرقبة

من الثلث، صحت الوصية في منافع الثلث، وردّت في الباقي. وإن اعتبرنا ما نقص، وكان النقص نصف القيمة، فهل تردّ الوصية في سدس العبد؟ أم ينقص من آخر المدة سدسها؟ وجهان: أصحهما: الأول، لأن قيمة المنافع تختلف بالأوقات.

الصورة الثانية: أوصى لرجل برقبته، ولآخر بمنفعته. إن قلنا: يعتبر من الثلث تمام القيمة، نظر فيما سواه من التركة، وأعطى كل واحد حقه كاملاً أو غير كامل، وإن قلنا: المعتبر التفاوت، فإن حسبنا الرقبة على الوارث، إذا بقيت له، حسب هنا كمال القيمة عليهما، وإلا، لم تحسب أيضاً على الموصى له بها. وتصح وصيته من غير اعتبار الثلث. كذا ذكره المتولي.

الصورة الثالثة: أوصى بالرقبة لرجل، وأبقى المنفعة للورثة، فإن قلنا: المعتبر من الثلث كمال القيمة، لم تعتبر هذه الوصية من الثلث، لجعلنا الرقبة الخالية عن المنفعة كالتالفة. وإن قلنا: المعتبر التفاوت، فإن حسبنا قيمة الرقبة على الوارث، حسبت هنا قيمة الرقبة على أهل الوصايا، وتدخل في الثلث، وإلا، فهنا يحسب قدر التفاوت على الوارث، ولا تحسب قيمة الرقبة على أهل الوصايا.

الصورة الرابعة: العبد الموصى بمنفعته، لو غصبه غاصب، فلمن تكون أجرة المدة التي كانت في يد الغاصب؟ قال في «التتمة»: إن قلنا: المعتبر من الثلث جميع القيمة، فهي للموصى له، وكأنه فوّت الرقبة على الوارث، وإلا، فوجهان: أحدهما: أنها للوارث، كما لو غصب المستأجر. والصحيح: أنها للموصى له، لأنه بدل حقه، بخلاف الإجارة، فإنها تنسخ في تلك المدة فتعود المنافع إلى مالك الرقبة.

الصورة الخامسة: أوصى بثمره بستانه، يخرج على الخلاف. ففي وجه: تعتبر جميع قيمة البستان من الثلث. وفي وجه: ما بين قيمته بمنافعه وفوائده، وبين قيمته مسلوب الفوائد. فإن احتمله الثلث، فذاك، وإلا، فللموصى له القدر الذي يحتمله، والباقي للوارث. فإن لم يحتمل إلا نصفه، فله من ثمره كل عام النصف. والباقي للوارث.

فرع: لابن الحداد

أوصى لرجل بدينار كل شهر من غلّة داره، أو كسب عبده، وجعله بعده لوارث الرجل، أو للفقراء والمساكين، والغلّة والكسب عشرة مثلاً، فاعتبار هذه الوصية من الثلث كاعتبار الوصية بالمنافع مدة معلومة، لبقاء بعض المنافع لمالك الرقبة، فيكون المذهب فيهما: أن المعتبر من الثلث قدر التفاوت بين القيمتين. ثم ينظر، فإن خرجت الوصية من الثلث، قال ابن الحداد: ليس للورثة أن يبيعوا بعض الدار ويدعوا

ما يحصل منه دينار، لأن الأجرة تختلف، فقد تنقص فتعود إلى دينار أو أقل، فيكون الجميع للموصى له. وهذا إذا أرادوا بيع بعضها على أن تكون الغلة للمشتري. فأما بيع مجرد الرقبة، فعلى ما سبق من الخلاف في بيع الوارث الموصى بمنفعته. وإن لم يخرج من الثلث، فالزائد على الثلث رقبة وغلة للوارث يتصرف فيه كيف شاء. ولو كانت الوصية بعشر الغلة كل سنة، فما سوى العشر للوارث يتصرف فيه كيف شاء.

فرع: أوصى لشخص بدينار كل سنة، حكى الإمام: أن الوصية صحيحة في السنة الأولى بدينار. وفيما بعدها قولان: أحدهما: الصحة، لأن الجهالة لا تمنع صحة الوصية، ولأن الوصية بالمنافع صحيحة لا إلى غاية. وأظهرهما: البطлан، لأنه لا يعرف قدر الموصى به ليخرج من الثلث. فإن صححنا، فإن لم يكن هناك وصية أخرى، فللورثة التصرف في ثلثي التركة قطعاً. وفي ثلثها وجهان: أحدهما: ينفذ التصرف بعد إخراج الدينار الواحد، لأننا لا نعلم استحقاق الموصى له في المستقبل. الثاني: أنه يوقف، لأن الاستحقاق ثبت إلى أن يظهر قاطع. فإن قلنا بالتوقف، وبقي الموصى له إلى أن استوعبت ذنائره الثلث، فذاك. وإن مات، فعن صاحب «التقريب»: أن بقية الثلث تسلم لورثة الموصي. قال الإمام: وفيه نظر، لأن هذه الوصية إذا صححناها، كالوصية بالثمار بلا نهاية، فوجب انتقال الحق إلى ورثة الموصى له. وإن نفذنا تصرفهم، فكلما انقضت سنة، طالب الموصى له الورثة بدينار، وكان ذلك كوصية تظهر بعد قسمة التركة. وإن كان هناك وصايا أخرى، قال صاحب «التقريب»: يوزع الثلث بعد الدينار الواحد على أصحاب الوصايا، ولا يتوقف. فإذا انقضت سنة أخرى، استرد منهم بدينار ما يقتضيه التقيسيط. قال الإمام: هذا بين إذا كانت الوصية مفيدة بحياة الموصى له. فأما إذا لم تقيد، وأقمنا ورثته مقامه، فهو مشكل لا يهتدى إليه.

فرع: لو انهدمت الدار الموصى بمنافعها، فأعادها الوارث بآلتها، هل يعود حق الموصى له؟ وجهان: ولو أراد الموصى له إعادتها بآلتها، فعلى الوجهين.

قلت: أصحهما: العود. والله أعلم.

المسألة السادسة: الوصية بالحج. الحج ضربان: متطوع به، ومفروض. الضرب الأول: فالتطوع تصح الوصية به على الأظهر تفرعاً على صحة النيابة فيه. ثم هو محسوب من الثلث، ويحج عنه من بلده إن قيد به، ومن الميقات إن قيد به. فإن أطلق، فعلى أيهما يحمل؟ وجهان: أصحهما: من الميقات، وإليه ميل أكثرهم. وهل يقدم حج التطوع في الثلث على سائر الوصايا؟ قال القفال: هو على القولين في تقديم العتق على غيره من الوصايا. قال الشيخ أبو علي: لم أر هذا لأحد

من الأصحاب، بل جعلوا الوصية به مع غيره على الخلاف فيما إذا اجتمع حق الله تعالى وحقوق آدميين. وإذا لم يف الثلث، أو حصة الحج منه بالحج، بطلب الوصية، وكذا لو قال: أحجوا عني بمائة من ثلثي ولم يمكن أن يحج بها. ولو قال: أحجوا عني بثلثي، صرف ثلثه إلى ما يمكن من حجتين وثلاث فصاعداً. فإن فضل ما لا يمكن أن يحج به، فهو للورثة. ولو قال: أحجوا عني بثلثي حجة، صرف ثلثه إلى حجة واحدة. ثم إن كان الثلث أجرة المثل فما دونها، جاز أن يكون الأجير أجنبياً ووارثاً. وإن كان أكثر، لم يستأجر إلا أجنبياً، لأن الزيادة محاباة فلا تجوز للوارث.

الضرب الثاني: المفروض، وهو حجة الإسلام وغيرها.

أما حجة الإسلام، فمن مات وهي في ذمته، قضيت من رأس ماله وإن لم يوص بها، كالزكاة، وسائر الديون. وإن أوصى بها، نظر، إن أضافها إلى رأس المال، فهي تأكيد. وإن أضاف إلى الثلث، قضيت منه، كما لو أوصى بقضاء دينه من ثلثه. وتتضمن هذه الوصية ترفيه الورثة بتوفير الثلثين. وفي تقديم الحج على سائر الوصايا وجهان - وقال الشيخ أبو علي: قولان - يجريان فيما لو أوصى بقضاء دينه من الثلث. أحدهما: يقدم، كما لو لم يوص فإنه يقدم، وأصحهما: لا يقدم، بل يزاحمها بالمضاربة، لأنه وصية. ثم إن لم يف الثلث بالحج على الوجه الأول، أو الحاصل من المضاربة على الثاني، كمل من رأس المال، كما لو قال: اقضوا ديني من ثلثي فلم يوف الثلث به، وحينئذ تدور المسألة، وسنوضح مثالها قريباً إن شاء الله تعالى. وإن أطلق، فلم يضاف إلى الثلث، ولا إلى رأس المال، حُج عنه من رأس المال على المذهب، وبه قطع الجمهور، سواء قرن به ما يعتبر من الثلث، أم لا، وقيل: قولان: ثانيهما: أنه من الثلث. وقيل: إن قرن، فمن الثلث، وإلا، فمن رأس المال. ثم متى جعلنا الحج من رأس المال، حج عنه من الميقات، لأنه لو كان حياً، لم يلزمه إلا هذا.

وإذا جعلناه من الثلث، إما لتصريحه، وإما عند الإطلاق، فوجهان: أحدهما: من الميقات أيضاً. فعلى هذا، لو أوصى أن يحج عنه من بلده، فلم يبلغ ثلثه حجة من بلده، حج من حيث أمكن. وإن لم يبلغ الحج من الميقات، تُمّم من رأس المال ما يتم به الحج من الميقات. والثاني: من بلده. فعلى هذا قال أبو إسحاق: إن أوصى بالحج من الثلث، فجميعه من الثلث. فإن أطلق، وجعلناه من الثلث، فالذي من الثلث مؤنة ما بين البلد إلى الميقات. فأما من الميقات، فهو من رأس المال. وأما الحجة المنذورة، ففيها وجهان: أحدهما: أنها كحجة الإسلام، إلا أن هاهنا وجهاً أنها إذا لم يوص بها، قضيت من الثلث، وهو شاذ. والثاني: كالتطوعات،

لأنها لا تلزم بأصل الشرع. فعلى هذا، إن لم يوص بها، لم تقض. وإن أوصى بها، كانت من الثلث. ويجري الخلاف في الصدقة المندورة والكفارات.

فرع: أوصى بحجة الإسلام من الثلث، ولزيد بمائة، والتركة ثلاثمائة، وأجرة الحج مئة. فإن قدمنا الحج على سائر الوصايا، صرف الثلث إلى الحج. وإن لم نقدّم، ووزّعنا الثلث، دارت المسألة، لأن حصة الحج تكمل من رأس المال، وإذا أخذنا شيئاً من رأس المال، نقص الثلث. وإذا نقص، نقصت حصة الحج، فلا تعرف حصة الحج ما لم يعرف الثلث ولا يعرف الثلث ما لم يعرف المأخوذ من رأس المال، ولا يعرف المأخوذ ما لم تعرف حصة الحج.

فالتريق أن نأخذ من التركة شيئاً لإكمال حصة الحج، يبقى ثلاثمائة إلا شيئاً بقدر ثلثه، وهو مئة إلا ثلث شيء، يقسم بين الحج والموصى له نصفين، فنصيب الحج خمسون إلا سدس شيء، فيضم الشيء المفرز إليه، تبلغ خمسين وخمسة أسداس شيء تعدل مئة، وذلك تمام الأجرة، فيسقط خمسين بخمسين، تبقى خمسة أسداس شيء في مقابلة خمسين. وإذا كان خمسة أسداس الشيء خمسين، كان الشيء ستين، فعرفنا أن ما أفرزناه ستون، فنأخذ ثلث الباقي بعد الستين، وهو ثمانون، ونقسمه بين الوصيتين، تخص كل واحدة أربعون والأربعون مع الستين، تمام أجرة الحج.

فرع: أوصى أن يحج عنه تطوعاً، أو حجة الإسلام من ثلثه بمائة، وأوصى بما يبقى من الثلث بعد المائة لزيد، وبثلث ماله لعمر، ولم تُجز الورثة ما زاد على الثلث، فيقسم الثلث بين عمرو والوصيتين الأخريين نصفين. فإذا كان ثلث المال ثلاثمائة، كان لعمر مئة وخمسون، والباقي بين الحج وزيد. وفي قسمته وجهان: أحدهما قاله ابن خيران: تصرف خمسون إلى الحج، ومائة إلى زيد، لأن الوصيتين لو نفذتا يخص زيداً ثلثا الثلث. وأصحهما: تصرف مئة إلى الحج، وخمسون لزيد. ولو كان الثلث مائتين، فلعمرو مئة، والمائة الباقية للحج على الأصح، ولا شيء لزيد. وعلى الثاني: هي بين زيد والحج نصفان. ولو كان الثلث مئة، قسمت بين الحج وعمرو نصفين، ولا شيء لزيد في هذا الحال. وكذا لو لم توجد الوصية لعمر، بخلاف ما إذا كان الثلث فوق المائة. ولو أوصى أولاً بالثلث لعمر، ثم بالحج بمائة من الثلث، ثم لزيد بما يبقى من الثلث بعد المائة، فعن أبي إسحاق: أن الوصية لزيد باطلة، لأن وصية عمرو استغرقت الثلث. وقال الجمهور: لا فرق بين التقديم والتأخير، والوصية بالحج ولزيد وصية بثلث آخر، وهذا شخص أوصى بالثلثين، كمن أوصى لشخص بالثلث، ثم أوصى لآخر بالثلث، فإنه يوزع الثلث عليهما.

هذا كله تفريع على أن الحج لا يقدّم في الثلث على سائر الوصايا . فأما إذا قدمناه، فإن كان الثلث ثلاثمائة، والمائة المقدرة للحج أجرة مثل الحج، أخذت المائة من رأس الثلث. وكيف يقسم الباقي بين زيد وعمرو؟ قال ابن الحداد: نصفين، لأن كل واحد منهما لو انفرد مع الحج لأخذ ما زاد على المائة. وغلطه جماهير الأصحاب وقالوا: يقسم الباقي بينهما على قدر وصيتهما. والوصية لزيد بالباقي، وهو مائتان، ولعمرو بالثلث، وهو ثلاثمائة، فيقسم الباقي بينهما على خمسة، لزيد ثمانون، ولعمرو مئة وعشرون. ولو كانت الصّور بحالها، وأجرة مثل الحج خمسون، أخذ من الثلث خمسون أولاً، ثم قال ابن الحداد: يجعل الباقي نصفين، نصفه لعمرو، ونصفه الآخر، للحج منه خمسون، وباقيه لزيد. وقال الجمهور: بل يقسم الباقي بعد أجرة مثل الحج على أحد عشر سهماً، لأن وصية عمرو في هذه الحالة بثلاثمائة، وللحج وزيد بمائتين وخمسين، والنسبة بينهما ما ذكرنا، فلعمرو ما يخص ستة، والباقي يقدم الحج منه بخمسين، وباقيه لزيد. ولو كان الثلث مائتين، فإن كانت أجرة مثل الحج مئة، أخذت من رأس الثلث، ثم على قول ابن الحداد: الباقي بينهما نصفان، وعند الجمهور: يجعل بينهما على ثلاثة أسهم، لأن الوصية لزيد بمائة، ولعمرو بمائتين. وإن كان أجرة مثله خمسين، أخذت خمسون أولاً، والباقي على قول ابن الحداد بين عمرو والوصيتين الآخرين نصفين، ثم يقدم الحج بخمسين من حصتهما، وعند الجمهور: يقسم المال بعد الخمسين على سبعة أسهم، لأنه أوصى لعمرو بمائتين، وللحج وزيد بمائة وخمسين. فلعمرو ما يخص أربعة، والباقي يؤخذ منه، خمسون للحج، والباقي لزيد. ولو كان الثلث مئة، فإن كان أجرة مثل الحج مئة، فلا شيء لزيد وعمرو. وإن كان خمسين، أخذ للحج خمسون. ثم على قول ابن الحداد: الباقي بين الحج وعمرو نصفان. وعند الجمهور: للحج ثلث الباقي، ولعمرو ثلثاه، لأن الوصية في هذه الحالة، للحج بخمسين، ولعمرو بمائة. وإذا لم تف حصّة الحج في هذه الصورة بالحج. فإن كانت لحجة تطوّع، بطلت. وإن كانت لحجة الإسلام، كمّلنا من رأس المال. وقد ذكرنا طريقه.

فصل: جرت العادة بذكر ما يقع عن الميت بفعل غيره في هذا الموضع لمناسبته الحج عنه فالحج يؤدّى عنه إن كان فرضاً. ثم إن عين شخصاً وأوصى إليه فيه، فعله عنه، وارثاً كان أو غيره. وإن قال: أحجوا عني، ولم يعين، فللوارث أن يحج عنه بنفسه، وله أن يأمر به أجنبياً. وإن لم يوص به أصلاً، فللوارث أن يحج عنه، وكذا للأجنبي إن أذن له الوارث، وكذا إن لم يأذن على الأصح، كقضاء الدين. ووجه المنع: افتقاره إلى النية، فلا بد من استنابة. وأما حج التطوع، فالنيابة

جائزة على الأظهر كما سبق. فإن جوزناها، فقال العراقيون: إن لم يوص به، لا يصح الحج عنه. وفي «أمالي» السرخسي: أن للوارث أن يستنيب، وأنه إذا أوصى الميت إلى معين، فعل. ولو استقل به أجنبي، فوجهان: أحدهما: المنع. وفي هذا الكلام تجويز الاستنابة للوارث، وتجويز فعله بنفسه وإن لم يوص الميت.

وأما أداء الزكاة عنه، فكالهجرة الواجب، فيجوز للأجنبي أن يؤدي عنه زكاة المال وزكاة الفطر على الأصح المنصوص. وأما الكفارة، فإن كانت مالية، فللوارث أن يؤدي الواجب من التركة، ويكون الولاء للميت إذا أعتق. وإن كانت مخيرة، فله أن يطعم، ويكسو. وفي الإعتاق وجهان: أحدهما: المنع، إذ لا ضرورة إليه. وأصحهما: الجواز، لأنه نائبه شرعاً، فإعتاقه كإعتاقه. ولو أدى الوارث من مال نفسه، ولا تركة، فالصحيح الجواز. وقيل بالمنع، لبعد العباداة عن النيابة. وقيل: يمنع الإعتاق فقط، لبعد إثبات الولاء للميت، فإذا جوزنا، فلو تبرع أجنبي بالطعام، أو الكسوة، أجزأ على الأصح، كقضاء الدين. واحتج له الإمام بأنه لو اشترطت الورثة، لا يشترط صدوره من جميعهم، كالإقرار بالنسب، ولا يعتبر ذلك، بل يستبد به كل واحد من الورثة. ولو تبرع الأجنبي بالعتق، فقليل: على الوجهين. وقيل بالمنع قطعاً.

وأما إذا لم يكن على الميت عتق أصلاً، فأعتق عنه وارث أو غيره، فلا يصح عن الميت، بل يقع العتق والولاء للمعتق. ولو أوصى بالعتق في الكفارة المخيرة، وزادت قيمة الرقبة على قيمة الطعام والكسوة، فوجهان: أحدهما: يعتبر من رأس المال، لأنه أداء واجب. وأصحهما: الاعتبار من الثلث، لأنه غير متحتم، وتحصل البراءة بدونه، وعلى هذا وجهان: وقيل: قولان: أحدهما: تعتبر جميع قيمته من الثلث، فإن لم يف به، عدل إلى الإطعام. وأقيسهما: أن المعتبر من الثلث ما بين القيمتين، لأن أقل القيمتين لازم لا محالة. ويجري الخلاف فيما إذا أوصى أن يكسى عنه - والكسوة أكثر من الطعام - وسنعيد المسألة في «كتاب الأيمان» بزيادة إيضاح إن شاء الله تعالى. ولو أعتق من عليه كفارة مخيرة في مرض الموت، قال المتولي: لا تعتبر قيمة العبد من الثلث، لأنه مؤدّ فرضاً، وهذا كأنه تفريع على الوجه القائل بأنه إذا أوصى به، أعتق من رأس المال.

فرع: وأما الدعاء للميت، والصدقة عنه، فينفعانه بلا خلاف. وسواء في الدعاء والصدقة، الوارث والأجنبي. قال الشافعي رحمه الله: وفي وسع الله تعالى أن يثيب المتصدق أيضاً. قال الأصحاب: فيستحب أن ينوي المتصدق الصدقة عن أبويه، فإن الله تعالى ينيلهما الثواب، ولا ينقص من أجره شيئاً. وذكر صاحب

«العدة»: أنه لو أنبط عيناً، أو حفر نهراً، أو غرس شجرة، أو وقف مصحفاً في حياته، أو فعله غيره عنه بعد موته، يلحق الثواب الميت. وأعلم أن هذه الأمور إذا صدرت من الحي، فهي صدقات جارية، يلحقه ثوابها بعد الموت كما صح في الحديث^(١)، وإذا فعل غيره عنه بعد موته، فقد تصدق عنه. والصدقة عن الميت تنفعه، ولا يختص الحكم بوقف المصحف، بل يجري في كل وقف. وهذا القياس يقتضي جواز التضحية عن الميت، لأنها ضرب من الصدقة. وقد أطلق أبو الحسن العبادي جواز التضحية عن الغير، وروى فيه حديثاً^(٢). لكن في «التهذيب» أنه لا تجوز التضحية عن الغير بغير إذنه، وكذلك عن الميت، إلا أن يكون أوصى به.

فرع: وما عدا هذه القرب، ينقسم إلى صوم، وغيره، فأما الصوم، فلا يتطوع به عن الميت. وفي قضاء واجبه عنه قولان سبقا في الصيام. الجديد: المنع. والقديم: أن لوليه أن يصوم عنه. وعلى هذا، لو أوصى إلى أجنبي ليصوم، كان كالولي. ولو مرض بحيث لا يرجى برؤه، ففي الصوم عنه وجهان تشبيهاً بالحج. وأما غير الصوم، كالصلاة عنه قضاءً أو غيره، وقراءة القرآن، فلا ينفعه. واستثنى صاحب «التلخيص» من الصلاة ركعتي الطواف، وقال: يأتي بهما الأجير عن المحجوج عنه تبعاً للطواف. فوافقه بعض الأصحاب، وقال بعضهم: يقع عن الأجير وتبرأ ذمة المحجوج عنه بما يفعل، والأول أصح.

فرع: الذي يُعتاد من قراءة القرآن على القبر، قد ذكرنا في كتاب الإجارة طريقين لعود فائدتها إلى الميت. وعن القاضي أبي الطيب طريق ثالث، وهو أن الميت كالحي الحاضر، فترجى له الرحمة ووصول البركة إذا وصل الثواب إلى القارئ.

فصل: إذا ملك في مرض موته من يعتق عليه، فإن ملكه بالإرث، فهل يعتق من الثلث، أم من رأس المال؟ وجهان: رجح البغوي والمتولي كونه من الثلث، والأصح:

(١) كما أخرج مسلم في صحيحه برقم (١٦٣١) والترمذي في سننه برقم (١٣٧٦) والنسائي في سننه برقم (٣٦٥٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة: إلا من صدقة جارية أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له».

(٢) يشير إلى ما أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٧٩٠) وأحمد في المسند (١/١٥٠) من حديث حنش قال: رأيت علياً يضحى بكبشين؟ فقلت له: ما هذا؟ فقال: إن رسول الله ﷺ أوصاني أن أضحى عنه، فأنا أضحى عنه. والحديث ضعفه العلامة الألباني رحمته الله في ضعيف سنن أبي داود (ص ٢١٥).

كونه من رأس المال، وبه قطع الاستاذ أبو منصور. وفي كلام الشيخ أبي علي وغيره: ما يقتضي الجزم به، لأنه لم يقصد تملكه، ولا تضرر به الورثة. وإن ملكه بالهبة، أو الوصية، فإن قلنا في الموروث: يعتق من الثلث، فهنا أولى، لأنه مختار، وإلا، فوجهان: أحدهما: من رأس المال، وبه قطع ابن الحداد وأبو منصور، لأنه لم يبذل مالاً، وزوال الملك حصل بغير رضاه. فإن قلنا: من رأس المال، عتق وإن لم يكن له مال سواه. وكذا لو كان عليه دين مستغرق، وكذا المفلس المحجور عليه إذا قبله ولا سبيل للغرماء عليه. وإن قلنا: يعتق من الثلث، فلم يكن مال سواه، عتق ثلثه فقط. وإن كان عليه دين، لم يعتق، ويبيع في الدين، وكذا في المحجور عليه بالفلس. ولو اشترى المريض من يعتق عليه، وعليه دين، ففي صحة الشراء وجهان: ويقال: قولان: أحدهما: الصحة، إذ لا خلل في الشراء، فيثبت الملك، ولا يعتق، لحق الغرماء. فإن لم يكن دين، اعتبر عتقه من الثلث. فإن خرج كله، صح الشراء، وعتق كله، وإلا، ففي صحة الشراء فيما زاد على الثلث الخلاف فيما إذا كان عليه دين. فإن قلنا: لا يصح، ففي قدر الثلث الخلاف المذكور في تفريق الصفقة. وإن قلنا: يصح، عتق الثلث فقط. وفي وجه: شراء المريض أباه باطل مطلقاً، لأنه وصية، وهي موقوفة على الخروج من الثلث، والبيع لا يوقف، وهذا ضعيف. هذا كله إذا لم يكن محابة. أما إذا اشتراه بخمسين، وقيمته مئة، فقدرد المحابة هبة، فيجيء فيه الوجهان في أنه من الثلث، أو رأس المال؟ فإن قلنا: من الثلث، فجميع المائة من الثلث، وإلا، فالمعتبر منه خمسون. ثم متى حكمنا بعتقه من الثلث، لا يرثه، لأنه وصية، ولا سبيل إلى الجمع بينها وبين الإرث. هكذا أطلقوه وعللوه، وكأنه تفريع على بطلان الوصية لو ارث. فإن قلنا: يقف على إجازة الوارث، لم يمتنع الجمع بينها وبين الإرث، فيحتمل توقف الأمر على الإجازة، ويحتمل خلافه. وحكى الأستاذ أبو منصور وجهاً: أنه يرث، لأنه لا يملك رقبته حتى يقال: أوصى له بها. والصحيح الأول. ومتى عتق من رأس المال، ورث على الصحيح. وقال الإصطخري: لا يرث، وجعل عتقه وصية في حقه. وإن لم تكن وصية في حق الوارث، كما لو نكحت المريضة بدون مهر المثل، تصح المحابة من رأس المال إن كان الزوج أجنبياً. فإن كان وارثاً، جعل وصية، فتبطل ويجب مهر المثل.

فصل: إذا قال: أعتقوا عبدي بعد موتي، لم يفتقر إلى قبول العبد، لأن الله تعالى حقاً مؤكداً في العتق، فكان كالوصية للجهاات العامة. ولو قال: أوصيت له برقبته، فهي وصية صحيحة، ومقصودها الإعناق، ويشترط قبوله على الأصح، لاقتضاء الصيغة ذلك، كقوله لعبده: ملكتك نفسك، أو وهبت لك نفسك، فإنه يشترط فيه القبول في المجلس. ولو قال: وهبتك نفسك، ونوى به العتق، عتق بلا قبول.

فصل: قال: إذا مت، فأعتقوا ثلث عبدي، أو قال: ثلث عبدي حر إذا مت، لم يعتق إذا مات إلا ثلثه، ولا يسري، لأنه ليس بمالك للباقي في حال العتق، ولا موسر بقيمته، بخلاف ما لو أعتق المريض بعض عبده، فإنه يسري إذا وفى به الثلث، لأنه مالك للباقي. ولو ملك ثلاثة أعبد قيمتهم سواء، لا مال سواهم، فأعتق في مرضه ثلث كل واحد منهم، فقال: ثلث كل واحد منهم حر، أو أثلاثهم أحرار، فهل يعتق من كل عبد ثلثه كما ذكر؟ أم يقرع بينهم فيعتق واحد بالقرعة لتجتمع الحرية كما لو قال: أعتقت هؤلاء؟ فيه وجهان: أحدهما: الثاني. ولو قال: أعتقت ثلثكم، أو ثلثكم حر، أقرع قطعاً. وقيل: فيه الوجهان. ولو قال: أثلاث هؤلاء أحرار بعد موتي، أو ثلث كل واحد، عتق من كل عبد ثلثه، ولا قرعة، لما ذكرنا أن العتق بعد الموت لا يسري، لكن لو زاد ما أعتق على الثلث، أقرع لرد الزيادة، لا للسراية. وفي «التهذيب» وغيره وجه: أنه يقرع، كما لو نجز في المرض، فمن خرجت له القرعة، عتق، ورق الآخرين. والصحيح الأول، وبه قال ابن الحداد، وفرع عليه فقال: لو قال للثلاثة: النصف من كل عبد منكم حر، فقد أعتق نصف ماله. فإن لم تجز الورثة، أقرع بين العبيد بسهم رق وسهمي حرية، فمن أصابه سهم الرق، رق، ويعتق من كل واحد من الآخرين نصفه، ولا يسري. ولو أعتق الأنصاف في مرضه، فمن عتق منه شيء، سرى إلى باقيه إلى أن يتم الثلث، فيقرع بينهم بسهمي رق، وسهم عتق. فمن خرج له سهم العتق، عتق كله، وهو ثلث المال. ولو لم يملك إلا عبيدين قيمتهما سواء، فقال: نصف غانم حر بعد موتي، وثلث سالم حر بعد موتي، فقد أعتق خمسة أسداس، وليس له إلا أربعة أسداس، فيقرع لرد الزيادة، فإن خرج العتق لغانم، عتق نصفه، وعتق سدس سالم ليتم الثلث. فإن خرج العتق لسالم، عتق ثلثه وثلث غانم. وإن أعتق نصف كل واحد منهما في مرضه، أقرع، فمن خرج له سهم العتق، عتق ثلثاه، ورق باقيه مع جميع الآخر.

هذا كله، إذا أعتق الأبعاض في المرض معاً، بأن قال: أثلاث هؤلاء أحرار، أو نصف كل عبد حر. فأما إذا قدم وآخر، فيقدم الأسبق فالأسبق، حتى لو قال: نصف غانم حر، وثلث سالم حر، عتق ثلثا غانم، ولا قرعة.

فصل: أعتق جاريته بعد الموت وهي حامل، ففي الحمل وجهان: أحدهما: لا يعتق، لما سبق أن إعتاق الميت لا يسري. وأصحهما: يعتق، لأنه كعضوها. ولو قال: هي حرة بعد موتي إلا جنينها، أو دون جنينها، لم يصح الاستثناء على الأصح. ولو نجز عتقها في الحياة، عتق الحمل، ولم يصح استثنائه بلا خلاف. ولو كانت لشخص، وحملها لآخر، فأعتقها مالکها، لم يعتق الحمل قطعاً، لأن اختلاف الملك يمنع الاستتباع.

فصل: أوصى بثلاث عبد معين، أو دار، أو غيرهما، فاستحق ثلثاه، نظر، إن لم يملك شيئاً آخر، فللموصى له الثلث الباقي. وإن ملك غيره، واحتمل ثلث ماله الثلث الباقي، فطريقان: أحدهما: على قولين. أظهرهما: يستحق الثلث الباقي. والثاني: ثلث الثلث. والطريق الثاني: ثلث الثلث قطعاً. ثم عن ابن سريج: أن هذا فيما إذا قال: أوصيت له بثلاث هذا العبد. فأما إذا قال: أعطوه ثلثه، فيدفع إليه الثلث الباقي قطعاً. ولو قال: أوصيت له بشاة من هذه الثلاث، أو بأحد أثلاث هذا العبد، أو بثلاث هذه الدار، فاستحق الثلثان، أو اشترى من زيد ثلثها، ومن عمرو ثلثيها، وأوصى بما اشتراه من زيد، فاستحق ما اشتراه من عمرو، نفذت الوصية في الثلث الباقي في هذه الصور قطعاً. ولو أوصى بأثلاث الأعد الثلاثة، فاستحق اثنان منهم، نفذت في الثلث الباقي. ولو أوصى بثلاث صبرة، فتلف ثلثاها، فله ثلث الباقي قطعاً.

فصل: ما أوصى به للمساكين، هل يجوز نقله إلى مساكين غير بلد المال؟ فيه طريقان: أحدهما: وبه قال الأكثرون: على قولين، كالزكاة. والثاني: الجواز قطعاً. فإن منعنا فلم يكن في البلد مسكين، فهل ينقل كالزكاة، أم تبطل الوصية؟ وجهان: قلت: أحدهما: النقل. والله أعلم.

ولو عين فقراء بلد، ولم يكن فيه فقير، بطلت الوصية. كما لو أوصى لولد فلان ولا ولد له. وبالله التوفيق.

القسم الثالث من الباب: في المسائل الحسائية.

هذا فنٌ طويل، ولذلك جعلوه علماً برأسه، وأفردوه بالتدريس والتصنيف. وفيه أطراف:

الطرف الأول: فيما إذا أوصى بجزء، وفيه مسائل:

إحداها: إذا أوصى بمثل نصيب ابنه، وله ابن واحد لا يرثه غيره، فالوصية بالنصف، فإن لم يجز، ردت إلى الثلث. وكذا لو كان له ابنان، أو بنون فأوصى بمثل نصيبهما، أو نصيبهم، فهو كابن. ولو لم يكن له ابن، أو لم يكن وارثاً لرق وغيره، فالوصية باطلة. ولو قال: أوصيت له بنصيب ابني، فوجهان: أحدهما: عند العراقيين والبغوي: بطلان الوصية. وأحدهما: عند الإمام والرويان وغيرهما وبه قطع أبو منصور: صحتها. والمعنى: بمثل نصيب ابني. ويجري الوجهان فيما لو قال: بعثك عبي بما باع به فلان فرسه وهما يعلمان قدره. فإن صححنا، فهو وصية بالنصف على الصحيح. وقيل: بالكل، حكاه البغوي. ولو كان له ابنان، فأوصى بمثل نصيب أحدهما، أو بمثل نصيب ابن، فالوصية بالثلث. وإن كانوا ثلاثة، فبالربع، أو أربعة، فبالخمس. وعلى هذا القياس. ويجعل الموصى له كابن آخر

معهم. وضابطه: أن تصحح فريضة الميراث، ويزاد عليها مثل نصيب الموصى له بمثل نصيبه، حتى لو كان له بنت، وأوصى بمثل نصيبها، فالوصية بالثلث، لأن المسألة من اثنين لو لم تكن وصية، فتزيد على الاثنين سهماً، وتعطيه سهماً من ثلاثة أسهم. ولو كان بنتان، فأوصى بمثل نصيب أحدهما، فالوصية بالربع، لأن المسألة من ثلاثة لولا الوصية، لكل واحدة سهم، فتزيد للموصى له سهماً، فتبلغ أربعة. ولو أوصى بمثل نصيبهما معاً، فالوصية بخمسي المال، لأنها من ثلثه، ونصيبهما منها اثنان، فتزيد على الثلاثة سهمين. ولو أوصى وله ثلاث بنات وأخ بمثل نصيب واحدة، فالوصية بسهمين من أحد عشر. لأنها من تسعة لولا الوصية. ونصيب كل بنت منهما سهمان، فتزيدهما على التسعة. وكذا لو أوصى وله ثلاثة بنين، وثلاث بنات بمثل نصيب ابن، فالوصية بسهمين من أحد عشر. ولو كان له ثلاثة بنين، وبنت، وأوصى بمثل نصيبها، فالوصية بالثلث. ولو كان ابن، وثلاث بنات، وأبوان، وأوصى بمثل نصيب الابن، فالوصية بثمانية أسهم من ثمانية وثلاثين.

فرع: أوصى وله ابن بمثل نصيب ابن ثان لو كان، أو أوصى وله ابنان بمثل نصيب ابن ثالث لو كان، فالوصية في الأولى، بالثلث. وفي الثانية، بالربع. وقال الأستاذ أبو إسحاق: في الأولى، بالنصف. وفي الثانية، بالثلث والصحيح الأول. وهل يفرق بين قوله: بمثل نصيب ابن ثان، أو ثالث لو كان؟ وبين أن يحذف لفظه «مثل» فيقول: بنصيب ابن ثان؟ القياس أنه على الوجهين فيما إذا أضاف إلى الوارث الموجود. وحكى الأستاذ أبو منصور عن الأصحاب: أنهم فرقوا فقالوا: إذا أوصى بمثل نصيبه، دفع إليه نصيبه لو كان زائداً على أصل الفريضة، وإذا أوصى بنصيبه، دفع إليه لو كان من أصل الفريضة. فعلى هذا، لو أوصى وله ابنان بنصيب ثالث لو كان، فالوصية بالثلث. ولو قال: بمثل نصيب ابن ثالث لو كان، فبالربع كما سبق. ولو أوصى وله ثلاثة بنين، بمثل نصيب بنت لو كانت، فالوصية بالثلث، وعلى قول الأستاذ أبي إسحاق: بالسبع.

فرع: لابن سريج

له ابنان، وأوصى لزيد بمثل نصيب ابن رابع لو كان، ولعمرو بمثل نصيب خامس لو كان، فللحساب طريقتان:

أحدهما: أن يقال: المسألة من اثنين لو لم يكن وصية، ومن أربعة لو كانوا أربعة، ومن خمسة لو كانوا خمسة، فهنا اثنان، وأربعة، وخمسة، والاثنان والأربعة متداخلان، فتسقط الاثنين لدخولهما في الأربعة، وتضرب أربعة في خمسة، تبلغ

عشرين، وهذا العدد ينقسم على الاثنين بلا وصية، وعلى الأربعة لو كانوا، ونصيب كل واحد خمسة، وعلى الخمسة لو كانوا، ونصيب كل واحد أربعة، فتزيد الأربعة والخمسة على العشرين، تبلغ تسعة وعشرين، لزيد منها خمسة، ولعمرو أربعة، والباقي للاثنين.

الطريق الثاني: أن يقال: لو لم يكن إلا وصية زيد، لكان له سهم من خمسة، فتقسم الباقي على خمسة، لوصيته لعمرو بمثل نصيب ابن خامس، فيخرج من القسمة أربعة أخماس، وهو نصيب كل ابن لو كانوا خمسة، فتزيد على الخمسة لعمرو أربعة أخماس، تكون خمسة وأربعة أخماس، لزيد منها واحد، ولعمرو أربعة أخماس، والباقي للاثنين، فإذا بسطانها أخماساً، كانت تسعة وعشرين.

المسألة الثانية: أوصى لزيد بمثل نصيب أحد ورثته، أعطي مثل أقلهم نصيباً، وطريقه: أن تصحح المسألة بلا وصية، وتزيد عليها مثل سهم أقلهم، ثم تقسم، فإذا كان ابن وبنت، فالوصية بالربع، أو زوج وأم وأختان، فبالسبع، لأن نصيب الأم واحد من ثمانية، فتضمه إليها تصير تسعة، أو بنتان وثلاث زوجات وأخ، فبسهم من خمسة وعشرين، أو بنت وبنت ابن وأخ، فبالسبع. وإن أوصى بمثل نصيب أكثرهم نصيباً، فطريقه: أن تصححها بلا وصية، وتضم إليها مثل نصيب ذلك. فإن كان ابن وبنت، فله خمسان.

فرع: له ابنان، أوصى لزيد بمثل نصيب أحدهما، ولعمرو بمثل نصيب الآخر، فأجازا لهما، قسم المال بين الأربعة أرباعاً، وإن ردّا الوصيتين، ارتدتا إلى الثلث وكان الثلث بينهما بالسوية، وإن أجازا إحداهما وردّا الأخرى، فالصحيح: أن كل واحد منهما يأخذ سدس المال، وللمجاز له مع ذلك نصف سدس. وتصح من أربعة وعشرين، للمجاز له ستة، وللمردود أربعة، والباقي للابنين. وعن ابن سريج: أنه يضم سهم المجاز له إلى سهم الابنين ويقسم بينهما أثلاثاً. وتصح من ثمانية عشر، للمردود ثلاثة، وللباقي خمسة خمسة. وإن أجاز أحدهما لأحدهما، وردّهما الآخر، فعلى الصحيح: المسألة من أربعة وعشرين، للمردود أربعة، وللمجاز خمسة، وللمجيز سبعة، وللرّادّ ثمانية. وعلى المحكي عن ابن سريج: تصح من ثمانية عشر، وللمردود ثلاثة، وللمجاز أربعة، وللمجيز خمسة، وللرّادّ ستة.

المسألة الثالثة: الضعف، وهو الشيء ومثله، فإذا أوصى بضعف نصيب ابنه، وله ابن واحد، فهي وصية بالثلثين. ولو قال: بضعف نصيب أحد أولادي أو ورثتي، أعطي مثلي نصيب أقلهم نصيباً، فإن كان ثلاثة بنين، فله خمسان. ولو أوصى لزيد بمائة، ولعمرو بضعفها، فالثانية مائتين، وضعفنا الشيء ثلاثة أمثاله، فإذا قال: ضعفي

نصيب ابني، وله ابن واحد، فالوصية بثلاثة أرباع المال. ولو قال: ضعفي نصيب أحد بنيّ وهم ثلاثة، فله ثلاثة أسهم من ستة، ولكل ابن سهم. ولو أوصى لزيد بمائة، ولعمرو بضعفيهما فلعمر ثلاثمائة، وثلاثة أضعاف الشيء أربعة أمثاله، وأربعة أضعافه خمسة أمثاله.

المسألة الرابعة: أوصى بنصيب من ماله، أو جزء، أو حظ، أو قسط، أو شيء، أو قليل، أو كثير، أو سهم، يرجع في تفسيره إلى الورثة، ويقبل تفسيرهم بأقل ما يتموّل، لأن هذه الألفاظ تقع على القليل والكثير. فإن ادّعى الموصى له أن الموصي أراد أكثر من ذلك، قال الأكثرون منهم أبو منصور والحناطي والمسعودي: يحلف الوارث أنه لا يعلم إرادة الزيادة. وحكى البغوي: أنه لا يتعرض للإرادة، بل يحلف أنه لا يعلم استحقاق الزيادة، وسلم أنه لو أقر لمبهم ومات وجرى مثل هذا النزاع بين المقر له والوارث، حلف الوارث على نفى إرادة المورث، وفرق بأن الإقرار إخبار، والوصية إنشاء أمر على الجهالة. ورد المتولي افتراق البابين إلى شيء آخر فقال: الوارث هنا يحلف أنه لا يعلم الموصي أراد الزيادة، ولا يحلف أنه أراد هذا القدر، وفي الإقرار، يحلف أنه لا يعلم الزيادة، وأنه أراد هذا القدر.

فرع: أوصى بثلث ماله إلا شيئاً، قبل التفسير وتنزيله على أقل ما يتموّل وحمله الشيء المستثنى على مال كثير. وقال الأستاذ أبو منصور: يعطى زيادة على السدس. قال: وكذا لو قال: أعطوه ثلث مالي إلا قليلاً. ولو قال: أعطوه الثلث إلا كثيراً، جاز أن يعطيه أقل من السدس. والصحيح المعروف هو الأول.

فرع: قال: أعطوه من واحد إلى عشرة، ففيه الأوجه المذكورة في الإقرار. وقال الأستاذ أبو منصور عن بعض الأصحاب: إن أراد الحساب، فللموصى له خمسة وخمسون، وهو الحاصل من جمع واحد إلى عشرة على توالي العدد. وإن لم يرد الحساب، فله المتيقّن، وهو ثمانية، ولا شك في اطراد هذا في الإقرار. ولو قال: أعطوه واحداً في عشرة، أو ستة في خمسة، أطلق الأستاذ ثبوت ما يقتضيه الضرب، وذكرنا فيه تفصيلاً في الإقرار.

فرع: قال: أعطوه أكثر مالي، فالوصية بما فوق النصف. ولو قال: أكثر مالي ومثله، فالوصية بجميع ماله. ولو قال: أعطوه زهاء ألف درهم، أو معظم الألف أو عامته، فالوصية بما فوق النصف.

قلت: هذا في «زهاء» مشكل، لأن زهاء ألف، معناه في اللغة: قدر ألف، ولا يصدق ذلك على خمسمائة ودرهم. والله أعلم.

ولو قال: أعطوه دراهم أو دنانير، فأقل ما يعطى ثلاثة. ولفظ الدراهم والدنانير

عند الإطلاق يحمل على نقد البلد الغالب، وليس للوارث التفسير بغيره. فإن لم يكن غالب، رجع إلى الوارث. ولو قال: أعطوه كذا، أو قال: كذا وكذا، أو قال: كذا درهماً، أو قال: كذا وكذا درهماً، فعلى ما ذكرناه في الإقرار. ولو قال: مئة ودرهماً، أو ألفاً ودرهماً، لم يلزم أن تكون المائة والألف دراهم. ولو قال: مئة وخمسين درهماً، أو مئة وخمسة وعشرين درهماً، فعلى الخلاف المذكور في الإقرار. قال البغوي: لو قال: كذا وكذا من دنانيري، يعطى ديناراً. ولو قال: كذا وكذا من دنانيري، يعطى دينارين. ولو قال: كذا وكذا من دنانيري، يُعطى حبة، ولو قال: كذا وكذا من دنانيري فحبتان. ولك أن تقول: ينبغي أن يعطى حبة أيضاً إذا قال: كذا وكذا من دنانيري.

الطرف الثاني: في طريق تصحيح مسائل الوصية بالأجزاء. فإذا أوصى من له ورثة بجزءٍ شائع، وأردنا قسمة التركة بين الورثة والموصى له، فإما أن يوصي بالثلث فما دونه، وإما بأكثر.

القسم الأول: إذا أوصى بالثلث فما دونه، فله حالان:

أحدهما: أن تكون الوصية بجزءٍ واحد، فتصح مسألة الميراث عائلة أو غير عائلة، وينظر في مخرج جزء الوصية، ويخرج منه جزء الوصية. ثم إن انقسم الباقي على مسألة الورثة، صحت المسألتان، وذلك كمن أوصى برُبْع ماله، وترك ثلاثة بنين فمخرج جزء الوصية أربعة، والباقي بعد إخراج الربع ينقسم على البنين، وإن لم ينقسم، فلك طريقتان:

أحدهما: أن تنظر في الباقي وفي مسألة الورثة، فإن تباينا، ضربت مسألة الورثة في مخرج الوصية، وإن توافقا، ضربت وفق مسألة الورثة في مخرج الوصية، فما بلغ صحت منه القسمة. ثم من له شيء من مخرج الوصية، أخذه مضروباً فيما ضربته في مخرج الوصية، ومن له شيء من مسألة الورثة، أخذه مضروباً فيما بقي من مخرج الوصية بعد إخراج جزء الوصية إن كان الباقي مع مسألة الورثة متباينين. وإن كانا متوافقين، ففي وفق الباقي.

الطريق الثاني: أن تنسب جزء الوصية إلى الباقي من مخرجها بعد الجزء، وتزيد مثل تلك النسبة على مسألة الورثة، فما بلغ، فمنه القسمة. فإن كان فيه كسر، ضربته في مخرج الكسر، فما بلغ، صحت منه القسمة.

مثاله: ثلاثة بنين، أوصى بثلث ماله، مسألة الورثة من ثلاثة، ومخرج الوصية أيضاً ثلاثة، والباقي بعد جزء الوصية اثنان لا ينقسمان على ثلاثة.

فعلى الطريق الأول: تضرب ثلاثة في مخرج الوصية، تبلغ تسعة منها القسمة،

كان للموصى له سهم يأخذه مضروباً في الثلاثة المضروبة في مخرج الوصية، ولكل ابن سهم من مسألة الورثة مضروب في الباقي من مخرج الوصية بعد إخراج جزء الوصية وهو اثنان.

وعلى الطريق الثاني تقول: جزء الوصية نصف الباقي من مخرجها، فتزيد على مسألة الورثة نصفها تكون أربعة ونصفاً، تبسطها أنصافاً تبلغ تسعة.

أبوان وخمس بنات، وأوصى بخمس ماله، مسألة الورثة من ستة، وتصح من ثلاثين، ومخرج جزء الوصية خمسة، والباقي بعد إخراج جزء الوصية أربعة لا تصح على الثلاثين.

فعلى الطريق الأول، هما متوافقان بالنصف، فتضرب نصف مسألة الورثة وهو خمسة عشر في مخرج الوصية، تبلغ خمسة وسبعين، كان للموصى له سهم يأخذه مضروباً في خمسة عشر، ولكل واحد من الأبوين خمسة في نصف الأربعة تكون عشرة، ولكل بنت أربعة في اثنين ثمانية.

وعلى الثاني تقول: الجزء المخرج مثل ربع الباقي، فتزيد على الثلاثين ربعها وتبسطها أنصافاً، تبلغ خمسة وسبعين.

ابنان وبنتان، وأوصى بالثلث، مسألة الورثة من ستة، والوصية من ثلثه، والباقي بعد جزء الوصية لا ينقسم على ستة.

فعلى الطريق الأول: يتوافقان بالنصف، فتضرب نصف الستة في مخرج الوصية، تبلغ تسعة، للموصى له سهم في ثلاثة، ولكل ابن سهمان في واحد.

وعلى الثاني تقول: جزء الوصية نصف الباقي من مخرجها، فتزيد على مسألة الورثة نصفها تكون تسعة.

الحال الثاني: أن تكون الوصية بجزأين فصاعداً، فيؤخذ مخرج الجزأين بالطريق المذكور في أصول مسائل الفرائض، ثم العمل على ما تبين في الحال الأول.

مثاله: أبوان، وأوصى بثمن ماله لزيد، وبخمس لعمرو، مسألة الورثة من ثلاثة، ومخرج الجزئين أربعون. لزيد خمسة، ولعمرو ثمانية، ويبقى سبعة وعشرون تصح على ثلاثة بنين. وأوصى بربع ماله لزيد، وينصف سدسه لعمرو، مسألة الورثة ثلاثة، ومخرج الوصيتين اثنا عشر، ومجموع الجزأين أربعة، إذا أخرجناها، يبقى ثمانية لا تصح على ثلاثة.

فعلى الطريق الأول: لا موافقة، فتضرب ثلاثة في اثني عشر، فتبلغ ستة وثلاثين منها تصح.

وعلى الثاني: الخارج بالوصيتين، نصف الباقي من مخرجهما، فتزيد على مسألة الورثة نصفها، تبلغ أربعة ونصفاً، تبسطها أنصافاً تكون تسعة، لكن نصيب الموصى لهما من مخرج الوصيتين أربعة، وحصتهما من التسعة ثلاثة لا تنقسم على أربعة، فتضرب أربعة في تسعة، تبلغ ستة وثلاثين.

ولو كانت البنون ستة، والوصيتان بحالهما.

فعلى الطريق الأول، تبقى ثمانية لا تصح على ستة، لكن توافق بالنصف، فتضرب نصف الستة في اثني عشر، تبلغ ستة وثلاثين.

والطريق الثاني: كما سبق.

القسم الثاني: إذا أوصى بأكثر من الثلث، فينظر إن كانت الوصية لشخص أو جماعة يشتركون فيه، إما بجزء، كالنصف، وإما بجزأين كالنصف والربع، فمدار المسألة على إجازة الورثة وردّهم، وقد سبق بيان الحكم والحساب. وإن أوصى لشخص بجزءٍ ولآخر بجزءٍ، فإن أجاز الورثة، أعطي كل واحد ما سُمّي له، وقسم الباقي بين الورثة. وطريق القسمة ما سبق في القسم الأول. وإن ردّوا الزيادة على الثلث، قسم الثلث بينهم على نسبة أنصبتهم بتقدير الإجازة، وسواء زاد الجزء الواحد، كالنصف والثلث، أو لم يزد واحد منهما، كالربع والثلث.

مثاله: أبوان وابنان، وأوصى لزيد بنصف ماله، ولعمرو بثلثه، وأجازوهما، فمسألة الورثة ستة، وكذا مخرج الوصيتين، والباقي بعد جزأي الوصيتين لا ينقسم على ستة.

فعلى الطريق الأول: تضرب الستة في مخرج الوصيتين، تبلغ ستة وثلاثين.

وعلى الثاني نقول: جزءا الوصيتين خمسة أمثال الباقي من مخرجهما، فيزداد على مسألة الورثة خمسة أمثالها، تبلغ ستة وثلاثين، منها تصح القسمة. وإن ردّوا الوصيتين، قسمنا الثلث بينهما على خمسة، لأن نصيبهما بتقدير الإجازة خمسة من ستة. ولذلك طريقان:

أحدهما: أن ينظر إلى ما زاد من الوصايا على الثلث، وينقص بتلك النسبة من نصيب كل واحد من الموصى لهم، فنسبة ما زاد هنا ثلاثة أخماس، لأن مجموع الوصية بخمسة من ستة، ولا خمس لمخرج الوصيتين، فتضرب مخرج الخمس في ستة، تبلغ ثلاثين، منها خمسة عشر للموصى له بالنصف، وعشرة للموصى له بالثلث، فينقص من كل واحد ثلاثة أخماسه، يبقى للأول ستة، وللثاني أربعة، والباقي عشرون للورثة. وهذه الأنصاء متوافقة بالنصف، فتزداد للاختصار إلى أنصافها، وتنقسم من خمسة عشر.

الطريق الثاني: أنا نطلب مالاً لثلثه خمس، فنضرب مخرج الثلث في مخرج الخمس، تبلغ خمسة عشر، للموصى له بالنصف ثلاثة، وللآخر اثنان، يبقى عشرة للورثة لا تنقسم على مسألتهم وهي ستة، لكن توافقها بالنصف، فنضرب نصف الستة في الخمسة عشر، تبلغ خمسة وأربعين، منها تصح القسمة.

فرع: هذا الذي ذكرناه، إذا لم تستغرق الوصية المال. فإن استغرقت وأجيزت، قسم المال بين أصحاب الوصايا. وإن ردّوا، قسم الثلث بينهم على نسبة أنصبتهم بتقدير الإجازة. وإن زادت الوصايا على المال، بأن أوصى لزيد بماله كله، ولعمرو بثلثه، فإن أجازوا، فقد عالت إلى أربعة، لزيد ثلاثة، ولعمرو سهم. وإن ردّوا، قسم الثلث بينهم على أربعة، وتكون قسمة الوصية من اثني عشر. ولو أوصى لزيد بنصف ماله، ولعمرو بثلثه، ولبكر بربعه، قسم المال بينهم على ثلاثة عشر سهماً إن أجازوا، وإلا، قسم ثلثه على ثلاثة عشر.

فرع: أوصى لزيد بعبد قيمته مئة، ولعمرو بدار قيمتها ألف، ولبكر بخمسائة، وكان ثلث ماله ثمانمائة، فقد أوصى بثلثي ماله. فإن أجازوا، فذاك، وإلا، فالزائد على الثلث مثل جميع الوصايا، فتردّ كل وصية إلى نصفها، ويخص كل واحد بنصف ما عيّن له. ولو أوصى لزيد بعشرة، ولعمرو بعشرة، ولبكر بخمسة، وثلثه عشرون، ولم يجيزوا، قسمت العشرون على خمسة، لكل واحد من الأولين ثمانية، ولبكر أربعة. ولو كانت بحالها وقال: قدموا بكرة على عمرو، قال ابن الحداد: لزيد ثمانية، ولعمرو سبعة، ولبكر خمسة. ولو قال: قدموا بكرة عليهما، أعطى خمسة، ودخل النقص عليهما بالسوية، فيكون لكل منهما سبعة ونصف.

فرع: أوصى لزيد بعبد، ولعمرو بما بقي من ثلث ماله، اعتبر ماله عند الموت. فإن خرج العبد من ثلثه، دفعناه إلى زيد، وأعطينا عمراً باقي الثلث إن بقي شيء، وإلا، بطلت وصية عمرو. وإن مات العبد قبل موت الموصي، لم يحسب من التركة، وينظر في باقي أمواله، فيحط من ثلثها قيمة العبد، ويدفع باقيه إلى عمرو. فإن لم يبق شيء، بطلت أيضاً وصيته. وإن مات بعد موت الموصي، حسب من التركة، وحسبت قيمته من الثلث. فإن بقي شيء من الثلث، فهو لعمرو. ولو لم يكن له مال سوى العبد، فأوصى لزيد به، ولعمرو بثلثه، أو بثلث ماله، ولم يجر لفظ يقتضي الرجوع عن الوصية الأولى. فإن أجازوا، قسم العبد بينهما، لزيد ثلاثة أرباعه، ولعمرو ربعه. وإن لم يجيزوا، قسم الثلث كذلك. وإن أوصى لزيد بالعبد وقيّمته ألف، ولعمرو بثلث ماله، وله ألفان سوى العبد، فإن أجازوا، جعل العبد بينهما أرباعاً كما ذكرنا، ولعمرو مع ربعه ثلث الألفين. وإذا كان العبد الذي هو ثلث

المال أربعة، كان الألفان وهما ثلثاه ثمانية، لكن ليس للثمانية ثلث، فتضرب مخرج الثلث في اثني عشر، تبلغ ستة وثلاثين، العبد منها اثنا عشر، تسعة منها لزيد، وثلاثة منها مع ثمانية من الباقي لعمرو، والباقي للورثة. وإن ردّوا الوصية، قسم الثلث بينهما على عشرين، لأن جملة سهام الوصايا عند الإجازة عشرون. وإذا كان العبد وهو ثلث المال عشرين، كان الجميع ستين، لزيد تسعة من العبد، ولعمرو ثلاثة منه وثمانية أسهم من الباقي، كما كان في حال الإجازة، يبقى للورثة ثمانية أسهم من العبد، واثنان وثلاثون سهماً من الباقي، وجميع ما ذكرناه فيما إذا أجاز جميع الورثة جميع الوصايا، أو ردّ جميعهم جميعها إلى الثلث. فلو أجازوا بعضها، أو أجاز بعضهم بعضها، وبعضهم كلها، أو أجاز بعضهم بعضها، أو ردّ بعضهم جميعها، أو ردّ بعضهم جميعها وبعضهم بعضها، فالطريق في هذه الأحوال أن تصحح المسألة على تقدير الإجازة المطلقة وعلى تقدير الردّ المطلق. فإن تماثلت المسألتان، اكتفيت بإحدهما. وإن تداخلتا، اكتفيت بالأكثر واستغنيت عن الضرب. وإن تباينت، ضربت إحدهما في الأخرى. وإن توافقتا، ضربت وفق إحدهما في الأخرى، ثم يقسم المال بينهما على تقديري الإجازة والرد من ذلك العدد، وينظر في الحاصل لكل مجيز على التقديرين، فيكون قدر التفاوت بينهما لمن أجاز له.

مثاله: ابنان، وأوصى لزيد بنصف ماله، ولعمرو بثلثه، المسألة على تقدير الإجازة من اثني عشر، وعلى تقدير الرد من خمسة عشر، وهما متوافقان بالثلث، فتضرب ثلث إحدهما في الأخرى، تبلغ ستين، لزيد منها على تقدير الإجازة المطلقة ثلاثون، ولعمرو عشرون، ولكل ابن خمسة، ولزيد على تقدير الرد المطلق اثنا عشر، ولعمرو ثمانية، ولكل ابن عشرون، فالتفاوت في نصيب كل ابن خمسة عشر. فإن أجازا وصية زيد، فقد سامحه كل ابن بتسعة، فيتم له ثلاثون، ويبقى لكل ابن أحد عشر. وإن أجازا وصية عمرو، فقد سامحه كل ابن بستة، فيتم له عشرون، ولكل ابن أربعة عشر. وإن أجاز أحدهما الوصيتين وردّهما الآخر، فقد سامح المجيز زيداً بتسعة، وعمراً بستة، فيكون لزيد أحد وعشرون، ولعمرو أربعة عشر، وللمجيز خمسة، وللردّ عشرون. وإن أجاز أحدهما الوصيتين، وأجاز الآخر وصية زيد، تم لزيد ثلاثون. وإن أجاز الآخر وصية عمرو، تم له عشرون. وإن أجاز أحدهما وصية زيد، والآخر وصية عمرو، فهذا سامح زيداً بتسعة، وذاك سامح عمراً بستة، فيكون لزيد أحد وعشرون، ولمجيزه أحد عشر، ولعمرو أربعة عشر، ولمجيزه مثلاً.

الطرف الثالث: في الدوريات من الوصايا.

فصل: في الوصية بمثل نصيب وارث، وبجزء شائع

الجزء الشائع، قد يكون مضافاً إلى ما يبقى من المال بعد النصيب، وقد يكون مضافاً إلى جميع المال. فإن كان مضافاً إلى جميع المال، نظر، إن لم تزد جملة المال الموصى به على الثلث، جعل الموصى له بالنصيب كأحد الورثة، فتصح مسألة الورثة، ثم يؤخذ مخرج الوصية ويخرج منه جزء الوصية، وينظر هل ينقسم الباقي على مسألة الورثة؟ إن انقسم، فذاك، وإلا، فطريق التصحيح ما سبق. وإن زادت على الثلث وأجاز الورثة، فكذلك الحكم والحساب. وإن لم يجيزوا، قسم الثلث على نسبة القسمة عند الإجازة.

مثاله: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بعشر المال، فمسألة الورثة وزيد من أربعة، ومخرج الجزء عشرة، يبقى منها بعد إخراج الجزء تسعة لا تنقسم على أربعة، ولا توافق، فتضرب أربعة في عشرة، تبلغ أربعين، وعمرو أربعة، ولزيد وكل ابن تسعة، وجملة الوصيتين ثلاثة عشر. وإن كان الجزء مضافاً إلى ما تبقى من المال بعد النصيب، مثل أن ترك ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو سدس ما تبقى من المال بعد النصيب، فالمقصود في هذه المسألة ونظائرها، يعرف بطرق.

منها: طريقة الجبر، ولها وجوه. أسهلها: أن تأخذ مالاً وتسقط منه نصيباً لزيد، يبقى مال سوى نصيب، تسقط سدسه لعمرو، يبقى خمسة أسداس مال إلا خمسة أسداس نصيب تعدل أنصباء الورثة، وهي ثلاثة، فتجبر وتقابل، فتكون خمسة أسداس مال معادلة لثلاثة أنصباء وخمسة أسداس نصيب، تضرب ثلاثة وخمسة أسداس مال في أقل عدد له سدس وهو ستة، تكون ثلاثة وعشرين، النصيب من ذلك خمسة، يبقى ثمانية عشر، سدسها لعمرو، يبقى خمسة عشر، لكل خمسة.

ومنها: أن تجعل المال كله ديناراً وستة دراهم، فالوصية بالسدس، فتجعل الدينار نصيب زيد، ودرهماً من الستة لعمرو، يبقى خمسة دراهم للبنين، لكل ابن درهم وثلثان، فعلمنا أن قيمة الدينار درهم وثلثان، وكنا جعلنا المال ديناراً وستة دراهم، فهو إذن سبعة دراهم وثلثان، فتبسطها أثلاثاً، فتبلغ ثلاثة وعشرين، وتسمى هذه: طريقة الدينار والدرهم.

ومنها: أن تقول: مسألة الورثة من ثلاثة، فيكون لزيد سهم مثل أحدهم، فتزيد على كل واحد من سهام البنين مثل خمسه، لأنه أوصى بسدسها، وسدس كل شيء مثل خمس الباقي بعد إخراج السدس، فيكون جميع المال أربعة أسهم وثلاثة أخماس، تبسطها أخماساً، تبلغ ثلاثة وعشرين، وتسمى هذه: طريقة القياس.

ومنها: أن تقسم سهام الورثة وهي ثلاثة، وتضيف إليها سهماً لزيد، تكون أربعة، تضربها في مخرج السدس، تبلغ أربعة وعشرين، تسقط منها الحاصل من ضرب الجزء الموصى به بعد النصيب في النصيب وهو واحد، يبقى ثلاثة وعشرون، وهو المال، فإذا أردت النصيب، أخذت سهماً، فتضربه في مخرج السدس، تكون ستة، تسقط منها ما أسقطته من المال، يبقى خمسة، فهي النصيب، وهذه تسمى: طريقة الحشو، ويسمى هذا الذي يسقط: سهم الحشو. ويقال: كان محمد بن الحسن رحمه الله يعتمدها.

ومنها: أن تأخذ سهام الورثة، وتضربها في مخرج السدس، تكون ثمانية عشر، تصرف سدسها إلى عمرو، يبقى خمسة عشر، لكل ابن خمسة. وإذا بان أن النصيب خمسة، فزد خمسة على ثمانية عشر، تكون ثلاثة وعشرين.

ومنها: أن يقال: المال كله ستة ونصيب، النصيب لزيد، وسهم من الستة لعمرو، يبقى خمسة لا تصح على ثلاثة، فتضرب ثلاثة في ستة، تبلغ ثمانية عشر مع النصيب المجهول، فسدس الثمانية عشر لعمرو، والباقي بين البنين، لكل ابن خمسة. فعرفنا أن النصيب المجهول خمسة، والمال ثلاثة وعشرون.

مسألة: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بثلث باقي المال بعد النصيب، استخراجها بطريق الخطأ أن يقدر المال أربعة، لعلمنا أن هنا نصيباً وثُلثاً بعد النصيب، فتجعل النصيب واحداً، وتدفع ثلث الباقي إلى عمرو، يبقى اثنان، ونحن نحتاج إلى ثلاثة ليكون لكل ابن مثل النصيب المفروض، فقد نقص عن الواجب واحد، وهذا هو الخطأ الأول، ثم تجعل المال خمسة، وتجعل النصيب منها اثنين، وتدفع ثلث الباقي إلى عمرو، يبقى اثنان، ونحن نحتاج إلى ستة ليكون لكل ابن مثل النصيب المفروض، فقد نقص عن الواجب أربعة، وهذا هو الخطأ الثاني، والخطآن جميعاً ناقصان، فتسقط أقلهما من أكثرهما، يبقى ثلاثة، فتحفظها، ثم تضرب المال الأول في الخطأ الثاني، فيكون ستة عشر، وتضرب المال الثاني في الخطأ الأول، يكون خمسة، تسقط الأقل من الأكثر، يبقى أحد عشر، تقسمها على الثلاثة المحفوظة، يخرج بالقسمة ثلاثة وثلثان، تبسطها أثلاثاً، تكون أحد عشر، فهو المال، ثم تضرب النصيب الأول في الخطأ الثاني، يكون أربعة، وتضرب النصيب الثاني في الخطأ الأول، يكون اثنين، تسقط الأقل من الأكثر، يبقى اثنان، تقسمها على الثلاثة المحفوظة، يخرج بالقسمة ثلثان، إذا بسطاً كانا اثنين، فهما النصيب، فتدفع اثنين من أحد عشر إلى زيد، وثلث الباقي ثلاثة إلى عمرو، يبقى ستة، لكل ابن سهمان، وهذا إذا أجاز الورثة، لأن الوصيتين زائدتان على الثلث، وتسمى هذه

الطريقة: الجامع الكبير من طرق الخطائن. وبطريقة الباب نقول: سهام البنين ثلاثة، وقد أوصى بثلاثها، فيبقى لكل ابن ثلثا سهم، فبان أن النصيب الموصى به لزيد ثلثا سهم، ثم تضم الثلث المخرج إلى أنصبتهم، تبلغ جملة المال ثلاثة أسهم وثلثي سهم، تبسطها أثلاثاً، تكون أحد عشر. وبطريقة المقادير تعطي الموصى له بمثل النصيب نصيباً من المال، يبقى منه مقدار، تدفع ثلثه إلى عمرو، ويبقى ثلثا مقدار، تقسمها بين البنين، يحصل لكل ابن تسعا مقدار، فتعلم أن ما أخذه الموصى له بالنصيب تسعا مقدار، فالمال كله مقدار وتسعا مقدار، تبسطها أتساعاً، يكون أحد عشر، وتخرج المسألة السابقة بهذه الطرق الثلاث خروج هذه المسألة بتلك الطرق الست.

فصل: وقد تكون الوصية بجزء من جزء من المال يبقى بعد النصيب أو بعضه.

مثاله: ثلاثة بنين؛ وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بمثل ما تبقى من ثلث المال بعد النصيب، تقدر ثلث المال عدداً له ثلث، لقوله: بثلث الباقي من الثلث. وليكن ثلاثة، تزيد عليه واحداً للنصيب، فيكون أربعة. وإذا كان الثلث أربعة، فالثلثان ثمانية، والجملة اثنا عشر، تعطي زيدا سهماً، وعمراً سهماً، وهو ثلث الثلاثة الباقية من ثلث المال الباقي، يبقى سهمان، تضمهما إلى ثلثي المال، تكون عشرة، وكان ينبغي أن يكون ثلاثة، ليكون لكل ابن مثل النصيب المفروض، فقد زاد على ما ينبغي سبعة، وهو الخطأ الأول، ثم تقدر الثلث خمسة، وتجعل النصيب اثنين، وتعطي عمراً واحداً، يبقى سهمان، تزيدهما على ثلثي المال وهو عشرة على هذا التقدير، تبلغ اثني عشر، وكان ينبغي أن يكون ستة، ليكون لكل ابن سهمان، فزاد على ما ينبغي ستة، وهو الخطأ الثاني، ثم نقول: لما أخذنا أربعة، زاد على الواجب سبعة، ولما زدنا سهماً نقص عن الخطأ سهم، فعلمنا أن كل سهم يزيد ينقص به من الخطأ سهم، وقد بقي من الخطأ ستة أسهم، فنزيد لها ستة أسهم، يكون أحد عشر، فهو ثلث المال، النصيب منها ثمانية، وجميع المال ثلاثة وثلاثون، ونسمي هذه الطريقة: الجامع الصغير من طرق الخطائن.

مسألة: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بثلث ما تبقى من الثلث بعد نصف النصيب، خذ ثلث مال، وأسقط منه نصيباً، يبقى ثلث مال سوى نصيب، أسقط منه ثلث الباقي بعد نصف النصيب، وهو تسع مال إلا سدس نصيب، يبقى تسعا مال إلا خمسة أسداس نصيب، زده على ثلثي المال، يكون ثمانية أتساع مال، إلا خمسة أسداس نصيب، تعدل ثلاثة أنصباء، فأجبر وقابل، تعدل ثمانية أتساع مال، ثلاثة أنصباء وخمسة أسداس نصيب، فاضرب ثلاثة وخمسة أسداس في

تسعة، تبلغ أربعة وثلاثين ونصفاً، أبسطها أنصافاً، تكون تسعة وستين، فهي المال، لزيد منها ستة عشر، ولعمرو خمسة.

فصل: في الوصية بنصيب أحد الورثة مع الوصية بجزأين أحدهما من جميع المال، والآخر مما تبقى

مثاله: بنت وأخ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهما، ولعمرو بربع المال، ولبكر بنصف الباقي بعد ذلك، فعلى طريق القياس، نعلم أنه إذا أخذ عمرو ربع المال، وزيد نصيباً، ينبغي أن يكون للباقي نصف، وأقل عدد له نصف اثنان، لبكر منهما سهم، يبقى سهم، لكل واحد من الوارثين نصف سهم، فعلمنا أن النصيب نصف سهم، فيكون الباقي من المال بعد الربع سهمين ونصف سهم، وذلك ثلاثة أرباع المال، نزيد عليه ثلاثة، وهو خمسة أسداس، يبلغ ثلاثة وسدسين، نبسطها أسداساً، تبلغ عشرين، لزيد ثلاثة ولعمرو خمسة، يبقى اثنا عشر، لبكر نصفها، ولكل واحد من الوارثين ثلاثة كالنصيب. ولو كانت المسألة بحالها، إلا أن وصية عمرو بخمس المال، ووصية بكر بثلث الباقي، فالمال خمسة، والنصيب واحد.

فصل: فيما إذا كان الجزآن مع النصيب أحدهما بعد الآخر

مثاله: أم، وعمان، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بربع ما تبقى من المال بعد النصيب، ولبكر بثلث ما تبقى من المال بعد ذلك، ولخالد بنصف ما تبقى بعد ذلك، تأخذ مالاً، وتلقى منه نصيباً، يبقى مال إلا نصيباً، تلقي من هذا الباقي ربعة، يبقى ثلاثة أرباع مال إلا ثلاثة أرباع نصيب، تلقي من الباقي ثلثه، يبقى نصف مال إلا نصف نصيب، تلقي من الباقي نصفه، يبقى ربع مال إلا ربع نصيب تعدل ثلاثة أنصباء، تجبر وتقابل، فربع مال يعدل ثلاثة أنصباء وربع نصيب، فتضربها في أربعة، تبلغ ثلاثة عشر، النصيب منه واحد، يبقى اثنا عشر، لعمرو ربعها، يبقى تسعة، لبكر ثلثها، يبقى ستة، لخالد نصفها، يبقى ثلاثة، لكل واحد من الورثة واحد كالنصيب.

فصل: في الوصية بنصيبين مع الوصية بجزء بعد كل نصيب

مثاله: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بثلث ما تبقى من الثلث، ولبكر بمثل نصيب أحدهم، ولخالد بنصف ما تبقى من الثلث بعد النصيب، فخذ أحد أثلاث المال، وادفع منه نصيباً إلى زيد، يبقى منه مقدار، تدفع ثلثه إلى عمرو، يبقى معنا ثلثا مقدار، ونأخذ ثلثاً آخر وتدفع منه نصيباً إلى بكر، يبقى مقدار،

تعطي منه خالداً نصفه، يبقى نصف مقدار، فتضمم الباقي من الثلثين وهو مقدار وسدس مقدار إلى الثلث الثالث وهو نصيب، ومقدار يكون نصيباً ومقدارين وسدس مقدار، وذلك يعدل أنصاء الورثة وهو ثلاثة، تسقط نصيباً بنصيب، يبقى مقداران وسدس مقدار في معادلة نصيبين، فالنصيب الواحد مقدار ونصف سدس مقدار، وكنا فرضنا كل ثلث نصيباً ومقداراً، فهو إذاً مقداران ونصف سدس، تبسطها بالضرب في اثني عشر، تكون خمسة وعشرين، وجملة المال خمسة وسبعون، والنصيب ثلاثة عشر، فلزيد ثلاثة عشر، ولعمرو أربعة، ولبكر ثلاثة عشر، ولخالد ستة، ولكل ابن ثلاثة عشر كالنصيب.

فصل: في الوصية بنصيب وبجزء شائع،

على شرط أن لا يضم بعض الورثة، أي: لا يدخل النقص عليه

مثاله: ابنان، وأوصى لزيد بربع المال، ولعمرو بنصيب أحد الابنين، على أن لا يضم الثاني بالوصيتين، هي من أربعة لذكره الربع، لزيد سهم، وللابن الذي شرط أن لا يضم سهمان، يبقى سهم لعمرو وللابن الآخر لا يصح عليهما، فتضرب اثنين في أربعة.

مسألة: ثلاثة بنين، أحدهم بكر، وأوصى من ثلث ماله لزيد بنصيب أحدهم، ولعمرو بثلث ما تبقى من الثلث، وشرط أن لا يضم بكر، فخذ ثلث المال، وادفع إلى زيد منه نصيباً، يبقى مقدار، تدفع ثلثه إلى عمرو، يبقى ثلثا مقدار تضمهما إلى الثلثين وهما نصيبان ومقداران، وذلك كله يعدل ثلث المال ونصيبين. أما ثلث المال، فهو الذي توفيه بكرًا غير منقوص. وأما النصيبان، فهما نصيبا الابنين الآخرين، وذلك ثلاثة أنصاء ومقدار، فتسقط نصيبين بنصيبين، ومقداراً بمقدار، يبقى نصيب في معادلة مقدار وثلثين، فعرفنا أن النصيب مقدار وثلثان، وأن الثلث مقداران وثلثان، فنسبتها أثلاثاً، فيكون ثمانية، فهي ثلث المال، والنصيب منها خمسة، وجملة المال أربعة وعشرون، لزيد خمسة، ولعمرو سهم، ولبكر ثمانية، ولكل واحد من الآخرين خمسة كالنصيب.

فصل: في الوصية بالنصيب مع استثناء جزء من المال عنه

مثاله: ثلاثة بنين، أوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع جميع المال، تأخذ مالاً، وتسقط منه نصيباً، يبقى مال ينقص نصيباً، تزيد عليه ربع المال المستثنى، يبلغ مالاً وربع مال إلا نصيباً، وذلك يعدل ثلاثة أنصاء، وهي أنصاء الورثة، تجبر وتقابل، فإذا مال وربع يعدل أربعة أنصاء، تبسطها أرباعاً، وتقلب الاسم، فالمال

سنة عشر، والنصيب خمسة، تدفع إلى الموصى له خمسة، وتسترجع منه ربع المال وهو أربعة، يبقى معنا خمسة عشر، لكل ابن خمسة كالنصيب.

مسألة: ابن، وأوصى بمثل نصيبه إلا نصف المال، تأخذ مالاً، وتسقط منه نصيباً، ثم تسترجع من النصيب نصف مال، يحصل معنا مال ونصف سوى نصيب، يعدل نصيباً واحداً، تجبر وتقابل، فيكون مال ونصف يعدل نصيبين، تبسطهما أنصافاً، وتقلب الاسم، فيكون المال أربعة، والنصيب ثلاثة، تدفع إلى الموصى له ثلاثة، وتسترجع منه اثنين، يبقى معه سهم، وهو مثل نصيب الابن ناقصاً بنصف المال.

مسألة: ابن، وأوصى بنصيب ابن رابع لو كان إلا عشر المال، نقول: لو كان البنون أربعة، قسم المال بينهم على أربعة، تأخذ مالاً، وتلقي منه نصيباً، وتسترجع منه عشر المال، يكون معنا مال وعشر مال سوى نصيب، يعدل أربعة أنصباء، تجبر وتقابل، فإذا مال وعشر مال تقابل خمسة أنصباء، تبسطها أعشاراً، وتقلب الاسم، فالمال خمسون، والنصيب أحد عشر، تدفع إلى الموصى له أحد عشر، وتسترجع منه عشر المال وهو خمسة، يبقى للموصى له ستة، ويأخذ الابن أربعة وأربعين، ولو كانوا أربعة لأخذ كل ابن أحد عشر كالنصيب.

فصل: في الوصية بالنصيب مع استثناء جزء مما تبقى من المال

فهذا، إما أن يكون مع تقييد الموصي الاستثناء بجزء مما تبقى من المال بعد النصيب، وإما مع التقييد بجزء مما تبقى من المال بعد الوصية، وإما مطلقاً، فهذه ثلاثة أقسام:

القسم الأول: مثاله: ثلاثة بنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع الباقي من المال بعد النصيب، تأخذ مالاً وتسقط منه نصيباً، يبقى مال ناقص بنصيب، تزيد عليه ربعه وهو الذي يسترده من جملة النصيب، وربعه ربع مال إلا ربع نصيب، فيبلغ مالاً وربع مال إلا نصيباً، وربع نصيب يعدل ثلاثة أنصباء، فتجبر وتقابل، فإذا مال وربع مال يعدل أربعة أنصباء وربع نصيب، تبسطها أرباعاً وتقلب الاسم، فالمال سبعة عشر، والنصيب خمسة، تعطي الموصى له خمسة، يبقى اثنا عشر، تسترجع من الخمسة ربع الباقي وهو ثلاثة، يبقى مع الموصى له سهمان، ومع البنين خمسة عشر، لكل ابن خمسة.

القسم الثاني: أن يقيد الاستثناء بجزء مما تبقى من المال بعد الوصية، فالجزء من باقي المال بعد الوصية، كالجزء الواقع تحته من باقي المال بعد النصيب، فعشر

الباقى بعد الوصية كتسع الباقى بعد النصيب، وتسع الباقى بعد الوصية كثمان الباقى بعد النصيب، وعلى هذا القياس، حتى ينتهي إلى ثلث الباقى بعد الوصية، فهو كنصف الباقى بعد النصيب، وخرّجوا صور هذا القسم بطريقتين:

أحدهما: البناء على القاعدة المذكورة. فإذا أوصى - وله ثلاثة بنين - بنصيب أحدهم إلا ربع ما تبقى من المال بعد الوصية، فهو كما لو أوصى بنصيب أحدهم إلا ثلث ما تبقى بعد النصيب، فتأخذ مالاً، وتلقي منه نصيباً، يبقى مال ناقص بنصيب، تزيد ثلثه للاستثناء وهو ثلث مال إلا ثلث نصيب، يبلغ مالاً وثلث مال إلا نصيباً، وثلث نصيب يعدل ثلاثة أنصباء، فتجبر وتقابل، فإذا مال وثلث مال يعدل أربعة أنصباء وثلث نصيب، فتبسطها أثلاثاً، وتقلب الاسم، فالمال ثلاثة عشر، والنصيب أربعة، تعطي الموصى له أربعة، يبقى تسعة، تسترد من الأربعة ثلث التسعة الباقية، يبقى معه سهم، ويحصل للبنين اثنا عشر، ولكل ابن أربعة، فالذي أخذه الموصى له مثل النصيب إلا ثلث الباقى بعد النصيب، ومثل النصيب إلا ربع الباقى بعد الوصية، لأن الباقى بعد الوصية اثنا عشر.

الطريق الثاني: إننا نعلم أن باقى المال في الصورة المذكورة بعد الوصية أنصباء البنين، وهي ثلاثة، وربعا ثلاثة أرباع نصيب، فهو المستثنى من نصيب أحد البنين، يبقى ربع نصيب وهو الوصية، فتزيده على أنصباء البنين، تبلغ ثلاثة أنصباء وربع نصيب، نبسطها أرباعاً بالضرب في أربعة، تكون ثلاثة عشر، والوصية سهم.

القسم الثالث: أن يطلق فيقول: أوصيت له بمثل نصيب فلان إلا ربع ما تبقى من المال، ولم يقل: بعد النصيب، ولا بعد الوصية، ففيه وجهان لأصحابنا. أحدهما: يحمل على الباقى بعد النصيب، لأن المذكور هو النصيب فانصرف الاستثناء إليه. والثاني: وهو قول أكثرهم: يحمل على الباقى بعد الوصية، لأن الباقى بعد الوصية أكثر من الباقى بعد النصيب، فيكون المستثنى أكثر، ويقل نصيب الموصى له، وقد تقرر تنزيل الوصايا على الأقل المتيقن، ثم طريق الحساب على الوجهين ما سبق.

فصل: في الوصية بالنصيب

مع استثناء جزء مما تبقى من جزء من المال

هذا يجيء فيه الأقسام المذكورة في الفصل الذي قبله. والقسم الثالث فيه الوجهان. فإن صرح بذكر النصيب، فأوصى - وله ثلاثة بنين - بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما تبقى من الثلث بعد النصيب، فتأخذ ثلث مال، وتلقي منه نصيباً، يبقى ثلث مال سوى نصيب، تزيد على ثلثه وهو تسع مال إلا ثلث نصيب للاستثناء، تبلغ

أربعة أتساع مال سوى نصيب وثلث نصيب تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة، فتجبر وتقابل، فمال وتسع مال يعدل أربعة أنصباء وثلث نصيب، تبسطها أتساعاً، وتقلب الاسم، فالمال تسعة وثلاثون، والنصيب عشرة، تأخذ الثلث ثلاثة عشر، فتسقط منه نصيباً وهو عشرة، يبقى ثلاثة، تسترجع ثلثها بالاستثناء، يبقى تسعة، تسقطها من المال، يبقى ثلاثون، لكل ابن عشرة.

مسألة: أربعة بنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع ما تبقى من الثلث بعد ثلث النصيب، تأخذ ثلث مال، وتسقط منه نصيباً، يبقى ثلث مال سوى نصيب، ثم تسترجع من النصيب ربع الباقي من الثلث بعد ثلث النصيب، وهو نصف سدس مال إلا سدس نصيب، وتضمه إلى ما معك، تبلغ خمسة أجزاء من اثني عشر جزءاً من مال إلا نصيباً، وجزءاً من اثني عشر جزءاً من نصيب، تزيده على ثلثي المال، يبلغ مالا وجزءاً من اثني عشر جزءاً من مال إلا نصيباً، وجزءاً من اثني عشر جزءاً من نصيب يعدل أنصباء الورثة وهي أربعة، تجبر وتقابل، فإذا مال وجزءاً من اثني عشر جزءاً من مال، يعدل خمسة أنصباء وجزءاً من اثني عشر جزءاً من نصيب، ثم ابسطها بأجزاء اثني عشر، واقلب الاسم، فالنصيب ثلاثة عشر، والمال أحد وستون، ولكن ليس لأحد وستين ثلث، فتضربها في ثلاثة، تبلغ مئة وثلاثة وثمانين، فهو المال، والنصيب تسعة وثلاثون، تأخذ ثلث المال وهو أحد وستون، تعزل منه تسعة وثلاثين للنصيب، ثم تسترجع منه اثني عشر، لأن الباقي من الثلث بعد ثلث النصيب ثمانية وأربعون، وربيعها اثنا عشر، فيبقى للموصى له سبعة وعشرون، تسقطها من المال، يبقى مئة وستة وخمسون، لكل ابن تسعة وثلاثون.

فرع: أوصى بمثل نصيب أحد ورثته إلا ثلث ما تبقى، ولم يزد على هذا، فكأنه قال: إلا ثلث ما تبقى من المال بعد الوصية، لأنه الأقل المتيقن. فإذا كان له ابنان والحالة هذه، فلهم سهم من تسعة، لأن لكل واحد من الابنين والموصى له ثلاثة، ثم تسترجع منه بقدر ثلث الباقي وهو سهمان، فيبقى سهم.

فرع: وأما إن صرح بذكر الوصية والباقي من الجزء فقال - وله ثلاثة بنين -: أوصيت بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما تبقى من الثلث بعد الوصية، فطرق الحساب فيه على قياس ما سبق، لكن يستعمل بدل ثلث الباقي من الثلث بعد الوصية، نصف الباقي من الثلث بعد النصيب كما سبق في الفصل السابق، ويكون المال في الصورة المذكورة سبعة وعشرين، والنصيب سبعة. فإذا أخذنا ثلث المال، وعزلنا منه سبعة، بقي اثنان، نسترجع نصفهما من النصيب وهو واحد، يبقى مع الموصى له ستة، ومع البنين أحد وعشرون، مع كل ابن سبعة كالنصيب.

فصل: في الوصية بجزء من المال وبالنصيب مع استثناء جزء من باقي المال

الباقى من المال، قد يقيّد بما بعد النصيب، وقد يقيّد بما بعد الوصية، وقد يطلق كما سبق، فإن جرى ذكر النصيب، بأن أوصى - وله ابنان - لزيد برقع المال، ولعمرو بمثل نصيب أحدهما إلا ثلث ما تبقى من المال بعد النصيب، فخذ مالاً، واجعل ربعه لزيد، يبقى ثلاثة أرباع مال، تعطي عمراً منها نصيباً، يبقى ثلاثة أرباع مال إلا نصيباً، تسترجع من النصيب مثل ثلث هذا الباقي وهو ربع مال إلا ثلث نصيب، تزيده على ما معك، يبلغ مالاً إلا نصيباً وثلث نصيب، وذلك يعدل نصيبين، فتجبر وتقابل، فإذا مال يعدل ثلاثة أنصباء وثلث نصيب، فتبسطها أثلاثاً، وتقلب الاسم، فالمال عشرة، والنصيب ثلاثة، تعطي زيدا ربع العشرة، يبقى سبعة ونصف، تعزل منها ثلاثة لعمرو، يبقى أربعة ونصف، تسترجع ثلثها من الثلاثة وهو واحد ونصف، فتضمه إلى ما معك، تبلغ ستة، لكل واحد ثلاثة كالنصيب، فإن أردت إزالة الكسر، بسطت العشرة أيضاً أنصافاً وقلت: المال عشرون، والنصيب ستة. وإن جرى ذكر الوصية، بأن أوصى - وله ابنان - لزيد برقع المال، ولآخر بمثل نصيب أحدهما إلا ثلث ما تبقى من المال بعد الوصية، فهو كقوله: إلا نصف ما تبقى من المال بعد النصيب كما سبق، فتأخذ مالاً، وتجعل لزيد ربعه، يبقى ثلاثة أرباع مال، تعطي عمراً منها نصيباً، يبقى ثلاثة أرباع سوى نصيب، تسترجع منه نصف هذا الباقي، وهو ثلاثة أثمان مال سوى نصف نصيب، وتزيده على ما معك، يبلغ مالاً وثمان مال إلا نصيباً ونصف نصيب، وذلك يعدل نصيبين، فإذا جبرت وقابلت، فمال وثمان مال يعدل ثلاثة أنصباء ونصف نصيب تبسطها أثماناً، فالمال ثمانية وعشرون، والنصيب تسعة، تعطي زيدا ربع المال، يبقى أحد وعشرون، تفرز منها تسعة لعمرو، يبقى اثنا عشرة، تسترجع نصفها من تسعة عمرو، وتضمه إليها، تبلغ ثمانية عشر، لكل ابن تسعة كالنصيب.

فصل: في الوصية بجزء شائع من المال وبالنصيب مع استثناء جزء مما يبقى من جزء من المال

مثاله: خمسة بنين، وأوصى لزيد بثمان ماله، ولعمرو بثلث ما تبقى من الثلث بعد الثمن والنصيب، تأخذ ثلث مال، وتلقي منه ثمن جميع المال، يبقى خمسة من أربعة وعشرين جزءاً من المال، تفرز منه نصيباً لعمرو، يبقى خمسة من أربعة وعشرين جزءاً سوى نصيب، تسترجع من النصيب ثلث هذا الباقي، وليس للخمسة ثلث

صحيح، فتضرب المال في ثلاثة، تكون اثنين وسبعين، ويكون معك خمسة عشر جزءاً من اثنين وسبعين جزءاً من المال سوى نصيب، تزيد ثلث هذا المبلغ عليه، فيصير عشرين جزءاً من اثنين وسبعين جزءاً سوى نصيب وثلث نصيب يعدل أنصباء الورثة وهي خمسة، فإذا جبرت وقابلت، فثمانية وستون تعدل ستة أنصباء وثلث نصيب، فتبسطها بأجزاء اثنين وسبعين، وتقلب الاسم، فإذا المال أربعمئة وستة وخمسون، والنصيب ثمانية وستون، تأخذ ثلث المال وهو مئة واثنان وخمسون، وتلقي منه ثمن المال، وهو سبعة وخمسون، يبقى خمسة وتسعون، تلقي منها نصيباً وهو ثمانية وستون، يبقى سبعة وعشرون، تسترجع من النصيب ثلثها، وتزيدها على السبعة والعشرين، تبلغ ستة وثلاثين، تزيدها على ثلثي المال، وهو ثلاثمئة وأربعة أسهم، تبلغ ثلاثمئة وأربعين، لكل ابن ثمانية وستون كالنصيب. فإن كانت المسألة بحالها، إلا أنه أوصى لعمرو بثلث ما يبقى من الثلث بعد الثمن وبعد وصيته، فالحساب كما مضى، لكن تجعل بدل استثناء ثلث الباقي من الثلث بعد الوصية، نصف الباقي من الثلث بعد النصيب. وإذا عملتها، كان المال ثلاثمئة واثنى عشر، والنصيب سبعة وأربعين، تأخذ ثلث المال، وهو مئة وأربعة، وتسقط منه ثمن المال، وهو تسعة وثلاثون، يبقى خمسة وستون، تسقط منه النصيب سبعة وأربعين، يبقى ثمانية عشر، تسترجع من النصيب نصفها تسعة، وتزيدها عليها، تصير سبعة وعشرين، تزيدها على ثلثي المال، وهو مائتان وثمانية، تبلغ مائتين وخمسة وثلاثين، لكل ابن سبعة وأربعون.

فصل: في الوصية بمثل نصيب وارث أو عدد من الورثة،

إلا مثل نصيب وارث آخر أو عدد منهم

هذه الوصية، إما أن تتجرد عن الوصية بجزءٍ شائع من المال والوصية بجزءٍ مما تبقى من المال، أو بجزءٍ من جزءٍ مما تبقى، وإما أن لا تتجرد.

فالحالة الأولى: لا حاجة فيها إلى الطرق الجبرية، بل تقام مسألة الورثة، وتؤخذ سهام من أوصى بمثل نصيبه، فينقص منها نصيب من استثنى مثل نصيبه، ويزاد ما بقي على مسألة الورثة، فمئة تصح.

مثاله: زوجة وأخت وعم، وأوصى بمثل نصيب الأخت إلا مثل نصيب الزوجة، هي من أربعة، ونصيب الأخت سهمان، ينقص منها نصيب الزوجة وهو سهم، يبقى سهم، تزيده على الأربعة، يكون خمسة، واحد منها للموصى له، والباقي للورثة.

الحالة الثانية: إذا لم تتجرد، وفيها صور:

إحداها: أن يوصي مع ذلك بجزءٍ شائع من المال.

مثاله: أبوان، وأوصى لزيد بربع ماله، ولعمرو بمثل نصيب الأب إلا مثل نصيب الأم، فالطريق أن تنظر في مسألة الورثة وهي من ثلاثة، ثم تأخذ مالا، وتلقي رבעه لزيد، يبقى ثلاثة أرباع، تلقي منها نصيبين كنصيب الأب، وتسترجع نصفهما كنصيب الأم، يبقى ثلاثة أرباع مال سوى نصيب يعدل ثلاثة أنصباء هي سهام الورثة، فتجبر وتقابل، فثلاثة أرباع مال تعدل أربعة أنصباء، تبسطها أرباعاً، وتقلب الاسم، فالمال ستة عشر، والنصيب ثلاثة. فإذا أخذنا ستة عشر، وأسقطنا ربعها، بقي اثنا عشر، تسقط منها نصيبين وهما ستة، وتسترجع نصيباً وهو ثلاثة، يبقى للموصى له ثلاثة. فإذا أسقطنا الوصيتين من المال، بقي تسعة، للأب ستة، وللأم ثلاثة.

الصورة الثانية: أن يوصي مع ذلك بجزءٍ مما تبقى من المال.

مثاله: أبوان، وأوصى لزيد بمثل نصيب الأب إلا مثل نصيب الأم، ولعمرو بربع ما تبقى من المال، تأخذ مالا، وتلقي منه نصيبين، هما نصيب الابن من مسألة الورثة، فتسترجع نصيباً وهو نصيب الأم، يبقى مال سوى نصيب، تعطي عمراً أربعة، وهو ربع مال إلا ربع نصيب، تلقي ثلاثة أرباع مال إلا ثلاثة أرباع نصيب، تعدل ثلاثة أنصباء، هي سهام المسألة، فتجبر وتقابل، فثلاثة أرباع مال تعدل ثلاثة أنصباء وثلاثة أرباع نصيب، فتبسطها أرباعاً، وتقلب الاسم، فالمال خمسة عشر، والنصيب ثلاثة، تأخذ خمسة عشر، وتسقط منها نصيبين وهما ستة، وتسترجع نصيباً وهو ثلاثة، يبقى اثنا عشر، ربعها لعمرو، يبقى تسعة، ستة للأب، وثلاثة للأم.

الصورة الثالثة: أن يوصي بعد ذلك بجزءٍ من جزءٍ مما تبقى من المال.

مثاله: أبوان، وأوصى لزيد بمثل نصيب الأب إلا مثل نصيب الأم، ولعمرو بربع ما تبقى من ثلثي المال، تأخذ ثلثي مال وتسقط منه نصيبين، وتسترجع منه نصيباً، يبقى ثلثا مال سوى نصيب، تسقط رבעه لعمرو، وهو سدس مال إلا ربع نصيب، يبقى نصف مال إلا ثلاثة أرباع نصيب، تعدل ثلاثة أنصباء، هي سهام المسألة، فتجبر وتقابل بخمسة أسداس مال، تعدل ثلاثة أنصباء وثلاثة أرباع نصيب، تبسطها بأجزاء اثني عشر، وتقلب الاسم، فالمال خمسة وأربعون، والنصيب عشرة، تأخذ ثلثي المال وهو ثلاثون، وتسقط منها نصيبين وهما عشرون، وتسترجع نصيباً، يبقى معك عشرون، تسقط ربعها لعمرو، يبقى خمسة عشر، تزيدها على ثلث المال، يكون ثلاثين، للأب عشرون، وللأم عشرة.

فصل: في الوصية بالنصيب مع استثناء نصيب وارث آخر منه وجزء شائع أيضاً

الجزء المستثنى مع النصيب، قد يكون من جميع المال، وقد يكون من جزء من الباقي .

مثال الأول: أبوان، وأوصى بمثل نصيب الأب إلا مثل نصيب الأم وإلا عشر جميع المال، تأخذ مالا، وتلقي منه نصيبين، وتسترجع نصيباً وعشر جميع المال، يبقى مال وعشر مال إلا نصيباً، يعدل أنصاء الورثة وهي ثلاثة، فتجبر وتقابل، فمال وعشر مال يعدل أربعة أنصاء، تبسطها أعشاراً، وتقلب الاسم، فالمال أربعون، والنصيب أحد عشر، تأخذ أربعين، فتسقط منها نصيبين، وهما اثنان وعشرون، وتسترجع منها نصيباً وهو أحد عشر، وعشر جميع المال وهو أربعة، فيحصل للموصي له سبعة، وللأب اثنان وعشرون، وللأم أحد عشر.

مثال الثاني: المسألة بحالها، إلا أنه يستثنى مثل نصيب الأم وعشر ما تبقى من المال بعد نصيب الأم، فتأخذ مالا، وتلقي منه نصيب الأم وهما سهمان من ثلاثة هي سهام المسألة، وتسترجع منه نصيباً، يبقى مال إلا نصيباً، تزيد عليه مثل عشره وهو عشر مال إلا عشر نصيب، تبلغ مالا وعشر مال إلا نصيباً وعشر نصيب تعدل ثلاثة أنصاء هي سهام المسألة. فتجبر وتقابل، وتبسطها أعشاراً، وتقلب الاسم، فالمال أحد وأربعون، والنصيب أحد عشر، تأخذ أحداً وأربعين، وتسقط منها نصيبين وهما اثنان وعشرون، وتسترجع نصيباً، فيكون معك ثلاثون، وتسترجع عشر الثلاثين من ذلك النصيب وهو ثلاثة، وتزيده على ما معك، تبلغ ثلاثة وثلاثين، للأب اثنان وعشرون، وللأم أحد عشر.

مثال الثالث: المسألة بحالها، إلا أنه استثنى مثل نصيب الأم وثمان ما تبقى من ثلثي المال بعد نصيب الأم، فتأخذ ثلثي مال، وتسقط منه نصيبين، وتسترجع نصيباً، يبقى ثلثا مال سوى نصيب، تسترجع ثمن هذا المبلغ أيضاً من النصيب وهو نصيب سدس مال إلا ثمن نصف، وتزيده على المبلغ، يكون ثلاثة أرباع مال إلا نصيباً وثمان نصيب، تزيده على ثلث مال، يبلغ مالا ونصف سدس مال إلا نصيباً وثمان نصيب، وذلك يعدل أنصاء الورثة وهي سهام المسألة، فتجبر وتقابل، فمال ونصف سدس مال يعدل أربعة أنصاء وثمان نصيب، فتبسطها بأجزاء أربعة وعشرين، وتقلب الاسم، فالمال تسعة وتسعون، والنصيب ستة وعشرون، تأخذ ثلثي المال وهو ستة وستون، وتسقط منها نصيبين وهما اثنان وخمسون، وتسترجع نصيباً، يبقى معك أربعون، تسترجع ثمنها من النصيب أيضاً وهو خمسة، وتزيده على الأربعين، يكون خمسة

وأربعين، تزيده على ثلث المال وهو ثلاثة وثلاثون، تبلغ ثمانية وسبعين، للأب بنصيبين اثنان وخمسون، وللأم بنصيب ستة وعشرون.

فصل: في الوصية بالتكملة

والمراد بها: البقية التي يبلغ بها الشيء حداً آخر، وهي إما مجردة عن الوصية بغيرها والاستثناء منها، وإما غير مجردة.

أما القسم الأول: فالوصية إما أن تكون بتكملة واحدة، وإما بتكملتين فصاعداً.

مثال الأول: أربعة بنين، وأوصى بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم، فتأخذ مالا، وتصرف ثلثه إلى الموصى له، وتسترجع منه نصيباً، فيحصل معك ثلثا مال ونصيب، وذلك يعدل أنصباء الورثة وهي أربعة، فتلقي نصيباً بنصيب، يبقى ثلثا مال في معادلة ثلاثة أنصباء، فتبسطهما أثلاثاً، وتقلب الاسم، فالمال تسعة، والنصيب اثنان، والتفاوت بين الثلث والنصيب سهم، فهو التكملة، تدفعه إلى الموصى له، يبقى ثمانية، لكل ابن سهمان. وبطريق الدينار والدرهم، تجعل ثلث المال ديناراً ودرهماً، وتجعل الدينار نصيباً، والتكملة درهماً، تدفعه إلى الموصى له، يبقى من المال ثلاثة دنانير ودرهمان، يأخذ ثلاثة بنين ثلاثة دنانير، يبقى درهمان يأخذهما الابن الرابع، فعلمنا أن قيمة الدينار درهمان، وأن ثلث المال ثلاثة دراهم، والنصيب درهمان.

مثال التكملتين، أربعة بنين وبنت، وأوصى بتكملة ثلث ماله بنصيب ابن، ولآخر بتكملة ربع ماله بنصيب البنت، فالوصية الأولى ثلث مال سوى نصيبين، والثانية ربع مال سوى نصيب، فتأخذ مالا، وتسقط منه الوصيتين، يبقى خمسة أسهم من اثني عشر سهماً من مال وثلاثة أنصباء، تعدل أنصباء الورثة وهي تسعة، تسقط ثلاثة أنصباء بثلاثة أنصباء، يبقى خمسة أسهم من اثني عشر سهماً من مال في معادلة ستة أنصباء الورثة وهي تسعة، تسقط ثلاثة أيضاً بثلاثة أنصباء، يبقى خمسة أسهم من اثني عشر سهماً من مال في معادلة ستة أنصباء. ثم إن شئت بسطتها بأجزاء اثني عشر، وقلبت الاسم، فالمال اثنان وسبعون، والنصيب خمسة. وإن شئت قلت: إذا كانت خمسة من اثني عشر تعدل ستة، فالمال بتمامه يعدل أربعة عشر وخمسين، تبسطها أخماساً تبلغ اثنين وسبعين، تأخذ ثلث المال وهو أربعة وعشرون، وتسقط منه نصيبين وهما عشرة، يبقى أربعة عشر، فهي الوصية الأولى، وتأخذ رבעه وهو ثمانية عشر، تسقط منه نصيباً واحداً وهو خمسة، يبقى ثلاثة عشر، فهي الوصية الثانية، فتسقط الوصيتين من المال، يبقى خمسة وأربعون، لكل ابن عشرة، وللبنات خمسة.

أما القسم الثاني: فيتصور على وجوه. منها الوصية بالتكملة مع الوصية بجزءٍ شائع من المال.

مثاله: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بربع ماله، ولعمرو بتكملة النصف بنصيب ابن، فتأخذ مالاً، وتلقي منه رבעه لزيد، ثم تلقي نصفه لعمرو، وتسترجع منه نصيباً، يبقى معك ربع مال ونصيب، وذلك يعدل ثلاثة أنصباء، فتسقط نصيباً بنصيب، يبقى ربع مال في معادلة نصيبين، تبسطهما أرباعاً، وتقلب الاسم، فالمال ثمانية، والنصيب واحد، تأخذ ثمانية، فتعزل ربعها لزيد، ثم تأخذ نصف الثمانية لعمرو، وتسترجع منه واحداً، يبقى معك ثلاثة، لكل ابن واحد. وبطريق القياس تقول: ربع المال ونصفه يستحقهما زيد وعمرو وأحد البنين، فتأخذ مالاً له ربع ونصف وهو أربعة، فتسقط منه الربع والنصف، يبقى واحد تقسمه بين الابنين الآخرين، فلكل واحد منهما نصف، فتعلم أن النصيب نصف سهم، فتسقطه من الثلاثة التي أسقطتها من المال، يبقى اثنان ونصف، تسقط منها ربع جميع المال، يبقى واحد ونصف، فهو التكملة، تبسط الجميع أنصافاً ليزول الكسر، فالنصيب واحد، والتكملة ثلاثة، والربع اثنان، والمال ثمانية.

وبطريق الدينار والدرهم، تجعل نصف المال ديناراً ودرهماً، وتدفع الدرهم بالتكملة إلى عمرو، يبقى ديناران ودرهم، تسقط منها ربع المال وهو نصف دينار ونصف درهم، يبقى دينار ونصف دينار ونصف درهم، وذلك يعدل ثلاثة دنائير، تسقط الجنس بالجنس، يبقى دينار ونصف في معادلة نصف درهم، تبسطها أنصافاً، وتقلب الاسم، فالدينار واحد، والدرهم ثلاثة وهو التكملة.

ومنها: الوصية بالتكملة مع الوصية بجزءٍ مما بقي من المال.

مثاله: أربعة بنين، وأوصى لزيد بتكملة ثلث ماله بنصيب ابن، ولعمرو بربع ما تبقى من المال، تأخذ مالاً، وتدفع ثلثه إلى زيد، وتسترجع منه نصيباً، وتزيده على باقي المال، فيحصل معك ثلثا مال ونصيب، يخرج ربعه لعمرو وذلك سدس مال وربع نصيب، يبقى نصف مال وثلاثة أرباع نصيب تعدل أنصباء الورثة وهي أربعة، فتسقط ثلاثة أرباع نصيب بثلاثة أرباع نصيب، يبقى نصف مال في معادلة ثلاثة أنصباء وربع نصيب، فتبسطها أرباعاً، وتقلب الاسم، فالمال ثلاثة عشر، والنصيب سهران، لكن ليس للثلاثة عشر ثلث، فتضربها في ثلاثة، تبلغ تسعة وثلاثين، فهي المال، والنصيب ستة، تأخذ ثلثها وهو ثلاثة عشر، تسقط منه نصيباً، يبقى سبعة، فهي التكملة، تدفعها إلى زيد، يبقى من المال اثنان وثلاثون، تدفع ربعها إلى عمرو وهو ثمانية، يبقى أربعة وعشرون للبنين، لكل ابن ستة.

ومنها: الوصية بالتكملة مع الوصية بجزء مما تبقى من جزء المال.

مثاله: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم، ولعمرو بثلث ما بقي من الثلث، تأخذ ثلث مال، وتلقي منه نصيباً، يبقى ثلث مال إلا نصيباً تدفعه إلى زيد فإنه التكملة، يبقى من الثلث نصيب، تدفع ثلثه إلى عمرو، يبقى ثلثا نصيب تضمهما إلى ثلثي المال، وذلك يعدل أنصاء الورثة وهي ثلاثة، تسقط ثلثي نصيب بثلثي نصيب، يبقى ثلثا مال تعدل نصيبين وثلث نصيب. ثم إن شئت بسطتها أثلاثاً، وقلبت الاسم، فالمال سبعة، والنصيب اثنان. وإن شئت قلت: إذا عادل ثلثا مال نصيبين وثلث نصيب، فالمال الكامل يعادل ثلاثة أنصاء ونصف نصيب، تبسطها أنصافاً، يكون سبعة، وليس لها ثلث صحيح، فتضربها في ثلاثة، تبلغ أحداً وعشرين، فهو المال، والنصيب ستة، تأخذ ثلث المال وهو سبعة، وتلقي منه النصيب، يبقى واحد فهو التكملة، وتدفع ثلث الستة إلى عمرو، يبقى أربعة، تضمها إلى ثلثي المال، يكون ثمانية عشر، لكل ابن ستة. قال إمام الحرمين: كذا ذكروه، لكن لو تجردت الوصية الأولى في هذه الصورة، فأوصى وله ثلاثة بنين بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم، فالوصية باطلة، لأن نصيب كل ابن يستغرق الثلث، فلا تكملة، وحينئذ يمكن أن يقال: الوصية الأولى هنا باطلة، والثانية فرعها فتبطل أيضاً، قال: ووجه ما ذكروه، أن الوصية الثانية تنقص النصيب عن الثلث، فتظهر بها التكملة، قال: ويجب أن تخرج المسألة وأخواتها على الوجهين، في أن العبرة باللفظ أو المعنى، كما إذا قال: بعثك بلا ثمن ونحوه؟

قلت: الصحيح المختار صحة الوصيتين هنا قطعاً، والفرق بين باب الوصية وغيرها من العقود ظاهر. والله أعلم.

ومنها: الوصية بالتكملة مع الوصية بمثل النصيب.

مثاله: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بتكملة ثلث ماله، تأخذ ثلث مال، تدفع منه نصيباً إلى زيد، والباقي إلى عمرو، يبقى معك ثلثا مال تعدل أنصاء الورثة وهي ثلاثة، تبسطها أثلاثاً، وتقلب الاسم، فالمال تسعة، والنصيب اثنان، تأخذ ثلث التسعة ثلاثة، تدفع منه اثنين إلى زيد، وسهماً إلى عمرو وهو التكملة، يبقى ستة للبنين.

فرع: أوصى - وله ابنان - بمثل نصيب أحدهما لزيد، ولعمرو بتكملة الثلث، فالوصية الثانية باطلة، لأنه لم يبق شيء من الثلث. وكذا لو أوصى - وله ثلاثة بنين - بمثل نصيب أحدهم لزيد، ولعمرو بتكملة الربع.

ومنها: الوصية بالتكملة مع استثناء جزء من المال.

مثاله: ثلاثة بنين، وأوصى بتكملة نصف ماله بنصيب أحدهم إلا ثمن جميع المال.

طريقه أن يقال: نصف مال نصيب وتكملة، والتكملة شيء وُثمن جميع المال، تدفع الشيء إلى الموصى له، يبقى بعد النصف نصيب وُثمن جميع المال، تضمهما إلى النصف الثاني، يحصل معك خمسة أثمان المال ونصيب تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة، تسقط نصيباً بنصيب، يبقى خمسة أثمان المال تعدل نصيبين، فتبسطهما أثماناً، وتقلب الاسم، فالمال ستة عشر، والنصيب خمسة، تأخذ نصف المال وهو ثمانية، تسقط منه النصيب خمسة، يبقى ثلاثة، تسقط منها ثمن جميع المال وهو اثنان، يبقى واحد وهو التكملة، تُسقطه من جميع المال، يبقى خمسة عشر للبنين.

ومنها: الوصية بالتكملة مع استثناء جزء مما تبقى من المال.

سبعة بنين، وأوصى بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم إلا ثمن ما تبقى من المال، تأخذ ثلث المال، وتسترجع منه نصيباً، يبقى ثلث مال إلا نصيباً، فهو التكملة، يبقى معك ثلثا مال ونصيب، تسترجع من التكملة ثمنه، وينتظم الحساب من أربعة وعشرين لذكر الثلث والثلثين، فالذي معك ستة عشر ونصيب وُثمن ذلك وهو اثنان وُثمن نصيب، تزيده عليه، تبلغ ثمانية عشر جزءاً من أربعة وعشرين جزءاً من مال ونصيباً وُثمن نصيب تعدل أنصباء الورثة وهي ستة، تسقط المثل بالمثل، يبقى ثمانية عشر جزءاً من أربعة وعشرين جزءاً من مال تعدل أربعة أنصباء وسبعة أثمان نصيب، تبسطها بأجزاء المال وهي أربعة وعشرون، وتقلب الاسم، فالمال مئة وسبعة عشر، والنصيب ثمانية عشر، تأخذ ثلث المال وهو تسعة وثلاثون، وتسقط منه نصيباً، يبقى أحد وعشرون وهو التكملة، فإذا أسقطناه من جميع المال، بقي ستة وتسعون ثمنها اثنا عشر، تسقطه من التكملة، يبقى تسعة، فهي التي يأخذها الموصى له، يبقى مئة وثمانية للبنين، لكل ابن ثمانية عشر.

ومنها: الوصية بالتكملة مع استثناء جزء مما تبقى من جزء من المال.

سبعة بنين، وأوصى بتكملة ربع ماله بنصيب أحدهم إلا ثلث ما تبقى من الثلث، تأخذ ربع مال، وتلقي منه نصيباً، يبقى ربع مال سوى النصيب وهو التكملة، تلقيها من الثلث، يبقى نصف سدس مال ونصيب، تلقي ثلث ذلك من التكملة، وينتظم الحساب من ستة وثلاثين، فإنه أقل عدد لنصف سدسه ثلث، فإذا الذي معك من الثلث ثلاثة ونصيب، تسترجع ثلاثة من التكملة وهو واحد وثلث نصيب، يبقى للوصية ثمانية أجزاء من ستة وثلاثين جزءاً من مال إلا نصيباً وثلث نصيب، تسقطها من المال، يبقى ثمانية وعشرون جزءاً من ستة وثلاثين جزءاً من مال ونصيب وثلث

نصيب، وذلك يعدل سبعة أنصباء، تسقط المثل بالمثل، يبقى ثمانية وعشرون جزءاً من ستة وثلاثين جزءاً من مال في معادلة خمسة أنصباء وثلاثي نصيب، تبسطها بأجزاء ستة وثلاثين، وتقلب الاسم، فالمال مائتان وأربعة، والنصيب ثمانية وعشرون، تأخذ ربع المال وهو أحد وخمسون، وتسقط منه النصيب، يبقى ثلاثة وعشرون هي التكملة، تلقيها من ثلث المال وهو ثمانية وستون، يبقى خمسة وأربعون، تسترجع ثلثها وهو خمسة عشر من التكملة، يبقى ثمانية فهي الوصية، تسقطها من المال، يبقى مئة وستة وتسعون للبنين، لكل ابن ثمانية وعشرون.

ومنها: الوصية بالتكملة مع استثناء تكملة أخرى.

ثلاثة بنين، وأوصى بتكملة نصف ماله بنصيب أحدهم إلا تكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم، تأخذ نصف مال، وتسقط منه نصيباً، فالباقي هو تكملة النصف، وتأخذ ثلث مال وتسقط منه نصيباً، فالباقي هو تكملة الثلث، تسقط تكملة الثلث من تكملة النصف، يبقى سدس مال بلا استثناء، فالوصية إذاً بسدس المال، يبقى خمسة أسداس مال تعدل ثلاثة أنصباء، فتبسطها أسداساً، وتقلب الاسم، فالمال ثمانية عشر، والنصيب خمسة، تأخذ نصف المال تسعة، وتسقط منه النصيب، يبقى أربعة فهي تكملة النصف، ثم تأخذ ثلثه وهو ستة، وتسقط منها نصيباً، يبقى واحد فهو تكملة الثلث، تسقط واحداً من أربعة، يبقى ثلاثة فهي الوصية، تسقطها من جميع المال، يبقى خمسة عشر للبنين، لكل ابن خمسة.

ومنها: الوصية بالتكملة مع الوصية بالنصيب وبجزء مما تبقى من المال.

خمسة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بتكملة ربع ماله بنصيب أحدهم، ولثالث بثلث ما تبقى بعد ذلك، تأخذ ربع مال، وتنقص منه نصيباً، فالباقي هو تكملة الربع، تدفعه إلى عمرو، وتدفع النصيب إلى زيد، فانصرف الربع إلى الوصيتين، يبقى ثلاثة أرباع المال، تدفع منه واحداً إلى الثالث، يبقى ربعان يعدلان أنصباء البنين وهي خمسة، تبسطها أرباعاً، وتقلب الاسم، فالمال عشرون، والنصيب اثنان، تأخذ ربع المال خمسة، تدفع منها اثنين إلى زيد، وثلاثة إلى عمرو، يبقى خمسة عشر، ثلثها خمسة للثالث، والباقي للبنين.

ومنها: الوصية بالتكملة مع الوصية بالنصيب وبجزء مما تبقى من المال.

خمسة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بتكملة الربع بالنصيب، ولثالث بثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصيتين، يحتاج إلى مال له ربع وثلث، والباقي من الثلث بعد إسقاط الربع ثلث، وأقله ستة وثلاثون، تأخذ ربعه وهو تسعة، فتصرفها إلى الوصية بالتكملة والنصيب، وإذا أسقطت تسعة من الثلث، يبقى

ثلاثة، تصرف منها واحداً إلى الثالث، يبقى اثنان، تزيدهما على ثلثي المال، تبلغ ستة وعشرين تعدل أنصاء الورثة وهي خمسة، تبسطها بأجزاء ستة وثلاثين، وتقلب الاسم، فالمال مئة وثمانون، والنصيب ستة وعشرون، تأخذ ثلث المال وهو ستون، فتلقي منه رבעه وهو خمسة وأربعون بالوصيتين الأوليين ستة وعشرين بالوصية بالنصيب، والباقي بالوصية الأخرى، يبقى من الثلث خمسة عشر، نصرف ثلثها إلى الوصية الثالثة، يبقى عشرة، تزيدها على ثلثي المال، تبلغ مئة وثلاثين للبنين، لكل ابن ستة وعشرون.

ومنها: الوصية بالتكملة مع الوصية بالنصيب مستثنى منه جزء مما تبقى من المال. أربعة بنين، فأوصى لزيد بتكملة الثلث بنصيب أحدهم، ولعمرو بمثل نصيب أحدهم إلا خمس ما تبقى من المال، تأخذ ثلث المال، وتصرفه إليهما بالنصيب والتكملة، وتسترجع من النصيب خمس الباقي، واجعل المال خمسة عشر ليكون للباقي بعد الثلث خمس، فالثلث المخرج بالنصيب والتكملة إذاً خمسة، تسترجع من النصيب خمس الباقي وهو اثنان، فالحاصل اثنا عشر جزءاً من خمسة عشر جزءاً من مال، وذلك يعدل أنصاء الورثة وهي أربعة، تبسطها بأجزاء خمسة عشر، وتقلب الاسم، فالمال ستون، والنصيب اثنا عشر، تأخذ ثلث المال وهو عشرون، تلقي منه النصيب اثني عشر، يبقى ثمانية هي التكملة، تدفعها إلى زيد، وتسترجع من النصيب خمس الباقي وهو ثمانية، يبقى لعمرو أربعة، فالوصيتان جميعاً اثنا عشر، يبقى ثمانية وأربعون للبنين، لكل ابن اثنا عشر.

ومنها: الوصية بالتكملة مع الوصية بالنصيب مستثنى منه جزء مما تبقى من جزء من المال.

خمس بنين، وأوصى لزيد بتكملة الربع بنصيب أحدهم، ولعمرو بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما تبقى من الثلث بعد ذلك، يحتاج إلى مال له ربع وثلث، وللباقي من الثلث بعد إسقاط الربع ثلث، وأقله ستة وثلاثون، تأخذ رבעه وهو تسعة، فتصرفها في الوصيتين، وتسترجع من النصيب ثلث ما تبقى من ثلث المال وهو واحد، وتزيده على الباقي من الثلث، تبلغ أربعة، تزيدها على ثلثي المال، تبلغ ثمانية وعشرين جزءاً من ستة وثلاثين جزءاً من مال، وذلك يعدل أنصاء الورثة وهي خمسة، تبسطها بأجزاء ستة وثلاثين، وتقلب الاسم، فالمال مئة وثمانون، والنصيب ثمانية وعشرون، يبقى سبعة عشر فهي التكملة، ثم تلقي الربع من ثلث جميع المال وهو ستون، يبقى خمسة عشر، تسقطها ثلثها من النصيب، يبقى لعمرو ثلاثة وعشرون، والوصيتان معاً أربعون، يبقى مئة وأربعون للبنين، لكل ابن ثمانية وعشرون.

فصل: في الوصية بالنصيب مستثنى من التكملة

ثلاثة بنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا تكملة ثلث ماله بالنصيب، تجعل ثلث المال ديناراً ودرهماً، وتجعل النصيب ديناراً، تدفعه إلى الموصى له، وتسترجع منه درهماً، لأن التكملة درهم، يبقى من الثلث درهماً، تزيدهما على الثلثين، تبلغ دينارين وأربعة دراهم تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة دنانير، تسقط المثل بالمثل، يبقى أربعة دراهم في معادلة دينار، فتقلب الاسم وتقول: الدينار أربعة، والدراهم واحد، فالثلث خمسة، والمال خمسة عشر، تأخذ ثلث المال خمسة، تدفع منه إلى الموصى له نصيباً وهو أربعة، ويسترجع واحد وهو التكملة، يبقى للموصى له ثلاثة، تسقطها من المال، يبقى اثنا عشر، لكل ابن أربعة.

فصل: في الوصايا المتعرضة للجذور والكعب

الجذر: كل مضروب في نفسه، والحاصل من الضرب يسمى: مالاً ومجذوراً ومربعاً. والكعب: كل ما ضرب في مثله ثم ضرب مبلغه فيه، والحاصل من الضربين يسمى مكعباً، فالواحد جذره وكعبه الواحد. والأعداد ضربان:

أحدهما: ماله جذر صحيح ينطق به، كالأربعة، جذرها اثنان، والتسعة، جذرها ثلاثة، والمائة، جذرها عشرة.

والثاني: ما ليس له جذر ينطق به، وإنما يستخرج جذره بالتقريب، كالعشرة والعشرين، ويقال له: الأصم. وكذلك من الأعداد ما له كعب ينطق به كالثمانية، كعبها اثنان، والسبعة والعشرين، كعبها ثلاثة. ومنها ما ليس له كعب ينطق به، كالعشرة والمائة، وإنما يستخرج كعبه بالتقريب، وقد يكون العدد منطوقاً بجذره وكعبه كالأربعة والستين، جذرها ثمانية، وكعبها أربعة. وقد يكون أصم في الجذر دون الكعب، كالسبعة والعشرين. أو في كعب دون الجذر، كالأربعة والتسعة، أو فيهما، كالعشرة. إذا عرف ذلك، فتعرض الوصية للجذر والكعب بفرض من وجوه.

منها: الوصية بجذر المال. قال الأستاذ أبو منصور: تفرض المسألة من عدد مجذور إذا أسقط منه جذره انقسم الباقي صحيحاً على سهام الورثة. فإذا أوصى بجذر ماله وله ثلاثة بنين، فإن جعلت المال تسعة، فللموصى له ثلاثة، والباقي للبنين، لكل ابن سهمان. وإن جعلته ستة عشر، فللموصى له أربعة، والباقي للبنين، لكل ابن أربعة. ولو أوصى بكعب ماله - والورثة هؤلاء - يجعل المال عدداً مكعباً، فإذا أسقط منه كعبه انقسم الباقي على سهام الورثة بلا كسر. فإن جعلت المال ثمانية، فاثنتان

للموصى له، والباقي للبنين. وإن جعلته سبعة وعشرين، فثلاثة للموصى له، والباقي للبنين. هذا كلام الأستاذ، وتعجب الإمام من إرساله الكلام هكذا، لاستحالة أن يكون الأمر في ذلك على التخيير، والفرض كيف شاء الفارض، فإن الأقدار تختلف باختلاف العدد المفروض.

فإذا كان المال تسعة، فالجذر ثلاثة. وإذا كان ستة عشر، فالجذر أربعة. وفيه إشكال آخر، وهو أن كل عدد، مجذور، إلا أن من الأعداد ما ينطق بجذره، ومنها ما لا ينطق، كما سبق، وليس في اللفظ إلا جذر المال، فلم حمل على مجذور صحيح؟ ولم شرط أن ينقسم الباقي صحيحاً على الورثة؟ فإذا كلام الأستاذ على ما ذكره الإمام، محمول على ما إذا قيد الموصي وصيته بما يقتضي الحمل على عدد معين من الأعداد المجذورة. فإذا قال: نزلوا مالي على أول مجذور صحيح إذا طرح جذره انقسم الباقي على سهام ورثتي بلا كسر، تعين الحمل على الصورة المذكورة على تسعة، وكانت الوصية بثلث المال. وإن عين مرتبة أخرى، تعينت. قال الإمام: فإن أطلق الوصية بالجذر، ولم يقيد بشيء من ذلك، لكن أراد بالجذر ما يريده الحسّاب، فإن كان ماله مقدراً بكيل، أو وزن، أو ذرع، كالأرض، أو عدد، كالجوز، نزل عليه. ثم إن كان جذره مما ينطق به، فذاك، وإلا، فالقدر المتيقن يسلم للموصى له، والقدر المشكوك فيه، يفصل أمره بالتراضي. وإن لم يكن المال مقدراً بشيء من ذلك، كعبد وجارية، قوّم ودفع جذر القيمة إلى الموصى له.

ومنها: الوصية بجذر النصيب. فلو أوصى وله ثلاثة بنين بجذر نصيب أحدهم، قال الأستاذ: يجعل نصيب كل ابن عدداً مجذوراً، ثم يجمع أنصباء البنين، ويزاد عليها جذر نصيب أحدهم، فما بلغ صحت منه القسمة. فإن جعلنا نصيب كل ابن واحداً، فأنصباؤهم ثلاثة، تزيد عليها واحداً، تبلغ أربعة تصح منها القسمة. وإن جعلنا النصيب أربعة، فأنصباؤهم اثنا عشر، تزيد عليها اثنين، تبلغ أربعة عشر تصح منها القسمة. ولو أوصى بجذري نصيب أحدهم، وفرضنا النصيب أربعة، فأنصباؤهم اثنا عشر، تزيد عليها جذري النصيب، تبلغ ستة عشر تصح منها القسمة. ولو أوصى بكعب نصيب أحدهم، جعلنا النصيب مكعباً، وجمعنا الأنصباء، وزدنا عليها كعب نصيب. قال الإمام: وليكن هذا الجواب فيما إذا تقيدت الوصية كما ذكرنا، أو فيما إذا قال السائل: كيف يصور عدد تصح منه الوصية والميراث؟ فيجواب بأنه يمكن فيه وجوه.

منها: كيت وكيت. أما إذا أطلق الوصية بجذر النصيب، فذكر فيه احتمالين. أظهرهما: أنه ينظر في حصة ابن من التركة، فيؤخذ جذره منطوقاً به أو أصم، كما

ذكرنا في جذر جميع المال، فيزاد على مسألة الورثة. والثاني: أنه ينظر في نصيب كل واحد من سهام المسألة، فيؤخذ جذره، ويزاد على مسألة الورثة. وعلى هذا، فنصيب كل ابن هنا واحد، فيزاد على السهام الثلاثة واحد، ويصير الحكم كما لو أوصى بنصيب أحدهم.

ومنها: الوصية بجذر النصيب وجذر المال معاً، فلو أوصى وله ثلاثة بنين بجذر نصيب أحدهم لزيد، وأوصى لعمرو بجذر جميع المال، فالمفهوم من كلام الأستاذ أن يقال: إذا كانت وصية زيد جذر نصيب ابن، فنصيب كل ابن مال، ثم يجعل المال أموالاً لها جذور صحيحة، فإن شئت جعلتها أربعة أموال، فتكون وصية عمرو جذرين، كما أن جذر أربعة من العدد اثنان، فتكون الوصيتان ثلاثة أجدار، وتسقطها من المال، يبقى أربعة أموال إلا ثلاثة أجدار تعدل أنصاء الورثة وهي ثلاثة أموال، فتجبر وتقابل، فأربعة أموال تعدل ثلاثة أموال وثلاثة أجدار، تسقط الجنس بالجنس، فمال يعدل ثلاثة أجدار، فالجذر ثلاثة، والمال تسعة، وتقدير الكلام: مال يعدل ثلاثة أجداره، وحينئذٍ فالتركة ستة وثلاثون، لأنها أربعة أموال، ونصيب كل ابن تسعة، يأخذ زيد جذر النصيب وهو ثلاثة، وعمرو جذر المال وهو ستة، يبقى سبعة وعشرون للبنين. قال الإمام: وهذه المسألة وضعية، وطريق تطبيقها على الفقه على ما سبق.

ومنها: الوصية بالجذر والنصيب. فإذا أوصى وله ثلاثة بنين بمثل نصيب أحدهم لزيد، ولعمرو بجذر المال، يقدر كأن البنين أربعة وأوصى بجذر المال وحده، وقد بان طريقه.

ومنها: الوصية بالجزاء والنصيب مع استثناء الجذر منها.

مثاله: أوصى وله ثلاثة بنين بثلث ماله إلا جذر جميع المال، تدفع إلى الموصى له ثلث المال، وتسترجع جذراً، فيكون معك ثلثا مال وجذر تعدل أنصاء الورثة وهي ثلاثة، فتجعل المال عدداً له ثلث صحيح، بشرط أن ينقسم ثلثاه مزيداً عليه جذره على ثلاثة، وليكن ذلك ستة وثلاثين، فتدفع ثلثها إلى الموصى له، وتسترجع منه جذر المال وهو ستة، يبقى عنده ستة، فقد أخذ ثلث المال إلا جذر المال، يبقى ثلاثون للبنين. ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم إلا جذر جميع المال، فخذ مالا، وأسقط منه نصيباً، واسترجع من النصيب جذر المال، يبقى مال وجذر إلا نصيباً تعدل أنصاء البنين، فتجبر وتقابل، فمال وجذر تعدل أربعة أنصاء، فتجعل المال عدداً مجذوراً إذا زيد عليه جذره انقسم على أربعة، وليكن ستة عشر، إذا زيد عليه جذره كان عشرين، إذا قسم على أربعة، خرج من القسمة خمسة، فإذا نقصت

من النصيب جذر المال، بقي واحد تدفعه إلى الموصى له، يبقى خمسة عشر للبنين. ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم إلا جذر نصيب أحدهم، فالنصيب عدد مجذور. فإن جعلته أربعة، فالوصية اثنان، والأنصباء اثنا عشر، وجملة المال أربعة عشر، إذا دفعت إلى الموصى له اثنين فقد أخذ مثل نصيب أحدهم إلا جذر نصيب أحدهم، وإن جعلته تسعة، فالأنصباء سبعة وعشرون، والوصية ستة.

ومنها: الوصية بالجذور المضافة إلى الجذور.

مثاله: ثلاثة بنين، أوصى لزيد بجذر نصيب أحدهم، ولعمرو بجذر وصية زيد، ولبكر بجذر وصية عمرو، فاجعل وصية بكر ما شئت من الأعداد، فإن جعلته اثنين، فوصية عمرو أربعة، ووصية زيد ستة عشر، ونصيب كل ابن مائتان وستة وخمسون، وجملة المال سبعمائة وتسعون.

ومنها: الوصية الجامعة بين الجذر والتكملة.

مثاله: أوصى بتكملة ثلث ماله بجذر نصيب أحدهم، تجعل ثلث المال مالاً وجذراً، وتدفع المال إلى الموصى له، يبقى جذره، تزيده على ثلثي المال، يبلغ مالين وثلاثة أجزار وذلك يعدل أنصباء البنين وهي ثلاثة أموال، فتسقط مالين بمالين، يبقى ثلاثة أجزار في معادلة مال، فالجذر ثلاثة، والمال تسعة، فثلث المال اثنا عشر، والوصية تسعة، تسقطها من المال، يبقى سبعة وعشرون للبنين، وقد أخذ الموصى له ثلث المال إلا جذر نصيب أحدهم.

فصل: في الوصايا المتعوضة لمقدر من المال من درهم ودينار وغيرهما

منها: الوصية بالنصيب وبدرهم.

مثاله: أربعة بنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهم وبدرهم، قال الأستاذ: اجعل التركة أي عدد شئت بعد أن تكون بحيث إذا عزلت منها درهماً وقسمت الباقي بين البنين والموصى له على خمسة كان النصيب الواحد مع الدرهم مثل ثلث التركة أو أقل. فإن جعلت التركة أحد عشر درهماً، فأسقط منها درهماً، يبقى عشرة، لكل واحد سهمان. وإن جعلتها ثلاثة عشر، فأسقط درهماً، واقسم الباقي بينهم، تخرج القسمة اثنان وخمسان، فتزد على الخارج الدرهم المسقط، يكون ثلاثة وخمسين للموصى له. فإن أردت زوال الكسر، فأسقط الدرهم من ثلاثة عشر، واضرب الباقي بخمسة، تبلغ ستين، لكل ابن اثنا عشر، وللموصى له مثل ذلك بزيادة درهم. واستدرك الإمام فقال: المدفوع إلى الموصى له يختلف باختلاف الأعداد المفروضة، والفتوى لا تحتمل التخيير بين القليل، فليحمل ما قاله الحساب على مثل ما سبق في

الماضي . أما إذا أطلق الوصية، فتنزّل على ما يوجد في التركة، تعزل منها درهماً، ثم تقسم الباقي بين البنين والموصى له . ثم إن انحصرت الوصية في الثلث، نفذت، وإلا، فتعتبر الإجازة . وهذا الاستدراك لا بد منه في أكثر أنواع الفصل .

ومنها : الوصية بالنصيب مع استثناء درهم . فإذا أوصى وله أربعة بنين بمثل نصيب أحدهم إلا درهماً، فإن جعلت للموصى له درهمين، فاجعل لكل ابن ثلاثة، واجعل التركة أحداً وعشرين . وإن جعلت له ثلاثة، فاجعل لكل ابن أربعة، واجعل التركة خمسة عشر .

ومنها : الوصية بجزءٍ شائعٍ وبدرهم .

فإذا أوصى وله ثلاثة بنين بسدس ماله وبدرهم، فيخرج سدس التركة ودرهم، ويقسم الباقي بين الورثة . وبطريق الجبر، تأخذ مالاً، وتسقط منه سدسه ودرهماً، يبقى خمسة أسداس مال إلا درهماً تعدل ثلاثة أنصباء، فتجبر وتقابل، فخمسة أسداس المال تعدل ثلاثة أنصباء ودرهماً، فتكمل أجزاء المال، بأن تزيد عليها مثل خمسها، وتزيد على العديل خمسة، فمال يعدل ثلاثة أنصباء وثلاثة أخماس نصيب ودرهماً وخمس درهم، فاضرب الأنصباء الثلاثة وأخماس النصيب في عدد، يبلغ الحاصل منه مزيداً عليه الدرهم والخمس عدداً صحيحاً، وذلك بأن تضربها في ثلاثة، فيحصل عشرة دراهم وأربعة أخماس درهم، إذا زدت عليها الدرهم والخمس، بلغ اثني عشر درهماً منها تصح القسمة، لصاحب السدس والدرهم ثلاثة، ولكل ابن ثلاثة .

ومنها : الوصية بجزءٍ شائعٍ مع استثناء درهم .

فإذا أوصى وله ثلاثة بنين بسدس ماله إلا درهماً، فخذ مالاً، وأسقط منه سدسه، واسترجع من السدس درهماً، يحصل معك خمسة أسداس مال ودرهم، تعدل ثلاثة أنصباء، فتكمل أجزاء المال، بأن تزيد عليها خمسها، وتزيد الخمس على كل ما في المعادلة، فمال ودرهم وخمس درهم تعدل ثلاثة أنصباء وثلاثة أخماس نصيب، فتضرب هذه الأنصباء والأخماس في عدد إذا نقص من الحاصل من الضرب درهم وخمس كان الباقي عدداً صحيحاً وهو سبعة، فإذا ضربت سبعة في ثلاثة وثلاثة أخماس، حصل خمسة وعشرون وخُمس، فإذا نقص منها درهم وخُمس، بقي أربعة وعشرون منها تصح المسألة، للموصى له سدسها، يسترجع منه درهم، يبقى أحد وعشرون للبنين .

ومنها : الوصية بالنصيب وجزءٍ وبدرهم أو دراهم، أو مع استثناء درهم أو دراهم .

مثاله: خمسة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ودرهم، ولعمرو بثلث ما بقي من ثلثه ودرهم، تأخذ ثلث مال، وتسقط منه نصيباً ودرهماً، يبقى ثلث مال إلا نصيباً ودرهماً، تسقط لعمرو من هذا الباقي ثلثه ودرهماً، يبقى تسعاً مال إلا ثلثي نصيب وإلا درهماً وثلثي درهم، تزيده على ثلثي المال، يكون ثمانية أتساع مال إلا ثلثي نصيب، وإلا درهماً وثلثي درهم تعدل خمسة أنصباء، فتجبر وتقابل، فثمانية أتساع مال تعدل خمسة أنصباء وثلثي نصيب ودرهماً وثلثي درهم، تكمل أجزاء المال، بأن تزيده عليها ثمنها، وتزيد على كل ما في المعادلة ثمنه، فمال يعدل ستة أنصباء وثلاثة أثمان نصيب ودرهماً وسبعة أثمان درهم، فطلب عدداً إذا ضرب في ستة وثلاثة أثمان يكون الحاصل منه مزيداً عليه درهم وسبعة أثمان عدداً صحيحاً، وهو ثلاثة إذا ضربتها بستة وثلاثة أثمان حصل تسعة وعشرون، إذا زيد عليه درهم وسبعة أثمان كان أحداً وعشرين، فمنه القسمة، والنصيب ثلاثة، تضرب الأنصباء في الثلاثة، تأخذ ثلث المال وهو سبعة، فتدفع منها إلى زيد أربعة بالنصيب والدرهم، يبقى ثلاثة، تدفع ثلثها ودرهماً إلى عمرو، يبقى درهم، تزيده على ثلثي المال، يكون خمسة عشر للبنين الخمسة.

مسألة: ستة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم، ولعمرو بسدس مال إلا درهماً، تأخذ مالاً، وتسقط منه نصيباً لوصية زيد، وسدسه إلا درهماً لوصية عمرو، يبقى خمسة أسداس مال ودرهم إلا نصيباً تعدل ستة أنصباء، فتجبر وتقابل، وتكمل أجزاء المال بزيادة خمسها، وتزيد على ما في المعادلة خمسة، فمال ودرهم وخمس درهم تعدل ثمانية أنصباء وخمسي نصيب، فتضرب الأنصباء الثمانية والخمسين في عدد إذا نقص مما يحصل من الضرب درهم وخمس كان الباقي عدداً صحيحاً، وهو ثلاثة، إذا ضربتها في ثمانية وخمسين، حصل خمسة وعشرون وخمس درهم، إذا نقص منه درهم وخمس، بقي أربعة وعشرون منها القسمة، والنصيب ثلاثة، فتعطي عمراً السدس إلا درهماً وهو ثلاثة، وزيداً ثلاثة، يبقى ثمانية عشر للبنين الستة.

مسألة: ابنان، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهما، ولعمرو بمثل ما تبقى من النصف وبدرهم، والتركة عشرون درهماً، تأخذ نصف التركة عشرة، وتسقط منه نصيباً لزيد، يبقى عشرة إلا نصيباً، تسقط من هذا الباقي نصفه ودرهماً لعمرو وهو ستة إلا نصف نصيب، يبقى من العشرة أربعة إلا نصف نصيب، تزيدها على نصف المال، تبلغ أربعة عشر درهماً إلا نصف نصيب تعدل نصيب الابن، تجبر وتقابل، فأربعة عشر تعدل نصيبين ونصف نصيب، تبسطها أنصافاً، فالمال ثمانية وعشرون، والنصيب خمسة، تقسم المال على النصيب، يخرج من القسمة خمسة دراهم وثلاثة

أخماس درهم، فهو النصيب، تأخذ عشرة، وتدفع إلى زيد منها خمسة دراهم وثلاثة أخماس درهم، يبقى أربعة دراهم وخمسان، تدفعها نصفها ودرهماً آخر إلى عمرو، يبقى من العشرة درهم وخمسة، تزيده على العشرة الأخرى، يكون أحد عشر وخمسةً للابنين، لكل ابن خمسة دراهم وثلاثة أخماس درهم.

فصل: في نواذر الفصول المتقدمة

مسألة: ثلاثة بنين وبنات، أوصى لزيد بمثل نصيب البنت وثلث ما أوصى به لعمرو، ولعمرو بمثل نصيب أحد البنين وربع ما أوصى به لزيد، فتجعل وصية زيد عدداً له ربع يكون أربعة دنانير، ووصية عمرو عدداً له ثلث، وليكن ثلاثة دراهم، وتعلم أنك إذا نقصت من وصية زيد ثلث وصية عمرو وهو درهم، بقي أربعة دنانير إلا درهماً، وذلك نصيب البنت، لأن جملة وصية زيد مثل نصيب البنت وثلث وصية عمرو، وإذا نقصت من وصية عمرو ربع وصية زيد وهو دينار، بقي ثلاثة دراهم إلا ديناراً وهو نصيب الابن، وإذا بان أن نصيب البنت أربعة دنانير إلا درهماً، ونصيب الابن ثلاثة دراهم إلا ديناراً، قابلت بين الجملتين، وضعت نصيب البنت ليعادل نصيب الابن، وضعفه ثمانية دنانير إلا درهماً تعدل ثلاثة دراهم إلا ديناراً، فتجبر كل واحد من الاستثناءين وتقابل، فتسعة دنانير تقابل خمسة دراهم، فالدينار خمسة أسهم، والدرهم تسعة أسهم، وكانت وصية زيد أربعة دنانير، فهي إذاً عشرون، ووصية عمرو ثلاثة دراهم، فهي إذاً سبعة وعشرون، ونصيب كل ابن اثنان وعشرون، لأنه ثلاثة دراهم وهي سبعة وعشرون إلا ديناراً، وهو خمسة، ونصيب البنت أحد عشر، لأنه أربعة دنانير، وهو عشرون إلا درهماً، وهو تسعة، فوصية زيد مثل نصيب البنت وهو أحد عشر، ومثل ثلث وصية عمرو وهو تسعة، ووصية عمرو مثل نصيب ابن وهو اثنان وعشرون، مثل ربع وصية زيد، وهو خمسة.

مسألة: ثلاثة بنين، وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ما انتقص من أحدهم بالوصية، فتقول: لو لم يكن وصية، لكان لكل ابن ثلث المال وقد انتقص منه بالوصية شيء، فثلث المال نصيب وشيء، والمال كله ثلاثة أنصباء وثلاثة أشياء، يعطى الموصى له نصيباً إلا شيئاً، يبقى نصيبان وأربعة أشياء تعدل ثلاثة أنصباء، تسقط نصيبين بنصيبين، يبقى نصيب يعدل أربعة أشياء، والتركة ثلاثة أنصباء وثلاثة أشياء، فهي إذاً خمسة عشر سهماً، والوصية نصيب إلا شيئاً، وهي ثلاثة أسهم، يبقى اثنا عشر سهماً للبنين، وقد أخذ الموصى له مثل نصيب أحدهم إلا ما انتقص بالوصية وهو سهم من خمسة عشر، لأنه لولا الوصية لكان لكل واحد منهم خمسة من خمسة عشر.

مسألة: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم إلا ربع ما تبقى من ماله بعد الوصايا كلها، ولعمرو بمثل نصيب أحدهم إلا خمس ما تبقى من ماله بعد الوصايا، ولثالث بمثل نصيب أحدهم إلا سدس ما يبقى بعد الوصايا، فتعلم أن الباقي من المال بعد الوصايا كلها ثلاثة أنصباء، فوصية زيد نصيب إلا ربع ثلاثة أنصباء وهو ثلاثة أرباع نصيب، تبقى وصيته ربع نصيب، ووصية عمرو بنصيب إلا خمس ثلاثة أنصباء وهو ثلاثة أخماس نصيب، تبقى وصيته بخمسي نصيب، ووصية الثالث بنصيب إلا سدس ثلاثة أنصباء وهو نصف نصيب، فجملة الوصايا ربع نصيب وخمسا نصيب ونصف نصيب، فهي نصيب وثلاثة أجزاء من عشرين جزءاً من نصيب، فيبقى مال إلا نصيباً وثلاثة أجزاء من عشرين جزءاً من نصيب، وذلك يعدل ثلاثة أنصباء، فتجبر وتقابل، فمال يعدل أربعة أنصباء وثلاثة أجزاء من عشرين جزءاً من نصيب، فتبسطها بأجزاء عشرين، وتقلب الاسم، فالمال ثلاثة وثمانون، والنصيب عشرون، تلقي الوصايا كلها وهي ثلاثة وعشرون، يبقى ستون للبنين، ولزيد نصيب إلا ربع ما تبقى من المال بعد الوصايا وهو خمسة عشر، فله خمسة، ولعمرو نصيب إلا خمس ما تبقى بعد الوصايا وهو اثنا عشر، فله ثمانية، وللثالث نصيب إلا سدس ما تبقى بعد الوصايا وهو عشرة، فله عشرة.

مسألة: خمسة بنين، فأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا سدس ما تبقى من ماله بعد الوصية، وإلا ثلث ما تبقى من ثلثه بعد الوصية، فتجعل الوصية شيئاً، والباقي أنصباء الورثة، فالمال شيء وثلاثة أنصباء، فتسقط الوصية، وتأخذ سدس الباقي وهو نصف نصيب، فتحفظه ثم تأخذ ثلث المال وهو نصيب وثلث شيء، فتسقط منه الوصية وهي شيء، يبقى نصف نصيب إلا ثلثي شيء، تأخذ ثلثه وهو ثلث نصيب إلا تسعي شيء وهو المستثنى من النصيب، فتضمه إلى نصف النصيب المحفوظ، يصير خمسة أسداس نصيب إلا تسعي شيء وهو المستثنى من النصيب، فتضمه إلى الوصية وهي شيء ليكمل النصيب، فيبلغ خمسة أسداس نصيب وسبعة أسباع شيء، وذلك يعدل نصيباً، تسقط خمسة أسداس نصيب بمثلها، يبقى سدس نصيب في معادلة سبعة أسباع شيء، فالنصيب الكامل يعدل أربعة أشياء وثلثي شيء، تبسطها أثلاثاً، وتقلب الاسم، فالنصيب أربعة عشر، والشيء ثلاثة، والمال كله خمسة وأربعون، لأنه ثلاثة أنصباء وشيء، تلقي الوصية من المال، يبقى اثنان وأربعون، تأخذ سدسها سبعة وتحفظها، ثم تلقي الوصية من ثلث المال أيضاً وهو خمسة عشر، يبقى اثنا عشر، تأخذ ثلثها وهو أربعة، وتضمها إلى السبعة المحفوظة، تبلغ أحد عشر، تلقيها من النصيب، يبقى ثلاثة.

مسألة: ثلاثة بنين و بنت، وأوصى لزيد بمثل نصيب البنت إلا ثلث ما أوصى به لعمرو، ولعمرو بمثل نصيب أحد البنين إلا ربع ما أوصى به لزيد، فتجعل وصية زيد عدداً له ربع، وليكن أربعة دنانير، ووصية عمرو عدداً له ثلث، وليكن ثلاثة دراهم. فإذا أخذت ثلث وصية عمرو، وضممته إلى وصية زيد، صار أربعة دنانير ودرهماً، وذلك مثل نصيب البنت، فنصيب كل ابن ضعفه وهو ثمانية دنانير ودرهمان. وإذا أسقطت من ذلك ربع وصية زيد وهو دينار، بقي سبعة دنانير ودرهمان وهي وصية عمرو، وتقابل بها الدراهم التي جعلناها وصية أولاً، فتسقط درهمين بمثلها، يبقى سبعة دنانير في مقابلة درهم واحد، فالدينار واحد، والدرهم سبعة، كانت وصية زيد أربعة دنانير، فهي إذاً أربعة، وكانت وصية عمرو ثلاثة دراهم، فهي إذاً أحد وعشرون، ونصيب البنت أربعة دنانير ودرهم، فهو أحد عشر، ونصيب كل ابن اثنان وعشرون، فما أخذه زيد مثل نصيب البنت إلا ثلث وصية عمرو، وما أخذه عمرو مثل نصيب ابن إلا ربع وصية زيد.

مسألة: ابن و بنت، وأوصى بوصية إذا زدت عليها أربعة دراهم كانت مثل نصيب البنت. وإذا زدت عليها تسعة كانت مثل نصيب الابن، فاجعل نصيب البنت شيئاً وأربعة دراهم، ونصيب الابن شيئاً وتسعة دراهم، ثم تضعف نصيب البنت يصير شيئين وثمانية دراهم، وذلك يعدل نصيب الابن، فتسقط شيئاً بشيء، وثمانية دراهم بثمانية، يبقى شيء يعدل درهماً وهو الوصية. فإذا زدت درهماً على أربعة، صارت خمسة وهي نصيب البنت، وإذا زدت درهماً على تسعة، صارت عشرة وهي نصيب الابن، وجملة التركة ستة عشر.

مسألة: ابنان و بنت، وأوصى لكل واحد من زيد وعمرو بوصية إذا زدت على وصية زيد أربعة دراهم كانت مثل نصيب البنت، وإذا زدت على وصية عمرو تسعة دراهم كانت مثل نصيب ابن، والوصيتان معاً عشرون، كم كانت التركة؟ وكم كانت الأنصباء وكل وصية؟ فاجعل نصيب البنت شيئاً، يكون نصيب الابن شيئين، وتكون وصية زيد شيئاً إلا أربعة دراهم، ووصية عمرو شيئين إلا تسعة، فالوصيتان ثلاثة أشياء إلا ثلاثة عشر درهماً، وذلك يعدل عشرين درهماً، فتجبر وتقابل، فثلاثة أشياء تعدل ثلاثة وثلاثين، فيكون الشيء أحد عشر، فهو نصيب البنت، ونصيب كل ابن اثنان وعشرون. فإذا نقصت من أحد عشر أربعة، بقي سبعة، فهي وصية زيد، وإذا نقصت من اثنين وعشرين تسعة، بقي ثلاثة عشر، فهي وصية عمرو، فالوصيتان معاً عشرون، والتركة خمسة وسبعون.

مسألة: ثلاثة بنين، وأوصى لزيد وعمرو وبكر بوصايا هي مثل نصيب ابن،

ووصية زيد وعمرو معاً أكثر من وصية بكر بثلاثة دراهم، ووصية عمرو وبكر معاً أكثر من وصية زيد بسبعة دراهم، ووصية زيد وبكر معاً أكثر من وصية عمرو باثني عشر درهماً، كم التركة؟ وكم كل وصية؟ فاجعل نصيب كل ابن شيئاً، تكون الوصايا كلها شيئاً، تسقط منه فضل وصية زيد وعمرو على وصية بكر وهو ثلاثة دراهم، يبقى شيء إلا ثلاثة دراهم، تأخذ نصفه وهو نصف شيء إلا درهماً ونصفاً، فهو وصية بكر، ثم تسقط منه فضل وصية عمرو وبكر على وصية زيد وهو سبعة، يبقى شيء إلا سبعة دراهم، تأخذ نصفه وهو نصف شيء إلا ثلاثة دراهم ونصف درهم، فهو وصية زيد، ثم تسقط منه فضل وصية زيد وبكر على وصية عمرو وهو اثني عشر، يبقى شيء إلا اثني عشر، تأخذ نصفه وهو نصف شيء إلا ستة، فهي وصية عمرو، وجميعها عند الضم شيء ونصف شيء إلا أحد عشر درهماً، وذلك يعدل شيئاً، فتجبر وتقابل، فشيء ونصف شيء يعدل شيئاً وأحد عشر، تسقط الشيء بالشيء، فالنصف يعدل أحد عشر، والشيء الكامل يعدل اثنين وعشرين، فعرفت أن نصيب كل ابن اثنان وعشرون، وكذلك جميع الوصايا. فإذا أردت معرفة كل وصية، فأسقط من مبلغ الجميع فضل وصيتي زيد وعمرو على وصية بكر وهو ثلاثة، تبقى تسعة عشر، تأخذ نصفها وهو تسعة ونصف، فهي وصية بكر، ثم أسقط منه فضل وصيتي عمرو وبكر على وصية زيد وهو سبعة، يبقى خمسة عشر، تأخذ نصفها وهو سبعة ونصف، فهي وصية زيد، ثم أسقط منه فضل وصيتي زيد وبكر على وصية عمرو وهو اثنا عشر، يبقى عشرة، تأخذ نصفها خمسة، فهي وصية عمرو، وجمعتها اثنان وعشرون.

ولما كانت الوصايا في هذه الصورة ثلاثاً، وكانت كل اثنتين منها تفضل الثالثة بعدد، كانت كل مفضولة نصف الباقي من جملة الوصايا بعد إسقاط الفضل. ولو كانت الوصايا أربعاً، وكل ثلاث تفضل الرابعة بعدد، كانت المفضولة ثلث الباقي من جملة الوصايا بعد إسقاط الفضل. ولو كانت خمساً، وكل أربع منها تفضل الخامسة بعدد، كانت المفضولة ربع الباقي من جملة الوصايا بعد إسقاط الفضل، وعلى هذا القياس.

مسألة: ابنان، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهما، ولعمرو بثلث ما تبقى من النصف وبدرهم، وترك ثلاثين درهماً، فتجعل الوصيتين شيئاً، وتلقيه من التركة، يبقى ثلاثون درهماً إلا شيئاً، لكل ابن خمسة عشر إلا نصف شيء، فهو النصيب، ثم تأخذ نصف المال وهو خمسة عشر، فتسقط منه نصيباً وهو خمسة عشر إلا نصف شيء، يبقى نصف شيء، تأخذ لعمرو ثلاثة وهو سدس شيء، وتضم إليه درهماً، فالوصيتان معاً ستة عشر إلا ثلث شيء، وذلك يعدل شيئاً، فتجبر وتقابل، فستة عشر درهماً

تعدل شيئاً وثلاث شيء، فالشيء يعدل اثني عشر درهماً، وهي تعدل جملة الوصيتين، يبقى ثمانية عشر للابنين، تأخذ نصف المال وهو خمسة عشر درهماً، تسقط منه نصيباً وهو تسعة، تدفعه إلى زيد، يبقى ستة، تأخذ ثلثها ودرهماً لعمرو، يبقى ثلاثة، تزيدها على النصف الآخر، تصير ثمانية عشر، لكل ابن تسعة.

الطرف الرابع: في المسائل الدورية من سائر التصرفات الشرعية. ولنوردها على ترتيب أبوابها في الفقه.

فمنها: البيع، وقد ذكرنا في «تفريق الصفقة» مسائل منه، منها: باع مريض قفيزاً جيداً قيمته عشرون بقفيز قيمته عشرة، وذكرنا أن هذا البيع باطل في قول، فتبطل المحاباة التي في ضمنه. وفي قول: يصح البيع في بعض القفيز ببعض القفيز، واستخرجنا بالجبران ذلك البعض هو الثلثان. ولو باع كُراً قيمته خمسون، بكرٍ قيمته ثلاثون وله سواه عشرة دراهم، صح البيع في جميع الكُرِّ، لأنه رجع إليه ثلاثون، وعنده عشرة، فيبقى لورثته أربعون، ولم يحاب إلا بعشرين. ولو كانت قيمة كُرِّ المريض خمسين، والذي يقابله خمسة عشر، وله عشرة، فتقول: صح البيع في شيء من الكُرِّ الجيد، وقابله من الثمن ثلاثة أعشار ذلك الشيء، فبقيت المحاباة وسبعة أعشار شيء، ومع الورثة عشرة دراهم وهي عُشرا كُرِّ، فيجتمع معهم كُرٌّ وعُشرا كُرِّ إلا سبعة أعشار شيء، وذلك يعدل ضعف المحاباة وهو شيء وأربعة أعشار شيء، لأن المحاباة سبعة أعشار شيء، فتجبر وتقابل، فكرَّ وعُشرا كُرِّ تعدل شيئين وعشر شيء، تبسطها أعشاراً، فيكون الكر أحد عشر، والشيء اثني عشر، فيصح البيع في اثني عشر جزءاً من أحد وعشرين جزءاً من الكر، وذلك أربعة أسباعه بأربعة أسباع الكر الرديء، وهي بالقيمة ثلاثة أعشار المبيع من الجيد، فتجعل الكر عدداً له سُبُع وعُشر، وأقله سبعون، فيصح البيع في أربعة أسباعه وهي أربعون بثلاثة أعشار الأربعين وهي اثنا عشر، فبقيت المحاباة بثمانية وعشرين، ومع الورثة مما بطل البيع فيه ثلاثون وعُشرا كُرٌّ وهما أربعة عشر بأجزاء السبعين، فيجتمع معهم ستة وخمسون ضعف المحاباة، وبطريق النسبة والتقدير نقول: ثلثا الكُرِّ والعشرة المتروكة عشرون، والمحاباة بخمسة وثلاثين، والعشرون أربعة أسباع الخمسة والثلاثين، فيصح البيع في أربعة أسباع الكر.

مسألة: باع كُراً قيمته مئة بكرٍ قيمته خمسون، وعليه عشرة دراهم ديناً، فيحط العشرة من ماله، ويقدر كأنه لا يملك إلا تسعين، وثلثها ثلاثون، والمحاباة بخمسين، والثلاثون ثلاثة أخماس الخمسين، فيصح البيع في ثلاثة أخماس الجيد بثلاثة أخماس الرديء، فيخرج من ملكه ستون، ويعود إليه ثلاثون، ويبقى مما بطل فيه ثلاثون، وذلك ضعف المحاباة.

فرع: إذا كان على المريض دين وله مال سوى ما باع، فقابل الدين بالتركة، فإن تساويا، فكأنه لا دين ولا تركة، وإن زاد أحدهما، اعتبرنا الزائد على ما ذكرناه.

فرع: هذا المذكور هو في بيع الجنس بجنسه الربوي. فلو باع كُرَّ حنطة قيمته عشرون، بكرَّ شعير قيمته عشرة، فإن قلنا: يصح البيع في بعض بقسطه من الثمن، فهو كبيع الحنطة الجيدة بالردئية، فيصح البيع في ثلثي الحنطة بثلثي الشعير. وإن قلنا: يصح فيما يحتمله الثلث، وفيما يوازي الثمن بجميع الثمن، صح البيع في خمسة أسداس الحنطة بجميع الشعير، لأنه يصح في قدر الثلث، وفيما يوازي الشعير بالقيمة وهو النصف، ولا بأس بالمفاضلة في الكيل.

فصل: في بيع المريض بالمحاباة مع حدوث زيادة أو نقص

أما الزيادة، فالاعتبار في القدر الذي يصح فيه البيع، بيوم البيع، وزيادة المشتري غير محسوبة عليه. والاعتبار في القدر الذي يبطل فيه البيع ويبقى للورثة، بيوم الموت، ولا فرق بين أن تكون الزيادة بمجرد ارتفاع السوق أو بصفة تزيد في القيمة. فإذا باع عبداً قيمته عشرون بعشرة، ثم بلغت قيمته أربعين، وصحنا البيع في بعضه على ما بيناه في «تفريق الصفقة»، فإن صححناه في بعضه بكل الثمن، فللمشتري بالعشرة نصف العبد وهي قيمته يوم الشراء، يبقى نصف العبد وقيمه يوم الموت عشرون، يضمه إلى الثمن، يبلغ ثلاثين، فله من ذلك شيء بالمحاباة، وشيء يتبع المحاباة بسبب زيادة القيمة غير محسوب عليه، يبقى ثلاثون درهماً إلا شيئاً تعدل ضعف المحاباة وهو شيئان، فتجبر وتقابل، فثلاثون درهماً تعدل أربعة أشياء، فالشيء ربع الثلاثين وهو سبعة دراهم ونصف، وهذا ما يجوز التبرع فيه وهو ثلاثة أثمان العبد يوم البيع، فيضم إلى النصف الذي ملكه المشتري بالثمن، فيحصل له بالثمن والتبرع سبعة أثمان العبد، يبقى للورثة ثمنه وهو خمسة يوم الموت، والثمن وهو عشرة، وهما ضعف المحاباة.

وإن صححنا البيع في بعضه بقسطه من الثمن، فنقول: يصح البيع في شيء من العبد بنصف شيء من الثمن، فتكون المحاباة بنصف شيء، ويبطل البيع في عبد إلا شيء، وقيمه عند الموت أربعون درهماً إلا شيئاً. وإنما استثنى شيئاً، لأن الاستثناء يزيد بحسب زيادة المستثنى منه، فيضم إليه الثمن وهو نصف شيء، يبقى أربعون إلا شيئاً ونصف شيء، وذلك يعدل ضعف المحاباة وهو شيء، فتجبر وتقابل، أربعون تعدل شيئاً ونصف شيء، فالشيء خمسا الأربعين، وهما ستة عشر، وهي أربعة أخماس العبد يوم البيع، فللمشتري أربعة أخماس العبد بأربعة أخماس

الثلث وهي ثمانية، فتكون المحاباة بثمانية، وللورثة أربعة أخماس الثلث وهي ثمانية، وخمس العبد وقيمته يوم الموت ثمانية، فالمبلغ ستة عشر ضعف المحاباة، ولا اعتبار بالزيادة الحادثة بعد موت المريض، بل وجودها كعدمها.

وأما النقص، فإما أن يحدث في يد المشتري، وإما في يد البائع المريض. القسم الأول: إذا حدث النقص في يد المشتري، فإما أن يحدث قبل موت البائع، وإما بعده.

فالحالة الأولى: مثالها: أن يبيع عبداً قيمته عشرون بعشرة، ثم تعود قيمته إلى عشرة، ثم يموت البائع، فإن صححنا البيع في بعض العبد بجميع الثلث، قلنا: ملك المشتري نصف العبد بالعشرة، ونضم نصفه الآخر يوم الموت وهو خمسة إلى الثلث، يبلغ خمسة عشر، للمشتري شيء من ذلك المحاباة، وذلك الشيء محسوب عليه بشيئين، لأن النقص بالقسط محسوب على المتبرع عليه، فيبقى للورثة خمسة عشر إلا شيئاً يعدل ضعف المحسوب عليه من المحاباة وهو أربعة أشياء، فتجبر وتقابل، فخمسة عشر تعدل خمسة أشياء، فالشيء ثلاثة، وهي ثلاثة أعشار العبد يوم الموت. وإذا انضم إليها النصف الذي ملكه بالثلث وهو خمسة يوم الموت، كان المبلغ ثمانية وهي أربعة أخماس العبد يوم الموت، فيصح البيع في أربعة أخماس العبد وهو ستة عشر بجميع الثلث وهو عشرة، يبقى التبرع بستة، وللورثة خمس العبد وهو درهمان، والثلث وهو عشرة، فالجملة اثنا عشر ضعف المحاباة.

وإن صححنا البيع في بعضه بالقسط، قلنا: يصح البيع في شيء من العبد بنصف شيء من الثلث، ويبطل في عبد ناقص بشيء، وقيمته يوم الموت عشرة إلا نصف شيء، فتضم الحاصل من الثلث وهو نصف شيء إليه، فيكون عشرة دراهم بلا استثناء، وهي تعدل ضعف المحاباة، وهي شيء، فالشيء عشرة دراهم، وهي نصف العبد يوم البيع، فيصح البيع في نصفه وهو عشرة بنصف الثلث وهو خمسة، فالمحاباة بخمسة دراهم، وللورثة نصف العبد يوم الموت وهو خمسة، ونصف الثلث وهو خمسة، وجملتها ضعف المحاباة. وفقه هذه الحالة: أن ما صح فيه البيع، فحوصته من النقص محسوبة على المشتري، لأنه مضمون عليه بالقبض. وما بطل فيه البيع، فحوصته من النقص غير مضمونة على المشتري، لأنه أمانة في يده، لأنه لم يتعدّ بإثبات اليد عليه، ولا قبضه لمنفعة نفسه. واستدرك إمام الحرمين فقال: إن كان النقص بانخفاض السوق، فهذا صحيح، لأن نقص السوق لا يضمن باليد مع بقاء العين. فإن كان النقص في نفس العبد، فيحتمل أن يقال: إنه مضمون على المشتري، لأنه مقبوض على حكم البيع. حتى لو برأ المريض، كان البيع لازماً في الجميع.

فعلى هذا، يصير المشتري غارماً لقدر من النقصان مع الثمن، ويختلف القدر الخارج بالحساب.

الحالة الثانية: أن يحدث النقص بعد موت البائع، فظاهر ما ذكره الأستاذ أبو منصور، أنه كما لم يحدث قبل الموت، حتى يكون القدر المبيع هنا كالقدر المبيع فيما إذا حدث قبل موته. قال الإمام: وهذا خطأ إن أراد هذا الظاهر، لأن النظر في التركة وحساب الثلث والثلثين إلى حالة الموت، ولا معنى لاعتبار النقص بعده، كما لا تعتبر الزيادة.

القسم الثاني: إذا حدث النقص في يد البائع، بأن باع مريض عبداً يساوي عشرين بعشرة، ولم يسلمه حتى عادت قيمته إلى عشرة، ذكر الأستاذ: أنه يصح البيع في جميعه، لأن التبرع إنما يتم بالتسليم، وقد بان قبل التسليم أنه لا تبرع. قال: وكذا لو عادت قيمته إلى خمسة عشر، لأن التبرع يكون بخمسة، والثلث وافٍ بها. واعترض الإمام بأن التبرع الواقع في ضمن البيع لا يتوقف نفوذه وانتقال الملك فيه على التسليم، فوجب أن ينظر إلى وقت انتقال الملك، وأن لا يفرق بين النقص قبل القبض وبعده، وهذه الاعتراضات بيّنة.

فرع: الحادث في يد المشتري، إن كان بانخفاض السوق، لم يدفع خيار المشتري بتبعض الصفقة عليه. وإن كان لمعنى في نفس المبيع، فقد شبهه بالعيب الحادث مع الاطلاع على العيب القديم.

فصل: محاباة المشتري تعتبر من الثلث كمحابة البائع. فإذا اشترى مريض عبداً قيمته عشرة بعشرين لا يملك غيرها، فثلث ماله ستة وثلثان، والمحابة عشرة، والستة والثلثان ثلثا العشرة، فيصح الشراء في ثلثي العبد وهو ستة وثلثان بثلثي الثمن وهو ثلاثة عشر وثلث، يبقى مع الورثة ثلث الثمن وهو ستة وثلثان، وثلثا العبد وهو ستة وثلثان، وذلك ضعف المحابة. هذا إن أجاز البائع البيع، وله أن يفسخ ويسترد العبد لتبعض الصفقة عليه. ولو اشترى عبداً قيمته عشرة بعشرين، فزادت قيمة العبد في يده، أو في يد البائع، فصارت خمسة عشر، فقد زادت خمسة في تركته. فإن قلنا: يصح الشراء في بعض ما حابى فيه بجميع ما يقابله، فتضم الخمسة الزائدة إلى الثمن، فيصير جميع التركة خمسة وعشرين، وثلثها ثمانية وثلث، فيقال للبائع: ثلث ماله ثمانية وثلث، وقد حاباك بعشرة، فإذا أن تفسخ البيع وتسترد العبد، وإما أن ترد ما زاد على الثلث وهو درهم وثلثان. فإن ردّ، فمع الورثة العبد، وقيمته يوم الموت خمسة عشر، ومعهم درهم وثلثان، والجملة ضعف المحابة. وإن قلنا: يصح الشراء في بعضه ببعض ما يقابله، قلنا: يصح الشراء في شيء من العبد بشيئين من الثمن،

فتكون المحاباة بشيء، يبقى عشرون درهماً إلا شيئين، تضم إليها المشتري من العبد وكان شيئاً، فصار شيئان ونصف شيء، تبلغ عشرين إلا نصف شيء، وذلك يعدل ضعف المحاباة وهو شيئان، فتجبر وتقابل، فالعشرون تعدل شيئين ونصف شيء، فالشيء ثمانية وهي خمس العشرين وأربعة أخماس العبد، فيصح البيع في أربعة أخماس العبد وهي ثمانية بأربعة أخماس وهي ستة عشر، فتكون محاباة المشتري بثمانية، يبقى للورثة خمس الثمن وهي أربعة، وأربعة أخماس العبد وهي اثنا عشر يوم الموت، فالجملة ستة عشر ضعف المحاباة. ولو اشترى كما ذكرنا، ثم نقص العبد في يد المريض فعادت قيمته إلى خمسة، فإن قلنا بالأول من القولين، فقد كانت تركته عشرين، وصارت بالآخرة خمسة عشر، وثلاثها خمسة، فيقال للبائع: إما أن تردّ على الورثة خمسة ليكون معهم العبد وهو خمسة والدراهم الخمسة فيكون لهم ضعف الخمسة، وإما أن تفسخ البيع وتردّ الثمن بتمامه وتسترد العبد ناقصاً ولا ضمان. وإن قلنا بالتقسيط، فقال الأستاذ أبو منصور: يضمن المشتري قسط ما بطل فيه البيع من النقصان، وينقص ذلك من التركة كدين يلزم قضاؤه. قال الإمام: هذا رجوع إلى ما قدمناه أن المأخوذ على أنه مبيع يكون مضموناً عليه، ومناقض لما ذكر الأستاذ أن ما لا يصح فيه البيع أمانة في يد المشتري، ثم حسابه أن يقال: صح الشراء في شيء من العبد بشيئين من الثمن، وبطل في عبد ناقص بشيء قيمته بالتراجع خمسة دراهم إلا نصف شيء، فينقص القدر الذي نقص من التركة، يبقى خمسة عشر درهماً إلا شيئاً ونصف شيء، تضم إليه الشيء المشتري من العبد وقد رجع إلى نصف، فيكون الحاصل خمسة عشر درهماً إلا شيئاً تعدل ضعف المحاباة وهو شيئان، فتجبر وتقابل، فخمسة عشر تعدل ثلاثة أشياء، فالشيء ثلث الخمسة عشر وهو نصف العبد، فيصح الشراء في نصف العبد بنصف الثمن، فتكون المحاباة بخمسة، يبقى للورثة نصف الثمن وهو عشرة، ونصف العبد وهو اثنان ونصف، تسقط من المبلغ قسط ما بطل العقد فيه من النقصان وهو اثنان ونصف، يبقى في أيديهم عشرة ضعف المحاباة.

فرع: اشترى مريض عبداً يساوي عشرة بعشرين، وله ثلاثون درهماً، وقبض العبد وأعتقه، فالمحاباة بعشرة وهي ثلث ماله، قال ابن الحداد: إن كان ذلك قبل توفية الثمن على البائع، نفذ العتق وبطلت المحاباة، والبائع يأخذ قدر قيمة العبد بلا زيادة، لأن المحاباة في الشراء كالهبة، فإذا لم تكن مقبوضة حتى جاء ما هو أقوى منها وهو العتق، أبطلها. وإن كان بعد توفية الثمن، بطل العتق، لأن المحاباة المقبوضة استغرقت الثلث. قال الشيخ أبو علي: قد أكثر ابن الحداد التبجح بهذه

المسألة، وهو غالظ فيها عند الأصحاب كلهم، وقالوا: لا فرق في المحاباة بين أن تكون مقبوضة أو لا تكون، لأنها متعلقها بالمعاوضة، والمعاوضات تلزم بنفس العقد، ولهذا يتمكن الواهب من إبطال الهبة قبل القبض، ولا يتمكن من إبطال المحاباة، والحكم في الحالتين تصحيح المحاباة المتقدمة وإبطال العتق المتأخر. قال: وأما قوله: يأخذ البائع قيمة العبد بلا زيادة، فهذا لا يجوز أن يلزم ويكلف به، لأنه لم يزل ملكه إلا بعشرين، لكن يخير بين ما ذكره وبين أن يفسخ البيع ويبطل العتق.

فرع: باع مريض قفيز حنطة قيمته خمسة عشر لأخيه يقفيز قيمته خمسة، فمات أخوه قبله، وخلف بنتاً وأخاه البائع، ثم مات البائع ولا مال لهما سوى القفيزين، صح البيع في شيء من القفيز الجيد، ويرجع بالعوض ثلث شيء، يبقى معه قفيز إلا ثلثي شيء، فالمحابة بثلثي شيء، ويحصل مع المشتري شيء من القفيز الجيد، والباقي من قفيزه وهو قيمة القفيز الجيد ثلث قفيز إلا ثلث شيء، فهما معاً ثلث قفيز وثلثا شيء، يرجع نصفه بالإرث إلى البائع وهو سدس قفيز وثلث شيء، فتزيده على ما كان للبائع، فالمبلغ قفيز وسدس قفيز إلا ثلث شيء، وهذا يعدل ضعف المحاباة، وهو شيء وثلث شيء، فتجبر وتقابل، فقفيز وسدس قفيز تعدل شيئاً وثلثا شيء، فتبسطهما أسداساً، وتقلب الاسم، فالقفيز عشرة، والشيء سبعة، فيصح البيع في سبعة أعشار الجيد، وهي عشرة ونصف، بسبعة أعشار الرديء، وهو ثلاثة ونصف، فتكون المحاباة بسبعة، يبقى مع البائع من قفيزه أربعة ونصف، وقد أخذ بالعوض ثلاثة دراهم ونصفاً، فالمجموع ثمانية، وللمشتري من قفيزه درهم ونصف، ومن القفيز الجيد عشرة ونصف، تكون اثني عشر درهماً، يرجع نصفه إلى البائع وهو ستة، يبلغ ما عنده أربعة عشر وهو ضعف المحاباة. ولو كان القفيز الرديء نصف قيمة الجيد، والجيد يساوي عشرين، صح البيع في الجميع، لأنه تكون المحاباة بعشرة، فيبقى عنده عشرة، ويرجع إليه بالإرث عشرة.

فرع: باع مريض عبداً يساوي عشرين بعشرة، فاكسب العبد عشرين في يد البائع أو في يد المشتري، ثم مات المريض، فإن ترك عشرة سوى ثمن العبد، نفذ البيع في جميع العبد، وكان الكسب للمشتري، وإن لم يملك شيئاً آخر، بطل البيع في بعض العبد، لأن المحاباة لم تخرج من الثلث. ثم حكى الإمام عن الأستاذ، أن جميع الكسب للمشتري، لأنه حصل في ملكه ثم عرض الفسخ والرد كاطلاع المشتري على عيب قديم، فإنه يرد ويبقى له الكسب، قال: وهذا زللٌ عظيم، بل الوجه القطع بأن الكسب يتبع بعض بتبع بعض العبد كما في العتق، وليس هذا فسخاً ورداً

للبيع في بعض العبد، بل يتبين صحة البيع وحصول الملك للمشتري في بعض العبد دون بعضه، وهذا حق، لكن الأستاذ لم يقل هذا عن نفسه حتى يشنع عليه، وإنما نقله عن ابن سريج وأكثر الأصحاب، ثم حكى عن بعضهم أن الكسب كالزيادة الحادثة في قيمته. وعلى هذا، فحكمه التبعض كالزيادة. ولو اشترى المريض عبداً قيمته عشرة بعشرين فاكسب، فالكسب كالزيادة في القيمة، لكن التركة تزداد به، وحكم الزيادة ما سبق.

فرع: اشترى مريض عبداً بعشرة، وترك سواه بعشرين، وأوصى لزيد بعشرة، ثم وجد بالعبد عيباً ينقصه خمسة، فاختار إمساكه، جاز، وكأنه حابه بخمسة، والمحابة مقدمة على الوصية، وللموصى له باقي الثلث وهو خمسة. وإن وجد الورثة العبد معيباً وأمسكوه، فلزيد العشرة، وما نقص بالعيب كأنهم أتلّفوه، لأنهم لو شأؤوا لفسخوا أو استردوا الثمن. ولو اشترى عبداً بثلاثين فأعتقه، وخلف ستين درهماً، ثم وجد الورثة به عيباً ينقصه خمسة دراهم، رجعوا على البائع بالأرّش. ولو وهبه وأقبضه، لم يرجعوا به، لأنه ربما عاد إليهم فيردونه. هذا جواب الأستاذ، وفيه وجه مشروح في موضعه. ولو لم يخلف غير العبد وكان قد أعتقه، عتق منه خمسه وهو عشرة دراهم، ويرجع الورثة بالأرّش وهو خمسة على البائع، ولهم مع ذلك ثلاثة أخماس العبد وهي خمسة عشرة، فيكون عشرين ضعف المحابة. قال الأستاذ: وللبائع أن يأخذ ثلاثة أخماس العبد، ويردّ ثلاثة أخماس الثمن، ويغرم أرّش خمسيه وهو درهمان. ولو كان قد وهبه وأقبضه بدل الإعتاق، فالخمس الناقصة تحسب من الثلث، لأن المريض هو الذي فوت الرجوع بالأرّش بما أنشأ من الهبة، وللموهوب له خُمسه وهو خمسة، وللورثة أربعة أخماسه وهي عشرون.

فرع: ترك عبداً قيمته ثلاثون، وأوصى ببيعه لزيد بعشرة، فثلث ماله عشرة، وأوصى بالمحابة بعشرين، فإن لم تجز الورثة، بيع منه على قول ثلثا العبد بجميع العشرة لتحصل له المحابة بقدر الثلث، وللورثة ضعفه. وعلى قول التقسيط، يباع منه نصف العبد بنصف الثمن. ولو أوصى مع ذلك بثلث ماله لعمره، فالثلث بينهما على ثلاثة، لزيد سهران، ولعمره سهم.

فصل: ومن التصرفات الدورية السّلم. فإذا أسلم المريض عشرة في قدر من الحنطة مؤجلاً يساوي عشرة، ومات قبل حلول الأجل، فللوارث الخيار. فإن أجاز، فالسّلم بحاله. وإن قالوا: لا نرضى بالأجل في محل حقنا وهو الثلثان، فلهم ذلك كما ذكرنا في «بيع الأعيان بثمان مؤجل»، وحينئذٍ فالسّلم إليه بالخيار، إن شاء فسخ السّلم وردّ رأس المال بتمامه، وإن شاء ردّ ثلثي رأس المال وفسخ العقد في الثلثين

وبقي الثلث عليه مؤجلاً، وإن شاء عجل ثلثي ما عليه ويبقى الثلث عليه مؤجلاً، وأيهما اختار سقط حق الورثة من الفسخ. ولو أسلم عشرة في قدر يساوي ثلاثين، فللورثة الخيار أيضاً مع الغبطة بسبب الأجل، وللمسلم إليه الخيار كما ذكرنا، ويكفيه أن يجعل مما عليه ثلثي العشرة وذلك تسعاً ما عليه من الحنطة، ويكون الباقي عليه إلى انقضاء الأجل. ولو أسلم الثلاثين في قدر يساوي عشرة، فللورثة الاعتراض هنا بسبب الأجل وبسبب التبرع.

فإذا لم يجيزوا، فالمسلم إليه بالخيار، إن شاء فسخ السلم ورد رأس المال، وإن شاء فسخه في الثلاثين ورد ثلثي رأس المال، ويكون الباقي عليه إلى أجله، فإن شاء عجل ما عليه مع ما زاد من المحاباة على الثلث، ولا يكفيه تعجيل ما عليه هنا، لأنه لا يحصل للورثة ثلثا المال، ولو عجل نصف ما عليه مع نصف رأس المال وفسخ السلم في النصف، كفى. ولو أسلم مريض إلى رجلين ثلاثين درهماً في قفيز من الحنطة قيمته عشرة إلى أجل، ولم يجز الورثة، واختار المسلم إليهما إمضاء السلم فيما يجوز فيه السلم، فإن قلنا: يصح العقد في بعض ما حابى فيه بقسطه، صح لهما السلم في نصف المسلم فيه، وقيمته خمسة دراهم، بنصف رأس المال وهو خمسة عشر، فتكون المحاباة بعشرة، وللورثة نصف المسلم فيه وهو خمسة، ونصف رأس المال وهو خمسة عشر، وذلك ضعف المحاباة. وإن قلنا: يصح العقد في بعض ما حابى به بجميع الثمن، فإذا أمضيا العقد، صح السلم في جميع القفيز بثلثي رأس المال، فيؤديان القفيز ويردّان عشرة دراهم.

فصل: ومنها الضمان، والإقرار، والشفعة. وقد ذكرنا مثال الدور فيها في أبوابها.

ومن صوره في الإقرار، قال زيد لعمر: عليّ عشرة إلا نصف ما على بكر، وقال بكر لعمر: عليّ عشرة إلا نصف ما على زيد، فعلى كل واحد من زيد وبكر عشرة إلا شيئاً، تأخذ نصف ما على أحدهما وهو خمسة إلا نصف شيء، وذلك يعدل الشيء الناقص من العشرة، فخمسة إلا نصف شيء تعدل شيئاً، فتجبر وتقابل، فخمسة تعدل شيئاً ونصفاً، فالشيء ثلثا الخمسة وهو ثلاثة وثلث، فهي الشيء، تسقطها من العشرة، يبقى ستة وثلثان، فهي الواجب على كل واحد منهما. ولو قال: كل واحد منهما عشرة إلا ربع ما على الآخر، قلنا: على كل واحد عشرة إلا شيئاً، تأخذ ربع ما على أحدهما وهو درهمان ونصف إلا ربع شيء، وذلك يعدل الشيء الناقص، فتجبر وتقابل، فيقع درهمان ونصف في معادلة شيء وربع شيء، فالشيء درهمان تسقطهما من العشرة، يبقى ثمانية، فهي الواجب على كل واحد منهما. ولو

قال: كل واحد عشرة ونصف ما على الآخر، قلنا: على كل واحد عشرة وشيء، تأخذ نصف ما على أحدهما وهو خمسة ونصف شيء، وذلك يعدل الشيء الزائد على العشرة، فتسقط نصف شيء بنصف شيء، يبقى نصف شيء في معادلة خمسة دراهم، فالشيء عشرة دراهم، فعلى كل واحد عشرون. ولو قال: كل واحد عشرة وثلاث ما على الآخر، فيزداد على العشرة نصفها، تبلغ خمسة عشر، فهي الواجب على كل منهما. ولو قال: وربع ما على الآخر، فيزداد على العشرة ثلثها، فعلى كل واحد ثلاثة عشر وثلاث، وعلى هذا التنزيل.

فصل: ومنها الهبة، فإذا وهب مريض عبداً، ثم رجع العبد أو بعضه إلى الواهب بهبة أو غيرها، دارت المسألة، لأن التركة تزيد بقدر الراجع. وإذا زادت، زاد الثلث. وإذا زاد الثلث، زاد الراجع فزادت التركة، فإذا وهب مريض لزيد عبداً، وأقبضه، ثم وهبه زيد للأول وهو مريض أيضاً، وماتا ولا مال لهما سوى العبد، فبالجبر نقول: صحت هبة الأول في شيء من العبد، فبقي عبد إلا شيئاً، وصحت هبة زيد في ثلث ذلك الشيء، فيرجع إلى الأول ثلث شيء، فيكون معه عبد إلا ثلثي شيء، وذلك يعدل ضعف ما صحت هبته فيه وهو شيئان، فبعد الجبر: عبد يعدل شيئين وثلثي شيء، تبسطها أثلاثاً، وتقلب الاسم، فالعبد ثمانية، والشيء ثلاثة، فتصح هبة الأول في ثلاثة أثمان العبد، وتبطل في الباقي، وتصح هبة زيد في ثمن من الأثمان الثلاثة، فيبقى مع ورثة زيد ثمانان وهما ضعف هبته، ومع ورثة الأول ستة أثمان العبد وذلك ضعف هبته.

وبطريق السهام، تطلب عدداً له ثلث، وثلثه ثلث بسبب الهبتين، وأقله تسعة، فتصح هبة الأول في ثلاثة، ويرجع من الثلاثة سهم وهو سهم الدور، تسقطه من التسعة، يبقى ثمانية، تصح الهبة في ثلاثة منها كما سبق. ولو وهب زيد لمريض ثالث وأقبضه، ثم وهب الثالث الأول، صحت هبة الأول في شيء من العبد، وهبة زيد في ثلث ذلك الشيء، وهبة الثالث في ثلث ثلثه وهو تسع، فيرجع إليه تسع ذلك الشيء، يبقى معه عبد إلا ثمانية أتساع شيء تعدل شيئين، فبعد الجبر: عبد يعدل شيئين وثمانية أتساع شيء، فتبسطها أتساعاً، وتقلب الاسم، فالعبد ستة وعشرون، والشيء تسعة، فتصح هبة الأول في تسعة أجزاء من ستة وعشرين جزءاً من العبد، وهبة زيد في ثلاثة منها، يبقى مع ورثته ستة هي ضعف هبته، وهبة الثالث في واحد، يبقى مع ورثته سهمان، وينضم جزء إلى ما بقي مع ورثة الأول، تكون ثمانية عشر هي ضعف ما صحت فيه هبته. وبالسهام تطلب عدداً له ثلث، وثلثه ثلث، وثلث ثلثه ثلث، وأقله سبعة وعشرون، يسقط منه سهم الدور، يبقى ستة وعشرون على ما ذكرنا.

مسألة: كان للواهب تركة سوى العبد، بأن وهب لزيد عبداً قيمته مئة، وأقبضه، ثم وهبه زيد - وهو مريض أيضاً - للأول، ثم ماتا وللأول خمسون سوى العبد، فبطريق الدينار والدرهم تقول: العبد دينار ودرهم، تصح هبة الأول في درهم، ويرجع إليه بهبة زيد ثلث درهم، يبقى معه من العبد دينار، ومما سواه نصف دينار ونصف درهم، فإنه مثل نصف العبد، ومما رجع إليه ثلث درهم، فالمبلغ دينار ونصف دينار وخمسة أسداس درهم، وذلك يعدل ضعف المحاباة وهو درهمان، تسقط خمسة أسداس بخمسة أسداس درهم، يبقى دينار ونصف دينار في معادلة درهم وسدس درهم، تبسطها أسداساً، وتقلب الاسم، فالدرهم تسعة، والدينار سبعة، وكان العدد درهماً وديناراً، فهو إذاً ستة عشر، تصح الهبة في تسعة منها، ويرجع إليه بهبة زيد ثلاثة ومعه تركة مثل نصف العبد، فالمبلغ ثمانية عشر ضعف التسعة. ولو كان على الواهب الأول دين ولا تركة سوى العبد، فإن كان الدين مثل العبد أو أكثر، فالهبة باطلة. ذ

وإن كان أقل، بأن وهب عبداً قيمته مئة وعليه عشرون ديناً، صحت هبة الأول في شيء، ويرجع إليه ثلث شيء، فيبقى عبد إلا ثلثي شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: أربعة أخماس عبد تعدل شيئين وثلثي شيء، فتبسطهما بأجزاء الثلث والخمس بأن تضربهما في خمسة عشر، وتقلب الاسم، فالعبد أربعون، والشيء اثنا عشر، تصح هبة الأول في اثني عشر من أربعين من العبد، ويعود إليه أربعة، يبقى اثنان وثلثون، يقضى منها الدين وهو ثمانية أجزاء مثل خمس العبد، يبقى أربعة وعشرون ضعف الهبة. ولو كان للمريض الثاني تركة سوى العبد، بأن كان العبد مئة، وللثاني خمسون سواه، ووهب جميع ماله، فتصح هبة الأول في شيء من العبد ويكون مع الثاني نصف عبد وشيء، يرجع ثلثه إلى الأول وهو سدس عبد وثلث شيء، فيجتمع عنده عبد وسدس عبد إلا ثلثي شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: عبد وسدس عبد يعدل شيئين وثلثي شيء، فتبسطهما أسداساً، وتقلب الاسم، فالعبد ستة عشر، والشيء سبعة، ومع الثاني نصف عبد وهو ثمانية مع الشيء وهو سبعة، فالمبلغ خمسة عشر، ويرجع إلى الأول من هبته خمسة، فيصير معه أربعة عشر ضعف الهبة.

مسألة: وهب مريض عبداً قيمته مئة، فمات في يد المتهب، ثم مات الواهب ولا مال له، فعن ابن سريج وجهان: أحدهما: تصح الهبة في جميع العبد، لأنه لم يبق شيء يورث، فتكون هبته كهبة الصحيح. وأصحهما: أنها باطلة، لأنها في معنى الوصية. فإن أبطلناها، ففي وجوب الضمان على المتهب وجهان: أحدهما: نعم، لأنه قبضه لنفسه فأشبهه المستعير. وأصحهما: لا، بخلاف المستعير، فإنه قبض ليرد.

فإن أوجبنا الضمان، قال الأستاذ: يضمن ثلثي قيمته لورثة الواهب، وقياس بطلان الهبة أن يضمن جميع القيمة. ولو اكتسب العبد في يد المتهب مئة، ثم مات، فإن صححنا الهبة في الجميع، فالكسب للمتهب. وإن أبطلناها في الجميع إذا لم يكن كسب، فهنا تصح الهبة في شيء من العبد، ويكون للمتهب شيء من الكسب غير محسوب عليه من الوصية، وللورثة باقي الكسب وهو مئة إلا شيئاً تعدل شيئين، فبعد الجبر والمقابلة: مئة تعدل ثلاثة أشياء، فالشيء ثلث المائة، فتصح الهبة في ثلث العبد، وتبطل في ثلثه، ولورثة الواهب ثلثا كسبه، وذلك ضعف ما صحت فيه الهبة، ولم يحسب ثلثا العبد على ورثة الواهب، لأنه تلف قبل موت الواهب، وحسبنا على المتهب ما تلف من وصيته، لأنه تلف تحت يده.

مسألة: وهب لأخيه مالاً لا مال له سواه، فمات الأخ قبله وخلف بنتاً وأخاه الواهب، ثم مات الواهب، فتصح الهبة في شيء من العبد، ويرجع بالميراث نصفه، فالباقي عبد إلا نصف شيء، وذلك يعدل شيئين، فتجبر وتقابل، فبعد يعدل شيئين ونصف شيء، فالشيء خمسا العبد، فتصح الهبة في خمس، وتبطل في ثلاثة أخماسه، ويرجع بالميراث أحد الخمسين، فيحصل للورثة أربعة أخماسه وهي ضعف ما صحت فيه الهبة.

مسألة: أخ وأخت مريضان، وهب كلٌ للآخر عبداً لا يملك سواه وهما متساويا القيمة، ثم مات الأخ وخلف بنتين والأخت الواهبة، أو ماتت الأخت وخلفت زوجاً والأخ الواهب، فإن ماتت الأخت أولاً، صارت هبتها للأخ وصية للوارث. وأما هبة الأخ، فتصح في شيء، ويرجع إليه بالإرث نصف شيء مع نصف العبد الذي كان لها، فيجتمع لورثته عبد ونصف عبد إلا نصف شيء، وذلك يعدل شيئين، فبعد الجبر: عبد ونصف عبد تعدل شيئين ونصف شيء، فتبسطها أنصافاً، وتقلب الاسم، فالعبد خمسة، والشيء ثلاثة، تصح الهبة في ثلاثة أخماس العبد، ويرجع إليه بالإرث نصفها ونصف العبد الذي لها وهو أربعة أخماس، فيضم إلى الخمسين الباقيين له، يكون ستة أجزاء ضعف الهبة. وإن مات الأخ أولاً، صارت هبته للأخت وصية لوارث، وتصح هبة الأخت في شيء من العبد، ويرجع إليها ثلثها مع ثلث العبد الذي كان له، فيجتمع لورثتها عبد وثلث عبد إلا ثلثي شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: عبد وثلث عبد يعدل شيئين وثلثي شيء، فتبسطها أثلاثاً، وتقلب الاسم، فالعبد ثمانية، والشيء أربعة وهي نصفها، تصح الهبة في نصف العبد، وينضم إليه ماله وهو عبد، فالمبلغ عبد ونصف يعود ثلثه إلى الأخت وهو نصف عبد، فيجتمع لورثتها عبد ضعف الهبة. ولو عمي موتهما ولم يرث أحدهما الآخر، صحت هبة كل واحد في نصف عبده.

مسألة: وهب لزوجته مئة لا يملك غيرها، وأقبضها، فأوصت هي بثلث مالها، ثم ماتت قبل الزوج، صحت هبته في شيء من المائة، وصحت وصيتها في ثلث ذلك الشيء، ويرجع إلى الزوج بالإرث نصف ذلك الباقي وهو ثلث شيء، فيحصل عند الزوج مئة إلا ثلثي شيء وذلك يعدل شيئين، فبعد الجبر: مئة تعدل شيئين وثلثي شيء، فتبسطهما أثلاثاً، وتقلب الاسم، فالمائة ثمانية، والشيء ثلاثة، فتصح الهبة في ثلاثة أثمان المائة، وتصح الوصية في ثمن، ويرجع بالإرث ثمن إلى الزوج، فيحصل عند ورثته ستة أثمان وهو ضعف الهبة.

مسألة: وهب مريض لمريض عبداً، وأقبضه، ثم وهبه الثاني للأول وأقبضه، ولا مال لهما غيره، ثم أعتقه الأول وماتا، قال ابن سريج: المسألة تصح من أربعة وعشرين، لورثة الواهب الأول ثلثاه، ولورثة الثاني ربعه، ويعتق منه باقي الثلث وهو نصف سدسه، قال الأستاذ: هذا خطأ عند حذاق الأصحاب، والعتق باطل، لأنه قدم الهبة على العتق وهي تستغرق الثلث. وإذا بطل العتق، صحت هبة الأول في ثلاثة أثمان العبد، ويرجع إليه بالهبة الثانية ثمنه، فيجتمع مع ورثته ستة أثمانه وهي ضعف الهبة. وصوب الإمام ابن سريج فقال: إذا اجتمع للأول ستة أثمانه، ثم أعتق، فتنفيذ العتق في تمام الثلث لا ينقص حق ورثته من الثلثين، ولا حق الموهوب له، فيتعين المصير إليه، وحينئذ لا بد من تعديل الثلث والثلثين ورعاية الأثمان، فتضرب ثلاثة في ثمانية، تبلغ أربعة وعشرين كما ذكره. فلو أعتقه قبل هبة الثاني، ثم وهبه الثاني، لغا العتق، إذ لم يصادف محلاً، إلا أن يحتمل الوقف.

فرع: زيادة الموهوب ونقصه، كزيادة العبد المعتق ونقصه، لكن ما يحسب هناك للعبد المعتق أو عليه، يحسب هنا على ورثة الواهب، وسنوضحه في العتق إن شاء الله تعالى.

مسألة: وهب مريض لأخيه عبداً، ثم وهبه المتهب نصفه وهو صحيح، ومات قبل المريض وخلف بنتاً وأخاه الواهب، فقولان: أظهرهما عند الأستاذ: أن هبة الثاني تنحصر فيما ملكه بهبة الأول، وتصح في جميعه، وحسابه أن هبة المريض تصح في شيء، ويرجع إليه بهبة الثاني ذلك الشيء كله، فمعه عبد يعدل شيئين، فالشيء نصف عبد، فتصح الهبة في نصف العبد، ثم يرجع إليه، فيكون لورثته عبد تام ضعف الهبة. والقول الثاني: أنها تشيع، لمصادفتها ما ملكه وغيره، فتصح في نصف ما ملك. وحسابه: أن هبة المريض تصح في شيء من العبد، ويرجع بهبة الثاني نصف ذلك الشيء، ثم يرجع بالإرث نصف ما بقي وهما ثلاثة أرباع شيء، يبقى عبد إلا ربع شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: عبد يعدل شيئين وربع شيء، فتبسطها

أرباعاً، وتقلب الاسم، فالعبد تسعة، والشئ أربعة، فتصح الهبة في أربعة أتساع العبد، ويرجع إليه بالهبة تسعان، وبالإرث تسع آخر، فيجتمع لورثته ثمانية أتساع ضعف الهبة.

فرع: فيما إذا وطئت الموهوبة وطاً يوجب المهر

إن وطئها أجنبي بشبهة قبل موت الواهب، فالمهر كالكسب يقسم على ما تصح فيه الهبة، وعلى ما لا تصح، فحصة ما تصح هيته لا تحسب على المتهب، وحصة ما لا تصح تحسب على ورثة الواهب. وإن وطئها الواهب في يد المتهب ومهرها مثل قيمتها، صحت الهبة في شيء، ويستحق المتهب على الواهب مثل ذلك الشيء من المهر، فيقضى مما بقي، يبقى جارية إلا شيئين تعدل شيئين، فبعد الجبر: جارية تعدل أربعة أشياء، فالشيء ربع الجارية، تصح الهبة في ربع الجارية، ويثبت على الواهب مثل ربعها يقضى من الجارية، يبقى مع الورثة نصفها وهو ضعف الموهوب. وإن وطئها المتهب ومهرها مثل قيمتها، صحت الهبة في شيء، وتبطل في جارية سوى شيء، وثبت للواهب على المتهب مثل ما بطلت فيه الهبة وهو جارية إلا شيئاً، فيحصل له جارتان إلا شيئين يعدلان شيئين، فبعد الجبر: جارتان تعدلان أربعة أشياء، فالشيء نصف جارية، فتصح الهبة في نصفها، ويستحق بالوطء مثل نصفها، فيحصل للورثة جارية تامة وهي ضعف الموهوب. وإن كان مهرها نصف قيمتها، صحت الهبة في شيء، وبطلت في جارية سوى شيء، ويستحق الواهب على المتهب مثل نصف ما بطلت فيه الهبة، وهو نصف جارية إلا نصف شيء، فيجتمع عند الواهب جارية ونصف إلا شيئاً، ونصف شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: جارية ونصف تعدل ثلاثة أشياء ونصف شيء، فتبسطها أنصافاً، وتقلب الاسم، فالجارية سبعة، والشئ ثلاثة، تصح الهبة في ثلاثة أسباع الجارية، وتبطل في أربعة أسباعها، ويغرم المتهب من مهرها مثل سبعي قيمتها، فيجتمع مع ورثة الواهب ستة أسباعها ضعف الموهوب. وإن وطئها الواهب والمتهب ومهرها مثل قيمتها، صحت الهبة في شيء وثبت للمتهب على الواهب مثل ذلك الشيء، يبقى جارية إلا شيئين، وثبت للواهب على المتهب مثل ما بطلت فيه الهبة وهو جارية إلا شيئاً، فتضم إلى ما بقي للواهب، تبلغ جارتين إلا ثلاثة أشياء تعدل شيئين، فبعد الجبر: جارتان تعدلان خمسة أشياء، فالشيء خمس الجارتين وهو خمسا جارية، فتصح الهبة في خمسيتها، ويثبت للمتهب على الواهب خمسان آخران، فالمبلغ أربعة أخماس، ثم يسترجع الواهب مثل ما بطلت فيه الهبة وهو ثلاثة أخماس، فيجتمع لورثته أربعة أخماس وهو

ضعف الموهوب. ولو كان مهرها مثل نصف قيمتها، صحت الهبة في ثلاثة أثمانها، وبطلت في خمسة أثمانها، ويثبت للمتهب على الواهب ثمن ونصف ثمن، فيجتمع له أربعة أثمان ونصف ثمن، ثم يسترجع الواهب نصف ما بطلت فيه الهبة وهو ثمان ونصف، فيجتمع لورثته ستة أثمان وهو ضعف الموهوب.

فصل: ومنها: الصداق والخلع، وقد سبق أن المريض إذا نكح بمهر المثل، جعل من رأس المال. وإن نكح بأكثر، فالزيادة من الثلث. فإن كانت وارثة، فالتبرع على وارث، وذكرنا أنه إن ماتت الزوجة قبله وورثها الزوج، وقع الدور، فيتخرج على هذا مسائل:

إحداها: أصدقها مئة، ومهر مثلها أربعون، فماتت قبله ولا مال لهما سوى الصداق، فلها أربعون من رأس المال، ولها شيء بالمحابة، يبقى مع الزوج ستون إلا شيئاً، ويرجع إليه بالإرث نصف ما للمرأة وهو عشرون ونصف شيء، فالمبلغ ثمانون إلا نصف شيء يعدل شيئين ضعف المحابة، فبعد الجبر تعدل ثمانون شيئين ونصف شيء، فالشيء خمساً الثمانين وهو اثنان وثلاثون، فلها اثنان وسبعون، أربعون مهر، والباقي محابة، يبقى مع الزوج ثمانية وعشرون، ويرجع إليه بالإرث ستة وثلاثون، فيجتمع لورثته أربعة وستون ضعف المحابة. فإن كان لها ولد، فالراجع إليه بالإرث ربع مالها وهو عشرة وربع شيء، فيحصل للزوج سبعون إلا ثلاثة أرباع شيء وذلك يعدل شيئين، فبعد الجبر: سبعون تعدل شيئين وثلاثة أرباع شيء، تبسطهما أربعاً، فتكون الدراهم مائتين وثمانين، والأشياء أحد عشر، تقسم الدراهم على الأشياء، يخرج من القسمة خمسة وعشرون وخمسة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، فهذا قدر المحابة، فلها بالمهر والمحابة خمسة وستون درهماً وخمسة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، يرجع إلى الزوج ربع ذلك وهو ستة عشر درهماً وأربعة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم، وذلك ضعف المحابة.

المسألة الثانية: أعتق مريض جارية ونكحها على مهر مسمى، نظر، إن لم يملك غيرها، فالنكاح باطل، لأنه لا ينفذ عتق جميعها، والنكاح والملك لا يجتمعان. ثم إن لم يدخل بها، فلا مهر. وإن دخل، فهو وطء شبهة، فلها من المهر بقسط ما عتق منها، ويقع فيه الدور. فإذا كانت قيمتها مئة، والمهر خمسين، عتق منها شيء ولها بالمهر نصف شيء، لأن المهر نصف القيمة، يبقى جارية إلا شيئاً ونصف شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: جارية تعدل ثلاثة أشياء ونصف شيء، فالشيء سبعة الجارية، فينفذ العتق في سبعيها، ويبطل في خمسة أسباعها، فيصرف سبع منها إلى مهر السبعين، يبقى للورثة أربعة أسباعها ضعف ما عتق، ثم السبع

المصروف إلى المهر، إن رضيت به بدلاً عما لها من المهر، فذاك، ويعتق عليها حين ملكته لا بالإعتاق الأول وإن أبت بيع سبعة في مهرها. هذا إذا لم يملك غيرها. فإن ملك، وكانت الجارية قدر الثلث، بأن خلف مائتين سواها، فإن لم يدخل بها، فلا مهر، لأنها لو استحقت مهراً للحق التركة دين، فلا تخرج كلها من الثلث، ولبطل النكاح وسقط المهر، وإن دخل بها، قال الشيخ أبو علي: لها الخيار، فإن عفت عن مهرها، عتقت وصح النكاح، وإلا، فلها ذلك، ويتبين أن جميعها لم يعتق، وأن النكاح فاسد ولها مهرها ما عتق منها. فيقال: عتق شيء، ولها بالمهر نصف شيء، يبقى للورثة ثلاثمائة إلا شيئاً ونصف شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: ثلاثمائة تعدل ثلاثة أشياء ونصف شيء، فمائة تعدل شيئاً وسدس شيء، تبسطها أسداساً، وتقلب الاسم، فالشيء ستة، والمائة سبعة، فالشيء ستة أسباع الجارية.

المسألة الثالثة: قد علم أن خلع المريض بأقل من مهر المثل، لا يعتبر من الثلث، وأن المريضة لو نكحت بأقل من مهر المثل جاز، ولا اعتراض للورثة إذا لم يكن الزوج وارثاً، وأن المريضة لو اختلعت بأكثر من مهر المثل، اعتبرت الزيادة من الثلث. فإذا نكح مريض امرأة بمائة، ومهرها أربعون درهماً، ثم خالعه في مرضها بمائة، وماتا من مرضهما ولا مال لهما إلا المائة، فإما أن يكون الخلع قبل الدخول، وإما بعده.

الحالة الأولى: بعده، فللمرأة أربعون من رأس المال، ولها شيء بالمحابة، ثم يرجع إلى الزوج أربعون بالخلع، وله ثلث شيء بالمحابة، فيحصل للورثة الزوج مئة إلا ثلثي شيء تعدل شيئين، فبعد الجبر: مئة تعدل شيئين وثلثي شيء، فالشيء ثلاثة أثمان المائة وهو سبعة وثلاثون درهماً ونصف درهم وهي المحابة، فللمرأة بالمهر والمحابة سبعة وسبعون درهماً ونصف درهم، ثم يأخذ الزوج من ذلك أربعين درهماً بعوض الخلع، وبالمحابة ثلث الباقي وهو اثنا عشر ونصف، وكان بقي له اثنان وعشرون ونصف، فالمبلغ خمسة وسبعون ضعف المحابة. هذا إذا جرى الخلع بمائة في ذمتها، فلو جرى بعين المائة التي أصدقها، فقد خالعه على مملوك وغير مملوك. قال الأستاذ تفريراً على أن المسمى يسقط ويرجع إلى مهر المثل: لها أربعون من رأس المال، وشيء بالمحابة، وللزوج عليها أربعون بالخلع، ولا شيء له بالمحابة، لأن المسمى إذا بطل بطل ما في ضمنه من المحابة، فيكون للورثة الزوج مئة إلا شيئاً يعدل شيئين، فبعد الجبر يتبين أن المسمى ثلث المائة، فلها بالمهر والمحابة ثلاثة وسبعون درهماً وثلث درهم، يأخذ الزوج من ذلك أربعين، يجتمع لورثته ستة وستون وثلثان ضعف المحابة.

الحالة الثانية: إذا جرى الخلع قبل الدخول، فيتشطر الصداق، والحاصل للمرأة نصف مهر المثل من رأس المال وهو عشرون درهماً، وشيء بالمحابة، للزوج من ذلك أربعون مهر المثل، يبقى شيء إلا عشرين درهماً له ثلاثة بالمحابة وهو ثلث شيء إلا ستة دراهم وثلثي درهم، يبقى لورثتها ثلثا شيء إلا ثلاثة عشر درهماً وثلث درهم، فيجتمع لورثة الزوج مئة وثلاثة عشر درهماً وثلث درهم إلا ثلثي شيء، وذلك يعدل ضعف المحابة شيئين، فبعد الجبر: مئة وثلاثة عشر وثلث تعدل شيئين وثلثي شيء، فالشيء ثلاثة أثمان هذا المبلغ وهي اثنان وأربعون درهماً ونصف درهم وهي المحابة، فللمرأة المحابة ونصف المهر اثنان وستون درهماً ونصف درهم يبقى للزوج سبعة وثلاثون درهماً ونصف درهم، ويأخذ مما صار لها بعوض الخلع أربعين، ويأخذ أيضاً ثلث الباقي وهو سبعة دراهم ونصف، فالمبلغ خمسة وثمانون ضعف المحابة. هذا كلام الأستاذ، واعترض الإمام، بأن مهر المثل مع المحابة الصداق، فوجب أن يرجع إلى الزوج نصف الجميع، وعلى هذا طريق الحساب أن يقال: لها من رأس المال أربعون، وبالمحابة شيء، يبقى للزوج ستون إلا شيئاً، ويرجع إليه نصف ما ملكته صداقاً وهو عشرون ونصف شيء، فللزوج ثمانون إلا نصف شيء، ثم تأخذ مما بقي لها أربعين، يبقى نصف شيء إلا عشرين درهماً، تأخذ بالمحابة ثلث هذا الباقي وهو سدس شيء إلا ستة دراهم وثلثي درهم، فيجتمع لورثته مئة وثلاثة عشر درهماً وثلث درهم إلا ثلث شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر يتبين أن الشيء ثلاثة أسباع مئة وثلاثة عشر درهماً وثلث درهم، وهو ثمانية وأربعون درهماً وأربعة أسباع درهم، يبقى للزوج أحد عشر درهماً وثلاثة أسباع، ويرجع بالشرط أربعة وأربعون درهماً وسبعان، ويأخذ من الشرط الآخر قدر مهر المثل وهو أربعون وثلث الباقي وهو درهم وثلاثة أسباع، فالمبلغ سبعة وتسعون درهماً وسبع درهم، وذلك ضعف المحابة، يبقى لورثة المرأة درهماً وستة أسباع درهم. وعلى قول الأستاذ، يبقى لهم خمسة عشر، ثم لا فرق في المسألة بين موته أولاً وعكسه، وموتهما معاً، لانقطاع الإرث بالخلع، والدور إنما يقع في جانبه دونها، إذ لا يعود إليها شيء مما يخرج منها.

فصل: ومنها الجنایات، فإذا جنى عبد على حرّ خطأً، وعفا المجني عليه ومات لم يكن العفو وصية لقاتل، لأن فائدته تعود إلى السيد، فإن أجاز الورثة، فذاك، وإلا، نفذ في الثلث، وانفك ثلث العبد عن تعلق أرش الجناية. وأشار الإمام إلى وجه: أنه لا ينفك، كما أنه لا ينفك شيء من المرهون ما بقي شيء من الدين. والصحيح الأول. ثم السيد بالخيار بين أن يسلم ثلثيه للبيع، وبين أن يفديه. فإن

سَلَّمه، فلا دور، بل يباع ويؤدى من ثمنه ثلثا الأرش، أو ما تيسر. وإن فداه، فيفدي الثلثين بثلثي الأرش، كم كان، أم بالأقل من ثلثي القيمة وثلثي الدية؟ فيه قولان: فإن كان الفداء بثلثي القيمة، فلا دور، وإن كان بالدية، فيقع الدور، فيقطع بالحساب.

مثاله: قيمة العبد ثلاثمائة، وقومنا الإبل فكانت ألفاً ومائتين، فيصح العفو في شيء من العبد، ويبطل في عبد ناقص بشيء يفديه السيد بأربعة أمثاله، لأن الدية أربعة أمثاله، وأربعة أمثاله أربعة أعبد إلا أربعة أشياء، فيحصل لورثة العافي أربعة أعبد إلا أربعة أشياء، وذلك يعدل شيئين، فتجبر وتقابل، فأربعة أعبد تعدل ستة أشياء، فتقلب الاسم وتقول: العبد ستة، والشئ أربعة وهي ثلثا الستة، فيصح العفو في ثلثي العبد وهو مائتان، ويفدي السيد ثلثه بثلث الدية وهو أربعمائة، فيحصل لورثة العافي ضعف المائتين. هذا إذا لم يترك العافي سوى ما يستحقه من الدية. فإن ترك مالا، نظر، إن كانت القيمة أقل من الدية، وكان ما تركه ضعف القيمة، صح العفو في جميع العبد. وإن كان ما تركه دون ضعف القيمة، ضمت التركة إلى قيمة العبد، وصح العفو في ثلث الجملة من العبد. وإن كانت القيمة أكثر من الدية، جمع بين التركة والدية، وصح العفو في ثلث الجملة من الدية.

فروع: أحدها: لو لم يترك سوى ما يستحق من الدية وعليه مائتان ديناً، وسلمه للبيع، واختار الفداء، وقلنا: الفداء بأقل الأمرين، سقط الدين من قيمة العبد، يبقى مئة للسيد، ثلثها وهو تسع العبد، فيصح العفو في تسعه، ويبيع ثمانية أتساعه، أو يفديها السيد بثمانية أتساع قيمته، وهو مائتان وستة وستون درهماً وثلثان، يقضى منها دينه، يبقى ستة وستون وثلثان ضعف ما صح فيه العفو. وإن قلنا بالدية، صح العفو في شيء، وفدى السيد الباقي بأربعة أمثاله وهي أربعة أعبد إلا أربعة أشياء، تحط منها قدر الدين وهو ثلثا عبد، يبقى ثلاثة أعبد وثلث عبد إلا أربعة أشياء تعدل شيئين، فتجبر وتقابل وتبسطها أثلاثاً، وتقلب الاسم، فالعبد ثمانية عشر، والشئ عشرة وهو خمسة أتساعها، فيصح العفو في خمسة أتساع العبد وهي مئة وستة وستون درهماً وثلثان، ويفدي السيد باقيه وهو مئة وثلاثة وثلثون درهماً وثلث درهم بأربعة أمثاله وهي خمسمائة وثلاثة وثلثون، يقضى منها الدين، يبقى ثلاثمائة وثلاثة وثلثون وثلث درهم ضعف ما صح العفو فيه.

الفرع الثاني: جنى عبدان خطأً على حر، فعفا عنهما، ومات ولا مال له سوى الدية، فإن اختار السيدان تسليمهما أو اختارا الفداء، وقلنا: الفداء بأقل الأمرين، صح العفو في ثلث كل عبد، وبيع ثلثاه، أو فدى سيده ثلثيه بثلثي القيمة. وإن قلنا: الفداء بالدية، وكانت قيمة كل عبد ثلاثمائة، وقيمة الدية ألفاً ومائتين، صح العفو في

شيء من كل عبد، وفدى سيده باقيه بضعفه، لأن نصف الدية هو الذي تعلق بكل عبد، ونصف الدية ضعف كل عبد، فيحصل لورثة العافي أربعة أعبد إلا أربعة أشياء، وذلك يعدل ضعف ما جاز العفو فيه وهو أربعة أشياء، فبعد الجبر: أربعة أعبد تعدل ثمانية أشياء، فتقلب الاسم، وتجعل العبد ثمانية، والشيء أربعة وهو نصفها، فيصح العفو في نصف كل عبد، ويفدي كل سيد نصف عبده بعبد، فيحصل للورثة عبدان ضعف ما صح العفو فيه.

الفرع الثالث: قتل عبد حرين خطأً، تعلقت برقبته الديتان. فإن سلمه سيده، بيع ووزع عليهما. وإن فداه وقلنا: الفداء بالقيمة، وزعت القيمة. وإن قلنا بالدية، فداه بالديتين. فإن عفا أحدهما في مرضه، قال ابن سريج: يدفع إلى ورثة العافي ثلثا نصفه، وإلى ورثة الذي لم يعف جميع النصف، كأن كل واحد متعلق بنصف منه، فينفذ عفو العافي في ثلث محل حقه. قال الأستاذ: هذا لا يستقيم على أصل الشافعي رحمته الله، بل الديتان متعلقتان بجميع العبد، فإذا عفا أحدهما، سقط ثلث الدية، فورثته وورثة الآخر يتضاربون هؤلاء بثلثي دية مورثهم، وهؤلاء بكل دية مورثهم.

فصل: ومنها: العتق، فإذا أعتق مريض عبداً، فاكسب ما لا قبل موت المعتق، وزع الكسب على ما يعتق وما يرق، وحصة العتق لا تحسب عليه، وحصة ما رقب تزداد في التركة، وإذا زادت التركة، زاد ما عتق، فتزيد حصته من الكسب، وإن زادت حصة ما عتق، نقصت التركة، فينقص ما عتق، فيزيد المال، فيزيد ما عتق، وهكذا تدور زيادته على نقصه، ونقصه على زيادته، فيقطع الدور بالطرق الحسابية، وفيه مسائل:

مسألة: اكتسب العبد مثل قيمته، فيعتق منه شيء، ويتبعه من الكسب شيء غير محسوب عليه، يبقى للورثة عبدان إلا شيئين، وذلك يعدل ضعف ما عتق وهو شيان، فبعد الجبر: عبدان يعدلان أربعة أشياء، فتقلب الاسم، فالعبد أربعة، والشيء اثنان، والاثنان ضعف الأربعة، فعلمنا أنه يعتق من العبد نصفه، ويتبعه نصف الكسب غير محسوب عليه، يبقى للورثة نصف العبد ونصف الكسب، وذلك ضعف ما عتق. وبطريق السهام: تأخذ للعتق سهماً، ولما يتبعه من الكسب سهماً، وتأخذ للورثة ضعف ما أخذت للعتق وهو سهران، يجتمع أربعة أسهم، ثم تأخذ الرقبة والكسب وهما مثلان، فتقسمهما على الأربعة، يخرج من القسمة نصف، فعلمنا أن الذي عتق نصف الرقبة. ولو اكتسب العبد - وقيمته تسعون - مثل قيمته ومثل نصفها، عتق منه شيء، وتبعه من الكسب شيء ونصف غير محسوب عليه، يبقى للورثة عبدان ونصف

إلا شيئين ونصف شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: عبدان ونصف يعدل أربعة أشياء ونصف شيء، فتبسطها أنصافاً، وتقلب الاسم، فالعبد تسعة، والشيء خمسة، فيعتق منه خمسة أتساعه وقيمتها خمسون، ويتبعها خمسة أتساع الكسب وهي خمسة وسبعون، يبقى للورثة أربعة أتساع العبد وهي أربعون وهي أربعة أتساع الكسب وهي ستون، وهما مئة ضعف ما عتق. ولو كانت الصورة الثانية بحالها، وعلى السيد مثل قيمة العبد ديناً، عتق منه شيء، وتبعه من الكسب شيء ونصف، يبقى عند الورثة عبدان ونصف عبد إلا شيئين ونصف شيء، تسقط منه عبداً للدين، يبقى عبد ونصف إلا شيئين ونصف يعدل ضعف ما عتق وهو شيئان، فبعد الجبر: عبد ونصف تعدل أربعة أشياء ونصف شيء، تبسطها أنصافاً، وتقلب الاسم، فالعبد تسعة، والشيء ثلاثة، يعتق من العبد ثلاثة أتساعه، ويتبعه من الكسب ثلاثة أتساعه، يقضى الدين من الباقي، يبقى مع الورثة ضعف ما عتق.

ولو كانت بحالها، إلا أنه لا دين على السيد، وله سوى العبد وكسبه تسعون، عتق منه شيء، وتبعه من الكسب شيء ونصف، يبقى مع الورثة عبدان ونصف إلا شيئين ونصف شيء، ومعهم مثل قيمة العبد، فيجتمع معهم ثلاثة أعبد ونصف عبد إلا شيئين ونصف شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: ثلاثة أعبد ونصف عبد تعدل أربعة أشياء ونصف شيء، تبسطها أنصافاً، وتقلب الاسم، فالعبد تسعة، والشيء سبعة، فيعتق منه سبعة أتساعه وهو سبعون، ويتبعه من الكسب سبعة أتساعه وهو مئة وخمسة، يبقى للورثة تسعاه عشرون، وتسعا الكسب ثلاثون، ومعهم تسعون أيضاً، فالمبلغ مئة وأربعون ضعف ما عتق.

فرع: متى ترك السيد ضعف قيمة العبد، عتق كله، وتبعه كسبه ولا دور. وإذا كان عليه دين، وله سوى العبد وكسبه مال، قبل بذلك المال. فإن تساوى، فكأن لا دين ولا مال، وإن زاد الدين، فكأن القدر هو الدين. وإن زاد المال، فكأن القدر الزائد هو المتروك.

فرع: الموهوب للعبد وأرث الجناية عليه، كالكسب.

فرع: قيمته تسعون، واكتسب بعد العتق تسعين، فاستقرضها السيد منه وأتلفها، ثم مات السيد، عتق منه شيء واستحق على السيد شيئاً هو دين عليه، يبقى للورثة عبد إلا شيئين تعدل ضعف ما عتق، فبعد الجبر: عبد يعدل أربعة أشياء، فتقلب الاسم، وتقول: عتق منه ربعه، ويتبعه ربعه كسبه، يبقى للورثة نصفه وهو ضعف ما عتق، ثم ربع الكسب الذي هو دين، إن أداه الورثة من عندهم، جاز واستمر ملكهم على ثلاثة أرباعه، وملك هو ما سلّموه إليه بربعه الحر، وإن تراضوا

هم والعبد على أن تكون رقبته بدلاً عن ربع الكسب، جاز وعتق ربه على نفسه. قال ابن سريج: ويكون ولاء هذا الربع لبيت المال. وقال غيره: لا ولاء عليه. وإن أراد الورثة بيعه لغيره، وقال العبد: آخذه بدلاً عن الدين، فقد ذكر الأستاذ، أنه أحق بنفسه من الأجانب. قال الإمام: هذا محمول على الأولوية دون الاستحقاق.

فرع: مات العبد المعتق قبل موت السيد، فهل يموت حرّاً، أم رقيقاً؟ أم ثلثه حرّاً وثلثاه رقيقاً؟ فيه ثلاثة أوجه: قال الأستاذ: والصحيح هو الأول. فإن كان العبد اكتسب ضعف قيمته، ولم يخلف إلا السيد، مات حرّاً بلا خلاف، لأن السيد يرث هنا بالولاء كسبه، فيحصل لورثته ضعف العبد. وإن كان الكسب مثل قيمته، فإن قلنا: لو لم يخلف كسباً لمات حرّاً، فهنا أولى، وإن قلنا: يموت رقيقاً، فهنا لا يرث جميعه، لأنه خلف شيئاً، ولا يعتق جميعه، لأن الكسب ليس بضعفه. فإن قلنا: من بعضه حر يورث، عتق نصفه، وكان جميع كسبه لسيدة، نصفه بالملك، ونصفه بالإرث بالولاء، فيحصل لورثته ضعف ما عتق. وإن قلنا: لا يورث، قال الإمام: يعتق منه شيء، ويتبعه من الكسب شيء، يصرف ذلك الشيء إلى بيت المال، فيبقى عبد ناقص بشيء يعدل ضعف ما عتق وهو شيئان، فبعد الجبر: عبد يعدل ثلاثة أشياء، فالشيء ثلث العبد، فيعتق ثلثه، ويتبعه من الكسب ثلثه، يبقى للسيد ثلثا كسبه بالملك وهو ضعف ما عتق. ولو كان الكسب ضعف القيمة، وخلف العتيق مع السيد بنتاً، فإن قلنا: لو لم يخلف بنتاً لمات حرّاً، فكذا هنا، والكسب بين البنت والسيد سواء. وإن قلنا: يموت رقيقاً. فإن قلنا: من بعضه حرّ يورث، عتق منه شيء، ويتبعه من الكسب شيئان، ترث البنت أحدهما، والسيد الثاني، فيحصل لورثة السيد ضعف العبد إلا شيئاً، وذلك يعدل شيئين، فبعد الجبر: عبدان يعدلان ثلاثة أشياء، والشيء ثلث العبدين، وهو ثلثا عبد، فيعتق من العبد ثلثاه، ويتبعه ثلثا الكسب، ثم يرجع أحدهما إلى السيد بالإرث، فيحصل لورثة السيد ثلثا الكسب وهو ضعف ما عتق. وإن قلنا: من بعضه حر لا يورث، لم ترث البنت، لأنها لو ورثت لما خرج جميعه من الثلث، وإذا لم يعتق كله لا يورث، فيؤدي توريثها إلى منع توريثها، وهذه من الدوريات الحكمية، وإذا لم ترث، كأنه لم يخلف إلا السيد، فيموت حرّاً، وجميع الكسب للسيد كما سبق. ولو لم يمت العتيق، لكن كان له ابن حر، فمات قبل موت السيد، وترك أضعاف قيمة أبيه وليس له إلا أبوه وسيد أبيه، فلا يرث منه أبوه، لأنه لو ورث لاستغرق ولم يحصل للسيد شيء، وحينئذ فلا يعتق جميعه، فلا يرث. وإذا لم يرث، حكم بحريته، وورث السيد مال ابنه بالولاء. ولو كانت تركة الابن مثل قيمة العتيق، عتق منه شيء، وثبت للسيد الولاء على الابن بقدر ما عتق، فيرث من تركته شيئاً، ولا

يرث أبوه، فيحصل لورثة السيد عبد إلا شيئاً والشيء الذي ورثه السيد بالولاء، فيتم لهم عبد، لأن تركته مثل العبد، وذلك يعدل شيئين، فالشيء نصف العبد، فيعتق نصفه، ويكون للورثة نصفه ونصف تركة ابنه وهما ضعف ما عتق منه.

مسألة: من الأصول المقررة، أن المريض إذا أعتق عبيداً لا مال له غيرهم معاً، أقرع بينهم. وإن أعتقهم على الترتيب، بديء بالأول فالأول. فإن زاد الأول على الثلث، عتق منه قدر الثلث. فلو أعتق عبداً فاكتسب مثل قيمته، ثم أعتق آخر، ولا مال له سواهما وهما متساويا القيمة، عتق من الأول شيء، وتبعه من كسبه شيء غير محسوب عليه، يبقى للورثة ثلاثة أعبد إلا شيئين، فبعد الجبر: ثلاثة أعبد تعدل أربعة أشياء، فالشيء ثلاثة أرباع العبد، فيعتق من الأول ثلاثة أرباعه، ويتبعه ثلاثة أرباع كسبه، يبقى عبد ونصف، وهما ضعف ما عتق. ولو اكتسب الثاني مثل القيمة دون الأول، عتق الأول، وبقي الثاني وكسبه للورثة. وإن اكتسب كل واحد قدر قيمته، عتق، وتبعه كسبه، وبقي الثاني وكسبه للورثة. وإن اكتسب الأول مثل قيمتهما، عتق منه شيء، وتبعه من الكسب شيان، يبقى للورثة أربعة أعبد إلا ثلاثة أشياء تعدل شيئين، فبعد الجبر يكون الشيء خمس أربعة أعبد وهو أربعة أخماس عبد، يعتق من الأول أربعة أخماسه، ويتبعه أربعة أخماس كسبه، يبقى للورثة خمسه وخمس كسبه والعبد الآخر. وإن اكتسب الثاني مثل قيمتهما، عتق الأول، ومن الثاني شيء، ويتبعه من الكسب شيان، يبقى للورثة من الثاني وكسبه ثلاثة أعبد إلا ثلاثة أشياء تعدل ضعف ما عتق وهو عبدان وشيئان، لأن الذي عتق عبد وشيء، فبعد الجبر: ثلاثة أعبد تعدل عبيدين وخمسة أشياء، تسقط عبيدين بعبدين، يبقى عبد في معادلة خمسة أشياء، فالشيء خمس عبد، فالذي عتق من الثاني خمسه، وكذا الحكم لو اكتسب كل واحد منهما مثل قيمتهما.

أما إذا أعتق العبدین معاً، فيقرع بينهما، فمن خرجت قرعته، فكأن السيد قدّمه. والحساب في الصور كما ذكرنا. ولو أعتق المريض ثلاثة أعبد معاً لا يملك غيرهم، فاكتسب أحدهم قبل موته كقيمته، وقِيمَهُم متساوية، أقرع بينهم بسهم عتق وسهمي رق، فإن خرج سهم العتق على المكتسب، عتق، وتبعه كسبه، وبقي الآخرون للورثة. وإن خرج لأحد الآخرين، عتق، ثم تعاد القرعة لاستكمال الثلث، فإن خرج للآخر، عتق ثلثه، وبقي ثلثاه مع المكتسب، وكسبه للورثة، ولا دور. وإن خرج سهم العتق والقرعة الثانية للمكتسب، دخل الدور، فتقول: يعتق منه شيء، ويتبعه من الكسب شيء، يبقى للورثة ثلاثة أعبد إلا شيئين، يعدل ضعف ما عتق وهو عبدان وشيئان، فبعد الجبر: ثلاثة أعبد تعدل عبيدين وأربعة أشياء، تسقط عبيدين بعبدين،

يبقى عبد في معادلة أربعة أشياء، فالشيء ربع العبد، فيعتق منه ربعه، ويتبعه ربع كسبه، يبقى للورثة ثلاثة أرباعه وثلاثة أرباع كسبه والعبد الآخر، وذلك عبدان ونصف وهو ضعف ما عتق.

ولو كانت الصورة بحالها، على السيد دين كقيمة أحدهم، أقرع بين العبيد بسهم دين وسهمي تركة، ولسهم الدين حالان:

أحدهما: أن يخرج لأحد اللذين لم يكتسبا، فيباع في الدين، ثم يقرع بين الآخرين، لإعتاق الثلث بعد قضاء الدين بسهم عتق وسهم رق، فإن خرج سهم العتق للذي لم يكتسب، عتق، وبقي المكتسب وكسبه للورثة. وإن خرج للمكتسب، دخل الدور، فيعتق منه شيء، ويتبعه من الكسب شيء، يبقى للورثة ثلاثة أعبد إلا شيئين تعدل شيئين. فبعد الجبر: ثلاثة أعبد تعدل أربعة أشياء، فالشيء ربع العبيد وهو ثلاثة أرباع عبد.

الحال الثاني: أن يخرج سهم الدين للمكتسب، فيباع منه ومن كسبه بقدر الدين، والدين مثل نصفهما، فيباع في الدين نصف رقبته ونصف كسبه، ثم يقرع بين باقيه وبين الآخرين بسهم عتق وسهمي رق. فإن خرج سهم العتق لأحد الآخرين، عتق، وبقي الآخر ونصف المكتسب وكسبه للورثة. وإن خرج للمكتسب، عتق نصفه الباقي، وتبعه الكسب غير محسوب، ثم تعاد القرعة بين الآخرين لاستكمال الثلث، فأيهما خرج عليه، عتق ثلثه، فيكون جميع ما عتق خمسة أسداس عبد، يبقى للورثة عبد وثلثا عبد ضعف ما عتق. ولو كانت الصورة بحالها، إلا أن قيمة أحدهم مئة، والثاني مائتين، والثالث ثلاثمائة، وأكتسب كل عبد كقيمه، أقرع، فإن خرج سهم العتق على الأعلى، عتق، وتبعه كسبه، وبقي الآخران وكسبهما للورثة، وذلك ضعف الأعلى، وإن خرج على الأدنى، عتق، وتبعه كسبه، وتعاد القرعة لاستكمال الثلث. فإن خرج العتق للأوسط، عتق، وتبعه كسبه، وبقي الأعلى وكسبه للورثة، وذلك ضعف العتيقين، وإن خرج للأعلى، عتق منه شيء، وتبعه من كسبه مثله، يبقى للورثة باقيه وباقي كسبه والعبد الأوسط وكسبه، وجملة ذلك ألف إلا شيئين تعدل ضعف ما عتق وهو مائتان وشيئان، فبعد الجبر: ألف تعدل مائتين وأربعة أشياء، تسقط مائتين بمائتين، يبقى ثمانمائة تعدل أربعة أشياء، فالشيء مائتان، وذلك ثلثا الأعلى، فيعتق منه ثلثاه، ويتبعه ثلثا كسبه، يبقى للورثة ثلثه وثلث كسبه والأوسط وكسبه، وذلك ستمائة ضعف الأدنى وما عتق من الأعلى. وإن خرج على الأوسط، عتق، وتبعه كسبه، وتعاد القرعة، فإن خرج للأدنى، عتق، وتبعه كسبه، وبقي الأعلى وكسبه للورثة، وإن خرج للأعلى، عتق ثلثه، وتبعه ثلث كسبه، وباقي مع الأدنى للورثة.

مسألة: إذا زادت قيمة العتق قبل موت سيده، دارت المسألة، لأن الزيادة كالكسب، فقسط ما عتق لا يحسب على العبد، وقسط ما رق تزيد به التركة، وكذا نقصان القيمة يوزع، فقسط ما عتق يحسب على العبد كأنه قبضه وأتلفه، وقسط ما رقّ كأنه تلف من مال السيد. فإذا نقص المال، نقص ما يعتق واحتيج إلى الحساب.

مثال الزيادة: أعتق عبداً قيمته مئة لا يملك غيرها، فصارت قيمته قبل موت سيده مئة وخمسين، تقول: عتق منه شيء، وذلك الشيء محسوب بثلاثي شيء، يبقى مع الورثة عبد إلا شيئاً يعدل ضعف المحسوب على العبد وهو شيء وثلاث شيء، فبعد الجبر: عبد يعدل شيئين وثلاث شيء، فتبسطها أثلاثاً، وتقلب الاسم، فالعبد سبعة، والشيء ثلاثة، فيعتق ثلاثة أسباعه، وقيمتها يوم الموت أربعة وستون وسبعان، والمحسوب عليه منها قيمة يوم الإعتاق وهو اثنان وأربعون وستة أسباع، يبقى للورثة أربعة أسباع العبد، وقيمتها خمسة وثمانون وخمسة أسباع وهي ضعف المحسوب على العبد.

ومثال النقص، قيمته مئة، صارت خمسين، يعتق منه شيء وهو محسوب عليه بشيئين، فالباقي وهو عبد إلا شيئاً يعدل ضعف المحسوب وهو أربعة أشياء، فبعد الجبر: عبد يعدل خمسة أشياء، فالشيء خمس العبد، فيعتق خمسة، وقيمتها يوم الموت عشرة، ويحسب عليه بعشرين، لأن قيمته يوم الموت عشرون، يبقى للورثة أربعة أخماسه، وقيمتها أربعون ضعف المحاباة.

فصل: ومنها: الكتابة، فإذا كاتب في مرضه عبداً لا يملك غيره، ولم يؤدّ شيئاً من النجوم في حياة سيده، فثلثه مكاتب. فإذا أدّى نجوم الثلث، عتق. وهل يزداد في الكتابة لكون التركة زادت بما أدى؟ فيه خلاف مذكور في «باب الكتابة»، فإن زيدت، فطريق الحساب، أن الكتابة تصح في شيء من العبد، ويؤدي المكاتب عنه شيئاً، والفرض فيما إذا كانت النجوم مثل القيمة، فيحصل للورثة من الرقبة ومال الكتابة مثل عبد، وذلك يعدل ضعف ما صحت فيه الكتابة وهو شيان، فالشيء نصف العبد، فإذا أدى نجوم النصف، عتق نصفه، واسترد من الورثة كسب سدسه، فيحصل للورثة نصف الرقبة ونصف النجوم، وذلك ضعف ما صحت فيه الكتابة. ولو كاتب في الصحة، ثم أعتقه في المرض، أو أبرأه عن النجوم، نظر، إن عجز نفسه، عتق ثلثه، ورقّ ثلثاه. وإن استدّام الكتابة، فإن كانت النجوم مثل القيمة، فوجهان: أصحهما: يعتق ثلثه، وتبقى الكتابة في ثلثيه. والثاني: لا يعتق ثلثه حتى يسلم الثلثان للورثة، إما بالعجز، وإما بأداء نجوم الثلثين. وإن كان بين النجوم والقيمة تفاوت، فقد سبق أن المعتبر من الثلث أقل الأمرين، فإن كانت النجوم أقل، عتق ثلثه، وسقط

ثلث النجوم، ويبقى للورثة ثلثا النجوم إن أدى، وإلا، فثلثا الرقبة. وإن كانت الرقبة أقل، بأن كانت مئة، والنجوم مائتين، حصل الدور، فيقال: عتق شيء، وسقط من النجوم شيئا، يبقى للورثة من النجوم مائتا درهم إلا شيئين، وذلك يعدل ضعف ما عتق وهو شيئا، فيعد الجبر: مائتان تعدلان أربعة أشياء، فالشيء ربع المائتين وهو نصف العبد، فعلمنا أن الذي عتق نصف العبد، وأنه يسقط نصف النجوم. قال الأستاذ: فإن عجل ما عليه من النجوم، عتق نصفه، وإن لم يؤد شيئا، لم يحكم بعتق شيء. ثم كلما أدى شيئا، حكم بعتق نصف ما أدى حتى يؤدي نصف الكتابة ويستوفي وصيته.

فصل: في مسائل يتولد الدور فيها من أصلين

مسألة: أعتق مريض عبداً لا يملك غيره، ثم قتله السيد، فهل ينفذ العتق في جميعه إذ لا تركة، أم لا يعتق شيء منه لأنه لا يبقى للورثة ضعف المحكوم بعتقه؟ فيه خلاف سبق في نظائره. قال الأستاذ: قياس مذهب الشافعي رحمه الله هو الثاني، فإن ترك السيد مالاً إذا قضيت الدية منه كان الباقي ضعف قيمته، فهو حر، وإن ترك من المال دون ذلك، عتق بعضه، ولزم السيد قسط ما عتق من الدية، ولا يرث السيد من ديته، لأنه قاتل، بل إن كان له وارث أقرب من سيده، فهي له، وإلا، فلا أقرب عصابات السيد.

مثاله: قيمته مئة، وقيمة إبل الدية ثلاثمائة، ولو ترك السيد ثلاثمائة، فتقول: عتق شيء، وعلى السيد من الدية ثلاثة أمثاله، وباقي العبد الذي بطل العتق فيه قد أنلفه بالقتل، فلم يترك إلا ثلاثمائة وهي مثل ثلاثة أعبد، يقضى منها ما وجب من الدية، ويبقى ثلاثة أعبد إلا ثلاثة أشياء تعدل ضعف ما عتق وهو شيئا، فتجبر وتقابل، فثلاثة أعبد تعدل خمسة أشياء، فتقلب الاسم، فالعبد خمسة، والشيء ثلاثة، يعتق منه ثلاثة أخماسه وهو ستون، ويجب عليه ثلاثة أخماس الدية وهي مئة وثمانون، يبقى مئة وعشرون ضعف ما عتق.

مسألة: أعتق المريض عبداً، فجنى العبد على أجنبي بقطع أو قتل، ولا مال للسيد غيره، فإن كان أرش الجناية مثل قيمته فأكثر، لم يعتق منه شيء، لأن الأرش دين، فيقدم على الوصية. وإن كان دونها، بأن كانت قيمته مئة، والأرش خمسة وسبعين، عتق شيء، ورق الباقي، والأرش يتوزع عليهما، فحصة ما عتق يتعلق بذمة العبد، وحصة ما رق تؤدى منه إن أراد السيد التسليم والأرش ثلاثة أرباع القيمة، فعلى السيد تسليم ثلاثة أرباع ما رق وهو ثلاثة أرباع عبد إلا ثلاثة أرباع شيء، يبقى

مع ورثته ربع عبد إلا ربع شيء يعدل شيئين، فبعد الجبر: ربع عبد يعدل شيئين وربع شيء، فتبسطها أرباعاً، وتقلب الاسم، فالعبد تسعة، والشيء واحد، فيعتق منه سبعة، ويرق الباقي، فيسلم في الجناية ثلاثة أرباعه وهي ستة أضعاف، يبقى مع الورثة تسعان ضعف ما عتق.

الطرف الخامس: في مسائل العين والدين.

مقصوده، أن يخلف الميت عيناً وديناً على بعض الورثة، أو على أجنبي، فنصيب الوارث بعض ما عليه بالإرث، أو الأجنبي بعض ما عليه بوصية.

وأول ما نقدّمه أن الميت إذا لم يخلف إلا ديناً على بعض الورثة، برىء من عليه من حصته، ولا تتوقف براءته على توفير حصة الباقيين، لأن الملك بالإرث لا يتأخر، والإنسان لا يستحق على نفسه شيئاً. ولو خلف عيناً وديناً على بعض الورثة، نظر، إن كان الدين من غير جنس العين، أو من غير نوعه، قسمت العين بين الورثة، فما أصاب من لا دين عليه، دفع إليه، وما أصاب المدين، دفع إليه إن كان مقراً مليئاً. وإن كان جاحداً أو معسراً، فالآخر مستحق ظفر بغير جنس حقه. وحكمه المذكور في موضعه. وإن كان الدين من نوع العين، بأن خلف عشرة عيناً وعشرة ديناً على أحد ابنيه الحائزين، قال الأستاذ: يأخذ من لا دين عليه العشرة نصفها إرثاً، ونصفها قصاصاً بما يصيبه من الدين. وفي كيفية القصاص الخلاف المعروف. قال الإمام: هذا بعيد، والخلاف إنما هو في تقاص الدينين، لا في تقاص الدين والعين، بل المذهب أن الإرث يثبت شائعاً في العين والدين، وليس لمن لا دين عليه الاستبداد بالعشرة إن كان المدين مقراً مليئاً، فإن تراضيا، أنشأ عقداً، وإن كان جاحداً أو معسراً، فله أن يأخذها على قصد التملك، لأنه ظفر بجنس حقه المتعذر تحصيله. ولو خلف ديناً وعيناً، وأوصى بالدين لإنسان وهو ثلث ماله أو أقل، فحقه منحصر فيه، فما نصّ دفع إليه. ولو أوصى بثلث الدين، فوجهان: أحدهما: أن ما نصّ منه يضم إلى العين. فإن كان ما نصّ ثلث الجميع أو أقل، دفع إلى الموصى له. وأصحهما: أنه كلما نصّ منه شيء، دفع ثلثه إلى الموصى له وثلثاه إلى الورثة، لأن الوصية شائعة في الدين.

إذا تقرر هذا، فالدين المخلف مع العين من جنسه ونوعه، إما أن يكون على وارث، وإما على أجنبي، وإما عليهما.

أما القسم الأول: على وارث، فنصيبه من جملة التركة، إما أن يكون مثل ما عليه من الدين، وإما أكثر، وإما أقل.

الحالة الأولى: أن يكون مثله، فتصحح المسألة، ويطرح مما صحت منه نصيب المدين، وتقسم العين على سهام الباقيين، ولا يدفع إلى المدين شيء، ولا يؤخذ منه شيء.

مثاله: زوج وثلاثة بنين، وترك خمسة ديناً على ابن، وخمسة عشر ديناً، فجملة التركة عشرون، نصيب كل ابن خمسة، وما على المدين مثل نصيبه، فتصحح المسألة من أربعة، ويطرح منها نصيب ابن، يبقى ثلاثة، تقسم العين عليها، نصيب كل واحد خمسة، ونصيب المدين يقع قصاصاً، كذا أطلقوه. قال الإمام: هذا محمول على ما إذا رضي المدين بذلك، أو كان جاحداً، أو معسراً. وعلى هذا ينزل الجواب المطلق في جميع هذه المسائل.

الحالة الثانية: أن يكون نصيبه أكثر مما عليه، فتقسم التركة بينهم، فما أصاب المدين، طرح منه ما عليه، ويعطى الباقي من العين.

الثالثة: أن يكون نصيبه أقل، فيطرح من المسألة نصيبه، وتقسم العين على الباقي، فما خرج من القسمة، يضرب في نصيب المدين الذي طرح، فما بلغ، فهو الذي حَيَّي من الدين، والمراد بهذه اللفظة أن ما يقع في مقابلة العين من الدين، كالمستوفى بالمقاصة، فكأنه حَيَّي من الدين، ولولا المقاصة، فالدين على المفلس ميت فائت، ثم الباقي من الدين بعد الذي حَيَّي يسقط منه شيء، ويبقى شيء يؤديه المدين إلى سائر الورثة. وطريق معرفة الساقط والباقي، أن تقسم كل التركة بين الورثة، فما أصاب المدين، طرح مما عليه من الدين، فما بقي، فهو الذي يؤديه المدين، فيقسمه سائر الورثة على ما بقي من سهام الفريضة بعد إسقاط نصيب المدين.

مثاله: الدين في الصورة المذكورة ثمانية، والعين اثنا عشر، فسهم الفريضة أربعة، يطرح منها نصيب المديون، وتقسم العين على الباقي، يخرج من القسمة أربعة، تضربها في نصيب المدين وهو واحد، يكون أربعة، فذلك هو الذي حَيَّي من الدين، يبقى منه أربعة، تأخذ منه نصيب المدين من التركة وهو خمسة، تطرحها مما عليه، يبقى ثلاثة، فالثلاثة هي التي تبقى من الدين، ويسقط واحد، وتلك الثلاثة مقسومة على سهامهم مما صحت منه المسألة وهي ثلاثة. هذا إذا لم يكن وصية، فإن كانت، بأن خلف ابنين وترك عشرة ديناً على أحدهما، وأوصى بثلث ماله لزيد، فوجهان: أحدهما، وينسب إلى ابن سريج وبه قطع الجمهور: أننا ننظر إلى الفريضة الجامعة للوصية والميراث وهي ثلاثة، للموصى له سهم، ولكل ابن سهم، فيأخذ المدين سهمه مما عليه، ويقتسم الابن الآخر وزيد العين نصفين، وقد حَيَّي من

الدين خمسة، يبقى خمسة، للمدين ثلاثة، يبقى ثلاثة وثلث، إذا أداها اقتسمها الابن الآخر وزيد نصفين. والوجه الثاني، وينسب إلى أبي ثور: يأخذ الموصى له ثلث العين، والابن الذي لا دين عليه، يأخذ ثلثاً إرثاً، والثلث قصاصاً، فيبرأ المدين من ثلثي الدين بالإرث والمقاصة، يبقى عليه ثلث الدين، يأخذه الموصى له.

القسم الثاني: أن يكون الدين على أجنبي، فينظر، إن لم يكن وصية، اشتركت الورثة في العين والدين، وإن كانت، فإذا أن يكون غير المدين، وإما له، وإما لهما. فإن كانت لغيره، بأن خلف ابنين، وترك عشرة عيناً وعشرة ديناً على زيد، وأوصى لعمر و بثلث ماله، فالابنان وعمرو يقتسمون العين أثلاثاً، وكلما حصل من الدين شيء اقتسموه كذلك. ولو قيد الوصية بثلث الدين، اقتسم الابنان العين. وأما الدين، فقد ذكرنا فيه وجهين: أحدهما: أن الحاصل منه الدين، يضم إلى العين ويدفع ثلث الدين مما حصل إلى زيد، ويسمى: وجه الحصر، لأنه حصر حق الموصى له فيما يتنجز من الدين. وأصحهما: أن ما يحصل من الدين يدفع إلى زيد ثلثه، ويسمى: وجه الشيوخ.

وإن كانت الوصية للمدين، نظر فيما يستحقه بالوصية، أهو مثل الدين، أم أقل، أم أكثر؟ ويقاس بما ذكرنا فيما إذا كان الدين على وارث. وإن كانت الوصية لهما، بأن أوصى - والصورة ما سبق - لعمر و بثلث العين، ولزيد بما عليه، وردّ الابنان الوصيتين إلى الثلث، فيكون الثلث بينهما على أربعة، لعمر و سهم، ولزيد ثلاثة، فعلى قول ابن سريج: الفريضة الجامعة من اثني عشر، للوصيتين أربعة، وللأبنين ثمانية، فيقتسم عمرو والابنان العين على قدر سهامهم وهي تسعة، لعمر و سهم وتسع، ولكل ابن أربعة وأربعة أتساع، ويبرأ زيد من ثلاثة أرباع الثلث وهي خمسة دراهم، يبقى عليه خمسة، كلما أدى شيئاً كان بين عمرو والأبنين على تسعة، فيحصل لعمر و خمسة أتساع درهم، فيتم له ربع الثلث وهو درهم وثلثان، وللأبنين الباقي. ثم ليكن المصروف إلى عمرو عند خروج الدين من نفس العين إن كانت باقية. وعلى الوجه المنسوب إلى أبي ثور: لعمر و ربع الثلث وهو درهم وثلثان يأخذه من العين، والباقي من العين للأبنين، فيبرأ الغريم من خمسة، يبقى عليه خمسة، إذا أداها اقتسمها الابنان. ولو خلف ابنين وعشرين درهماً عيناً وعشرة ديناً على رجل، وأوصى للغريم بما عليه، ولزيد بعشرة من العين، ولم يجز الابنان ما زاد على الثلث، فيجعل الثلث بينهما نصفين. ثم عن ابن سريج رحمه الله وجهان: أحدهما: أن الفريضة الجامعة من ستة، للوصيتين اثنان، وللأبنين أربعة، فلزيد من العشرين أربعة، ولكل ابن ثمانية، ويبرأ الغريم عن نصف الثلث وهو خمسة، يبقى عليه

خمسة، إذا حصل منها شيء جعل بينهم أخماساً حتى يتم لزيد خمسة، ولكل ابن عشرة. والثاني: أنه يدفع إلى زيد من العين نصف وصيته وهو خمسة، ويبرأ الغريم من نصف ما عليه وهو خمسة، وللأبنين باقي العين خمسة عشر، ويقتصان باقي الدين وهو خمسة. قال الإمام: هذا الوجه على ضعفه يجري فيما سبق.

القسم الثالث: أن يكون الدين على وارث وأجنبي، بأن ترك ابنين وعشرة عيناً وعشرة ديناً على أحدهما وعشرة ديناً على أجنبي، وأوصى بثلث ماله، فعلى قياس ابن سريج والجمهور: الفريضة الجامعة من ثلاثة، يجعل سهم المدين ما عليه، ويقتسم الابن الآخر والموصى له العين نصفين، وما حصل مما على الأجنبي اقتسماه نصفين. وعلى الوجه الثاني: يأخذ الموصى له ثلث العين، والباقي للابن الذي لا دين عليه، ويبرأ الابن المدين مما عليه، وإذا حصل ما على الأجنبي، أخذ الموصى له ثلثه، والابن الذي لا دين عليه ثلثه، وبالله التوفيق.

الباب الثالث: في الرجوع عن الوصية

يجوز الرجوع عن الوصية وعن بعضها، كمن أوصى بعبد ثم رجع عن نصفه، ويجوز الرجوع في كل تبرع معلق بالموت، كقوله: إذا مت فلفلان كذا، أو فادفوا إليه، أو فأعتقوا عبدي، أو فهو وقف. وفي الرجوع عن التدبير صريحاً خلاف يذكر في بابه إن شاء الله تعالى، ولا يصح الرجوع عن التبرعات المنجزة في مرض الموت.

فصل: يحصل الرجوع بطرق، منها أن يقول: نقضت وصيتي، أو أبطلتها، أو رددتها، أو رفعتها، أو فسختها، أو رجعت عنها. ولو سئل عن الوصية فأنكرها، فهو رجوع. ولو قال: لا أدري، فليس برجوع. ولو قال: هو حرام على الموصى له، فرجوع على المذهب. ولو قال: هذا لوارثي بعد موتي، أو هو ميراث عني، فرجوع. ولو قال: هو تركتي، فليس برجوع على الأصح. ومنها إزالة الملك عن الموصى به ببيع أو إعتاق، أو صداق، أو جعله أجرة، أو عوض خلع، فهو رجوع. والهبة مع الإقباض، رجوع، ودونه أيضاً على الأصح. والرهن كالهبة. وقيل: ليس برجوع، لأنه لا يزيل الملك، فأشبهه الاستخدام. والكتابة رجوع، والتدبير رجوع على المذهب، وقيل: إن جعلناه وصية، فهو كما لو أوصى به لزيد ثم عمرو، فيكون نصفه مدبراً. ولو أوصى بالبيع أو غيره مما هو رجوع، فالصحيح المنصوص أنه رجوع وقيل: هو كما لو أوصى لزيد ثم عمرو. وذكر صاحب: «المعتمد» الوجهين، فيما لو أوصى بعبد لرجل، ثم أوصى بعتقه، ففي وجه: يعتق وتبطل الوصية الأولى. وفي

وجه: يعتق نصفه، ويدفع إلى الموصى له نصفه. ولو أوصى بعته، ثم أوصى به لرجل، فالقياس أنه يصرف إلى الموصى له على الأول، وأن ينصف على الثاني، لكنه قال: أحدهما: يتعين العتق، وتبطل الوصية الثانية. والثاني: التنصيف، والتوكيل بالتصرفات المذكورة كالوصية بها، والاستيلاد رجوع. ولو أقر بأن العبد الموصى به مغضوب أو حر الأصل، أو قال: كنت أعتقه، قال الأستاذ أبو منصور: تبطل الوصية، وذكر أنه لو باعه ثم فسخ بخيار المجلس، فإن قلنا: الملك يزول بنفس العقد، حصل الرجوع. وإن قلنا: يحصل بانقطاع الخيار، فلا، ولك أن تقول: هو على كل حال أقوى من الرهن والهبة قبل القبض. فإذا كان الأصح فيهما حصول الرجوع، فهنا أولى، وتعليق العتق رجوع، قاله العبادي في «الرقم»، ويشبه أن يجيء فيه الخلاف فيما لا يزيل الملك.

فرع: أوصى بعين لزيد، ثم أوصى بها لعمرو، فوجهان: أحدهما: أنه رجوع عن الأولى، فتصح وصية عمرو، كما لو وهب لزيد مالاً ثم وهبه قبل القبض لعمرو. والصحيح المنصوص أنه ليس برجوع، لاحتمال إرادة التشريك، فيشرك بينهما، كما لو قال دفعة واحدة: أوصيت لكما، قال الأصحاب: ولو قال: أوصيت به لكما، فرد أحدهما، لم يكن للآخر إلا نصفه، لأنه لم يوجب له إلا النصف. ولو أوصى به لزيد، ثم أوصى به لعمرو، فرد أحدهما، كان للآخر الجميع. ولو أوصى به لأحدهما، ثم أوصى بنصفه للآخر، فإن قبلاه، فثلثاه للأول، وثلثه للثاني. وإن ردّ الأول، فنصفه للثاني. وإن ردّ الثاني، فكله للأول.

فرع: قال: الذي أوصيت به لزيد، قد أوصيت به لعمرو، أو قال لعمرو: أوصيت لك بالعبد الذي أوصيت به لزيد، فهو رجوع على الصحيح، لأشعاره به. وقيل: ليس برجوع كالصورة السابقة. والفرق على الصحيح، أن هناك يجوز أنه نسي الوصية الأولى، فاستصحبها بقدر الإمكان، وهنا بخلافه. ولو أوصى ببيعه وصرف ثمنه إلى الفقراء، ثم قال: يبعوه واصرفوا ثمنه إلى الرقاب، جعل الثمن بين الجهتين، لأن الوصيتين متفقتان على البيع، وأن الزحمة في الثمن. ولو أوصى له بدار، أو بخاتم، ثم أوصى بأبنية الدار، أو بفص الخاتم لآخر، فالدار والخاتم للأول، والأبنية والفص بينهما تفريعاً على الصحيح المنصوص. ولو أوصى له بدار، ثم أوصى لآخر بسكنائها، أو بعبد، ثم أوصى بخدمته لآخر، نقل الأستاذ أبو منصور أن الرقبة للأول، والمنفعة للثاني، وكان يحتمل أن يشتركا في المنفعة كالأبنية والفص.

فرع: هذا كله في الوصية بمعين، فإذا أوصى بثلاث ماله، ثم تصرف في جميع ما يملكه ببيع أو إعتاق أو غيرهما، لم يكن رجوعاً. وكذلك لو هلك جميع ماله، لم

تبطل الوصية، لأن ثلث المال مطلقاً لا يختص بما عنده من المال حال الوصية، بل المعتبر ما يملكه عند الموت زاد أم نقص أم تبدل.

فرع: التوصل إلى أمر يحصل به الرجوع، كالعرض على البيع والهبة والرهن، رجوع على الأصح. ويجري الوجهان في مجرد الإيجاب في الرهن والهبة والبيع.

فرع: أوصى بحنطة فطحنها، أو جعلها سويقاً، أو بذرها، أو بدقيق فجعله، بطلت الوصية، وكان ما أتى به رجوعاً لمعنيين: أحدهما: زوال الاسم. والثاني: إشعاره بإعراضه عن الوصية. ونسب الشيخ أبو حامد المعنى الأول إلى الشافعي رحمه الله، والثاني إلى أبي إسحاق. فلو حصلت هذه الأحوال بغير إذن الموصي، فقياس المعنى الأول بطلان الوصية، وقياس الثاني بقاءها، ونقل بعضهم وجهين في بعضها، والباقي ملحق به، وألحقوا بهذه الصور ما إذا أوصى بشاة فذبحها، أو بعجين فخبزه، لكن خبز العجين ينبغي أن لا يلحق بعجن الدقيق، فإن العجين يفسد لو ترك، فلعله قصد إصلاحه وحفظه على الموصى له، وألحق العبادي في «الرقم» بها ما إذا أوصى بجلد فدبغه، أو بيض فأحضره دجاجة، ولك أن تقول: قياس المعنى الأول أن لا يكون الدبغ رجوعاً، لبقاء الاسم، وكذا الإحضار إلى أن يتفرخ. ولو أوصى بخبز فجعله فتيتاً، فرجوع على الأصح كما لو ثرده. ويجري الوجهان فيما لو أوصى بلحم ثم قدده. ولو طبخه أو شواه، فرجوع قطعاً. ولو أوصى برطب فتمّره، فوجهان: الأشبه أنه ليس برجوع، وكذا تقديد اللحم إذا تعرض للفساد. ولو أوصى بقطن فغزله، فرجوع، أو بغزل فنسجه، فرجوع على الصحيح. ولو حشا بالقطن فراشاً أو جبة، فرجوع على الأصح.

فرع: أوصى بدار فهدمها حتى بطل اسم الدار، فهو رجوع في الأخشاب والنقض، وكذا في العرصة على الأصح. ولو انهدمت بطلت الوصية في النقض على الصحيح، لزوال اسم الدار، وتبقى في العرصة على الصحيح، لأنه لم يوجد منه فعل. وإن كان الانهدام بحيث لا يبطل اسم الدار بقيت الوصية فيما بقي بحاله. وفي المنفصل وجهان: وإذا قلنا في الانهدام: تبطل الوصية في النقض، فكان الانهدام بعد الموت وقبل القبول، فطريقان: أحدهما: تخريجه على أقوال الملك. وأصحهما: القطع بأنه للموصى له، لأن الوصية تستقر بالموت وكان اسم الدار باقياً يومئذ.

فرع: أوصى بثوب فقطعه قميصاً، أو صبغه، فرجوع على الأصح، وغسله ليس برجوع. ولو قصره وقلنا: القصارة أثر، فكالغسل. وإن قلنا: عين، فكالصبغ. ولو أوصى بثوب مقطوع فخاطه، فليس برجوع، واتخاذ الباب من الخشب الموصى به كاتخاذ القميص من الثوب.

فرع: أوصى بشيء، ثم نقله من بلد الموصى له إلى مكان بعيد، فليس برجوع على الأصح، ويشبه أن يكون الخلاف مخصوصاً بما إذا أشعر التباعد بتغيير القصد. فأما إذا أوصى صحيح البدن بدابة، ثم أركبها غلامه، أو حمل عليها إلى مكان بعيد، فلا إشعار.

فرع: أوصى بصاع حنطة بعينه، ثم خلطه بحنطة، فرجوع. قال أبو زيد: إن خلطه بأجود، فرجوع، وإلا، فلا. والأول هو الصحيح المنصوص. ولو أوصى بصاع من صبرة، ثم خلطها بمثلها، فليس برجوع، لأن الموصى به كان مخلوطاً شائعاً، فلا تضر زيادة الخلط. وإن خلط بأجود، فرجوع، وبالأردأ، ليس برجوع على الأصح. ولو اختلطت بنفسها بالأجود، فعلى الخلاف السابق في نظائره. وإذا أبقينا الوصية، فالزيادة الحاصلة بالجودة غير متميزة، فتدخل في الوصية. ولو أوصى بصاع من حنطة، ولم يعين الصاع، ولا وصف الحنطة، فلا أثر للخلط، ويعطيه الوارث مما شاء من حنطة التركة. ولو وصفها وقال: من حنطتي الفلانية، فالوصف مرعي. فإن بطل بالخلط، بطلت الوصية. وإن قال: من مالي، حصّله الوارث.

فرع: أوصى بمنفعة عبد أو دار سنة، ثم أجر الموصى به سنة مثلاً، فإن مات بعد انقضاء مدة الإجارة، فالوصية بحالها. وإن مات قبله، فوجهان: أحدهما: أنه إن انقضت مدة الإجارة قبل سنة من يوم الموت، كانت المنفعة بقية السنة للموصى له، وتبطل الوصية فيما مضى. وإن انقضت بعد سنة من يوم الموت، بطلت الوصية، لأن المستحق للموصى له منفعة السنة الأولى، فإذا انصرفت إلى جهة، بطلت الوصية. والثاني: أنه يستأنف للموصى له سنة من يوم انقضاء الإجارة، فإن كان الموصي قيّد وصيته بالسنة الأولى، وجب أنه لا يجيء الخلاف. ولو لم يسلم الوارث حتى انقضت سنة بلا عذر، فمقتضى الوجه الأول أنه يغرم قيمة المنفعة، ومقتضى الثاني تسليم سنة أخرى.

فرع: تزويج العبد والأمة الموصى بهما، وإجارتهم، وختانهم، وتعليمهم، والإعارة، والإذن في التجارة، والاستخدام، وركوب الدابة، ولبس الثوب، ليس برجوع، ووطء الجارية مع العزل، ليس برجوع، وكذا مع الإنزال على الصحيح وقول الأكثرين. وقال ابن الحداد: رجوع.

فرع: أوصى بعصرة ثم زرعها، فليس برجوع كلبس الثوب. ولو بنى فيها أو غرس، فرجوع على الأصح. فإن لم نجعله رجوعاً، فموضع البناء والغراس هل هو كالبياض المتخلل حتى يأخذه الموصى له إن زال البناء والغراس يوماً؟ أم تبطل الوصية فيه تبعاً للبناء؟ فيه وجهان: ومطلق عمارة الدار، ليس برجوع. فإن بطل

الاسم، بأن جعلها خاناً، فرجوع. وإن لم يبطل، ولكن أحدث فيها بناءً وباباً من عنده، فعلى الوجهين فيما لو بنى في الأرض. فإن لم نجعله رجوعاً، فالبناء الجديد لا يدخل في الوصية على الصحيح.

فصل: أوصى بمائة معينة، ثم بمائة معينة، فله المائتان. وإن أطلق إحداهما، حملت المطلقة على المعينة، وكذا لو أطلقها، لم يكن له إلا مئة. ولو أوصى بخمسين، ثم بمائة، فله مئة. ولو أوصى بمائة، ثم بخمسين، فوجهان: أحدهما: ليس له إلا خمسون. والثاني: له مئة وخمسون.

الباب الرابع: في الأوصياء

الوصاية مستحبة في رد المظالم، وقضاء الديون، وتنفيذ الوصايا، وأمور الأطفال.

قلت: هي في رد المظالم وقضاء الديون التي يعجز عنها في الحال واجبة. فإن لم يوص إلى أحد، نصب القاضي من يقوم بها. وأغرب الأستاذ أبو منصور فحكى وجهاً، أنه إذا كان في الورثة رشيد، قام بهذه الأمور وإن لم ينصبه القاضي.

وللوصاية أركان وأحكام. أما أركانها، فأربعة:

الركن الأول: الوصي، وله خمسة شروط، وهي: التكليف، والحرية، والإسلام، والعدالة، والكفاية في التصرفات. فالصبي والمجنون ومن بعضه رقيق، والمكاتب والمدير وأم الولد، لا تصح الوصية إليهم. وفي مستولده مدبره خلاف مبني على أن صفات الوصي تعتبر حالة الوصاية والموت، أم حالة الموت؟ ولا تجوز وصاية مسلم إلى ذمي، ويجوز عكسه، وتجاوز وصاية الذمي إلى الذمي على الأصح بشرط العدالة في دينه، ولا تجوز إلى فاسق ولا إلى عاجز عن التصرف لا يهتدي إليه لسفه أو هرم أو غيرهما، هذا هو الصحيح. وربما دل كلام بعض الأصحاب على أن هذا الشرط الأخير غير معتبر. وتجاوز الوصاية إلى أعمى على الأصح. وقيل: لا، فتكون الشروط ستة. وزاد الروياني وآخرون شرطاً سابعاً، وهو أن لا يكون الوصي عدواً للطفل الذي يفوض أمره إليه، وحصرنا الشروط كلها بلفظ مختصر فقالوا: ينبغي أن يكون الوصي بحيث تقبل شهادته على الطفل. وكل ما اعتبر من الشروط، ففي وقت اعتباره ثلاثة أوجه: أحدها: يعتبر حاله عند الموت. والثاني: عند الوصاية والموت جميعاً. والثالث: يعتبر في الحالتين وفيما بينهما.

فرع: لا يشترط في الوصي الذكورة، بل يجوز التفويض إلى المرأة، وإذا

حصلت الشروط في أم الأطفال، فهي أولى من غيرها. وحكى الحناطي وجهاً، أنه لا تجوز الوصاية إليها، لأنها ولاية، ومقتضاه الطرد في جميع النساء.

فرع: إذا تغير حال الوصي، فإن كان قبل موت الموصي، بني على أن الشروط متى تعتبر؟ وإن تغير بعد موته، نظر، إن فسق، إما بتعد في المال، وإما بسبب آخر، بطلت ولايته. وقيل: لا تبطل حتى يعزله الحاكم، والصحيح الأول، وبه قطع الجمهور، وفي معناه قيم القاضي. وفي بطلان ولاية القاضي بالفسق وجهان: أحدهما: البطلان. والثاني: لا، كالإمام الأعظم. والأب، والجدة، إذا فسقا، انتزع الحاكم مال الطفل منهما. ولا تبطل ولاية الإمام الأعظم بالفسق، لتعلق المصالح الكلية بولايته، بل تجوز ولاية الفاسق ابتداءً إذا دعت إليها ضرورة، لكن لو أمكن الاستبدال به إذا فسق من غير فتنة، استبدل. وفيه وجه، أنها تبطل أيضاً، وبه قطع الماوردي في «الأحكام السلطانية»، والصحيح الأول. وإذا تاب الفاسق وصلحت حاله، فهل تعود ولايته؟ أما الوصي والقيم، فلا تعود ولايتهما على الصحيح. والأب، والجدة، تعود ولايتهما، والقاضي كالوصي. وإذا كان الوصي قد أتلّف مالاً، لم يبرأ عن ضمانه حتى يدفعه إلى الحاكم، ثم يرده الحاكم إليه إن ولّاه. فإن كان أباً، قبض المضمون من نفسه لولده، وليس من التعدي أكل الأب والوصي مال الطفل لضرورة، لكن إذا وجب الضمان، فطريق البراءة ما ذكرنا.

فرع: تصرفات الوصي بعد الانعزال باطلة. قال القفال: لكن ردّ المغصوب والعواري والودائع وقضاء الديون من جنسها في التركة، لا ينقض، لأن أخذ المستحق فيها كافٍ.

فرع: إذا جُنّ الموصي، أو أغمي عليه، أقام الحاكم غيره مقامه. فإن أفاق، فهل يبقى على ولايته كالأب والجدة والإمام الأعظم إذا أفاقوا؟ أم تبطل لأنه يلي بالتفويض كالتوكيل بخلاف الأب وبخلاف الإمام للمصلحة الكلية؟ فيه وجهان: أحدهما: الثاني، ويجريان في القاضي إذا أفاق. وإذا أفاق الإمام الأعظم بعدما ولي غيره، فالولاية للثاني، إلا أن تثور فتنة، فهي للأول، ذكره البغوي.

فرع: لو اختلت كفاية الوصي، بأن ضعف عن الكتابة والحساب، أو ساء تدبيره لكبر أو مرض، ضم القاضي إليه من يعينه ويرشده. ولو عرض ذلك لقيم القاضي، عزله، لأنه الذي ولّاه.

الركن الثاني: الموصي، فإن كانت الوصاية في قضاء الديون وتنفيذ الوصايا، صحت من كل حر مكلف. وإن كانت في أمور الأطفال، اشترط مع ذلك أن يكون

للموصي ولاية على الموصى في حقه من الصبيان والمجانين ابتداءً من الشرع، لا بتفويض، وفيه مسائل:

إحداها: أن الوصي هل يوصي؟ فيه صور:

إحداها: ليس للموصي في الوصاية المطلقة أن يوصي.

الثانية: قال: أوصيت إليك إلى أن يبلغ ابني فلان، أو يقدم من سفره، فإذا بلغ أو قدم، فهو الوصي. أو قال: أوصيت إليك سنة وبعدها وصي فلان، فالمذهب صحته، وبه قطع الجمهور، وتحتل الوصية التعليق كما تحتل الجهالات والأخطار. وحكى الحناطي وآخرون فيه خلافاً كتعليق الوكالة، وبالمنع أجاب الروياني فقال: لو قال: إذا مت فقد أوصيت إليك، لا يجوز، بخلاف قوله: أوصيت إليك إذا مت. ولو قال: أوصيت إليك، فإذا حضرك الموت فقد أوصيت إلى من أوصيت إليه، أو فوصيك وصي، فباطلة على الأظهر. وقيل: قطعاً. وقيل: صحيحة قطعاً.

الثالثة: أوصى إلى زيد، وأذن له في الوصاية، نظر، إن لم يعين، بل قال: أوص بتركتي إلى من شئت، فأوصى بها إلى شخص، صح على الأظهر. وقيل: قطعاً. وإن عين فقال: أوص بها إلى فلان، فكذلك. وقيل: تصح قطعاً، لأنه قطع اجتهداه، فصار كقوله: أوصيت بعده إلى فلان.

فرع: لو أطلق فقال: أوص إلى من شئت، أو إلى فلان، ولم يصف إلى نفسه، فهل يحمل على الوصاية عنه حتى يجيء فيه الخلاف؟ أم يقطع بأنه لا يوصي عنه؟ فيه وجهان حكاهما البغوي، وقال: الأصح الثاني.

المسألة الثانية: لا يجوز نصب وصي على الأولاد البالغين العقلاء، لأنه لا يلي أمرهم. وأما المجانين، فتجوز الوصاية في أمرهم كالصبيان، وله نصب الوصي لقضاء الدين والوصايا. وإذا نصبه لذلك، لم يتمكن من إلزام الورثة تسليم التركة لتباع في الدين، بل لهم إمساكها وقضاء الدين من مالهم. فلو امتنعوا من التسليم والقضاء من عندهم، ألزمهم أحد الأمرين. هذا إذا أطلق الوصاية بقضاء الدين. فإن قال: ادفع هذا العبد إليه عوضاً عن دينه، فينبغي أن لا يكون للورثة إمساكه، لأن في أعيان الأموال أغراضاً. ولو قال: بعه واقض الدين من ثمنه، فيجوز أن لا يكون لهم الإمساك أيضاً، لأنه قد يكون أطيب.

المسألة الثالثة: لا يجوز للأب نصب الوصي في حياة الجد على الصحيح، لأن ولايته ثابتة شرعاً كولاية التزويج. هذا في أمر الأطفال، فأما في قضاء الديون والوصايا، فله ذلك، ويكون الوصي أولى من الجد. ولو لم ينصب وصياً، فأبوه

أولى بقضاء الدين وأمر الأطفال، والحاكم أولى بتنفيذ الوصايا، كذا نقله البغوي وغيره.

المسألة الرابعة: ليس لغير الأب والجد الوصاية في أمر الأطفال، ولا للأمم إلا على قول الإصطخري في أنها تلي فتوصى.

الركن الثالث: الموصى فيه، وهو التصرفات المالية المباحة، فيدخل فيه الوصاية بقضاء الديون، وتنفيذ في الوصايا وأمور الأطفال، ولا تجوز في تزويج الأطفال، ولا في معصية، كبناء كنيسة وكتب التوراة. وذكر طائفة منهم الإمام، أن الوصاية لا تجري في ردّ المغصوب والودائع، ولا في الوصية بعين لمعين، لأنها مستحقة بأعيانها فيأخذها أصحابها، وإنما يوصي فيما يحتاج إلى نظر واجتهاد، كالوصية للفقراء، وهذا الذي قالوه موضع توقف نقلاً ومعنى. أما النقل، فما سيأتي في بقية الباب وفي «كتاب الوديعة» إن شاء الله تعالى حيث قالوا: إن أوصى إلى فاسق، ضمن. وأما المعنى، فلأنه قد يخاف خيانة الوارث.

الركن الرابع: الصيغة، فلا بد في الوصاية من الإيجاب، بأن يقول: أوصيت إليك، أو فوضت، أو أقمّتك مقامي، ونحو ذلك، ويجوز فيها التوقيت كما سبق من جواز التعليق، وذلك كقوله: أوصيت إليك سنة، أو إلى أن يبلغ ابني فلان، أو أوصى إلى زوجته إلى أن تتزوج. وأما القبول، فالمذهب اشتراطه، وأشار بعضهم إلى خلاف فيه. وهل يقوم عمل الوصي مقام لفظ قبوله؟ وجهان: وكل هذا مأخوذ من الوكالة، ولا يشترط القبول في حياة الموصي. فلو قبل في حياته، لم يعتدّ به على الأصح. كما لو أوصى بمال، يشترط القبول بعد الموت. وقيل: يعتدّ به، كما لو وكله بعمل يتأخر، يصح القبول في الحال. والرد في حياة الوصي على هذين الوجهين. فعلى الأول، لو ردّ في حياته، ثم قبل بعد موته، جاز، ولو رد بعد الموت، لغت الوصاية.

فرع: إن فصل فقال: أوصيت إليك في قضاء ديوني وتنفيذ وصاياتي والتصرف في أموال أطفالي والقيام بمصالحهم، أو ذكر بعض هذه الأعمال، فذاك، وإن اقتصر على قوله: أوصيت إليك، أو أقمّتك مقامي في أمر أطفالي، ولم يذكر التصرف، فثلاثة أوجه: أحدها: له التصرف والحفظ اعتماداً على العرف. والثاني: ليس له إلا الحفظ تنزيلاً على الأقل. والثالث: لا تصح الوصاية حتى يبين ما فوضه إليه. ولو اقتصر على قوله: أوصيت إليك، فباطلة قطعاً.

فرع: لو اعتقل لسانه، فأوصى بالإشارة المفهومة، أو قرأ عليه كتاب الوصاية، فأشار برأسه أن «نعم»، صحت الوصاية كالآخرس.

فرع: أوصى إليه في تصرف، لا يتعداه.

فرع: يجوز أن يوصي إلى اثنين فصاعداً، وأن يوصي إلى واحد وينصب عليه مشرفاً، ولا يتصرف الوصي إلا بإذنه. ثم إذا أوصى إلى اثنين، إن كانت في رد الودائع أو الغصوب والعواري وتنفيذ الوصية المعينة وقضاء الدين الذي في التركة من جنسه، فلكل منهما الانفراد به، لأن صاحب الحق مستقل في هذه الصور بالأخذ. هكذا نقل البغوي وغيره، وهذا أحد المواضع التي صرحوا فيها بجريان الوصاية في رد الغُصوب والعواري، خلاف ما قالته تلك الطائفة. ثم وقوع المدفوع موقعه، وعدم الرد والنقص عند انفراد أحدهما، بين، لكن تجوز الانفراد ليس بين، فإن تصرفهما في هذه الأموال مستفاد بالوصاية، فليكن بحسبها، ولتجيء فيه الأحوال التي سنذكرها إن شاء الله تعالى في سائر التصرفات، وستجد في كلام الأصحاب ما هو كالصريح فيما ذكرته.

وإن كانت الوصاية في تفرقة الثلث وأمور الأطفال والتصرف في أموالهم، فلها أحوال:

أحدها: أن يثبت الاستقلال لكل واحد فيقول: أوصيت إليكما، أو إلى كل منكما، أو يقول: كل واحد واحد منكما وصيي في كذا، قال أبو الفرج الزاز: أو يقول: أنتما وصيائي في كذا، فلكل منهما الانفراد بالتصرف. وإذا مات أحدهما أو جن أو فسق، أو لم يقبل الوصاية، كان للآخر الانفراد. وإن ضعف نظر أحدهما، فلا آخر للانفراد، وللحاكم أن يضم إلى ضعيف النظر من يعينه.

الثاني: أن يشترط اجتماعهما على التصرف، فليس لواحد منهما الانفراد. فإن انفرد، لم ينفذ البيع والشراء والإعتاق، ويضمن ما أنفق. فإن مات أحدهما، أو جن، أو فسق، أو غاب، أو لم يقبل الوصية، نصب الحاكم بدلاً عنه ليتصرف مع الآخر. وهل له إثبات الاستبداد للآخر؟ وجهان: أحدهما: لا. ولو ماتا جميعاً، فهل للحاكم نصب واحد؟ أم لا بد من اثنين؟ فيه الوجهان. قال إمام الحرمين: وليس المراد من اجتماعهما على التصرف تلفظهما بصيغ العقود معاً، بل المراد صدوره عن رأيهما، ثم لا فرق بين أن يباشر أحدهما أو غيرهما بإذنهما.

الثالث: أن يطلق قوله: أوصيت إليكما، فهو كالتيقيد بالاجتماع، لأنه المتيقن.

فصل: قال: أوصيت إلى زيد، ثم قال: أوصيت إلى عمرو، لم يكن عزلاً لزيد، ثم إن قبلاً، فهما شريكان، وليس لأحدهما الانفراد بالتصرف على الصحيح، وبه قطع المتولي. وقال البغوي: ينفرد، وهو ضعيف. ولو قبل أحدهما فقط، انفرد بالتصرف. ولو قال لعمرو: ما أوصيت به إلى زيد قد أوصيت به إليك، فهو رجوع.

ولو قال لزيد: ضمنت إليك عمراً، أو قال لعمرو: ضمنتك إلى زيد، فإن قبل عمرو دون زيد، لم ينفرد بالتصرف، بل يضم القاضي إليه أميناً، وينبغي أن يجيء في استقلاله الوجهان. وإن قبل زيد دون عمرو، فالذي ذكره الغزالي والمتولي، أنه ينفرد بالتصرف، وفيه نظر، وإن قبل كليهما، فقال الغزالي: هما شريكان، ويشبه أن يقال: زيد وصيي، وعمرو مشرف.

فرع: أوصى إلى شخصين، فاختلفا في التصرف، نظر، إن كانا مستقلين، وقال كل واحد: أنا أتصرف، حكى الشيخ أبو حامد أنه يقسم، فيتصرف كل واحد في نصفه، فإن كان مما لا ينقسم، ترك بينهما حتى يتصرفا فيه. وقال غيره: لا حاصل لهذا الاختلاف، ومن سبق نفذ تصرفه. وإن لم يكونا مستقلين، أمرهما الحاكم بما رآه مصلحة. فإن امتنع أحدهما، ضم القاضي إلى الآخر أميناً. وإن امتنعا، أقام مقامهما أمينين، ولا ينزلان بالاختلاف، بل الآخران نائبان عنهما. وإن اختلفا في تعيين من يصرف إليه من الفقراء، عين القاضي من يراه. وإن اختلفا في الحفظ، قسم، ولكل واحد التصرف فيما في يده ويد صاحبه. وقيل: إن لم يكونا مستقلين، لم ينفرد أحدهما بحفظ شيء. والصحيح المنصوص الذي عليه الجمهور: أنه لا فرق. ثم إذا قسم، وتنازعا في عين النصف المحفوظ، أقرع على الأصح. وقيل: يعين القاضي. هذا إذا كان المتاع منقسماً، وإلا فيحفظانه معاً بجعله في بيتٍ يقفلانه، أو برضاها بنائب يحفظه من جهتهما، وإلا، فيتولى القاضي حفظه، وكذا لو كان منقسماً وقلنا: لا ينقسم عند عدم الاستقلال. ثم ذكر البغوي، أن هذا التفصيل فيما إذا جعل إليهما التصرف واختلفا في الحفظ إلى التصرف. فأما إذا جعل الحفظ إلى اثنين، فلا ينفرد أحدهما بحال.

فصل: في أحكام الوصاية

فمنها الجواز، فللموصي الرجوع متى شاء، وللموصي عزل نفسه متى شاء. قلت: إلا أن يتعين عليه، أو يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم من قاضٍ وغيره. والله أعلم.

ومنها: أن الوصي يقضي الديون التي على الصبي من الغرامات والزكوات وكفارة القتل. وفي الكفارة وجه، لأنها ليست على الفور، وينفق عليه وعلى من عليه نفقته، ولينفق بالمعروف، وهو ترك الإسراف والتقتير. فإن أسرف، ضمن الزيادة، ويشترى له الخادم عند الحاجة إذا كان مثله يخدم.

فرع: إذا بلغ الصبي، ونازعه في أصل الإنفاق، صدّق الوصي بيمينه. ولو

قال: أسرفت في الإنفاق، فإن كان بعد تعيينهما قدراً، نظر فيه، وصدّق من يقتضي الحال تصديقه. وإن لم يعينا، فالمصدق الوصي على المذهب، وبه قطع الجمهور، وحكى البغوي عن بعضهم فيه وجهين: وهذا على غرابته يجيء في أصل الإنفاق.

فرع: ادعى أن الوصي خان في بيع ماله، فباعه بلا حاجة ولا غبطة، ففيه خلاف قدمناه في «باب الحجر». والمذهب أن القول قول المدعي.

فرع: تنازعا في تاريخ موت أبيه، فقال: من خمس سنين، فقال الوصي: من ست، واتفقا على إنفاقه من يوم الموت، لم يقبل قول الوصي على الأصح.

فرع: ادّعى دفع المال إليه بعد البلوغ، لا يقبل بغير بينة على الصحيح.

فرع: يقبل قول الوصي في التلف بالغصب والسرقة.

فرع: قيّم الحاكم، كالوصي فيما ذكرناه، والمجنون بعد إفاقته كالصبي بعد بلوغه في كل ذلك.

فصل: إذا بلغ الصبي مجنوناً أو سفيهاً، استمرت ولاية الصبي كما سبق في «باب الحجر»، ثم إن رأى أن يدفع إلى المبدّر نفقة أسبوع أسبوع، فَعَل، فإن لم يثق به، دفعها إليه يوماً يوماً، ويكسوه كسوة مثله، فإن كان يخرقها، هدّده، فإن لم يمتنع، اقتصر في البيت على إزار. وإذا خرج، كساه وجعل عليه رقيباً.

فصل: ليس له تزويج الأطفال وإن ذكره الموصي، ولا بيع مال الصبي لنفسه ولا عكسه، ولا بيع مال صبي لصبي، وتجوز شهادة الوصي على الأطفال، ولا تجوز شهادته لهم بمال وإن كان وصياً في تفرقة الثلث فقط، لأنه يثبت لنفسه ولاية، ويجوز لمن هو وصي في مال معين أن يشهد بغيره.

فصل: في مسائل مثورة

يجوز للوصي أن يوكل فيما لم تجر العادة بمباشرة لمثله، ولا يجوز أن يبيع شيئاً من مال كبار الورثة بغير إذنهم. وإذا أوصى بثلث ماله وليس له إلا عبد، لم يبيع الوصي إلا ثلثه. ولو كان الوصي والصبي شريكين، لم يستقل بالقسمة، سواء قلنا: هي بيع أو إفراز. وفي «فتاوى» القفال: ليس له خلط حنطته بحنطة الصبي، ولا دراهمه بدراهمه، وقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ تَخَاطَوْهُمْ﴾ [البقرة: ٢٢٠] محمول على ما لا بد منه للإرفاق، وهو خلط الدقيق بالدقيق واللحم باللحم للطبخ ونحوه، ولا يلزم الوصي الإشهاد في بيع مال اليتيم على الأصح. وفي «الجرجانيات» لأبي العباس الروياني وجهان في أن الولي لو فسق قبل انبرام البيع، هل يبطل البيع؟ ووجهان في أن الوصاية هل تنعقد بلفظ الولاية، كقوله: وليتك كذا بعد موتي؟ ويجوز للوصي أن

يدفع مال اليتيم مضاربة إلى من يتصرف في البلد، ويجوز إلى من يسافر به إذا جوزنا المسافرة به عند أمن الطريق، وهو الأصح كما سبق في «الحجر» ولو أوصى إلى الله تعالى، وإلى زيد، فقياس ما سبق فيما إذا أوصى الله تعالى ولزيد مجيء وجهين: أحدهما: أن الوصاية إلى زيد. والثاني: إلى زيد والحاكم. ولو أوصى بشيء لرجل لم يذكره، وقال: قد سميته لوصيي، فللورثة أن لا يصدّقوه. وفي شرح «أدب القاضي» لأبي عاصم العبادي، أنه لو قال: سميته لوصيي زيد وعمرو، فعينا رجلاً، استحقه. وإن اختلفا في التعيين، فهل تبطل الوصية، أم يحلف كل منهما مع شاهده؟ قولان: وفي «الزيادات» لأبي عاصم: أنه لو خاف الوصي أن يستولي غاصب على المال، فله أن يؤدي شيئاً لتخليصه، والله يعلم المفسد من المصلح.

وفي «فتاوى» القفال: أنه لو أوصى إلى رجل فقال: بع أرضي الفلانية، واشتر من ثمنها رقبة فأعتقها عني، وأحج عني، واشتر مئة رطل خبز فأطعمها الفقراء، فباع الأرض بعشرة، وكان لا توجد رقبة إلا بعشرة، ولا يحج إلا بعشرة، ولا يباع الخبز بأقل من خمسة، فتوزع العشرة عليها خمسة أسهم، ولا يحصل الإعتاق والحج بحصتهما، فيضم إلى حصة الخبز تمام الخمسة، فينفذ فيه الوصية، ويرد الباقي على الورثة، كما لو أوصى لكل واحد من زيد وعمرو بعشرة، وكان ثلاثة عشر، فرد أحدهما، دفعت العشرة إلى الآخر. ولو قال: اشتر من ثلثي رقبة فأعتقها، وأحج عني، واحتاج كل منهما إلى عشرة، فإن قلنا: يقدم العتق، صرفت العشرة إليه، وإلا، فينبغي أن يقرع بينهما ولا يوزع، إذ لو وزع، لم يحصل واحد منهما، وبالله التوفيق.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الوديعة^(١)

هي المال الموضوع عند أجنبي ليحفظه . واستودعته الوديعة : استحفظته إياها . ومن أودع وديعة يعجز عن حفظها، حرم عليه قبولها ؛ وإن كان قادراً، لكن لا يثق بأمانة نفسه، فهل يحرم قبولها، أم يكره؟ وجهان : وإن قدر، ووثق بأمانة نفسه، استحب القبول . فإن لم يكن هناك غيره، فقد أطلق مطلقون أنه يتعين عليه القبول، وهو محمول على ما بينه السرخسي في «الأمالي»، وهو أنه يجب أصل القبول دون أن يتلف منفعة نفسه وحرزه في الحفظ من غير عوض .

فرع: لا يصح إيداع الخمر ونحوها .

فصل: الإيداع، توكيل خاص، وأركانه، كأركانها أربعة: الحفظ، والعاقدان، والصيغة . فلا بد من صيغة من المودع دالة على الاستحفاظ، كقوله : استودعتك هذا المال، أو أودعتك، أو استحفظتك، أو أنبتك في حفظه، أو احفظه، أو هو وديعة عندك، أو ما في معناها . وفي اشتراط القبول باللفظ ثلاثة أوجه : أصحها : لا يشترط، بل يكفي القبض في العقار والمنقول . والثاني : يشترط . والثالث : يشترط إن كان بصيغة عقد، كأودعتك، ولا يشترط إن قال : احفظه، أو هو وديعة عندك . ولو قال : إذا جاء رأس الشهر، فقد أودعتك هذا، فقطع الروياني في «الحلية» بالجواز، والقياس تخريجه على الخلاف في تعليق الوكالة . ولو جاء بماله، ووضعه بين يدي غيره، ولم يتلفظ بشيء، لم يحصل الإيداع . فلو قبضه الموضوع عنده، ضمنه . وكذا لو كان قد قال قبل ذلك : أريد أن أودعك، ثم جاء بالمال، فإن قال : هذا وديعتي عندك، أو احفظه، ووضعه بين يديه، فإن أخذه الموضوع عنده، تمت الوديعة إن لم يشترط القبول لفظاً . وإن لم يأخذه، نظر، إن لم يتلفظ، لم يكن وديعة، حتى لو ذهب وتركه، فلا ضمان عليه، لكن يأنم إن كان ذهابه بعدما غاب المالك . وإن قال : قبلت، أو ضعه، فوضعه، كان إيداعاً، كما لو قبضه بيده، كذا قال البغوي . وقال المتولي : لا يكون وديعة ما لم يقبضه . وفي «فتاوى» الغزالي : أنه

(١) الوديعة هي عين يضعها مالکها أو نائبه عند من يحفظها بلا عوض .

إن كان الموضع في يده، فقال: ضعه، دخل المال في يده، لحصوله في الموضع الذي هو في يده. وإن لم يكن، بأن قال: انظر إلى متاعي في دكاني، فقال: نعم، لم يكن وديعة. وعلى الأول، لو ذهب الموضوع عنده وتركه، فإن كان المالك حاضراً بعد، فهو ردٌ للوديعة. وإن غاب المالك، ضمنه.

فصل: لا يصح الإيداع إلا من جائز التصرف. فلو أودع صبي أو مجنون مالا، لم يقبله، فإن قبله، ضمنه، ولا يزول الضمان إلا بالرد إلى الناظر في أمره. لكن لو خاف هلاكه في يده، فأخذه على وجه الحسبة صوناً له، لم يضمنه على الأصح. ولا يصح الإيداع إلا عند جائز التصرف، فلو أودع مالا عند صبي، فتلف، لم يضمنه، إذ ليس عليه حفظه، فهو كما لو تركه عند بالغ من غير استحفاظ فتلف. وإن أتلفه الصبي، فقولان: ويقال: وجهان: أحدهما: لا ضمان، لأن المالك سلطه عليه، فصار كما لو باعه أو أقرضه وأقبضه فأتلفه، فلا ضمان قطعاً. وأظهرهما: يضمن، كما لو أتلف مال غيره من غير استحفاظ. ولا تسليط على الإتلاف هنا، بخلاف البيع والقرض. ولو أودع ماله عند عبد فتلف عنده، فلا ضمان. وإن أتلفه، فهل يتعلق الضمان برقبته كما لو أتلف ابتداءً، أم بذمته كما لو باعه؟ فيه الخلاف المذكور في الصبي. وإيداع السفينة والإيداع عنده، كإيداع الصبي والإيداع عنده.

فرع: استنبطوه من الخلاف المذكور في الصبي والعبد أصلاً في الباب

وهو أن الوديعة عقد برأسه، أم إذن مجرد؟ إن قلنا: عقد، لم يضمنه الصبي، ولم يتعلق برقبة العبد. وإن قلنا: إذن، فبالعكس. وخرجوا عليه ولد الجارية المودعة، ونتاج البهيمة. إن قلنا: عقد، فالولد وديعة كالأم، وإلا، فليس بوديعة، بل أمانة شرعية في يده يجب ردُّها في الحال، حتى لو لم يؤد مع التمكن، ضمن على الأصح، كذا قاله البغوي. وقال المتولي: إن قلنا: عقد، لم يكن وديعة، بل أمانة، اعتباراً بعقد الرهن والإجارة، وإلا، فهل يتعدى حكم الأم إلى الولد كالأضحية، أم لا كالعارية؟ وجهان: والموافق لإطلاق الجمهور كون الوديعة عقداً.

فصل: في أحكام الوديعة

هي ثلاثة:

أحدها: الجواز من الجانبين، وتنفسخ بموت أحدهما أو جنونه أو إغمائه. ولو عزم المودع نفسه، ففي انعزاله وجهان: بناءً على أن الوديعة إذن، أم عقد؟ إن قلنا: إذن، فالعزل لغو، كما لو أذن للضيفان في أكل طعامه، فقال بعضهم: عزلت نفسي،

يلغو قوله، وله الأكل بالإذن السابق. فعلى هذا، تبقى الوديعة بحالها. وإن قلنا: عقد، انفسخت وبقي المال في يده أمانة شرعية، كالريح تطير الثوب إلى داره، فعليه الرد عند التمكن وإن لم يطلب على الأصح. فإن لم يفعل، ضمن.

الحكم الثاني: أنها أمانة، فلا يضمن إلا عند التقصير، وأسباب التقصير تسعة: أحدها: أن يودعها المودع عند غيره بلا عذر من غير إذن المالك، فيضمن، سواء أودع عند عبده وزوجته وابنه، أو أجنبي. والكلام في تضمين المالك المودع الثاني قد سبق في بابي الرهن والغصب. وإن أودعها عند القاضي، فوجهان: - سواء كان المالك حاضراً أو غائباً - أصحابهما: عند الجمهور: يضمن. فإن جوزنا الدفع إلى القاضي، لم يجب عليه القبول إن كان المالك حاضراً والدفع عليه متيسراً، وإن لم يكن كذلك، لزمه القبول على الأصح، لأنه نائب الغائبين. وإذا حمل الغاصب المغصوب إلى القاضي، ففي وجوب القبول الوجهان، لكن هذا أولى بالمنع ليبقى مضموناً للمالك. ومن عليه دين لو حملة إلى القاضي، نظر، إن كان بحيث لا يجب على المالك قبوله، فالقاضي أولى، وإلا، فوجهان وأولى بالمنع وهو الأصح، لأن الدين في الذمة لا يتعرض للتلف، وإذا تعين، تعرض له. وجميع ما ذكرناه هو فيما إذا استحفظ غيره وأزال يده ونظره عن الوديعة. أما إذا استعان به في حملها إلى الحرز، فلا بأس، كما لو استعان في سقي البهيمة وعلفها. قال القفال: وكذا لو كانت خزائنه وخزانة ابنه واحدة فدفعها إلى ابنه ليضعها في الخزانة. وذكر الإمام أن المودع إذا أراد الخروج لحاجاته، فاستحفظ من يثق به من متصليه، وكان يلاحظ المخزن في عوداته، فلا بأس. وإن فوض الحفظ إلى بعضهم، ولم يلاحظ الوديعة أصلاً، ففيه تردد. وإن كان المخزن خارجاً عن داره التي يأوي إليها، وكان لا يلاحظه، فالظاهر تضمينه.

فرع: هذا الذي ذكرناه، إذا لم يكن عذر. فإن كان، بأن أراد سفرًا، فينبغي أن يردها إلى مالكها أو وكيله. فإن تعذر وصوله إليهما، دفعها إلى القاضي، وعليه قبولها. فإن لم يجد قاضياً، دفعها إلى أمين، ولا يكلف تأخير السفر. فإن ترك هذا الترتيب فدفعها إلى الحاكم أو أمين مع إمكان الدفع إلى المالك أو وكيله، ضمن، ويجيء في هذا الخلاف السابق. وإن دفع إلى أمين مع القدرة على الحاكم، ضمن على المذهب. ولو دفن الوديعة عند سفره، ضمن إن دفنها في غير حرزه أو في حرز ولم يعلم بها أميناً، أو أعلمه حيث لا يجوز الإيداع عند الأمين، أو حيث يجوز إلا أن الذي أعلمه لا يسكن الموضع. فإن سكنه، لم يضمن على الأصح. كذا فصله الجمهور، وجعل الإمام في معنى السكنى، أن يراقبها من الجوانب، أو من فوق

مراقبة الحارس. وقيل: إن الإعلام كالإيداع سواء سكن الموضع، أم لا. ونقل صاحب «المعتمد» وغيره وجهين: في أن سبيل هذا الإعلام سبيل الإشهاد، أم الائتمان؟ أصحابهما: الثاني. فعلى الأول، لا بد من إعلام رجلين، أو رجل وامرأتين. وكما يجوز الإيداع بعذر السفر كما تبين، فكذا سائر الأعذار، كما إذا وقع في البقعة حريق أو نهب أو غارة، أو خاف الغرق، وليكن في معناها إذا أشرف الحرز على الخراب ولم يجد حرزاً ينقلها إليه.

السبب الثاني: السفر بها، فإذا أودع حاضراً، لم يجز أن يسافر بها، فإن فعل، ضمن. وقيل: لا يضمن إذا كان الطريق آمناً، أو سافر في البحر والغالب فيه السلامة، والصحيح الأول. ولو سافر بها لعذر، بأن جلا أهل البلد، أو وقع حريق، أو غارة، فلا ضمان بشرط أن يعجز عن ردها إلى المالك ووكيله والحاكم وعن إيداع أمين، ويلزمه السفر بها في هذه الحالة، وإلا، فهو مضيع. ولو عزم على السفر في وقت السلامة، وعجز عن المالك ووكيله، والحاكم، والأمين، فسافر بها، لم يضمن على الأصح عند الجمهور، لئلا ينقطع عن مصالحه وينقر الناس عن قبول الودائع. وشرط الجواز، أن يكون الطريق آمناً، وإلا، فيضمن، وهذا ظاهر في مسألة الوجهين. فأما عند الحريق ونحوه، فكان يجوز أن يقال: إذا كان احتمال الهلاك في الحضر أقرب منه في السفر، فله السفر بها. قال في «الرقم»: وإذا كان الطريق آمناً، فحدث خوف، أقام. ولو هجم قطاع الطريق، فالقى المال في مضیعة إخفاء له فضاع، ضمن.

فرع: إذا أودع مسافراً، فسافر بالوديعة، أو منتجعاً، فانتجع بها، فلا ضمان، لأن المالك رضي حين أودعه.

السبب الثالث: ترك الإيضاء، فإذا مرض المودع مرضاً مخوفاً، أو حبس للقتل، لزمه أن يوصي بها. فإن سكت عنها، ضمن، لأنه عرضها للفتوات، إذ الوارث يعتمد ظاهر اليد ويدعيها لنفسه، والمراد بالوصية: الإعلام والأمر بالرد من غير أن يخرجها من يده، وهو مخير في هذه الحالة بين الإيداع والاقتصار على الإعلام والأمر بالرد. ثم يشترط في الوصية بها أمور:

أحدها: أن يعجز عن الرد إلى المالك أو وكيله، وحينئذ يودع عند الحاكم أو يوصي إليه. فإن عجز. فيودع عند أمين، أو يوصي إليه. كذا رتب الجمهور، كما إذا أراد السفر. وفي «التهذيب»: أنه يكفيه الوصية وإن أمكن الرد إلى المالك، لأنه لا يدري متى يموت.

الثاني: أن يوصي إلى أمين. فإذا أوصى إلى فاسق، كان كما لو لم يوص،

فيضمن، ولا بأس بأن يوصي إلى بعض ورثته، وكذا الإيداع حيث يجوز أن يودع أميناً.

الثالث: أن يبين الوديعة ويميزها عن غيرها بإشارة إليها، أو ببيان جنسها وصفتها. فلو لم يبين الجنس، بل قال: عندي وديعة، فهو كما لو لم يوص.

فرع: لو ذكر الجنس فقال: عندي ثوب لفلان، نظر إن لم يوجد في تركته ثوب، فهل يضمن؟ وجهان: أحدهما: عند جماهير الأصحاب: يضمن، لتقصيره في البيان، فيضارب صاحب الوديعة بقيمتها مع الغرماء. وإن وجد في تركته أثواب، ضمن قطعاً، لأنه إذا لم يميز، فكأنه خلط الوديعة. وإن وجد ثوب واحد، ضمن أيضاً على الأصح، ولا يدفع إليه الثوب الموجود. وقيل: يتعين الثوب الموجود، وبه قطع البغوي والمتولي. وفي أصل المسألة وجه: أنه إنما يضمن إذا قال: عندي ثوب لفلان وذكر معه ما يقتضي الضمان. فأما إذا اقتصر عليه، فلا ضمان.

فرع: قال الإمام: إذا لم يوص أصلاً، فادعى صاحب الوديعة أنه قصر، وقال الورثة: لعلها تلفت قبل أن ينسب إلى التقصير، فالظاهر براءة الذمة.

فرع: جميع ما ذكرناه إذا تمكن من الإيداع، أو الوصية، فإن لم يتمكن، بأن قتل غيلة، أو مات فجأة، فلا ضمان.

فرع: إذا مات ولم يذكر أن عنده وديعة، فوجد في تركته كيس مختوم، أو غير مختوم مكتوب عليه: وديعة فلان، أو وجد في جريدته: لفلان عندي كذا وديعة، لم يلزم الورثة التسليم بهذا لاحتمال أنه كتب هو أو غيره تلبساً، أو اشترى الكيس وعليه الكتابة فلم يمحها، أو ردّ الوديعة بعد كتابتها في الجريدة ولم يمحها، وإنما يلزم التسليم، بإقراره أو إقرار المورث ووصية أو بيعة.

السبب الرابع: نقلها، فإذا أودعه في قرية، فنقل الوديعة إلى قرية أخرى، فإن كان بينهما مسافة القصر، ضمن، وكذا إن كان بينهما ما يسمى سفراً على الصحيح. وإن لم يسم سفراً، ضمن إن كان فيها خوف، أو كانت المنقول عنها أحرز، وإلا، فلا على الأصح. وحيث منعنا النقل، فذاك إذا لم يكن ضرورة. فإن وقعت ضرورة، فكما ذكرنا في المسافرة. وإذا أراد الانتقال بلا ضرورة، فالطريق ما سبق فيما إذا أراد السفر. والنقل من محلة إلى محلة، أو من دار إلى دار، كالنقل من قرية إلى قرية متصلتي العمارة، فإن كانت المنقول عنها أحرز، ضمن، وإلا، فلا. ولو نقل من بيت إلى بيت في دار واحدة، أو خان واحد، فلا ضمان. وإن كان الأول أحرز منهما، كان الثاني حرزاً أيضاً، قاله البغوي. وجميع مسائل الفصل فيما إذا أطلق الإيداع، فأما إذا أمر بالحفظ في موضع معين، فسنذكره إن شاء الله تعالى.

السبب الخامس: التقصير في دفع المُهلَكَات، فيجب على المودع دفع المهلكات على المعتاد. فلو أودعه، فله أحوال:

أحدها: أن يأمره بالعلف والسقي، فعليه رعاية المأمور. فإن امتنع حتى مضت مدة يموت مثلها في مثلها، فإن ماتت، ضمنها، وإلا، فقد دخلت في ضمانه. وإن نقصت، ضمن نصفها. وتختلف المدة باختلاف الحيوانات. وإن ماتت قبل مضي هذه المدة، لم يضمن إن لم يكن بها جوع وعطش سابق. وإن كان وهو عالم به، ضمن، وإلا، فلا على الأصح. فإن ضمنه، فيضمن الجميع، أم بالقسط؟ وجهان: كما لو استأجر بهيمة فحملها أكثر مما شرط.

الثانية: أن ينهائه عن العلف والسقي، فيعصي إن ضيَّعها لحرمة الروح. والصحيح الذي قاله الجمهور، أنه لا ضمان، وضمنه الإصطخري.

الثالثة: أن لا يأمره ولا ينهائه، فيلزم القيام بهما، لأنه التزم حفظها. ثم الكلام في أمرين:

أحدهما: المودع لا يلزمه العلف من ماله، فإن دفع إليه المالك علفها، فذاك. ولو قال: اعلفها من مالك، فهو كقوله: اقض ديني. والأصح الرجوع عليه. فإن لم يذكر شيئاً، راجع المالك أو وكيله ليستردها، أو يعطي علفها. فإن لم يظفر بهما، رفع الأمر إلى الحاكم ليقترض عليه، أو يبيع جزءاً منها، أو يؤجرها ويصرف الأجرة في مؤنتها. والقول فيه وفي تفاريعه، كما سبق في هرب الجمال وعلف الضالة، ونفقة اللقيط ونحوها.

الأمر الثاني: إن علفها وسقاها في داره، أو إصطبله، حيث تعلف وتسقى دوابه. فقد وفى بالحفظ. وإن أخرجها من الموضع، فإن كان يفعل كذلك مع دوابه لضيق وغيره، فلا ضمان. وإن كان ليسقي دوابه فيه، فقد قال الشافعي رحمته الله في «المختصر»: وإن أخرجها إلى غير داره وهو يسقي في داره، ضمن. وقال الإصطخري بظاهره وأطلق وجوب الضمان. وقالت طائفة: هذا إذا كان الموضع أحرز. فإن تساوى، فلا ضمان. وقال أبو إسحاق وآخرون: هذا إذا كان في الإخراج خوف. فإن لم يكن، لم يضمن، لا ظراد العادة، وهذا هو الأصح. ثم إن تولى السقي والعلف بنفسه - أو أمر به صاحبه وغلّامه وهو حاضر لم تزل يده - فذاك، وإن بعثها على يد صاحبه ليسقيها، أو أمره بعلفها وأخرجها من يده، فإن لم يكن صاحبها أميناً، ضمن، وإلا، فلا على الأصح، للعادة. قال في «الوسيط»: والوجهان فيمن يتولى بنفسه في العادة، فأما غيره، فلا يضمن قطعاً.

فرع: إذا كان النهي عن العلف لعله تقتضيه، كالقولنج، فعلفها قبل زوال العلة فماتت، ضمن.

فرع: العبد المودوع، كالبهيمة في الأحوال المذكورة. ولو أودعه نخيلاً، فوجهان: أحدهما: سقيها كسقي الدابة. والثاني: لا يضمن بترك السقي إذا لم يأمره به.

فرع: ثياب الصوف التي يفسدها الدود، يجب على المودع نشرها وتعريضها للريح. بل يلزمه لبسها إذا لم يندفع إلا بأن تلبس وتعقب بها رائحة الأدمي، فإن لم يفعل ففسدت، ضمن، سواء أمره المالك أو سكت. فإن نهاه عنه، فامتنع حتى فسدت، كره ولا يضمن. وأشار في «التممة» إلى أنه يجيء فيه وجه الإصطخري ولو كان الثوب في صندوق مقفل، ففتح القفل ليخرجه وينشره، قال البغوي: لا يضمن على الأصح. هذا كله إذا علم المودع. فإن لم يعلم، بأن كان في صندوق أو كيس مشدود ولم يُعلمه المالك، فلا ضمان.

السبب السادس: الانتفاع. فالتعدي باستعمال الوديعة والانتفاع بها، كلبس الثوب، وركوب الدابة، خيانة مضمنة. فإن كان هناك عذر، بأن لبس لدفع الدود كما سبق، أو ركب الدابة حيث يجوز إخراجها للسقي وكانت لا تنقاد إلا بالركوب، فلا ضمان. وإن انقادت من غير ركوب فركب، ضمن. ولو أخذ الدراهم ليصرفها إلى حاجته، أو الثوب ليلبسه، أو أخرج الدابة ليركبها، ثم لم يستعمل، ضمن، لأن الإخراج على هذا القصد خيانة. ولو نوى الأخذ لنفسه فلم يأخذ، لم يضمن على الصحيح وقول الأكثرين، وضمنه ابن سريج. ويجري الخلاف، فيما لو نوى أن لا يرد الوديعة بعد طلب المالك. وقيل: يضمن هنا قطعاً، لأنه يصير ممسكاً لنفسه، قاله القاضي أبو حامد والماوردي. ويجري الوجهان، فيما إذا كان الثوب في صندوق غير مقفل فرفع رأسه ليأخذ الثوب ويلبسه، ثم بدا له. ولو كان الصندوق مقفلاً والكيس مختوماً، ففتح القفل وفض الختم ولم يأخذ ما فيه، فوجهان: أحدهما: لا يضمن ما فيه، وإنما يضمن الختم الذي تصرف فيه. وأصحهما: يضمن ما فيه، لأنه هتك الحرز. وعلى هذا، ففي ضمان الكيس والصندوق وجهان: لأنه لم يقصد الخيانة في الظرف. ولو خرق الكيس نظر، إن كان الخرق تحت موضع الختم، فهو كفض الختم. وإن كان فوقه، لم يضمن إلا نقصان الخرق. ولو أودعه شيئاً مدفوناً فنبشه، فهو كفض الختم. ولا يلتحق بالفض وفتح القفل حل الخيط الذي يشد به رأس الكيس، أو رزمة الثياب، لأن القصد منه المنع من الانتشار، لا أن يكون مكتوماً عنه. وعن «الحاوي» وجهان فيما إذا كانت عنده دراهم فوزنها - أودعها - أو ثياب

فذرعها ليعرف طولها، أنه هل يضمن؟ ويشبه أن يجيء هذا الخلاف في حل الشد. قلت: ليس هو مثله. والله أعلم.

فرع: إذا صارت الوديعة مضمونة على المودع بانتفاع أو إخراج من الحرز أو غيرهما من وجوه التقصير، ثم ترك الخيانة ورد الوديعة إلى مكانها، لم يبرأ ولم تعد أمانته. فلو ردها إلى المالك ثم أودعه ثانياً، فلا شك في عود أمانته. فلو لم يردها، بل أحدث له المالك استئماناً فقال: أذنت لك في حفظها، أو أودعتكها، أو استأمنتك، أو أبرأتك من الضمان، فوجهان: ويجوز أن يقال: قولان: أحدهما: يصير أميناً ويبرأ. ولو قال في الابتداء: أودعتك، فإن خنت ثم تركت الخيانة، عدت أميناً لي، فخان ثم ترك الخيانة، قال المتولي: لا يعود أميناً بلا خلاف، لأنه إسقاط ما لم يجب، وتعليق للوديعة.

فرع: قال: خذ هذه وديعة يوماً، وغير وديعة يوماً، فهو وديعة أبداً. ولو قال: وديعة يوماً، وعارية يوماً، فهو وديعة في اليوم الأول، وعارية في اليوم الثاني، ثم لا تعود وديعة أبداً، حكاه الروياني في كتابه «البحر» عن اتفاق الأصحاب.

فصل: إذا خلط الوديعة بمال نفسه، وفقد التمييز، ضمن، وإن خلطها بمال آخر للمالك، ضمن أيضاً على الأصح، لأنه خيانة. ولو أودعه دراهم فأنفق منها درهماً، ثم رد مثله إلى موضعه، لا يبرأ من ضمانه، ولا يملكه المالك إلا بالدفع إليه، ثم إن كان المردود غير متميز عن الباقي، صار الجميع مضموناً، لخلطه الوديعة بمال نفسه. فإن تميز، فالباقي غير مضمون، وإن لم ينفق الدرهم المأخوذ، وردّه بعينه، لم يبرأ من ضمان ذلك الدرهم، ولا يصير الباقي مضموناً عليه إن تميز ذلك الدرهم عن غيره، وإلا، فوجهان: ويقال: قولان: أحدهما: يصير الباقي مضموناً لخلطه المضمون بغيره. وأصحهما: لا، لأن هذا الخلط كان حاصلاً قبل الأخذ. فعلى هذا، لو كانت الجملة عشرة فتلفت، لم يلزمه إلا درهم، ولو تلفت خمسة، لزمه نصف درهم. هذا كله إذا لم يكن على الدراهم ختم ولا قفل، أو كان وقلنا: مجرد الفتح والفض لا يقتضي الضمان. أما إذا قلنا: يقتضيه وهو الأصح، فبالفض والفتح يضمن الجميع.

فرع: إذا أتلّف بعض الوديعة، ولم يكن له اتصال بالباقي، كأحد الثوبين، لم يضمن إلا المتلف. وإن كان له اتصال، كتحريق الثوب، وقطع طرف العبد والبهيمة، نظر إن كان عاملاً، فهو جانٍ على الكل، فيضمن الجميع. وإن كان مخطئاً، ضمن المتلف، ولا يضمن الباقي على الأصح.

السبب السابع: المخالفة في الحفظ. فإذا أمره بحفظها على وجه مخصوص،

فعدل إلى وجه آخر وتلفت، فإن كان التلف بسبب الجهة المعدول إليها، ضمن، وكانت المخالفة تقصيراً. وإن تلفت بسبب آخر، فلا ضمان.

هذه جملة السبب، ولتفصيلها صور:

إحداها: أودعه مالا في صندوق وقال: لا ترقد، فرقد عليه، نظر، إن خالف بالرقود، بأن انكسر رأس الصندوق بثقله، أو تلف ما فيه، ضمن، وإلا، فإن كان في بيت محرز، أو في صحراء فأخذه لص، فلا ضمان على الصحيح، لأنه زاده خيراً. وإن كان في صحراء وأخذه لص من جانب الصندوق، ضمن على الأصح. وإنما يظهر هذا، إذا سرق من جانب لو لم يرقد عليه لرقد هناك، وقد تعرض بعضهم لهذا القيد. ولو قال: لا تقفل عليه، فأقفل، أو لا تقفل إلا قفلاً، فأقفل قفلين، أو لا تغلق باب البيت، فأغلقه، فلا ضمان على الصحيح. ولو أمره بدفنها في بيته وقال: لا تبني، فبنى، فهو كما لو قال: لا ترقد عليه، فرقد، ثم هو عند الاسترداد منقوص غير مغروم على المالك، كما لو نقل الوديعة عند الضرورة لا يرجع بالأجرة على المالك، لأنه متطوع، نص عليه في «عيون المسائل».

الصورة الثانية: أودعه دراهم أو غيرها وقال: اربطها في كمك، فأمسكها، نقل المزمي: أنه لا ضمان. ونقل الربيع: أنه يضمن. وللأصحاب ثلاثة طرق: أحداها: إطلاق قولين. والثاني: أنه إن لم يربطها في الكم واقتصر على الإمساك، ضمن، وإن أمسك باليد بعد الربط، لم يضمن، والثالث وهو أصحها: إن تلفت بأخذ غاصب، فلا ضمان، لأن اليد أحرز بالنسبة إليه. وإن سقطت بنوم أو نسيان، ضمن، لأنها لو كانت مربوطة لم تضع بهذا السبب، فالتلف حصل بالمخالفة. ولفظ النص في «عيون المسائل» مصرح بهذا التفصيل. ولو لم يربطها في الكم وجعلها في جيبه، لم يضمن، لأنه أحرز، إلا إذا كان واسعاً غير مزورور. وفي وجه ضعيف: يضمن، وبالعكس يضمن قطعاً. أما إذا امتثل فربطها في كمه، فلا يكلف معه الإمساك باليد، ثم ينظر إن جعل الخيط الرابط خارج الكم فأخذها الطرار، ضمن، لأن فيه إظهار الوديعة وتنبيه الطرار، لأنه أسهل عليه في قطعه وحله. وإن ضاع بالاسترسال وانحلال العقدة، لم يضمن إذا كان قد احتاط في الربط، لأنها إذا انحلت بقيت الدراهم في الكم. وإن جعل الخيط الرابط داخل الكم، انعكس الحكم. فإن أخذها الطرار، لم يضمن. وإن ضاعت بالاسترسال، ضمن، لأن العقدة إذا انحلت تناثرت الدراهم، هكذا قاله الأصحاب، وهو مشكل، لأن المأمور به مطلق الربط. فإذا أتى به، وجب أن لا ينظر إلى جهات التلف، بخلاف ما إذا عدل عن المأمور به إلى غيره فحصل به التلف.

فرع: لو أودعه دراهم في سوق أو طريق، ولم يقل: اربطها في كمك، ولا أمسكها في يدك، فربطها في الكم وأمسكها باليد، فقد بالغ في الحفظ. وكذا لو جعلها في جيبه وهو ضيق، أو واسع مزرور. فإن كان واسعاً غير مزرور، ضمن، لسهولة تناولها باليد. ولو أمسكها بيده ولم يربطها، لم يضمن إن تلفت بأخذ غاصب، ويضمن إن تلفت بغفلة أو نوم. فلو ربطها ولم يمسكها بيده، فقياس ما سبق أن ينظر إلى كيفية الربط وجهة التلف. ولو وضعها في الكم ولم يربطها فسقطت، فإن كانت خفيفة لا يشعر بها، ضمن، لتفريطه في الإحراز، وإن كانت ثقيلة يشعر بها، لم يضمن، ذكره في «المهذب» وقياس هذا، يلزم طرده فيما سبق من صور الاسترسال كلها. ولو وضعها في كور عمامته ولم يشد، ضمن.

فرع: أودعه في سوق وقال: احفظها في بيتك، فينبغي أن يمضي إلى بيته ويحفظها فيه. فإن آخر من غير عذر، ضمن. وإن أودعه في البيت وقال: احفظها في البيت فربطها في الكم وخرج بها، صارت مضمونة عليه. وكذا لو لم يخرج بها وربطها في الكم مع إمكان إحرازها في الصندوق ونحوه، وإن كان ذلك لقفل تعذر فتحه ونحوه. لم يضمن. قال في «المعتمد»: وإن شدها في عضده وخرج بها، فإن كان الشد مما يلي الأضلاع، لم يضمن، لأنه أحرز من البيت، وإن كان من الجانب الآخر، ضمن، لأن البيت أحرز منه. وفي تقييدهم الصورة بما إذا قال: احفظها في البيت، إشعار بأنه لو أودعه في البيت ولم يقل شيئاً، يجوز له أن يخرج بها مربوطة، ويشبه أن يكون الرجوع إلى العادة.

الصورة الثالثة: إذا عين للودعة مكاناً فقال: احفظها في هذا البيت أو في هذه الدار، فإذا أن يقتصر عليه، وإما أن ينهيه مع ذلك عن النقل، فإن اقتصر عليه فنقلها إلى ما دونه في الحرز، ضمن على الصحيح وإن كان المنقول إليه حرزاً لمثلها. وإن نقلها إلى بيت مثل الأول، لم يضمن، إلا أن يتلف بسبب النقل، كانهدام البيت المنقول إليه، فيضمن، لأن التلف حصل بالمخالفة. والسرقة من المنقول إليه كالانهدام، قاله البغوي والمتولي. وفي كلام الغزالي ما يقتضي إلحاق السرقة والغصب بالموت، وكذا صرح به بعضهم. وإن نهاه فقال: احفظ في هذا البيت ولا تنقلها، فإن نقلها من غير ضرورة، ضمن، لصريح المخالفة من غير حاجة، سواء كان المنقول إليه أحرز أو لم يكن. قال الإصطخري: إن كان أحرز من الأول أو مثله، لم يضمن، والصحيح الأول. وإن نقل لضرورة غارة، أو غرق، أو حريق، أو غلبة لصوص، لم يضمن وإن كان المنقول إليه حرزاً لمثلها. ولا بأس بكونه دون الأول إذا لم يجد أحرز منه. ولو ترك النقل والحالة هذه، ضمن على الأصح، لأن الظاهر

أنه أراد بالنهي تحصيل الاحتياط. ولو قال: لا تنقلها وإن حدثت ضرورة، فإن لم ينقلها، لم يضمن على الصحيح، كما لو قال: أتلف مالي، فأتلفه، لا يضمن، وإن نقل، لم يضمن على الأصح، لأنه قصد الصيانة. وحيث قلنا: لا يجوز النقل إلا لضرورة، فاختلغا في وقوعها، فإن عرف هناك ما يدعيه المودع، صدق بيمينه، وإلا، طوب بالبينة، فإن لم تكن بينة، صدق المالك بيمينه. وحكى أبو الفرج الزاز وجهاً، أن ظاهر الحال يغني عن اليمين، ثم ذكر الأئمة أن جميع هذا فيما إذا كان البيت أو الدار المعينة للمودع. أما إذا كان للمالك، فليس للمودع إخراجها من ملكه بحال، إلا أن تقع ضرورة.

الصورة الرابعة: إذا نقلها من ظرف إلى ظرف، كخريطة إلى خريطة، وصندوق إلى صندوق، فالمتلخص من كلام الأصحاب على اضطرابه، أنه إن لم يجر فتح قفل ولا فض ختم ولا خلط، ولم يعين المالك ظرفاً، فلا ضمان لمجرد النقل، سواء كانت الصناديق للمودع أو للمالك. وإذا كانت للمالك، فحصولها في يد المودع قد يكون بجهة كونها وديعة أيضاً. إما فارغة، وإما مشغولة بالوديعة، وقد تكون بجهة العارية. وإن جرى شيء من ذلك، فالفض والفتح والخلط، سبق أنها مضمنة. وإن عين ظرفاً، نظر، إن كانت الظروف للمالك، فوجهان: أحدهما: يضمن. وأصحهما: لا، لأنهما وديعتان، وليس فيه إلا حفظ أحدهما في حرز والأخرى في آخر. فعلى هذا إن نقل إلى ما دون الأول، ضمن، وإلا، فلا. وإن كانت الظروف للمودع، فهي كالبيوت بلا خلاف.

الصورة الخامسة: قال: احفظ وديعتي في هذا البيت، ولا تدخل إليها أحداً، أو لا تستعن على حفظها بالحارسين، فخالف، فإن حصل التلف بسبب المخالفة، بأن سرقها الذين أدخلهم، أو الحارسون، ضمن. وإن سرق غيرهم أو وقع حريق، فلا ضمان.

الصورة السادسة: أودعه خاتماً وقال: اجعله في خنصرك، فجعله في بنصره، فهو أحرز، لكن لو انكسر لغلظها، أو جعله في الأنملة العليا، ضمن. وإن قال: اجعله في البنصر، فجعله في الخنصر، فإن كان لا ينتهي إلى أصل البنصر، فالذي فعله أحرز، ولا ضمان. وإن كان ينتهي إليه، ضمن. وإن أودعه الخاتم ولم يقل شيئاً، فإن جعله في غير الخنصر، لم يضمن، إلا أن غير الخنصر في حق المرأة كالخنصر. وإن جعله في الخنصر، ففيه احتمالان عن القاضي حسين وغيره. أحدهما: يضمن، لأنه استعمال. والثاني: إن قصد الحفظ، لم يضمن. وإن قصد الاستعمال، ضمن وفي «الرقم» للعبادي: أنه إن جعل فسه إلى ظهر الكف، ضمن. وإلا، فلا.

قلت: المختار أنه يضمن مطلقاً، إلا إذا قصد الحفظ. والله أعلم.

الصورة السابعة: أودعه وقال: لا تخبر بها، فخالف، فسرقها من أخبره، أو من أخبره من أخبره، ضمن. ولو تلفت بسبب آخر، لم يضمن. وقال العبادي: لو سأله رجل فقال: هل عندك لفلان وديعة؟ فأخبره، ضمن، لأن كتمها من حفظها.

السبب الثامن: التضييع، لأن المودع مأمور بحفظها في حرز مثلها بالتحرز عن أسباب التلف. فلو أخر إحرازها مع التمكن، أو جعلها في مضيعها، أو في غير حرز مثلها، ضمن. ولو جعلها في أحرز من حرز مثلها، ثم نقلها إلى حرز مثلها، فلا ضمان. ثم هنا صور:

الصورة الأولى: إذا أعلم بالوديعة من يصادر المالك ويأخذ أمواله، ضمنها. بخلاف ما إذا أعلمه غير المودع، لأنه لم يلتزم الحفظ. ولو أعلم المودع للصوص بالوديعة، فسرقوها، إن عين الموضع، ضمن، وإلا، فلا. كذا فصله البغوي.

الصورة الثانية: ضيع بالنسيان، ضمن على الأصح، ويؤيده نص الشافعي رحمته الله في «عيون المسائل»، أنه لو أودعه إناءً من قوارير، فأخذه المودع بيده ليحرزه في منزله، فأصابه شيء من غير فعله فانكسر، لم يضمن، ولو أصابه بفعله مخطئاً أو عامداً قبل أن يصل إلى البيت أو بعدما وصله، فهو ضامن. والخطأ والنسيان يجريان مجرى واحداً، ولأنهم قالوا: لو انتفع بوديعة ثم ادعى غلطاً وقال: ظننته ملكي، لا يصدق مع أنه احتمال قريب، فدل على أن الغلط لا يدفع الضمان.

الصورة الثالثة: إذا أخذ الظالم الوديعة قهراً، فلا ضمان على المودع، كما لو سرقت منه. وإن أكرهه حتى يسلمها بنفسه، فللمالك مطالبة الظالم بالضمان، ولا رجوع له إذا غرم، وله أيضاً مطالبة المودع على الأصح، ثم يرجع على الظالم، وهما كالوجهين في أن المكروه على إتلاف مال الغير، هل يطالب؟ ومهما طالبه الظالم بالوديعة، لزمه دفعه بالإنكار والاختفاء والامتناع ما قدر. فإن ترك الدفع مع القدرة، ضمن. وإن أنكر فحلفه، جاز له أن يحلف لمصلحة حفظ الوديعة، ثم تلزمه الكفارة على المذهب. وإن أكرهه على الحلف بطلاق أو عتاق، فحاصله التخيير بين الحلف وبين الاعتراف والتسليم. فإن اعترف وسلم، ضمن على المذهب، لأنه فدى زوجته بالوديعة. وإن حلف بالطلاق، طلقت زوجته على المذهب، لأنه فدى الوديعة بزوجه.

السبب التاسع: الجحود. فإذا قال المودع: لا وديعة لأحد عندي، إما ابتداءً، وإما جواباً لسؤال غير المالك، فلا ضمان، سواء جرى ذلك بحضور المالك أو في غيبته، لأن إخفاءها أبلغ في حفظها. وإن طلبها المالك فجحدها، فهو خائن ضامن.

وإن لم يطلبها، بل قال: لي عندك وديعة، فسكت، لم يضمن. وإن أنكر، لم يضمن أيضاً على الأصح، لأنه قد يكون في الإخفاء غرض صحيح، بخلاف ما بعد الطلب. فلو جحد ثم قال: كنت غلطت أو نسيت، لم يبرأ إلا أن يصدق المالك.

فرع: مَنْ أنكر وديعة ادعيت، صدق بيمينه. فلو أقام المدعي بينة بالإبداع، أو اعترف بها المدعى عليه، طوّل بها. فإن ادعى ردها أو تلفها قبل الجحد أو بعده، نظر في صيغة جحوده. فإن أنكر أصل الإيداع، لم تقبل دعواه الرد، لتناقض كلامه وظهور خيانتة. وأما في دعوى التلف، فيصدق، لكنه كالغاصب فيضمن. وهل يتمكن من تحليف المالك؟ وهل تسمع بينته على ما يدعيه من الرد أو التلف؟ وجهان: أصحهما: نعم، لاحتمال أنه نسي فصار كمن ادعى وقال: لا بينة لي، ثم جاء ببينة تسمع. فعلى هذا، لو قامت بينة بالرد أو الهلاك قبل الجحد، سقطت المطالبة. وإن قامت بالهلاك بعد الجحد، ضمن، لخيانته. وقد حكينا في ألفاظ المراجعة إذا قال: اشتريت بمائة، ثم قال: بمائة وخمسين، أن الأصحاب فرقوا بين أن لا يذكر وجهاً محتملاً في الغلط، وبين أن يذكره، ولم يتعرضوا لمثله هنا، والتسوية بينهما متجهة. وإن كانت صيغة جحوده: لا يلزمني تسليم شيء إليك، أو ما لك عندي وديعة أو شيء، صدق في دعوى الرد والتلف، لأنها لا تناقض كلامه الأول. فإن اعترف بأنه كان باقياً يوم الجحد، لم يصدق في دعوى الرد إلا ببينة. وإن ادعى الهلاك، فكالغاصب إذا ادعاه. والمذهب أنه يصدق بيمينه ويضمن.

الحكم الثالث من أحكام الوديعة: ردها عند بقائها، فإذا كانت الوديعة باقية، لزم المودع ردها إذا طلبها المالك، وليس المراد أنه يجب عليه مباشرة الرد وتحمل مؤنته، بل ذلك على المالك، وإنما على المودع رفع اليد والتخلى بين المالك وماله، فإن آخر من غير عذر، دخلت الوديعة في ضمانه. وإن كان هناك عذر يعسر قطعه، بأن طالبه في جنح الليل والوديعة في خزانة لا يتأتى فتح بابها في الوقت، أو كان مشغولاً بصلاة أو قضاء الحاجة، أو في حمام أو على طعام فأخر حتى يفرغ، أو كان ملازماً لغريم يخاف هربه، أو كان المطر واقعاً والوديعة في البيت فأخر حتى ينقطع ويرجع إلى البيت، وما أشبه ذلك، فله التأخير قطعاً. فلو تلفت الوديعة في تلك الحال، فقطع المتولي بأنه لا ضمان، لعدم تقصيره، وهذا مقتضى كلام البغوي أيضاً. ولفظ الغزالي في «الوسيط» يشعر بتفصيل، وهو أنه إن كان التأخير لتعذر الوصول إلى الوديعة، فلا ضمان. وإن كان لعسر يلحقه، أو غرض يفوته، ضمن.

قلت: الراجح أنه لا يضمن مطلقاً، وصرح به كثيرون. والله أعلم.

فرع: قال المودع: لا أرد حتى تُشهد أنك قبضتها، فهل له ذلك؟ فله ثلاثة

أوجه سبق ذكرها في «كتاب الوكالة» ووجه رابع، أنه إن كان المالك أشهد بالوديعة عند دفعها، فله ذلك، وإلا، فلا.

فرع: يشترط كون المردود عليه أهلاً للقبض. فلو حجر عليه بسفه، أو كان نائماً فوضعها في يده، لم يجز.

فرع: أودعه جماعة مالا، وذكر أنه مشترك بينهم، ثم جاء بعضهم يطلبه، لم يكن للمودع القسمة ولا تسليم الجميع، بل يرفع الأمر إلى الحاكم ليقسمه ويدفع إليه نصيبه.

فرع: قال له: ردها على فلان وكيلي، فطلب الوكيل فلم يردّ، فهو كما لو طلب المالك فلم يردّ، لكن له التأخير ليشهد المدفوع إليه على القبض، لأنه لو أنكر، صدق بيمينه. وإن لم يطلب الوكيل، فإن لم يتمكن من الردّ، لم تصر مضمونة، وإلا، فوجهان: لأنه لما أمره بالدفع إلى وكيله، عزله، فيصير ما في يده كالأمانة الشرعية، مثل الثوب تطيره الريح إلى داره. وفيها وجهان: أحدهما: تمتد إلى المطالبة. وأصحهما: تنتهي بالتمكن من الردّ. قال ابن كج: ويجري الوجهان فيمن وجد ضالة وهو يعرف مالها. وذكر إمام الحرمين في الأساليب، أنه لو قال: ردّ الوديعة على من قدرت عليه من وكلائي هؤلاء ولا تؤخر، فقدّر على الردّ على بعضهم، وأخر ليرد على غيره، فهو ضامن عاص بالتأخير، وأنه لو لم يقل: ولا تؤخر، يضمن بالتأخير، وفي العصيان وجهان: وإنه لو قال: ردها على من شئت منهم، فلم يرد على واحد ليرد على آخر، لا يعصي، وفي الضمان وجهان:

فرع: هل يجب على المودع الإشهاد عند الدفع إلى الوكيل؟ وجهان جاريان فيما لو دفع إليه مالا ابتداءً وأمره بإيداعه، أصحهما: عند البغوي: يجب، كما لو أمره بقضاء دينه يلزمه الإشهاد، وأصحهما: عند الغزالي: لا، لأن قول المودع مقبول في الرد والتلف، فلا يغني الإشهاد، لأن الودائع حقها الإخفاء، بخلاف قضاء الدين. فإذا قلنا: يجب، فالحكم كما ذكرناه في «كتاب الوكالة»: أنه إن دفع في غيبة الموكل من غير إشهاد، ضمن. وإن دفع بحضرته، لم يضمن على الأصح.

فصل: طالبه المالك بردها، فادعى التلف بسبب خفي كالسرقة، صدق بيمينه. وإن ادعاه بسبب ظاهر كالحريق والغارة والسيول، فإن لم يعرف ما ادعاه بتلك البقعة، لم يقبل قوله في الهلاك به. وإن عرف بالمشاهدة أو الاستفاضة، نظر، إن عرف عمومته، صدق بلا يمين. وإن لم يعرف عمومته، واحتمل أنه لم يصب الوديعة، صدق باليمين. وإن لم يذكر سبب التلف، صدق بيمينه، ولا يكلف بيان سببه. وإذا نكل المودع عن اليمين، حلف المالك على نفي العلم بالتلف واستحق، وعدّ المتولي

موت الحيوان والغصب من الأسباب الظاهرة. وفي «التهذيب» إلحاق الغصب والسرقة، وهو الأقرب.

فصل: إذا ادعى رد الوديعة على الذي اتّمنه وهو المالك، صدق بيمينه. فإن مات قبل الحلف، ناب عنه وارثه وانقطعت المطالبة بحلفه. وإن ادعى الرد على غير من اتّمنه، لم يقبل إلا بينة. وتفصيله بصور:

إحداها: إذا مات المالك، لزم المودع الرد على ورثته. حتى لو تلف في يده بعد التمكن من الرد، ضمن على الأصح. فإن لم يجد الورثة، ردّ إلى الحاكم. وقيد في «العدة» هذا الجواب بما إذا لم تعلم الورثة بالوديعة، أما إذا علموا، فلا يجب الرد إلا بعد طلبهم. ولو طالبه الوارث فقال: رددته على المالك، أو تلف في يدي في حياته، صدق بيمينه. وإن قال: رددته عليك، فأنكر، فالمصدق الوارث. وإن قال: تلف في يدي قبل تمكني من الرد، فهل المصدق الوارث كدعوى الرد؟ أم المودع لأن الأصل براءته؟ وجهان:

قلت: ينبغي أن يكون الثاني أصح. والله أعلم.

الصورة الثانية: مات المودع، فعلى وارثه ردها. فإن تلفت في يده بعد التمكن، ضمن على الأصح. فإن كان المالك غائباً، سلمها إلى الحاكم. فلو تنازعا، فقال وارث المودع: ردّ عليك مورثي، أو تلفت في يده، قال المتولي: لم يقبل إلا بينة. وقال البغوي: يصدق بيمينه، وهو الوجه، لأن الأصل عدم حصولها في يده. ولو قال: رددتها عليك، فالمصدق المالك. ولو قال: تلفت في يدي قبل التمكن، فعلى الوجهين.

الصورة الثالثة: لو قال من طيرت الريح ثوباً إلى داره: رددت على المالك، وادعاه الملتقط، لم يصدق إلا بينة.

الصورة الرابعة: إذا أراد المودع سفراً، فأودعها أميناً، فادعى الأمين تلفها، صدق. وإن ادعى الرد على المالك، لم يقبل، لأنه لم يأتّمه. وإن ادعى الرد على المودع، صدق، لأنه أمينه. كذا ذكره الغزالي والمتولي، وهذا ذهاب إلى أن للمودع إذا عاد من السفر أن يستردها، وبه صرح العبادي وغيره. وحكي عن الإمام أن اللائق بمذهب الشافعي رحمه الله، منعه من الاسترداد، بخلاف المودع يسترد من الغاصب على وجه، لأنه من الحفظ للمأمور به. ولو كان المالك عيناً أميناً فقال: إذا سافرت فاجعلها عند فلان، ففعل، فالحكم بالعكس، إن ادعى الرد على المالك، صدق. وإن ادعاه على المودع الأول، لم يصدق.

الصورة الخامسة: قال المودع للمالك: أودعتها عند وكيلك فلان بأمرك، فللمالك أحوال:

أحدها: ينكر الإذن، فيصدق بيمينه. فإذا حلف، نظر إن كان فلان مقرأً بالقبض والوديعة باقية، ردها على المالك. فإن غاب المدفوع إليه، فللمالك تغريم المودع. فإذا قدم، أخذها وردها على المالك واسترد البذل. وإن كانت تالفة، فللمالك تغريم أيهم شاء، وليس لمن غرم الرجوع على صاحبه لزعمه أن المالك ظالم بما أخذ. وإن كان فلان منكراً، صدق بيمينه، واختص الغرم بالمودع.

الحالة الثانية: يعترف بالإذن وينكر الدفع، فوجهان: أحدهما: يصدق المودع وتجعل دعوى الرد على وكيل المالك كدعواه على المالك. وأصحهما: تصديق المالك، لأنه يدعي الرد على من لم يأت منه. ولو وافق فلان المودع وقال: تلفت في يدي، لم يقبل قوله على المالك، بل يحلف المالك ويغرم المودع.

الحالة الثالثة: يعترف بالإذن والدفع معاً، لكنه يقول: لم تشهد، والمدفوع إليه منكر، فيبنى على وجوب الإشهاد على الإيداع. فإن لم نوجهه، فليس له تغريمه. وإن أوجبناه، فعلى الخلاف السابق في الوكالة في نظير هذه الصورة. ولو اتفقوا جميعاً على الدفع إلى الأمين، وادعى الأمين ردها على المالك، أو تلفها في يده، صدق بيمينه. هذا إذا عين المالك الأمين، أما لو قال: أودعها أميناً، ولم يعينه، فادعى الأمين التلف، صدق. وإن ادعى الرد على المالك، فالمصدق المالك، لأنه لم يأت منه، كذا ذكروه. ولو قيل: أمين أمينه أمينه، كما تقول على رأي: وكيل وكيله، لم يبعد.

قلت: بل هو بعيد، والفرق ظاهر.

فصل: في يده مال، جاء رجلان ادعى كلُّ أنه مودعه، فجوابه يفرض بصيغ: أحداها: أن يكذبهما ويقول: المال لي، فيحلف لكل أنه لا يلزمه تسليمه إليه.

الصيغة الثانية: أن يقر لأحدهما بعينه، فيعطاه، وهل يحلف للآخر؟ يبنى على أنه لو أقر لزيد بشيء، ثم أقر به لعمرو، هل يغرم لعمرو؟ إن قلنا: لا، فلا. وإن قلنا: نعم، عرضت اليمين عليه. فإن حلف، سقطت دعوى الآخر. وإن نكل، حلف الآخر. ثم هل يوقف المال بينهما إلى أن يصطلحا، أم يقسم بينهما كما لو أقر لهما، أم يغرم المدعى عليه القيمة له؟ فيه ثلاثة أوجه عن ابن سريج، قال ابن الصباغ: المذهب هو الثالث.

الصيغة الثالثة: قال: هو لكما، فهو كمال في يد شخصين يتداعيانه. فإن حلف أحدهما، قضى له، ولا خصومة للآخر مع المودع، لنكوله. وإن نكلا أو حلفا،

جعل بينهما، وحكم كل واحد منهما في النصف الآخر كالحكم في الجميع في حق غير المقر له، وقد بيناه.

الصيغة الرابعة: قال: هو لأحدهما وقد نسيت عينه، فإن ضمنا المودع بالنسيان، فهو ضامن، وإلا، نظر، إن صدقاه، فلا خصومة لهما معه، وإنما الخصومة بينهما. فإن اصطلحا في شيء، فذاك، وإلا، فيجعل المال كأنه في أيديهما يتداعيان، هذا هو الصحيح. وقيل: هو كمال في يد ثالث يتداعيان، لأنه لم يثبت لأحدهما يد. فعلى الأول، لو أقام كل واحد منهما بينة، أو حلفا أو نكلا، فهو بينهما. وإن أقام أحدهما بينة أو حلف، ونكل صاحبه، قضى له. وعلى الثاني، لو أقام كل بينة، فعلى الخلاف في تعارض البينتين. وإن نكلا أو حلفا، وقف المال بينهما. وسواء قلنا بالأول أم بالثاني، هل يترك المال في يد المدعى عليه إلى أن تنفصل خصومتهم، أم ينزع منه؟ فيه قولان: أظهرهما: الثاني، وبه قطع البغوي وغيره. قال المتولي: والقولان فيما إذا طلب أحدهما الانتزاع والآخر الترك، أما إذا اتفقا على أحد الأمرين، فيتبع الحاكم رأيهما.

أما إذا كذباه في دعوى النسيان وادعى علمه، فهو المصدق بيمينه، ويكفيه يمين واحدة على نفي العلم، لأن المدعى شيء واحد وهو علمه. وهل للحاكم تحليله على نفي العلم إذا لم يدعه الخصمان؟ وجهان: ثم إذا حلف، فالحكم كما إذا صدقاه في النسيان. وقيل: ينتزع المال من يده هنا وإن لم ينتزع هناك، لأنه خائن عندهما بدعوى النسيان، وإن نكل، ردت اليمين عليهما. فإن نكلا، فالمال مقسوم بينهما أو موقوف حتى يصطلحا على ما سبق. وإن حلف أحدهما فقط، قضى له. وإن حلفا، فقولان: ويقال: وجهان: أحدهما: يوقف حتى يصطلحا. وأظهرهما: يقسم، لأنه في أيديهما. وعلى هذا، يغرم القيمة وتقسم بينهما أيضاً، لأن كل واحد منهما أثبت بيمين الرد كل العين، ولم يأخذ إلا نصفها. هذا هو الصحيح الأشهر فيما إذا نكل المودع. وقيل: لا يغرم القيمة مع العين إذا حلفا. وقيل: لا ترد اليمين عليهما بنكوله، بل يوقف بناءً على أنهما لو حلفا وقف المال بينهما، فلا معنى لعرض اليمين. وإذا رددنا اليمين، فهل يقرع بينهما؟ أم يبدأ الحاكم بمن رأى؟ وجهان: أحدهما: الثاني، حكاه السرخسي في «الأمالى». وإذا حلفا وقسم بينهما العين والقيمة، فإن لم ينازع أحدهما الآخر، فلا كلام. وإن نازعه وأقام أحدهما البينة أن جميع العين له، سلمناها إليه ورددنا القيمة إلى المودع. وإن لم يكن بينة، ونكل صاحبه عن اليمين فحلف واستحق العين، رد نصف القيمة الذي أخذه، ولا يرد الناكل ما أخذه، لأنه استحقه بيمينه على المودع، ولم يعد إليه المبدل، ونكوله كان

مع صاحبه، لا مع المودع. وصرح في «الوسيط» بأن الناكل لا يرد، سواء سلمت العين بالينة أو باليمين.

فرع: ادعى اثنان غصب مال في يده، كلٌّ يقول: غصبته مني، فقال: غصبته من أحدهما ولا أعرفه، حلف لكل منهما على البت أنه لم يغصبه. فإذا حلف لأحدهما، تعين المغصوب للثاني، فلا يحلف له.

الحالة الخامسة: قال: هو وديعة عندي ولا أدري أهو لكما، أم لأحدكما، أم لغيركما؟ وادعيا علمه، فحلف على نفي علمه، ترك في يده حتى تقوم بيّنة، وليس لأحدهما تحليف الآخر، لأنه لم يثبت لواحد منهما يد ولا استحقاق، بخلاف الصورة السابقة.

فصل: في مسائل منتورة

إحداها: تعدّى في الوديعة، ثم بقيت في يده مدة، لزمه أجره مثلها.

المسألة الثانية: في فتاوى القفال، أنه لو ترك حماره في صحن خان وقال للخاني: احفظه كيلا يخرج، فكان الخاني ينظره، فخرج في بعض غفلاته، فلا ضمان، لأنه لم يقصر في الحفظ المعتاد.

المسألة الثالثة: المودع إذا وقع في خزانته حريق، فبادر إلى نقل الأمتعة، وقدم أمتعته على الوديعة، فاحترقت الوديعة، لم يضمن، كما لو لم يكن فيها إلا ودائع فأخذ في نقلها فاحترق ما تأخر نقله.

المسألة الرابعة: لو ادعى ابن المالك موت أبيه، وعلم المودع بذلك، وطلب الوديعة، فله تحليف المودع على نفي العلم. فإن نكل، حلف المدعي.

المسألة الخامسة: مات المالك وطلب الوارث الوديعة، فامتنع المودع ليفحص هل في التركة وصية؟ فهو متعّدّ ضامن.

المسألة السادسة: من وجد لقطة وعلم مالکها فلم يخبره حتى تلفت، ضمن، وكذا قيم الصبي والمسجد إذا كان في يده مال فعزل نفسه ولم يخبر الحاكم حتى تلف المال في يده، ضمن، وهذا كما قدمنا أنه يجب الرد عند التمكن أو هو هو.

المسألة السابعة: من صور تعدي الأمانة، أن لا يبيع قيم الصبي أوراق فرصاده حتى يمضي وقتها، فيلزمه الضمان، وليس من التعدي أن يؤخر لتوقع زيادة فيتفق رخص، وكذا قيم المسجد في أشجاره، وهذا شبيه بتعريض الثوب الذي يفسده الدود للريح، وهذه المسائل سوى الأولى في فتاوى القفال.

المسألة الثامنة: بعث رسولاً إلى حانوته، ودفع خاتمه معه علامة وقال: ردّه

عليّ إذا قبضتَ المأمور بقبضه، فقبضه ولم يرد الخاتم، ووضع في حرزه، فلا ضمان، ذكره العبادي في «الزيادات» كأن المعنى أنه ليس عليه الرد ولا مؤنته وإنما التخلية.

المسألة التاسعة: في «فتاوى» القاضي حسين، أن الثياب في مسلخ الحمام إذا سرقت، والحمامي جالس في مكانه مستيقظ، فلا ضمان عليه. وإن نام أو قام من مكانه، ولا نائب له هناك، ضمن. ويجب على الحمامي الحفظ إذا استحفظ. وإن لم يستحفظ، حكى القاضي عن الأصحاب، أنه لا يجب عليه الحفظ، قال: وعندي يجب، للعادة.

المسألة العاشرة: عن بعضهم: لو أودعه قَبالة وقال له: لا تدفعها إلى زيد حتى يعطيك ديناراً، فدفعها إليه قبل أن يعطيه، فعليه قيمة القبالة مكتوبة، الكاغد وأجرة الوراق.

قلت: ومن مسائل الباب قال أصحابنا: لو أكرهه على قبول وديعة وحفظها، فأخذها، لم تكن مضمونة عليه كما لو قبضها مختاراً وأولى. ولو تعين عليه قبول وديعة، فلم يقبلها، وتلفت، فهو عاصٍ، ولا ضمان، لأنه لم يلتزم الحفظ. والله أعلم.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب قسم الفبي والغنيمه (١)

المال المأخوذ من الكفار، منقسم إلى ما يحصل بغير قتال وإيجاف خيل وركاب، وإلى حاصل بذلك، ويسمى الأول: فيثاً. والثاني: غنيمه. ثم ذكر المسعودي وطائفة أن اسم كل واحد من المالمين يقع على الآخر إذا أفرد بالذكر، فإذا جمع بينهما، افترقا، كاسمي الفقير والمسكين. وقال الشيخ أبو حاتم القزويني وغيره: اسم الفبي يشمل المالمين، واسم الغنيمه لا يتناول الأول. وفي لفظ الشافعي رحمته الله في «المختصر» ما يشعر به. وبيان قيمة المالمين يقع في بابين:

الباب الأول: في الفبي

فمنه ما جلا عنه الكفار خوفاً من المسلمين إذا سمعوا خبرهم أو لضرراً أصابهم، وجزية أهل الذمة وما صولح عليه أهل بلد من الكفار، وعشور تجارتهم المشروطة عليهم إذا دخلوا دار الإسلام، ومال من مات أو قتل على الردة، ومال من مات من أهل الذمة عندنا، ولا وارث له، وكل ذلك مخمس على ما سنفضله إن شاء الله تعالى. هذا هو المذهب. وحكي عن القديم: أن مال المرتد لا يخمس. فقيل: يختص هذا القول بالمرتد، ويخمس ما سواه قطعاً، لأن المرتد يستصحب به حكم الإسلام، كما يؤمر بقضاء الصلوات وتلزمه الحدود. وقيل: ما تركوه خوفاً من المسلمين يخمس قطعاً، وفيما سواه يطرد القول القديم، وبهذا الطريق قال الأكثرون. ومنهم من طرد في جميع مال الفبي قولين. الجديد: يخمس كالغنيمه. والقديم: المنع، لأنه لم يقاتل عليه، كما لو صولحوا على الضيافة، فإنه لا حق لأهل الخمس في مال الضيافة، بل يختص به الطارقون. قال البغوي: وحيث قلنا: لا يخمس، فحكم جميع المال حكم الأخماس الأربعة على قولنا بالتخميس، وفي

(١) الفبي هو ما أخذ من أموال أهل الحرب بحق من غير قتال، كالأموال التي يهرب الكفار ويتركونها فزعاً عند علمهم بقدوم المسلمين. والغنيمه هي اسم لما يؤخذ من أموال الكفرة قهراً بقتال، على وجه يكون فيه إعلاء كلمة الله تعالى، وتسمى أيضاً: الأنفال لأنها زيادة في أموال المسلمين.

مصرفها خلاف يأتي إن شاء الله تعالى. قال الروياني في «الحلية»: لو صالحونا على مال عند القتال، فهو غنيمة.

فصل: مال الفبي يقسم خمسة أسهم، فأربعة يأتي بيان مصرفها، والخمس الآخر يقسم على خمسة أسهم متساوية:

أحدها: السهم المضاف إلى الله عز وجل وإلى رسول الله ﷺ، وكان لرسول الله ﷺ، ينفق منه على نفسه وأهله ومصالحه، وما فضل جعله في السلاح عدّة في سبيل الله تعالى وفي سائر المصالح. وأما بعده ﷺ، فيصرف هذا السهم في مصالح المسلمين، كسد الثغور، وعمارة الحصون والقناطر والمساجد، وأرزاق القضاة والأئمة، ويقدم الأهم فالأهم. ونقل الشافعي رحمه الله عن بعض العلماء، أن هذا السهم يرد على أهل السهمان الذين ذكرهم الله تعالى، فذكر أبو الفرج الزاز: أن بعض الأصحاب جعل هذا قولاً للشافعي، لأنه استحسنته. وحكى في «الوسيط» وجهاً: أن هذا السهم يصرف إلى الإمام، لأنه خليفة رسول الله ﷺ، وهذان النقلان شاذان مردودان.

السهم الثاني: لذوي القربى، وهم بنو هاشم، وبنو المطلب، يشترك فيه فقيرهم وغنيمهم وكبيرهم وصغيرهم وذكرهم وأنثاهم، بشرط كون الانتساب بالآباء، فلا يعطى أولاد البنات.

قلت: وحكى ابن المنذر وابن كج وجهاً في اختصاصه بفقرائهم، وهو شاذ متروك. والله أعلم.

ولا يفضل أحد منهم على أحد إلا بالذكورة، فللذكر سهمان، وللأنثى سهم. وقال المزني: يسوّى بينهما. وقال القاضي حسين: المدلي بجهتين يفضل على المدلي بجهة.

فرع: يعم بالعطاء الحاضر في موضع حصول الفبي والغائب عنه على الصحيح. وقال أبو إسحاق: ما حصل في إقليم، دفع إلى من فيه، لمشقة النقل. واحتجوا للصحيح بظاهر الآية، وبالقياس على الإرث. وأما المشقة، فيأمر الإمام أمناءه في كل إقليم بضبط من فيه، ولا يلزمه نقل ما في كل إقليم إلى جميع الأقاليم، بل الحاصل في كل إقليم يضبط، يفرّق على ساكنيه. فإن لم يكن في بعضها شيء، أو لم يف بمن فيه، نقل قدر الحاجة. قال الإمام: ولو كان الحاصل قدراً لو وزّع لم يسدّ مسداً، قدّم الأحوج، ولا يستوعب للضرورة.

السهم الثالث: لليتامى والصغير الذي لا أب له، قيل: ولا جد. ويشترط فيه الفقر على المشهور. وقيل: على الصحيح.

السهم الرابع والخامس: المساكين وابن السبيل، وقد سبق بيانهما في الزكاة.
فرع: في تعميم اليتامى والمساكين وابن السبيل، وتخصيص الحاصل في كل إقليم وناحية بأهله، الخلاف في أهل القربى، حكاه الشيخ أبو حامد وغيره.

فرع: سبق في باب الوصية: أن عند الانفراد يدخل الفقراء في اسم المساكين، وعكسه، ولفظ المساكين هنا مفرد، فيدخل فيه الفقراء، وحينئذ مقتضى القول بوجوب تعميم مساكين الإقليم أو العالم تناول الفقراء أيضاً، وهذا مقتضى كلام بعضهم. ومنهم من يقول: يجوز الصرف إلى الفقراء، لأنهم أشد حاجة، وهذا لا يقتضي تناولهم.

قلت: الصحيح الأول، وأنهما داخلان في الاسم. وممن صرح به القاضي أبو الطيب في تعليقه. والله أعلم.

فرع: يجوز أن يفاوت بين اليتامى، وكذا في المساكين وأبناء السبيل، لأن هؤلاء يستحقون بالحاجة، فتراعى حاجاتهم، بخلاف ذوي القربى، فإنهم يستحقون بالقرابة.

فرع: لا يشترط أن يكون هؤلاء الأصناف الثلاثة من المرتزقة على الصحيح المعروف. وعن القفال اختصاصه بيتامى المرتزقة، وذكر الماوردي مثله في المساكين وأبناء السبيل.

فرع: إذا فقد بعض الأصناف، ورّع نصيبه على الباقيين كالزكاة، إلا سهم رسول الله ﷺ، فإنه للمصالح كما ذكرنا.

فرع: لا يجوز الصرف إلى كافر.

فرع: لا يجوز الاقتصار على إعطاء ثلاثة من اليتامى، ولا من المساكين، ولا من أبناء السبيل، كما قلنا في الزكاة إذا فرّقها الإمام.

قلت: لا يجوز دفع شيء من سهم ذوي القربى إلى مواليتهم، قال صاحب «التلخيص»: لو ادعى أنه مسكين أو ابن سبيل، قبل بلا بيّنة، ولا يقبل اليتيم والقرابة إلا ببيّنة. والله أعلم.

فصل: وأما أربعة أخماس الفيء، ففي مصرفها ثلاثة أقوال: أظهرها: أنها للمرتزقة المرصدين للجهاد. والثاني: للمصالح. والثالث: أنها تقسم كما يقسم الخمس، فيقسم جميع الفيء على الخمسة الذين ذكرناهم، وهذا غريب. فعلى الثاني: نبدأ بالأهم فالأهم. وأهمها تعهد المرتزقة. وكذا حكم خمس الخمس. فالقولان الأولان متفقان على أن المصروف المرتزقة، وإنما يختلفان فيما فضل عنهم.
فرع: وللإمام في القسمة على المرتزقة وظائف:

إحداها: يضع ديواناً. قال في «الشامل»: وهو الدفتر الذي يثبت فيه الأسماء. فيحصي المرتزقة بأسمائهم، وينصب لكل قبيلة أو عدد يراه عريفاً ليعرض عليه أحوالهم، ويجمعهم عند الحاجة ويثبت فيه قدر أرزاقهم. قلت: نصب العريف مستحب. والله أعلم.

الثانية: يعطي كل شخص قدر حاجته، فيعرف حاله وعدد من في نفقته وقدر نفقتهم وكسوتهم وسائر مؤنتهم، ويراعي الزمان والمكان، وما يعرض من رخص وغلاء، وحال الشخص في مروءته وضدّها، وعادة البلد في المطاعم، فيكفيه المؤونات ليتفرغ للجهاد، فيعطيه لأولاده الذين هم في نفقته أطفالاً كانوا أو كباراً، وكلما زادت الحاجة بالكبر، زاد في حصته. وهل يدفع إليه ما يتعهد منه الأولاد؟ أم يتولى الإمام تعهدهم بنفسه؟ أو بنائب له؟ فيه قولان: أظهرهما: الأول. وحكى الحناطي وأبو الفرج الزاز وجهاً أنه لا يعطي الأولاد شيئاً، لأنهم لا يقاتلون، وهذا شاذ ضعيف وإذا كان له عبد يقتنيه للزينة أو للتجارة، لم يعط له. وإن كان يقاتل معه أو يحتاج إليه في الغزو لسياسة الدواب ونحوها، أعطي له، وكذا لو كان له عبد يخدمه وهو ممن يخدم، بل لو لم يكن له عبد واحتاج إليه، أعطاه الإمام عبداً، ولا يعطي إلا لعبد واحد. وفي الزوجات، يعطي للجماعة. وإذا نكح جديدة، زاد في العطاء، لأن نهايتهن أربع، والعبيد لا حصر لهم، وكأن هذا في عبيد الخدمة. فأما الذين يتعلق بهم مصلحة الجهاد، فينبغي أن يعطي لهم وإن كثروا.

قلت: كذا هو منقول، وإنما يقتصر في عبيد الخدمة على واحد إذا حصلت به الكفاية. فأما من لا تحصل كفايته إلا بخدمة عبيد، فيعطي لمن يحتاج إليه، ويختلف باختلاف الأشخاص. والله أعلم.

والوجه الشاذ في الأولاد يجري في الزوجات والعبيد.

فرع: يعطى المرتزق مؤنة فرسه، بل يعطى الفرس إذا كان يقاتل فارساً ولا فرس له، ولا يعطى للدواب التي يتخذها زينة ونحوها.

فرع: يعطى كل منهم بقدر حاجتهم، ولا يفضل أحد منهم بشرف نسب أو سبق في الإسلام أو الهجرة وسائر الخصال المرضية، بل يستوون كالإرث والغنيمة. وفي وجه: يفضل إذا اتسع المال.

الثالثة: يستحب أن يقدم في الإعطاء وفي إثبات الاسم في الديوان قريشاً على سائر الناس، وهم ولد النضر بن كنانة، بن خزيمة، بن مدركة، بن إلياس، بن مضر، بن نزار، بن معدّ، بن عدنان. قال الأستاذ أبو منصور: هذا قول أكثر النسابين، وبه قال الشافعي وأصحابه، وهو أصح ما قيل. وقيل: هم ولد إلياس. وقيل: ولد مضر.

وقيل: ولد فهر بن مالك بن النضر بن كنانة. ثم يقدم من قريش الأقرب فالأقرب إلى رسول الله ﷺ، وهو: محمد، بن عبد الله، بن عبد المطلب بن هاشم، بن عبد مناف، بن قصي، بن كلاب، بن مرة، بن كعب، بن لؤي، بن غالب، بن فهر، بن مالك بن النضر، بن كنانة، فيقدم بني هاشم، وبني المطلب على سائر قريش، ثم بني عبد شمس وبني نوفل أخوي هاشم، ويقدم منهما بني عبد شمس، لأنه أخو هاشم لأبويه، ونوفل أخوه لأبيه، ثم بني عبد العزى وبني عبد الدار ابني قصي يقدم منهما بني عبد العزى، لأنهم أصهار رسول الله ﷺ، فإن خديجة بنت خويلد بن أسد بن عبد العزى، ثم بني زهرة بن كلاب أخي قصي، ثم بني تيم وبني مخزوم أخوي كلاب، ويقدم منهما بني تيم، لمكان أبي بكر الصديق ﷺ وعائشة ﷺ من رسول الله ﷺ، ثم بني جمح وبني سهم، وهما من ولد هيصم بن كعب، وبني عدي بن كعب - وهيصم وعدي أخوا مرة بن كعب - وقدم عمر ﷺ من هؤلاء القبائل الثلاث بني جمح؛ وسوى بين بني سهم وبني عدي، كما يسوى بين بني هاشم وبني المطلب. قال الشافعي رحمه الله: وقدم المهدي أمير المؤمنين في زمانه بني عدي على بني جمح وبني سهم، لمكان عمر ﷺ، والذي فعله عمر ﷺ كان تواضعاً منه. ثم يقدم بني عامر بن لؤي، ثم بني الحارث بن فهر. فإذا فرغ من قريش، بدأ بالأنصار، ثم يعطي سائر العرب. هكذا رتب الأصحاب، وهو ظاهر نص الشافعي رحمه الله. وفي «أمالى» السرخسي: أن هذا محمول على الذين هم أبعد من الأنصار، فأما سائر العرب الذين هم أقرب إلى رسول الله ﷺ من الأنصار، فيقدمون عليهم. ومتى استوى اثنان في القرب، قدم أسنهما. فإن استويا في السن، فأقدمهما إسلاماً وهجرة.

قلت: قد عكس أقصى القضاة الماوردي هذا، فقال في «الأحكام السلطانية»: يقدم بالسابقة في الإسلام. فإن تقاربا فيه، قدم بالدين. فإن تقاربا فيه، قدم بالسن، فإن تقاربا فيه، قدم بالشجاعة. فإن تقاربا فيه، فولي الأمر بالخيار بين أن يرتبهم بالقرعة، أو برأيه واجتهاده، وهذا الذي قاله هو المختار. والله أعلم.

ثم بعد العرب، يعطى العجم. وفي «المهذب» و«التهذيب»: أن التقديم فيهم بالسن والفضائل، ولا يقدم بعضهم على بعض بالنسب، وفيه كلامان:

أحدهما: أن العجم قد يعرف نسبهم، فينبغي أن يعتبر فيمن عرف نسبه القرب والبعد أيضاً.

الثاني: أنا قدمنا في صفة الأئمة في الصلاة عن إمام الحرمين: أن الظاهر

رعاية كل نسب يعتبر في الكفاءة في النكاح، وسنذكر إن شاء الله تعالى، أن نسب العجم مرعي في الكفاءة على خلاف فيه، فليكن كذلك هنا.

قلت: قد أشار الماوردي إلى اعتبار نسب العجم فقال: إن كانوا عجماً لا يجتمعون على نسب، جمعهم بالأجناس، كالترك، والهند، وبالبلدان. ثم إن كانت لهم سابقة في الإسلام، ترتبوا عليها، وإلا، فبالأقرب من ولي الأمر. فإن تساؤوا، فبالسبق إلى طاعته. والله أعلم.

قال الأئمة: وجميع الترتيب المذكور في هذه الوظيفة، مستحب لا مستحق.

الرابعة: لا يثبت في الديوان اسم صبي، ولا مجنون، ولا امرأة، ولا عبد، ولا ضعيف لا يصلح للغزو، كالأعمى، والزمن، وإنما هم تبع للمقاتل إذا كانوا في عياله، يعطى لهم كما سبق، وإنما يثبت في الديوان الرجال المكلفين المستعدين للغزو، وإذا طرأ على المقاتل مرض أو جنون، فإن رجي زواله، أعطي ولم يسقط اسمه، وإلا أسقط اسمه. وفي إعطائه الخلاف الآتي في زوجة المقاتل بعد موته، وأولى بالإعطاء.

قلت: ترك من شروط من يثبت في الديوان الإسلام، وذكر الماوردي في «الأحكام السلطانية» شرطاً آخر، وهو أن يكون فيه إقدام على القتال ومعرفة به. فإن اختل ذلك، لم يجز إثباته، لعجزه عما هو مرصد له. قال: ولا يجوز إثبات الأقطع، ويجوز إثبات الأعرج إن كان فارساً. وإن كان راجلاً، فلا. ويجوز إثبات الأخرس والأصم. قال: وإذا كتبه في الديوان، فإن كان مشهور الاسم، لم يحسن تحليلته. وإن كان مغموراً وصف وحلي، فيذكر سنّه وقده ولونه وحلي وجهه، بحيث يتميز عن غيره. والله أعلم.

فرع: من مات من المرتزة، هل ينقطع رزق زوجته وأولاده لزوال المتبوع؟ أم يستمر ترغيباً للمجاهدين؟ قولان: وقيل: وجهان: أظهرهما: الثاني. فعلى هذا، ترزق الزوجة إلى أن تتزوج، والأولاد إلى أن يبلغوا ويستقلوا بالكسب، أو يرغبوا في الجهاد فيثبت اسمهم في الديوان. ومن بلغ منهم وهو أعمى أو زمن، رُزق على هذا القول كما كان يُرزق قبل البلوغ، هذا في ذكور الأولاد. وأما الإناث، فمقتضى كلامه في «الوسيط» أنهن يرزقن إلى أن يتزوجن.

الخامسة: يفرق الأرزاق في كل عام مرة، ويجعل له وقتاً معلوماً لا يختلف. وإذا رأى مصلحة أن يفرق مشاهرة ونحوها، فعل. وإذا اقتصر في السنة على مرة، فيشبه أن يقال: يجتهد، فما اقتضته الحال وتمكن فيه من الإعطاء في أول السنة أو

آخرها، فعله، وعلى هذا ينزل قوله في «الوجيز»: يفرق في أول كل سنة، وقول الآخرين: يفرق في آخر كل سنة.

فرع: إذا مات واحد من المرتزقة بعد جمع المال وانقضاء الحول، صرف نصيبه إلى ورثته ولا يستقط هذا الحق بالإعراض عنه على الظاهر، كذا قاله الإمام. وإن مات بعد جمع المال وقبل تمام الحول، فقولان: ويقال: وجهان: أظهرهما: يصرف قسط ما مضى إلى ورثته كالأجرة. والثاني: لا شيء لهم، كالجعل في الجعالة، لا يستحق قبل تمام العمل. وإن مات قبل جمع المال وبعد الحول، فظاهر النص: أنه لا شيء للورثة، وبه قال القاضي أبو الطيب وآخرون، وبه قطع البغوي. وقال الشيخ أبو حامد: يصرف نصيبه مما سيحصل إلى ورثته. وإن مات قبل جمع المال وقبل انقضاء الحول، فإن قلنا: إذا مات بعد الحول لا يستحق، فهنا أولى، وإلا، ففي قسط ما مضى الخلاف فيما إذا مات قبل الحول وبعد جمع المال. هذا كله إذا كان العطاء مرة في السنة. فإن رأى الإعطاء في السنة مرتين فصاعداً، فلا اعتبار بمضي المدة المضروبة.

فصل: جميع ما ذكرناه في المنقولات من أموال الفیء. فأما الدور والأرض، فقد قال الشافعي رحمته الله: هي وقف للمسلمين تستغل وتقسم غلتها في كل عام كذلك أبداً. هذا نصه. فأما أربعة أخماس الفیء، فمن الأصحاب من يقول: الحكم بأنها وقف مفرع على أنها للمصالح، فأما إن جعلناها للمرتزقة، فتقسم بينهم كالمنقولات وكالغنیمة. والأصح جريان هذا الحكم، سواء قلنا: للمصالح أو للمرتزقة، لتبقى الرقبة مؤيدة، وينتفع بغلتها المستحق كل عام، بخلاف المنقولات، فإنها معرضة للهلاك، والغنیمة بعيدة عن نظر الإمام واجتهاده، لتأكد حق الغانمين. فإذا قلنا بالوقف، فوجهان: أحدهما: المراد به التوقف عن قسمة الرقبة، دون الوقف الشرعي. وأصحهما: أن المراد الوقف الشرعي للمصلحة. فعلى هذا، وجهان: أحدهما: يصير وقفاً بنفس الحصول، كما يرق النساء والصبيان بالأسر. وأصحهما: لا، لكن الإمام يقفها. وإن رأى قسمتها أو بيعها وقسمة ثمنها، فله ذلك. وقول الشافعي رحمه الله: هي وقف، أي: تجعل وقفاً. وأما خمسه، فسهم المصالح لا سبيل إلى قسمته، بل يوقف وتصرف غلته في المصالح، أو يباع ويصرف ثمنه إليها، والوقف أولى ويحيي الوجه السابق، أنه يصير وقفاً بنفس الحصول. وسهم ذوي القربى، فيه الخلاف المذكور في الأخماس الأربعة، تفرعاً على أنها للمرتزقة. وسهم اليتامى والمساكين وابن السبيل، يرب على سهم ذوي القربى. إن قلنا: إنه وقف، فهنا أولى، ولأن ذوي القربى متعينون، وإلا، فالأصح أنه وقف. وقيل: لا.

وإذا تأملت هذه الاختلافات في الأخماس الأربعة، ثم في الخمس، علمت أن المذهب أن الجميع وقف، وهو الموافق لنص الشافعي رحمه الله.

فصل: إذا زادت الأخماس الأربعة على حاجات المرتزقة، فإن قلنا: إنها للمرتزقة، وهو الأظهر، صرف الفاضل إليهم أيضاً على قدر مؤوناتهم. وفي جواز صرف شيء منه إلى إصلاح الحصون وإلى الكراع والسلاح ليكون عدة لهم، وجهان: أحدهما: نعم. فإن قلنا: إنها للمصالح، صرف الفاضل إلى باقي المصالح، كإصلاح الحصون والكراع والسلاح. وإن فضل شيء، ففي جواز صرفه إليهم وجهان: ويجوز صرفه إليهم عن كفاية السنة القابلة بلا خلاف.

فصل: في مسائل منثورة

إحداها: جاء رجل فطلب إثبات اسمه في الديوان، أجابه الإمام إن وجد في المال سعة وفي الطالب أهلية، وإلا، فلا.

المسألة الثانية: لا يحبس شيء من مال الفيء خوفاً أن ينزل بالمسلمين نازلة، بل يفرغ الجميع في الوقت المعين. ثم إن نزلت نازلة، فعلى جميع المسلمين القيام بأمرها. فإن غشيهم العدو، فعلى جميعهم أن ينفروا.

المسألة الثالثة: قال الشافعي رحمه الله: يرزق من مال الفيء الحكام وولاة الأحداث والصلاة، وكل من قام بأمر الفيء من والٍ وكاتب وجندي لا يستغني أهل الفيء عنهم. والمراد بالحكام: الذين يحكمون بين أهل الفيء في مغزاهم. وولاة الأحداث، قيل: هم الذين يعلمون أحداث أهل الفيء الفروسية والرمي، وقيل: هم الذين ينصبون في الأطراف لتولية القضاة وسعاة الصدقات وعزلهم وتجهيز الجيوش إلى الثغور وحفظ البلاد من أهل الفساد ونحوها من الأحداث. وولاة الصلاة: الذين يقيمون لهم الجمععات والجماعات، وكذلك يرزق عرفاء أهل الفيء. وإذا وجد من يتطوع بهذه الأعمال، لم يرزق عليها غيره.

المسألة الرابعة: يجوز أن يكون عامل الفيء من ذوي القربى. قال الماوردي رحمه الله: عامل الفيء، إن ولي وضع أموال الفيء وتقديرها وتقريرها اشترط كونه مسلماً حراً مجتهداً عارفاً بالحساب والمساحة. وإن ولي جباية أمواله بعد تقريرها، سقط الشرط الثالث. وإن ولي جباية نوع خاص من الفيء، نظر، إن لم يستغن فيه عن استنابة، اشترط إسلامه وحرية واطلاعه بشرط ما ولي من حساب ومساحة، لما فيه من معنى الولاية. وإن استغنى عن الاستنابة، جاز أن يكون عبداً، لأنه كالرسول المأمور. وأما تولية الذمي، فإن كانت جباية من أهل الذمة كالجزية وعشر التجار، جازت. وإن كانت من المسلمين، ففي جوازها وجهان:

قلت: الأصح المنع. والله أعلم.

وإذا فسدت ولاية العامل، وقبض المال مع فسادها، برىء الدافع، لبقاء الإذن. فلو نهى عن القبض بعد فسادها لم يبرأ الدافع إليه إن علم النهي، وإن جهله، فوجهان: كالوكيل.

قلت: قال الماوردي: إذا تأخر العطاء عن المثبتين في الديوان عند استحقاقهم، وكان المال حاصلاً، فلهم المطالبة كالديون. وإن أعوز بيت المال، كانت أرزاقهم ديناً على بيت المال، وليس لهم مطالبة ولي الأمر به. قال: وإذا أراد ولي الأمر إسقاط بعضهم لسبب، جاز، وبغير سبب، لا يجوز. وإذا أراد بعضهم إخراج نفسه من الديوان، جاز إن استغنى عنه، ولا يجوز مع الحاجة، إلا أن يكون معذوراً. قال: وإذا جرد الجيش للقتال، فامتنعوا وهم أكفاء من حاربهم، سقطت أرزاقهم. وإن ضعفوا عنه، لم تسقط. وإذا جُرد أحدهم لسفر، أعطي نفقة سفره إن لم يدخل في تقدير عطائه، ولم يعط إن دخل فيه. وإذا تلف سلاحه في الحرب، أعطي عوضه إن لم يدخل في تقدير عطائه، إلا، فلا. والله أعلم.

الباب الثاني: في الغنمة

وقد ذكرنا، أنها المال الذي يأخذه المسلمون من الكفار بإيجاف الخيل والركاب. قال البغوي: سواء ما أخذناه من أيديهم قهراً وما استولينا عليه بعدما هزمناهم في القتال وتركوه.

وحلّ الغنمة مختص بهذه الأمة زادها الله شرفاً، وكانت في أول الإسلام لرسول الله ﷺ خاصة، يصنع فيها ما يشاء، وعليه يحمل إعطاؤه ﷺ من لم يشهد بداراً، ثم نسخ ذلك، فجعل خمسها مقسوماً خمسة أسهم كالفيء، قال الله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِّن شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَلِالْيَتَامَىٰ وَالْمَسْكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ...﴾ [الأنفال: ٤١] وجعل أربعة أخماسها للغنمين.

ويعرض في أموال الغنمة النفل والرضخ والسلب والقسمة، ويحصل بيانها في أربعة أطراف:

الطرف الأول: النفل بفتح النون والفاء، وهو زيادة مال على سهم الغنمة، يشترطه الإمام أو أمير الجيش لمن يقوم بما فيه نكاية زائدة في العدو، أو توقّع ظفر، أو دفع شر، وذلك كالتقدم على طليعة، أو التهجم على قلعة، أو الدلالة عليها، وكحفظ مكمّن، وتجسس حال وشبهها. وإنما ينفل إذا مست حاجة لكثرة العدو وقلة المسلمين، واقتضى الحال بعث السرايا وحفظ المكامن، ولذلك نفل رسول الله ﷺ

في بعض الغزوات دون بعض. ثم الكلام فيمن شرط له، وفي محل المشروط وقدره. أما الأول، فيجوز كونه شخصاً معيناً وجماعة، ويجوز أن يطلق فيقول: من فعل كذا فله كذا.

وأما محله، فيجوز أن يشترط النَّفْل من مال المصالح المرصدة ببيت المال، وحينئذٍ يشترط كونه معلوماً، ويجوز أن يشترطه مما سيغنم ويؤخذ من الكفار في هذا القتال، وحينئذٍ يذكر جزءاً كثلث أو ربع وغيرهما، ويحتمل الجهالة للحاجة. وإذا نفل من الغنيمة، فمم ينفل؟ فيه أوجه: ويقال: أقوال: أصحابها: من خمس خمسها. والثاني: من أصلها. والثالث: من أربعة أخماسها.

وأما قدره، فليس له حد مضبوط، فيجتهد الإمام ويجعله بقدر العمل وخطره، وقد صح في كتاب الترمذي وغيره، أن النبي ﷺ كان ينفل في البداية الربع، وفي الرجعة الثلث^(١)، وفي رواية الترمذي «القفل» بدل «الرجعة»، وقيل: البداية: السرية الأولى، والرجعة: الثانية. وقال الجمهور: البداية: السرية التي يبعثها الإمام قبل دخوله دار الحرب مقدمة له، والرجعة: التي يأمرها بالرجوع بعد توجه الجيش إلى دار الإسلام. ونقص البداية، لأنهم مستريحون لم يطل بهم السفر، ولأن الكفار في غفلة، ولأن الإمام من ورائهم يستظهرون به، والرجعة بخلافهم في كل ذلك. واختلفوا في المراد بالحديث بحسب اختلافهم في محل النفل، ف قيل: المراد، ثلث خمس الخمس، أو رבעه. وقيل: ثلث الجميع، أو رבעه. وقيل: ثلث أربعة أخماسها، أو رבעها. وقيل: المراد: أنه يزداد نصيب كل شخص من الغنيمة مثل ثلثه أو رבעه، ويجوز الزيادة على الثلث، والنقص عن الربع بالاجتهاد.

فرع: إذا قال الأمير: من أخذ شيئاً فهو له، لم يصح شرطه على الأظهر.

فرع: من ظهر منه في الحرب مبارزة وحسن إقدام وأثر محمود، أعطي سهمه، وزيد من سهم المصالح ما يليق بالحال.

الطرف الثاني: في الرضخ.

فالصبي، والعبد، والمرأة، والخنثى، والزمن، والذمي، لا يسهم لهم، لكن يرضخ لهم، وهذا الرضخ مستحق على المشهور. وفي قول: مستحب. ويجتهد الإمام في قدره، ولا يبلغ به سهم راجل إن كان من يرضخ له راجلاً. وإن كان فارساً، فوجهان بناءً على أنه هل يجوز أن يبلغ تعزير الحرّ حد العبيد؟ وبالمعنى قطع

(١) أخرجه الترمذي في سننه برقم (١٥٦١) وابن ماجه في سننه برقم (٢٨٥٢) وإسناده ضعيف كما قال العلامة الألباني رحمه الله في ضعيف سنن ابن ماجه برقم (٦٢٦).

الماوردي. وسواء حضر العبد بإذن سيده، والصبي بإذن وليه، والمرأة بإذن زوجها، أم بغير إذنهم. وإن حضر الذمي بغير إذن الإمام، لم يستحق شيئاً على الصحيح، بل يعزّره الإمام أن ذلك. وإن حضر بإذنه، فإن كان استأجره، فله الأجرة فقط، وإلا، فله الرضخ على الصحيح. وقيل: لا شيء له. وقيل: إن قاتل، استحق، وإلا، فلا. وإذا حضر نساء أهل الذمة بإذن الإمام، فلهن الرضخ على الأصح.

فرع: يفاوت الإمام بين أهل الرضخ بحسب نفعهم، فيرجّح المقاتل ومن قتاله أكثر على غيره، والفارس على الراجل، والمرأة التي تداوي الجرحى وتسقي العطاش على التي تحفظ الرجال، بخلاف سهم الغنيمه، فإنه يستوي فيه المقاتل وغيره، لأنه منصوص عليه. والرضخ بالاجتهاد، كدية الحر وقيمة العبد.

فرع: في محل الرضخ للعبيد والصبيان والنساء، ثلاثة أقوال: أظهرها: من أربعة أخماس الغنيمه. والثاني: من أصلها. والثالث: من خمس الخمس، وأهل الذمة كالعبيد على المذهب. وقيل: يرضخ لهم من خمس الخمس قطعاً. وحيث رضخنا من أصل الغنيمه يبدأ به كالسلب، ثم يقسم الباقي خمساً وأربعة أخماس.

فرع: إذا انفرد العبيد والنساء والصبيان بغزوة وغنموا، حُصّت. وفي الباقي أوجه: أصحها: يقسم بينهم كما يقسم الرضخ على ما يقتضيه الرأي من تسوية وتفصيل. والثاني: يقسم كالغنيمه، للفارس ثلاثة أسهم، وللراجل سهم. والثالث: يرضخ لهم منه، ويجعل الباقي لبيت المال. وخصص البغوي هذا الخلاف بالصبيان والنساء، وقطع في العبيد بكونه لسادتهم، وحكى أنه لو سبى مراهقون أو مجانين صغاراً، حكم بإسلامهم تبعاً لهم. أما إذا كان مع أهل الرضخ واحد من أهل الكمال، فيرضخ لهم، والباقي لذلك الواحد.

فرع: لا يخمس ما أخذه الذميون من أهل الحرب، لأن الخمس حق يجب على المسلمين كالزكاة.

فرع: من قاتل من أهل الكمال أكثر من غيره، رضخ له مع السهم، كذا ذكره المسعودي والبغوي، ومنهم من ينازع كلامه فيه. وقيل: يزداد من سهم المصالح ما يليق بالحال.

فرع: لو زال نقص أهل الرضخ، فعتق العبد، وأسلم الكافر، وبلغ الصبي قبل انقضاء دار الحرب، أسهم لهم. وإن كان بعد انقضائها، فقد أطلق الماوردي أنه ليس لهم إلا الرضخ، وينبغي أن يجيء فيما بين انقضاء الحرب وحيازة المال، الخلاف الآتي فيمن حضر في هذا الحال. الطرف الثالث: في السلب.

هو للقتال، والكلام في سبب استحقاقه ومستحقته ونفسه وكيفية إخراجها من الغنيمة. أما سبب استحقاقه، فقال في «الوسيط» في ضبطه: هو ركوب الغرر في قهر كافر مقبل على القتال بما يكفي شره بالكلية، وفيه قيود:

أحدها: ركوب الغرر. فلو رمى من حصن أو من وراء الصف كافراً، وقتله، لم يستحق سلبه، وكذا لو رمى من صف المسلمين إلى صف الكفار، فقتل رجلاً.

القيد الثاني: إقبال الكافر على القتال، وليس المراد اشتغاله بالقتال حين قتله، لأنهما لو تقاتلا زماناً ثم هرب فقتله المسلم في إدباره، قال الأصحاب: استحق سلبه. ولا يشترط أيضاً أن تكون مقاتلته مع قاتله، بل لو قصد كافر مسلماً، فجاء مسلم آخر من ورائه فقتله، استحق سلبه، بل المرعي ما ذكره أصحابنا العراقيون، أن يقتله مقبلاً أو مدبراً والحرب قائمة. فأما إذا انهزم جيش الكفار فاتبعهم فقتل كافراً، فلا يستحق سلبه، لأن بهزيمتهم اندفع شرهم، وما دامت الحرب قائمة فالشر متوقع، والمولي لا تؤمن كرتة. ولو قتل كافراً وهو أسير في يده، أو نائم، أو مشغول بأكل أو نحوه، أو مشغول بالامتناع، لم يستحق سلبه.

القيد الثالث: قهره بما يكفي شره بالكلية بقتل، أو إثم، أو إزالة امتناع، بأن يعميه، أو يقطع يديه ورجليه. ولا يلحق به قطع يد أو رجل. فلو قطع يديه أو رجليه، أو يداً ورجلاً، فهو إثم على الأظهر، وهو رواية المزني، وبه قطع جماعة. ولو اشترك جماعة في قتله أو إثم، فالسلب لهم. وفي وجه: أنه لو وقع بين جماعة لا يرجى نجاة منهم، لم يختص قاتله بسلبه، لأنه زال شره بالوقوع بينهم. قال أبو الفرج الزاز: لو أمسكه واحد وقتله آخر، فالسلب بينهما، لاندفاع شره بهما، وكأن هذا فيما إذا منعه الهرب ولم يضبطه. فأما الإمساك الضابط، فإنه أسر، وقتل الأسير لا يستحق به السلب. ولو أثنى، فقتله آخر، فالسلب للمثخن. ولو جرحه فلم يثخنه، فقتله آخر، فالسلب للثاني. ولو أسره، ففي استحقاقه سلبه قولان: أحدهما: لا، لأنه لم يدفع كل شره. وأظهرهما: نعم، لأنه أصعب من القتل وأبلغ في القهر، ولأن الإمام يتمكن فيه من القتل وغيره. ثم الإمام يتخير في الأسير الذي ليس من الذرية بين القتل والاسترقاق والمن والفداء كما يأتي إن شاء الله تعالى. فإن أرقه، فهل لمن أسره رقبته؟ أو فاداه، هل له مال الفداء؟ اطرده فيه القولان. وقيل: وجهان: ويشبه أن يكون الأظهر هنا المنع، لأن اسم السلب لا يقع عليه.

فرع: لو كان الكافر المقتول امرأة أو صبياً، إن كان لا يقاتل، لم يستحق سلبه، لأن قتله حرام. وإن كان يقاتل، استحق سلبه على الأصح، والعبد كالصبي. وقيل: بالاستحقاق قطعاً.

فصل: فأما استحقاق السلب، فكل من يستحق سهم الغنيمة، يستحق السلب. والمذهب أن العبد والمرأة والصبي يستحقونه، ولا يستحقه الذمي على المذهب، وإذا قلنا: لا تستحق المرأة، فكان القاتل خنثى، وقف السلب حتى يتبين. وإذا حضر الذمي بغير إذن الإمام، فلا سلب له قطعاً، ولا سلب للمخذل قطعاً. والتاجر إذا قلنا: لا سهم له، كالصبي.

فصل: وأما نفس السلب، فما عليه من ثياب بدنه والخف والرأيتين، وما عليه من آلات الحرب، كالدرع والمغفر والسلاح، ومركوبه الذي يقاتل عليه، وما عليه من سرج ولجام ومقود وغيرها، وكذا لو كان ممسكاً عنانه وهو يقاتل راجلاً. وفيما عليه من الزينة، كالطوق، والسوار، والمنطقة، والخاتم، والهميان، وما فيه من النفقة، فقولان: ويقال: وجهان: أحدهما: ليست سلباً، كثيابه وأمتعته المخلفة في خيمته. وأظهرهما: أنها سلب، لأنها مسلوبة. والجنيبة التي تقاد بين يديه، فيها هذا الخلاف. وقيل بالمنع. والأصح، أنها سلب، صححه الروياني وغيره. قال أبو الفرج الزاز: فعلى هذا، لا يستحق إلا جنيبة واحدة، فعلى هذا يبقى النظر إذا قاد جنائب في أن السلب، أيتها، يرجع إلى تعيين الإمام، أم يقرع؟

قلت: تخصيص أبي الفرج بجنيبه فيه نظر. وإذا قيل به، فينبغي أن يختار القاتل جنيبة قتيله، فهذا هو المختار بل الصواب، بخلاف ما أبداه الرافعي. والله أعلم. والحقيبة المشدودة على فرسه، وما فيها من الدراهم والامتعة ليست سلباً على المذهب. وقيل: كالمنطقة.

فصل: وأما كيفية إخراج السلب، ففي تخميسه قولان: المشهور: لا يخمس. والثاني: يخمس، فيدفع خمسه لأهل الخمس، وباقيه للقاتل، ثم يقسم باقي الغنيمة. **فرع:** لا فرق في استحقاق السلب، بين أن يقتل كافراً مبارزة، وبين أن ينغمر في صف العدو فيقتله، ولا بين أن يقول الإمام: من قتل فله السلب وبين أن لا يقول.

الطرف الرابع: في قسمة الغنيمة. من أحكام قسمتها ما يتعلق بهذا الموضع، ومنها ما يتعلق بكتاب السير.

فمما يتعلق بهذا الباب، أنه إذا أراد الإمام أو أمير الجيش القسمة، بدأ بالسلب فأعطاه للقاتل تفريراً على المشهور أن السلب لا يخمس، ثم يخرج المؤن اللازمة، كأجرة حمال وحافظ وغيرها، ثم يجعل الباقي خمسة أقسام متساوية، ويأخذ خمس رقا، فيكتب على واحدة: لله تعالى أو للمصالح، وعلى أربع: للغانمين، ويدرجها في بنادق متساوية ويجففها، ويخرج لكل قسم رقعة، فما خرج عليه: سهم الله

تعالى، جعله بين أهل الخمس على خمسة أسهم، ومنه يكون النفل على الأصح، ويقسم الباقي على الغانمين، ويقدم القسمة بين الغانمين على قسمة الخمس، لأنهم حاضرون محصورون، ومنها يكون الرضخ على الأظهر. وسواء في القسمة، المنقول والعقار، لعموم الآية. ولا تكره قسمة الغنائم في دار الحرب.

قلت: هذه العبارة ناقصة، فالصواب أن يقال: يستحب قسمتها في دار الحرب، كما قاله أصحابنا، بل قد ذكر صاحب «المهذب» وغيره: أنه يكره تأخيرها إلى دار الإسلام من غير عذر. والله أعلم.

فصل: فيمن يستحق السهم

من شهد الواقعة بنية الجهاد، استحقه، قاتل أو لم يقاتل، إذا كان ممن يسهم له، ويتعلق بهذا الأصل صور:

إحداها: من حضر قبل انقضاء القتال، استحق. وإن حضر بعد حيازة المال، فلا وإن حضر بعد انقضائه، وقبل حيازة المال، فقولان: وقيل: وجهان: أظهرهما: لا يستحق. والثاني: بلى. وقيل: إن خيف رجعة الكفار، استحق. وإلا، فلا. ولو أقاموا على حصن وأشرفوا على فتحه، فلحق مدد قبل الفتح، شاركوهم. وإن فتحوا ودخلوا آمنين، ثم جاء المدد، لم يشاركوهم.

الصورة الثانية: غاب في أثناء القتال منهزماً ولم يعد حتى انقضى القتال، فلا حق له. وإن عاد قبل انقضائه، استحق من المحوز بعد عوده دون المحوز قبل عوده، كذا ذكره البغوي، وقياسه أن يقال فيمن حضر قبل انقضاء القتال: لا حق له في المحوز قبل حضوره. كذا نقله أبو الفرج الزاز عن بعض الأصحاب، وإن كنا أطلقناه في الصورة السابقة.

قلت: هذا الذي نقله أبو الفرج متعين، وكلام من أطلقه محمول عليه. والله أعلم.

وإن ولّى متحرّفاً لقتال أو متحيزاً إلى فئة، استحق على تفصيل مذكور في «كتاب السير» ومن هرب ثم ادعى أنه كان متحرّفاً أو متحيزاً، قال الغزالي: يصدق بيمينه. وقال البغوي: إن لم يعد إلا بعد انقضاء القتال، لم يصدق، لأن الظاهر خلافه. وإن عاد قبله، صدق بيمينه. فإن حلف، استحق من الجميع. وإن نكل، لم يستحق إلا من المحوز بعد عوده.

قلت: الذي قاله البغوي أرجح. والله أعلم.

الصورة الثالثة: مات بعضهم قبل الشروع في القتال، فلا حق له. ولو مات

فرسه أو سرق أو عار أو خرج من يده ببيع أو هبة ونحوهما، لم يستحق سهم الفرس. وفيما إذا عار وجه ضعيف. ولو مات رجل بعد انقضاء الحرب وحياسة المال، انتقل حقه إلى ورثته. ولو مات فرسه في هذه الحال، استحق سهم الفرس. ولو مات الرجل بعد انقضاء الحرب وقبل الحياسة، انتقل حقه إلى ورثته على الأصح. ولو مات فرسه في هذا الحال، استحق سهم الفرس على الأصح. ولو مات في أثناء القتال، سقط حقه على المنصوص. ونص في موت الفرس في هذا الحال أنه يستحق سهم الفرس. ولأصحاب طرق. أصحها: تقرير النصين، لأن الفارس متبوع، والفرس تابع. وقيل: قولان فيهما. وقيل: إن حيز المال بقتال جديد، فلا استحقاق فيهما. وإن أفضى ذلك القتال إلى الحياسة، استحق فيهما.

الصورة الرابعة: إذا شهد الواقعة صحيحاً، ثم مرض مرضاً لا يمنع القتال، كالحمى الخفيفة والصداع، أو مرضاً يرجى زواله، لم يبطل حقه. وإن كان غير ذلك، كالزمانة والفالج، ففي بطلان حقه قولان أو وجهان: أظهرهما: لا يبطل. ولو خرج في الحرب، استحق على المذهب. ثم الأكثرون أطلقوا القول في رجاء الزوال وعدمه. وحكي عن بعض أصحاب الإمام أن المعتبر رجاء الزوال قبل انجلاء القتال. وإذا لم يستحق المريض، رضخ له. والمرض بعد انقضاء القتال وقبل حياسة المال، على الخلاف السابق.

الصورة الخامسة: المخدّل للجيش، يمنع الخروج مع الناس وحضور الصف. فإن حضر، لم يعط سهماً ولا رضخاً. ولا يلحق الفاسق بالمخدّل على الصحيح، وقيل: يلحق، لأنه لا يؤمن تخذيله.

قلت: كذا قطع الجمهور، أن المخدّل لا رضخ له. وقال الجرجاني في «التحرير»: إن حضر بإذن الإمام، رضخ له. والله أعلم.

فصل: بعث الإمام أو أمير الجيش سرية إلى دار الحرب وهو مقيم ببلده، فغنمت، لم يشاركها الإمام ومن معه من الجيش.

قلت: سواء كانت دار الحرب قريبة من الإمام، أم لا. حتى لو بعث سرية، وقصد الخروج وراءها، فغنمت السرية قبل خروجه، لم يشاركها وإن قربت دار الحرب، لأن الغنيمة للمجاهدين، وقبل الخروج ليسوا مجاهدين. والله أعلم.

ولو بعث سريتين إلى جهتين، لم تشارك إحداها الأخرى. فلو أوغلنا في ديار الكفار، والتقتا في موضع، اشتركتا فيما غنمتا بعد الاجتماع. ولو بعثتهما إلى جهة واحدة، فإن أمر عليهما أميراً واحداً، أو كانت إحداها قريبة من الأخرى، بحيث تكون كل واحدة عوناً للأخرى، اشتركتا، وإلا، فلا. ولو دخل الإمام أو الأمير دار

الحرب، وبعث سرية في ناحية، فغنمت، شاركهم جيش الإمام. ولو غنم الجيش، شاركته السرية، لاستظهار كل بالآخر. ولو بعث سريتين إلى جهة، اشترك الجميع فيما يغنم كل منهم. ولو بعثهما إلى جهتين، فكذلك على الصحيح. وقيل: لا شركة بين السريتين هنا. ثم ذكر ابن كج والإمام أن شرط الاشتراك أن يكونوا بالقرب مترصدين للنصرة. وحد القرب: أن يبلغهم الغوث والمدد منهم إن احتاجوا، ولم يتعرض أكثر الأصحاب لهذا، واكتفوا باجتماعهم في دار الحرب.

قلت: هذا المنقول عن الأكثرين، هو الأصح أو الصحيح. والله أعلم. فعلى الأول، لو كانت إحداهما قريبة، والأخرى بعيدة، اختصت القريبة بالمشاركة.

فرع: بعث الإمام جاسوساً، فغنم الجيش قبل رجوعه، شاركهم على الأصح، وبه قال الداركي، لأنه فارقه لمصلحتهم، وخاطر بما هو أعظم من شهود الواقعة.

فصل: إذا شهد الأجير مع المستأجر الواقعة، نظر، إن كانت الإجارة لعمل في الذمة بغير تعيين مدة، كخياطة ثوب وبناء حائط، استحق السهم قطعاً. وإن تعلقت بمدة معينة، بأن استأجره لسياسة الدواب وحفظ الأمتعة شهراً، فنقل الغزالي والبعوي: أنه إن لم يقاتل، فلا سهم له، وإن قاتل فثلاثة أقوال: وأطلق المسعودي وآخرون الأقوال من غير فرق بين أن يقاتل، أو لا. وكذلك أطلقها الشافعي رحمته الله في «المختصر». أظهرها: له السهم، لحضور الواقعة. والثاني: لا. وعلى هذين، يستحق الأجرة بمقتضى الإجارة. والثالث: يخير بين الأجرة والسهم. فإن اختار الأجرة، فلا سهم. وإن اختار السهم، فلا أجرة.

قال صاحب «الإفصاح»: هذا الثالث هو فيما إذا استأجر الإمام لسقي الغزاة وحفظ دوابهم من سهم الغزاة من الصدقات، فيخيره الإمام أما أجير آحاد الناس، فلا يجيء فيه هذا القول، لأن الإجارة لازمة، إلا أن يكون الجاري بينهما صورة جعالة. وقال الأكثرون: يجري القول الثالث في كل أجير، كما أطلقه الشافعي رحمه الله، لأن لزوم الإجارة لا يختلف. ثم على الثالث، إذا اختار السهم، ففيما يسقط من الأجرة وجهان: أحدهما: قسطها من وقت دخول دار الحرب. وأصحهما: من وقت شهود الواقعة. وأما وقت تخييره، فنقل في «الشامل» عن الأصحاب أنهم قالوا: يخير، إما قبل القتال، وإما بعده. فيقال قبله: إن أردت القتال، فاطرح الأجرة، وإن أردت الأجرة فاطرح الجهاد. ويقال بعده: إن كنت قصدت الجهاد، فلا أجرة لك، وإن كنت قصدت الأجرة، فخذها ولا سهم لك. والمراد أنه يحصل الغرض بكل واحد منهما، إلا أنه يخير في الحالتين جميعاً.

فرع: إذا أسهمنا للأجير، فله السلب إذا قتل. وإن لم نسهم، فوجهان: وعلى هذا، يرضخ له على الصحيح كالعبد. وقيل: لا، لأنه لم يسهم له، وهو من أهله، بخلاف العبد.

فرع: هذا المذكور في الأجير لغير الجهاد. فأما الاجير للجهاد، ففي صحة استئجار الذمي والمسلم كلام يأتي في «السير» إن شاء الله تعالى. فإن صحت الإجارة، فله الأجرة، ولا سهم ولا رضح، وإلا، فلا أجرة. وفي سهم الغنيمة وجهان: أحدهما: يستحقه، لشهوده الواقعة. والثاني: المنع، وبه قطع البغوي، قاتل، أم لا، لأنه أعرض عنه بالإجارة.

فصل: تجار العسكر وأهل الحرف، كالخياطين، والسراجين، والبرّازين، والبقّالين، وكل من خرج لغرض تجارة أو معاملة، إذا شهدوا الواقعة، ففي استحقاقهم السهم طرق. المذهب أنهم إن قاتلوا، استحقوا، وإلا، فلا، وهو ظاهر نصه في «المختصر». وقيل: بالاستحقاق مطلقاً، وهو الأصح عند الروياني، وبالمعنى مطلقاً. وإذا لم نسهم لهم، فلهم الرضح على الأصح.

فصل: إذا أفلت أسير من الكفار، وشهد الواقعة مع المسلمين، فإن كان من هذا الجيش، استحق السهم، قاتل، أم لا؟ وإن أسر من جيش آخر، فهل يستحق لشهوده الواقعة، أم لا لعدم قصده الجهاد؟ قولان: ثم قيل بطرد القولين، قاتل، أم لا. والمذهب والمنصوص في «المختصر» أنهما إذا لم يقاتل، فإن قاتل، استحق قطعاً. هذا إذا أفلت قبل انقضاء الحرب وحيازة الغنيمة. فإن أفلت بعد الحرب وقبل الحيازة، فعلى ما سبق في لحوق المدد. وإن أفلت بعد الحيازة، قال في «الشامل»: إن قلنا: تملك الغنيمة بالحيازة، فلا سهم له، وإلا، فهو كما لو أفلت قبل الحيازة ولم يقاتل. وإذا لم يسهم له، ففي الرضح الخلاف السابق.

فصل: أسلم كافر، والتحق بجيش الإسلام، فشهد الواقعة، يسهم له إن قاتل قطعاً، وكذا إن لم يقاتل على الصحيح، لأنه قصد إعلاء كلمة الإسلام، وشهد الواقعة. وفي «الرقم» للعبادي: أنه لا يستحق.

فصل: سبق أن الغنيمة يبدأ منها بالسلب والمؤون، ثم يقسم الباقي خمسة أقسام، ويجعل أربعة أخماسها للغانمين، فيسوّى بينهم في ذلك، ولا يفضل بعضهم إلا بشيئين: أحدهما: النقصان المقتضي للرضخ، تفريراً على الاظهر: أنه من أربعة أخماسها. والثاني: أن الفارس يفضل على الراجل، فيعطى الفارس ثلاثة أسهم، سهمين لفروسه، وسهماً له، ويعطى الراجل سهماً. ويتعلق بهذا الأصل مسائل:

إحداها: راكب البعير، والفيل، والحمار، والبغل، لا يلحق بالفارس، لكن

يعطى الراكب سهمه، ويرضخ لهذه الدواب، ويكون رضخ الفيل أكثر من رضخ البغل، ورضخ البغل أكثر من رضخ الحمار، ولا يبلغ رضخها سهم فرس، ويرضخ للصبي والذمي الفارسين أكثر مما يرضخ لو كانا راجلين.

المسألة الثانية: سواء في الخيل العتيق، وهو الذي أبواه عربيان، والبرذون، وهو الذي أبواه أعجميان، والهجين، وهو الذي أبوه عربي وأمه عجمية، والمقرف، وهو الذي أبوه عجمي وأمه عربية، لأن الكر والفر يقع منها كلها، ولا يضر تفاوتها، كالرجال. وفي قول شاذ: لا يسهم للبرذون، بل يرضخ له.

المسألة الثالثة: ليتعهد الإمام الخيل إذا أراد دخول دار الحرب، فلا يدخل إلا فرساً شديداً، ولا يدخل حُطماً، وهو الكسير، ولا قحماً، وهو الهرم، ولا ضرعاً، وهو الصغير الضعيف، ولا أعجف رازحاً. والأعجف: المهزول. والرازح: هو بين الهزال.

قلت: القحم، بفتح القاف وإسكان الحاء المهملة، والضرع، بفتح الضاد المعجمة وفتح الراء أيضاً، والرازح، بالراء وبعد الألف زاي مكسورة ثم حاء مهملة، وضبطت هذه الألفاظ، لأنها في كلام الشافعي وكتب الأصحاب رحمهم الله، ورأيت من صحفها فأردت السلامة. والله أعلم.

فلو أدخل بعضهم شيئاً منها، نظر إن نهى الإمام عن إدخاله وبلغه النهي، لم يسهم لفرسه، وإن لم ينه، أو لم يبلغه النهي، فقولان: أحدهما: يسهم له كالشيخ الضعيف. وأظهرهما: لا، لأنه لا فائدة فيه، بل هو كَلٌّ، بخلاف الشيخ فإنه ينتفع برأيه ودعائه. وقال الشيخ أبو إسحاق: لا خلاف في المسألة، بل القول الأول محمول على ما إذا أمكن القتال عليه، والثاني إذا لم يمكن.

المسألة الرابعة: من حضر بفرسين، لم يسهم إلا لواحد على المذهب، وبه قطع الجمهور. وحكى بعضهم قولاً أنه يسهم لفرسين ولا يزداد.

المسألة الخامسة: يسهم للفرس المستعار والمستأجر، فيكون السهم للمستعير والمستأجر. وحكى وجه: أنه للمعير. وأما الفرس المغصوب. فالمذهب أنه يسهم له، ويكون سهمه للغاصب. وقيل: للمغصوب منه. وقيل: لا يسهم له، لأن إحضاره حرام، فهو كالمعدوم.

المسألة السادسة: إذا كان القتال في ماءٍ أو حصن وقد أحضر فرسه، أسهم لفرسه، لأنه قد يحتاج إلى الركوب، نص عليه، وحمله ابن كج على ما إذا كانوا بالقرب من الساحل، واحتمل أنه يخرج ويركب. فإن لم يحتمل الحال الخروج، فلا معنى لإعطاء سهم الفرس.

المسألة السابعة: حضر اثنان بفرس مشترك بينهما، فهل يعطى كل منهما سهم فرس، لأن معه فرساً قد يركبه، أم يعطيان سهم فرس واحد مناصفة، أم لا يعطيان للفرس شيئاً لأنه لم يحضر واحد منهما بفرس تام؟ فيه أوجه:

قلت: لعل الأصح المناصفة. والله أعلم.

ولو ركب اثنان فرساً، وشهدا الواقعة، فهل لهما ستة أسهم لأنهما فارسان؟ أم سهمان لأنهما راجلان لتعذر الكرّ والفرّ؟ أم أربعة أسهم، سهمان لهما وسهمان للفرس؟ فيه ثلاثة أوجه: وبالله التوفيق.

قلت: اختار ابن كج في «التجريد» وجهاً رابعاً حسناً أنه إن كان فيه قوة الكرّ والفرّ مع ركوبهما، فأربعة أسهم، وإلا، فسهمان.

ومن مسائل الباب: لو دخل دار الحرب راجلاً، ثم حصل فرساً ببيع أو إعارة أو غيرهما، وحضر به الحرب، أسهم له. قال صاحب «العدة»: ولو حضر فارساً، فضاع فرسه، فأخذه رجل وقاتل عليه، فأسهم المقاتل له وللفرس، كان سهمهما الفرس لمالكه، لأنه شهد الواقعة وفرسه حاضر ولم يوجد منه اختيار إزالة يد، فصار كما لو كان معه ولم يقاتل عليه، ويفارق المغصوب حيث قلنا: سهم الفرس للغاصب على المذهب، لأن المالك لم يشهد الواقعة.

ومنها: الأعمى، والزّمن، ومقطوع اليدين والرجلين، المذهب: أنه لا يسهم لهم، لكن يرضخ. وحكى الجرجاني في استحقاقهم السهم قولين.

ولو شرط الإمام للجيش أن لا يخمس عليهم، فشرطه باطل، ويجب تخميس ما غنموا، وسواء شرط ذلك لضرورة، أم لا. وحكى ابن كج وجهاً أنه إن شرطه لضرورة، لم يخمس، وهذا شاذ باطل. ولو غزت طائفة بغير إذن الإمام فغنمت، خمس على المذهب، وبه قطع الجمهور. وحكى ابن كج وجهاً: أنه لا يخمس، وهو باطل. ولو كان معه فرس فلم يركبه ولم يعلم به، قال ابن كج: لم يسهم له بلا خلاف. قال: ولو علم به ولم يركبه بحال، فلا سهم له. قال: وعندي يسهم له إذا كان يمكنه ركوبه ولم يحتج إليه. والله أعلم.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب النكاح (١)

وفيه أبواب:

الباب الأول: في خصائص رسول الله ﷺ في النكاح وغيره

قال الأئمة: هي أربعة أضرب:

أحدها: ما اختص به رسول الله ﷺ من الواجبات، والحكمة فيه زيادة الزلفى والدرجات، فلن يتقرب المتقربون إلى الله تعالى بمثل أداء ما افترض عليهم^(٢).

قلت: قال إمام الحرمين هنا: قال بعض علمائنا: الفريضة يزيد ثوابها على ثواب النافلة بسبعين درجة، واستأنسوا فيه بحديث. والله أعلم.

فمن ذلك، صلاة الضحى، ومنه الأضحى، والوتر، والتهجد، والسواك، والمشاورة على الصحيح في الخمسة.

والأرجح: أن الوتر غير التهجد.

قلت: جمهور الأصحاب، على أن التهجد كان واجباً عليه ﷺ. قال القفال: وهو أن يصلي في الليل وإن قل.

وحكى الشيخ أبو حامد: أن الشافعي رحمه الله نص على أنه نسخ وجوبه في حقه ﷺ، كما نسخ في حق غيره، وهذا هو الأصح أو الصحيح. وفي «صحيح

(١) النكاح لغة: الضم والجمع والتداخل.

وشرعاً: عقد يتضمن إباحة استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع.

(٢) كما أخرج البخاري في صحيحه برقم (٦٥٠٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إن الله قال: من عادى لي ولياً فقد أذنته بالحرب، وما تقرب إلي عبدي بشيء أحب إلي مما افترضت عليه، وما يزال عبدي يتقرب إلي بالنوافل حتى أحبه، فإذا أحببته كنت سمعه الذي يسمع به، وبصره الذي يبصر به، ويده التي يبطش بها، ورجله التي يمشي بها، وإن سألني لأعطينه، ولئن استعاذني لأعيذنه، وما ترددت عن شيء أنا فاعله ترددي عن نفس المؤمن، يكره الموت وأنا أكره مساءته».

مسلم» عن عائشة رضي الله عنها ما يدل عليه ^(١). والله أعلم.

وكان عليه رضي الله عنه، إذا رأى منكراً أن يغيّره، لأن الله تعالى وعده بالعصمة.

قلت: قد يقال: هذا ليس من الخصائص، بل كلّ مكلف تمكّن من إزالته، لزمه تغييره، ويجاب عنه بأن المراد أنه لا يسقط عنه للخوف، فإنه معصوم، بخلاف غيره. والله أعلم.

وكان عليه رضي الله عنه، مصابرة العدو وإن كثر عددهم.

وكان عليه رضي الله عنه، قضاء دين من مات من المسلمين معسراً. وقيل: كان يقضيه تكرّماً. وفي وجوب قضاء دين المعسر على الإمام من مال المصالح، وجهان: وقيل: كان يجب عليه رضي الله عنه إذا رأى شيئاً يعجبه أن يقول: «لبيك إن العيش عيش الآخرة».

وأما في النكاح، فأوجب الله سبحانه وتعالى عليه رضي الله عنه تخيير نسائه بين مفارقتها واختياره. وحكى الحناطي وجهاً أن هذا التخيير كان مستحباً، والصحيح الأول. ولما خيرهن، اخترن الدار الآخرة، فحرّم الله تعالى عليه رضي الله عنه التزويج عليهن والتبدّل بهن مكافأة لهن على حسن صنيعهن، فقال تعالى: ﴿لَا يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِنْ بَعْدُ وَلَا أَنْ تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنْ أَزْوَاجٍ﴾ [الأحزاب: ٥٢] ثم نسخ ذلك لتكون المنة لرسول الله ﷺ بترك التزويج عليهن، بقوله تعالى: ﴿إِنَّا أَلَلْنَا لَكَ أَزْوَاجَ النَّبِيِّ أَتَيْتَ أَجُورَهُنَّ...﴾ الآية [الأحزاب: ٥٠] وهل حرّم عليه رضي الله عنه طلاقهن بعدما اخترن؟ فيه أوجه: أصحهما: لا، والثاني: نعم. والثالث: يحرم عقيب اختيارهن، ولا يحرم إن انفصل. ولو فرض أن واحدة منهنّ اختارت الدنيا، فهل كان يحصل الفراق بنفس الاختيار؟ وجهان: أصحهما: لا. وهل كان جوابهن مشروطاً بالفور؟ وجهان: أصحهما: لا. فإن قلنا بالفور، فهل كان يمتدّ بامتداد المجلس، أم المعتبر ما يعدّ جواباً في العرف؟ وجهان: وهل كان قولها: اخترت نفسي، صريحاً في الفراق؟ فيه وجهان:

وهل كان يحلُّ له رضي الله عنه التزويج بها بعد الفراق؟ وجهان.

الضرب الثاني: ما اختص به من المحرّمات، وهي قسمان:

أحدهما: المحرّمات في غير النكاح، فمنها الزكاة، وكذا الصدقة على

(١) يشير إلى ما أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٧٤٦) ضمن حديث طويل وفيه أن عائشة رضي الله عنها قالت: «... إن الله تعالى افترض قيام الليل في أول هذه السورة - تقصد سورة المزمل - فقام نبي الله ﷺ وأصحابه حولاً، وأمسك الله خاتمتها اثني عشر شهراً في السماء حتى أنزل الله في آخر هذه السورة التخفيف، فصار قيام الليل تطوعاً بعد فريضة...» الحديث.

الأظهر. وأما الأكل متكثراً، وأكل الثوم والبصل والكراث، فكانت مكروهة له ﷺ على الأصح. وقيل: محرمة. ومما عُذَّ من المحرمات، الخط والشعر، وإنما يتجه القول بتحريمها ممن يقول: إنه ﷺ كان يحسنهما. وقد اختلف فيه، فقيل: كان يحسنهما لكنه يمتنع منهما، والأصح أنه كان لا يحسنهما. قلت: ولا يمتنع تحريمهما وإن لم يحسنهما. والمراد بتحريم التوصل إليهما. والله أعلم.

وكان يحرم عليه ﷺ، إذا لبس لأمتّه أن ينزعها حتى يلقي العدو ويقاتل، وقيل: كان مكروهاً لا محرماً. والصحيح الأول. وقيل: بناءً عليه أنه كان لا يبتدىء تطوعاً إلاّ لزمه إتمامه.

وكان يحرم عليه ﷺ مدُّ العين إلى ما مُتَّع به الناس، ويحرم عليه خائنة الأعين، وهي الإيحاء إلى مباح من قتل أو ضرب، على خلاف ما يظهره ويشعر به الحال. وقال صاحب «التلخيص»: ولم يكن له أن يخدع في الحرب، وخالفه الجمهور. وفي «الجرجانيات» ذكر وجهين: في أنه هل كان يجوز له أن يصلي على من عليه دين؟ وهل كان يجوز أن يصلي مع وجود الضامن؟

قلت: الصواب الجزم بجوازه مع الضامن، ثم نسخ التحريم، فكان ﷺ بعد ذلك يصلي على من عليه دين ولا ضامن له، ويوفيه من عنده. والأحاديث الصحيحة مصرحة بما ذكرته^(١). والله أعلم.

القسم الثاني: المحرمات المتعلقة بالنكاح. فمنها: إمساك من كرهت نكاحه على الصحيح. وقيل: إنما كان يفارقها تكراً.

ومنها: نكاح الكتابية على الأصح، وبه قال ابن سريج والقاضي أبو حامد والإصطخري. وقال أبو إسحاق: ليس بحرام، ويجري الوجهان في التسري بالامة الكتابية ونكاح الامة المسلمة، لكن الأصح في التسري بالكتابية، الحل. وفي نكاح المسلمة، التحريم. قالوا: ولو قدر نكاح أمة، كان ولده منها حراً على الصحيح مع تجويزنا جريان الرق على العرب. وفي لزوم قيمة هذا الولد وجهان: قال أبو عاصم: نعم. وقال القاضي حسين: لا، بخلاف ولد المغرور بحرية أمه، لأنه فوت الرق

(١) يشير إلى ما أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٢٣٩٨، ٥٣٧١، ٦٧٣١، ٦٧٦٣) ومسلم في صحيحه برقم (١٦١٩) من حديث أبي هريرة ؓ أن رسول الله ﷺ كان يؤتى بالرجل الميت عليه الدين فيسأل: «هل ترك لدينه من قضاء؟» فإن حُذِّث أنه ترك وفاء صلى عليه وإلا قال: «صلّوا على صاحبكم» فلما فتح الله عليه الفتوح قال: «أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن توفي وعليه دين فعليّ قضاؤه ومن ترك مالا فهو لورثته».

بظنه، وهنا الرق متعذر. وأما الأمة الكتابية، فكان نكاحها محرماً عليه على المذهب. وطرده الحنطي فيه الوجهين.

الضرب الثالث: التخفيفات والمباحات. وما أبيح له ﷺ دون غيره قسمان: أحدهما: متعلق بغير النكاح، فمنه الوصال في الصوم، واصطفاء ما يختاره من الغنيمة قبل القسمة من جارية وغيرها، ويقال لذلك المختار: الصفي والصفية، والجمع: الصفايا.

ومنه، خمس خمس الفيء والغنيمة، وأربعة أخماس الفيء، ودخول مكة بغير إحرام، نقله صاحب «التلخيص» وغيره. ومنه، أنه لا يورث ماله. ثم حكى الإمام وجهين: أحدهما: أن ما تركه باقٍ على ملكه، ينفق منه على أهله كما كان ينفق في حياته. قال: وهذا هو الصحيح. والثاني: أن سبيل ما خلفه سبيل الصدقات، وبهذا قطع أبو العباس الروياني في «الجرجانيات». ثم حكى وجهين في أنه هل يصير وقفاً على ورثته؟ وأنه إذا صار وقفاً، هل هو للواقف لقوله ﷺ: «ما تركنا صدقة؟»^(١) وجهان.

قلت: كل هذا ضعيف، والصواب الجزم بأنه زال ملكه ﷺ، وأن ما تركه فهو صدقة على المسلمين لا يختص به الورثة. وكيف يصح غير ما ذكرته مع قوله ﷺ: «لا نورث ما تركناه فهو صدقة؟»^(٢) فهذا نص على زوال الملك. والله أعلم.

وهذه الخصلة، عدها الغزالي من هذا الضرب، وعدها الأكثر من الضرب الرابع. ومنه، أنه ﷺ كان له أن يقضي بعلمه، وفي غيره خلاف. وأن يحكم لنفسه ولولده على المذهب، وأن يشهد لنفسه ولولده، وأن يقبل شهادة من يشهد له، وأن يحمي الموات لنفسه، وأن يأخذ الطعام والشراب من مالكهما المحتاج إليهما إذا احتاج إليهما، وعلى صاحبهما البذل، ويفدي بمهجته مهجة رسول الله ﷺ، قال الله تعالى: ﴿الَّذِي أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٦].

قلت: ومثله ما ذكره الفوراني وإبراهيم المروزي وغيرهما، أنه لو قصده ظالم، وجب على من حضره أن يبذل نفسه دونه ﷺ. والله أعلم.

وكان لا ينتقض وضوؤه ﷺ بالنوم مضطجعاً، وحكى أبو العباس فيه وجهاً غريباً ضعيفاً، وحكى وجهين في انتقاض طهره باللمس.

قلت: المذهب الجزم بانتقاضه باللمس. والله أعلم.

(١) انظر التخريج الآتي.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٧٣٠) ومسلم في صحيحه برقم (١٧٥٨).

وحكى أيضاً صاحب «التلخيص»: أنه كان يحل له ﷺ دخول المسجد جنباً، ولم يسلمه القفال له، بل قال: لا أظنه صحيحاً.

قلت: هذا الذي قاله صاحب «التلخيص»، قد يحتج له بما رواه الترمذي عن عطية عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: قال النبي ﷺ: «يا علي لا يحل لأحد يجنب في هذا المسجد غيري وغيرك»^(١) قال الترمذي: حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه. قال الترمذي: قال ضرار بن صرد، معناه: لا يحل لأحد يستطرقة جنباً غيري وغيرك، وهذا التأويل الذي قاله ضرار، غير مقبول. وقال إمام الحرمين: هذا الذي قاله صاحب «التلخيص» هوس لا يدرى من أين قاله، وإلى أي أصل أسنده. قال: فالوجه: القطع بتخطئه، وهذا كلام من لم يعلم الحديث المذكور، لكن قد يقدح قادح في الحديث بسبب عطية، فإنه ضعيف عند جمهور المحدثين، لكن قد حسنه الترمذي، فلعله اعتضد بما اقتضى حسنه كما نقرر لأهل هذا الفن، فظهر ترجيح قول صاحب «التلخيص».

واعلم أن معظم هذه المباحات، لم يفعلها ﷺ وإن كانت مباحة له.

القسم الثاني: المتعلق بالنكاح، فمنه الزيادة على أربع نسوة. والأصح أنه لم يكن منحصراً في تسع، وقطع بعضهم بهذا، وينحصر طلاقه ﷺ في الثلاث، وينعقد نكاحه - بلفظ الهبة - ﷺ على الأصح فيهما. وإذا انعقد بلفظ الهبة، لم يجب مهر بالعقد ولا بالدخول، ويشترط لفظ النكاح من جهته ﷺ على الأصح. قال الأصحاب: وينعقد نكاحه ﷺ بمعنى الهبة، حتى لا يجب المهر ابتداءً ولا انتهاءً، وفي «المجرد» للحناطي وغيره وجه غريب: أنه يجب المهر. ومنه، أنه ﷺ لو رغب في نكاح امرأة، فإن كانت خلية، لزمها الإجابة على الصحيح، ويحرم على غيره خطبتها. وإن كانت مزوجة، وجب على زوجها طلاقها لينكحها على الصحيح. ومنه انعقاد نكاحه ﷺ بغير ولي ولا شهود، وفي حال الإحرام على الأصح في الجميع. وفي وجوب القسم بين زوجاته، وجهان: قال الإصطخري: لا. والأصح عند الشيخ أبي حامد والعراقيين والبغوي: الوجوب، وأكثر هذه المسائل وأخواتها، تتخرج على أصل اختلف فيه الأصحاب، وهو أن النكاح في حقه ﷺ، هل هو كالتسري في حقنا؟ إن قلنا: نعم، لم ينحصر عدد المنكوحات والطلاق، وانعقد بالهبة ومعناها، وبلا ولي وشهود، وفي الإحرام، ولم يجب القسم، وإلا انعكس الحكم.

(١) أخرجه الترمذي في سننه برقم (٣٧٢٧) وضعفه العلامة الألباني رحمته الله في ضعيف سنن الترمذي برقم (٧٧٨).

وكان له ﷺ تزويج المرأة ممن شاء بغير إذنها ولا إذن وليها، وتزوجها لنفسه، وتولّى الطرفين بغير إذنها ولا إذن وليها. قال الحناضي: ويحتمل أنه إنما كان يحل بإذنها، وكان يحل له نكاح المعتدة على أحد الوجهين.

قلت: هذا الوجه حكاة البغوي، وهو غلط لم يذكره جمهور الأصحاب، وغلطوا من ذكره. بل الصواب القطع بامتناع نكاح المعتدة من غيره. والله أعلم.

وهل كان يلزمه نفقة زوجاته؟ فيه وجهان بناءً على المهر.

قلت: الصحيح الوجوب. والله أعلم.

وكانت المرأة تحل له ﷺ بتزويج الله تعالى، لقوله في قصة زينب امرأة زيد: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاهَا﴾ [الأحزاب: ٣٧] وقيل: بل نكحها بنفسه. ومعنى الآية: أحللنا لك نكاحها. وهل كان يحل له الجمع بين امرأة وعمتها أو خالتها؟ وجهان بناءً على أن المخاطب هل يدخل في الخطاب؟ ولم يكن يحل الجمع بينها وبين أختها وأمها وبناتها على المذهب. وحكى الحناضي فيه وجهين: وأعتق ﷺ صفية وتزوجها، وجعل عتقها صداقها^(١). فقيل: معناه: أعتقها وشرط أن ينكحها، فلزمها الوفاء، بخلاف غيره. وقيل: جعل نفس العتق صداقاً، وجاز ذلك، بخلاف غيره.

قلت: وقيل: معناه: أعتقها بلا عوض، وتزوجها بلا مهر لا في الحال ولا في ما بعد، وهذا أصح. والله أعلم.

الضرب الرابع: ما اختص به ﷺ من الفضائل والإكرام، فمنه أن زوجاته اللاتي توفي عنهن - ﷺ - محرمات على غيره أبداً، وفيمن فارقتها في الحياة أوجه: قال ابن أبي هريرة: يحرم، وهو المنصوص في أحكام القرآن، لقول الله تعالى: ﴿وَأَزْوَاجَهُمْ أَمْهَنَهُمْ﴾ [الأحزاب: ٦]. والثاني: يحل. والثالث: يحرم الدخول بها فقط. قال الشيخ أبو حامد: هو الصحيح.

قلت: الأول أرجح. والله أعلم.

فإن حرمتنا، ففي أمة يفارقها بالموت أو غيره بعد وطئها وجهان. ولو فرض أن بعض المخيرات اختارت الفراق، ففي حلها لغيره طريقان: قال العراقيون: فيها

(١) أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٩٤٧، ٥٠٨٦، ٥١٦٩) ومسلم في صحيحه برقم (١٣٦٥) وأبو داود في سننه برقم (٢٠٥٤) والترمذي في سننه برقم (١١١٥) والنسائي في سننه برقم (٣٣٤٢) وابن ماجه في سننه برقم (١٩٥٧).

الأوجه، وقطع أبو يعقوب الأبيوردي وآخرون بالحل، لتحصل فائدة التخيير، وهو التمكن من زينة الدنيا، وهذا اختيار الإمام، والغزالي. ومنه، أن أزواجه أمهات المؤمنين، سواء من ماتت تحته ﷺ، ومن مات عنها وهي تحته، وذلك في تحريم نكاحهن ووجوب احترامهن وطاعتهن، لا في النظر والخلوة، ولا يقال: بناتهن أخوات المؤمنين، ولا آبائهن وأمهاتهن أجداد وجدات المؤمنين، ولا إخوتهن وأخواتهن أخوال المؤمنين وخالاتهم. وحكى أبو الفرج الزاز وجهاً أنه يطلق اسم الإخوة على بناتهن، واسم الخؤولة على إخوتهن وأخواتهن، لثبوت حرمة الأمومة لهن، وهذا ظاهر لفظ «المختصر».

قلت: قال البغوي: كن أمهات المؤمنين من الرجال دون النساء، روي ذلك عن عائشة رضي الله عنها، وهذا جارٍ على الصحيح عند أصحابنا وغيرهم من أهل الأصول، أن النساء لا يدخلن في خطاب الرجال. وحكى الماوردي في تفسيره خلافاً في كونهن أمهات المؤمنات، وهو خارج على مذهب من أدخلهن في خطاب الرجال. قال البغوي: وكان النبي ﷺ أباً للرجال والنساء جميعاً. وقال الواحدي من أصحابنا: قال بعض أصحابنا: لا يجوز أن يقال: هو أبو المؤمنين، لقول الله تعالى: ﴿مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ﴾ [الأحزاب: ٤٠] قال: نص الشافعي على أنه يجوز أن يقال: هو أبو المؤمنين، أي: في الحرمة. ومعنى الآية: ليس أحد من رجالكم ولد صلبه. والله أعلم.

ومنه، تفضيل زوجاته على سائر النساء، وجعل ثوابهن وعقابهن مضاعفاً، ولا يحل أن يسألن أحد شيئاً إلا من وراء حجاب، ويجوز أن يسأل غيرهن مشافهة.

قلت: وأفضل زوجاته ﷺ، خديجة، وعائشة رضي الله عنهما قال المتولي: واختلفوا أيتها أفضل. والله أعلم.

ومنه، في غير النكاح، أنه خاتم النبيين، صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين، وأمه خير الأمم، وشريعته مؤبدة وناسخة لجميع الشرائع، وكتابه معجز محفوظ عن التحريف والتبديل، وأقيم بعده حجة على الناس، ومعجزات سائر الأنبياء انقرضت، ونصر بالرعب مسيرة شهر، وجعلت له الأرض مسجداً، وترابها طهوراً، وأحلت له الغنائم، ويشفع في أهل الكبائر.

قلت: هذه العبارة ناقصة أو باطلة، فإن شفاعته ﷺ التي اختص بها ليست الشفاعة في مطلق أهل الكبائر، فإن لرسول الله ﷺ في القيامة شفاعات خمساً:

أولاهن: الشفاعة العظمى في الفصل بين أهل الموقف حين يفزعون إليه بعد

الأنبياء، كما ثبت في الحديث الصحيح، حديث الشفاعة^(١).

والثانية: في جماعة، فيدخلون الجنة بغير حساب.

والثالثة: في ناس استحقوا دخول النار فلا يدخلونها.

والرابعة: في ناس دخلوا النار، فيخرجون.

والخامسة: في رفع درجات ناس في الجنة، وقد أوضحت ذلك كله في «كتاب

الإيمان» من أول «شرح صحيح مسلم» رحمه الله، والشفاعة المختصة به ﷺ، هي الأولى والثانية، ويجوز أن تكون الثالثة والخامسة أيضاً. والله أعلم.

وُبِعْثَ ﷺ إلى الناس كافة، وهو سيد ولد آدم، وأول من تنشق عنه الأرض، وأول شافع ومشفّع، وأول من يقرع باب الجنة، وهو أكثر الأنبياء أتباعاً، وأُمته معصومة لا تجتمع على ضلالة، وصفوفهم كصفوف الملائكة. وكان لا ينام قلبه، ويرى من وراء ظهره كما يرى من قُدَّامه، وتطوُّعه بالصلاة قاعداً كتطوُّعه قائماً وإن لم يكن عذر، وفي حقِّ غيره ثواب القاعد النصف.

قلت: هذا قد قاله صاحب «التلخيص»، وتابعه البغوي، وأنكره القفال، وقال: لا يعرف هذا، بل هو كغيره، والمختار الأول، لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص ﷺ قال: «أتيت رسول الله ﷺ فوجدته يصلي جالساً، فقلت: حدثت يا رسول الله أنك قلت: «صلاة الرجل قاعداً على نصف الصلاة» وأنت تصلي قاعداً: قال: «أجل ولكنني لست كأحدكم»^(٢) رواه مسلم في «صحيحه». والله أعلم.

ويخاطبه ﷺ المصلي بقوله: السلام عليك أيها النبي ورحمة الله، ولا يخاطب سائر الناس، ولا يجوز لأحد رفع صوته فوق صوته، ولا أن يناديه من وراء الحجرات، ولا أن يناديه باسمه فيقول: يا محمد، بل يقول: يا رسول الله، يا نبي الله، ويجب على المصلي إذا دعاه، أن يجيبه، ولا تبطل صلاته. وحكى أبو العباس الروياني وجهاً أنه لا يجب، وتبطل به الصلاة، وكان يتبرك ويستشفى ببوله ودمه، ومن زنا بحضرته أو استهان به، كفر.

قلت: في الزنا، نظر. والله أعلم.

وأولاد بناته ينسبون إليه، وأولاد بنات غيره، لا ينسبون إليه في الكفاءة وغيرها.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٣٣٤٠، ٣٣٦١، ٤٧١٢) ومسلم في صحيحه برقم (١٩٤) من حديث أبي هريرة ﷺ.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٧٣٥) وأبو داود في سننه برقم (٩٥٠) والنسائي في سننه برقم (١٦٥٨).

قلت: كذا قال صاحب «التلخيص» وأنكره القفال وقال: لا اختصاص في انتساب أولاد البنات. والله أعلم.

وقال رحمه الله: «كل سبب ونسب منقطع يوم القيامة، إلا سببي ونسبي»^(١) قيل: معناه: أن أمته ينتسبون إليه يوم القيامة، وأمم سائر الأنبياء لا ينسبون إليهم. وقيل: ينتفع يومئذ بالنسبة إليه، ولا ينتفع بسائر الأنساب. وقال رحمه الله: «تسموا باسمي، ولا تكتنوا بكنيتي»^(٢)، وقال الشافعي رحمه الله: ليس لأحد أن يكتني بأبي القاسم، سواء كان اسمه محمداً، أم لا، ومنهم من حمّله على كراهة الجمع بين الاسم والكنية، وجوز الأفراد، ويشبه أن يكون هذا أصح، لأن الناس ما زالوا يكتنون به في جميع الأعصار من غير إنكار.

قلت: هذا الذي تأولاه الرافعي واستبدل به فيهما، ضعيف، وهذه المسألة فيها ثلاثة مذاهب. أحدها: مذهب الشافعي، وهو ما ذكره. والثاني: مذهب مالك: أنه يجوز التكني بأبي القاسم لمن اسمه محمد ولغيره. والثالث: يجوز لمن اسمه محمد دون غيره. ومن جوز مطلقاً، جعل النهي مختصاً بحياة رسول الله ﷺ، وقد يستدل له بما ثبت في الحديث من سبب النهي، وأن اليهود تكتنوا به، وكانوا ينادون: يا أبا القاسم، فإذا التفت النبي ﷺ قالوا: لم نعنك، إظهاراً للإيذاء، وقد زال ذلك المعنى، وهذا المذهب أقرب، وقد أوضحته مع ما يتعلق به في كتاب «الأذكار» وكتاب «الأسماء».

وما يتعلق بهذا الضرب، أن شعره ﷺ طاهر على المذهب وإن نجسنا شعر غيره، وأن بوله ودمه وسائر فضلاته، طاهرة على أحد الوجهين كما سبق، وأن الهدية له حلال، بخلاف غيره من الحكام وولاة الأمور من رعاياهم. وأعطى جوامع الكلم. ومن خصائصه ﷺ، ما ذكره صاحب «التلخيص» والقفال قالا: كان النبي ﷺ يؤخذ عن الدنيا عند تلقي الوحي، ولا تسقط عنه الصلاة ولا غيرها. وفاته ﷺ ركعتان بعد الظهر، فقضاهما بعد العصر، ثم واظب عليهما بعد العصر. وفي اختصاصه بهذه المداومة، وجهان: أصحهما: الإختصاص.

ومنها: أنه لا يجوز الجنون على الأنبياء، بخلاف الإغماء. واختلفوا في جواز الإحتلام، والأشهر امتناعه.

(١) أخرجه الطبراني في معجمه الكبير (١٢٩/٣) والخطيب في تاريخه (٢٧١/١٠) وحسنه العلامة الألباني رحمته الله في السلسلة الصحيحة برقم (٢٠٣٦).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢١٢٠)، (٣٥٣٧) ومسلم في صحيحه برقم (٢١٣١).

ومنها: أنه من رآه ﷺ في المنام فقد رآه حقاً، وأن الشيطان لا يتمثل في صورته^(١)، ولكن لا يعمل بما يسمعه الرائي منه في المنام مما يتعلق بالأحكام، لعدم ضبط الرائي، لا للشك في الرؤية، فإن الخبر لا يقبل إلا من ضابط مكلف، والنائم بخلافه.

ومنها: أن الأرض لا تأكل لحوم الأنبياء، للحديث الصحيح^(٢) في ذلك.

ومنها: قوله ﷺ في الحديث: «إن كذباً عليّ ليس ككذب على أحد». فالكذب عمداً عليه من الكبائر، ولا يكفر فاعله على الصحيح وقول الجمهور. وقال الشيخ أبو محمد: هو كفر. ولنختم الباب بكلامين:

أحدهما: قال إمام الحرمين: قال المحققون: ذكر الاختلاف في مسائل الخصائص خبط غير مفيد، فإنه لا يتعلق به حكم ناجز تمس إليه حاجة، وإنما يجري الخلاف فيما لا نجد بداً من إثبات حكم فيه، فإن الأقيسة لا مجال لها، والأحكام الخاصة تتبع فيها النصوص، وما لا نص فيه، فتقدير اختيار فيه، هجوم على الغيب من غير فائدة.

والكلام الثاني: قال الصيمري: منع أبو علي بن خيران الكلام في الخصائص، لأنه أمر انقضى، فلا معنى للكلام فيه. وقال سائر أصحابنا: لا بأس به، وهو الصحيح، لما فيه من زيادة العلم، فهذا كلام الأصحاب، والصواب الجزم بجواز ذلك، بل باستحبابه. بل لو قيل بوجوبه، لم يكن بعيداً، لأنه ربما رأى جاهل بعض الخصائص ثابتة في الحديث الصحيح فعمل به أخذاً بأصل التأسي، فوجب بيانها لتعرف فلا يعمل بها، وأي فائدة أهم من هذه؟! وأما ما يقع في ضمن الخصائص مما لا فائدة فيه اليوم، فقليل لا تخلو أبواب الفقه عن مثله للتدرب ومعرفة الأدلة وتحقيق الشيء على ما هو عليه. والله أعلم.

(١) يشير إلى ما أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٩٩٣، ٦٩٩٦) ومسلم في صحيحه برقم (٢٢٦٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من رآني في المنام فقد رآني، فإن الشيطان لا يتمثل بي» وفي لفظ: «من رآني في المنام فسيّراني في اليقظة، أو لكانما رآني في اليقظة، لا يتمثل الشيطان بي».

(٢) يشير إلى ما أخرجه أبو داود في سننه برقم (١٠٤٧) والنسائي في سننه (٩١/٣) وابن ماجه في سننه برقم (١٦٣٦) وأحمد في المسند (٨/٤) من حديث أوس بن أوس رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إن من أفضل أيامكم يوم الجمعة، فيه خلق آدم، وفيه قبض، وفيه النفخة، وفيه الصعقة، فأكثروا علي من الصلاة فيه، فإن صلاتكم معروضة عليّ» قال: قالوا: يا رسول الله وكيف تعرض صلاتنا عليك وقد أرمت - يقولون: بليت -؟ فقال: «إن الله عز وجل حرم على الأرض أجساد الأنبياء».

والحديث صححه العلامة الألباني رحمه الله في صحيح سنن أبي داود (٢٩٠/١).

الباب الثاني: في مقدمات النكاح

وفيه فصول:

الفصل الأول: فيمن يستحب له النكاح.

الناس ضربان: تائق إلى النكاح، وغيره.

فالتائق: إن وجد أهبة النكاح، استحب له، سواء كان مقبلاً على العبادة، أم لا. وإن لم يجدها، فالأولى أن لا يتزوج ويكسر شهوته بالصوم، فإن لم تنكسر به، لم يكسرهما بالكافور ونحوه، بل يتزوج.

وأما غير التائق: فإن لم يجد أهبة، أو كان به مرض أو عجز، بجب أو تعين أو كبر، كره له النكاح لما فيه من التزام ما لا يقدر على القيام به من غير حاجة. وإن وجد الأهبة، ولم يكن به علة، لم يكره له النكاح، لكن التخلي للعبادة أفضل. فإن لم يكن مشتغلاً بالعبادة، فوجهان حكاهما ابن القطان وغيره: وأصحهما: النكاح أفضل كيلاً تفضي به البطالة والفراغ إلى الفواحش. والثاني: تركه أفضل، لما فيه من الخطر بالقيام بواجبه. وحكي وجه: أن النكاح أفضل من التخلي للعبادة. وفي شرح «مختصر» الجويني وجه: أنه إن خاف الزنا، وجب عليه النكاح. وقال القاضي أبو سعد الهروي: ذهب بعض أصحابنا بالعراق، إلى أن النكاح فرض كفاية، حتى لو امتنع منه أهل قطر، أجبروا عليه.

قلت: الوجه المحكي عن شرح الجويني، لا يحتم النكاح، بل يخير بينه وبين التسري، ومعناه ظاهر. والله أعلم.

الفصل الثاني: إذا أراد النكاح، فالبكر أولى من الثيب إذا لم يكن عذر، والولود أولى، والنسبية أولى، والتي ليست بقاربة قريبة أولى، وذات الدين أولى^(١).

قلت: وبعد الدين، ذات الجمال والعقل أولى، وقربته غير القرينة أولى من الأجنبية، والمستحب أن لا يزيد على امرأة من غير حاجة ظاهرة، ويستحب أن لا يتزوج من معها ولد من غيره لغير مصلحة، قاله المتولي. وإنما قيدت لغير المصلحة، لأن رسول الله ﷺ تزوج أم سلمة رضي الله عنها ومعها ولد أبي سلمة رضي الله عنه. قال أصحابنا:

(١) لما أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥٠٩٠) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٦٦) وأبو داود في سننه برقم (٢٠٤٧) والنسائي في سننه برقم (٣٢٣٠) وابن ماجه في سننه برقم (١٨٥٨) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «تنكح المرأة لأربع: لمالها، ولحسبها، ولجمالها، ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك».

ويستحب أن يتزوج في شوال، للحديث الصحيح عن عائشة رضي الله عنها في ذلك^(١). والمستحب، أن لا يتزوجها إلا بعد بلوغها، نص عليه الشافعي رحمته الله، وهذا إذا لم يكن حاجة أو مصلحة. والله أعلم.

فرع: إذا رغب في نكاحها، استحب أن ينظر إليها لثلاثين يوماً. وفي وجه: لا يستحب هذا النظر، بل هو مباح. والصحيح الأول، للأحاديث^(٢). ويجوز تكرير هذا النظر ليتبين هيئتها، وسواء النظر بإذنها وبغير إذنها. فإن لم يتيسر النظر، بعث امرأة تتأملها وتصفها له، والمرأة أيضاً تنظر إلى الرجل إذا إرادت تزوجه، فإنه يعجبها منه ما يعجبه منها، ثم المنظور إليه الوجه والكفان ظهراً وبطناً، ولا ينظر إلى غير ذلك. وحكى الحنطي وجهين في المفصل الذي بين الكف والمعصم. وفي «شرح مختصر الجويني» وجه: أنه ينظر إليها نظر الرجل إلى الرجل. والصحيح الأول. قال الإمام: ويباح هذا النظر وإن خاف الفتنة لغرض الزوج، ووقت هذا النظر، بعد العزم على نكاحها، وقبل الخطبة، لثلاثين يوماً بعد الخطبة فيؤذيها، هذا هو الصحيح. وقيل: ينظر حين تأذن في عقد النكاح. وقيل: عند ركون كل واحد منهما إلى صاحبه، وذلك حين تحرم الخطبة على الخطبة.

قلت: وإذا نظر فلم تعجبه، فليسكت، ولا يقل: لا أريدها، لأنه إيذاء. والله أعلم.

الفصل الثالث: في أحكام النظر.

جرت العادة بذكره هنا، وله حالان: أحدهما: أن لا تمس الحاجة إليه. والثاني: أن تمس.

والحال الأول: أربعة أضرب: نظر الرجل إلى المرأة، وعكسه، والرجل إلى الرجل، والمرأة إلى المرأة.

الضرب الأول: نظر الرجل إلى المرأة، فيحرم نظره إلى عورتها مطلقاً، وإلى

(١) لما أخرجه مسلم في صحيحه برقم (١٤٢٣) والترمذي في سننه برقم (١٠٩٣) والنسائي في سننه برقم (٣٢٣٦) وابن ماجه في سننه برقم (١٩٩٠) من حديث عائشة رضي الله عنها قالت: تزوجني رسول الله ﷺ في شوال، وبنى بي في شوال، فأبى نساء رسول الله ﷺ كان أحظى عنده مني؟ قال: وكانت عائشة تستحب أن تدخل نساءها في شوال.

(٢) كما أخرج مسلم في صحيحه برقم (١٤٢٤) والنسائي في سننه برقم (٣٢٤٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: كنت عند النبي ﷺ فأتاه رجل فأخبره أنه تزوج امرأة من الأنصار، فقال له رسول الله ﷺ: «أنظرت إليها؟» قال: لا، قال: «فأذهب فانظر إليها، فإن في أعين الأنصار شيئاً».

وجهاها وكفيها إن خاف فتنة. وإن لم يخف، فوجهان: قال أكثر الأصحاب لا سيما المتقدمون: لا يحرم، لقول الله تعالى: ﴿وَلَا يُدَيِّنُكَ رِبِّيُّكَ إِلَّا مَا ظَهَرَ﴾ [النور: ٣١] وهو مفسر بالوجه والكفين، لكن يكره، قاله الشيخ أبو حامد وغيره. والثاني: يحرم، قاله الإصطخري وأبو علي الطبري، واختاره الشيخ أبو محمد، والإمام، وبه قطع صاحب «المهذب» والرويانى، ووجهه الإمام باتفاق المسلمين على منع النساء من الخروج سافرات، وبأن النظر مظنة الفتنة، وهو محرّك للشهوة، فاللائق بمحاسن الشرع، سد الباب فيه، والإعراض عن تفاصيل الأحوال، كالخلوة بالأجنبية. ثم المراد بالكف، اليد من رؤوس الأصابع إلى المعصم. وفي وجه: يختص الحكم بالراحة. وأما أخصم القدمين، فعلى الخلاف السابق في ستر العورة. وصوتها ليس بعورة على الأصح، لكن يحرم الإصغاء إليه عند خوف الفتنة. وإذا قرع بابها، فينبغي أن لا تجيب بصوت رخيم، بل تغلظ صوتها.

قلت: هذا الذي ذكره من تغليظ صوتها، كذا قاله أصحابنا. قال إبراهيم المروذي: طريقها أن تأخذ ظهر كفها بفيها وتجيب كذلك. والله أعلم.

هذا كله إذا كان الناظر بالغاً فحلاً، والمنظور إليها حرة كبيرة أجنبية. ثم الكلام في ست صور:

إحداها: الطفل الذي لم يظهر على عورات النساء، لا حجاب منه. وفي المراهق وجهان: أحدهما: له النظر، كما له الدخول بلا استئذان إلا في الأوقات الثلاثة، فعلى هذا، نظره كنظر المحارم البالغين. وأصحهما: أن نظره كنظر البالغ إلى الأجنبية، لظهوره على العورات. ونزل الإمام أمر الصبي ثلاث درجات: إحداها: أن لا يبلغ أن يحكي ما يرى. والثانية: يبلغه ولا يكون فيه ثوران شهوة وتشوّف. والثالثة: أن يكون فيه ذلك. فالأول حضوره كغيبته، ويجوز التكشف له من كل وجه. والثاني: كالمحرم. والثالث: كالبالغ. واعلم أن الصبي لا تكليف عليه، وإذا جعلناه كالبالغ، فمعناه يلزم المنظور إليها الإحتجاب منه، كما يلزمها الإحتجاب من المجنون قطعاً.

قلت: وإذا جعلنا الصبي كالبالغ، لزم الولي أن يمنعه النظر، كما يلزم أن يمنعه الزنا وسائر المحرمات. والله أعلم.

الصورة الثانية: في الممسوح وجهان: قال الأكثرون: نظره إلى الأجنبية، كنظر الفحل إلى المحارم، وعليه يحمل قول الله تعالى: ﴿أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولَى الْإِرَبَةِ مِنَ الرِّجَالِ﴾ [الأحزاب: ٣١]. والثاني: أنه كالفحل مع الأجنبية، لأنه يحل له نكاحها.

قلت: والمختار في تفسير «غير أولي الإربة» أنه المغفل في عقله الذي لا يكثرث للنساء ولا يشتهيهن، كذا قاله ابن عباس وغيره. والله أعلم.

وأما المحبوب الذي بقي أنثياه، والخصي الذي بقي ذكره، والعين، والمخنث وهو المشبه بالنساء، والشيخ الهيم، فكالفحل، كذا أطلق الأكثرون. وقال في «الشامل»: لا يحل للخصي النظر، إلا أن يكبر ويهرم وتذهب شهوته، وكذا المخنث. وأطلق أبو مخلد البصري المتأخر في الخصي والمخنث وجهين.

قلت: هذا المذكور عن «الشامل» قاله شيخه القاضي أبو الطيب، وصرح بأن الشيخ الذي ذهب شهوته، يجوز له ذلك، لقوله تعالى: ﴿أَوِ التَّيَعُّنَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ﴾ [الأحزاب: ٣١]. والله أعلم.

الصورة الثالثة: مملوك المرأة محرم لها على الأصح عند الأكثرين.

قلت: وهو المنصوص، وظاهر الكتاب والسنة وإن كان فيه نظر من حيث المعنى، قال القاضي حسين: فإن كاتبته، فليس بمحرم. والله أعلم.

الصورة الرابعة: إذا كان المنظور إليها أمة، فثلاثة أوجه: أصحها: فيما ذكره البغوي والرويانى: يحرم النظر إلى ما بين السرة والركبة، ولا يحرم ما سواه، لكن يكره. والثاني: يحرم ما لا يبدو حال المهنة دون غيره. والثالث: أنها كالحرّة، وهذا غريب لا يكاد يوجد لغير الغزالي.

قلت: قد صرح صاحب «البيان» وغيره، بأن الأمة كالحرّة وهو مقتضى إطلاق كثيرين، وهو أرجح دليلاً. والله أعلم.

الصورة الخامسة: في النظر إلى الصبية، وجهان: أحدهما: المنع. والأصح الجواز، ولا فرق بين عورتها وغيرها، لكن لا ينظر إلى الفرج.

قلت: جزم الرافعي، بأنه لا ينظر إلى فرج الصغيرة. ونقل صاحب «العدة» الاتفاق على هذا، وليس كذلك، بل قطع القاضي حسين في تعليقه بجواز النظر إلى فرج الصغيرة التي لا تشتهى، والصغير، وقطع به في الصغير إبراهيم المروزي. وذكر المتولي فيه وجهين: وقال: الصحيح الجواز، لتسامح الناس بذلك قديماً وحديثاً، وأن إباحة ذلك تبقى إلى بلوغه سن التمييز، ومصيره بحيث يمكنه ستر عورته عن الناس. والله أعلم.

وأما العجوز، فألحقها الغزالي بالشابة، لأن الشهوة لا تنضب، وهي محل الوطء. وقال الرويانى: إذا بلغت مبلغاً يؤمن الافتتان بالنظر إليها، جاز النظر إلى وجهها وكفيها، لقول الله تعالى: ﴿وَالْفَوَاحِشُ مِنَ اللَّسْكَاءِ...﴾ الآية [النور: ٦].

الصورة السادسة: المحرم لا ينظر إلى ما بين السرة والركبة، وله النظر إلى

ما سواه على المذهب. وفي وجه: أنه يباح ما يبدو عند المهنة. وهل الثدي زمن الإرضاع مما يبدو؟ وجهان: وسواء المحرم بالنسب والمصاهرة والرضاع، وقيل: لا ينظر بالمصاهرة والرضاع إلا إلى البادي في المهنة. والصحيح الأول.

قلت: ويجوز للمحرم الخلوة والمسافرة بها. والله أعلم.

الضرب الثاني: نظر الرجل إلى الرجل، وهو جائز في جميع البدن، إلا ما بين السرة والركبة، لكن يحرم النظر إلى الأورد وغيره بالشهوة، وكذا النظر إلى المحارم وسائر المذكورات في الضرب السابق بالشهوة حرام قطعاً. ولا يحرم النظر إلى الأورد بغير شهوة إن لم يخف فتنة، وإن خافها، حرم على الصحيح وقول الأكثرين.

قلت: أطلق صاحب «المهذب» وغيره: أنه يحرم النظر إلى الأورد لغير حاجة، ونقله الداركي عن نص الشافعي رحمه الله. والله أعلم.

الضرب الثالث: نظر المرأة إلى المرأة كالرجل إلى الرجل إلا في شيئين: أحدهما: حكى الإمام وجهاً: أنها كالمحرم، وهو شاذ ضعيف. الثاني: في نظر الذمية إلى المسلمة وجهان: أحدهما: عند الغزالي: كالمسلمة. وأصحهما: عند البغوي: المنع. فعلى هذا، لا تدخل الذمية الحمام مع المسلمات، وما الذي تراه من المسلمة؟ قال الإمام: هي كالرجل الأجنبي. وقيل: ترى ما يبدو في المهنة، وهذا أشبه.

قلت: ما صححه البغوي هو الأصح أو الصحيح، وسائر الكافرات كالذمية في هذا، ذكره صاحب «البيان». والله أعلم.

الضرب الرابع: نظر المرأة إلى الرجل، وفيه أوجه: أحدها: لها النظر إلى جميع بدنه إلا ما بين السرة والركبة. والثاني: لها نظر ما يبدو منه في المهنة فقط. والثالث: لا ترى منه إلا ما يرى منها.

قلت: هذا الثالث، هو الأصح عند جماعة، وبه قطع صاحب «المهذب» وغيره، لقول الله تعالى: ﴿وَقُلْ لِّلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] ولقوله ﷺ: «أفعميا وان أئتما، أليس تبصرانه» الحديث^(١)، وهو حديث حسن. والله أعلم.

وأما نظرها إلى محرمها، فلا يحرم إلا ما بين السرة والركبة على المذهب، وبه قطع المحققون. وقيل: هو كنظره إليها، ويحرم عليها النظر إلى الرجل عند خوف الفتنة قطعاً. وحديث: «أفعميا وان»، يحمل على هذا أو على الإحتياط.

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (٤١١٢) والترمذي في سننه برقم (٢٧٧٨) وأحمد في المسند (٢٩٦/٦) وضعفه العلامة الألباني رحمه الله في ضعيف سنن أبي داود (ص ٣٣٣).

فرع: ما لا يجوز النظر إليه متصلاً كالذكر وساعد الحرة وشعر رأسها وشعر عانة الرجل وما أشبهها، يحرم النظر إليه بعد الانفصال على الأصح. وقيل: لا، وقال الإمام احتمالاً لنفسه: إن لم يتميز المبان من المرأة بصورته وشكله عما للرجل: كالقلامة، والشعر، والجلدة، لم يحرم. وإن تميز، حرم. قلت: ما ذكره الإمام، ضعيف، إذ لا أثر للتمييز، مع العلم بأنه جزء يحرم نظره. وعلى الأصح: يحرم النظر إلى قلامة رجلها دون قلامة يدها، ويده ورجله. والله أعلم.

وينبغي لمن حلق عانته، أن يوارى الشعر، لئلا ينظر إليه أحد. وفي «فتاوى» البغوي: أنه لو أبين شعر الأمة أو ظفرها، ثم عتقت، ينبغي أن يجوز النظر إليه وإن قلنا: إن المبان كالم متصل، لأنه حين انفصل لم يكن عورة، والعتق لا يتعدى إلى المنفصل.

فرع: يجوز للزوج النظر إلى جميع بدن زوجته غير الفرج. وفي الفرج، وجهان: أحدهما: يحرم. وأصحهما: لا، لكن يكره. وباطن الفرج أشد كراهة، ويكره للإنسان نظره إلى فرج نفسه بلا حاجة، ونظر السيد إلى أمتة التي يجوز استمتاعه بها كنظر الزوج إلى زوجته، سواء كانت قنة، أو مدبرة، أو مستولدة، أو عرض مانع قريب الزوال كالحيض والرهن، فإن كان مرتدة، أو مجوسية، أو وثنية، أو مزوجة، أو مكاتبة، أو مشتركة بينه وبين غيره، حرم نظره إلى ما بين السرة والركبة، ولا يحرم ما زاد على الصحيح. وزوجته المعتدة عن وطء أجنبي بشبهة، كالمكاتبة. ونظر الزوجة إلى زوجها كنظره إليها. وقيل: يجوز نظرها إلى فرجه قطعاً. قلت: ونظرها إلى سيدها كنظره إليها. والله أعلم.

فرع: حيث حرم النظر، حرم المس بطريق الأولى، لأنه أبلغ لذة، فيحرم على الرجل ذلك فخذ رجل بلا حائل. فإن كان ذلك فوق إزار، جاز إذا لم يخف فتنة. وقد يحرم المس دون النظر، فيحرم مس وجه الأجنبية وإن جاز النظر، ومس كل ما جاز النظر إليه من المحارم والإماء، بل لا يجوز للرجل مس بطن أمه ولا ظهرها، ولا أن يغمز ساقها ولا رجلها، ولا أن يقبل وجهها، حكاها العبادي عن القفال. قال: وكذا لا يجوز للرجل أن يأمر ابنته أو أخته بغمز رجله. وعن القاضي حسين أنه كان يقول: العجائز اللاتي يكحلن الرجال يوم عاشوراء مرتكبات للحرام.

فرع: لا يجوز أن يضاجع الرجل الرجل، ولا المرأة المرأة وإن كان كل واحد في جانب من الفراش، وإذا بلغ الصبي أو الصبية عشر سنين، وجب التفريق بينه وبين أمه وأبيه وأخته وأخيه في المضجع.

فرع: يستحب مصافحة الرجل الرجل، والمرأة المرأة. قال البغوي: وتكره المعانقة والتقبيل، إلا تقبيل الولد شفقة. وقال أبو عبد الله الزبيري: لا بأس أن يقبّل الرجل رأس الرجل وما بين عينيه، عند قدومه من سفره أو تباعد لقائه.

قلت: المختار أن تقبيل يد غيره إن كان لزهده وصلاحه أو علمه أو شرفه وصيافته، ونحو ذلك من الأمور الدينية، فهو مستحب. وإن كان لغناه ودنياه وشوخته ووجاهته عند أهل الدنيا ونحو ذلك، فمكروه. وقال المتولي في «باب صلاة الجمعة»: لا يجوز. وتقبيل الصغار شفقة سُنّة، سواء ولده وولد غيره إذا لم يكن بشهوة. والسُنّة معانقة القادم من سفر وتقبيله. ولا بأس بتقبيل وجه الميت الصالح، ويكره حني الظهر في كل حال لكل أحد، ولا بأس بالقيام لأهل الفضل، بل هو مستحب للإحترام، لا للرياء والإعظام، وقد ثبتت أحاديث صحيحة بكل ما ذكرته، وقد أوضحتها مبسوبة في «كتاب السلام» من «كتاب الأذكار»، وهو مما لا يستغني متدين عن مثله، وفي «كتاب الترخيص في القيام». والله أعلم.

فرع: الخنثى المشكل فيه وجهان: أحدهما: الأخذ بالأشدّ، فيجعل مع النساء رجلاً، ومع الرجال امرأة. والثاني: الجواز، قاله القفال، استصحاباً لحكم الصغر. قلت: قطع الفوراني والمتولي بالثاني، وإبراهيم المروذي، ونقله المروذي عن القاضي. والله أعلم.

الحال الثاني: إذا احتاج إلى النظر، وذلك في صور:

منها: أن يريد نكاحها، فله النظر كما سبق.

ومنها: أن يريد شراء جارية، وقد سبق في البيع.

ومنها: إذا عامل امرأة ببيع أو غيره، أو تحمّل شهادة عليها، جاز النظر إلى وجهها فقط ليعرفها. وإذا نظر إليها وتحمّل الشهادة، كلّفَت الكشف عن وجهها عند الأداء. فإن امتنعت، أمرت امرأة بكشفه.

ومنها: يجوز النظر والمس للفصد والحجامة ومعالجة العلة، وليكن ذلك بحضور محرم أو زوج، ويشترط في جواز نظر الرجل إلى المرأة لهذا أن لا يكون هناك امرأة تعالج، وفي جواز نظر المرأة إلى الرجل، أن لا يكون هناك رجل يعالج، كذا قاله أبو عبد الله الزبيري والرويانى، وعن ابن القاصّ خلافه.

قلت: الأول أصح، وبه قطع القاضي حسين والمتولي. قالوا أيضاً: ولا يكون ذمياً مع وجود مسلم. والله أعلم.

ثم أصل الحاجة كافٍ في النظر إلى الوجه واليدين، وفي النظر إلى سائر الأعضاء يعتبر تأكّد الحاجة، وضبطه الإمام فقال: ما يجوز الانتقال من الماء إلى

التيتم وفاقاً أو خلافاً، كشدة الضنى وما في معناها، يجوز النظر بسببه، وفي النظر إلى السوأيتين، يعتبر مزيد تأكّد، قال الغزالي: وذلك بأن تكون الحاجة بحيث لا يعدّ الكشف بسببها هتكاً للمروءة ويعذر في العادة.

ومنها: يجوز للرجال النظر إلى فرج الزانين لتحمل شهادة الزنا، وإلى فرج المرأة للشهادة على الولادة، وإلى ثدي المرضعة للشهادة على الرضاع، هذا هو الصحيح. وقال الإصطخري: لا يجوز كل ذلك. وقيل: يجوز في الزنا دون غيره. وقيل: عكسه.

الفصل الرابع: في الخطبة - بكسر الخاء - قال الغزالي: هي مستحبة، ويمكن أن يحتج له بفعل النبي ﷺ، وما جرى عليه الناس، ولكن لا ذكر للاستحباب في كتب الأصحاب، وإنما ذكروا الجواز. ثم المرأة إن كانت خلية عن النكاح والعدة، جازت خطبتها تعريضاً وتصريحاً، وإن كان معتدة، حرم التصريح بخطبتها مطلقاً. وأما التعريض، فيحرم في عدة الرجعية، ولا يحرم في عدة الوفاة. وقيل: إن كانت عدة الوفاة بالحمل، لم تخطب، خوفاً من تكلف إلقاء ولدها. والصحيح الأول. والبائن بطلاق أو فسخ، يحل التعريض بخطبتها على الأظهر. والتي لا تحل لمن منه العدة بلعان أو رضاع أو طلاق الثلاث، كالمعتدة عن الوفاة. وقيل: كالفسخ. ثم سواء كانت العدة في هذه الصور بالأقراء أم بالأشهر. وقيل: إن كانت بالأقراء، حرم قطعاً. والصحيح وبه قطع الجمهور: أن لا فرق.

وفي المعتدة عن وطء بشبهة، طريقان: المذهب: القطع بالجواز. والثاني: طرد الخلاف. والتصريح، كقوله: أريد نكاحك، أو إذا انقضت عدتك نكحتك. والتعريض بما يحتمل الرغبة في النكاح وغيرها، كقوله: ربّ راغب فيك، من يجد مثلك؟ أنت جميلة، إذا حللت فأذنيني، لا تبقين أيّما، لست بمرغوب عنك، إن شاء الله لسائق إليك خيراً، ونحو ذلك، وحكم جواب المرأة في هذه الصور تصريحاً وتعريضاً حكم الخطبة. وجميع ما ذكرناه، فيما إذا خطبها غير صاحب العدة. فأما صاحبها الذي يحل له نكاحها، فله التصريح بخطبتها.

فرع: تحرم الخطبة على خطبة غيره بعد صريح الإجابة، إلا إذا أذن الغير أو ترك. وصريح الإجابة أن تقول: أجبتك إلى ذلك، أو تأذن لوليها في أن يزوجه إياه، وهي معتبرة الإذن. فلو لم تصرح بالإجابة، لكن وجد ما يشعر بها، كقولها: لا رغبة عنك، فقولان: القديم، تحريم الخطبة. والجديد، الجواز. ولو ردّته، فللغير خطبتها قطعاً. ولو لم يوجد إجابة ولا رد، فقل: يجوز قطعاً. وقيل بالقولين. والمعتبر، رد الولي وإجابته إن كانت مجبرة، وإلا فردّها وإجابته، وفي الأمة رد السيد وإجابته، وفي المجنونة رد السلطان وإجابته. ثم المفهوم من إطلاق الأكثرين، أن سكوت

الولي عن الجواب، فيه الخلاف المذكور، وخص بعضهم الخلاف بسكوتها وقال: سكوت الولي لا يمنع قطعاً. وعن الداركي أن الخلاف في سكوت البكر، ولا يمنع سكوت الشيب بحال.

فرع: يجوز الهجوم على الخطبة لمن لم يدر أخطبت أم لا، ولم يدر أجيب خاطبها أم رد، لأن الأصل الإباحة.

فرع: سواء فيما ذكرناه الخاطب المسلم والذمي إذا كانت كتابية. وقيل: يختص المنع بالخطبة على خطبة المسلم.

قلت: قال الصيمري: لو خطب خمس نسوة دفعة، فأذن، لم يحل لأحد خطبة واحدة منهن حتى يتركها الأول، أو يعقد على أربع فتحل الخامسة. وإن خطب كل واحدة وحدها، فأذن، حلت الخامسة دون غيرها. هذا كلامه، والمختار تحريم الجميع، إذ قد يرغب في الخامسة. قال أصحابنا: ويكره التعريض بالجماع للمخطوبة، ولا يكره التعريض والتصريح به لزوجته وأمه. والله أعلم.

فرع: يجوز الصدق في ذكر مساوئ الخاطب ليحذر، وكذا من أراد نصيحة غيره ليحترز عن مشاركته ونحوها، وليس هذا من الغيبة المحرمة.

قلت: الغيبة تباح بستة أسباب قد أوضححتها بدلائلها وما يتعلق بها وطرق مخارجها في آخر «كتاب الأذكار»:

أحدها: التظلم، فيجوز للمظلوم أن يتظلم إلى السلطان والقاضي وغيرهما ممن له ولاية أو قدرة على إنصافه ممن ظلمه، فيقول: ظلمني فلان وفعل بي كذا.

الثاني: الإستعانة على تغيير المنكر وردّ العاصي إلى الصواب، فيقول لمن يرجو قدرته على إزالة المنكر: فلان يعمل كذا فازجره عنه، ونحو ذلك.

الثالث: الإستفتاء، بأن يقول للمفتي: ظلمني فلان أو أبي أو أخي بكذا، فهل له ذلك، أم لا؟ وما طريقي في الخلاص منه ودفع ظلمه عني؟ ونحو ذلك. وكذا قوله: زوجتي تفعل معي كذا، وزوجي يضربني ويقول لي كذا، فهذا جائز للحاجة. والأحوط أن يقول: ما تقول في رجل أو زوج أو والد من أمره كذا، ومع ذلك فالتعيين جائز، لحديث هند في «الصحيحين»: إن أبا سفيان شحيح... الحديث^(١).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٢١١، ٥٣٦٤) ومسلم في صحيحه برقم (١٧١٤) من حديث عائشة رضي الله عنها قالت: دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان، على رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني، إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل عليّ في ذلك من جناح؟ فقال رسول الله ﷺ: «خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك».

الرابع: تحذير المسلمين من الشر، وذلك من وجوه:

منها: جرح المجروحين من الرواة والشهود والمصنّفين، وذلك جائز بالإجماع، بل واجب، صوناً للشرية.

ومنها: الاخبار بعيبه عند المشاورة في مواسلته.

ومنها: إذا رأيت من يشتري شيئاً معيماً، أو عبداً سارقاً، أو زانياً، أو شارباً، تذكره للمشتري - إذا لم يعلمه - نصيحة، لا بقصد الإيذاء والافساد.

ومنها: إذا رأيت متفقهاً يتردد إلى فاسق أو مبتدع يأخذ عنه علماً، وخفت عليه ضرره، فعليك نصيحته ببيان حاله قاصداً النصيحة.

ومنها: أن يكون له ولاية لا يقوم بها على وجهها لعدم أهليّته أو فسقه، فتذكره لمن عليه ولاية ليستبدل به، أو يعرف حاله فلا يعتبر به أو يلزمه الإستقامة.

الخامس: أن يكون مجاهرّاً بفسقه أو بدعته، كالخمر، ومصادرة الناس، وجباية المكوس، وتولّي الأمور الباطلة، فيجوز ذكره بما يجاهر به، ولا يجوز بغيره إلا بسبب آخر.

السادس: التعريف، فإذا كان معروفاً بلقب، كالأعمش والأعرج والأزرق والقصير ونحوها، جاز تعريفه به، ويحرم ذكره به تنقّصاً، ولو أمكن التعريف بغيره، كان أولى. هذا مختصر ما تباح به الغيبة. والله أعلم.

الفصل الخامس: في الخطبة، بضم الخاء. يستحب لمن يخطب امرأة أن يقدّم بين يدي خطبته خطبة، فيحمد الله تعالى، ويثني عليه، ويصلّي على النبي ﷺ، ويوصي بتقوى الله تعالى، ثم يقول: جئتمكم راغباً في كريمتكم، ويخطب الولي كذلك، ثم يقول: لست بمرغوب عنك، أو نحو ذلك. وتستحب الخطبة أيضاً عند العقد، ويحصل الإستحباب سواء خطب الولي أو الزوج أو أجنبي. وإذا قال الولي: الحمد لله، والصلاة على رسول الله، زوّجتك، فقال الزوج: الحمد لله، والصلاة على رسول الله، قبلتُ نكاحها، فوجهان: أحدهما: لا يصح النكاح، للفصل، والصحيح صحته، وبه قطع الجمهور، وقالوا: للنكاح خطبتان مسنونتان: إحداهما: تتقدم العقد، والثانية: تتخلله، وهي أن يقول الولي: بسم الله، والصلاة على رسول الله، أوصيكم بتقوى الله تعالى، زوّجتك فلانة، ثم يقول الزوج مثل ذلك، ثم يقول: قبلتُ. ثم قال الأصحاب: موضع الوجهين إذا لم يطل الذكر بينهما، فإن طال، فالعقد باطل قطعاً. ولو تخلل كلام يسير لا يتعلق به العقد ولا يستحب فيه، بطل العقد على الأصح. واستحب الشافعي رحمه الله أن يقول الولي: زوّجتكها على ما أمر الله العظيم، من إمساك بمعروف، أو تسريح بإحسان. وهذا إن ذكره قبل

العقد، فذاك. وإن قيد الولي الإيجاب به، وقيل الزوج مطلقاً أو ذاكراً له، فوجهان: أحدهما: يبطل النكاح، واختاره الشيخ أبو محمد، لأنه شرط الطلاق على أحد التقديرين. وأصحهما: الصحة، لأن كل زوج مأخوذ به بمقتضى الشرع، فهو ذكر لمقتضى العقد. وفصل الإمام فقال: إن أجرياه شرطاً ملزماً، فالوجه البطلان. وإن قصدا الوعظ دون الإلزام، لم يضر. وإن أطلقا، احتمل واحتمل، وقرينة الحال تقتضي الوعظ.

فرع: يستحب الدعاء للزوجين بعد العقد، فيقال: بارك الله لك، وبارك عليك، وجمع بينكما في خير. قلت: ويكره أن يقال: بالرِّفاء والبنين، لحديث ورد بالنهي عنه، ولأنه من ألفاظ الجاهلية.

ومما يتعلق بأداب العقد، أنه يستحب إحضار جمع من أهل الصلاح زيادة على الشاهدين، وأن ينوي بالنكاح المقاصد الشرعية، كإقامة السنّة، وصيانة دينه وغيرهما، ويستحب للولي عرض موليته على أهل الفضل والصلاح، لحديث عمر رضي الله عنه في «الصحيحين». والله أعلم.

الباب الثالث: في أركان النكاح

وهي أربعة:

الركن الأول: الصيغة إيجاباً وقبولاً، فيقول الولي: زَوَّجْتُكَ، أو أَنْكَحْتُكَ، ويقول الزوج: تَزَوَّجْتُ، أو نَكَحْتُ، أو قَبِلْتُ تزويجها أو نكاحها. أو يقول الزوج أولاً: تَزَوَّجْتُهَا، أو نَكَحْتُهَا، فيقول الولي: زَوَّجْتُكَ أو أَنْكَحْتُكَ، ولا ينعقد بغير لفظ التزويج والإنكاح. وفي انعقاده بمعنى اللفظين بالعجميّة من العاقدَيْن أو أحدهما أوجه: أصحها: الإنعقاد. والثالث: إن لم يُحسّن العربية، انعقد، وإلا، فلا. وإذا صححناه، فذاك إذا فهم كلُّ منهما كلام الآخر. فإن لم يفهم، فأخبره ثقة عن معنى لفظه، ففي الصحة وجهان: ولا يشترط اتفاق اللفظين منهما. فلو قال: زَوَّجْتُكَ، فقال الزوج: نَكَحْتُ، أو قال: أَنْكَحْتُكَ، فقال: تَزَوَّجْتُ، صح، ولا ينعقد بالكناية.

فرع: إذا قال: زَوَّجْتُكَهَا، فليقل: قَبِلْتُ نكاحها أو تزويجها، أو قَبِلْتُ هذا النكاح، فإن اقتصر على «قَبِلْتُ»، لم ينعقد على الأظهر. وقيل: قطعاً. وقيل: ينعقد قطعاً. وإن قال: قَبِلْتُ النكاح أو قَبِلْتُهَا، فخلاص مرتب، وأولى بالصحة. ولو قال: زَوَّجَنِي أو أَنْكَحَنِي، فقال الولي: قد فعلتُ ذلك، أو نعم، أو قال الولي: زَوَّجْتُكَهَا أو أَنْكَحْتُكَهَا، أَقْبَلْتُ؟ فقال: نعم، أو قال: نعم، من غير قول الولي: أَقْبَلْتُ، فقل

بالمنع قطعاً. وقيل بطرد الخلاف، وهو أقيس. وفي نظائر هذه الصور من البيع، ينعقد البيع. وكذا لو قال: بعثك كذا، فقال: قبلت، ينعقد على الصحيح. وحكى الحناطي فيه وجهاً.

فرع: إذا كتب بالنكاح إلى غائب أو حاضر، لم يصح. وقيل: يصح في الغائب وليس بشيء، لأنه كناية، ولا ينعقد بالكنايات. ولو خاطب غائباً بلسانه، فقال: زوّجتُ بنتي، ثم كتب، فبلغه الكتاب أو لم يبلغه، وبلغه الخبر، فقال: قبلتُ نكاحها، لم يصح على الصحيح. وإذا صححنا في المسألتين، فشرطه القبول في مجلس بلوغ الخبر، وأن يقع بحضور شاهدي الإيجاب.

قلت: لا يكفي القبول في المجلس، بل يشترط الفور. والله أعلم.

فرع: إذا استخلف القاضي فقيهاً في تزويج امرأة، لم يكف الكتاب، بل يشترط اللفظ على المذهب، وحكى الحناطي وجهين: وليس للمكتوب إليه اعتماد الخط على الصحيح.

فرع: إذا قال للولي: زوّجني، قال الولي: زوّجتُك. فإن قال الزوج بعده: قبلتُ، صح النكاح قطعاً، وإلا، فالمذهب والنص صحته أيضاً. وقيل بطرد الخلاف السابق في البيع في مثله. والخلع، والصّلع عن الدم، والإعتاق على مال، ينعقد بالإستيجاب والإيجاب على المذهب، وبه قطع الجمهور. فإذا قالت: طلقني أو خاليني على ألف، فأجابها الزوج، طَلَقْتُ ولزمتها الألف، ولا حاجة إلى قبول بعده. وكذا لو قال العبد لسيده: أعتقني على كذا، فأجابه إليه، أو قال: مَنْ عليه القصاص: صالحنى على كذا، فقال المستحق: صالحتُك عليه. وقيل بطرد الطريقتين في كل هذه العقود كالنكاح. وأما الكتابة فكالعتق، وقيل: كالنكاح. هذا كله إذا كانت صيغته: زوّجني أو خاليني وأعتقني ونحوها. فلو قال الزوج: قُل: زوّجتُكها، قال الشيخ أبو محمد: ليس هو باستيجاب، لأنه استدعى اللفظ دون التزويج، فإذا تلفّظ اقتضى القبول. ولو قال الولي أولاً: تزوّج ابنتي، فقال: تزوّجتُ، فهو كما لو قال الزوج: زوّجني، فقال الولي: زوّجتُك، هكذا قالوه. وقد حكينا عن بعضهم المنع في البيع، ويمكن أن يقال بمثله هنا. ولو قال: أتزوّجني ابنتك؟ فقال الولي: زوّجتُك، لم ينعقد إلا أن يقول الخاطب بعده: تزوّجتُ، وكذا لو قال الولي: أتتزوج بنتي، أو تزوّجتَها؟ فقال: تزوّجتُ، لا ينعقد، إلا أن يقول الولي بعده: زوّجتُك، لأنه استفهام. ولو قال المتوسّط للولي: زوّجته ابنتك؟ فقال: زوّجتُ، ثم أقبل على الزوج فقال: قبلتُ نكاحها؟ فقال: قبلته، صح على الأصح، لوجود الإيجاب والقبول مترابطين، ومنعه القفال، لعدم التخاطب.

فرع: تشترط الموالاة بين الإيجاب والقبول على ما سبق في البيع. ونقل القاضي أبو سعد الهروي: أن أصحابنا العراقيين اکتفوا بوقوع القبول في مجلس الإيجاب.

قلت: الصحيح، اشتراط القبول على الفور، فلا يضر الفصل اليسير، ويضر الطويل، وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول، فهذا هو المعروف في طريقتي العراق وخراسان. وما ادعاه الهروي عن العراقيين جملة لا يُقبل، والمشاهدة تدفعه، والدليل يطله، فلا اغترار به. والله أعلم.

فرع: إذا وُجد أحد شقّي العقد من أحد العاقدین، فلا بد من إصراره عليه حتى يوجد الشق الآخر، فلو رجع عنه، لغا العقد. وكذا لو أوجب ثم جُنّ أو أغمي عليه، لغا إيجابه، وامتنع القبول. وكذا لو أذنت المرأة في تزويجها حيث يعتبر إذنها، ثم أغمي عليها قبل العقد، بطل إذنها.

فصل: النكاح لا يقبل التعليق، كقوله: إذا جاء رأس الشهر، فقد زوّجْتُك. فلو أخبر بمولود، فقال لجليسه: إن كانت بنتاً، فقد زوّجْتُكها، أو قال: إن كانت بنتي طلقها زوجها، أو مات عنها وانقضت عدتها، فقد زوّجْتُكها، أو لو كان تحتها أربع نسوة، فقال له رجل: إن كانت ماتت إحداهن فقد زوّجْتُك بنتي، أو قال: إن مات أبي وورثت هذه الجارية، فقد زوّجْتُكها، وبان الأمر كما قدّر، لم يصح النكاح على المذهب، وبه قطع الأكثرون. وقيل: وجهان كمن باع مال أبيه ظاناً حياته فبان ميتاً. قال البغوي: ولو بُشّر ببنت، فقال: إن صدق المخبر فقد زوّجْتُكها، صح، ولا يكون ذلك تعليقاً، بل هو تحقيق، كقوله: إن كنتِ زوجتي فأنتِ طالق، وتكون «إن» بمعنى «إذا». قال: وكذا لو أخبر من له أربع نسوة بموت إحداهن، فقال لرجل: إن صدق المخبر فقد تزوّجتُ بنتك، فقال ذلك الرجل: زوّجْتُكها، صح، وهذا الذي قاله البغوي، يجب أن يكون مفروضاً فيما إذا تيقن صدق المخبر، وإلا، فلفظ «إن» للتعليق.

فرع: قال: زوّجْتُك بنتي على أن تزوجني بنتك، على أن يكون بُضع كل واحدة صداقاً للآخرى، فقبل الآخر، أو قال: زوّجْتُك بنتي وتزوّجتُ بنتك أو أختك، على أن يكون بُضع كل واحدة صداقاً للآخرى، فقال المخاطب: تزوّجتُ وزوّجتُ على ما ذكرت، فهذا نكاح الشغار، وهو باطل، للحديث الصحيح^(١)، ولمعنى الاشتراك في البضع. وقال القفال: للتعليق والتوقف.

(١) يشير إلى ما أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥١١٢) ومسلم في صحيحه برقم (١٤١٥) وأبو داود في سننه برقم (٢٠٧٤) والترمذي في سننه برقم (١١٢٤) والنسائي في سننه برقم (٣٣٣٧) وابن ماجه في سننه برقم (١٨٨٣) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار، والشغار أن يزوّج الرجل ابنته، على أن يزوجه ابنته، وليس بينهما صداق.

ولو قال كل واحد: زَوَّجْتُكَ بنتي على أن تزوّجني بنتك، وقيل الآخر، ولم يجعل البُضع صداقاً، فوجهان: أحدهما: الصحة، لأنه ليس فيه إلا شرط عقد في عقد، وذلك لا يُفسد النكاح. فعلى هذا، يصح النكاحان، ولكل واحدة مهر المثل. والثاني: لا يصح لمعنى التعليق والتوقف. وخص الإمام الوجهين بما إذا كانت الصيغة هذه، ولم يذكر مهرًا، وقطع بالصحة فيما لو قال: زَوَّجْتُكَ بنتي بألف على أن تزوجني بنتك، وفيما قاله نظر.

فعلى الوجه الأول، لو قال: زَوَّجْتُكَ على أن تزوّجني بنتك، وبضع بنتك صداق لبنتي، فقيل، صح الأول، وبطل الثاني. ولو قال: وبضع بنتي صداق لبنتك، بطل الأول، وصح الثاني، وهذا نظر إلى معنى التشريك. ولو سمّيا لهما أو لأحدهما مهرًا مع جعل البضع صداقاً، بأن قال: زَوَّجْتُكَ بنتي بألف على أن تزوّجني بنتك بألف، وبضع كل واحدة صداق للأخرى، أو قال: على أن تزوجني بنتك، وبضع كل واحدة صداق للأخرى، أو قال: زَوَّجْتُكَ بنتي على أن تزوّجني بنتك ويكون بضع كل واحدة وألف درهم صداقاً للأخرى، فوجهان: أحدهما: وهو ظاهر نصه في «المختصر»: الصحة. وأصحهما: البطлан، وهو نصه في «الإملاء».

فرع: قال: زَوَّجْتُكَ بنتي بمتعة جاريتك، صح النكاح، وفسد الصداق. ولو قال: زَوَّجْتُكَ جاريتي على أن تزوجني بنتك، وتكون رقبة جاريتي صداقاً لبنتك، قال ابن الصباغ: صح النكاحان، لأنه لا تشريك فيما يرد عليه عقد النكاح، ويفسد الصداق، ويجب لكل واحدة مهر المثل، ويجيء على معنى التعليق والتوقف أن يحكم ببطلان النكاحين. ولو طلق امرأته على أن يزوجه صاحبته بنته، ويكون بضع امرأته صداقاً لها، وزوجه صاحبه على ذلك، فهل يبطل النكاح، أم يصح ويفسد الصداق؟ وجهان حكاهما ابن كج عن ابن القطان.

قلت: أفقهما: الثاني. والله أعلم.

ولو طلق امرأته على أن يعتق صاحبه عبده، ويكون طلاق امرأته عوضاً عن عتقه، قال الحناطي: يقع الطلاق ولا رجوع بالمهر على أحد. وفي عتق العبد وجهان: إن عتق، فلا رجوع بقيمته. وقال ابن كج: عندي يقع الطلاق ويحصل العتق، ويرجع المطلق على المعتق بمهر امرأته، والمعتق على المطلق بقيمة عبده.

فصل: النكاح الموقت باطل، سواء قيده بمدة مجهولة أو معلومة، وهو نكاح المتعة. وإذا وطئ في نكاح المتعة جاهلاً بفساده، فلا حدّ. وإن علم، فلا حدّ أيضاً على المذهب. وحيث لا حدّ، يجب المهر والعدة، ويثبت النسب.

ولو قال: نكحتها متعة، ولم يزد على هذا، حكى الحناطي في صحة النكاح وجهين.

قلت: الأصح، البطلان. والله أعلم.

الركن الثاني: المنكوحة، ويشترط خلوها من موانع النكاح. والكلام في الموانع مبسوط في مواضعها، لا سيما «باب الموانع»، فيقتصر هنا على عدّ تراجمها. فمن الموانع أن تكون منكوحة أو معتدة عن غيره، أو مطلقة بالثلاث ما لم تحلل، أو ملاعنته، أو مرتدة، أو مجوسية، أو وثنية، أو زندية، أو كتابية دخلت في دينهم بعد مبعث رسول الله ﷺ أو بعد تبديلهم على الأظهر، أو تكون أمةً والناكح حر واجدٌ طوّل حرة، أو غير خائف عنتاً، أو يكون بعضها أو كلّها ملكاً للناكح، أو تكون محرماً له، أو خامسة، أو يكون في نكاحه أختها وغيرها ممن لا يجمع بينها وبينها، أو تكون محرمة بحج أو عمرة، أو ثيباً صغيرة، أو تكون يتيمة لا جدّ لها.

فصل: يشترط في كل واحد من الزوجين أن يكون معيناً. فلو قال: زوّجتك إحدى بنتي، أو زوجت بنتي أحدكما، أو أحد ابنيك، لم يصح. ولو كان له بنت واحدة فقال: زوّجتك بنتي، صح وإن لم يسمّها. ولو كانت حاضرة فقال: زوجتك هذه، أو كانت في الدار فقال: زوجتك التي في الدار، وليس فيها غيرها، صح.

ولو كان له بنت واحدة، فقال: زوّجتك بنتي فلانة، وسماها بغير إسمها، صح النكاح على الأصح، لأن البنتية صفة لازمة مميزة، فاعتبرت ولغا الإسم، كما لو أشار إليها وسماها بغير إسمها، فإنه يصح قطعاً. وقد يمنع هذه الصورة القائل الآخر، والأصح الصحة فيهما، حتى لو قال: زوجتك هذا الغلام، وأشار إلى بنته، نقل الروياني عن الأصحاب صحة النكاح، تعويلاً على الإشارة.

ولو قال: بعتك داري هذه، وحددها وغلط في حدودها، صح البيع، بخلاف ما لو قال: بعتك الدار التي في المحلة الفلانية، وحددها وغلط، لأن التعويل هنا على الإشارة. ولو قال: بعتك داري، ولم يقل: هذه، وحددها وغلط، ولم يكن له دار سواها، وجب أن يصح تفريعاً على الأصح في قوله: زوجتك بنتي فلانة وغلط في اسمها.

وأما إذا كان اسم بنته الواحدة فاطمة، فقال: زوّجتك فاطمة، ولم يقل: بنتي، فلا يصح النكاح لكثرة الفواطم، لكن لو نواها، صح. كذا قال به العراقيون والبعثي، واعترض ابن الصباغ بأن الشهادة شرط، والشهود لا يطلعون على النية، وهذا قوي، ولهذا الأصل منعنا النكاح بالكنايات.

ولو كان له بنتان فصاعداً، اشترط تمييز المنكوحة باسم أو إشارة أو صفة،

كقوله: فاطمة، أو هذه، أو الكبرى. قال المكتفون بالنية: أو بأن ينويا واحدة بعينها وإن لم يَجْرَ لفظ مميز.

ولو قال: بنتي الكبرى وسماها باسم الصغرى، صح النكاح على الكبرى على الوصف. ويجيء على قياس الوجه المذكور في الواحدة أن يبطل النكاح. وإذا لم يتعرض للكبر والصغر، بل قال: زوّجتك بنتي فلانة، وذكر اسم الكبيرة وقصد تزويجه الصغيرة، أو بالعكس، وقصد الزوج التي قصدها الولي، صح النكاح على التي قصدها، ولغت التسمية. وفي الإعتقاد على النية الإشكال السابق. ولو قال الزوج: قصدنا الكبيرة، فالنكاح في الظاهر منعقد على الكبيرة. وإن صدّق الولي في أنه قصد الصغيرة، لم يصح، لأنه قَبِلَ غير ما أوجب، هكذا ذكره العراقيون والبعثيون المعترفون للنية، وهذا يخالف مسألة منقولة، وهي أن زيدا خطب إلى قوم، وعمراً إلى آخرين، ثم جاء زيد إلى الآخرين، وعمرو إلى الأولين، وزوج كل فريق من جاءه، قال ابن القطان: وقعت في أيام أبي السائب ببغداد، فأفتى الفقهاء بصحة النكاحين، ومعلوم أن كل ولي أوجب لغير من قَبِلَ.

قلت: ليست هذه المسألة مثلها، والفرق أظهر من أن يُذكر.

ومن فروع المسألة، زوّج رجل رجلاً إحدى بنتيه، فمات الأب، وادّعت كل واحدة عليه أنها زوجته، أو ادعى هو على إحدهما، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى في الباب الثاني عشر. والله أعلم.

الركن الثالث: الشهادة، فلا ينعقد النكاح إلا بحضرة رجلين مسلمين مكلفين حرين عدلين سميعين بصيرين متيقظين عارفين لسان المتعاقدين. وقيل: يصح بالأعميين، وحكى أبو الحسن العبادي رحمه الله وجهاً أنه ينعقد بمن لا يعرف لسان المتعاقدين، لأنه ينقله إلى الحاكم. وأما المغفل الذي لا يضبط، فلا ينعقد به، وينعقد بمن يحفظ وينسى عن قريب.

وفي الأخرس وذو الحرفة الدنيّة، والصباغ، والصائغ، وجهان: وفي عدوي الزوجين أو أحدهما، أوجه: أصحها: عند البغوي وهو المنصوص في «الأم»: الإنعقاد. والثالث: ينعقد بعدوي أحدهما دون عدويّهما، واختاره العراقيون. وفي ابنيهما وابني أحدهما وابنه وابنها هذه الأوجه. وقيل: يختص الخلاف بهذه الصورة، وينعقد في العدوين قطعاً، لأن العداوة في تزول.

وقيل: ينعقد بابنيها وعدويّيه دون ابنيها وعدويّيهما، لأنه محتاج إلى الإثبات دونها، ويجري الخلاف في جده وجدها، وأبيه مع جدّها.

وأما أبوها، فولّي عاقد، فلا يكون شاهداً. ولو وكّل، لم ينعقد بحضوره، لأن

الوكيل نائبه، وكذا لو وُكِّل غير الأب وحضر مع شاهد آخر، لم ينعقد. قال البغوي في «الفتاوى»: لو كان لها إخوة، فزوّج أحدهم، وحضر آخران منهم شاهدين، ففي صحة النكاح جوابان. وجه المنع: أن الشرع جعل المباشِر نائباً عن الباقيين فيما توجه عليهم.

قلت: الراجح منهما، الصحة. قال أصحابنا: وينعقد بحضرة ابنه مع ابنيها، أو عدوّيه مع عدوّيها بلا خلاف، لإمكان إثبات شِقَّتِهِ. والله أعلم.

فرع: ينعقد النكاح بشهادة المستورين على الصحيح. وقال الإصطخري: لا. والمستور: من عرفت عدالته ظاهراً، لا باطناً. وقال البغوي: لا ينعقد بمن لا تعرف عدالته ظاهراً، وهذا كأنه مصور فيمن لا يعرف إسلامه، وإلا، فظاهر من حال المسلم الاحتراز من أسباب الفسق.

قلت: الحق، قول البغوي، وأن مراده من لا يعرف ظاهره بالعدالة، وقد صرح البغوي بهذا، وقاله شيخه القاضي حسين، ونقله إبراهيم المروذي عن القاضي ولم يذكر غيره. والله أعلم.

ولا ينعقد بمن لا يظهر إسلامه وحرّيته، بأن يكون في موضع يختلط فيه المسلمون بالكفار والأحرار بالعبيد ولا غالب. وتردد الشيخ أبو محمد في مستور الحرية، والصحيح الأول، بل لا يكتفى بظاهر الإسلام والحرية بالدار حتى يعرف حاله فيهما باطناً. هذا مقتضى كلام البغوي وغيره، وفرقوا بأن الحرية يسهل الوقوف عليها، بخلاف العدالة والفسق. ولو أخبر عدلٌ بفسق المستور، فهل يزول الستر فلا ينعقد بحضوره، وإن زال فيسلك به مسلك الرواية؟ أم يقال: هو شهادة فلا يقدر إلا قول من يجرح عند القاضي؟ تردد فيهما الإمام.

قلت: لو ترافع الزوجان إلى حاكم، وأقرا بنكاح عقد بمستورين، واختصما في حق زوجته، كنفقة ونحوها، حكم بينهما، ولا ينظر في حال الشاهدين إلا أن يعلم فسقهما فلا يحكم. فإن جحد أحدهما النكاح، فأقام المدعي مستورين، لم يحكم بصحته ولا فساد، بل يتوقف حتى يعلم باطنهما، ذكره الشيخ أبو حامد وغيره. والله أعلم.

فرع: لو بان الشاهد فاسقاً حال العقد، فالنكاح باطل على المذهب، كما لو بان كافراً أو عبداً، وإنما يتبين الفسق بينة أو بتصادق الزوجين أنهما كانا فاسقين ولم نعلمهما، أو نسينا فسقهما. فأما لو قالوا: علمنا فسقهما حينئذٍ، أو علمه أحدنا، فقال الإمام: نتبين البطلان بلا خلاف، لأنهما لم يكونا مستورين عند الزوجين، وعليهما التعويل، ولا اعتبار بقول الشاهدين: كنا فاسقين يومئذٍ، كما لا اعتبار بقولهما: كنا

فاسقين بعد الحكم بشهادتهما، وكذا لو تقارّر الزوجان أن النكاح وقع في الإحرام أو العدة أو الردة، نتيين بطلانه، ولا مهر إلا إذا كان دخل بها، فيجب مهر المثل. فلو نكحها بعد ذلك، ملك ثلاث طلقات.

ولو اعترف الزوج بشيء من ذلك وأنكرت، لم يقبل قوله عليها في المهر، فيجب نصف المسمى إن كان قبل الدخول، وكله إن كان بعده، ويفرق بينهما بقوله. وفي سبيل هذا التفريق خلاف. قال أصحاب القفال: هو طلاقه بائنة، فلو نكحها يوماً، عادت بطلقتين. قالوا: وهذا مأخوذ من نصّ الشافعي رحمته الله، أنه لو نكح أمة، ثم قال: نكحتها وأنا واجد طوّل حرة، بانت بطلقة. وعن الشيخ أبي حامد والعراقيين: أنها فُرقة فسخ لا تنقص عدد الطلاق، كما لو أقر الزوج بالرضاع. وإلى هذا مال الإمام، والغزالي، وهؤلاء أنكروا نصه في مسألة الأمة، وإنكاره وجه ظاهر، لأنه نص في «عيون المسائل» أنه إذا نكح أمة، ثم قال: نكحتها وأنا أجد طوّلًا، فصدّقه مولاهما، فسخ النكاح بلا مهر، فإن كان دخل، فعليه مهر مثلها. وإن كذبه، فسخ النكاح بإقراره، ولم يصدّق على المهر، دخل أم لم يدخل. هذا لفظه وهو يوافق قول العراقيين.

قلت: الأصح أو الصحيح، قول العراقيين. وحكى العراقيون وجهًا: أنه يقبل قوله في المهر، فلا يلزمه. وعلى هذا قالوا: إن كان اعترافه قبل الدخول، فلا شيء عليه. وإن كان بعده، فعليه أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل، ولا خلاف أنها إذا ماتت لا يرثها. وإن مات قبلها، فإن قلنا: القول قوله ولم يكن حلف، فيحلف وارثه: لا يعلمه تزوجها بشهادة عدلين، ولا إرث لها. وإن قلنا: القول قولها، حلفت أنه عقد بعدلين وورثت. ولو قالت: عقدنا بفاسقين، فقال: بل بعدلين. فأيهما يقبل؟ وجهان: الأصح: قوله. فإن مات، لم ترثه، وإن مات أو طلقها قبل الدخول، فلا مهر، لإنكارها، وبعد الدخول لها أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل. والله أعلم.

فرع: إستتابة المستورين قبل العقد، إحتياط واستظهار، وتوبة المعلن بالفسق حينئذٍ، هل تلحقه بالمستور؟ فيه تردد للشيخ أبي محمد. والأصح: المنع. فإن ألحقنا فعاد إلى فجوره على قرب، قال الإمام: فالظاهر أن تلك التوبة تكون ساقطة، قال: وفيه احتمال.

فرع: الإحتياط، الاشهاد على رضى المرأة حيث يشترط رضاها، لكنه ليس بشرط في صحة النكاح.

قلت: ومن مسائل الفصل، أنه لا يشترط إحضار الشاهدين، بل إذا حضرا

بأنفسهما، وسمعا الإيجاب والقبول، صح وإن لم يسمعا الصداق. ولو عقد بشهادة خنثيين، ثم بانا رجلين، قال القاضي أبو الفتوح: احتمال أن يكون في انعقاده وجهان بناءً على ما لو صلى رجل خلفه فبان رجلاً. هذا كلامه. والإنعقاد هنا هو الأصح، لأن عدم جزم النية يؤثر في الصلاة. والله أعلم.

الركن الرابع: العاقدان، وهما الموجب، والقابل. فالقابل: هو الزوج ومن ينوب عنه. والموجب: هو الولي أو وكيله، ولا تصح عبارة المرأة في النكاح إيجاباً وقبولاً. فلا تزوج نفسها بإذن الولي ولا بغير إذنه، ولا غيرها، لا بولاية ولا وكالة، ولا يقبل النكاح لا بولاية ولا وكالة. ولو وكل بنته بأن توكل رجلاً بتزويجها، فوكلت، نظر، إن قال: وكلي عن نفسك، لم يصح. وإن قال: وكلي عني، أو أطلق، فوجهان.

فرع: روى يونس بن عبد الأعلى، أن الشافعي رحمته الله قال: إذا كان في الرفقة امرأة لا ولي لها، فولّت أمرها رجلاً حتى يزوجه، جاز، وليس هذا قولاً في صحة النكاح بلا ولي، لأن أبا عاصم العبادي حكى هذا النص في طبقات الفقهاء، ثم ذكر أن من أصحابنا من أنكره، ومنهم من قبله، وقال: إنه تحكيم، والمحكم قام مقام الحاكم.

قلت: ذكر صاحب «الحاوي» فيما إذا كانت امرأة في موضع ليس فيه ولي ولا حاكم، ثلاثة أوجه: أحدها: لا تزوج. والثاني: تزوج نفسها للضرورة. والثالث: تولّي أمرها رجلاً يزوجه. وحكى الشاشي أن صاحب «المهذب» كان يقول في هذا: تحكّم فقيهاً مجتهداً، وهذا الذي ذكره في التحكيم صحيح بناءً على الأظهر في جوازه في النكاح، ولكن شرط الحكم أن يكون صالحاً للقضاء، وهذا يعتبر في مثل هذه الحال. فالذي نختاره، صحة النكاح إذا ولت أمرها عدلاً وإن لم يكن مجتهداً، وهو ظاهر نصه الذي نقله يونس، وهو ثقة. والله أعلم.

فرع: إذا وطئ في نكاح بلا ولي، وجب مهر المثل، ولا حدّ سواء صدر ممن يعتقد تحريمه أو بإباحته باجتهاد أو تقليد أو حسبان مجرد، لشبهة اختلاف العلماء، ولكن معتقد التحريم يعزّر. وقال الإصطخري وأبو بكر الفارسي والصيرفي: يحدّ معتقد التحريم، ولا مهر، وهو ضعيف. ولو رفع النكاح بلا ولي إلى قاضٍ يصححه، فحكم بصحته، ثم رفع إلينا، لم ننقض قضاءه على الصحيح. وقال الإصطخري: ننقضه، ولو طلق فيه، لم يقع، فلو طلق ثلاثاً، لم يفتقر إلى محلل. وقال أبو إسحاق: يقع ويفتقر إلى محلل احتياطاً للإبضاع، وهذا كوجهين ذكرهما أبو الحسن العبادي عن الففال، أنها إذا زوجت نفسها، هل للولي أن يزوجه قبل تفريق

القاضي بينهما؟ قال: وبالمع أجاب القفال الشاشي، لأنها في حكم الفراش، وهو تخريب ابن سريج.

فرع: إذا أقرت حرة مكلفة بالنكاح، فقولان: الجديد الأظهر: يقبل إقرارها مع تصديق الزوج بلا بيّنة، لأن النكاح حقهما، فثبت بتصادقهما، كالبيع وغيره، ولا فرق على هذا بين البكر والثيب، ولا بين الغريبين والبلديين. والقديم: أنهما إن كانا غريبين، ثبت النكاح، وإلا، طولبا بالبيّنة، لسهولتها عليهما، وللإحتياط، فعلى الجديد: هل يكفي إطلاق الإقرار، أم يشترط أن يفصل فيقول: زوّجني به وليي بحضرة شاهدين عدلين ورضاي؟ إن كانت معتبرة الرضى، وجهان: أصحهما: الثاني. ثم إذا أقرت وكذبها الولي، فثلاثة أوجه: أصحها: يحكم بقولها، لأنها تقرّ على نفسها، قاله ابن الحداد والشيخ أبو علي. والثاني: لا، لأنها كالمقرة على الولي، قاله القفال، والثالث: يفرق بين العفيفة والفاسقة، قاله القاضي حسين.

ولا فرق في هذا الخلاف بين أن تفصل الإقرار وتضيف التزويج إلى الولي فيكذبها، وبين أن تطلق إذا قبلنا الإقرار المطلق فقال الولي: لا ولي لك غيري، وما زوّجتك. ويجري الخلاف أيضاً في تكذيب الشاهدين إذا كانت قد عينتهما. والأصح: أنه لا يقدر تكذيبهما، لاحتمال النسيان والكذب. فإن قلنا: تكذيب الولي يمنع قبول إقرارها، فكان غائباً، لم ينتظر حضوره، بل تسلّم إلى الزوج في الحال للضرورة، فإن عاد وكذبها، فهل يحال بينهما لزوال الضرورة، أم يستدام؟ وجهان: رجح الغزالي الأول، وغيره الثاني.

وإذا قلنا بالقديم، فجرى الإقرار في الغربة، ثم رجعا إلى الوطن، ففي الحوالة بينهما الوجهان. قال الإمام: ولا شك أنه لو قضى قاضٍ بالإقرار، لم ينقض.

فرع: أقر الولي بإنكاحها، إن كان له إنشاء النكاح المقر به عند الإقرار بغير رضاها، قبل إقراره، لقدرته على الإنشاء. وحكى الحناطي وجهاً أنه لا يقبل حتى توافقه البالغة. والصحيح الأول. وإن لم يكن له الإنشاء بغير رضاها، لكونه غير مجبر، أو الحال غير حال الإيجاب، أو الزوج ليس بكفء، لم يقبل إقراره. ولو قال وهي ثيب: كنت زوجتها في بكارتها، لم يقبل، واعتبر وقت الإقرار، كذا أطلقه الإمام، وهو الظاهر. ويمكن جعله على الخلاف فيما لو أقر مريض لوارثه بهبة في الصحة.

فرع: أقرت لزوج، وأقر وليها المقبول إقراره لآخر، فهل المقبول إقراره، أم إقرارها؟ فيه وجهان حكاهما أبو الحسن العبادي والحلي عن القفال الشاشي والأودني.

فرع: قال الخاطب لولي المرأة: زوّجت نفسي ببتك، فقبل، قال المتولي: يبنى انعقاد النكاح على أن كل واحد من الزوجين معقود عليه لأن بقاءهما شرط لبقاء العقد كالعوضين في البيع، أم المعقود عليه المرأة فقط لأن العوض من جهته المهر لا نفسه، ولأنه لا حجر عليه في نكاح غيرها معها؟ فيه خلاف. فعلى الثاني: لا ينعقد. وعلى الأول: وجهان: قال أبو عاصم وأبو سهل الأبيوردي: ينعقد كما لو أضاف إليها، ومنعه القاضي حسين، لأنه غير معهود.

الباب الرابع: في بيان الأولياء وأحكامهم

وفيه ثمانية أطراف:

الطرف الأول: في أسباب الولاية، وهي أربعة:

السبب الأول: الأبوة، وفي معناها الجدودة، وهي أقوى الأسباب، لكمال الشفقة، فلأب تزويج البكر الصغيرة والكبيرة بغير إذنهما، ويستحب استئذان البالغة. ولو أجبرها، صح النكاح. فلو كان بين الأب وبينها عداوة ظاهرة، قال ابن كج: ليس له إجبارها، وكذا نقله الحناطي عن ابن المرزبان، قال: ويحتمل جوازه. فأما الثيب، فلا يزوجه الأب إلا بإذنها في حال البلوغ، والجد كالأب في كل هذا، وحكى الحناطي قولاً: أن الجد لا يجبر البكر البالغة، واختاره ابن القاص وأبو الطيب بن سلمة، والمشهور الأول.

وسواء حصلت الثبوة بوطءٍ محترم أو زناً. وحكى عن القديم: أن المصابة بالزنا كالبكر. والمذهب الأول، ولو زالت بكارتها بسقطة، أو أصبع، أو حدة الطمث، أو طول التعيس، أو وطئت في دبرها، فبكر على الصحيح. ولو وطئت مجنونةً، أو مكرهة، أو نائمة، فثيب على الصحيح. ولو خطب البكر رجلٌ، فمنعها أبوها، فذهبت وزوجت نفسها به، ثم زوجها الأب غيره بغير إذنهما، إن كان الأول لم يطأها، صح تزويج الأب، وإلا، فلا، لأنها ثيب بوطء شبهة.

قلت: إنما يصح تزويج الأب، إذا لم يكن حكم بصحة نكاحها بنفسها حنفي ونحوه. والله أعلم.

فرع: إذا التمس البكر البالغة التزويج وقد خطبها كفاءً، لزم الأب والجد إيجابتها، فإن امتنع، زوّجها السلطان. وفي وجه: لا تلزمه الإجابة، ولا يآثم بالامتناع، لأن الغرض يحصل بتزويج السلطان، وهو ضعيف. ولو التمس صغيرة بلغت إمكان الشهوة، قال بعضهم: لزمه إيجابتها.

قلت: هذا ضعيف. والله أعلم.

فرع: عينت كفوًا، وأراد الأب تزويجها بكفو آخر، كان له ذلك على الأصح.

قلت: قال الشافعي رحمته الله: أستحب للأب أن لا يزوّج البكر حتى تبلغ ويستأذنها. قال الصيمري: فإن قاربت البلوغ، وأراد تزويجها، استحب أن يرسل إليها ثقات ينظرون ما في نفسها. قال الصيمري: ولو خلقت المرأة بلا بكاره، فهي بكر. ولو ادعت البكاره أو الثوبه، ففقطع الصيمري وصاحب «الحاوي»: بأن القول قولها، ولا يكشف حالها، لأنها أعلم.

قال صاحب «الحاوي»: ولا تسأل عن الوطء، ولا يشترط أن يكون لها زوج. قال الشاشي: وفي هذا نظر، لأنها ربما أذهبت بكارتها بأصبعها، فله أن يسألها. فإن اتهمها، حلفها. والله أعلم.

السبب الثاني: عصوبة من على حاشية النسب، كالأخ والعم وبنيهما، فلا تزوج بها الصغيرة بكرًا كانت أو ثيبًا.

وأما البالغة، فإن كانت ثيبًا، فلهم تزويجها بإذنها الصريح. وإن زوجت بغير رضاها، لم ينعقد. وإن كانت بكرًا، فلهم تزويجها إذا استأذنها. وهل يكفي سكوتها، أم يشترط صريح نطقها؟ وجهان: أحدهما: الأول. وحكي وجه: أنه لا حاجة للإستئذان أصلاً، بل إذا عقد بين يديها ولم تنكر، كان رضى. والصحيح الاشتراط. وإذا اكتفينا بالسكوت، حصل الرضى، ضحكت، أم بكت، إلا إذا بكت مع الصياح وضرب الخد، فلا يكون رضى.

وإذا أراد الأب تزويج البكر بغير كفء، فاستأذنها، فهل يكفي السكوت؟ فيه الوجهان.

قلت: ونقل الرافعي في آخر «كتاب النكاح» عن فتاوى القاضي حسين الجزم بصحة النكاح إذا استأذنها ولي في تزويجها بغير كفء فسكت. قال صاحب «البيان»: قال أصحابنا المتأخرون: إذا استأذن الولي البكر في أن يزوجه بغير نقد البلد، أو بأقل من مهر المثل، لم يكن سكوتها إذناً في ذلك. والله أعلم.

فرع: قال: أزوجك بشخص؟ فسكت، قال بعض المتأخرين: الأليق بمذهبنا أنه لا يكون رضى، لأن الرضى بالمجهول لا يتصور.

ولك أن تقول: هذا يخرج على أنه يشترط تعيين الزوج في الأذن. والأصح أنه ليس بشرط، فلا يضر الجهل إذا اكتفينا بالسكوت.

قلت: هذا الذي أورده الرافعي، هو الصواب. والله أعلم.

فرع: قال: أيجوز أن أزوجه؟ فقالت: لم لا يجوز؟ أو قال: أناذنين؟ فقالت: لم لا آذن؟ حكى بعضهم: أنه ليس بإذن، ولك أن تقول: هذا مشعر برضاها، فهو أولى من سكوتها.

قلت: المختار أنه إذن. والله أعلم.

فرع: قالت: وكلتك بتزويجي، فالذي لقيناها من الأئمة لا يعدونه إذناً، لأن توكيل المرأة في النكاح باطل، لكن المسألة غير مسطورة، ويجوز أن يعتد به إذناً، كما إذا فسدت الوكالة، نفذ التصرف بالإذن.

قلت: هذا عجب من الإمام الرافعي، والمسألة منصوطة للشافعي. قال صاحب «البيان»: يجوز للمرأة أن تأذن لوليها غير المجرى بلفظ الإذن، ويجوز بلفظ الوكالة، نص عليه الشافعي رحمه الله، لأن المعنى فيهما واحد، فهذا هو الصواب نقلاً ودليلاً. ولو أذنت له، ثم رجعت، لم يصح تزويجها، كالموكل إذا عزل الوكيل، فإن زوجها الولي بعد العزل قبل العلم، ففي صحته وجهان بناءً على بيع الوكيل. والله أعلم.

فرع: في «فتاوى» البغوي: أن التي يعتبر إزنها في تزويجها إذا قالت لوليها وهي في نكاح أو عدة: أذنت لك في تزويجي إذا فارقتني زوجي أو انقضت عدتي، فينبغي أن يصح الإذن، كما لو قال الولي للوكيل: زوّج بنتي إذا فارقتها زوجها أو انقضت عدتها. وفي هذا التوكيل وجه ضعيف: أنه لا يصح، وقد سبق في الوكالة. وفيها أنه لو قيل للبكر: رضيت بما تفعله أمك؟ وهي تعرف أنهم يعنون النكاح، فقالت: رضيت، لم يكن إذناً، لأن الأم لا تعقد، بخلاف ما لو قالت: رضيت بما يفعل الولي. ولو قالت: رضيت بالتزويج بمن تختاره أُمِّي، جاز. ولو قالت: رضيت إن رضيت أُمِّي، لا يجوز. ولو قالت: رضيت إن رضي وليي. فإن أرادت التعليق، لم يجز. وإن أرادت: إني رضيت بما يفعله الولي، كان إذناً. وفيها: لو أذنت في التزويج بألف، ثم قيل لها عند العقد: بخمسائة، فسكتت وهي بكر، كان سكوتها إذناً في تزويجها بخمسائة. ولو قيل ذلك لأُمها وهي حاضرة، فسكتت، لم يكن إذناً.

السبب الثالث: الإعتاق، فالمعتق وعصبته يزوجون كالأخ.

السبب الرابع: السلطنة، فيزوج السلطان بالولاية العامة البوالغ بإذنه، ولا يزوج الصغار. ثم السلطان يزوج في مواضع: أحدها: عدم الولي الخاص. الثاني: عند غيبته. الثالث: عند إرادته تزويجها لنفسه. الرابع: عَضُّه، فإذا عضلها وليها بقرابة أو إعتاق، واحداً كان، أو جماعة مستوين، زوجها السلطان. وهل تزويجه في

هذا الحال بالولاية، أم النيابة عن الولي؟ وجهان حكاهما الإمام فيه وفي جميع صور تزويج السلطان مع وجود أهلية الولي الخاص. ثم إنما يحصل العضل إذا دعت البالغة العاقلة إلى تزويجها بكفٍّ فامتنع. فأما إذا دعت إلى غير كفٍّ، فله الإمتناع، ولا يكون عضلاً. وإذا حصلت الكفاءة، فليس له الإمتناع لنقصان المهر، لأنه محض حقها. ولا بد من ثبوت العضل عند الحاكم ليزوّجها. قال البغوي: ولا يتحقق العضل حتى يمتنع بين يدي القاضي، وذلك بأن يحضر الخاطب والمرأة والولي، ويأمره القاضي بالتزويج فيقول: لا أفعل، أو يسكت، فحينئذ يزوجه القاضي. وكان هذا فيما إذا تيسر إحضاره عند القاضي. فأما إذا تعذر بتعزُّز أو توارٍ، فيجب أن يجوز الإثبات بالبيّنة كسائر الحقوق. وفي تعليق الشيخ أبي حامد ما يدل عليه، وعند الحضور لا معنى للبيّنة، فإنه إن زوج، وإلا فعضل.

فرع: سيأتي خلاف في أن السيد يزوج أمته بالملك، أم بالولاية؟ إن قلنا: بالولاية، صارت الأسباب خمسة.

الطرف الثاني: في ترتيب الأولياء، فتقدم جهة القرابة، ثم الولاء، ثم السلطنة. ويقدم من القرابة الأب، ثم أبوه، ثم أبوه، إلى حيث ينتهي، ثم الأخ من الأبوين، أو من الأب، ثم ابنه وإن سفل، ثم العم من الأبوين، أو من الأب، ثم ابنه وإن سفل، ثم سائر العصابات. والترتيب في التزويج، كالترتيب في الإرث، إلا في مسائل:

إحداها: الجد يقدم على الأخ هنا.

المسألة الثانية: الأخ للأبوين يقدم على الأخ للأب في الإرث، وهنا قولان: أظهرهما وهو الجديد: يقدم أيضاً. والقديم: يستويان، ويجري القولان في ابني الأخ والعمين وابني العم إذا كان أحدهما من الأبوين والآخر من الأب. ولو كان ابنا عم أحدهما أخوها من الأم، أو ابنا ابن عم أحدهما ابنها، فقال الإمام: هما سواء. وطرد الجمهور القولين وقالوا: الجديد: يقدم الأخ والابن. ولو كان ابنا عم أحدهما من الأبوين، والآخر من الأب، لكنه أخوها من الأم، فالثاني هو الولي، لأنه يدلي بالجد والأم، والأول بالجد والجدّة. ولو كان ابنا ابن عم أحدهما ابنها، والآخر أخوها من الأم، فالابن هو المقدم، لأنه أقرب. ولو كان ابنا معتق أحدهما ابنها، فهو المقدم، وبه قال ابن الحداد، لكنه ذكر في التفريع أنه لو أراد المعتق نكاح عتيقته وله ابن منها وابن من غيرها لأنها تستحق الحرية بسببه، زوجه ابنه منها دون ابنه من غيرها، وهذا غلط عند جمهور الأصحاب، لأن ابن المعتق لا يزوّج في حياة

المعتق، وإنما يزوجه السلطان، وإنما يزوج ابن المعتق بعد موته. وهذا كله على الجديد. وأما على القديم، فيسوّى بينهما في الصور.

قلت: ولو كان ابنا عم أحدهما معتق، فعلى القولين، أو ابنا عم أحدهما خال، فهما سواء بلا خلاف. والله أعلم.

المسألة الثالثة: الابن لا يزوّج بالبنوة، فإن شاركها في نسب كابن هو ابن ابن عمها، فله الولاية بذلك. وكذا إن كان معتقاً أو قاضياً، أو تولدت قرابة من أنكحة المجوس، أو وطء الشبهة، بأن كان ابنها أخاها، أو ابن أخيها، أو ابن عمها، ولا تمنعه البنوة التزويج بالجهة الأخرى.

فصل: وأما الولاء، فمن لا عصة لها بنسب، وعليها ولاء، فينظر، إن اعتقها رجل، فولاية تزويجها له. فإن لم يكن بصفة الولاية، فلعصباته، ثم لمعتقه، ثم لعصبات معتقه، وهكذا على ترتيبهم في الإرث. وترتيب عصبات المعتق في التزويج، كترتيب عصبات النسب، إلا في ثلاث مسائل:

إحداها: جدّها أولى من أخيها، وفي جد المعتق وأخيه قولان كإرثهما بالولاء: أظهرهما: تقديم الأخ. والثاني: يستويان. ولو اجتمع جد المعتق وابن أخيه، فإن قدمنا الأخ على الجد، قدمنا ابنه، وإلا فيقدم الجد. وقد حكينا في الإرث تفريعاً على هذا القول وجهاً أنهما يستويان، فيجوز أن يطرد هنا.

المسألة الثانية: ابن المرأة لا يزوجه، وابن المعتق يزوج، ويقدم على أبيه، لأن التعصيب له.

المسألة الثالثة: إذا اجتمع أخو المعتق لأبويه وأخوه لأبيه، فالمذهب القطع بتقديم الأخ للأبوين. وقيل بطرد القولين كالنسب. وقيل: يستويان قطعاً. أما إذا كان المعتق امرأة، فلا ولاية لها، لعدم أهليتها، فإن كانت حية، فوجهان: أحدهما قاله صاحب «التلخيص»: يزوجه السلطان. والصحيح أنه يزوجه من يزوج معتقها، فيزوجه أبو المعتقة ثم جدّها على ترتيب الأولياء، ولا يزوجه ابن المعتقة، ويشترط في تزويجها رضاها، ولا يشترط رضی المعتقة على الأصح، إذ لا ولاية لها. وقيل: يشترط، فإن عضلت، ناب السلطان عنها في الإذن، ويزوج الولي.

فإن كانت المعتقة ميتة، زوجها من له الولاء من عصبات المعتقة، ويقدم الابن على الأب. وتعود الصور المذكورة في مفارقتهم عصبات النسب فيما إذا كان المعتق رجلاً. وحكي وجه: أن الأب يقدم على الابن بعد موت المعتقة، ووجه: أن الابن يقدم على الأب في حياتها، وهما شاذان.

فرع: متى اجتمع عدد من عصبات المعتق في درجة، كالبنين والإخوة، فهم

كالإخوة في النسب. فإذا زوجها أحدهم برضاها، صح، ولا يشترط رضى الآخرين. ولو أعتق الأمة اثنان، اشترط رضاها، فيوكلان، أو يوكل أحدهما الآخر، أو يباشران العقد معاً. ولو أراد أحد المعتقين أن يتزوجها، اشترط موافقة السلطان للآخر.

ولو مات أحدهما عن ابنين أو أخوين، كفى موافقة أحدهما للمعتق الآخر. ولو مات كل منهما عن ابنين، كفى موافقة أحد ابني هذا أحد ابني ذاك. ولو مات أحدهما ووارثه الآخر، استقل بتزويجها.

فرع: كان المعتق خنثى مشكلاً، ينبغي أن يزوجه أبوه بإذنه، فيكون ولياً أو وكيلاً إن كان الخنثى ذكراً.

فصل: فيمن بعضها حر، خمسة أوجه: أصحها: يزوجه مالك البعض ومعه وليها القريب. فإن لم يكن، فمعتق بعضها، وإلا، فالسلطان. والثاني: يكون معه معتق البعض. والثالث: معه السلطان. والرابع: يستقل مالك البعض. والخامس: لا يجوز تزويجها أصلاً، لضعف الملك والولاية بالتبعض.

الطرف الثالث: في موانع الولاية، وهي خمسة:

المانع الأول: الرق، فلا ولاية لرقيق، ويجوز أن يتوكل لغيره في قبول النكاح بإذن سيده قطعاً، وبغير إذنه على الأصح، ولا يصح توكيله في الإيجاب على الأصح عند الجمهور. وقد سبق هذا في الوكالة.

المانع الثاني: ما يسلب النظر والبحث عن حال الزوج، وفيه صور ست:

إحداها: الضُّبَا والجنون المطبق يمنعان الولاية وينقلانها إلى الأبعد. وفي الجنون المنقطع وجهان: أصحهما: أنه كالمطبق، ويزوجهما الأبعد يوم جنونه، لبطلان أهليته. والثاني: لا يزيل ولايته كالإغماء، فعلى هذا ينتظر حتى يفيق على الصحيح. وقيل: يزوجهما الحاكم كالغيبه، والخلاف جارٍ في الثيب المنقطع جنونها. فعلى رأي: تزوج في حال جنونها. وعلى رأي: ينتظر إفاقتها لتأذن. ولو وكل هذا الولي في إفاقتها، اشترط عقد وكيله قبل عود الجنون، وكذا إذا أذنت الثيب، يشترط تقدم العقد على عود الجنون. قال الإمام: وإذا قصرت نوبة الإفاقة جداً، لم تكن الحال حال تقطع، لأن السكون اليسير لا بد منه مع إطباق الجنون. ولو أفاق، وبقيت آثار خبل يحمل مثلها ممن لا يعتريه الجنون على حدة في الخلق، فهل تعود ولايته، أم يستدام حكم الجنون إلى أن يصفو من الخبل؟ فيه وجهان.

قلت: لعل الثاني أصح. والله أعلم.

الصورة الثانية: إختلال النظر لهرم أو خبل جبلي أو عارض، يمنع الولاية

وينقلها إلى الأبعد، والحجر بالفلس لا يمنعها، وبالسفه يمنعها على المذهب. وقيل: وجهان.

قلت: وحكى الشاشي في المفلس وجهاً. والله أعلم.

الصورة الثالثة: الإغماء الذي لا يدوم غالباً، فهو كالنوم، ينتظر إفاقته، ولا يزوج غيره. وإن كان مما يدوم يوماً أو يومين فأكثر، فوجهان: أحدهما: نقل الولاية إلى الأبعد كالجنون. وأصحهما: المنع. فعلى هذا، قال البغوي وغيره: تنتظر إفاقته كالنائم. وقال الإمام: ينبغي أن تعتبر مدته بالسفر. فإن كانت مدة يعتبر فيها إذن الولي الغائب، وقطع المسافة ذهاباً ورجوعاً، انتظرت إفاقته، وإلا، فيزوج الحاكم، ويرجع في معرفة مدته إلى أهل الخبرة.

الصورة الرابعة: السكران الذي سقط تمييزه بالكلية، كلامه لغو. فإن بقي له تمييز ونظر، فالمذهب أنه لا يزوج، وتنتظر إفاقته.

الصورة الخامسة: الأسقام والآلام الشاغلة عن النظر ومعرفة المصلحة، تمنع الولاية وتنقلها إلى الأبعد، نص عليه، وأخذ به الأصحاب.

الصورة السادسة: للأعمى أن يتزوج قطعاً، وله أن يزوج على الأصح. ويجري الخلاف في ولاية الأخرس الذي له كتابة أو إشارة مفهومة. وقيل: يزوج قطعاً. فإن لم تكن مفهومة، فلا ولاية له.

المانع الثالث: الفسق فيه سبع طرق. أشهرها: في ولاية الفاسق قولان، وقيل بالمنع قطعاً. وقيل: يلي قطعاً. وقيل: يلي المجبر فقط. وقيل: عكسه، لأنه لا يستقل. وقيل: يلي غير الفاسق بشرب الخمر. وقيل: يلي المستتر بفسقه دون المعلن. وأما الراجح، فالظاهر من مذهب الشافعي رحمته الله: منع ولاية الفاسق، وأفتى أكثر المتأخرين بأنه يلي، لا سيما الخراسانيون، واختاره الروياني.

قلت: الذي رجحه الرافعي في «المحرر»: منع ولايته. واستفتي الغزالي فيه فقال: إن كان بحيث لو سلبناه الولاية لانتقلت إلى حاكم يرتكب ما يفسقه، ولي، وإلا، فلا. وهذا الذي قاله حسن، وينبغي أن يكون العمل به. والله أعلم.

فرع: قال القاضي حسين والشيخ أبو علي وغيرهما: ولاية الفاسق لمال ولده على الخلاف في ولاية النكاح بلا فرق. وقطع غيرهم بالمنع، وهو المذهب.

فرع: سبق أن الإمام الأعظم لا ينعزل بالفسق على الصحيح، وحينئذ في تزويجه بناته وبنات غيره بالولاية العامة وجهان: تفرعاً على أن الفاسق لا يلي. أحدهما: المنع كغيره، ويزوجهن من دونه من الولاة والحكام. وأصحهما: أنه يزوج، تفخيماً لشأنه، ولهذا لم يحكم بانعزاله.

فرع: إذا تاب الفاسق، قال البغوي في هذا الباب: له التزويج في الحال، ولا يشترط مضي مدة الإستبراء. والقياس الظاهر وهو المذكور في الشهادات: اعتبار الإستبراء، لعود الولاية حيث يعتبر لقبول الشهادة، وسنفضله إن شاء الله تعالى.

فرع: للفاسق أن يتزوج لنفسه على المذهب، وبه قطع الجمهور. وفي تعليق الشيخ ملكداز القزويني، عن القاضي أبي سعد وجه: أنه ليس له التزويج إذا قلنا: لا يلي.

فرع: إذا قلنا: الفاسق لا يلي، فالولاية للأبعد على الصحيح، وبه قطع الجمهور. وحكى الحناطي وجهاً: أنها للسلطان. ثم الفسق إنما يتحقق بارتكاب كبيرة، أو إصرار على صغيرة، وليس العضل من الكبائر، وإنما يفسق به إذا عضل مرات أقلها - فيما حكى بعضهم - ثلاث، وحينئذ فالولاية للأبعد.

فرع: إذا قلنا: الفاسق لا يلي، ففي أصحاب الحرف الدنيّة وجهان:

قلت: المذهب القطع بثبوت ولايتهم، قاله البغوي وغيره. والله أعلم.

المانع الرابع: إختلاف الدّين، فلا يزوّج المسلمة قريبها الكافر، بل يزوّجها الأبعد من أولياء النسب أو الولاء، وإلا، فالسلطان. ولا يزوّج الكافرة قريبها المسلم، بل يزوّجها الأبعد الكافر. فإن لم يكن، زوّجها قاضي المسلمين بالولاية العامة، فإن لم يكن هناك قاضٍ للمسلمين، فحكى الإمام عن إشارة صاحب «التقريب»: أنه يجوز للمسلم قبول نكاحها من قاضيه. والمذهب المنع.

وهل يزوّج اليهوديّ النصرانيّة؟ يمكن أن يلحق بالإرث، ويمكن أن يمنع.

ثم الكافر إنما يلي تزويج قريبته الكافرة إذا كان لا يرتكب محرماً في دينه، فإن ارتكبه، فتزويجه إياها كتزويج المسلم الفاسق بنته. وعن الحلّمي أن الكافر لا يلي التزويج، وأن المسلم إذا أراد تزويج ذمية، زوجه بها القاضي. والصحيح أنه يلي.

فرع: في «فتاوى» البغوي: أنه يجوز أن يوكل نصرانياً أو مجوسياً في قبول نكاح نصرانية، ولا يجوز في قبول نكاح مسلمة، ويجوز توكيل النصراني مسلماً في قبول نكاح نصرانية، ولا يجوز في قبول نكاح مجوسية، لأن المسلم لا يجوز له نكاحها بحال، بخلاف توكيل المعسر موسراً في تزويج أمة، فإنه جائز، لأنه يستبيحها في الجملة.

فرع: المرتد لا ولاية له على مسلمة ولا مرتدة ولا غيرها من الكافرات.

قلت: لا يزوّج مسلم كافرة إلا السلطان والسيد على الأصح وإذا زوّج أمة موليته، ولا يزوج كافر مسلمة إلا أُمته وأُم ولده على وجه، قاله الفوراني. والله أعلم.

المانع الخامس: الإحرام. فإحرام أحد العاقلين أو المرأة يمنع انعقاد النكاح. وقيل: إن كان العاقد الإمام أو القاضي، فله التزويج، لقوة ولايتهما. والصحيح المنع. وفي تأثير الإحرام وجهان: أحدهما: سلب الولاية ونقلها إلى الأبعد، كالجنون. وأصحهما: أنه مجرد الإمتناع دون زوال الولاية، لبقاء الرشد والنظر، فعلى هذا، يزوجهما السلطان كما لو غاب. وسواء الإحرام بالحج أو العمرة، والصحيح والفاقد، وقيل: لا يمنع الفاسد، وينعقد بشهادة المَحْرَم على الصحيح، وخالف الإصطخري. وتصح الرجعة في الإحرام على الأصح. ومن فاته الحج، هل يصح نكاحه قبل التحلل بعمل عمرة؟ فيه وجهان حكاهما الحناضي.

قلت: الصحيح المنع، لأنه محرم. والله أعلم.

فرع: إذا وكل حلال حلالاً في التزويج، ثم أحرم أحدهما، أو المرأة، ففي انعزال الوكيل وجهان: أصحهما: لا ينزل، فيزوج بعد التحلل بالوكالة السابقة، وليس للوكيل الحلال أن يزوج قبل تحلل الموكل. هذا هو المعروف في المذهب، ونقل الغزالي في «الوجيز» فيه وجهاً، ولم أره لغيره ولا له في «الوسيط». ولو وكله في حال إحرام الوكيل أو الموكل أو المرأة، نظر، إن وكله ليعقد في الإحرام، لم يصح. وإن قال: لتزوج بعد التحلل، أو أطلق، صح، لأن الإحرام يمنع الإنعقاد دون الإذن. ومن ألحق الإحرام بالجنون، لم يصححه.

ولو قال: إذا حصل التحلل فقد وكلتك، فهذا تعليق للوكالة، وقد سبق الخلاف فيه. وإذن المرأة في حال إحرامها على التفصيل المذكور في التوكيل. ولو وكل حلال محرماً ليؤكل حلالاً بالتزويج، صح على الأصح، لأنه سفير محض ليس إليه من العقد شيء.

واعلم أن وكيل المصلي يزوج، بخلاف وكيل المحرم، لأن عبارة المحرم غير صحيحة، وعبارة المصلي صحيحة. حتى لو زوجها في صلاته ناسياً، صح النكاح والصلاة.

فصل: إذا لم يكن الولي الأقرب حاضراً، نظر، إن كان مفقوداً لا يعرف مكانه ولا موته وحياته، زوجها السلطان، لتعذر نكاحها من جهته. وإن انتهى الأمر إلى غاية يحكم القاضي فيها بموته وقسم ماله بين ورثته - على ما سبق في الفرائض - انتقلت الولاية إلى الأبعد. وإن عرف مكان الغائب، فإن كان على مسافة القصر، زوجها السلطان، ولا يزوجهما الأبعد. وقيل: يزوج الأبعد. وعن القاضي أبي حامد: إن كان من الملوك وكبار الناس، اشترط مراجعته، وإن كان من التجار وأوساط

الناس، فلا . والصحيح الأول . وإن كان دون مسافة القصر، فأوجه: أحدها: كالطويلة، وهو ظاهر نصه في «المختصر». وأصحها: لا تزوج حتى يراجع فيحضر أو يوكل، نص عليه في «الإملاء» .

والثالث: إن كان بحيث يتمكن المبتكر إليه من الرجوع إلى منزله قبل الليل، اشترطت مراجعته، وإلا، فلا .

فرع: عن الشافعي رحمته الله: أن السلطان لا يزوج من تدعى غيبة وليها حتى يشهد شاهدان أنه ليس لها ولي حاضر، وأنها خلية عن النكاح والعدة . فقيل: هذا واجب . وقيل: مستحب .

قلت: الأصح أنه مستحب، وبه قطع إبراهيم المروزي، ذكره في آخر «كتاب الطلاق» . والله أعلم .

فعلى هذا، لو ألححت في المطالبة، ورأى السلطان التأخير، فهل له ذلك؟ وجهان: ولا يقبل في هذا إلا شهادة مطلع على باطن أحوالها . وإن كان الولي الغائب ممن لا يزوّج إلا بإذن، فقالت: ما أذنتُ له، فللقاضي تحليفها على نفي الإذن .

قلت: قال الغزالي: وللقاضي تحليفها أن وليها لم يزوجه في الغيبة إن رأى ذلك . ومثل هذه اليمين التي لا تتعلق بدعوى، هل هي مستحبة، أم واجبة؟ وجهان: والله أعلم .

فرع: إذا غاب الوليُّ الأقربُ الغيبة المعتبرة، فالأولى للقاضي أن يأذن للأبعد أن يزوّج، أو يستأذنه ليزوج القاضي .

فرع: في «فتاوى» البغوي: أن القاضي إذا زوّج من غاب وليها، ثم قَدِمَ وليها بعد العقد، بحيث يعلم أنه كان قريباً من البلد عند العقد، لم يصح النكاح . الطرف الرابع: في تولّي طرفي العقد، فيه مسائل:

إحداها: هل يتولى الجد طرفي تزويج بنت ابنه الصغيرة أو الكبيرة بابن ابن آخر مولى عليه؟ فيه وجهان: اختار ابن الحداد والقفال وابن الصباغ الجواز، وصاحب «التلخيص» وجماعة من المتأخرين المنع .

قلت: قال الرافعي في «المحرر»: رجح المعتبرون الجواز . والله أعلم . فإن جوزنا، اشترط الإتيان بشقّي الإيجاب والقبول على الأصح . وقيل: يكفي أحدهما . وإن منعنا، فإن كانت بالغة، زوّجها السلطان بإذنها، ويقبل الجد للابن . وإن كانت صغيرة، وجب الصبر إلى أن تبلغ فتأذن، أو يبلغ الصغير فيقبل، كذا حكاه الشيخ أبو علي وغيره . وذكر الإمام تفريعاً على المنع: أنه يرفع إلى السلطان ليتولى

أحد الطرفين. قال: ثم يحتمل أن يتخير منهما، ويحتمل أن يقال: يأتي بما يستدعيه الولي، وهذا مفروض فيما إذا كانت الولاية بسبب الجنون، وإلا، فغير الأب والجد لا يزوج الصغير ولا الصغيرة.

المسألة الثانية: للعم تزويج بنت أخيه بابنه البالغ، ولابن العم تزويجها بابنه على المذهب فيهما. هذا إذا أطلقت الإذن وجوزناه. فإن عيّنته في الإذن، جاز قطعاً، لانتفاء التهمة.

وإن زوّجها بابنه الطفل، لم يصح على المذهب، لأنه نكاح لم يحضره أربعة، وليس له قوة الجدودة.

المسألة الثالثة: إذا كان الولي ممن يجوز له نكاحها، كابن العم، والمعتق، والقاضي، وأراد نكاحها، لم تجز تولية الطرفين، ولكن يزوج ابن العم من في درجته، فإن لم يكن، فالقاضي. وإن كان الراغب القاضي، زوجه وإل فوقه، أو خرج إلى قاضي بلد آخر، أو يستخلف من يزوجه إن كان له الإستخلاف. وإن كان الراغب الإمام الأعظم، زوجه بعض قضاته. هذا هو الصحيح. وفي الإمام وجه مشهور: أنه يتولى الطرفين. وفي القاضي وابن العم وجه أبعد، ويجيء مثله في المعتق. وحكي الوجه في القاضي عن أبي يحيى البلخي. ولو أراد أحد هؤلاء تزويجها بابنه الصغير، فكأنفسه. وحيث جوزنا لنفسه، فذلك إذا سمّته في إذنها. فإن أطلقت، وجوزنا الإطلاق، فوجهان حكاهما الحناطي. وفي «فتاوى» البغوي: أنه لو أراد نكاح بنت عمه وهو وليها، وهو غائب عنها، زوّجها به قاضي بلد المرأة، لا قاضي بلد الرجل.

المسألة الرابعة: من منعناه تولي الطرفين، فوكل في أحدهما، أو وكل شخصين فيهما، لم يصح على الأصح، لأن فعل الوكيل فعل الموكل. وقيل: يصح، لوجود العدد. وقيل: يجوز للجد، لتمام ولايته من الطرفين. ولو وكل الولي رجلاً، ووكله الخاطب، أو وكله في تزويجه لنفسه، فتولى الطرفين، لم يصح على الصحيح.

المسألة الخامسة: زوّج أُمته بعبده الصغير، وجوزنا له إجباره، فهو كتولي الجد طرفيه.

المسألة السادسة: ابنا عمّ، أحدهما لأب، والآخر لأبوين، أراد الأول نكاحها، يزوجه الثاني، وإن أراد الثاني وقلنا: هما سواء، زوجه الأول، وإلا، فالقاضي.

المسألة السابعة: قالت لابن عمها أو معتقها: زوجني، أو زوجني من شئت، ليس للقاضي تزويجه بها بهذا الإذن، لأن المفهوم منه التزويج بأجنبي. وإن قالت:

زوجني نفسك، حكى البغوي عن بعض الأصحاب: أنه يجوز للقاضي تزويجه إياها. قال: وعندي لا يجوز، لأنها إنما أذنت له، لا للقاضي.

قلت: الصواب الجواز، لأن معناه: فوض إلى من يزوجه إياي. والله أعلم.

الطرف الخامس: في التوكيل، التوكيل بالتزويج جائز. فإن كان الولي مجبراً، فله التوكيل بغير إذنهما على الصحيح. وقيل: يشترط إذنهما، حكاه الحناطي والقاضي أبو حامد. فعلى هذا، إن كانت صغيرة، امتنع التوكيل. فعلى الصحيح: إذا وُكِّلَ لا يشترط تعيين الزوج على الأظهر. ولو أذنت الثيب في النكاح أو البكر لغير الأب والجد، ففي اشتراط التعيين القولان. وقيل: لا يشترط قطعاً، لأن الولي يعتني بدفع العار عن النسب، بخلاف الوكيل. قال الإمام: وظاهر كلام الأصحاب يقتضي طرد الخلاف وإن رضيت بترك الكفاءة، لكن القياس تخصيصه بمن لم ترض. فأما من أسقطت الكفاءة، فلا معنى لاشتراط التعيين فيها. وإذا جوزنا التوكيل المطلق، فعلى الوكيل رعاية النظر. فلو زوج لغير كفء، لم يصح على الصحيح. وحكى ابن كج وجهاً: أنه يصح، ولها الخيار. فإن كانت صغيرة، خيّر عند البلوغ.

ولو خطب كفآن، وأحدهما أشرف، فزوّج الآخر، لم يصح. وإذا جوزنا الإذن المطلق، فقالت: زوجني ممن شئت، فهل له تزويجها غير كفء؟ وجهان: أحدهما: عند الإمام والسرخسي وغيرهما: نعم، كما لو قالت: زوجني ممن شئت كفئاً كان أو غيره. هذا كله إذا كان الولي مجبراً. فإن كان غير مجبر، لكونه غير الأب والجد، أو كانت ثيباً، ففيه صور:

إحداها: قالت: زوجني ووكّل، فله كل واحد منهما.

الثانية: نهت عن التوكيل، لا يوكل.

الثالثة: قالت: وكل بتزويجي واقتصرث عليه، فله التوكيل. وهل له أن يزوج بنفسه؟ وجهان: أحدهما: نعم.

الرابعة: قالت: أذنت لك في تزويجي، فله التوكيل على الأصح، لأنه متصرف بالولاية. ولو وُكِّلَ من غير مراجعتها واستئذانها بالكلية، لم يصح على الصحيح، لأنه لا يملك التزويج بنفسه حينئذٍ. والثاني: يصح. فعلى هذا، يستأذن الولي أو الوكيل للولي، ثم يزوج. ولا يجوز أن يستأذن لنفسه. ثم إذا وُكِّلَ غير المجبر بعد إذن المرأة، فهل يشترط تعيين الزوج إن أطلقت الإذن؟ وجهان كما في توكيل المجبر.

قال الإمام: وإذا عينت زوجاً، سواء شرطنا تعيينها، أم لا، فليذكره الولي للوكيل. فإن لم يفعل وزوّج الوكيل غيره، لم يصح. وكذا لو زوّجه، لم يصح على

الظاهر، لأن التفويض المطلق - مع أن المطلوب معيّن - فاسد. وهذا كما لو قال الولي للوكيل: بع مال الطفل بالعين، فباع بالغبطة، لم يصح.

فرع: قالت: أذنتُ لك في تزويجي، ولا تزوّجني بنفسك، قال الإمام: قال الأصحاب: لا يصح هذا الإذن، لأنها منعت الولي، وجعلت التفويض للأجنبي، فأشبه الإذن للأجنبي ابتداءً.

فرع: في «فتاوى» البغوي: أنه إذا لم يكن ولي سوى الحاكم، فأمر قبل أن يستأذنها رجلاً بتزويجها، فزوّجها الرجل بإذنها، هل يصح النكاح؟ يبنى على أن استنابة القاضي في شغل معين - كتحليف وسماع شهادة - يجري مجرى الإستخلاف، أم لا؟ إن قلنا: نعم، جاز قبل استئذنها، وصح النكاح، وإلا، فلا يصح على الأصح، كتوكيل الولي قبل الإذن.

فصل: في بيان لفظ الوكيل في عقد النكاح

فيقول وكيل الولي للزوج: زوّجتُك بنت فلان. فإن كان الوكيل للزوج، قال الولي: زوّجت بنتي فلاناً، فيقول وكيله: قبلت نكاحها له. فلو لم يقل: «له»، فعلى الخلاف السابق إذا قال الزوج: «قبلت» ولم يقل: «نكاحها». ولو قال الولي لوكيل الزوج: زوّجت بنتي لك، فقال: قبلت نكاحها لفلان، لم ينعقد. وإن قال: قبلت نكاحها، وقع العقد للوكيل، ولم ينصرف إلى الموكل بالنية.

ولو جرى النكاح بين وكيلين، فقال وكيل الولي: زوّجت فلانة فلاناً، فقال وكيل الزوج: قبلتُ نكاحها لفلان، صح. وفي البيع يجوز أن يقول البائع لوكيل المشتري: بعته، ويقول الوكيل: اشتريتُ وينوي موكله، فيقع العقد للموكل وإن لم يسمه. وفرّقوا بينهما بوجهين: أحدهما: أن الزوجين كالثمن والمثمن، ولا بد من تسميتهما. الثاني: أن البيع يرد على المال، وهو قابل للنقل من شخص إلى شخص، والنكاح يرد على البضع، وهو لا يقبل النقل، ولهذا لو قبل النكاح لزيد بوكالة، فأنكرها زيد، لم يصح العقد. ولو اشترى لزيد، فأنكرها، صح الشراء للوكيل. ولو قال وكيل الزوج أولاً: قبلت نكاح فلانة منك لفلان، فقال وكيل الولي: زوّجتُها فلاناً، جاز. ولو اقتصر على قوله: زوجتها، ولم يقل: فلاناً، فعلى الخلاف السابق.

فرع: إذا قبل الأب النكاح لابنه بالولاية، فليقل الولي: زوّجتُ فلانة بابنك، فيقول الأب: قبلتُ نكاحها لابني.

فرع: كانت بنته مزوجة أو معتدة، فقال: إذا طَلقتُ أو انقضت عدتها، فقد

وَكَلَّتْكَ بِتَزْوِيجِهَا، فَقُولَانِ: كَمَا لَوْ قَالَ: إِذَا مَضَتْ سَنَةٌ، فَقَدْ وَكَلَّتْكَ بِتَزْوِيجِهَا. وَهَذَا تَفْرِيعٌ عَلَى أَنَّهُ لَوْ قَالَ: وَكَلَّتْكَ بِتَزْوِيجِهَا إِذَا طَلَقَهَا، يَصِحُّ، كَقَوْلِهِ: زَوَّجَهَا إِذَا مَضَتْ سَنَةٌ. وَفِي وَجْهِ: لَا يَصِحُّ هَذَا التَّوَكِيلُ، وَقَدْ سَبَقَ بَيَانُهُمَا فِي الْوَكَالَةِ.

فرع: لَا يَشْتَرُطُ فِي التَّوَكِيلِ بِالتَّزْوِيجِ ذِكْرُ الْمَهْرِ، لَكِنْ لَوْ سَمَّى قَدْرًا، لَمْ يَصِحَّ التَّزْوِيجُ بِدُونِهِ، كَمَا لَوْ قَالَ: زَوَّجَهَا فِي يَوْمٍ كَذَا، أَوْ مَكَانٍ، فَخَالَفَ الْوَكِيلُ، لَا يَصِحُّ. وَلَوْ أَطْلَقَ التَّوَكِيلُ، فَزَوَّجَ الْوَكِيلُ بِدُونِ مَهْرِ الْمَثَلِ، أَوْ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِلْمَهْرِ، أَوْ نَفَاهُ، فَفِيهِ خِلَافٌ نَذَرَهُ فِي آخِرِ الْبَابِ الثَّانِي مِنْ «كِتَابِ الصَّدَاقِ» إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى. وَلَوْ وَكَلَهُ بِقَبُولِ نِكَاحِ امْرَأَةٍ، وَسَمَّى مَهْرًا، لَمْ يَصِحَّ الْقَبُولُ بِمَا زَادَ عَلَيْهِ. وَإِنْ لَمْ يَسْمِّ، فَلْيَقْبَلْ نِكَاحَ امْرَأَةٍ تَكَافَأَتْ، مَهْرَ الْمَثَلِ أَوْ أَقْلَ. فَإِنْ تَزَوَّجَ لَهُ مِنْ لَا تَكَافَأَتْ، لَمْ يَصِحَّ. وَقِيلَ: إِنْ قَبِلَ بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرِ الْمَثَلِ، أَوْ بَغَيْرِ نَقْدِ الْبَلَدِ، أَوْ بَعَيْنِ مِنْ أَعْيَانِ مَالِ الْمَوْكَلِ، أَوْ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ، فَوَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: يَصِحُّ النِّكَاحُ، وَعَلَى الْمَوْكَلِ مَهْرُ الْمَثَلِ مِنْ نَقْدِ الْبَلَدِ. وَالثَّانِي: لَا يَصِحُّ، كَالْبَيْعِ. هَكَذَا فَضَّلَ الْمَسْأَلَةَ الْبَغْوِيَّ.

وَلَكَّ أَنْ تَتَوَقَّفَ فِي مَوْضِعَيْنِ. أَحَدُهُمَا: تَصْحِيحُ إِطْلَاقِ التَّوَكِيلِ فِي قَبُولِ نِكَاحِ امْرَأَةٍ، لِأَنَّهُ لَوْ وَكَلَهُ فِي شِرَاءِ عَبْدٍ، اشْتَرَطَ بَيَانُ نَوْعِهِ وَتَفْصِيلُهُ، فَالِإِشْتِرَاطُ هُنَا أَوْلَى. الثَّانِي: حُكْمُهُ بِبَطْلَانِ قَبُولِ مَنْ لَا تَكَافَأَتْ، لِأَنَّا سَنَذَكُرُ أَنَّ لِلْوَلِيِّ أَنْ يَزُوجَ الصَّغِيرَ مِنْ لَا تَكَافَأَتْ. وَإِذَا جَازَ لِلْوَلِيِّ، فَكَذَا لِلْوَكِيلِ عِنْدَ إِطْلَاقِ التَّوَكِيلِ.

قُلْتُ: هَذَا الْإِعْتِرَاضُ الثَّانِي فَاسِدٌ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى الْوَكِيلُ مَعِيًّا، بِخِلَافِ قُوَّةِ وَلَايَةِ الْأَبِ. وَفِي الْإِعْتِرَاضِ الْأَوَّلِ أَيْضًا نَظَرٌ، وَالرَّاجِحُ الْمُخْتَارُ مَا ذَكَرَهُ الْبَغْوِيُّ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فرع: قَالَ: أَقْبَلَ لِي نِكَاحُ فُلَانَةٍ عَلَى عَبْدِكَ هَذَا، فَفَعَلَ، صَحَّ النِّكَاحُ. وَفِي الْعَبْدِ وَجْهَانِ: أَحَدُهُمَا: لَا تَمْلِكُهُ الْمَرْأَةُ، بَلْ عَلَى الْعَبْدِ مَهْرُ الْمَثَلِ. وَالثَّانِي: تَمْلِكُهُ. وَهَلْ هُوَ قَرْضٌ، أَمْ هِبَةٌ؟ وَجْهَانِ.

الطَّرَفُ السَّادِسُ: فِيمَا يَلْزَمُ الْوَلِيَّ. فَإِنْ كَانَ مُجْبِرًا، فَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ عَلَيْهِ الْإِجَابَةَ إِلَى التَّزْوِيجِ إِذَا طُلِبَتْ. وَيَلْزَمُهُ تَزْوِيجُ الْمَجْنُونَةِ وَالْمَجْنُونِ عِنْدَ الْحَاجَةِ بِظُهُورِ أُمَارَاتِ التَّوَقُّانِ، أَوْ بِتَوَقُّعِ الشِّفَاءِ عِنْدَ إِشَارَةِ الْأَطْبَاءِ، وَلَا يَلْزَمُهُ تَزْوِيجُ وَلَدِيهِ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ لِعَدَمِ الْحَاجَةِ. فَلَوْ ظَهَرَتْ الْغَبْطَةُ فِي تَزْوِيجِهِمَا، فَفِي الْوُجُوبِ احْتِمَالٌ لِلْإِمَامِ، كَمَا إِذَا طُلِبَ مَالُهُ بِزِيَادَةٍ، يَجِبُ الْبَيْعُ. وَالْوُجُوبُ فِي الصَّغِيرِ أَبْعَدُ، لِلزُّومِ الْمُؤَنِّ. أَمَّا غَيْرُ الْمَجْبُرِ، فَإِنْ تَعَيَّنَ، كَأَخٍ وَاحِدٍ، لَزِمَهُ الْإِجَابَةُ إِذَا طُلِبَتْ كَالْمَجْبُرِ، وَيَجِيءُ فِيهِ الْخِلَافُ الْمَذْكُورُ هُنَاكَ. وَإِنْ لَمْ يَتَعَيَّنْ كِإِخْوَةٍ، فَطُلِبَتْ مِنْ بَعْضِهِمْ، وَجِبَتْ عَلَى الْأَصْحَحِ. وَلَوْ عَضَلَ الْوَاحِدُ أَوْ الْجَمْعُ، زَوَّجَ السُّلْطَانُ كَمَا سَبَقَ.

فصل: إذا قبل الأب للصغير أو المجنون نكاحاً بصدّاق من مال الابن، فإن كان عيّناً، فذاك، ولا تعلق له بالأب. وإن كان ديناً، فقولان: القديم: أن الأب يكون ضامناً للمهر بالعقد. والجديد: لا يكون ضامناً، إلا أن يضمن صريحاً، كما لو اشترى لطفله شيئاً. فإن كان الثمن عليه، لا على الأب، قال ابن كج: القولان فيما إذا أطلق. فإن شرطه على الابن، فعلى الابن قطعاً.

ثم قال العراقيون وعامة الأصحاب: القولان إذا لم يكن للابن مال. فإن كان، فالأب غير ضامن قطعاً. وقيل بطرد القولين. فإن قلنا بالجديد، فتبرع بالأداء، لم يرجع، وكذا الأجنبي. وإن ضمن صريحاً، وغرم، فقصد الرجوع هنا بمنزلة إذن المضمون عنه. فإن ضمن بقصد الرجوع، وغرم بقصد الرجوع، رجع، وإلا، فعلى الخلاف المذكور في الضمان بغير الإذن. وإن ضمن بشرط براءة الأصيل، قال القاضي حسين: إن لم نصحح الضمان بشرط براءة الأصيل، فهذا ضمان فاسد شرط في الصّدّاق. وقد سبق ذكر قولين في أن شرط الضمان الفاسد أو الرهن الفاسد في عقد هل يُفسد العقد؟ وإن صححنا الضمان بشرط براءة الأصيل، فالشرط هنا فاسد، لأنه لا دين في ذمة المعقود له. وإذا فسد الشرط، ففي فساد الضمان وجهان سبقا في «الضمان». فإن قلنا بالقديم، فغرم، قال القاضي حسين والشيخ أبو علي: لا يرجع على الابن، لأنه غرم بالشرع، كما لا ترجع العاقلة على الجاني. واعترض الإمام فقال: المطالبة متوجهة على الابن، بخلاف الجاني. فعلى هذا، يرجع إن قصد الرجوع عند الأداء، وبهذا قطع البغوي. ولو شرط الأب أن لا يكون ضامناً، فعن القاضي: أنه يبطل العقد على القديم. قال الإمام: وهذا وهم من الناقلين عنه، فإن النكاح لا يفسد بمثل ذلك، ولعله قال: يبطل الشرط ويلزم الضمان.

فصل: يجب على الولي حفظ مال الصبي وصونه عن أسباب التلف، وعليه استنماؤه قدر ما لا تأكل النفقة والمؤن المال إن أمكن ذلك، ولا تلزمه المبالغة في الاستنماء وطلب النهاية. وإذا طلب متاعه بأكثر من ثمنه، لزمه بيعه. ولو كان شيء يباع بأقل من ثمنه، وللطفل مال، لزمه شراؤه إذا لم يرغب فيه لنفسه، هكذا أطلقه الإمام والغزالي في الطرفين، ويجب أن يتقيد ذلك بشرط الغبطة، بل بالأموال المعدّة للتجارة. أما ما يحتاج إلى عينه، فلا سبيل إلى بيعه وإن ظهر طالب بالزيادة. وكذا العقار الذي يحصل منه كفايته. وكذا في طرف الشراء قد يؤخذ الشيء رخيصاً، لكنه عرضة للتلف، ولا يتيسر بيعه لقلّة الراغبين فيه، فيصير كلاً على مالكة.

قلت: هذا الذي قاله الرافعي، هو الصواب، ولا يغترّ بما خالفه. والله أعلم.

فرع: إذا تزجر الأب بحفظ مال الطفل والتصرف فيه، رفع الأمر إلى القاضي

لينصب قيماً بأجرة، وله أن ينصب بنفسه، ذكره الإمام. ولو طلب من القاضي أن يثبت له أجرة على عمله، فالذي يوافق كلام الجمهور: أنه لا يجيبه إليه غنياً كان أو فقيراً، إلا أنه إذا كان فقيراً ينقطع عن كسبه، فله أن يأكل منه بالمعروف كما سبق في «الحجر»، وذكر الإمام أن هذا هو الظاهر. قال: ويجوز أن يقال: يثبت له أجرة، لأن له أن يستأجر، فجاز له طلبها لنفسه، وبهذا الاحتمال قطع الغزالي. وعلى هذا، لا بد من تقدير القاضي، وليس له الاستقلال به، وهذا إذا لم يكن هناك متبرع بالحفظ والعمل. فإن وجد متبرع، وطلب الأب الأجرة، فقد أشار الإمام إلى وجهين أيضاً: الصحيح: أنه لا يثبتها له، للإستغناء عنه. والثاني: يثبتها، لزيادة شفقتة، كما تقدّم الأم في الرضاع على قول على المتبرعة.

الطرف السابع: في خصال الكفاءة:

إحداها: التنقي من العيوب المثبتة للخيار، واستثنى البغوي منها التعنين وقال: لا يتحقق، فلا ينظر إليه. وفي تعليق الشيخ أبي حامد وغيره: التسوية بين التعنين وغيره، وإطلاق الجمهور يوافقه. فمن به عيب، ليس كفناً لسليمة منه، وكذا إن كان بها ذلك العيب، لكن ما به أفحش، أو أكثر، فليس بكفء. فإن تساويا، أو كان ما بها أكثر، فوجهان بناءً على ثبوت الخيار في هذه الحالة، ويجريان لو كان مجبواً وهي رتقاء، وزاد الروياني على العيوب المثبتة للخيار العيوب المنفرة، كالعمى، والقطع، وتشوّه الصورة. وقال: هي تمنع الكفاءة عندي، وبه قال بعض الأصحاب، واختاره الصيمري.

الثانية: الحرية، فلا يكون رقيق كفناً لحرّة أصليّة ولا عتيقة، ولا عتيق لأصليّة، ولا من مس الرق أحد آبائه لمن لم يمس أحداً من آبائها، ولا من مس أباً أقرب في نسبه لمن مس أباً أبعد من نسبها. ويشبه أن يكون الرق في الأمهات مؤثراً، ولذلك تعلق به الولاء.

قلت: المفهوم من كلام الأصحاب، أن الرق في الأمهات لا يؤثر كما سيأتي في «النسب» إن شاء الله تعالى. وقد صرح بهذا صاحب «البيان» فقال: من ولدته رقيقة كفء لمن ولدته عربيّة، لأنه يتبع الأب في النسب. والله أعلم.

الثالثة: النسب، فالعجمي ليس كفناً للعربيّة، ولا غير القرشي للقرشية، ولا غير الهاشمي والمطلبي للهاشمية أو المطلبية. وبنو هاشم وبنو المطلب أكفاء. وحكي وجه: أن قريشاً بعضهم أكفاء بعض، ويعتبر النسب في العجم كالعرب. وقال القفال والشيخ أبو عاصم: لا يعتبر، لأنهم لا يعتنون بحفظها وتدوينها. والأول أصح. ومقتضاه الإعتبار فيمن سوى قريش من العرب أيضاً، لكن ذكر ذاكرون أنهم أكفاء.

قلت: مقتضى كلام الأكثرين، أن غير قريش من العرب بعضهم أكفاء بعض، كما صرح به هؤلاء الجماعة. وذكر الشيخ إبراهيم المروذي، أن غير كنانة ليسوا أكفاءً لكنانة. ومما يتعلق بهذا ما حكاه في «البيان» عن الصيمري، أنه قال: موالي قريش أكفاء لقريش، وكذا موالي كل قبيلة أكفاء لها، قال: وجمهور الأصحاب على أنهم ليسوا بأكفاء، وهو الصحيح. والله أعلم.

فرع: الاعتبار في النسب بالأب، فمن أبوه عجمي وأمه عربية، ليس بكفٍ لمن أبوها عربي وأمها عجمية.

الرابعة: الدين والصلاح، فمن أسلم بنفسه، ليس كفئاً لمن لها أبوان أو ثلاثة في الإسلام، وقيل: كفء، وقيل: لا ينظر إلا إلى الأب الأول والثاني، فمن له أبوان في الإسلام، كفء لمن لها عشرة آباء في الإسلام، والأول أصح. والفاسق ليس بكفٍ للضعيف، ولا تعتبر الشهرة، بل من لا يشهر بالصلاح كفء للمشهورة به. وإذا لم يكن الفاسق كفئاً للضعيف، فالمبتدع أولى أن لا يكون كفئاً للنسبية، وقد نص عليه الروياني رحمه الله.

الخامسة: الحرفة. فأصحاب الحرف الدينية ليسوا أكفاءً لغيرهم. فالكناس، والحجّام، وقيّم الحمام، والحارس، والراعي ونحوهم، لا يكافؤون بنت الخياط، والخياط لا يكافئ بنت تاجر أو برّاز، ولا المحترف بنت القاضي والعالم. وذكر في «الحلية» أنه تراعى العادة في الحرف والصنائع، لأن في بعض البلاد التجارة أولى من الزراعة، وفي بعضها بالعكس.

فرع: الحرفة الدينية في الآباء، والإشتهار بالفسق، مما يعير به الولد، فيشبه أن يكون حال من كان أبوه صاحب حرفة دينية، أو مشهوراً بفسق، مع من أبوها عدل، كما ذكرنا فيمن أسلم بنفسه مع من أبوها مسلم.

والحق أن يجعل النظر في حق الآباء ديناً وسيرة وحرفة من حيّز النسب، فإن مفاخر الآباء ومثالبهم، هي التي يدور عليها أمر النسب، وهذا يؤكد اعتبار النسب في العجم. ويقتضي أن لا تطلق الكفاءة بين غير قريش من العرب.

السادسة: اليسار على وجه. والأصح: أنه غير معتبر. فإن اعتبرناه، فوجهان: أحدهما: أن المعبر يسار بقدر المهر والنفقة، فإذا أيسر به، فهو كفء لصاحبه الألو. وأصحهما: لا يكفي ذلك، بل الناس أصناف، غني، وفقير، ومتوسط، وكل صنف أكفاء وإن اختلفت المراتب. وفي «فتاوى» القاضي حسين: أنه لو زوج بنته البكر بمهر مثلها رجلاً معسراً بغير رضاها، لم يصح النكاح على المذهب، لأنه بخس حقها، كتزويجها بغير كفء.

فرع: ليس من الخصال المعتبرة في الكفاءة الجمال ونقيضه، لكن ذكر الروياني، أن الشيخ لا يكون كفئاً للشابة على الأصح، وأن الجاهل ليس كفئاً للعالمة، وهذا فتح باب واسع.

قلت: الصحيح خلاف ما قاله الروياني. قال أصحابنا: وليس البخل والكرم والطول والقصر معتبراً. قال الصيمري: واعتبر قوم البلد، فقالوا: ساكن مكة والمدينة والبصرة والكوفة، ليس كفئاً لساكن الجبال، قال: وهذا ليس بشيء. والله أعلم.

فرع: مقتضى كلام الجمهور، أن خصال الكفاءة لا تقابل بعضها ببعض، وقد صرح به البغوي وأبو الفرج السرخسي، حتى لا تزوج سليمة من العيوب دنيّة بمعيب نسيب، ولا حرة فاسقة بعبد عفيف، ولا عربية فاسقة بعجمي عفيف، ولا رقيقة عفيفة بحرّ فاسق، وتكفي صفة النقص في المنع. وفصل الإمام فقال: السلامة من العيوب لا تقابل بسائر فضائل الزوج، وكذا الحرية، وكذا النسب.

وفي انجبار دناءة نسبه بعفته الظاهرة، وجهان: أحدهما: المنع، قال: والتنقي من الحرف الدنيّة، يقابله الصلاح وفاقاً. والصلاح إن اعتبرناه، يقابل بكل خصلة، والأمة العربية بالحرّ العجمي على هذا الخلاف.

فرع: قال الإمام والغزالي: لا اعتبار بالانتساب إلى عظماء الدنيا والظلمة المستولين على الرقاب وإن كان الناس قد يتفاخرون بهم، وهذا الذي قالاه، لا يساعده كلام الثّقة. وقد قال المتولي: للعجم عرف في الكفاءة، فيعتبر عرفهم.

واعلم أن صاحب «الشامل» نقل قولاً عن كتاب البويطي: أن الكفاءة في الدين وحده، والمشهور ما سبق.

فصل: الكفاءة حق المرأة والولي واحداً كان أو جماعة مستوين في درجة. فإن زوّجها بغير كفءٍ وليّها المنفرد برضاها، أو أحد الأولياء برضاها ورضى الباقيين، صح النكاح، فالكفاءة ليست شرطاً للصحة. وإذا زوّجها الولي الأقرب بغير كفءٍ برضاها، لم يكن للأبعد الاعتراض. فلو كان الذي يلي أمرها السلطان، فهل له تزويجها بغير كفءٍ إذا طلبته؟ قولان أو وجهان: أحدهما: المنع، لأنه كالنائب، فلا يترك الحظ. ولو زوجها أحد الأولياء بغير كفءٍ برضاها دون رضى الباقيين، لم يصح على المذهب. وفي قول: يصح، ولهم الخيار في فسخه. وقيل: يصح قطعاً. وقيل: لا يصح قطعاً. وإن زوجها أحدهم أو كلهم بغير رضاها، وكانت قد أذنت في التزويج مطلقاً، وقلنا: لا يشترط تعيين الزوج، أو زوّج الأب أو الجد البكر الصغيرة

أو البالغة بغير كفٍ بغير إذنِها، لم يصح على المذهب. وقيل: يصح. وقيل: إن علم الولي عدم الكفاءة، فالنكاح باطل، وإلا، فصحيح. وإذا صححنا، فللمرأة الخيار إن كانت بالغة، وإن كانت صغيرة، فإذا بلغت، تَخَيَّرت. وحكى الإمام وجهاً: أنها لا تتخَيَّر، وعليها الرضى بعقد الأب. وهل للولي الخيار في صغرها؟ وجهان: ورواهما القاضي أبو الطيب قولين. أحدهما: نعم، كما لو اشترى للصغير معيباً. والثاني: لا، لأنه خيار شهوة. وهذا الخلاف فيما ذكره الحناطي والبغوي ورآه الإمام مخصوص بما إذا جهل الولي حال الزوج، فإن علم، فلا خيار له. وطرده ابن كج وآخرون في حالتي العلم والجهل، وقالوا: ليس هو عاقداً لنفسه حتى يؤاخذ بعلمه.

فرع: في «فتاوى» البغوي: أنها لو أقرت بنكاح لغير كفٍ، فلا اعتراض للولي، لأنه ليس بإنشاء عقد، ولا يُقبل قوله: «ما رَضِيتُ»، كما لو أقرت بالنكاح وأنكر الولي، لا يقبل إنكاره، قال: ولو زوّجت بوكالة، ثم أنكر الولي التوكيل والمرأة ساكتة، فالقول قول الولي. فلو أقرت بالنكاح، قبل قولها.

فرع: إذا زوج الأب ابنه الصغير بمن لا تكافئه، نظر، فإن كانت معيبة بعيب يثبت الخيار، ففي صحة النكاح الخلاف السابق في تزويج الصغيرة بغير كفٍ. والمذهب: أنه يصح. وقيل: لا يصح إنكاحه الرتقاء والقرناء قطعاً، لأنه بذل مال في بضع لا ينفع، بخلاف تزويج الصغيرة بمحبوب. وإن زوّجه أمة، لم يصح، لأنه لا يخاف العنت. وإن زوجه بمن لا تكافئه بجهة أخرى، صح على الأصح، إذ لا عار على الرجل في استفراش من دونه. فإن صححنا، فالتفريع كما سبق في الصغيرة. وإن زوجه عمياء، أو عجوزاً، أو مفقودة بعض الأطراف، فوجهان: ويجب أن يكون في تزويج الصغيرة بالأعمى والأقطع والشيخ الهَمّ الوجهان. وإن زوّج المجنون أمة، جاز إن كان معسراً وخشي عليه العنت. وفي وجه: لا يجوز، لأنه لا يخشى عليه وطءٌ يوجب حداً أو إثماً، وهو ضعيف. وإن كان النقص بسبب آخر، فعلى ما ذكرنا في الصغيرة.

فرع: زوج بنته بخنثى قد بان رجلاً، أو ابنه بخنثى قد بان امرأة، فإن أثبتنا الخيار بهذا السبب، فالخنثى كالمجنون والمجنونة، وإلا، فكالأعمى.

قلت: الخصي كالخنثى في هذا، قال البغوي: وكذا لو أذنت البالغة في التزويج مطلقاً فزوّجها بخصي أو خنثى. والله أعلم.

فرع: للسيد أن يزوّج أمته برقيق ودنيء النسب، ولا يزوجه من به عيب يثبت الخيار، ولا من لا يكافئها بسبب آخر. فإن خالف، فهل يبطل النكاح، أم يصح ولها الخيار؟ فيه مثل الخلاف السابق. وفي وجه ضعيف: يصح بلا خيار. ولو زوجها

بمعيب برضاها، لم يكن لها الامتناع من تمكينه، وله بيعها ممن به بعض تلك العيوب. وهل لها الامتناع من تمكينه؟ وجهان.

قلت: قال المتولي: أصحهما: يلزمها التمكين.

ومما يتعلق بالفصل، لو زوّجها بعض الأولياء بكفٍّ بدون مهر المثل برضاها دون رضى بقية الأولياء، صح قطعاً، إذ لا حق لهم في المهر، ولا عار. ولو طلبت التزويج برجل، وادعت كفاءته، وقال الولي: ليس بكفٍّ، رفع إلى القاضي، فإن ثبتت كفاءته، ألزمه تزويجها، فإن امتنع، زوجها القاضي به، وإن لم تثبت، لم يلزمه تزويجها به. قال البغوي: ولو زوجها واحد برضاها ورضى الباقيين بغير كفٍّ، فاحتلعت منه، ثم زوجها أحدهم به برضاها دون إذن الباقيين، ف قيل: يصح قطعاً، لأنهم رَضُوا به أولاً. وقيل: على الخلاف، لأنه عقد جديد. ولو امتنعوا، فلهم ذلك بلا خلاف. قال: ولو استأذن الأب البكر البالغة في التزويج بغير كفٍّ، فسكتت، فهل يصح قطعاً، أم يكون على الخلاف؟ فيه طريقتان: والمذهب: الصحة. وقد سبقت المسألة في أول الباب. قال الشافعي رحمه الله في «الإملاء»: لو زوّج أخته، فمات الزوج، فادعى وارثه أن الأخ زوّجها بغير رضاها، وأنها لا ترث، فقالت: زوّجني برضاي، فالقول قولها وترث، قال في «الإملاء»: وإن قال رجل: هذه زوجتي، فسكتت فمات، ورثته، وإن ماتت، لم يرثها، لأن إقراره يقبل عليه دونها. ولو أقرت بزوجة رجل، فسكت فماتت، ورثها، وإن مات، لم ترثه. والله أعلم.

الطرف الثامن: في اجتماع الأولياء. فإذا اجتمعوا في درجة، كالأخوة والأعمام وبنيتهم، استحَب أن يزوجه أفضلهم بالفقه أو الورع، وأسَنهم، برضى الباقيين، لأن هذا أجمع للمصلحة. ولو تعارضت هذه الخصال، قدّم الأفقه، ثم الأورع، ثم الأسن. ولو زوّج غير الأسن والأفضل برضاها بكفٍّ، صح، ولا اعتراض للباقيين. ولو تنازعوا، وقال كلٌّ: أنا أزوج، نظر، إن تعدد الخاطب، فالتزويج ممن ترضاه المرأة، فإن رضيتهما جميعاً، نظر القاضي في الأصلح وأمر بتزويجه، كذا ذكره البغوي وغيره. وإن اتحد الخاطب، وتزاحموا على العقد، أقرع بينهم، فمن خرجت قرعته، زوّجها، فإن بادر غيره فزوّجها، صح على الأصح. وقيل: لا يصح. فعلى هذا، هل يختص هذا الوجه بما إذا اقترعوا من غير ارتفاع إلى مجلس القاضي، أم يختص بقرعة ينشئها القاضي؟ فيه تردد للإمام. هذا كله إذا أذنت لكل واحد على الإنفراد، أو قالت: أذنت في فلان، فمن شاء من أوليائي فليزوجني به. ولو قالت: زوجوني، اشترط اجتماعهم على الأصح. ولو قالت: رضيت أن أزوّج، أو رضيتُ بفلان زوجاً، فوجهان: أحدهما: ليس لأحد تزويجها، لأنها لم

تأذن لجميعهم إذناً عاماً، ولا خاطبت واحداً، فصار كقولها: رضيت أن يباع مالي. وأصحهما: يصح، ولكل واحد تزويجها، لأنهم متعينون شرعاً، والشرط رضاها وقد وجد. فعلى هذا، لو عيّنت بعد ذلك واحداً، ففي انعزال الباقي وجهان: وقطع في «الرقم» بالانعزال، وقطع البغوي بخلافه.

قلت: الأصح عدم الإنعزال، وغلّط الشاشي من قال بالإنعزال. والله أعلم.

فصل: إذا أذنت لأحد الوليين أن يزوجهما بزيد، وللآخر أن يزوجهما بعمرو، وأطلقت الإذن، وصححناه، فزوّج واحداً زيداً، وآخر عمراً، أو وكل الولي المجبر رجلاً، فزوجهما الولي زيداً، والوكيل عمراً، أو وكل رجلين، فزوّج أحدهما زيداً، والآخر عمراً، فللمسألة خمس صور:

إحداها: أن يسبق أحد النكاحين ونعلمه، فهو الصحيح. والثاني باطل، سواء دخل الثاني، أم لا، وإنما يعلم السبق بالبيئة أو التصادق.

الثانية: أن يقعا معاً، فباطلان. ولو اتحد الخاطب، وأوجب كل واحد من الوليين النكاح له معاً، صح على الصحيح، ويتقوّى كل واحد من الإيجابين بالآخر، وحكى العبادي عن القاضي وغيره: أنه لا يصح، لأنه ليس أحدهما أولى بالإعتبار، فتدافعا.

الثالثة: إذا لم يعلم السبق والمعينة، وأمكنا، فباطلان، لأن الأصل عدم الصحة، كذا أطلقه الجمهور، ونقل الإمام وغيره وجهاً: أنه لا بد من إنشاء فسخ، لاحتمال السبق.

الرابعة: أن يسبق واحد معين، ثم يخفى، فيتوقف حتى يبين، ولا يجوز لواحد منهما الإستمتاع بها ولا لثالث نكاحها، إلا أن يطلقها، أو يموتا، أو يطلق أحدهما، أو يموت الآخر.

قلت: ولا بدّ من انقضاء عدتها بعد موت آخرهما. والله أعلم.

وطرد بعضهم في هذه الصورة القولين المذكورين في الصورة الخامسة، وهو ضعيف.

الخامسة: إذا علم سبق أحدهما، ولم يعلم عينه، فباطلان على المنصوص، وهو المذهب، كما لو احتمل السبق والمعينة لتعذر الإمضاء. وقيل: قولان: أحدهما: هذا، والثاني: مخرّج من الجمع في مثل هذه الصورة: أنه يتوقف كما في الصورة الرابعة. فعلى المذهب، هل يطلان بلا فسخ؟ أم لا بد من إنشاء فسخ؟ فيه الخلاف السابق في الصورة الثالثة، فإن شرطنا الإنشاء، ففيمن يفسخ أوجه: أصحها: الحاكم أو المحكّم إن جوزنا التحكيم. والثاني: للمرأة الفسخ بغير مراجعة

الحاكم. والثالث: للزوجين الفسخ أيضاً. وحيث أبطلنا النكاحين، فلا مهر، إلا أن يوجد دخول، فيجب مهر المثل. وإذا أبطلنا عند احتمال السبق والمعية، وفيما إذا سبق أحدهما ولم يعلم، فهل يبطل ظاهراً وباطناً، أم ظاهراً فقط؟ وجهان: فعلى الأول، لو ظهر وتعين السابق بعد، فلا زوجية. ولو نكحت ثالثاً، فهي زوجة الثالث. وإن قلنا بالثاني، فالحكم بخلافه.

قلت: ينبغي أن يقال: الأصح: أنه إن جرى فسخ من الحاكم، انفسخ أيضاً باطناً، وإلا، فلا. والله أعلم.

فرع: إذا قلنا بالتوقف، فمات أحدهما، وقفنا من تركته ميراث زوجته. ولو ماتت، وقفنا ميراث زوج بينهما حتى يصطلحا أو يبين الحال، وفي وجوب نفقتها في مدة التوقف ومدة الحبس قبل الفسخ إذا قلنا به، وجهان: أحدهما: لا، لعدم التمكين، والأصل البراءة. والثاني: نعم، لصورة العقد وعدم النشوز مع حبسها. والأول أصح عند الإمام. وبالثاني قطع ابن كج. فإن أوجبنا، وزَّعت عليهما. فإن تعين السابق، رجع الآخر عليه بما أنفق. قال أبو عاصم: ويحتمل أن يقال: إنما يرجع إذا أنفق بغير إذن الحاكم، وبهذا قطع ابن كج، وأما المهر، فلا يطالب به واحد منهما.

فرع: جميع ما سبق، هو فيما إذا تصادقوا في كيفية جريان العقد. أما إذا تنازعا، وادعى كل زوج سبقه، وأنها زوجته، فينظر، إن لم يدعى عليها، لم يعتبر قولهما، ولا تسمع دعوى أحدهما على الآخر، ولا يحلف أحدهما الآخر. هكذا قاله الجمهور. وقال الصيدلاني والعبادي في «الرقم»: يحلفان فلعله يظهر الحق. قال الإمام: هذا لا مجال له إن زعما علم المرأة بالحال، بل تراجع هي. فإن اعترفا بأنها لم تعلم، فهو محتمل وينقدح في البداءة تخيير القاضي أو الإقراع. فإن حلفا أو نكلا، فهو كما لو اعترفا بالإشكال. وإن حلف أحدهما فقط، قضى له. وإن ادعى على المرأة، فذاك ضربان: أحدهما: أن يدعى علمها بالسبق. فإن كانت الصيغة: إنها تعلم سبق أحد النكاحين، لم تسمع الدعوى، للجهل. وإن قال كل واحد: هي تعلم أن نكاحي سابق، فقال صاحب «التقريب» والشيخ أبو محمد وغيرهما: يبنى على القولين في إقرار المرأة بالنكاح، هل يقبل؟ فإن لم يقبل، لم تسمع الدعوى، إذ لا فائدة. وإن قلنا: تقبل وهو الأظهر، سمعت. وحينئذ، إما أن تُنكر، وإما أن تُقر.

الحالة الأولى: أن تُنكر العلم بالسبق، فتحلف عليه. وهل يكفي لهما يمين واحدة، أم يجب يمينان؟ قال البغوي: يمينان. وقال القفال: إن حضرا وادعىا، حلفت يميناً، وهو مقتضى كلام ابن كج. وقال الإمام: إن حضرا ورضيا بيمين،

كفت. وإن حلفها أحدهما، ثم حضر الآخر، فهل له تحليفها؟ وجهان: لأن القضية واحدة، ونفي العلم بالسبق يشملهما. فإذا حلفت كما ينبغي، فقل: لا تحالف بين الزوجين، وقد أفضى الأمر إلى الإشكال، وضعفه الإمام وقال: إنما حلفت على نفي العلم بالسبق، ولم تنكر جريان أحد العقدين على الصحة، فيبقى التداعي والتحالف بينهما. والذي أنكرناه ابتداء التحالف من غير ربط الدعوى بها، وبهذا قطع الغزالي. وإن نكلت هي، رددنا اليمين عليهما. فإن حلفا أو نكلا، جاء الإشكال، وإلا فيقضى للحالف، وإذا حلفا ونكلا، فلا شيء لهما عليها. وفي كتاب الحناطي وجه: أنهما إذا حلفا واندفع النكاحان، فلكل واحد عليها مهر المثل، وهو ضعيف.

ويمينها - حلفت أو نكلت - تكون على البتّ دون نفي العلم، ولا حاجة إلى التعرّض لعلمها.

الحالة الثانية: أن تقر لأحدهما بالسبق، فيثبت النكاح له. وفي سماع دعوى الثاني عليها وتحليفها قولان بناءً على أنها لو أقرت للثاني بعد إقرارها للأول هل تغرم للثاني؟ وفيه القولان السابقان في الإقرار لعمر وبدار أقرّ بها لزيد أولاً. فإن قلنا: تغرم، سمعت الدعوى وحلفها، وإلا، فقولان بناءً على أن يمين المدعي بعد نكول المدعى عليه كإقرار المدعى عليه، أو كبينة يقيمها المدعي؟ وفيه قولان: أظهرهما: كالإقرار. فعلى هذا، لا تسمع دعواها، لأن غايتها أن تقر أو يحلف هو بعد نكولها، وهو كإقرارها، ولا فائدة فيه على هذا القول. وإن قلنا: كالبينة، فله أن يدعي ويحلفها. فإن حلفت، سقطت دعواه. وإن نكل، ردت اليمين عليه. فإن نكل، فكذلك. وإن حلف، بني على أن اليمين المردودة كالإقرار، أم كالبينة؟ إن قلنا: كالإقرار، فوجهان: أحدهما: يندفع النكاحان، لتساويهما في أن مع كل واحد إقراراً. وحكي هذا عن نصه في القديم. وأصحهما: إستدامة النكاح للأول، ولا يرتفع بنكولها المحتمل للتورع، فيصير كما لو أقرت للأول، ثم للثاني. وإن قلنا: كالبينة. فقل: يحكم بالنكاح للثاني، لأن البينة تقدم على الإقرار. وبهذا قطع في «المهذب». وقال الصيدلاني وآخرون: الصحيح إستدامة النكاح للأول، لأن اليمين المردودة إنما تجعل كالبينة في حق الحالف والناكل، لا في حق غيرهما.

وإذا اختصرت قلت: هل يندفع النكاحان، أم تسلّم للأول، أم للثاني؟ فيه أوجه: إن سلمت للأول، غرمت للثاني، وحيث تغرم، نغرّمها ما يغرم شهود الطلاق إذا رجعوا؟ وفيه خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى.

فرع: لو كانت خرساء، أو خرس بعد التزويج، فأقرت بالإشارة بسبق

أحدهما، لزمها الإقرار، وإلا، فلا يمين عليها، والحال حال الإشكال، حكى هذا عن نصه.

فرع: حلفت لأحدهما: لا تعلم سبقه، لا تكون مقرة للآخر، ولو قالت لأحدهما: لم يسبق، كانت مقرة للآخر، كذا قاله الإمام والبغوي. والمراد إذا جرى ذلك بعد إقرارها بسبق أحدهما، وإلا، فيجوز أن يقعا معاً، فلا تكون مقرة بسبق الآخر.

الضرب الثاني: أن يدعى عليها زوجية مطلقة، ولا يتعرض لسبق، ولا لعلمها به، فهذا يبنى على أن دعوى النكاح هل يشترط فيها التفصيل وذكر الشروط؟ وبيانه في «كتاب الدعوى والبيّنات». فإن سمعنا دعوى النكاح مطلقة، أو فصلاً القدر المحتاج إليه، ولم يتعرض للسبق، لزمها الجواب الحازم، ولا يكفيها نفي العلم بالسابق، لكنها إذا لم تعلم، فلها الجواب الجازم والحلف أنها ليست زوجته، وهذا كما إذا ادعى على رجل أن أباه أتلف كذا، وطلب غرمه من التركة، حلف الوارث أنه لا يعلم أن أباه أتلف.

ولو ادعى أن عليه تسليم كذا من التركة، حلف أنه لا يلزمه التسليم. وعدم العلم يجوز له الحلف الجازم.

فرع: هذا كله إذا كانت الدعوى على المرأة. فإن ادعى على الولي، فإن لم يكن مجبراً، لم تسمع الدعوى، لأن إقراره لا يقبل. وإن كان مجبراً، فوجهان: أحدهما: كذلك، لأنه كالوكيل. وأصحهما: تسمع، لأن إقراره مقبول، ومن قبل إقراره، توجهت عليه الدعوى واليمين، فعلى هذا إن كانت صغيرة، حلف الأب. وإن كانت كبيرة، فوجهان: أحدهما: لا يحلف، للقدرة على تحليفها. وأصحهما: يحلف. ثم إن حلف الأب، فللمدعي أن يحلف البنت أيضاً. فإن نكلت، حلف اليمين المردودة، وثبت نكاحه. وفي «التهذيب»: أن المرأة إذا كانت بالغة، بكرّاً أو ثيباً، فالدعوى عليها.

الباب الخامس: في المولى عليه

الأسباب المقتضية لنصب الولي خمسة: الصغر، والأنوثة، والجنون، والسفه، والرق، وقد سبق حكم الأولين.

السبب الثالث: الجنون. فإن كان المجنون كبيراً، لم يزوّج لغير حاجة، ويزوّج للحاجة، وذلك بأن تظهر رغبته فيهن بدورانه حولهن وتعلقه بهن ونحو ذلك. أو بأن يحتاج إلى من يخدمه ويتعهده، ولا يجد في محارمه من يحصل هذا، وتكون مؤنة

النكاح أخف من ثمن جارية، أو بأن يتوقع شفاؤه بالنكاح. وإذا جاز تزويجه، تولاه الأب، ثم الجد، ثم السلطان، دون سائر العصابات، كولاية المال. وإن كان المجنون صغيراً، لم يصح تزويجه على الصحيح. وقيل: يزوجه الأب أو الجد، وطرد الشيخ أبو محمد الوجهين في الصغير العاقل الممسوح.

ومتى جاز تزويج المجنون، لم يزوج إلا امرأة واحدة، والمخبل كالمجنون في النكاح، وهو الذي في عقله خلل، وفي أعضائه استرخاء، ولا حاجة به إلى النكاح غالباً. ويجوز أن يزوّج الصغير العاقل أربعاً على الأصح. وقيل: لا يجوز أن يزيد على واحدة.

قلت: وفي «الإبانة» وجه: أنه لا يجوز تزويجه أصلاً، وزعم أنه الأصح، وهو غلط.

ثم إنما يزوج الصغير العاقل الأب والجد، ولا يصح تزويج الوصي والقاضي، لعدم الحاجة وانتفاء كمال الشفقة، هذا هو الصواب الذي عليه في البويطي، وصرح به الجمهور. وقال في «البيان»: يجوز للوصي والحاكم كالأب، وليس بشيء. والله أعلم.

فرع: في المجنونة أوجه: الصحيح: أن الأب - والجد عند عدمه - يزوّجها، سواء كانت صغيرة أو كبيرة، بكرة أم ثيباً. والثاني: لا استقلال بتزويج الكبيرة الثيب، بل يشترط إذن السلطان بدلاً عن إذنها. والثالث: لا يزوّج الثيب الصغيرة كما لو كانت عاقلة، والفرق على الصحيح أن البلوغ غاية تنتظر.

ثم لا يشترط في تزويجها ظهور الحاجة، بل يكفي ظهور المصلحة، بخلاف المجنون، لأن نكاحها يفيد المهر والنفقة، ويغرم المجنون.

وسواء التي بلغت مجنونة، ومن بلغت عاقلة ثم جُنّت، بناءً على أن من بلغ عاقلاً ثم جُنّ، فولاية ماله لأبيه، وهو الأصح. وإن قلنا: إنها للسلطان، فكذا التزويج.

وأما المجنونة التي لا أب لها ولا جد، فإن كانت صغيرة، لم تزوج، إذ لا إيجاب لغير الأب والجد، ولا حاجة لها في الحال. وإن كانت بالغة، ففيمن يزوجه وجهان: أحدهما: القريب كالأخ والعم، لكن لا ينفرد به، بل يشترط إذن السلطان مقام إذنها. فإن امتنع القريب، زوجها السلطان كما لو عضلها. وأصحهما: يزوجه السلطان كما يلي مالها، لكن يراجع أقاربها، لأنهم أعرف بمصلحتها وتطبيباً لقلوبهم، وهذه المراجعة واجبة، أم مستحبة؟ وجهان: صحح البغوي الوجوب، وضعفه الإمام. فإن أوجبنا المشاورة، فلم يشيروا بشيء، استقل السلطان. ويجري

الوجهان في وجوب المشاورة في تزويج المجنون. ثم من ولي نكاحها من السلطان أو القريب، يزوج عند ظهور الحاجة بأن تظهر علامات غلبة شهوتها، أو يقول أهل الطب: يرجى بتزويجها الشفاء.

أما إذا لم تظهر، وأراد التزويج لكفاية النفقة، أو لمصلحة أخرى، فهل يجوز كما يجوز للأب بمجرد المصلحة؟ أم لا لأن تزويجها يقع إجباراً وليس هو لغير الأب والجد؟ فيه وجهان: أحدهما: الثاني. قال الإمام: واتفق الأصحاب على الإكتفاء بالمصلحة في تزويج الأب والجد.

فرع: البالغ المنقطع جنونه، لا يصح تزويجه حتى يفيق فيأذن، ويشترط وقوع العقد في حال إفاقته. فلو عاد الجنون قبل العقد، بطل الإذن، كما تبطل الوكالة بالجنون، وهكذا الثيب المنقطع جنونها. وأما المغلوب على عقله بمرض، فتنتظر إفاقته، فإن لم تتوقع إفاقته، فكالمجنون.

السبب الرابع: السفه. فالمحجور عليه لسفه، لا يستقل بالتزوج، بل يراجع الولي ليأذن أو يزوجه. فإن أذن له الولي فتزوج، جاز على الصحيح، وعن أبي الطيب ابن سلمة وغيره: أنه لا يجوز كالصبي.

فعلى الصحيح، إن عين له امرأة، لم يصح نكاح غيرها، ولينكحها بمهر المثل أو أقل. فإن زاد، فحكى ابن القطان قولاً مخرجاً: أن النكاح باطل. والمشهور صحته، لأن خلل الصداق لا يفسد النكاح. فعلى هذا، تبطل الزيادة، ويجب مهر المثل. وقال ابن الصباغ: القياس بطلان المسمى ووجوب مهر المثل.

والفرق أن على التقدير الأول تستحق الزوجة مهر المثل من المعين، وعلى قوله يجب مهر المثل في الذمة.

وإن قال له الولي: انكح امرأة من بني فلان، فلينكح واحدة منهن بمهر المثل. ولو قدر المهر، ولم يعين المرأة، فقال: انكح بألف، فلينكح امرأة بألف. فإن كان مهر مثلها ألفاً فأكثر، فالنكاح صحيح بالمسمى. وإن كان أقل، صح النكاح بمهر المثل، وسقطت الزيادة. وإن نكح بألفين، فإن كان مهر مثلها أكثر من ألف، لم يصح النكاح، لأن الولي لم يأذن في أكثر من ألف. وفي الرد إلى ألف إضرار بها. وإن كان مهر مثلها ألفاً أو أقل، صح النكاح بمهر المثل، وسقطت الزيادة. وعن تخريج ابن خيران وابن القطان، أنه متى زاد على ما أذن به الولي، بطل النكاح بكل حال. ولو جمع الولي في الإذن بين تعيين المرأة وتقدير المهر، فقال: انكح فلانة بألف، فإن كان مهر مثلها دون الألف، فالإذن باطل. وإن كان ألفاً، فنكحها بألف أو أقل، صح النكاح بالمسمى. وإن زاد، سقطت الزيادة. وإن كان مهر مثلها أكثر من ألف،

فإن نكح بألف، صح النكاح بالمسمى، وإن زاد، لم يصح النكاح، هكذا ذكره البغوي.

أما إذا أطلق الولي الإذن، فقال: تزوّج، فوجهان: أحدهما: وهو محكي عن أبوي علي: ابن خيران، والطبري. وعن الداركي، أنه يلغو الإذن، ولا بد من تعيين امرأة، أو قبيلة، أو مهر. وأصحهما: يكفي الإطلاق كالعبد. فعلى هذا، لو تزوج بأكثر من مهر المثل، صح النكاح، وسقطت الزيادة. وإن تزوج بمهر المثل أو أقل، صح النكاح بالمسمى. لكن لو نكح شريفة يستغرق مهر مثلها ماله، فوجهان حكاهما ابن كج. اختيار الإمام وبه قطع الغزالي: أنه لا يصح النكاح، بل يتقيد بموافقة المصلحة. ذكر ابن كج تفريعاً على اعتبار الإذن المطلق وجهين فيما لو عين الولي امرأة فعدل السفية إلى غيرها فنكحها بمثل مهر المعينة، لأنه لا غرض للولي في أعيان الزوجات.

فرع: قال: انكح من شئت بما شئت، ذكر بعضهم أنه يبطل الإذن، لأنه رفع الحجر بالكلية.

فرع: قال ابن كج: الإذن للسفيه في النكاح، لا يفيد جواز التوكيل، لأنه لم يرفع الحجر.

فرع: أما إذا قبل الولي النكاح للسفيه، ففي اشتراط إذن السفية وجهان: أحدهما: لا، لأنه فوض إليه رعاية مصلحته. فإذا عرف حاجته، زوجه كما يكسوه ويطعمه. وبهذا قال الشيخ أبو حامد والعراقيون. وأصحهما: نعم، لأنه حر مكلف.

وقد نص الشافعي رحمه الله في «المختصر»: أن السفية يزوجه وليه، فربما استأنس به الأولون، وحمله الآخرون على أصل التزويج، ثم يراعى شرطه، ونقل الربيع: أنه لا يزوجه وليه، واتفقوا على أنه ليس اختلاف قول، بل حمل قوم رواية الربيع على القيم الذي لم يأذن له الحاكم في التزويج، وبعضهم على ما إذا لم يحتج السفية إلى النكاح. ثم إذا قبل له الولي النكاح، فليقبل بمهر المثل أو أقل، فإن زاد، كان كما لو قبل الأب لابنه بأكثر من مهر المثل. ففي قول: يبطل النكاح. والأظهر: أنه يصح بمهر المثل.

فرع: لو نكح السفية بغير إذن الولي، فنكاحه باطل، ويفرق بينهما. فإن كان دخل بها، فلا حد، للشبهة. وفي المهر أوجه: أصحها: لا يجب، كما لو اشترى شيئاً فأتلفه. وفيه إشكال من جهة أن المهر حق المرأة، وقد تزوّج ولا علم لها بحال الزوج. والثاني: يجب مهر المثل. والثالث: يجب أقل ما يتمول.

قلت: وإذا لم نوجب شيئاً، ففك الحجر، فلا شيء عليه على المذهب، كالصبي إذا وطئ ثم بلغ. وحكى الشاشي فيه وجهين. والله أعلم.

فرع: قال الأكثرون: يشترط في نكاح السفية حاجته إليه، وإلا، فهو إتلاف ماله بلا فائدة، وبنوا على هذا أنه لا يزوجه إلا واحدة كالمجنون. قالوا: والحاجة بأن تغلب شهوته، أو احتاج إلى من يخدمه ولم تقم محرم بخدمته، وكانت مؤن الزوجة أخف من ثمن جارية ومؤنها، ولم يكتفوا في الحاجة بقول السفية، لأنه قد يقصد إتلاف المال، بل اعتبروا ظهور الأمارات الدالة على غلبة الشهوة. وحكى الإمام وجهاً أنه يجوز تزويجه بالمصلحة كالصبي، ولم يعتبر الإمام والغزالي ظهور أمارات الشهوة، واكتفيا فيها بقول السفية.

فرع: إذا طلب السفية النكاح مع ظهور أمارات الحاجة إن اعتبرناه، أو دونه إن لم نعتبره، وجب على الولي إجابته. فإن امتنع فتزوج السفية بنفسه، فقد أطلق الأصحاب في صحة النكاح وجهين: أحدهما: عند المتولي: لا يصح. وقال الإمام والغزالي: إذا امتنع الولي، فليراجع السفية السلطان كالمراة المعضولة. فإن خفت الحاجة، وتعدرت مراجعة السلطان، ففي استقلال السفية حينئذ الوجهان.

فرع: يصح طلاق المحجور عليه، فإن كان مطلقاً، سُرِّي بجارية.

فرع: الكلام فيمن يلي أمر السفية، سبق في «الحجر». وذكر أبو الفرج الزاز: أنه إن بلغ رشيداً، ثم طرأ السفه، فنكاحه متعلق بالسلطان. وإن بلغ سفيهاً، فهل يفوض إلى السلطان، أم إلى الأب والجد؟ وجهان: وأطلق ابن كج أنه يزوجه القاضي، وأنه إن جعله في حجر إنسان، زوجه الذي هو في حجره. وقال الإمام: إن فوض إلى القيم التزويج، زوج، وإلا، فلا.

قلت: الأصح أنه إن كان له أب أو جد، فالتزويج إليه، وإلا، فلا يجوز أن يزوجه إلا القاضي ومن فوض إليه القاضي تزويجه. وممن صرح بهذا التفصيل وجزم به، الشيخ أبو محمد في شرح «المختصر». والله أعلم.

فرع: قال البغوي: إقرار السفية بالنكاح لا يصح، لأنه ليس ممن يباشره، وهذا قد يشكل بإقرار المرأة.

فرع: للمحجور عليه بفلس النكاح، وتكون مؤنه في كسبه، لا فيما في يده.

السبب الخامس: الرق. فنكاح العبد بغير إذن سيده باطل، وبإذنه صحيح، سواء كان سيده رجلاً أو امرأة. ويجوز إذن سيده في امرأة معينة، أو واحدة من القبيلة، أو البلدة، ويجوز مطلقاً. وإذا قيد، فعُدل العبد عن المأذون فيه، لم يصح نكاحه. وحكى الحناطي وجهاً أنه إن كان قدّر مهراً، فنكح غير المعينة به، أو بأقل،

صح، والصحيح الأول. وإذا أطلق الإذن، فله نكاح حرة أو أمة، وفي تلك البلدة أو غيرها، وللسيد منعه من الخروج إلى البلدة الأخرى. ولو قدر مهرًا، فراد، فالزيادة في ذمته، يطلب بها إذا عتق.

ولو نكح بالمقدر امرأة مهرها أقل، فقد ذكر الحناطي فيه ثلاثة احتمالات: أصحها: صحة النكاح، ووجوب المسمى في الحال. والثاني: أن الزيادة على مهر مثلها، يطلب بها إذا عتق. والثالث: بطلان النكاح. ولو رجع عن الإذن ولم يعلم به العبد حتى نكح، فهو على الخلاف في الوكيل، كذا ذكره ابن كج. ولو طلق العبد بعدما نكح بإذن سيده، لم ينكح أخرى إلا بإذن جديد. ولو نكحها نكاحاً فاسداً، فهل له نكاح أخرى؟ فيه خلاف مبني على أن الإذن يتناول الفاسد، أم يختص بالصحيح، ولهذا أصل سيأتي إن شاء الله تعالى.

فصل: هل للسيد إجبار العبد البالغ على النكاح؟ قولان: القديم: نعم. والجديد: لا. فإن كان صغيراً، فالأصح أنه كالكبير. وقيل: يجبر قطعاً، واختاره ابن كج. والكبير المجنون كالصغير، فإن جوزنا الإجبار، فللسيد أن يقبل النكاح للبالغ، وله أن يكرهه على القبول، ويصح، لأنه إكراه بحق، كذا قاله البغوي. وقال المتولي: لا يصح قبوله كرهًا، ويقبل إقرار السيد على العبد بالنكاح كإقرار الأب على بنته. ويجوز أن يزوج أمته بعبد الصغير والكبير، ولا يجب مهر. وفي استحباب ذكره قولان: الجديد: استحبابه. وإذا طلب العبد النكاح، فليجبه السيد، ولا تجب الإجابة على الأظهر. فإن أوجبنا، فامتنع سيده، زوجه السلطان كالمعضولة. ولو نكح بنفسه، قال الإمام: هو كما لو طلب السفية وامتنع الولي فنكح بنفسه. والمدبر والمعلق عتقه كالقن. ومن بعضه حر لا يجبر ولا يستقل، وفي وجوب إجابته الخلاف. والمكاتب لا يستقل، ولا يجبره السيد. ولو نكح بإذن السيد، صح على المذهب. وقيل: قولان كتبرعه. فإن صححنا، ففي وجوب إجابته الخلاف كالقن، وأولى بالوجوب. والعبد المشترك، هل لسيديه إجباره وعليهما إجابته؟ فيه الخلاف المذكور في الطرفين. ولو دعاه أحدهما إلى النكاح، وامتنع الآخر أو العبد، فلا إجبار. ولو طلب أحدهما مع العبد، وامتنع الآخر، فعن الشيخ أبي حامد: أنه كالمكاتب. وقال ابن الصباغ: لا تؤثر موافقة الآخر.

فرع: له إجبار أمته على النكاح، سواء الصغيرة والكبيرة، والبكر والثيب، والعاقلة والمجنونة. وإن طلبته، لم يلزمه إجابته إن كانت ممن يحل له وطؤها، وكذا إن لم يحل على الأصح، كالأخت. ولو ملك أختين، فوطئ إحدهما، لم يجبر على تزويج الأخرى قطعاً، لأن تحريمها عليه لعارض. والمدبرة والمعلق عتقها

كالقنة، وكذا أم الولد على الصحيح. ومن بعضها حر، لا تُجبر، ولا يجبر سيدها أيضاً على الأصح. والمكاتبة لا تجبر، ولا تنكح دون إذنه. وفي وجوب إجابتها وجهان.

قلت: الأصح لا تجب. والله أعلم.

وفي وجه: لا تزوج أصلاً، لاختلال ملك المولى، وعدم استقلالها.

فرع: لا يزوج السيد أمة مكاتبه ولا عبده، ولا يزوجه المكاتب بغير إذن سيده، وبإذنه قولان كتبرعه.

فرع: إذا كان لعبده المأذون له في التجارة أمة، فإن لم يكن على العبد دين، جاز للسيد تزويجها بغير إذن العبد على الأصح. وقيل: لا، إلا أن يعد الحجر عليه، لاحتمال أن يحدث دين ولا يفني ما في يده به. وإن كان عليه دين، وزوجها بإذن العبد والغرماء، صح. وإن زوج بإذنه دونهم، أو بإذنهم دونه، لم يصح على الأصح. ويبيع السيد ووطؤه وهبته هذه الجارية، كتزويجها في حالتي قيام الدين وعدمه. وإذا وطئ بغير إذن الغرماء، فهل عليه المهر؟ وجهان.

قلت: لعل أصحابهما: الوجوب، لأن مهرها مما يتعلق به حق الغرماء، بخلاف وطئه المرهونة. والله أعلم.

فإن أحبلها، فالولد حر، والجارية أم ولد إن كان موسراً. وإن كان معسراً، لم تصر أم ولد، بل تباع في الدين. فإن ملكها بعد، فالحكم كما سبق في المرهونة، وكذا الحكم في استيلاء الجارية الجانية وفي استيلاء الوارث جارية التركة إذا كان على المورث دين. وإذا لم نحكم باستيلاء في الحال، وجب قيمة ولد جارية العبد المأذون، وجارية التركة، ولا يجب في ولد الجانية والمرهونة، لأن حق المجني عليه والمرتهن لا يتعلق بالولد.

ولو أعتق عبد المأذون، وعلى المأذون دين، أو أعتق الوارث عبد التركة، وعلى المورث دين، قال البغوي: قيل في نفوذ العتق قولان، كإعتاق المرهون. والمذهب: أنه إن كان معسراً، لم ينفذ. وإن كان موسراً، نفذ كالاستيلاء، وعليه أقل الأمرين من الدين وقيمة العبد، كإعتاق العبد الجاني.

فرع: تزويج من تعلق برقبتها مال، لا يجوز بغير إذن المجني عليه إن كان السيد معسراً. وإن كان موسراً، جاز على أحد الوجهين، وكان اختياراً للفداء.

قلت: الجواز أصح. والله أعلم.

فرع: تزويج السيد أخته، هل هو بالملك، أم بالولاية؟ وجهان: أصحابهما: بالملك. ويتفرع عليهما صور.

منها: إذا سلبنا الفاسق الولاية، زوّجها إن قلنا بالملك، وإلا، فلا.
ومنها: إذا كان لمسلم أمة كتابية، فله تزويجها على المذهب، وهو المنصوص، وإنما يتصور تزويجه إياها بعبد أو حرّ كتابي إذا حللناها لهما.
ومنها: إذا كان للكافر أمة مسلمة، أو أم ولد، قال ابن الحداد: يزوّجها بالملك، والأصح المنع.

ولو كان لمسلم أمة مجوسية أو ذمية، فهل له تزويجها؟ وجهان: صحح الشيخ أبو علي الجواز، وقطع البغوي بالمنع. وما ذكرناه من الخلاف في أن تزويج الأمة بالملك، أم بالولاية، لا يجري في تزويج العبد إلا إذا قلنا: للسيد إجباره. فلو كان للكافر عبد مسلم، ورأينا الإجبار، ففي إجباره إياه الخلاف في كونه يزوج أمته المسلمة. وإن لم نر الإجبار، لم يستقل العبد، ولكن يأذن له السيد ليسقط حقه فيستقل العبد حينئذٍ، كما تأذن المرأة لعбеها فيتزوج وإن كانت ليست أهلاً للتزويج.

ومنها: قال المتولي: للمكاتب تزويج أمته إن قلنا بالملك، وإلا، فلا.

فصل: عبد الصبي والمجنون والسفيه، لا يزوّجه وليهم على الصحيح. وقيل: يجوز، فقد تقتضيه مصلحة. ولو طلب عدهم التزويج، فإن لم نجبر السيد الرشيد، لم يجز لوليهم الإجابة. وإن أجبرناه، فعلى وليهم الإجابة. وأما أمة الصبي والمجنون والسفيه، فيجوز لوليهم تزويجها على الأصح إذا ظهرت الغبطة. وقيل: لا. وقيل: تزوج أمة الصبية دون الصبي، فقد يحتاج إليها إذا بلغ. فإن جوزنا، قال الإمام: يجوز تزويج أمة الثيب الصغيرة وإن لم يجز تزويجها، ولا يجوز للأب تزويج أمة البكر البالغة وإن كان يقهرها. وفيمن يزوج أمة الصغير والمجنون وجهان: أحدهما: ولي ماله نسبياً كان أو وصياً أو قيماً كسائر التصرفات. وأصحهما: أنه ولي النكاح الذي يلي المال. وعلى هذا، غير الأب والجد لا يزوج أمة الصغير والصغيرة، والأب لا يزوج أمة الثيب الصغيرة، فإن كانت مجنونة، زوّج. وإن كانت لسفيه، فلا بدّ من إذنه.

فرع: أمة المرأة، إن كانت مالكتها محجوراً عليها، فقد سبق بيانها، وإلا، فيزوجها ولي المرأة تبعاً لولايته عليها، وسواء الولي بالنسب وغيره، والأمة العاقلة والمجنونة، الصغيرة والكبيرة، ولا حاجة إلى إذن الأمة، ويشترط إذن مالكتها نطقاً وإن كانت بكرّاً، إذ لا تستحي.

فصل: أعتق في مرضه أمة، قال ابن الحداد: لا يجوز لوليها الحر كالأب والأخ تزويجها حتى يبرأ أو يموت، وتخرج من ثلثه، لأنها إنما تعتق كلها على هذين

التقديرين، ووافقه على هذا جماعة، منهم ابن كج وقال ابن سريج وأبو زيد والأكثرون: يجوز لوليها تزويجها، لأنها حرة في الظاهر، فعلى هذا النكاح صحيح ظاهراً. فإن تحققنا بعد ذلك نفوذ العتق، تحققنا مضي النكاح على الصحة، وإلا، فإن ردّ الورثة أو أجازوا، وقلنا: الإجازة عطية منهم، بان فساد النكاح، وإلا، بان صحته.

ثم إن لم يكن للمعتق مال سواها، فالمسألة على ما ذكرنا. وإن كان له مال يفي ثلثه بقيمتها، فمقتضى كلام ابن الحداد وجماهير الناقلين، أنه كذلك. قال الإمام: ويجوز أن يقال: على مقتضى قول ابن الحداد النكاح هاهنا محمول على الصحة، ويجوز خلافه، لضعف ملك المريض. قال الشيخ أبو علي: ومفهوم كلام ابن الحداد أنه إذا لم يكن لها ولي غير السيد، فزوّجها، صح، لأنها إن لم تخرج من الثلث، فهو ولي ما عتق بالولاء، ومالك ما لم يعتق. فإن زوّجها السيد، ولها ولي مناسب، إن كان بإذنه، صح قطعاً، وإلا، فلا قطعاً.

الباب السادس: في موانع نكاحها

قد سبق في الركن الثاني من الباب الثالث، الإشارة إلى بيان الموانع. ومنها ما نتكلم في إيضاحه في غير الباب، ككونها ملاعنة، ومعظمها بنسب الكلام فيه هنا إن شاء الله تعالى، ويجمعها أربعة أجناس:

الجنس الأول: المحرمية، وهي الوصلة المحرّمة للنكاح أبداً، ولها ثلاثة أسباب: القرابة، والرضاع، والمصاهرة.

السبب الأول: القرابة، ويحرم منها سبع: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعَمّات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت، ولا تحرم بنات الأعمام والعَمّات والأخوال والخالات، قُربن أم بعدن، والمراد بالأم: كل أنثى ولدتك، أو ولدت من ولدك، ذكراً كان أو أنثى، بواسطة أم غيرها. وإن شئت قلت: كل أنثى ينتهي إليها نسبك بالولادة بواسطة أم غيرها. وبنتك: كل أنثى ولدتها، أو ولدت من ولدها، ذكراً كان أو أنثى، بواسطة أم غيرها. وإن شئت قلت: كل أنثى ينتهي إليك نسبها بالولادة، بواسطة أم غيرها. وأختك: كل أنثى ولدها أبواك أو أحدهما. وبنات أخيك وبنات أختك منهما، كبنتك منك. وعمتك: كل أنثى هي أخت ذكر ولدك، بواسطة أم غيرها، وقد تكون من جهة الأم، كأخت أب الأم. وخالتك: كل أنثى هي أخت أنثى ولدتك بواسطة أم غيرها، وقد تكون من جهة الأب، كأخت أم الأب، وعبر الأصحاب عنهن بعبارتين:

إحدهما: قال الأستاذ أبو إسحاق: يحرم عليه أصوله، وفصوله، وفصول أول أصوله، وأول فصل من كل أصل بعده، أي بعد أول الأصول.

فالأصول: الأمهات. والفصول: البنات. وفصول أول الأصول: الأخوات وبنات الأخ والأخت. وأول فصل من كل أصل بعد الأصل الأول: العمات والخالات.

الثانية: قال الأستاذ أبو منصور البغدادي: تحرم نساء القرابة، إلا من دخلت في اسم ولد العمومة أو ولد الخؤولة. وهذه العبارة أرجح، لإيجازها، ولأن الأولى لا تنص على الإناث، لأن لفظ الأصول والفصول يتناول الذكور والإناث، ولأن اللائق بالضابط أن يكون أقصر من المضبوط، والأولى بخلافه.

فرع: زنا بامرأة، فولدت بنتاً، يجوز للزاني نكاح البنت، لكن يكره. وقيل: إن تيقن أنها من مائه، إن تصور تيقنه، حرمت عليه. وقيل: تحرم مطلقاً. والصحيح: الحِلُّ مطلقاً. والبنت التي نفاها باللعان، تحرم عليه إن كان دخل بأمها، وكذا إن لم يدخل بها على الأصح. قال المتولي: وعلى هذا، ففي وجوب القصاص بقتلها، والحد بقذفها، والقطع بسرقة مالها، وقبول شهادته لها الوجهان. قلت: وسواء طاعته على الزنا أو أكرهها. والله أعلم.

السبب الثاني: الرضاع، فيحرم من الرضاع ما يحرم من النسب، فكل من أرضعتك، أو أرضعت من أرضعتك، أو أرضعت من ولدك بواسطة أو غيرها، فهي أمك. وكذلك كل امرأة ولدت المرضعة أو الفحل، وكل امرأة ارتضعت بلبنك أو بلبن من ولدته، أو أرضعتها امرأة ولدتها أنت، فهي بنتك. وكذلك بناتها من النسب والرضاع. وكل امرأة أرضعتها أمك، أو ارتضعت بلبن أبيك، فهي أختك. وكذلك كل امرأة ولدتها المرضعة أو الفحل وأخوات الفحل والمرضعة وأخوات من ولدهما من النسب والرضاع، عماتك وخالاتك. وكذلك كل امرأة أرضعتها واحدة من جداتك، أو ارتضعت بلبن جدك من النسب والرضاع، وبنات أولاد المرضعة والفحل من النسب والرضاع، بنات أخيك وأختك. وكذلك كل أنثى أرضعتها أختك، أو ارتضعت بلبن أخيك، وبناتها وبنات أولادها من النسب والرضاع، بنات أخيك وأختك. وبنات كل ذكر أرضعته أمك، أو ارتضع لبن أبيك، وبنات أولاده من النسب والرضاع، بنات أخيك. وبنات كل امرأة أرضعتها أمك، أو ارتضعت لبن أبيك، وبنات أولادها من النسب والرضاع، بنات أختك.

فرع: أربع نسوة يحرمن في النسب، وفي الرضاع قد يحرمن، وقد لا يحرمن. إحداهن: أم الأخ والأخت في النسب حرام، لأنها أم، أو زوجة أب، وفي

الرضاع إن كانت كذلك حرمت، وإلا، فلا، بأن أرضعت أجنبية أخاك أو أختك.
الثانية: أم نافلتك في النسب، حرام لأنها بنتك، أو زوجة ابنك، وفي الرضاع قد لا تكون بنتاً ولا زوجة ابن، بأن أرضعت أجنبية نافلتك.

الثالثة: جدة ولدك في النسب، حرام، لأنها أمك، أو أم زوجتك، وفي الرضاع قد لا تكون كذلك، بأن أرضعت أجنبية ولدك، فإن أمها جدته، وليست بأمك، ولا بأم زوجتك.

الرابعة: أخت ولدك حرام، لأنها بنتك أو ربيبتك. وإذا أرضعت أجنبية ولدك، فبنتها أخته، وليست بنتك ولا ربيبتك، ولا تحرم أخت الأخ في النسب، ولا في الرضاع. وصورته في النسب: أن يكون لك أخت لأم، وأخ لأب، فيجوز له نكاحها. وفي الرضاع: امرأة أرضعتك وأرضعت صغيرة أجنبية منك، يجوز لأخيك نكاحها. وهذه الصور الأربع مستثناة من قولنا: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.

قلت: كذا قال جماعة من أصحابنا: تستثنى الصور الأربع. وقال المحققون: لا حاجة إلى استثنائها، لأنها ليست داخلية في الضابط، ولهذا لم يستثنها الشافعي وجمهور الأصحاب عليهم السلام، ولا استثنيت في الحديث الصحيح: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(١)، لأن أم الأخ لم تحرم لكونها أم أخ، وإنما حرمت لكونها أمّاً أو حليلة أب، ولم يوجد ذلك في الصورة الأولى، وكذا القول في باقيهن. والله أعلم.

السبب الثالث: المصاهرة، فيحرم بها على التأيد أربع:

إحداهن: أم زوجتك، وأم زوجتك منها كأهلك منك، وسواء أمهات النسب والرضاع.

الثانية: زوجة ابنك وابن ابنك وإن سفل بالنسب والرضاع، وقول الله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣] المراد به أنه لا تحرم زوجة من تبنّاه.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٢٦٤٦، ٣١٠٥، ٥٠٩٩) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٤٤) والنسائي في سننه (٨٢/٢) وأبو داود في سننه برقم (٢٠٥٥) والترمذي في سننه (٢١٤/١) والدارمي في سننه (١٥٦/٢) وأحمد في المسند (٤٤/٦، ٥١، ١٧٨) ومالك في الموطأ (٦٠٧/٢) والبيهقي في سننه (١٥٩/٧).

الثالثة: زوجة الأب والأجداد وإن علّوا من قبل الأب والأم جميعاً، وتحرم زوجة الأب من الرضاع.

الرابعة: بنت الزوجة، وبنت زوجتك منها كبنتك منك، سواء بنت النسب والرضاع، وتحرم الثلاث الأوليات بمجرد العقد، بشرط أن يكون صحيحاً. فأما النكاح الفاسد، فلا يتعلق به حرمة المصاهرة، لأنه لا يفيد حلّ المنكوحه، وحرمة غيرها فرع لحلها. وأما الرابعة، وهي بنت الزوجة، فلا تحرم إلا بالدخول بالزوجة. وحكى الشيخ أبو عاصم العبادي وابنه أبو الحسن عن أبي الحسن أحمد بن محمد الصابوني من أصحابنا: أن أم الزوجة لا تحرم إلا بالدخول بالزوجة كالريبة، وهو شاذ ضعيف.

فرع: لا تحرم بنت زوج الأم، ولا أمه، ولا بنت زوج البنت، ولا أمه، ولا أم زوجة الأب، ولا بنتها، ولا أم زوجة الابن، ولا بنتها، ولا زوجة الربيب ولا زوجة الراب.

فصل: مجرد ملك اليمين، لا يثبت شيئاً من هذه المحرمات، لكن الوطء فيه يثبتها، حتى تحرم الموطوءة على ابن الواطئ وأبيه، وتحرم عليه أم الموطوءة وبنتها. والوطء بشبهة النكاح الفاسد، والشراء الفاسد، ووطء الجارية المشتركة، وجارية الابن، يثبت حرمة المصاهرة، كما يثبت النسب، ويوجب العدة. وحكى قول: أن وطء الشبهة لا يثبت حرمة المصاهرة، كالزنا. والمشهور الذي قطع به الجمهور الأول، وذلك فيما إذا شملت الشبهة الواطئ أو الموطوءة. فإن اختصت الشبهة بأحدهما، والآخر زانٍ، بأن وطئها يظنها زوجته وهي عالمة، أو يعلم وهي جاهلة أو نائمة أو مكرهة، أو مكنت البالغة العاقلة مجنوناً أو مراهقاً عالمة، فوجهان: أصحهما: الاعتبار بالرجل، فتثبت المصاهرة إذا اشتبه عليه، كما يثبت النسب والعدة، ولا يثبت إذا لم يشتبه عليه، كما لا يثبت النسب والعدة. والثاني: تثبت المصاهرة في أيهما كانت الشبهة، وعلى هذا وجهان: أحدهما: يختص بمن اختصت الشبهة به. فإن كان الاشتباه عليه، حرم عليه أمها وبنتها، ولا تحرم على أبيه وابنه. وإن كان الاشتباه عليها، حرمت على ابنه وأبيه، ولا تحرم عليه أمها وبنتها. والثاني: أنها تعم الطرفين كالنسب.

فرع: الوطء في النكاح وملك اليمين، كما يوجب الحرمة، يوجب المحرمية، فيجوز للواطئ الخلوة والمسافرة بأم الموطوءة وبنتها، والنظر إليها، ولابنه الخلوة والمسافرة بالموطوءة والنظر. وفي وطء الشبهة وجهان: ويقال: قولان: أصحهما:

عند الإمام كذلك، لأن الشبهة تثبت النسب والعدة، فكذا المحرمية. وأصحهما: عند الجمهور: المنع، وحكوه عن نصه في «الإملاء».

فرع: الزنا لا يثبت المصاهرة، فللزاني نكاح أم المزني بها وبنتها، ولأبيه وابنه نكاحها. ولو لاط بغلام، لم يحرم على الفاعل أم الغلام وبنته. ولو ملك جارية محرمة عليه برضاع أو مصاهرة، فوطئها، فإن لم نوجب به الحد، ثبتت المصاهرة. وإن أوجبناه، فلا.

فرع: المفازدة، والقبلة، والمس، هل هي كالوطء فتثبت المصاهرة وتحرم الرّبيبة في النكاح؟ فيه قولان: أظهرهما عند البغوي والرويانى: نعم. وأظهرهما: عند ابن أبي هريرة وابن القطان والإمام وغيرهم: لا. والقولان فيما إذا جرى ذلك بشهوة. فأما المس بغير شهوة، فلا أثر له على المذهب، وبه قطع الجمهور. قال الإمام: ومنهم من أطلق القولين في الملامسة. وأما النظر بشهوة، فلا يثبت المصاهرة على المذهب، وبه قطع الجمهور. وقيل: قولان: وقيل: إن نظر إلى الفرج، فقولان: وإلا، فلا.

فرع: إذا استدخلت ماء زوجها أو أجنبي بشبهة، ثبتت المصاهرة والنسب والعدة، دون الإحصان والتحليل. وفي تقدير المهر ووجوبه للمفوضة وثبوت الرجعة والغسل والمهر في صورة الشبهة وجهان: أصحهما: المنع. ولو أنزل أجنبي زنا، لم يثبت باستدخاله المصاهرة ولا النسب. وإن أنزل الزوج بالزنا، حكى البغوي أنه لا يثبت النسب ولا المصاهرة ولا العدة. وقال من عند نفسه: وجب أن تثبت هذه الأحكام كما لو وطئ زوجته يظن أنه يزني.

فرع: ما أثبت التحريم المؤبد إذا طرأ على النكاح، قطعه. فلو نكح امرأة، فوطئها أبوه أو ابنه بشبهة، أو وطئ هو أمها أو بنتها بشبهة، انفسخ نكاحها. وفي المولّدات لابن الحداد فرعان يتعلّقان بهذا الأصل:

أحدهما: نكح امرأة ونكح ابنه بنتها، ووطئ كل واحد منهما زوجة الآخر غالطاً، انفسخ النكاحان. وهذا تفريع على المشهور أن وطئ الشبهة كالوطء في ملك، ويجب على كل واحد منهما مهر المثل للتي وطئها بالشبهة. ثم إن سبق وطئ الأب، فعليه لزوجته نصف المسمى، لأنه الذي رفع نكاحها، فهو كما لو طلقها قبل الدخول. وهل يجب على الابن لزوجته نصف المسمى؟ فيه أوجه: قال ابن الحداد: لا، إذ لا صنع له. وقال آخرون: نعم، إذ لا صنع لها. وقال الشيخ أبو علي: إن كانت زوجة الابن نائمة، أو صغيرة لا تعقل، أو مكرهة، وجب. وإن كانت عاقلة طاوعت الأب تظنه زوجها، فلا شيء لها. فإن أوجبنا، رجع الابن على أبيه، لأنه

فَوّت نكاحه. وهل يرجع بمهر المثل، أم بنصفه، أم بما غرم؟ فيه ثلاثة أقوال نوضحها في «كتاب الرضاع» إن شاء الله تعالى.

وأما إن سبق وطء الابن، فعليه لزوجته نصف المسمى. وهل يلزم الأب لزوجته نصف المسمى؟ فيه الأوجه. فإن ألزمنه، رجع على الابن كما ذكرنا. ولو وقع الوطآن معاً، فعلى كل واحد نصف ما سمي لزوجته. وهل يرجع على الآخر؟ وجهان: قال القفال: يرجع كل واحد على صاحبه بنصف ما كان يرجع به لو انفرد، ويهدر نصفه كالاصطدام، فإنها حرمت بفعلهما، وقال الشيخ أبو علي: لا يرجع بشيء.

الفرع الثاني: نكح امرأتين في عقد، فبانت إحداهما أم الأخرى، بطل النكاحان. ولا شيء لواحدة منهما، إلا أن يطأ، فيجب مهر المثل. ولو نكحهما في عقدين، ووطيء إحداهما، ثم بان الحال، نظر، إن سبق نكاح الأم، فإن كانت هي الموطوءة، فنكاحها بحاله، والأخرى محرمة. وإن كانت البنت هي الموطوءة، فالنكاحان باطلان، لأن البنت نكحها وعنده أمها، والأم أم موطوءة بشبهة، وله أن يتزوج البنت متى شاء، لأنها ربيبة لم يدخل بأمرها، ويجب للبنت مهر المثل، وللأم نصف المسمى. وإن سبق نكاح البنت، فإن كانت هي الموطوءة، فنكاحها بحاله، والأم حرام أبداً. وإن كانت الموطوءة الأم، بطل النكاحان، وحرمتا أبداً، وللأم مهر المثل، وللبنت نصف المسمى. وإن أشبهت الموطوءة، وعرفت التي سبق نكاحها، ثبت نكاح السابقة، لأن الأصل استمرار صحته، وليس له نكاح الثانية، لأن الأولى إن كانت بنتاً، فالثانية أم امرأته محرمة أبداً. وإن كانت أمّاً، فليس له نكاح البنت وأمّها تحته. وإن ارتفع نكاح الأم بطلاق أو غيره، لم يحل له واحدة منهما، لأن إحداهما محرمة أبداً، فصار كاشتباه أخته بأجنبية. وإن اشتبه السابق من النكاحين، وعرفت الموطوءة، فغير الموطوءة محرمة أبداً، والموطوءة يوقف نكاحها، وتمنع من نكاح غيره. وإن طلبت الفسخ للاشتباه، فسخ كما في اشتباه الأوليين. وإن اشتبه السابق من النكاحين والموطوءة، وقف عنهما، لاحتمال سبق البنت والدخول بالأم، وليس له نكاح واحدة منهما، لأن إحداهما محرمة أبداً. ولو كانت المسألة بحالها، لكن وطئها جميعاً، بطل النكاحان، وحرمتا أبداً. ثم إن وطئ أولاً التي نكحها أولاً، فلأولى مهرها المسمى، وللثانية مهر المثل. وإن وطئ أولاً التي نكحها آخراً، فلها مهر المثل، لأنه لم ينعقد نكاحها، وللمنكوحة أولاً جميع مهر المثل ونصف المسمى. أمّا نصف المسمى، فلارتفاع نكاحها بسبب من الزوج. وأما جميع مهر المثل، فلأنه وطئها بشبهة بعد ارتفاع النكاح.

فصل: إذا اختلطت محرم بنسب أو رضاع أو مصاهرة بأجنبيات، قال الأصحاب: إن كان الاختلاط بعدد لا ينحصر، كنسوة بلدة أو قرية كبيرة، فله نكاح واحدة منهن. قال الإمام: هذا ظاهر إن عمّ الالتباس. فأما إذا أمكنه نكاح من لا يشك فيها، فيحتمل أن يقال: لا ينكح من المشكوك فيهن. والمذهب أنه لا حرج. فإن كان الاختلاط بعدد محصور، فليجتنبهن. فلو خالف ونكح واحدة منهن، لم يصح على الأصح. قال الإمام: المحصور: ما عسر عدّه على آحاد الناس. وقال الغزالي: كل عدد لو اجتمعوا في صعيد لعسر على الناظر عددهم بمجرد النظر كالألف، فهو غير محصور، وإن سهل كالعشرة، والعشرين، فمحصور، وبين الطرفين أوساط يلحق بأحدهما بالظن، وما وقع فيه الشك، استفتي فيه القلب.

الجنس الثاني: ما يقتضي حرمة غير مؤبدة، ويتعلق بعدد، وهو ثلاثة أنواع:

الأول: الجمع بين الأختين من النسب أو الرضاع، سواء الأختان من الأبوين أو من أحدهما. فلو نكحهما، بطل نكاحهما. وإن نكحها مرتباً، بطلت الثانية. فإن وطئها جاهلاً بالحكم، فعليها العدة ولها مهر المثل، وله وطء الأولى وإن كانت الثانية في العدة، لكن المستحب أن لا يفعل. ولو طلق امرأته طلاقاً بائناً، فله نكاح أختها في عدتها، وإن كان رجعيّاً، لم تحل أختها حتى تنقضي عدتها. فلو ادعى أنها أخبرته بانقضاء العدة، والوقت محتمل، وقالت: لم تنقض، فوجهان: أصحهما: وهو نصه في «الإملاء»: أن له نكاح أختها. ولو طلق الأولى، لم يقع. ولو وطئها، لزمه الحد، لزمه انقضاء عدتها. وقال الحليمي والقفال: ليس له نكاح أختها، لأن القول قولها في العدة. وعلى هذا، لو طلقها وقع. ولو وطئها، فلا حد، وتجب النفقة على الوجهين، لأنه لا يقبل قوله في إسقاط حقها. ولو طلق زوجته الأمة طلاقاً رجعيّاً، ثم اشتراها، فله نكاح أختها في الحال، وكذا لو اشتراها قبل الطلاق، لأن ذلك الفراش انقطع.

فرع: يحرم الجمع بين المرأة وبنت أخيها وبنت أولاد أخيها، وكذا بين المرأة وبنت أختها وبنت أولاد أختها، سواء كانت العمومة والخؤولة من النسب أو الرضاع^(١).

(١) لما أخرجه البخاري في صحيحه (٤٢٣/٣) ومسلم في صحيحه (١٣٥/٤) ومالك في الموطأ (٥٣٢/٢) والنسائي في سننه (٨١/٢) وأحمد في المسند (٤٦٢/٢)، ٤٦٥، ٥٢٩، ٥٣٢ والبيهقي في سننه (١٦٥/٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها».

وضبط تحريم الجمع بعبارات:

إحداهن: يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة أو رضاع ولو كانت إحدهما ذكراً لحرمت المناكحة بينهما.

الثانية: يحرم بين كل امرأتين بينهما قرابة أو رضاع يقتضي المحرمية.

الثالثة: يحرم بين كل امرأتين بينهما وصلة قرابة أو رضاع لو كانت تلك الوصلة بينك وبين امرأة لحرمت عليك. وقصدوا بقيد القرابة والرضاع الاحتراز عن الجمع بين المرأة وأم زوجها وبنت زوجها، فإن هذا الجمع غير محرم وإن كان يحرم النكاح بينهما لو كان أحدهما ذكراً، لكنه ليس بقرابة ولا رضاع، بل مصاهرة، وليس فيها رحم يحذر قطعها، بخلاف الرضاع والقرابة.

فرع: يحرم الجمع بين المرأة وبنتها، لدخولهما في الضابط. فلو نكحهما معاً، بطل نكاحهما. ولو نكحهما في عقدتين، فالثانية باطلة. فإن كانت الثانية البنت، جاز أن ينكحها إن فارق الأم قبل الدخول.

فرع: يجوز الجمع بين بنت الرجل وربيبته، وبين المرأة وربيبه زوجها من امرأة أخرى، وبين أخت الرجل من أمه وأخته من أبيه، لأنه لا تحرم المناكحة بتقدير ذكورة أحدهما.

فصل: كل امرأتين يحرم الجمع بينهما في النكاح، يحرم الجمع بينهما في الوطء بملك اليمين، لكن يجوز الجمع بينهما في نفس الملك. فإذا اشترى أختين أو امرأة وعمتها أو خالتها معاً، أو متعاقبتين، صح الشراء، وله وطء أيتهما شاء. فإذا وطئ واحدة، حرم عليه وطء الأخرى، لكن لا يجب به الحد، لأن له طريقاً إلى استباحتها، بخلاف ما لو وطئ أخته من الرضاع وهي ملكه، فإنه يحد على قول، لأنه لا يستباحها بحال، ثم الثانية تبقى حراماً كما كانت، والأولى حلالاً كما كانت، فلا يحرم الحرام الحلال، لكن يستحب أن لا يطأ الأولى حتى يستبرئ الثانية.

وعن أبي منصور بن مهران أستاذ الأودني، أنه إذا أحبل الثانية، حلت، وحرمت الأولى، وهو غريب، ثم لا تزال غير الموطوءة محرمة عليه، حتى يحرم الموطوءة على نفسه، إما بإزالة ملك، كبيع كلها أو بعضها، أو هبة مع الاقباض، أو بالاعتاق، وإما بإزالة الحمل بالتزويج أو الكتابة، ولا يكفي الحيض والإحرام والعدة عن وطء شبهة، لأنها أسباب عارضة لم تزل الملك ولا الاستحقاق، فكذا الردة لا تبيح الأخرى، وكذا الرهن على الأصح.

ولو باع بشرط الخيار، فحيث يجوز للبائع الوطء، لا تحل به الثانية، وحيث لا يجوز وجهان: قال الإمام: الوجه عندي القطع بالحل، ولا يكفي استبراء الأولى،

لأنه لا يزيل الفراش. وعن القاضي حسين، أن القياس الاكتفاء، لأنه يدل على البراءة. وعن القاضي أبي حامد قال: غلط بعض أصحابنا فقال: إذا قال: حرمتها على نفسي، حرمت عليه، وحلت الأخرى.

ثم إذا حرّمها بالأسباب المؤثرة، فعاد الحل، بأن باعها، فردّت عليه بعيب أو إقالة، أو زوّجها فطلقت، أو كاتبها فعجزت، لم يجز له وطؤها حتى يستبرئها، لحدوث الملك. فإذا استبرأها، فإن لم يكن وطئ الثانية بعد تحريم الأولى، فله الآن وطء أيتها شاء. وإن كان وطئها، لم يجز وطء العائدة حتى تحرم الأخرى.

فرع: الوطء في الدبر كالقبل، فتحرم الأخرى به. وفي اللمس والقبلة والنظر بشهوة مثل الخلاف السابق في حرمة المصاهرة.

فرع: ملك أختين إحداهما مجوسية، أو أخته برضاع، فوطئها بشبهة، جاز وطء الأخرى، لأن الأولى محرمة. ولو ملك أمّاً وبنيتها، ووطء إحداهما، حرمت الأخرى أبداً، فلو وطئ الأخرى بعد ذلك جاهلاً بالتحريم، حرمت الأولى أيضاً أبداً. وإن كان عالماً، ففي وجوب الحد قولان: إن قلنا: لا، حرمت الأولى أيضاً أبداً، وإلا، فلا.

فصل: ملكها ولم يوطأ، أو وطئ ثم نكح أختها أو عمتها، صح النكاح، وحلت المنكوحة، وحرمت المملوكة. ولو نكح امرأة، ثم ملك أختها، فالمملوكة حرام، ويبقى حلّ المنكوحة.

فصل: ارتدت الزوجة بعد الدخول، يحرم نكاح أختها وأربع سواها قبل انقضاء العدة، كالرجعية. قال ابن الحداد: فلو قال لها: أنت طالق ثلاثاً، فله في الحال نكاح أختها، لحصول البينونة، وكذا الحكم لو ارتدت فخالعها في الردة. ولو كان تحتها صغيرة، وكبيرة مدخول بها، فارتدت الكبيرة، وأرضعت أمها في عدتها الصغيرة، وقف نكاح الصغيرة. فإن أصرت الكبيرة حتى انقضت العدة، ففي نكاح الصغيرة، بحاله. وإن أسلمت في العدة، بطل نكاح الصغيرة. وفي بطلان نكاح الكبيرة قولان نذكرهما إن شاء الله تعالى في نظير المسألة في الرضاع. قال الشيخ أبو علي: أظهرهما: لا يبطل كما لو نكح أختاً على أخت لا تبطل الأولى. وكذا الحكم لو كانت المرضعة أخت الكبيرة.

ثم على الزوج للصغيرة نصف المسمى، وللكبيرة تمامه، ويرجع الزوج على المرضعة بنصف مهر مثل الصغيرة على الأظهر، وبكلّه في قول، وبجميع مهر مثل الكبيرة على الأظهر إن أبطلنا نكاحها.

النوع الثاني: في قدر العدد المباح، ولا يجوز للحر أن ينكح أكثر من أربع

نسوة^(١). فلو نكح خمساً في عقد، بطل نكاحهن، وإن نكحهن مرتباً، بطل الزيادة على الأربع الأوليات. ولو نكح خمساً في عقد فيهن أختان، بطل فيهما، وفي البواقي قولاً تفريق الصفقة، والأظهر الصحة. ولو نكح سبعاً فيهن أختان، بطل الجميع.

ولو كان تحته أربع فأبانهن، فله نكاح أربع بدلهن وإن كن في العدة. ولو أبان واحدة، فله نكاح أخرى في عدة المبانة.

ولو وطىء امرأة بشبهة، فله نكاح أربع في عدتها. ولو كانت المفارقة رجعية، لم تجز. وأما العبد، فلا يجوز أن يزيد على امرأتين.

فرع: لابن الحداد

نكح ست نسوة، ثلاثاً في عقد، وثنيتين في عقد، وواحدة في عقد، ولم يعلم المتقدم، فنكاح الواحدة صحيح على كل تقدير، لأنها لا تقع إلا أولة، أو ثالثة، أو رابعة، فإنها لو تأخرت عن العقدین، كان ثانيهما باطلاً، فتقع هي صحيحة. وأما البواقي، فقال ابن الحداد: لا يثبت نكاحهن، لأن كل واحد من عقديهما يحتمل كونه متأخراً باطلاً، والأصل عدم الصحة. قال الشيخ أبو علي: ما ذكره ابن الحداد غلط عند عامة الأصحاب، بل يصح مع نكاح الواحدة، إما الثنتان، وإما الثلاث، وهو الذي سبق منهما، ولا نعرف عينه فيوقف، ويسأل الزوج، فإن ادعى سبق الثنتين وصدقته، ثبت نكاحهما. وإن ادعى سبق الثلاث، وصدقته، فكذلك. وإن قال: لا أدري، أو لم يبين، فلهن طلب الفسخ. وإن رضين بالضرر، لم يفسخ، وعلى الزوج نفقة الجميع مدة التوقف، فإن مات قبل البيان، اعتدت من لم يدخل بها عدة وفاة، ومن دخل بها بأقصى الأجلين من وفاة وأقراء، ويدفع إلى الفردة ربع ميراث النسوة، لإحتمال صحة نكاح ثلاث معها، ثم يحتمل أن يكون الصحيح معها نكاح الثلاث، فلا يستحق غير الربع المأخوذ، ويحتمل صحة نكاح الثنتين، فيستحق الثلث، فيوقف ما بين الثلث والربع، وهو نصف سدس بين الواحدة والثلاث، لا حق للثنتين فيه،

(١) لقوله تعالى: ﴿فَأَنكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَتَى وَثَلَاثَ وَرُبْعَ﴾ [النساء: ٣]، ولما أخرج الترمذي في سننه برقم (١١٢٨) وابن ماجه في سننه برقم (١٩٥٣) والحاكم في المستدرک (١٩٢/٢) وأحمد في المسند (٤٤/٢) وابن حبان في صحيحه برقم (١٣٧٧) وابن أبي شيبه في المصنف (٥١/٧) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن غيلان بن سلمة أسلم وعنده عشر نسوة فقال له رسول الله ﷺ: «أمسك أربعاً وفارق سائرهن».

والحديث صححه العلامة الألباني رحمته الله في الإرواء برقم (١٨٨٣).

ويوقف الثلثان بين نصيب النسوة، بين الشنتين والثلاث، لا حق للواحدة فيه. فإن أردن الصلح قبل البيان، فالصلح في نصف السدس بين الواحدة والثلاث، وفي الثلثين بين الثلاث والشنتين. وأما المهر، فللمفردة المسمى. وأما البواقي، فإن دخل بهن، قابلنا المسمى لإحدى الفرقتين ومهر المثل بالمسمى للفرقة الأخرى ومهر مثل الأولى، وأخذنا أكثر القدرين من التركة، ودفعنا إلى كل واحدة منهن الأقل من مسماهما ومهر مثلها، ووقفنا الباقي.

مثاله: سمي لكل واحدة مئة، ومهر مثل كل واحدة خمسون، فمسمى الثلاث ومهر مثل الشنتين أربعمئة، وهي أكثر من مسمى الشنتين ومهر مثل الثلاث، فنأخذ من التركة أربعمئة، ندفع إلى كل واحدة خمسين، ونقف الباقي وهو مئة وخمسون منها مئة بين النسوة الخمس، وخمسون بين الثلاث والورثة، فإن بان صحة نكاح الشنتين، فالمائة لهما، والخمسون للورثة. وإن بان صحة الثلاث، فالمائة والخمسون لهن. وإن لم يدخل بواحدة، أخذنا من التركة أكثر المسميين، ولا نعطي في الحال واحدة شيئاً. والأكثر في المثال المذكور ثلاثمئة، فنقف مائتين بين الثلاث والشنتين، ومائة بين الثلاث والورثة. وإن دخل بإحدى الفرقتين، أخذنا الأكثر من مسمى المدخول بهن فقط، ومن مهر مثلهن مع مسمى الفرقة الأخرى، وأعطي الموطوءات الأقل من المسمى ومهر مثلهن. ففي المثال المذكور، إن دخل بالشنتين، فمهر مثلهما مع مسمى الثلاث أربعمئة، وذلك أكثر من مسمى الشنتين، فنأخذ أربعمئة، ونعطي كل واحدة من الشنتين خمسين، ونقف مئة بينهما وبين الثلاث، ومائتين بين الثلاث والورثة. فإن بان صحة نكاح الشنتين، دفعنا المائة إليهما، والباقي للورثة. وإن بان صحة نكاح الثلاث، دفعناها مع المائتين إليهن، وإن دخل بالثلاث، فمهر مثلهن مع مسمى الشنتين ثلاثمئة وخمسون، وذلك أكثر من مسمى الثلاث، فنأخذ ثلاثمئة وخمسين، ونعطي كل واحدة من الثلاث خمسين منها، ونقف الباقي وهو مائتان، منها مئة وخمسون بين الشنتين والثلاث، والباقي بين الشنتين والورثة. فإن بان صحة نكاح الثلاث، أعطيناهن مئة وخمسين، والباقي للورثة. وإن بان صحة نكاح الشنتين، أعطيناهما المائتين.

قال الشيخ أبو علي: فإن كانت المسألة بحالها، ونكح أربعاً آخر في عقد رابع، ولم يعرف الترتيب، لم يحكم بصحة نكاح الواحدة، لاحتمال وقوعه بعد الأربع. فإن مات قبل البيان، وقفنا ميراث زوجات، ولا نعطي واحدة منه شيئاً. وأما المهر، فإن دخل بهن، أخذنا لكل واحدة الأكثر من مسماهما ومهر مثلها، وأعطيناهما أقلهما، ووقفنا الباقي بينها وبين الورثة. فإن لم يدخل بواحدة منهن، فيحتمل أن يكون الصحيح نكاح الأربع، ويحتمل أن تكون الواحدة مع الثلاث، أو مع الشنتين،

فينظر مهر الأربع وحده، ومهر الواحدة مع الثلاث، ثم مع الشنتين، ويؤخذ أكثر المقادير الثلاثة، ويوقف. وإن دخل ببعضهن، أخذ للمدخل بها أكثر مهرها، وتعطى منه أقلهما، ويوقف الباقي بينها وبين الورثة، وأخذ لغير المدخول بها مسماهما، فيوقف بينها وبين الورثة.

النوع الثالث: استيفاء عدد الطلاق. فإذا طلق الحر زوجته ثلاثاً في نكاح أو أنكحة دفعة أو أكثر قبل الدخول أو بعده، لم يحل له نكاحها حتى تنكح زوجاً غيره ويطأها ويفارقها وتنقضي عدتها منه، وإذا طلق العبد طلقتين، فكطلاق الحر ثلاثاً. ولو عتق بعد ذلك، لم يؤثر، ويشترط أن يكون الوطء في نكاح صحيح. وفي قول: يكفي الوطء في نكاح فاسد. ومنهم من أنكره، ومنهم من طرده في وطء الشبهة، والمذهب الأول. ويشترط تغيب جميع الحشفة في الفرج، وبه تتعلق أحكام الوطء كلها. وقال البغوي: إن كانت بكراً، فأقله الإقتضاض بآلته. ومن قطعت حشفته، إن بقي من ذكره دون قدرها، لم يحل. وإن بقي قدرها فقط، أحل. وإن بقي أكثر من قدرها، كفى تغيب قدر حشفة هذا الشخص على الأصح. وقيل: يشترط تغيب جميع الباقي، سواء كان قوي الانتشار، أو ضعيفه فاستعان بأصبعه أو أصبعها، فإن لم يكن إنتشار أصلاً، لتعنين أو شلل أو غيرهما، لم يحصل التحليل على الصحيح، وبه قطع جمهور الأصحاب في كتبهم، لعدم ذوق العُسيلة، وحصله الشيخ أبو محمد والغزالي، لحصول الوطء وأحكامه. واستدخال ذكر النائم وغيره يحلل، واستدخال الماء لا يحلل.

قلت: ولو لف على ذكره خرقة وأولج، حلل على الصحيح. والله أعلم.

فرع: يحصل التحليل بكل زوج، حر مسلم، وعبد، ومجنون، وخصي، وذمي إذا كانت المطلقة ذمية، سواء كان المطلق مسلماً أو ذمياً، ويشترط وطء الذمي في وقت لو ترافعا إلينا لقررناهم على ذلك النكاح.

قلت: لا يشترط في تحليل الذمية للمسلم وطء ذمي، بل المجوسي والوثني يحللانها أيضاً للمسلم، كما يحصنانها، صرح به إبراهيم المروزي. والله أعلم. والصبي الذي يتأتى منه الجماع، كالبالغ على المشهور. والطفل الذي لا يتأتى منه، لا يحلل على الصحيح، وعن القفال، أنه يحلل.

قلت: هذا الوجه كالغلط المنابذ لقواعد الباب. ونقل الإمام اتفاق الأصحاب أنه لا يحلل. والله أعلم.

فرع: إذا كانت المطلقة ثلاثاً صغيرة، ووطئها زوج، حلت قطعاً. وقيل في التي لا تشتهى الوجهان كتحليل الصبي.

فرع: لو وطئها في إحرامه أو إحرامها، أو الحيض، أو صوم رمضان، أو قبل التكفير عن ظهارها، أو ظاناً أنها أجنبية، حلت، لأنه وطئ زوج في نكاح صحيح. ولو وطئها وهي في عدة وطئ شبهة وقع بعد نكاحه، حلت على الأصح. ولو وطئها في حال رده أو ردتها، وعاد إلى الإسلام، لم تحل، نص عليه، لاضطراب النكاح، بخلاف سائر أسباب التحريم. واعترض المزني بأنه إن دخل بها قبل الردة، فقد حلت، وإلا، فتبين بنفس الردة. قال الأصحاب: تتصور العدة بلا دخول، بأن يطأها في الدبر أو فيما دون الفرج فسبق الماء، أم تستدخل ماءه، فتجب العدة، ولا تحل بهذه الأسباب، وكذا بالخلوة على القديم.

قلت: هذا الذي ذكره عن النص أنها لا تحل بالوطء في الردة، هو الصواب، وبه قطع جماهير الأصحاب. وقال صاحب «التلخيص»: إن اجتمعا في الإسلام قبل انقضاء العدة، حلت للأول، وتابعه عليه القفال، وليس بشيء. ولو طلقها رجعيًا، باستدخال الماء قبل الدخول، ثم وطئها في العدة لم تحل للأول وإن راجعها في العدة، نص عليه الشافعي والأصحاب، وقال إبراهيم المروزي: إذا قلنا: تحل بوطء الشبهة، فهنا أولى، وإلا، فلا تحل. والله أعلم.

فرع: نكحها على أنه إذا وطئها بانت منه، أو نكحها إلى أن يطأها، أو على أنه إذا وطئها فلا نكاح بينهما، فنكاح باطل، فإن شرط أنه إذا وطئها طلقها، فباطل أيضاً على الأظهر. وفي قول: يصح العقد، ويبطل الشرط، ويجب مهر المثل. ولو تزوج بلا شرط، وفي عزمه أن يطلقها إذا وطئها، كره، وصح العقد، وحلت بوطئه. ولو نكحها على أن لا يطأها إلا مرة، أو على أن لا يطأها نهائياً، فللشافعي رحمه الله في بطلان النكاح أو صحته دون الشرط نصان. وقيل: قولان: والمذهب أنهما على حالين. فالبطلان إذا شرطت الزوجة أن لا يطأها، والصحة إذا شرط الزوج أن لا يطأ، لأنه حقه، فله تركه والتمكين عليها. ولو نكحها بشرط أن لا تحل له، فقال الإمام: يجب أن تلحق بشرط ترك الوطء. وقال الغزالي: ينبغي أن يفسد، للتناقض.

قلت: قول الغزالي أصح. والله أعلم.

وفي «فتاوى» القفال: أنه لو تزوج أمة على أن لا يملك الاستمتاع ببضعها، فكشروط أن لا يطأ. وإن تزوجها بشرط أن لا يملك بضعها، فإن أراد الاستمتاع، فكذلك. وإن أراد ملك العين، لم يضر. وجميع ما ذكرناه إذا شرطه في نفس العقد، ولو تواطأ في شيء من ذلك قبل العقد، وعقداً على ذلك القصد بلا شرط، فليس كالمشروط على الصحيح.

فرع: قال الأئمة: أسلم طريق في الباب، وأدفعه للعار، أن تزوج بعبد صغير، وتستدخل حشفته، ثم تملكه ببيع أو هبة ونحوهما، فينسخ النكاح، ويحصل التحليل إن صححنا تحليل الصبي وجوزنا إجبار العبد الصغير على النكاح، وإلا، فلا.

فرع: إذا قالت المطلقة ثلاثاً: نكحت زوجاً آخر، فوطئني وفارقني، وانقضت عدتي منه، قبل قولها عند الاحتمال. وإن أنكر الزوج الثاني، وصدق في أنه لا يلزمه إلا نصف المهر، فكذا، لأنها مؤتمنة في انقضاء العدة، والوطء يعسر إقامة البينة عليه. ثم إن ظن صدقها، فله نكاحها بلا كراهة. وإن لم يظنه، استحب أن لا يتزوجها. وإن قال: هي كاذبة، لم يكن له نكاحها. فإن قال بعده: تبينت صدقها، فله نكاحها.

قلت: قد جزم الفوراني بأنه إذا غلب على ظنه كذبها، لم تحل له. وتابعه الغزالي على هذا، وهو غلط عند الأصحاب، وقد نقل الإمام اتفاق الأصحاب على أنها تحل وإن غلب على ظنه كذبها إذا كان الصدق ممكناً. قال: وهذا الذي قاله الفوراني غلط، وهو من عشرات الكتاب، ولعل الرافعي لم يحك هذا الوجه، لشدة ضعفه، ولقول الإمام: إنه غلط. قال إبراهيم المروذي: ولو كذبها الزوج والولي والشهود، لم تحل على الأصح. والله أعلم.

فرع: طلق زوجته الأمة، ثم اشتراها قبل وطء زوج، لا يحل له وطؤها بملك اليمين على الصحيح، لظاهر القرآن.

قلت: قال العلماء: الحكمة في اشتراط التحليل، التنفير من الطلاق الثلاث. والله أعلم.

الجنس الثالث من الموانع: رق المرأة، وهو ضربان: رقيقة يملكها، ورقيقة لا يملكها.

الضرب الأول: مملوكته، فليس له نكاح من يملكها أو بعضها. ولو ملك بعض زوجته، انسخ نكاحه، وليس لها نكاح من تملك بعضه. ولو ملكت زوجها، انسخ نكاحها.

الضرب الثاني: أمة غيره، فلا تحل للحر إلا بشروط:

أحدها: أن لا يكون تحته حرة يتيسر الاستمتاع بها مسلمة أو كتابية. وفي وجه: لا يمنع كون الكتابية تحته. فإن لم يتيسر الاستمتاع، بأن كانت تحته صغيرة، أو هرمة، أو غائبة، أو مجنونة، أو مجذومة، أو برصاء، أو رتقاء، أو مضناة لا تحتمل الجماع، فوجهان: أحدهما: يصح نكاح الأمة، وهذا أصح عند صاحب

«المذهب» والقاضي حسين، وقطع به ابن الصباغ وجماعة من العراقيين. والثاني: المنع، وبه قطع الإمام والغزالي والبغوي. فعلى هذا، لا يصح نكاح الأمة حتى تبين منه الحرية.

الشرط الثاني: أن لا يقدر على نكاح حرة لعدم الحرية، أو عدم صداقها. فلو قدر على نكاح حرة رتقاء، أو قرناء، أو مجنونة، أو مجذومة، أو رضيعة، أو معتدة عن غيره، فله نكاح الأمة على الأصح. ولو قدر على حرة كتابية، لم تحل الأمة على الأصح، وقول الله تعالى: ﴿وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكَحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ [النساء: ٢٥] قيد بالمؤمنات، لأنه الغالب، لا للإشتراط. ولو قدر على حرة غائبة، قال الأصحاب: إن كان يخاف العنت في مدة قطع المسافة، أو يلحقه مشقة ظاهرة بالخروج إليها، فله نكاح الأمة، وإلا، فلا. قال الإمام: المشقة المعتبرة، أن ينسب متحملها في طلب زوجه إلى الإسراف. ولو لم يجد إلا حرة لا ترضى إلا بأكثر من مهر مثلها، وهو واجده، فنقل البغوي: أنه لا ينكح أمة. ونقل المتولي جوازه. وقال الإمام والغزالي: إن كانت زيادة يعدُّ بذلها إسرافاً، حلت الأمة، وإلا، فلا. وفرقوا بينه وبين الماء في التيمم، بأن الحاجة إلى الماء تتكرر، وبأن هذا النكاح لا يعد مغبوناً.

قلت: قطع آخرون بموافقة المتولي، وهو الأصح. والله أعلم.

ولو لم يقدر على مهر، ووجد حرة ترضى بمهر مؤجل، وهو يتوقع القدرة عليه عند المحل، أو وجد من يبيعه نسيئة ما يفي بصداقها، أو وجد من يستأجره بأجرة معجلة، أو رضيت حرة بأن ينكحها بلا مهر، حلت الأمة على الأصح. ولو أقرض مهرها، لم يجب القبول على المذهب، لاحتمال المطالبة في الحال. وقيل بالوجهين. ولو رضيت حرة بدون مهر مثلها، وهو يجده، لم تحل الأمة على المذهب، لأن المنة فيه قليلة، إذ العادة المسامحة في المهور. ولو وهب له مال أو جارية، لم يلزمه القبول، وحلت الأمة. ومن له مسكن وخادم، هل له نكاح الأمة، أم عليه بيعهما وصرفهما إلى طول حرة؟ وجهان حكاهما ابن كج.

قلت: أصحهما: الأول. والله أعلم.

والمال الغائب لا يمنع نكاح الأمة، كما لا يمنع ابن السبيل الزكاة. ومن هو معسر، وله ابن موسر، يجوز له نكاح الأمة إن لم نوجب على الابن إعفاهه. وإن أوجبه، فوجهان: لأنه مستغن بمال الابن.

قلت: أصحهما: المنع، وبه قطع جماعة. والله أعلم.

الشرط الثالث: خوف العنت، والمراد به هنا الزنا، قال الإمام: ليس المراد بالخوف أن يغلب على ظنه الوقوع في الزنا، بل أن يتوقعه لا على الندور. وليس المراد بغير الخائف أن يعلم اجتنابه، بل غلبة الظن بالتقوى، والاجتناب ينافي بالخوف، فمن غلبت عليه شهوته، وضعف تقواه، فهو خائف. ومن ضعفت شهوته، وهو يستبدع الزنا لدين أو مروءة أو حياءٍ، فهو غير خائف. وإن غلبت شهوته، وقوي تقواه، ففيه احتمالان للإمام: أحدهما: لا يجوز نكاح الأمة، وبه قطع الغزالي، لأنه لا يخاف الوقوع في الزنا. والثاني: إن كان ترك الوقاع يجبر ضرراً أو مرضاً، فله نكاح الأمة. وأما الم محبوب، فلا يتصور منه الزنا. قال الإمام والمتولي: ليس له نكاح الأمة. قال المتولي: فلو نكح حرّ أمة، فوجدته محبوباً، وأرادت الفسخ، فقال الزوج: جبّ ذكري بعد النكاح. فإن كان قوله غير محتمل، بأن كان الموضع مندماً، وقد عقد النكاح أمس، فالنكاح باطل. وإن كان محتملاً، فإن صدقته، فذاك، وإن كذبت، فدعواها باطلة لأن مقتضى قولها، بطلان النكاح من أصله. وقال الروياني في «البحر»: للخصي والمحبوب نكاح الأمة عند خوف الوقوع في الفعل المأثوم به، لأن العنت المشقة.

فرع: القادر على شراء أمة يتسراها، لا يحل له نكاح أمة على المذهب. ولو كان في ملكه أمة، لم ينكح أمة قطعاً، وطرد الحناطي الخلاف فيه، فعلى المذهب لو كانت الأمة التي يملكها غير مباحة، فإن وفّت قيمتها بمهر حرة، أو ثمن أمة يتسراها، لم ينكح الأمة، وإلا، فينكحها.

الشرط الرابع: كون الأمة المنكوحة مسلمة، ولا يشترط كونها لمسلم على الأصح، ويجوز للحر الكتابي نكاح الأمة الكتابية على الأصح، ويقال: الأظهر، ولا يجوز نكاحها للعبد المسلم على المشهور. وأما نكاح العبد المسلم الأمة المسلمة، فسيأتي إن شاء الله تعالى في «باب نكاح المشرك». والعبد الكتابي، ينكح الأمة الكتابية إن نكحها الحر الكتابي، وإلا، فوجهان: أحدهما: الجواز.

قلت: ونكاح الحر المجوسي والوثني الأمة المجوسية والوثنية، كالكتابي الأمة الكتابية. والله أعلم.

فرع: للحر المسلم وطء أمته الكتابية دون المجوسية والوثنية، كالنكاح في حرائرهم.

فصل: من استجمع شروط نكاح الأمة، ليس له نكاح أمة صغيرة لا توطأ على الأصح، لأنه لا يأمن بها العنت. ومن بعضها رقيق كالرقيقة، لا ينكحها حر إلا بالشروط. ولو قدر على نكاحها، فهل يباح له نكاح الرقيقة المحضة؟ فيه تردد

للإمام، لأن إرقاق بعض الولد أهون من إرقاق كله. وحكي عن بعض الأصحاب أن من بعضه رقيق كالرقيق، فينكح الأمة مع القدرة على الحرية، لأنه كالرقيق في الولاية والنظر.

فصل: ولد الأمة المنكوحة رقيق لمالكها، سواء كان زوجها الحر عربياً أو غيره، وفي القديم قول أن العرب لا يجري عليهم الرق، فيكون ولد العربي حراً، وهل على الزوج قيمته كالمغرور؟ أم لا شيء عليه لأن السيد رضي حين زوّجها عربياً؟ فيه قولان:

فرع: في «فتاوى» القاضي حسين: أنه لو زوّج أمته بواجد طول حرة، فأولدها، فالأولاد أرقاء، لأن شبهة النكاح كالنكاح الصحيح.

فصل: نكح الحر أمة بشروطه، ثم أيسر أو نكح حرة، لا ينفسخ نكاح الأمة. وقال المزني: ينفسخ.

فصل: جمع حرّ حرة وأمة في عقد، فإن كان ممن لا يحل له نكاح الأمة، فنكاح الأمة باطل، ونكاح الحرة صحيح على الأظهر. وإن كان ممن يحل له نكاح الأمة، بأن وجد حرة تسمح بمهر مؤجل، أو بلا مهر، أو بدون مهر المثل، أو حرة كتابية، وقلنا: إن هذه المعاني لا تمنع نكاح الأمة، بطل نكاح الأمة قطعاً، لإستغنائه عنه. وفي الحرة طريقتان: أظهرهما عند الإمام وبه قال صاحب «التلخيص»: أنه على القولين. وقال ابن الحداد وأبو زيد وآخرون: يبطل قطعاً، لأنه جمع بين امرأتين يجوز أفراد كل منهما، ولا يجوز الجمع، فأشبه الأختين، ومن قال بالأول، فرق بأن الأختين ليس فيهما أقوى والحرّة أقوى.

ولو جمع بين مسلمة ووثنية، أو أجنبية ومحرم، أو خلية ومعتدة أو مزوجة، فهو كالجمع بين الحرة والأمة لمن لا تحل له الأمة. وإذا صححنا نكاح من تحل له، فقد سبق في «تفريق الصفقة» قول: أنها تستحق جميع المسمى، وأن المذهب أنها لا تستحق جميعه، بل تستحق مهر المثل في قول، وما يخص مهر مثلها من المسمى إذا وزع على مهر مثلها ومهر مثل الأخرى في قول. فإن قلنا: تستحق جميع المسمى، فللزواج الخيار في فسخ الصداق والرجوع إلى مهر المثل كما ذكرنا في باب «التفريق». وإن قلنا: تستحق مهر المثل، فلا فسخ، إذ لا فائدة فيه، فإنه لو فسخ لرجع إليه. وإن قلنا: تستحق حصة مهر المثل من المسمى، قال الشيخ أبو علي: إن كان المسمى مما يمكن قسمته، كالحبوب، فلا خيار. وإن كان مما لا يمكن، كالعبد، فله الخيار، لتضرره بالتشقيص. فإن فسخ، فعليه مهر المثل. واعلم أن الجمع بين من يحل ومن لا يحل، يتصور بأن يكون المزوّج وليهما، بأن زوّج أمته

وبنته، أو كان وكيلاً لوليين، أو ولي إحداهما ووكيلاً في الأخرى. وموضع الخلاف إذا قال: زوّجتك هذه وهذه بكذا، فقال: قبلت نكاحهما بكذا. فأما إذا قال: زوّجتك بنتي هذه، وزوجتك أمتي هذه، فقال: قبلت نكاح بنتك، وقبلت نكاح أمتك، أو اقتصر على قبول نكاح البنت، فنكاح البنت صحيح بلا خلاف، ولو فصل المزوّج، وقال الزوج: قبلت نكاحهما، أو جمع المزوّج، وفصل الزوج، فهل هو كما لو فصل جميعاً، أو كما جمعا جميعاً؟ وجهان: أحدهما: الأول. ولو جمع بين أختين وأمة وهو ممن يحل له نكاح الأمة، فنكاح الأختين باطل، وفي الأمة الخلاف. ولو قال: زوّجتك بنتي، وبعثت هذا الزق من الخمر بكذا، فقبلهما، أو زوّجتك بنتي وابني أو فرسي، أو وهذا الزق، صح نكاح البنت على المذهب، لأن المضموم لا يقبل النكاح، فلغا. وقيل بطرد القولين. فإن صححنا، فلها مهر المثل إن قلنا فيمن جمع بين محللة ومحرمة: للمحللة مهر المثل. وإن قلنا هناك: لها حصة مهر المثل من المسمى، فقال البغوي: يجب لها هنا جميع المسمى، لتعذر التوزيع.

قلت: ولو تزوج أمتين في عقد، بطل نكاحهما قطعاً كالأختين. وجميع ما ذكرناه في نكاح أمة غيره، أردنا به غير أمة ولده، وأما أمة ولده، ففيها خلاف وتفصيل يأتي إن شاء الله تعالى في «الباب العاشر». والله أعلم.

الجنس الرابع من الموانع: الكفرة.

الكفار ثلاثة أصناف:

أحدها: الكتابيون، فيجوز للمسلم مناعتهم، سواء كانت الكتابية ذمية أو حربية، لكن تكره الحربية، وكذا الذمية على الصحيح، لكن أخف من كراهة الحربية. والمراد بالكتابيين: اليهود والنصارى. فأما المتمسكون بكتب سائر الأنبياء الأولين، كصحف شيث وإدريس وإبراهيم وزبور داود صلوات الله وسلامه عليهم، فلا تحل مناعتهم على الصحيح.

الصنف الثاني: من لا كتاب له ولا شبهة كتاب، كعبد الأوثان والشمس والنجوم والمعطلة والزنادقة والباطنية والمعتقدين مذهب الإباحة وكل مذهب كفر معتقده، فلا تحل مناعتهم.

الصنف الثالث: من لا كتاب لهم، لكن لهم شبهة كتاب وهم المجوس. وهل كان لهم كتاب؟ فيه قولان: أشبههما: نعم، وعلى القولين لا تحل مناعتهم، لأنه لا كتاب بأيديهم، ولا نتيقنه من قبل، فنحتاط. وقال أبو إسحاق وأبو عبيد ابن حروبويه: يحل إن قلنا: كان لهم كتاب، وهذا ضعيف عند الأصحاب.

فرع: الكتابية كالمسلمة في النفقة والقسم والطلاق وعامة أحكام النكاح، لكن لا توارث بينها وبين المسلم، ولا تغسله إذا اعتبرنا نية الغاسل ولم نصحح نيتها. وإذا طهرت عن حيض أو نفاس، ألزمها الزوج الاغتسال. فإن امتنعت، أجبرناها عليه واستباحها وإن لم تنو، للضرورة، كما تجبر المسلمة المجنونة. وعن الحلبي تخريجاً على الإجماع على الغسل، أن للسيد إجبار أمته المجوسية والوثنية على الإسلام، لأن حل الاستمتاع يتوقف عليه. والصحيح خلافه، لأن الرق أفادها الأمان من القتل فلا تجبر كالمستأمنة، وليس كالغسل، فإنه لا يعظم الأمر فيه. واختلف نص الشافعي رحمته الله في إجبار زوجته الكتابية على غسل الجنابة. وقال الجمهور: في إجبارها قولان: وقيل: الإجماع إذا طالت المدة وكانت النفس تعافها، وعدمه في غير هذا الحال.

وأما المسلمة، فهي مجبرة على الغسل من الجنابة، كذا أطلقه البغوي. قلت: ليس هو على إطلاقه، بل هو فيما إذا طال بحيث حضر وقت صلاة، فأما إذا لم تحضر صلاة، ففي إجبارها القولان، وهما مشهوران حتى في «التنبيه». والأظهر من القولين الإجماع. والله أعلم.

وتجبر المسلمة أو الكتابية على التنظف، بالاستحذاد، وقلم الأظفار، وإزالة شعر الإبط والأوساخ إذا تفاحش شيء من ذلك بحيث نفّر التّوَّاق، فإن كان لا يمنع أصل الاستمتاع، لكن يمنع كماله، فقولان كغسل الجنابة، ويجريان في منع الكتابية أكل الخنزير للاستقذار، وفي كل ما يمنع كمال الاستمتاع. والأظهر أن للزوج المنع منه. وله المنع من أكل ما يتأذى من رائحته كالثوم والكراث على الأظهر. وقيل: قطعاً، وله المنع من شرب ما تسكر به. وفي القدر الذي لا يسكر القولان، ويجريان في منع المسلمة من هذا القدر من النبيذ إذا كانت تعتقد إباحته. وقيل بمنعهما قطعاً، لأن ذلك القدر لا ينضب ويختلف باختلاف الأشخاص. ومتى تنجس فمها أو عضو آخر، فله إجبارها على غسله بلا خلاف ليتمكن الاستمتاع به، وله منعها من لبس جلد الميتة قبل دباغه ولبس ما له رائحة كريهة.

ويمنع الكتابية من البيع والكنائس، كما يمنع المسلمة من الجماعات والمساجد.

فصل: في صفة الكتابية التي ينكحها المسلم

وهي ضربان: إسرائيلية، وغيرها.

الضرب الأول: التي ليست من بني إسرائيل، ولها أحوال: أحدها: أن تكون من قوم يعلم دخولهم في ذلك الدين قبل تحريفه ونسخه،

فيحل نكاحها على الأظهر. وقيل: قطعاً، وهؤلاء يقرون بالجزية قطعاً. وفي حل ذبائحهم الخلاف كالمناكحة.

الحال الثاني: أن يكون ممن يعلم دخولهم بعد التحريف وقبل النسخ. فإن تمسكوا بالحق منه، وتجنبوا المحرف منه، فكالحال الأول. وإن دخلوا في المحرف، لم تحل مناكتهم على المذهب، ويقرون بالجزية على الأصح كالمجوس وأولى للشبهة.

الحال الثالث: أن تكون ممن يعلم دخولهم بعد التحريف والنسخ، فلا تحل مناكتهم قطعاً. فالذين تهودوا أو تنصروا بعد بعثة نبينا ﷺ، لا يناكحون. وفي المتهودين بين نبينا وبين عيسى عليهما السلام وجهان: أحدهما: المنع، ومن جوز كأنه يزعم أنا لا نعلم كيفية نسخ شريعة عيسى لشريعة موسى صلى الله عليهما وسلم، وهل نسخت كلها أو بعضها، وهؤلاء لا يقرون بالجزية.

الحال الرابع: أن تكون من قوم لا يعلم متى دخلوا، فلا تحل مناكتهم، ويقرون بالجزية، وبذلك حكمت الصحابة رضي الله عنهم في نصارى العرب. هكذا أطلقه عامة الأصحاب من المتقدمين والمتأخرين، وفيه شيء لا بد من معرفته وسنذكره في الفصل الذي بعد هذا إن شاء الله تعالى.

الضرب الثاني: الكتابية الإسرائيلية. والذي ذكره الأصحاب في طرقهم، جواز نكاحها على الإطلاق من غير نظر إلى آبائها أدخلوا في ذلك الدين قبل التحريف، أم بعده، وليس كذلك لأن ليس كل إسرائيلية يلزم دخول آبائها قبل التحريف وإن أشعر به كلام جماعة من الأئمة، وذلك أن إسرائيل هو يعقوب عليه السلام، وبينه وبين نزول التوراة زمان طويل، ولسنا نعلم أدخل كل بني إسرائيل على كثرتهم في زمان موسى عليه السلام أم بعده قبل التحريف، بل في القصص ما يدل على استمرار بعضهم على عبادة الأوثان والأديان الفاسدة، وبتقدير استمرار هذا في اليهود، فلا يستمر في النصارى، لأن بني إسرائيل بعد بعثة عيسى عليه السلام منهم من آمن به، ومنهم من صد عنه فأصر على دين موسى. ثم من المصرين من تنصر على تعاقب الزمان قبل التحريف وبعده، ولكن كأن الأصحاب اكتفوا بشرف النسب وجعلوه حائراً لنقص دخول الآباء في الدين بعد التحريف، حتى فارق حكمهم حكم غير الإسرائيليات إذا دخل آباؤهن بعد التحريف. وأما الدخول فيه بعد بعثة نبينا ﷺ، فلا تفارق فيه الإسرائيلية غيرها كما سنوضحه إن شاء الله تعالى. وكلام الغزالي يقتضي النظر إلى حال الآباء في الإسرائيليات أيضاً، حتى يكون نكاح الإسرائيلية التي دخل أول آبائها في ذلك الدين بعد التحريف على قولين، كغير الإسرائيلية التي دخل آباؤها فيه قبل التحريف، لكن

كلام الأصحاب يخالفه، فاعرفه وانظر كيف يمكنك تنزيل كلامه على منقول الأصحاب.

فرع: الصابئون طائفة تعد من النصارى، والسامرة طائفة تعد من اليهود. فإن كانوا يخالفون اليهود والنصارى في أصل دينهم ولا يتأولون نص كتابهم، لم يناكحوا كالمجوس. وإن خالفوهم في الفروع دون الأصول وتأولوا نصوص كتابهم، جازت مناكحتهم. هذا هو المذهب، وهو نصه في «المختصر»، وقطع به الجمهور. قال الشيخ أبو علي: وأطلق بعض الأصحاب قولين في مناكحتهم. قال الإمام: لا مجال للخلاف فيمن تكفرهم اليهود والنصارى، ويخرجونهم عنهم، لكن يمكن الخلاف فيمن جعلوه كالمبتدع فينا.

وإذا شككنا في جماعة أيخالفونهم في الأصول أم الفروع؟ لم نناكحهم. والصابئون - فيما نقل - فرقتان، فرقة توافق النصارى في أصول الدين، وفرقة تخالفهم، وهم الذين أفتى الإصطخري بقتلهم.

فصل: في الانتقال من دين إلى دين

هو ثلاثة أقسام:

القسم الأول: من دين باطل إلى دين باطل، وهو ثلاثة أضرب:

أحدها: الانتقال من دين يقر أهله عليه إلى ما يقر أهله عليه، كتهود نصراني وعكسه، فهل يقر على ما انتقل إليه بالجزية، أم لا يقبل منه إلا الإسلام أو الدين الذي انتقل منه؟ فيه ثلاثة أقوال: أظهرها: الأول، ثم الثاني.

قلت: الأصح، لا يقبل منه إلا الإسلام. والله أعلم.

فعلى الأول، تحل ذبيحته. وإن كانت امرأة، حل للمسلم نكاحها. وإن كانت منكوحة مسلم، استمر نكاحه. وإن قلنا: لا يقر، لم تحل ذبيحته ولا نكاحها. وإذا انتقلت منكوحة مسلم، فكردة المسلمة، فتتنجز الفرقة قبل الدخول وتقف على انقضاء العدة بعده. وإذا قلنا بالقول الثاني والثالث، وامتنع من الإسلام أو منه ومن الدين الذي انتقل منه، فقولان: أحدهما: يقتل كالمرتد، وأشبههما: يلحق بمأمنه كمن نبذ العهد. ثم هو حرب لنا، إن ظفرنا به قتلناه. ولو تمجس يهودي أو نصراني، ففي تقريره وعدمه وما يقبل منه الأقوال: وقيل: يمنع التقرير قطعاً، لكونه دون دينه الأول. فإن لم نقره، وأبى الرجوع، ففي القتل والإلحاق بالمأمن القولان. وعلى كل حال، لا تحل ذبيحته ولا نكاحها. وإن كانت منكوحة مسلم، تنجزت الفرقة إن كان قبل الدخول، وإلا، فإن أسلمت قبل انقضاء العدة، أو عادت إلى دينها وقنعنا به،

دام النكاح، وإلا، بان حصول الفرقة من وقت الانتقال. ولو تمجست كتابية تحت كتابي، فإن كانوا لا يجوّزون نكاح المجوس، فكتمجسها تحت مسلم، وإلا، فنقرهما إذا أسلما. ولو تهود أو تنصر مجوسي، ففي التقرير الأقوال، فإن منعناه، فالتفريع كما سبق، ولا تحل ذبيحته ونكاحها بحال، لأن الانتقال من باطل إلى باطل لا يفيد فضيلة.

الضرب الثاني: انتقال مما يقر عليه إلى ما لا يقر، كتوثن يهودي أو نصراني، فلا يقر قطعاً. وهل يقنع بعوده إلى ما انتقل منه أو دين يقر أهله عليه، أم لا يقبل إلا الإسلام أو ما انتقل منه، أم لا يقبل إلا الإسلام؟ فيه ثلاثة أقوال: وإن كان هذا الانتقال من كتابية تحت مسلم، انفسخ نكاحها إن لم يدخل. وإن دخل فعادت إلى ما يقبل قبل انقضاء العدة، استمر نكاحها، وإلا، تبين الفراق من وقت الانتقال. ولو توثن مجوسي، لم يقر، وفيما يقنع به الأقوال:

الضرب الثالث: عكس الثاني، كتهود وثني وتنصره وتمجسه، فلا يقر، ولا يقبل منه إلا الإسلام قطعاً كالمرتد، لأنه كان لا يقر فلا يستفيده بباطل. وإذا تأملت حكم هذه الأضر، علمت أن الانتقال من دين باطل إلى باطل، يبطل الفضيلة التي كانت في الأول، ولا يفيد فضيلة لم تكن في الأول، ولكن تبقى الفضيلة التي يشترك فيها الدينان إن قلنا بالتقرير. وعلمت أن كلامهم المطلق في الفصل السابق: أن من دخل في اليهود والتنصر بعد النسخ والتبديل لا يناكح ولا يقر بالجزية، غير مستمر على إطلاقه، لأن من تهود أو تنصر اليوم فقد دخل في ذلك الدين بعد النسخ والتبديل، وقد بينا الخلاف في مناكحته وتقريره بالجزية إذا كان الدخول من دين يقر أهله عليه، فإذاً إطلاقهم هناك وجزمهم بالمنع محمول على ما إذا كان الدخول فيه من دين لا يقر أهله كالوثنية، وهذا هو البيان الذي سبق الوعد به.

فرع: إذا قبلنا رجوعه إلى غير الإسلام، في هذه الصورة لا نقول له: أسلم أو عد إلى ما كنت عليه، بل نأمره بالإسلام، لكن نتركه إذا عاد إلى غيره.

القسم الثاني: الانتقال من دين حق إلى باطل، وهو ردة المسلم والعياذ بالله، فلا يقبل منه إلا الإسلام، فإن أبى قتل كما سيأتي في باب إن شاء الله تعالى، ولا يحل نكاح المرتد لأحد. وإذا ارتد الزوجان أو أحدهما قبل الدخول، تنجزت الفرقة، وبعده نقف على العدة. فإن جمعهما الإسلام قبل انقضائها، استمر النكاح، وإلا، بان حصول الفرقة من وقت الردة. وفي مدة التوقف، لا يحل الوطء، فلو وطئ، فلا حد، وتجب العدة، وهما عدتان من شخص، فهو كوطء مطلقة في عدته، واجتماعهما في الإسلام هنا كرجعته هناك، فيستمر النكاح إذا جمعهما

الإسلام في الحالات التي يحكم فيها بثبوت الرجعة هناك. ولو طلقها في مدة التوقف، أو ظاهر منها، أو آلى، توقّفنا. فإن جمعهما الإسلام قبل انقضاء العدة، تبيننا صحتها، وإلا، فلا. وليس للزوج إذا ارتدت أن ينكح أختها في مدة التوقف، ولا أربعاً سواها، ولا أن ينكح أمة. فإن طلقها ثلاثاً في مدة التوقف، أو خالعتها، جاز له ذلك، لأنها إن لم تعد إلى الإسلام، فقد بانت بنفس الردة، وإلا، فبالطلاق أو الخلع.

القسم الثالث: الانتقال من دين باطل إلى حق، وهو «باب نكاح المشرك» الآتي إن شاء الله تعالى.

فرع: من أحد أبويه كتابي والآخر وثني، يقر بالجزية على المذهب. وأما منّاكحته ومنّاكحة من أحد أبويه مجوسي والآخر يهودي أو نصراني أو ذبيحته، فإن كانت الأم هي الكتابية، لم يحل قطعاً، وكذا إن كان هو الأب على الأظهر، هذا في صغر المتولد منهما. فأما إذا بلغ وتدينّ بدين الكتابي منهما، فقال الشافعي رحمته الله: تحل منّاكحته وذبيحته. فمن الأصحاب من أثبت هذا قولاً، ومنهم من قال: لا أثر لبلوغه، وحمل النص على ما إذا كان أحد أبويه يهودياً والآخر نصرانياً، فبلغ واختار دين أحدهما. ولو تولد بين يهودي ومجوسية، فبلغ واختار التمجس، فعن القفال أنه يمكن منه، ويجري عليه حكم المجوس. وقال الإمام: لا يمتنع أن يقال: إذا أثبتنا له حكم اليهود في الذبيحة والمنّاكحة أن نمنعه من التمجس إذا منعنا انتقال الكافر من دين إلى دين.

الباب السابع: في نكاح المشرك

فيه أربعة أطراف:

الطرف الأول: فيما يقر عليه الكافر من الأنكحة الجارية في الكفر إذا أسلم. فإذا أسلم وتحتّه أربع كتابيات، أو أقل، استمر نكاحهن، لأنه يجوز ابتداءه في الإسلام، وسواء في ذلك اليهودي والمجوسي والوثني والحربي والذمي. وإن أسلم وتحتّه مجوسية أو وثنية أو غيرهما ممن لا يجوز نكاحها من الكافرات، وتخلّفت هي، فإن كان قبل المسيس، تنجزت الفرقة. وإن كان بعده وأسلمت قبل انقضاء العدة، استمر النكاح، وإلا، تبيننا حصول الفرقة من وقت إسلام الزوج. وإن أسلمت المرأة، وأصر الزوج على كفره، أي كفر كان، فالحكم كما لو أسلم وأصرّت على التوثن. وإن أسلما معاً، بقيا على النكاح. سواء فيه جميع أنواع الكفر وقبل المسيس وبعده، والاعتبار في الترتيب والمعيّة، بآخر كلمة الإسلام، لا

بأولها . ولو نكح كافر لابنه الصغير صغيرة ، فإسلام الأبوين أو أحدهما قبل بلوغهما كإسلام الزوجين أو أحدهما . ولو نكح لطفله بالغه ، وأسلم أبو الطفل والمرأة معاً ، قال البغوي : يبطل النكاح ، لأن إسلام الولد يحصل عقب إسلام الأب ، فيقدّم إسلامهما على إسلام الزوج ، لكن ترتب إسلام الولد على إسلام الأب ، لا يقتضي تقدماً وتأخراً بالزمان ، فلا يظهر تقدم إسلامها على إسلام الزوج : قال : وإن أسلمت عقب إسلام الأب ، بطل النكاح أيضاً ، لأن إسلام الولد يحصل حكماً ، وإسلامها يحصل بالقول ، والحكمي يكون سابقاً للقولي ، فلا يتحقق إسلامهما معاً .

فرع: حيث توقفنا في النكاح وانتظرنا الحال إلى انقضاء العدة ، فطلق قبل انقضائها ، فطلاقه موقوف . فإن اجتمعا على الإسلام في العدة ، تبينا وقوعه . ويعتد من وقت الطلاق ، وإلا ، فلا طلاق . وقيل : في الطلاق قولاً وقف العقود . ففي قول : لا يقع وإن اجتمعا في الإسلام قبل انقضاء العدة . وطردها فيما إذا أعتق عبد أبيه على ظن حياته ، فبان ميتاً ، كما لو باعه على ظن حياته فبان ميتاً . والمذهب الأول ، لأن الطلاق والعقود يقبلان صريح التعليق ، فقبولهما تقدير التعليق أولى ، وكذا يتوقف في الظهار والإيلاء . ولو قذفها ولم يجتمعا على إسلام في العدة ، لم يلاعن ، ويعزّر إن كانت هي المتخلفة ، ويحدّ إن كان هو المتخلف .

وإن اجتمعا على الإسلام ، فله أن يلاعن لدفع الحدّ أو التعزير . ولو سبق الزوج إلى الإسلام ، والزوجة وثنية ، فنكح في زمن التوقف أختها المسلمة أو أربعاً سواها ، لم يصح . وكذا لو طلقها رجعية في الشرك ثم أسلم ونكح في العدة أختها المسلمة أو أربعاً سواها ، لأن زوال نكاحها غير متيقن ، فلا ينكح من لا يجوز الجمع بينها وبينها . وقال المزني : يتوقف فيمن نكحها . فإن أسلمت المتخلفة قبل انقضاء العدة ، بان بطلان نكاح الثانية ، وإلا ، بان صحته .

وذكر بعض الأصحاب ، أنه على قولي وقف العقود . فعلى قول : هو كما قال المزني . والمذهب هو الأول ، وهو المنصوص ، وبه قطع الجماهير .

ولو أسلمت المرأة أولاً ، ونكح في تخلفه أختها الكافرة ، ثم أسلم مع الثانية ، فإن كان بعد انقضاء عدة السابقة ، أقرت الثانية تحته . وإن أسلم قبل انقضاء عدتها ، فله أن يختار من شاء منهما ، كما لو أسلم وتحته أختان أسلمتا معه ، وليس كالصورة السابقة ، فإنه هناك مسلم عند نكاح الثانية ، فلا ينكح الأخت على الأخت ، وهنا وقع النكاحان في الشرك .

فصل: ما ذكرناه أولاً ، كلام جملي في مواضع استمرار النكاح بعد الإسلام وعدم استمراره . والمقصود الآن ، بيان شرط الاستمرار .

فإن لم يقترن شيء من مفسدات النكاح بالعقد الجاري في الشرك، ولا بحالة عروض الإسلام، فهو مقرر عليه. فإن كانوا يعتقدون فساد شيء من ذلك، لم نبال باعتقادهم، وأدمننا ما هو صحيح عندنا. وإن اقترن به مفسد، نظر، إن كان زائلاً عند الإسلام، وكانت بحيث يجوز نكاحها حينئذٍ ابتداءً، استمر عليه، إلا إذا اعتقدوا فسادهم وانقطاعه. وإن كان المفسد باقياً وقت الإسلام، بحيث لا يجوز ابتداء نكاحها، فلا تقرير، بل يندفع النكاح، ويتخرج على هذا الضابط مسائل:

إحداها: عقدا بغير ولي وشهود، أو أجبر البكر غير الأب والجد، أو أجبرت الثيب، أو راجع في القرء الرابع وهم يعتقدون امتداد الرجعة إليه، فيقر عليه، إذ لا مفسد عند الإسلام، ونكاحها الآن جائز.

ولو نكح أمه أو بنته، أو زوجة أبيه أو ابنه، أو مطلقة ثلاثاً قبل التحليل، اندفع النكاح عند الإسلام، لأنه لا يجوز ابتداءه.

المسألة الثانية: نكح معتدة غيره، فإن كانت العدة باقية عند الإسلام، اندفع النكاح، وإلا استمر. وخصّ صاحب «الرقم» هذا التفصيل بعدة النكاح، قال: وفي عدة الشبهة يقرآن وإن كانت المدة باقية، لأن الإسلام لا يمنع دوام النكاح مع عدة الشبهة، ولم يتعرض الجمهور لهذا الفرق، وأطلقوا اعتبار التقرير بالابتداء. ولو كان نكحها بشرط الخيار لهما أو لأحدهما مدة مقدرة، فإن كانت المدة باقية عند الإسلام، اندفع النكاح، وإلا، استمر كالعدة، وسواء قارن بقية العدة أم مدة الخيار إسلامهما أو إسلام أحدهما، حتى لو أسلم أحدهما والعدة أو المدة باقية، ثم أسلم الآخر وقد انقضت، فلا تقرير، كذا قاله الصيدلاني، والإمام، والغزالي، والبعثي، لأن المفسد لا يقى إسلام أحدهما فغلب الفساد. وعن القاضي حسين: أن المؤثر اقترانه بإسلامهما، فإن اقترن بإسلام أحدهما فقط، لم يندفع النكاح، لأن وقت الإمساك والإختيار هو حال اجتماعهما مسلمين، والأول أصح.

المسألة الثالثة: النكاح المؤقت، إن اعتقدوه مؤبداً، أقروا عليه. وإن اعتقدوه مؤقتاً، لم يقرؤا، سواء أسلما بعد تمام المدة أو قبلها، لأن بعد المدة لا نكاح في اعتقادهم، وقبلها يعتقدونه مؤقتاً، ومثله لا يجوز ابتداءه.

المسألة الرابعة: غصب حربي أو مستأمن امرأة واتخذها زوجة وهم يعتقدون غصبها نكاحاً، قال القفال: لا يقر، إذ لا عقد. والصحيح التقرير، إذ ليس فيه إلا إقامة الفعل مقام القول، فأشبهه سائر وجوه الفساد. ولو غصب ذمي ذمية، لم يقر، لأن على الإمام دفع قهر بعضهم بعضاً، بخلاف الحربي والمستأمن.

فرع: إذا أسلما، لم يبحث عن شرط نكاحهما في الابتداء، لأنه أسلم خلائق

فلم يسألهم النبي ﷺ عن شروط أنكحتهم، وأقرهم عليها. وأما في حال الإسلام، فالوجه: الإحتياط.

فصل: قد سبق بيان ما إذا لم يقترب بالعقد الجاري في الشرك ولا بالإسلام مفسد، وما إذا اقترن بالعقد مفسد، وهذا الفصل لقسم ثالث، وهو أن لا يقترب بالعقد، لكن يطرأ مفسد ويقترب بالإسلام، وفيه مسائل بناها جماعة على أن الإختيار والإمساك كابتداء العقد، أم كاستدامته؟ قالوا: وفيه قولان مستنبطان: أظهرهما عند الأصحاب الأول.

إحدى المسائل: إذا أسلم، ووطئت زوجته بشبهة ثم أسلمت، أو أسلمت ثم ووطئت بشبهة، ثم أسلم قبل انقضاء العدة، استمر نكاحهما على المذهب والمنصوص وإن كان لا يجوز ابتداء نكاح المعتدة، لأن عدة الشبهة لا تقطع نكاح المسلم، فذا أولى.

المسألة الثانية: أسلم وأحرم، ثم أسلمت في العدة، فعن النص جواز إمسакها في الإحرام، وكذا لو أسلم وتحتة أكثر من أربع نسوة ثم أسلمن وهو محرم، له اختيار أربع منهن، وللأصحاب طريقان: أحدهما: القطع بالمنع، كما لو أسلم وتحتة أمة وهو موسر، لا يجوز إمسакها، وهؤلاء حملوا النص على ما إذا أسلمت معاً ثم أحرم الزوج، فله الإختيار، لأنه ثبت قبل الإحرام. وممن روي عنه هذا التأويل، الأنماطي، وابن سلمة. وعن القفال إنكار هذا النص، وقال: تفحصت كتب الشافعي، فلم أجده. والطريق الثاني وهو الصحيح: أن المسألة على قولين. أحدهما: المنع. وأظهرهما: ومختار أكثر الأصحاب: الأخذ بظاهر النص، لأن عروض الإحرام لا يؤثر كما في نكاح المسلم، ولأن الإمساك استدامة، فأشبهه الرجعة.

المسألة الثالثة: نكح في الكفر حرة وأمة، ثم أسلم وأسلمت معه، فالمذهب أن الحرية تتعين للنكاح، ويندفع نكاح الأمة. وسواء نكحهما معاً أو مرتباً، وتدفع الأمة أيضاً باليسار المقارن للإسلام. وقيل: في اندفاعها في صورتين قولان، بناءً على الأصل المذكور. والحاصل للفتوى، أنه متى أسلم وتحتة أمة وأسلمت معه، أو جمعهما الإسلام في العدة، فإن كان يحل له نكاح الأمة أمسكها، وإن لم يحل ليسار أو أمن العنت، اندفع نكاحها.

المسألة الرابعة: أسلمت بعد الدخول وارتدت، فإن لم يسلم الزوج حتى انقضت العدة، بانت باختلاف الدين أولاً، وتكون العدة من يومئذ. وإن أسلم قبل انقضائها، سقط حكم تلك العدة من يومئذ، ونتوقف. فإن عادت إلى الإسلام قبل

انقضاء العدة من وقت ردتها، استمر النكاح، وإلا، انقطع من يوم الرّدة، وكذا لو أسلم الزوج بعد الدخول وارتد، إن لم تسلم المرأة إلى انقضاء العدة من وقت إسلامه، بانت، وإن أسلمت، توقفنا، فإن عاد الزوج إلى الإسلام قبل انقضاء العدة من وقت رده، استمر النكاح، وإلا، حصلت الفرقة من يومئذٍ. قال الإمام: وحكى القفال عن النص أنه يندفع النكاح في إسلام أحد الزوجين وارتداده، ولا يتوقف، والمشهور التوقف. وعلى هذا قال البغوي وغيره: الردة يفترق فيها حكم الإبتداء والإستدامة، لأن ابتداء نكاح المرتد باطل غير منعقد على التوقف، وفي الدوام توقفنا، فالتحقت الردة بالعدة للشبهة والإحرام. وإنما قيل بالتوقف في الردة، ولم نجوز الإختيار فيها بخلاف الإحرام والعدة، لأن منافاة الردة للنكاح أشد، فإنها تقطعه، بخلافهما، ولهذا لا تجوز الرجعة في الردة، وتجاوز في الإحرام على الأصح. ولو أسلم وتحتته أكثر من أربع، وارتد، ثم أسلمت النسوة في العدة، أو أسلم وأسلمن معه، ثم ارتد قبل الإختيار، لم يجز أن يختار أربعاً منهن في الردة. فإن عاد إلى الإسلام في العدة، فله الإختيار حينئذٍ.

فرع: قد بان بما ذكرنا، أن القاطع للنكاح عند الإسلام، منه ما يكون موجوداً عند العقد واستمر كالعدة، ومنه ما يطرأ كما لو نكح حرة على أمة ثم أسلم، أو نكح أمة ثم أيسر وأسلم موسراً. ثم هل يشترط في الانقطاع أن يقارن المفسد إسلامهما، أو يكفي اقترانه بإسلام أحدهما؟ فيه خلاف سبق.

أما القسم الأول: فالأصح الإكتفاء.

وأما الثاني: فقد ذكرنا أن المذهب أنه إذا أسلم ومعه حرة وأمة، اندفعت الأمة، وكذا لو أسلمت الحرة المدخول بها معه أو بعده قبل انقضاء العدة ثم أسلمت الأمة. ولو أصرت الأمة حتى انقضت العدة، اندفعت باختلاف الدين. ولو ماتت الحرة بعد إسلامها، أو ارتدت، ثم أسلمت الأمة، اندفعت الأمة أيضاً، وكفى اقتران إسلام الحرة بإسلامه. ولو أسلم وتحتته أمة وهو موسر، ثم تلف ماله وأسلمت وهو معسر، فله إمساكها، وإنما يؤثر اليسار في الدفع إذا قارن إسلامهما جميعاً. وقيل: يكفي اقتران اليسار بإسلامه، حكى هذا عن أبي يحيى البلخي، قال: وعكسه لو أسلم معسراً ثم أسلمت وهو موسر، فله إمساكها نظراً إلى وقت إسلامه. وعن ابن خيران: في اليسار الزائل قولان: وعن القاضي أبي حامد: أن في صورة الحرة والأمة له إمساك الأمة، فحصل خلاف في الصورتين. والمذهب في صورة الحرة والأمة اندفاع الأمة وإن ماتت الحرة. وفي صورة زوال اليسار عدم اندفاعها، واعتبار اقترانه بإسلامهما، لأن وقت الإجتماع هو وقت جواز نكاح الأمة.

فصل: في الأنكحة الجارية في الشرك ثلاثة أوجه: كذا نقلها الأكثرون، وسماها الغزالي أقوالاً، والصحيح أنها محكوم بصحتها، قال الله تعالى: ﴿وَأَمْرُهُمْ لَوْ كَانُوا إِلَّا لَنَا لَمْ يَنْطَلِقْ قَطْعاً، وَلَمْ يَفْرَقْ بَيْنَهُمْ، وَإِذَا أَسْلَمُوا أَقْرَبْنَا هُمْ، وَالْفَاسِدُ لَا يَنْقَلِبُ صَاحِباً وَلَا يَقْرَرُ عَلَيْهِ. وَالثَّانِي: أَنَّهَا فَاسِدَةٌ، لِعَدَمِ مَرَاتِبِهِمْ الشَّرْطِ، لَكِنْ لَا يَفْرَقُ لَوْ تَرَفَعُوا، رِعَايَةً لِلْعَهْدِ وَالذِّمَّةِ، وَنَقَرَهُمْ بَعْدَ الْإِسْلَامِ تَخْفِيفاً. وَالثَّالِثُ: لَا نَحْكُمُ بِصَحَّةِ وَلَا فُسَادِ، بَلْ نَتَوَقَّفُ إِلَى الْإِسْلَامِ، فَمَا قَرَّرَ عَلَيْهِ، بَانَ صَحَّتُهُ، وَمَا لَا، ففُسَادُهُ. وَمِنَ الْأَصْحَابِ مَنْ قَطَعَ بِالصَّحَّةِ. وَإِذَا ثَبَتَ الْخِلَافُ، فَهَلْ هُوَ مَخْصُوصٌ بِالْعُقُودِ الَّتِي يَحْكُمُ بِفُسَادِ مِثْلِهَا فِي الْإِسْلَامِ؟ أَمْ يَجْرِي فِي كُلِّ عَقُودِهِمْ؟ مَقْتَضِي كَلَامِ الْمُتَوَلِّي وَغَيْرِهِ: التَّخْصِصُ. وَقَالَ الْإِمَامُ: مَنْ يَحْكُمُ بِفُسَادِ أَنْكَحَتِهِمْ، يُلْزِمُهُ أَنْ لَا يَفْرَقَ بَيْنَ مَا عَقَدُوهُ بِشَرْطِنَا وَغَيْرِهِ. وَالْمَصِيرُ إِلَى بَطْلَانِ نِكَاحٍ يَعْقِدُ عَلَى وَفْقِ الشَّرَائِعِ كُلِّهَا، مَذْهَبٌ لَا يَعْتَقِدُهُ ذُو حَاصِلٍ.

قلت: الصواب التخصيص، بل لم يصرح أحد بطرده في الجميع، وليس في كلام الإمام إثبات نقل طرده، وإنما ألزمه إلزاماً لهم الانفصال عنه بأن الظاهر إخلالهم بالشروط، فإن تصور علمنا باجتماعها، حكمنا بالصحة قطعاً. والله أعلم.

ويبنى على الأصل المذكور مسألتان:

إحدهما: طلق كافر زوجته ثلاثاً ثم أسلما. فإن قلنا بالصحيح وهو صحة أنكحتهم، لا تحل إلا بمحلل، وهذا هو نصه في «المختصر». وإن قلنا بالفساد، فالطلاق في الفاسد لا يحوج إلى محلل، فإذا قلنا بالصحيح، فنكحت هذه المطلقة زوجاً في الشرك، ووطئها ثم طلقها، ثم أسلمت فتزوجها الأول بعد إسلامه، حلت، وكذا يحصل التحليل للمسلم بنكاح ذمي أو حربي كتابية طلقها المسلم ثلاثاً.

المسألة الثانية: التي يقرر نكاحها بعد الإسلام، لها المهر المسمى إن كان صحيحاً. فإن كان خمراً ونحوها، فسيأتي حكم مهورها الفاسدة إن شاء الله تعالى. ومن اندفع نكاحها بإسلام الزوج، إن لم تكن مدخولاً بها، وصححنا أنكحتهم، فلها نصف المسمى إن كان صحيحاً. وإن كان فاسداً، فنصف مهر المثل. وإن لم يسم شيئاً، وجب المتعة. ومن اندفعت بإسلامها، فلا شيء لها على المشهور. وقيل: قولان: ثانيهما: وجوب نصف المهر، لأنها محسنة بالإسلام، فهي في معنى من ينسب الفراق إلى تخلفه. وإن أفسدنا أنكحتهم، فلا مهر مطلقاً، لأن المهر لا يجب في الفاسد بلا دخول. وإن كانت مدخولاً بها، وصححنا أنكحتهم، وجب المسمى إن كان صحيحاً. وإن أفسدناها، فمهر المثل. ثم عن الفقهاء، أن من صور الاندفاع

من نكح محرماً له ثم أسلم، وجعل وجوب نصف المهر على الخلاف. ورأى الإمام القطع بأنه لا شيء للمحرّم من المهر. قال: ولا نقول: انعقد العقد عليها ثم انفسخ بالإسلام، وإنما ذلك في الأخت المفارقة من الأختين وفي الزائدات على أربع. والموافق لا طلاق غير الإمام موافقة القفال.

فرع: نكح مشرك أختين، فطلقهما ثلاثاً ثلاثاً، ثم أسلم وأسلمتا، قال الأصحاب: إن صححنا أنكحتهم، نفذ الطلاق فيهما، ولم ينكح واحدة منهما إلا بمحلل. وإن أفسدناها، فلا نكاح ولا طلاق، ولا حاجة إلى محلل فيهما. وإن توقفنا، فلو لم يكن طلاق، لاختار إحداهما وبأن بذلك صحة نكاحها وفساد نكاح الأخرى، فإذا طلقهما، أمر بالإختيار لينفذ الطلاق في المنكوحة، ويحتاج إلى محلل لها دون الأخرى. ولو أسلم مع أختين، ثم طلق كل واحدة ثلاثاً، فهنا يتخير قطعاً، لأنهم لما أسلموا اندفع نكاح واحدة، وإنما ينفذ الطلاق في المنكوحة. ولو أسلم قبلهما، أو أسلمتا قبله، تخير قطعاً، لأنه والحالة هذه لا يمسك إلا إحداهما، وينفسخ نكاح الأخرى من وقت إسلام من تقدّم إسلامه منهم. ولو كان تحته أكثر من أربع، فطلقهن ثلاثاً ثلاثاً، ثم أسلموا، فعلى الصحيح ينفذ الطلاق فيهن كلهن، وعلى التوقف، يختار أربعاً فينفذ فيهن دون الباقيات. قال الشيخ أبو علي: ولو كان عنده حرة وأمة، فطلقهما ثلاثاً ثلاثاً، ثم أسلموا، لم يجز له نكاح واحدة إلا بمحلل. ولو أسلموا، ثم طلقهما ثلاثاً ثلاثاً، وقع الثلاث على الحرة، لأنها متعينة، وتندفع الأمة، ولا يحتاج فيها إلى محلل. وكذا لو أسلمتا ثم طلقهما ثلاثاً ثلاثاً ثم أسلم أو أسلم فطلقهما ثلاثاً ثلاثاً ثم أسلمتا، لأن الإسلام لما جمع الجميع، بان اندفاع الأمة من وقت إسلام من تقدم إسلامه منهم.

فصل: أصدق فاسداً كخمر أو خنزير، ثم أسلما بعد قبضه، فلا شيء. وإن أسلما قبل قبضه، وجب مهر المثل. وفي قول: لها مهر المثل وإن قبضته. وفي قول: لا شيء وإن لم تقبض، والمشهور الأول، وهو الفرق. وسواء كان المسمى خمرًا معينًا أو في الذمة. ولو أصدقها حراً مسلماً استرقوه، ثم أسلما قبل قبضه أو بعده، لم نقره في يدها، بل يبطل ما جرى، ويجب مهر المثل. هكذا ذكره، وقياس ما سبق، أن يخرج من يدها، ولا ترجع بشيء، كما تراق الخمرة المقبوضة. ولو قبضت بعض الفاسد، ثم أسلما، وجب من مهر المثل بقسط ما لم يقبض، ولا يجوز تسليم الباقي من الفاسد. وطريق التقسيط، أن ينظر، فإن سميا جنساً واحداً وليس فيه تعدد، كزق خمر قبضت نصفه ثم أسلما، وجب نصف مهر المثل. وإن تعدد المسمى كزقي خمر، قبضت أحدهما. فإن تساويا في القدر، فكذا، وإلا، فهل يعتبر الكيل

أو الوزن أو العدد؟ أوجه: أصحها: الأول. وإن أصدقها خنزيرين، فهل يعتبر العدد أم قيمتهما بتقدير ماليتهما؟ وجهان: أصحها: الثاني. وإن سميا جنسين فأكثر، كزقي خمر وكلبين وثلاثة خنازير، وقبضت إحدى الأجناس، فهل ينظر إلى الأجناس، فكل جنس بثلاث، أم إلى الأعداد، فكل فرد سبع، أم إلى القيمة بتقدير المالية؟ أوجه: أصحها: الثالث. وحيث اعتبرنا تقويمهما، فهل طريقه أن تقدر الخمر خلاً، والكلب شاة، والخنزير بقرة، أم الكلب فهداً، لاشتراكهما في الاصطیاد، والخنزير حيواناً يقاربه في الصورة والفائدة، أم تعتبر قيمتهما عند من يجعل لها قيمة كتقدير الحر عبداً في الحكومة؟ فيه أوجه: أصحها: الثالث. ولو ترابى كافران، فباعه أو أقرضه درهماً بدرهمين، ثم أسلما أو ترافعا إلينا قبله، فإن جرى تقابض، لم نتعرض لما جرى ولم يلزم الرد، وإن لم يجر، أبطلناه. وإن كان بعد قبض الدرهمين، سألنا المؤدي، أقصد أداءه عن الربح، أم عن رأس المال؟ وقد ذكرنا تفصيله في أواخر «كتاب الرهن». وجميع ما ذكرناه هو إذا تقابضا بتراض، فإن أجبرهم قاضيه على القبض في الربا والصدّاق وثن خمر تباعوها ثم أسلموا، لم نوجب الرد على المذهب، فالإسلام يجبّ ما قبله. وإن ترافعوا إلينا في كفرهم، فكذلك على الأظهر، ويقال: الأصح.

فرع: نكحها مفوضة، ويعتقدون أن لا مهر للمفوضة بحال، ثم أسلم، فلا مهر وإن كان إسلامهما قبل الدخول، لأنه استحق وطءاً بلا مهر.

فصل: إذا ترافع إلينا دميان في نكاح أو غيره، إن كانا متفقين الملة، وجب الحكم بينهما على الأظهر عند الأكثرين، لقول الله تعالى: ﴿وَأِنْ أَحْكَمُ بَيْنَهُمْ بِمَا أُنْزِلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩] ولأنه يجب الذبّ عنهم كالمسلمين. والثاني: لا يجب، لكن لا نتركهم على النزاع، بل نحكم أو نردهم إلى حاكم ملتهم، ورجحه الشيخ أبو حامد وابن الصباغ. وقيل: يجب الحكم بينهما في حقوق الله تعالى، والقولان في غيرها لثلاث تضييع، وقيل: عكسه، والأصح طردهما في الجميع. وإن كانا مختلفي الملة، كيهودي ونصراني، وجب الحكم على المذهب، لأن كلاً لا يرضى بملة صاحبه. وقيل بالقولين. ولو ترافع معاهدان، لم يجب الحكم قطعاً، وإن اختلف ملتتهما، لأنهم لم يلتزموا حكماً، ولم نلتزم دفع بعضهم عن بعض. وقيل: هما كالذميّين. وقيل: إن اختلف ملتتهما، وجب، والمذهب الأول. ولو ترافع ذمي ومعاهد، فكالذميّين. وقيل: يجب قطعاً. وإن ترافع مسلم وذمي أو معاهد، وجب قطعاً.

فرع: قال الأصحاب على اختلاف طبقاتهم: إن قلنا: وجب الحكم بين الكافرين، فاستعدى خصم على خصم، وجب إعداؤه وإحضار خصمه ليحكم بينهما،

ولزم المستعدى عليه الحضور. وإن قلنا: لا يجب الحكم، لم يجب الأعداء، ولا يلزمه الحضور، ولا يحضر قهراً. قال البغوي وغيره: ولو أقر ذمي بالزنا، أو سرقة مال مسلم أو ذمي، حد قهراً إن أوجبنا الحكم بينهم، وإلا، فلا يحد إلا برضاه، فاعتبر الأصحاب الرضى على قول عدم الوجوب، ولم يعتبروه على قول الوجوب. وأما قول الغزالي: لا يجب الحكم إلا إذا رضا جميعاً، فمردود مخالف لما عليه الأصحاب.

فرع: سواء أوجبنا الحكم بينهم، أم لا، إنما نحكم بحكم الإسلام. وإذا تحاكموا في أنكحتهم، فنقر ما نقره لو أسلموا، ونبطل ما لا نقره لو أسلموا. فإذا نكح بلا ولي وشهود، أو ثيباً بلا إذنهما أو معتدة منقضية العدة عند الترافع وترافعا، حكمنا بالتقرير والنفقة. فلو كانت بعد في العدة، أبطلناه ولم نوجب نفقة. ولو نكح مجوسي محرماً، وترافعا في النفقة، أبطلناه ولا نفقة. ولو طلبت مجوسية النفقة من الزوج المجوسي أو اليهودي، فوجهان: وكذا في تقريرهما على النكاح. أصحابهما: التقرير والحكم بالنفقة، كما لو أسلما والتزما الأحكام. ووجه المنع، أنه لا يجوز نكاحها في الإسلام. ولو جاء كافر تحته أختان، وطلبوا فرض النفقة، قال الإمام: فيه تردد، لأننا نحكم بصحة نكاحهما، وإنما تندفع إحداهما بالإسلام. قال: والذي أدى القطع به المنع، لقيام المانع، وحيث لا نقرر في هذه الصور، فهل يعرض القاضي المرفوع إليه عنهما، أم يفرق بين الزوجين؟ فيه وجهان: أصحابهما: عند الإمام: الإعراض، وإنما يفرق إذا رضوا بحكمنا. ووجه التفريق، أنهم بالترافع أظهروا ما يخالف الإسلام، كما لو أظهروا الخمر.

فرع: إذا التمسوا من حاكم المسلمين ابتداء نكاح، أجاب إن كانت المرأة كتابية ولم يكن لها ولي كافر، ولا يزوج إلا بشهود مسلمين.

فرع: قال المتولي: لو لم يترافع إلينا المجوس، لكن علمنا فيهم من نكح محرماً، فالمشهور أنه لا يتعرض لهم. وحكى الزبيري قولاً، أن الإمام إذا عرف ذلك، فرق بينهما كما لو عرف أن المجوسي نكح مسلمة أو مرتدة.

الطرف الثاني: فيما إذا أسلم وتحتته عدد من النسوة، لا يجمع بينهما في الإسلام، وفيه صور:

الصورة الأولى: أسلم وتحتته أكثر من أربع نسوة، وأسلمن معه أو تخلفن وهن كتابيات، اختار أربعاً منهن، واندفع في نكاح الباقيات. وإن كن مجوسيات أو وثنيات وهن مدخول بهن، فتخلفن ثم أسلمن قبل انقضاء العدة من وقت إسلام الزوج، فكذلك الحكم، وسواء في هذا كله نكحهن معاً أو مرتباً. وإذا نكحهن

مرتباً، فله إمساك الأخريات ومفارقة الأوليات. وإذا أسلم على أكثر من أربع وهن غير مدخول بهن، وأسلمن معه أربع، تقرر نكاحهن، وارتفع نكاح الباقيات. ولو كان دخل بهن، فاجتمع إسلامه وإسلام أربع فقط في العدة، تعين للنكاح، حتى لو أسلم أربع من ثمان وانقضت عدتهن، أو متن في الإسلام ثم أسلم الزوج وأسلمت الباقيات في عدتهن، تعينت الأخريات. ولو أسلم أربع، ثم أسلم الزوج قبل انقضاء عدتهن، وتخلفت الباقيات حتى انقضت عدتهن من وقت إسلام الزوج، أو متن على الشرك، تعينت الأوليات. ولو أسلم أربع، ثم أسلم الزوج قبل انقضاء عدتهن، ثم أسلم الباقيات قبل انقضاء عدتهن من وقت إسلام الزوج، اختار أربعاً من الأوليات والأخريات كيف شاء. فإن ماتت الأوليات أو بعضهن، جاز له اختيار الميتات، ويرث منهم.

فرع: قبل كافر لابنه الصغير نكاح أكثر من أربع نسوة، ثم أسلم وأسلمن، اندفع نكاح الزيادة على أربع، لكن لا يختار الصبي ولا الولي، لأنه خيار شهوة، فيوقف حتى يبلغ، ونفقتهم في مال الصبي لحبسهن عليه، وكذا لو أسلم رجل وحن قبل الاختيار.

الصورة الثانية: أسلم وتحت أم وبناتها، نكحهما معاً أو مرتباً وأسلمتا، أو لم تسلما وهما كتابيتان، فإن كان دخل بهما، حرمتا أبداً. ولكل واحدة مسماهما إن جرت تسمية صحيحة، وإلا، فمهر المثل. وإن لم يدخل بواحدة منهما، فهل تتعين البنت للنكاح ويندفع نكاح الأم، أم يتخير إحداهما؟ قولان: أظهرهما عند الأكثرين: الأول، وهما مبنيان عند الجمهور على صحة أنكحتهما. إن صححناها، تعينت البنت، وحرمت الأم أبداً، وإلا، تخير. فإن اختار البنت، حرمت الأم أبداً. وإن اختار الأم، اندفعت البنت، لكن لا تحرم مؤبداً إلا بالدخول بأمرها. وأما المهر، فقال ابن الحداد: إن خيرناه، فللمفارقة نصف المهر، لأنه دفع نكاحها بإمساك الأخرى. وإن قلنا: تتعين البنت، فلا مهر للأم، لاندفاع نكاحها بغير اختياره. وقال القفال وغيره: الحكم بالعكس، إن خيرناه، فلا مهر للمفارقة، لأن التخيير يبنى على فساد نكاحهم، فالمفارقة كأنه لم ينكحها، حتى جوز الأصحاب لابنه وأبيه نكاحها تفريعاً على هذا القول. وإذا لم يكن نكاح، فلا مهر. وإن عينا البنت، فللأم نصف المهر، لصحة نكاحها واندفاعه بالإسلام. ومال الإمام إلى أنه لا مهر على هذا القول أيضاً، لأنه صح نكاح البنت، فتصير الأم محرماً، وإيجاب المهر للمحرّم بعيد، وقد سبق نظير هذا. وإن دخل بالبنت فقط، ثبت نكاحها، وحرمت الأم أبداً، ولا مهر لها عند ابن الحداد، ولها نصفه عند القفال إن صححنا أنكحتهما. وإن دخل بالأم فقط،

حرمت البنت أبداً. وهل له إمساك الأم؟ يبنى على القولين إذا لم يدخل بواحدة. إن خيرناه، أمسكها، وإلا، فلا، ولها مهر المثل بالدخول.

الصورة الثالثة: سبق أنه لو أسلم وتحتة أمة، وأسلمت معه، فله إمساكها إن كان يحل له نكاح الأمة، وإلا، فلا. فلو تخلفت، نظر، إن كان قبل الدخول، تنجزت الفرقة كتابية كانت أو غيرها، لأن المسلم لا ينكح الأمة الكتابية. وإن كان بعد الدخول، وجمعت العدة إسلامهما، فهو كما لو أسلمت معه. وإن كانت كتابية، وعتقت في العدة، فله إمساكها. وإن لم تسلم، ولا عتقت، أو كانت وثنية، ولم تسلم إلى انقضاء العدة، تبينا اندفاع النكاح من وقت إسلامه. وإن كان تحتة إماء، فأسلم وأسلمن معه، اختار واحدة منهن إن كان ممن تحل له الأمة عند اجتماع إسلامه وإسلامهن، وإلا، فيندفع نكاحهن، سواء سبق إسلامه أو سبقته. ولو أسلم وتحتة ثلاث، فأسلمت معه واحدة وهو معسر خائف من العنت، ثم أسلمت الثانية في عدتها وهو موسر، ثم أسلمت الثالثة وهو معسر خائف من العنت، فإن قلنا بالأصح: إن اليسار إنما يؤثر في اندفاع النكاح إذا اقترن بإسلامهما، اندفع نكاح الثانية، لفقد الشرط عند اجتماع إسلامه وإسلامها، ويخير بين الأولى والثالثة. وإن قلنا: يؤثر عند إسلامه فقط، لم تندفع الثانية، بل تدخل في التخيير.

فرع: أسلم وتحتة إماء، وأسلمت معه إحداهن، فله أن يختارها، وله أن ينتظر الباقيات. فإن أصررن على الشرك، تبينا أنهن بنّ وقت إسلامه، وأن عدتهن انقضت. وإن أسلمن في العدة، نظر، إن كان اختار المسلمة أولاً، كانت بينوتهن باختياره إياها. وإن لم يكن اختارها، اختار إحداهن، واندفع الباقيات. وإن طلق المسلمة أولاً، كان الطلاق متضمناً اختيارها. ثم إن أصر الباقيات حتى انقضت عدتهن، بان أنهن بنّ باختلاف الدين. وإن أسلمن في العدة، بان أنهن بنّ من وقت الطلاق فإنه وقت الإختيار. وإن فسخ نكاح المسلمة أولاً، لم ينفذ، لأنه إنما يفسخ الزائد، وليس في الحال زيادة، ثم إن أصررن، اندفعن باختلاف الدين، ولزم نكاح الأولى. وإن أسلمن في العدة، اختار من شاء من الجميع. وقيل: لا يجوز اختيار الأولى، بل نتبين نفوذ فسخه فيها، والصحيح الأول.

الصورة الرابعة: أسلم وفي نكاحه حرة وأربع إماء مثلاً، وأسلمن، نظر، إن أسلمت الحرة معه، أو كانت مدخولاً بها وأسلمت قبل انقضاء عدتها، تعينت، واندفع الإماء، سواء أسلمن قبله وقبل الحرة أو بعدهما في العدة أو بينهما. وإذا تأخر إسلامهن، فإن أسلمن في العدة، بنّ من وقت اجتماع إسلام الزوج والحرة، وعدتهن من ذلك الوقت. وإن لم يسلمن حتى انقضت العدة، فبينوتهن باختلاف

الدين. وإن لم يجتمع إسلام الحرة وإسلامه في العدة، بأن أسلم الزوج، وأصرت هي إلى انقضاء العدة، أو ماتت في العدة، أو أسلمن أولاً وتخلف الزوج حتى انقضت عدتها أو ماتت، فالحكم كما لو لم يكن تحتها حرة، فيختار واحدة من الإماء على التفصيل السابق، وفي مدة تخلف الحرة المدخول بها، لا يختار واحدة من الإماء، سواء أسلمن معه أو بعده في العدة حتى يئس منها بالموت أو انقضاء العدة. فإن اختار واحدة قبل اليأس، ثم ماتت الحرة، أو انقضت عدتها وهي مصرة، فالمذهب أنه يجب اختيار جديد، ولا يتبين صحة ذلك الاختيار. هذا كله إذا لم يطرأ عتق الإماء، فإن طرأ قبل اجتماع إسلامه وإسلامهن بأن عتقن ثم أسلم وأسلمن، أو أسلمن ثم عتقن ثم أسلم، أو أسلم وعتقن ثم أسلمن، التحقن بالحرائر الأصلية، حتى لو أسلمت الحرة ثم أسلمت الإماء المتخلفات بعد عتقهن، فهو كما لو أسلم على حرائر، فيختار من الجميع أربعاً كيف شاء. وحكى ابن القطان وجهاً فيما إذا أسلم وتحت حرائر وإماء، فعتق الإماء ثم أسلمن، أنه لا يجوز إلا اختيار الحرائر الأصلية، وهذا ضعيف.

ولو تخلفت الحرة، واجتمع إسلامه وإسلامهن وهن عتيقات، فله أن يختارهن. ثم إن أسلمت الحرة المتخلفة في العدة، بانت باختياره الأربع. وإن لم تسلم، بانت باختلاف الدين.

وإن أخرج الاختيار انتظاراً لإسلام الحرة الأصلية المتخلفة، فقال الشيخ أبو حامد: هو جائز. قال ابن الصباغ: عندي أنه لا معنى لتأخير اختيار الجميع، لأنه يلزمه نكاح ثلاث منهن لا محالة، فيختار ثلاثاً. ثم إن أسلمت المتخلفة في العدة، اختارها أو الرابعة من العتيقات. وإن لم تسلم، لزمه نكاح الرابعة من العتيقات. ولو أسلم وليس في نكاحه إلا إماء، وتخلفن وعتقن ثم أسلمن في العدة، اختار منهن أربعاً كالحرائر الأصلية. ولو أسلمن معه إلا واحدة، ثم أسلمت المتخلفة في العدة بعدما عتقت، تعينت للنكاح كالحررة الأصلية. ولو كان تحتها أربع إماء، فأسلم معه ثنتان، وتخلف ثنتان، فعتقت واحدة من المتقدمتين وأسلمت المتخلفتان على الرق، اندفعتا، لأن تحت زوجها عتيقة، ولا تندفع الرقيقة المتقدمة، لأن عتق صاحبها كان بعد اجتماع إسلامها وإسلام الزوج، فلا يؤثر في حقها، فيختار واحدة من المتقدمتين. ولو كان تحتها إماء، فأسلم الزوج مع واحدة، ثم عتقت، ثم عتق الباقيات، ثم أسلمن، اختار أربعاً منهن، لإلتحاقهن بالأصلية، وليس له اختيار الأولى، لأنها كانت رقيقة عند اجتماع الإسلاميين. ولو كان تحتها أربع إماء، فأسلم معه اثنتان، ثم عتقتا وعتقت

المتخلفتان، ثم أسلمتا، تعين إمساك الآخرين، واندفعت المتقدمتان. ولو أسلم الزوج وتخلفن، ثم عتقت اثنتان، ثم أسلمتا وأسلمت الآخرين، ثم عتقتا، تعين إمساك الأوليين، واندفعت المتأخرتان. والنظر في جميع ذلك إلى حالة اجتماع الإسلاميين، لأنه حالة إمكان الاختيار.

فصل: عتق الأمة تحت عبد، يثبت لها الخيار في فسخ النكاح كما سيأتي في الباب الآتي إن شاء الله تعالى. والغرض هنا بيان عتق المشتركة مع إسلامها، فإذا نكح عبدٌ كافر أمة، ثم أسلمتا وعتقت، نظر، إن عتقت بعد اجتماع الإسلاميين، فهي كسائر الإماء يعتقن تحت العبيد، وليس هذا من صور الفصل، وإن عتقت قبل اجتماع الإسلاميين وهي مدخول بها، فلها حالان:

أحدهما: أن تسلم هي أولاً وتعتق، ويتخلف الزوج، فليس لها الإجازة، سواء عتقت ثم أسلمت، أو أسلمت ثم عتقت، لأنها معرضة للبينونة، ولا يبطل بهذه الإجازة حقها من الفسخ. وإن اختارت الفسخ في الحال، جاز، فإذا فسخت، فإن أسلم الزوج قبل انقضاء مدة عدتها، فعدها من وقت الفسخ، وتعتد عدة حرة، فإن لم تسلم حتى انقضت مدة عدتها، فعدها من وقت إسلامها. ويلغو الفسخ بحصول الفرقة قبله، وتعتد عدة حرة إن عتقت ثم أسلمت. وإن أسلمت ثم عتقت، فهي أمة عتقت في أثناء عدتها، فهل تعتد عدة حرة، أم عدة أمة؟ فيه طريقتان، أقربهما إلى نص الشافعي رحمته الله وبه قطع في «الشامل» وغيره: أنها كالرجعية تعتق في أثناء العدة، والمذهب فيها الاقتصار على عدة أمة، وموضع بيانهما «كتاب العدد». ولو أرادت تأخير الفسخ إلى أن تبين حال الزوج، جاز، ولا يبطل خيارها، كالرجعية إذا عتقت في العدة والزوج رقيق. ثم إن لم يسلم الزوج حتى انقضت مدة العدة، سقط الخيار، وعدتها من وقت إسلامها وهي عدة حرة إن عتقت ثم أسلمت، وإن أسلمت ثم عتقت، فهل هي عدة حرة، أم أمة؟ فيه الطريقتان. وإن أسلم الزوج، فلها الفسخ، وتعتد من وقت الفسخ عدة حرة.

الحال الثاني: أسلم وتخلفت، فلها الخيار على الصحيح، لتضررها برقه. وقيل: لا خيار لها، لأن خيار العتق من أحكام الإسلام، وهي كافرة، فلا يثبت لها. فإذا قلنا بالصحيح، فلها تأخير الفسخ والإجازة، ثم إن أسلمت قبل مضي العدة وفسخت، اعتدت من وقت الفسخ عدة حرة. وإن لم تسلم حتى انقضت، تبينا حصول الفرقة من وقت إسلام الزوج. وهل تعتد عدة حرة، أم أمة؟ فيه الطريقتان. وهنا أولى بإلحاقها بالأمة، لأنها بائن ليس بيد الزوج من أمرها شيء. ولو أجازت قبل أن تسلم، لم تصح إجازتها على الصحيح، لأنها معرضة للبينونة. ولو فسخت،

نفذ الفسخ على الصحيح وقول الأكثرين، كالحالة الأولى. وقيل: لا ينفذ، وبه قال ابن سلمة. وهو ظاهر نقل المزني، لكنه مؤوّل عند الجمهور.

فرع: أسلم الزوج الرقيق، هل لزوجته الكافرة خيار؟ وجهان: أصحهما: على ما قال الإمام والمتولي: لا، لأنها رضيت برقه ولم يحدث فيها عتق، والثاني: نعم، وهو ظاهر نصه، لأن الرق نقص في الإسلام، وليس كبير نقص في الكفر. قال الداركي: الخلاف في أهل الحرب، أما الذمية مع الذمي، فلا خيار لها قطعاً، لأنها رضيت بأحكامنا. واعلم أن الوجهين جاريان سواء كانت الزوجة حرة أو أمة، وسواء أسلمت أو لم تسلم إذا كانت كتابية، كذلك قال البغوي وغيره، وفي «الوسيط» ذكر الوجهين فيما إذا أسلمت الحرة، وليس هو بقيد، فاعلم ذلك.

فصل: العبد الكافر، إذا أسلم وتحتته أكثر من امرأتين، فأسلمن معه أو بعده في العدة، إن دخل بهن، اختار ثنتين منهن، سواء كن حرائر أو إماء. فإن شاء، اختار حرتين، أو حرة وأمة. وإن سبقن بالإسلام، ثم أسلم في العدة، فكذلك. ولو طراً عتقه، نظر، إن عتق بعد اجتماع الإسلاميين، لم يؤثر عتقه في زيادة العدد، فلا يزيد على ثنتين. وإن عتق قبل الإسلاميين، بأن عتق قبل إسلامه وإسلامهن، أو بينهما، تقدم إسلامه أو تأخر، فله حكم الأحرار، وللزوجات ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يتمحضن حرائر، فيختار أربعاً منهن. ولو أسلم منهن ثنتان معه، ثم عتق ثم أسلم الباقيات، فليس له إلا اختيار ثنتين، إما الأوليين، وإما ثنتين من الباقيات، وإما واحدة منهما وواحدة منهن. ولو أسلمت معه واحدة، ثم عتق، ثم أسلمت الباقيات، فله اختيار أربع، لأنه لم يكمل بإسلام الواحدة عدد العبيد. وحكى ابن القطان وجهاً أنه لا يختار إلا ثنتين، وهو غريب ضعيف.

الحال الثاني: أن يتمحضن إماء. فإن كن قد عتقن عند اجتماع الإسلاميين، اختار منهن أربعاً، وإلا، فلا يختار إلا واحدة بشرط الإعسار وخوف العنت. ولو كان تحتته أربع إماء، فأسلمت معه اثنتان، ثم عتق، ثم أسلمت المتخلفتان، لم يختار إلا اثنتين، لأنه وجد كمال عدد العبيد قبل العتق، ويجوز اختيار الأوليين، لأنه كان رقيقاً عند اجتماع إسلامه وإسلامهما، ولا يجوز اختيار الآخرين على الصحيح، وجوزه القاضي حسين، ولا يجوز اختيار واحدة من الأوليين وواحدة من الآخرين على الأصح. ولو أن المتخلفتين عتقتا بعد عتقه ثم أسلمتا، فله اختيارهما، وله اختيار واحدة منهما، وواحدة من الأوليين لأنهما حرتان عند اجتماع الإسلام، فصار كما لو كان تحتته أربع حرائر، فأسلم معه ثنتان ثم عتق، ثم أسلمت الآخرتان، فإنه يختار ثنتين كيف شاء. ولو أسلمت معه واحدة من الإماء الأربع، ثم عتق، ثم

أسلمت البواقي، قال المتولي: لا يختار إلا واحدة على الصحيح، وبهذا قطع البغوي، لكن قياس الأصل السابق جواز اختيار ثنتين، لأنه لم يستوف عدد العبيد قبل العتق. فإذا قلنا: لا يختار إلا واحدة، تعينت الأولى، كذا قاله المتولي والبغوي. قال المتولي: وعلى طريقة القاضي يختار واحدة من الجملة، وعكس الإمام فحكى عن القاضي أن الأولى تتعين. وعن سائر الأصحاب أنه يختار واحدة من الجملة، قال: وقول القاضي هفوة منه.

ولو عتقت البواقي بعد إسلام الواحدة معه، ثم أسلمن، قال البغوي: له إمساك الجميع، لأنه لم يستوف عدد الرق قبل العتق، فله إمساك الأولى، لأنه كان رقيقاً عند اجتماع إسلامه وإسلامها، والبواقي كن حرائر عند اجتماع إسلامه وإسلامهن، فله إمساكن، لأن إدخال الحرائر على الإماء جائز.

الحال الثالث: إذا كن حرائر وإماء، اندفعت الإماء، ويختار أربعاً من الحرائر إن زدن على الأربع، وإلا، فيمسكنهن. ولو كان تحت حرتان وأمتان، فأسلم معه حرة وأمة، ثم عتق ثم أسلمت المتخلفتان، لم يختار إلا اثنتين، لاستيفاء العدد قبل العتق، وله اختيار الحرّتين، واختيار الأمة الأولى مع حرة، وليس له اختيار الثانية مع حرة. الطرف الثالث: في ألفاظ الاختيار وأحكامه.

أما ألفاظه، فكقوله: اخترت نكاحك، أو تقرير نكاحك، أو حبسك، أو عقدك، أو اخترتك، أو أمسكتك أو أمسكت نكاحك، أو ثبت نكاحك أو ثبتك، أو حبستك على النكاح. وكلام الأئمة يقتضي أن جميع هذا صريح، لكن الأقرب أن يجعل قوله: اخترتك وأمسكتك من غير تعرض للنكاح كناية.

ولو كان تحت ثمان مثلاً، وأسلمن معه، فاختر أربعاً منهن للفسخ وهو يريد حله بلا طلاق، لزم نكاح الباقيات وإن لم يتلفظ فيهن بشيء.

ولو قال لأربع: أريدكن، ولأربع: لا أريدكن، قال المتولي: يحصل التعيين بذلك. وقياس ما سبق حصول التعيين بمجرد قوله: أريدكن.

فروع: الفرع الأول: طلق واحدة منهن، أو أربعاً، كان تعييناً للنكاح، لأن المنكوحة هي التي تخاطب بالطلاق، فتندفع الأربع المطلقات بالطلاق، والباقيات بالفسخ بالشرع.

ولو طلق أربعاً غير معينات، أمر بالتعيين. فإذا عين، فالحكم ما ذكرنا، هذا هو الصحيح الذي قطع به الجمهور. وفي «التتمة» وجه: أن الطلاق ليس تعييناً للنكاح.

ولو آلى أو ظاهر من واحدة أو عدد، فوجهان: أحدهما: أنه تعيين لنكاحهن، وأصحهما: لا، لأن الأجنبية تخاطب به، بل هو بها أليق. فعلى هذا، إن اختار مَنْ ظاهر منها، أو آلى للنكاح، صح الظهار والإيلاء، ويكون ابتداء مدة الإيلاء من وقت الإختيار، ويصير عائداً إن لم يفارقها في الحال.

ولو قذف إحداهن، لزمه الحد إن كانت محصنة، ولا يسقط إلا بالبينّة إن اختار غير المقدوفة، وإن اختارها، سقط بالبينّة وباللعان.

الفرع الثاني: قال: فسخت نكاح هذه، أو هؤلاء الأربع، أو قال: اخترت هذه للفسخ، أو هذه للفسخ من غير لفظ «اخترت» فإن أراد الطلاق، فهو اختيار للنكاح، وإن أراد الفراق، أو أطلق، فهو اختيار للفسخ. ولو قال لواحدة: فارقتك، فالأصح أنه فسخ، وبه قال الشيخ أبو حامد، ورجحه ابن الصباغ والمتولي وغيرهما. وعن القاضي أبي الطيب أنه كقوله: طلقك، لأنه من صرائح الطلاق.

الفرع الثالث: لو اختار الجميع للنكاح أو الفسخ، فهو لغو، ولو طلق الجميع، وقع على المنكوحات ويعيّنهن.

الفرع الرابع: قال: إن دخلت الدار فقد اخترتك للنكاح أو للفسخ، لم يصح، لأن تعليق الإختيار باطل، فإنه إما كالإبتداء، كالنكاح، وإما كالرجعة. وقيل: يصح تعليق الفسخ كالطلاق، وهو ضعيف.

ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، فالصحيح جوازه، تغليباً لحكم الطلاق، ويحصل اختيارها ضمناً، فإنه يحتمل في الضمني ما لا يحتمل استقلالاً.

ولو قال: إن دخلت الدار فنكاحك مفسوخ، إن أراد الطلاق نفذ، وإلا لغا. ولو قال: كلما أسلمت واحدة فقد اخترتها للنكاح، لم يصح. ولو قال: فقد طلقها، صح على الأصح. ولو قال: فقد فسخت نكاحها، إن أراد حله بلا طلاق، لم يجز، لأن تعليق الفسخ لا يجوز، وإن أراد الطلاق، جاز. وإذا أسلمت واحدة، طلقت وحصل اختيارها ضمناً، وهكذا إلى تمام الأربع، وتندفع الباقيات، وفي وجه: لا يصح تفسير الفسخ بالطلاق، وهو ضعيف.

الفرع الخامس: لا يكون الوطء اختياراً للموطوءة على المذهب، لأن الإختيار هنا كالإبتداء، ولا يصح ابتداء النكاح بل استدامته إلا بالقول، فإن الرجعة لا تحصل بالوطء. فلو وطئ الجميع وجعلناه اختياراً، كان مختاراً للأوليات، وعليه المهر للباقيات، وإن لم نجعله اختياراً، اختار أربعاً منهن وغرم المهر للباقيات.

الفرع السادس: قال: حصرت المختارات في هؤلاء الست أو الخمس، انحصرن ويندفع نكاح الباقيات.

فرع: أسلم على ثمان وثنيات، فأسلم معه أربع، وتخلف أربع، فعين الأوليات للنكاح، صح التعيين. فإن أصرت المتخلفات، اندفعن من وقت إسلامه، وإن أسلمن في العدة، قال البغوي: تقع الفرقة باختيار الأوليات، وقال الإمام: نتبين اندفاعهن باختلاف الدين، لكن نتبين تعيينهن من وقت تعيينه للأوليات. وهذا هو الموافق لأصول الباب.

وإن طلق الأوليات، صح وتضمن اختيارهن، وينقطع نكاحهن بالطلاق، ونكاح الأخريات بالفسخ بالشرع.

وإن قال: فسخت نكاحهن، فإن أراد به الطلاق، فكذلك، وإن أراد حله بلا طلاق، فهو لغو، لأن الحل هكذا إنما يكون فيما زاد على أربع. فإن لم تسلم المتخلفات، تعين الأوليات، وإن أسلمن، اختار من الجميع أربعاً، وللمسلمات أن يدعين: أنك إنما أردت طلاقنا، ويحلفنه، وللمتخلفات أيضاً أن يدعين إرادة الطلاق وبينوتهن بالفسخ الشرعي ويحلفنه. وفي وجه: لا يلغو الفسخ، بل هو موقوف، إن أصررن حتى انقضت العدة، لغا، وإن أسلمن فيها، تبينا نفوذه في الأوليات، وتعين الأخريات للنكاح، والصحيح الأول. ولو عين المتخلفات للفسخ، صح، وتعينت الأوليات للزوجة. وإن عين المتخلفات للنكاح، لم يصح، لأنهن وثنيات وقد لا يسلمن. وعلى وجه الوقف: ينعقد الاختيار موقوفاً، فإن أسلمن، بانت صحته. ولو أسلم على ثمان وثنيات، فتخلفن، ثم أسلمن متعاقبات في عُددهن، وهو يقول لكل من أسلمت: فسخت نكاحك، فإن أراد الطلاق، صار مختاراً للأوليات، وإن أراد حله بلا طلاق، فهو على الصحيح لغو في الأربع الأوليات، نافذ في الأخريات، لأن فسخ نكاحهن وقع وراء العدد الكامل فنفذ. وعلى وجه الوقف: إذا أسلمت الأخريات، تبينا نفوذ الفسخ في الأوليات. ولو أسلم معه من الثمان خمس، فقال: فسخت نكاحهن، فإن أراد الطلاق، صار مختاراً لأربع منهن وبأن الطلاق، وعليه التعيين، وإن أراد حله بلا طلاق، انفسخ نكاح واحدة لا بعينها، فإذا أسلمت المتخلفات في العدة، اختار من الجميع أربعاً. ولو قال: فسخت نكاح واحدة منكن، إن أراد الطلاق، صار مختاراً لواحدة لا بعينها، فيعينها ويختار للنكاح من الباقيات ثلاثة. وإن أراد حله بلا طلاق، انفسخ نكاح واحدة فيعينها، ويختار من الباقيات أربعاً. وإن انفسخ نكاح اثنتين منهن غير معينتين، وأراد حله بلا طلاق، انفسخ نكاح واحدة فيعينها، ويختار من الباقيات أربعاً. فلو عين ثنتين، انفسخت واحدة منهما فيعينها، وله اختيار الأخرى مع ثلاث أخر. ولو اختار الخمس كلهن، تعينت المنكوحات فيهن، فيختار منهن أربعاً.

فصل: أما حكم الاختيار، فإذا أسلم على أكثر من أربع، وأسلمن معه أو بعده في العدة، أو كن كتابيات، وقعت الفرقة بينه وبين الزيادة على أربع بالإسلام، ويجب عليه الاختيار والتعيين، وإن امتنع، حبس. فإن أصر ولم ينفع الحبس، عزّر بما يراه القاضي من الضرب وغيره. وعن ابن أبي هريرة: أنه لا يضرب مع الحبس، بل يشدد عليه الحبس، فإن أصر، عزّر ثانياً وثالثاً إلى أن يختار. فإن جن أو أغمي عليه في الحبس، خُلّي حتى يفيق، ولا يختار الحاكم عن الممتنع، لأنه خيار شهوة. قال الإمام: وإذا حبس، لا يعزّر على الفور، فلعله يؤخر ليفكر، وأقرب معتبر فيه مدة الإستتابة. واعتبر الروياني في الإمهال الاستنظار فقال: ولو استمهل، أمهله الحاكم ثلاثة أيام ولا يزيد، ويلزمه نفقة جميعهن إلى أن يختار، لأنهن في حبسه.

فرع: مات قبل التعيين، فإن لم يكن دخل بهن، فعلى كل واحدة أن تعتد بأربعة أشهر وعشر، وإن دخل بهن، فعدة الحامل بالحمل.

وأما غير الحامل، فمن كانت من ذوات الأشهر، اعتدت بأربعة أشهر وعشر، وإن كانت من ذوات الأقراء، لزمها الأكثر من ثلاثة أقراء وأربعة أشهر وعشر. ثم الأشهر تعتبر من موته. وفي الأقراء وجهان: ويقال: قولان: أحدهما: كذلك، لأننا لا نتيقن شروعهما في العدة قبل ذلك، وأصحهما: الاعتبار من وقت إسلامهما إن أسلما معاً، وإلا، فمن إسلام السابق؛ لأن الأقراء إنما تجب، لإحتمال أنها مفارقة بالانفساخ، وهو يحصل من يومئذ.

فرع: مات قبل التعيين، وقف لهن ربع ماله أو ثمنه، عائلاً أو غير عائل بحسب الحال إلى أن يصطلحن، فيقسم بينهما بحسب اصطلاحهن بالتساوي أو التفاضل. وعن ابن سريج: أنه يوزع بينهما، لأن البيان غير متوقع وهن معترفات بالإشكال، وبأنه لا ترجيح، ومال الإمام إلى هذا الوجه. والصحيح الذي عليه الجمهور هو الأول، فإن كن ثمانياً وفيهن صغيرة، أو مجنونة، صالح عنها وليها، وليس له المصالحة على أقل من ثمن الموقوف، وله المصالحة على الثمن على الأصح. وقيل: لا يصالح على أقل من الربع. ثم المصالحة إذا اصطلحن كلهن، فلو طلب بعضهن شيئاً بلا صلح، لم ندفع إلى المطالبة شيئاً إلا باليقين. ففي ثمان نسوة، لو طلب أربع منهن، لم نعطين، فإن طلب خمس، أعطينا هن ربع الموقوف، وإن طلب ست، فنصفه، وسبع، ثلاثة أرباعه، ولهن قسم ما أخذن والتصرف. وهل يشترط في الدفع أن يبرئن عن الباقي؟ وجهان: أحدهما: نعم، ونسبه ابن كج إلى النص لتقطع الخصومة، وأصحهما: لا. فعلى الأول، يعطى الباقي للثلاث، ويرتفع الوقف، وكأنهن اصطلحن على القسمة هكذا.

هذا كله إذا علمنا استحقاق الزوجات الإرث. أما إذا أسلم على ثمان كتابيات، فأسلم معه أربع، أو كان تحته أربع كتابيات وأربع وثنيات، فأسلم معه الوثنيات، ومات قبل الاختيار، فوجهان: أحدهما: وهو المنصوص: لا يوقف شيء للزوجات، بل يقسم كل التركة بين باقي الورثة، لأن إستحقاق الزوجات غير معلوم، لإحتمال أنهن الكتابيات. والثاني: يوقف، لأن إستحقاق سائر الورثة قدر نصيب الزوجات غير معلوم، واختاره ابن الصباغ، وهو قريب من القياس.

قلت: المختار المقيس هو الأول، لأن سبب الإرث في سائر الورثة موجود وشكنا في المزاحم، والأصل عدمه، وإرث الزوجات لم نتحققه، والأصل عدمه. والله أعلم.

ويجري الوجهان فيما لو كان تحته مسلمة وكتابية، فقال: إحداكما طالق، ومات قبل البيان.

فرع: مات ذمي عن أكثر من أربع نسوة، قال صاحب «التلخيص»: الربع أو الثمن لهن كلهن، وقال آخرون: لا يرث منهن إلا أربع، فيوقف بينهن حتى يصطلحن، ويجعل الترافع إلينا بمثابة إسلامهم. وبنى القفال الخلاف على صحة أنكحتهم. فإن صححناها، ورث الجميع، وإلا، لم يرث إلا أربع. ولو نكح مجوسي أمه أو بنته ومات، قال البغوي: منهم من بنى التوريث على هذا الخلاف، والمذهب القطع بالمنع، لأنه ليس بنكاح في شيء من الأديان، ولا يتصور التقرير عليه في الإسلام.

فرع: المتعينات للفرقة للزيادة على أربع، هل تحسب عدتهن من وقت الاختيار، أم من وقت إسلام الزوجين إن أسلما معاً، وإسلام السابق إن تعاقبا؟ فيه وجهان: أحدهما: عند الجمهور الثاني، خلافاً للبغوي. الطرف الرابع: في النفقة والمهر.

أما النفقة، فإن أسلم الزوجان معاً، استمرت النفقة كما يستمر النكاح، وإن أسلما متعاقبين بعد الدخول - والصورة إذا كانت الزوجة مجوسية أو وثنية - فإن أسلم قبلها، فإن أصرت حتى انقضت عدتها، فلا نفقة، لأنها ناشزة بالتخلف، وإن أسلمت في العدة، استحققتها من وقت الإسلام، ولا تستحقها لمدة التخلف على الجديد الأظهر. فعلى هذا، لو اختلفا، فقال: أسلمت اليوم، فقالت: بل من عشرة أيام، فالقول قوله، للأصل، وكذا إذا قلنا بالقديم، فقال: أسلمت بعد العدة فلا نفقة، وقالت: بل فيها، فالقول قوله.

أما إذا أسلمت قبله، فإن أسلم قبل انقضاء العدة، فلها النفقة لمدة التخلف

على المشهور، وقيل: الصحيح، لأنها أدت فرضاً مضيقاً، فهو كصوم رمضان. وإن أصر حتى انقضت العدة، استحققت نفقة مدة العدة على الأصح عند الجمهور، وهو المنصوص في «المختصر». ولو قال: أسلمت أولاً، فلا نفقة لك، فادعت العكس، فمن المصدّق بيمينه؟ وجهان: أحدهما: هي، لأن النفقة كانت واجبة وهو يدعي مسقطاً.

فرع: ارتدت بعد الدخول، فلا نفقة لزمن الردّة لنشوزها، سواء عادت إلى الإسلام في العدة، أم لا، ولا يجيء القول القديم.

قلت: ذكر صاحب «المهذب» وآخرون طريقين، أحدهما: طرد القولين القديم والجديد. والله أعلم.

وإن ارتد، فعليه نفقة مدة العدة، وإن ارتدا معاً، قال البغوي: لا نفقة، ويشبه أن يجيء فيه خلاف، كتشطر المهر.

فصل: أما المهر، إذا أسلم أحدهما قبل الدخول أو بعده، فسبق بيانه عند ذكر الخلاف في صحة أنكحتهم. فلو قالت: سبقتني بالإسلام قبل الدخول، فعليك نصف المهر، فادعى العكس، صدّقت بيمينها، لأن الأصل بقاء نصف الصداق. ولو ادعى سبقها، فقالت: لا أدري أينما سبق، لم يتمكن من طلب المهر. فإن عادت وقالت: علمت أنه سبق، صدقت بيمينها وأخذت النصف. ولو اعترفا بالجهل بالسابق، فلا نكاح، لاتفاقهما على تعاقب الإسلام قبل الدخول. ثم إن كان ذلك قبل قبض المهر، لم تتمكن من طلبه، لاحتمال سبقها، وإن كان بعده، لم يتمكن هو من استرداد النصف، لاحتمال سبقه فيقر النصف في يدها، حتى يتبين الحال. ولو اختلفا في بقاء النكاح، فقال: أسلمنا معاً، فالنكاح باقٍ، وقالت: بل متعاقبين ولا نكاح، فقولان: أظهرهما: القول قوله، والثاني: قولها، لتعارض الأصل والظاهر. فإن قلنا: القول قولها، نظر، إن قالت: أسلمت قبلي، حلفت على البت أنها ما أسلمت وقت إسلامه، وإن قالت: أسلمت قبلك، حلفت على نفي العلم بإسلامه يوم إسلامها.

ولو اختلفا على العكس، فقالت: أسلمنا معاً، فقال: بل متعاقبين، فلا نكاح، لاعترافه، وهي تدعي نصف المهر. وفي المصدق منهما القولان. ولو قال: لا ندري أسلمنا معاً أو متعاقبين، استمر النكاح.

فرع: أسلمت بعد الدخول، ثم أسلم هو وادعى أن إسلامه سبق انقضاء العدة، وادعت العكس، فهذا يتصور على أوجه:

أحدها: أن يتفقا على وقت انقضاء العدة، كغرة رمضان، فادعى إسلامه في شعبان، وقالت: بل في خامس رمضان، فالقول قولها، لأن الأصل بقاء كفره.

والثاني: أن يتفقا على وقت إسلامه، كغرة رمضان، وقال: انقضت عدتك في خامس رمضان، وقالت: بل في شعبان، فالقول قوله بيمينه.

الثالث: أن لا يتفقا على شيء، واقتصر على أن إسلامي سبق، واقتصرت على أن عدتي سبقت، فالنص أن القول قوله، ونص فيما إذا ارتد، ثم أسلم، وادعى أنه أسلم في العدة، وادعت انقضاءها قبل إسلامه، وفيما إذا قال: راجعتك في العدة، فقالت: بل بعدها، أن القول قولها. وللاصحاب طرق: أحدها: طرد قولين في المسائل الثلاث، هل القول قوله، أم قولها؟ والثاني: أن النصين على حالين. فإن اتفقا على وقت إسلامه أو رجعت، واختلفا في انقضاء العدة، فالقول قوله. وإن اتفقا على وقت انقضاء العدة، واختلفا في أنه أسلم أو راجع قبله، فالقول قولها. والطريق الثالث وهو الأصح وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق، ورجحه الشيخ أبو حامد والبخاري وغيرهما: أن من سبق بالدعوى، فالقول قوله، وعليه ينزل النص في المسائل الثلاث، لأن المدعي أولاً مقبول، فلا يرد بمجرد قول آخر. وزاد البخاري فيما إذا سبق دعواه فقال: إن ادعت بعد أن مضى بعد دعواه زمن، فهو المصدق. فإن اتصل كلامها بكلامه، فهي المصدقة.

فرع: نص الشافعي رحمته الله، أن الزوج لو أقام شاهدين على أنهما جميعاً أسلما حين طلعت الشمس يوم كذا، أو حين غربت، قبلت شهادتهما واستمر النكاح. وإن شهدا أنهما أسلما مع طلوع الشمس، أو مع غروبها، لم يحكم بهذه الشهادة، لأن حين طلوعها وغروبها يتناول حالة تمام الطلوع أو الغروب، وهي حالة واحدة. وقوله: مع الطلوع يصدق من حين يأخذ في الطلوع، فيجوز أن يكون إسلام أحدهما مقارناً لطلوع أول القرص، وإسلام الآخر مقارناً بطلوع آخره.

فرع: نكحت في الكفر زوجين، ثم أسلما، فإن ترتب النكاحان، فهي زوجة الأول، فإن مات الأول ثم أسلمت مع الثاني وهم يعتقدون جواز التزويج بزوجين، ففي جواز التقرير وجهان.

قلت: ينبغي أن يكون أصحهما: التقرير. والله أعلم.

وإن وقع النكاحان معاً، لم تقر مع واحد منهما، سواء اعتقدوا جوازه، أم لا. وفيما إذا اعتقدوه وجه: أن المرأة تختار أحدهما، كما لو أسلم على أختين، وبالله التوفيق.

الباب الثامن: في مثبتات الخيار في النكاح

أسبابه المتفق عليها أربعة: العيب، والغرور، والعتق، والتعنين. وقولنا: «المتفق عليها» احتراز مما إذا زوج الأب أو الجد بكرةً بغير كفاءٍ وصحنا النكاح، فلها الخيار. ولو زوج الصغير من لا تكافئه، وصحناه، فله الخيار إذا بلغ. ولو ظنها مسلمة، فكانت كتابية، فله الخيار على رأي.

والتعنين أحد العيوب، إلا أنه يختص بأحكام، كضرب المدة وغيره، فبين الأصحاب في «فصل العيوب» أنه أحدها، وأفردوه بالذكر لاختصاصه بأحكام. السبب الأول: العيب، العيوب المثبتة للخيار ثلاثة أقسام:

أحدها: يشترك فيه الرجال والنساء، وهو ثلاثة: البرص، ولا يلتحق به البهق. والثاني: الجذام، وهو علة صعبة يحمّر منها العضو ثم يسود ثم ينقطع ويتناثر، نسأل الله الكريم العافية، ويتصور ذلك في كل عضو، لكنه في الوجه أغلب. ثم حكى الإمام عن شيخه، أن أوائل البرص والجذام لا يثبت الخيار، وإنما يثبت إذا استحكما. وإن استحكام الجذام إنما يحصل بالتقطع. وتردد الإمام في هذا وقال: يجوز أن يكتفى بأسوداد العضو، وحكم أهل المعرفة باستحكام العلة. الثالث: الجنون منقطعاً كان أو مطبقاً، ولا يلحق به الإغماء بالمرض إلا أن يزول المرض ويبقى زوال العقل. قال الإمام: ولم يتعرضوا في الجنون لاستحكامه، ولم يراجعوا أهل المعرفة أهو مرجو الزوال، أم لا؟ ولو قيل به لكان قريباً. ومتى وجد أحد الزوجين بالآخر هذه العيوب، فله فسخ النكاح قل ذلك العيب أم كثر. ولو تنازعا في قرحة، هل هي جذام؟ أو في بياض هل هو برص؟ فالقول قول المنكر، وعلى المدعي البينة، ويشترط كون الشاهدين عالمين بالطب.

القسم الثاني: مختص به وهو الجب والتعنين.

القسم الثالث: مختص بها وهو الرق والقرن، فالرتق: انسداد محل الجماع باللحم، والقرن: عظم في الفرج يمنع الجماع، وقيل: لحم ينبت فيه، ويقول الفقهاء «القرن» بفتح الراء وهو في كتب اللغة بإسكانها.

قلت: يجوز الفتح والإسكان، فالفتح على المصدر وهو هنا أحسن لأنه أنسب لكون قرائنه مصادر وهي الرق والبرص ونحوهما، وقد أوضحت هذه اللفظة أكمل إيضاح في «تهذيب الأسماء واللغات» ونقلت أقوال أهل اللغة فيها وحاصله، جواز الأمرين وترجيح الفتح. والله أعلم.

وليس للزوج إجبار الرتقاء على شق الموضع، فلو فعلت وأمكن الوطء، فلا

خيار كذا أطلقوه، ويمكن أن يجيء فيه الخلاف المذكور فيما إذا علم عيب المبيع بعد زواله.

فجملة هذه العيوب سبعة، يمكن في حق كل واحد من الزوجين خمسة، وما سواها من العيوب لا خيار فيه على الصحيح الذي قطع به الجمهور. وقال زاهر السرخسي: الصنان والبخر إذا لم يقبلا العلاج يثبتان الخيار، وقال: كذا العذويوط والعذيوطة، يثبت به الخيار. والعذويوط، من يخرج عنه الغائط عند الجماع. وزاد القاضي حسين وغيره فأثبتوا الخيار بالاستحاضة، وبالعيوب التي تجتمع فتتفرق تنفير البرص، وتكسر سورة التائق، كالقروح السيالة وما في معناه ويقال: إن الشيخ أبا عاصم حكاه قولاً للشافعي رحمة الله عليه.

أما إذا وجد أحدهما الآخر خنثى قد زال إشكاله، ففي ثبوت الخيار قولان: أظهرهما: المنع لأنه لا يفوت مقصود النكاح، وموضع القولين إذا اختار الذكورة أو الأنوثة بغير علامة، لأنه قد يخرج بخلافه. فأما إذا اتضح بعلامة، فلا خيار، هذا هو الأصح. وقيل: القولان أيضاً فيما إذا اتضح بعلامة مظنونة، فإن كان بقطعية وهي الولادة، فلا خيار. وقيل: القولان مطلقاً، وإن كانت العلامة قطعية لمعنى النفرة.

ولا خيار بكونه أو كونها عقيماً، ولا بكونها مفضاة، والإفضاء: رفع ما بين مخرج البول، ومدخل الذكر.

فصل: إذا ظهر بكل واحد منهما عيب مثبت للخيار، فإن كانا من جنسين، فلكل واحد منهما الخيار إلا إذا كان مجبواً وهي رتقاء، فهو كالجنس الواحد كذا ذكره الحناطي والشيخ أبو حامد والإمام، وحكى البغوي طريقاً آخر، أنه لا فسخ به قطعاً، لأنه لا طريق له إلى تحصيل الوطء. وإن كانا من جنس، ثبت الخيار لكل واحد على الأصح. هذا في غير الجنون، أما إذا كانا مجنونين، فلا يمكن إثبات الخيار لواحد منهما في الحال، ثم الوجهان فيما إذا تساوى العيبان في القدر والفحش. فإن كان أحدهما أكثر وأفحش، فلآخر الخيار قطعاً.

فرع: نكح أحدهما الآخر عالماً بعيبه، فلا خيار. فلو ادعى المعيب علم الآخر، صدق المنكر بيمينه. وقيل: إن كان هذا الاختلاف بعد الدخول، صدق مدعي العلم.

فرع: جبت المرأة ذكر زوجها، فهل لها الخيار؟ وجهان: أحدهما: لا، كما لو عيب المشتري المبيع قبل القبض، وأصحهما: نعم كما لو خرّب المستأجر الدار المستأجرة فإن له الخيار، فإن المرأة بالجب لا تصير قابضة لحقها، والمستأجر لا يصير قابضاً لحقه كالتخريب، والمشتري بالتعيب قابض حقه.

فصل: العيب المثبت للخيار إن كان مقارناً للعقد، فلكل واحد الفسخ بعيب صاحبه وإن حدث بعد العقد، فإن كان بها، فله الفسخ على الجديد الأظهر، وإن كان به، نظر إن كان قبل الدخول، فلها الفسخ، وإن كان بعده والعيب جنون أو جذام أو برص، فلها الخيار، كذا قاله الأصحاب في جميع الطرق. وحكى الغزالي فيه وجهاً لم أره لغيره. وإن حدث التعنين، فلا خيار، لأنها عرفت قدرته وأخذت حظها، وإن حدث الجب، فلها الفسخ على الأصح، ويقال: الأظهر.

فرع: أولياء المرأة ليس لهم خيار الفسخ بعيب حدث به، وأما المقارن، فإن كان جباراً أو تعينياً، فلا خيار لهم على الصحيح، وإن كان جنوناً، فلهم الخيار. وإن رضيت هي، وكذا إن كان جذاماً أو برصاً على الأصح. ونقل الحناطي في العيب الحادث وجهاً، أن للأولياء إجبارها على الفسخ وهو شاذ ضعيف. وعلى هذا التفصيل يخرج حكم ابتداء التزويج، فإن دعت إلى تزويجها بمجبوب أو عنين، فعليهم الإجابة على الصحيح، فإن امتنعوا، كانوا عاضلين، وإن دعت إلى مجنون، فلهم الامتناع، وكذا المجذوم والأبرص على الأصح.

فصل: في أحكام هذا الخيار

فيه مسائل:

إحداها: هذا الخيار على الفور كخيار العيب في البيع، هذا هو المذهب. وبه قطع الجمهور. وقيل: قولان آخران كخيار العتق: أحدهما: يمتد ثلاثة أيام. والثاني: يبقى إلى أن يوجد صريح الرضى بالمقام معه أو ما يدل عليه، حكاها الشيخ أبو علي وهما ضعيفان. وهل ينفرد كل واحد من الزوجين بالفسخ، أم لا بد من الرفع إلى الحاكم؟ أما التعنين، فلا بد من الرفع، وفيما سواه وجهان: أحدهما: لا بد من الرفع لأنه مجتهد فيه. قال البغوي: وعلى الوجهين لو أخر إلى أن يأتي إلى الحاكم ويفسخ بحضرته، جاز. ولو وطئها وظهر بها عيب، فقالت: وطئت عالماً، فأنكر، أو كان العيب به، فقال: كنت عالمة فأنكرت، فالقول قول المنكر على الصحيح. وقال ابن القطان: قول الآخر، لأن الأصل دوام النكاح.

الثانية: الفسخ بعيب مقارن للعقد، إن كان قبل الدخول، سقط كل المهر ولا متعة، سواء كان العيب فيه أو فيها، لأن شأن الفسخ تراد العوضين. وإن كان بعد الدخول، فثلاثة أوجه: الصحيح المنصوص، أنه يسقط المسمى ويجب مهر المثل، والثاني: يجب المسمى، والثالث: إن فسخ بعيبها، فمهر المثل، وإن فسخت بعيبه، فالمسمى. وأما الفسخ بعيب حادث بعد العقد، فإن كان قبل الدخول فلا مهر، وإن

كان بعده، فإن أوجبنا في المقارن المسمى، فهنا أولى، وإلا، فأوجه: أحدها: المسمى، والثاني: مهر المثل، وأصحها: إن حدث قبل الدخول، ثم دخل بها غير عالم بالحال، فمهر المثل كالمقارن، وإن حدث بعد الدخول، فالمسمى، لأنه تقرر بالوطء قبل الخل.

فرع: إذا اطلع أحد الزوجين على عيب الآخر، ومات الآخر قبل الفسخ، فهل يفسخ بعد الموت؟ وجهان حكاهما الحناطي، أصحهما: لا يفسخ ويتقرر المسمى بالموت. ولو طلقها قبل الدخول ثم علم عيبها، لم يسقط حقها من النصف، لأن الفرقه حصلت بالطلاق.

الثالثة: إذا فسخ بعيبها بعد الدخول وغرم المهر، فهل يرجع به على من غره؟ قولان: الجديد: الأظهر، لا. وموضع القولين إذا كان العيب مقارناً للعقد، وأما إذا فسخ بعيب حادث، فلا رجوع بالمهر مطلقاً، إذ لا غرور. وقال المتولي: القولان إذا كان المغروم هو مهر المثل، أما إذا كان المسمى، فلا رجوع، والأصح ما ذكره البغوي وهو أنه لا فرق بين المسمى ومهر المثل، ثم إذا قلنا بالرجوع، فإن كان التغير والتدليس منها دون الولي، فالرجوع عليها دونه. وصوّر المتولي التغير منها بأن خطب الزوج إليها، فلم يتعرض لعيبها، وطلبت من الولي تزويجها به وأظهرت له أن الزوج عرف حالها. وصورة الشيخ أبو الفرج الزاز، فيما إذا عقدت بنفسها، وحكم بصحته حاكم. ثم لفظ الرجوع الذي استعمله الأصحاب يشعر بالدفع إليها، ثم الاسترداد منها. لكن ذكر الشيخ أبو حامد والإمام، أنه لا معنى للدفع إليها والاسترداد، ويعود معنى الرجوع إلى أنه لا يغرم لها. وهل يجب لها أقل ما يجوز صداقاً لثلا يخلو النكاح عن مهر؟ وجهان: ويقال: قولان:

قلت: الأصح عند من قال بالرجوع، أنه لا يبقى لها شيئاً، وكفي في حرمة النكاح أنه وجب لها ثم استرد بالتغير. والله أعلم.

وإن كان التغير من الولي، بأن خطب إليه فزوج وهو مجبر أو غيره بإذنها ولم يذكر للخطاب عيبها، فإن كان عالماً بالعيب، رجع عليه بجميع ما غرم. وإن كان جاهلاً، فوجهان لأنه غير مقتصر، لكن ضمان المال لا يسقط بالجهل. فإن قلنا: لا رجوع إذا جهل، فذلك إذا لم يكن محرماً كابن عم ومعتق وقاض، وحينئذ يكون الرجوع على المرأة. فأما المحرم، فلا يخفى عليه الحال غالباً، وإن خفي فلتقصيره، فيرجع عليه مع الجهل على الصحيح. فإذا قلنا: لا رجوع على الجاهل، فعلى الزوج إثبات العلم بيئته على إقرار الولي بالعلم. وإن غره أولياء الزوجة، فالرجوع عليهم، فإن جهل بعضهم وقلنا: لا رجوع على الجاهل، رجع على من علم. ولو وجد

التغريير منها ومن الولي، فهل يكون الرجوع عليها فقط لقوة جانبها، أم عليهما نصفين؟ فيه وجهان: وإن غرت الولي وعر الولي الزوج، رجع الزوج على الولي والولي عليها، ولم يتعرضوا لما إذا كانت جاهلة بعيبها، ولا يبعد مجيء الخلاف فيه.

قلت: لا مجيء له لتقصيرها الظاهر، لا سيما وقد قطع الجمهور بأن الولي المحرم لا يعذر بجهله لتقصيره. والله أعلم.

الرابعة: المفسوخ نكاحها بعد الدخول، لا نفقة لها في العدة ولا سكنى إذا كانت حائلاً بلا خلاف، وإن كانت حاملاً، فإن قلنا: نفقة المطلقة الحامل للحمل وجبت هنا، وإن قلنا بالأظهر. إنها للحامل، لم تجب. وأما السكنى، لا تجب على المذهب وبه قطع الجمهور. وقيل بطرد القولين. وقال ابن سلمة: إن كان الفسخ بعيب حادث، وجبت، وإلا، فلا. وإذا لم نوجب السكنى فأراد أن يسكنها حفظاً لمائه، فله ذلك وعليها الموافقة، قاله أبو الفرج السرخسي.

فروع: تتعلق بهذا السبب

رضي أحد الزوجين بعيب صاحبه، فحدث بمن به العيب عيب آخر، ثبت الخيار بالعيب الحادث على الصحيح. وإن ازداد الأول، فلا خيار على الصحيح، لأن رضاه بالأول رضى بما يتولد منه. ولو فسخ بعيب، فبان أن لا عيب، فهل يحكم ببطالان الفسخ وباستمرار النكاح؟ وجهان حكاهما الحناطي.

قلت: الصحيح، بطلان الفسخ لأنه بغير حق. والله أعلم.

ولو قال: علمت عيب صاحبي، ولم أعلم أن العيب يثبت الخيار، فقولان كنظيره في عتقها تحت عبد. وقيل: لا خيار هنا قطعاً، لأن الخيار بالعيب مشهور في جنس العقود.

السبب الثاني: الغرور بالاشتراط. فإذا شرط في العقد إسلام المنكوحة، فبانت ذمية، أو شرط نسب أو حرية في أحد الزوجين فبان خلافه، فهل يصح النكاح أم يبطل؟ قولان: أظهرهما: الصحة. والقولان فيما إذا اشترطت حرته فبان عبداً، هما إذا نكح بإذن السيد، وإلا، فلا يصح قطعاً. وفيما إذا شرط حريتها فبان أمة، هما إذا نكحت بإذن السيد وكان الزوج ممن يحل له الإماء، وإلا، فلا يصح قطعاً. ويجري القولان في كل وصف شرط، فبان خلافه، سواء كان المشروط صفة كمال كالجمال، والنسب، والشباب، واليسار، والبكارة، أو صفة نقص كأضدادها، أو كان مما لا يتعلق به نقص ولا كمال، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور. وفي

«شرح مختصر الجويني» أنهما إنما يجريان في النسب والحرية وما يتعلق بالكفاءة، فإذا قلنا ببطلان النكاح، فرق بينهما ولا شيء على الزوج إن لم يدخل بها، وإن دخل، فلا حد للشبهة وعليه مهر المثل، ولا سكنى لها في العدة، وكذا لا نفقة إن كانت حائلاً. فإن كانت حاملاً، فعلى القولين في أن النفقة للحمل أو للحامل؟ إن قلنا: للحمل، وجبت، وإلا، فلا، وإذا قلنا بصحة النكاح، فإن بان الموصوف خيراً مما شرط، فلا خيار، وإن بان دونه، فقد أطلق الغزالي في ثبوت الخيار قولين. وأما سائر الأصحاب، فقالوا: إن شرط في الزوج نسب شريف فبان خلافه، نظر إن كان نسبه دون نسبها، فلها الخيار.

وإن رضيت هي، فلا وليائها الخيار، وإن كان نسبه كنسبها أو فوقه، إلا أنه دون المشروط، فلا خيار لها على الأظهر، وقيل: لا خيار قطعاً، ولا خيار للأولياء، لأن الكفاءة حاصلة والشرط لا يؤثر في حقهم، وإن شرط في الزوجة نسب فبان خلافه، فطريقان: أحدهما: أنه كهي فيثبت له الخيار إن كانت دون نسبه، وإلا، ففيه القولان. والطريق الثاني: لا خيار له قطعاً لقدرته على الطلاق وعدم العار عليه. وإن شرطت حرية فخرج عبداً، فإن كانت حرة، فلها ولوليها الخيار، وإن كانت أمة، ففي ثبوت الخيار وجهان: وقيل: يثبت قطعاً. قال الإمام والمتولي: وإذا أثبتناه، فهو للسيد دون الأمة، فإن له أن يجبرها على نكاح عبد، بخلاف ما إذا خرج الزوج معيباً، فإن الخيار لها، لأنه ليس للسيد إجبارها على نكاح معيب بأحد هذه العيوب. وإن شرط الزوج حرية الزوجة فخرجت أمة، فإن كان الزوج حراً، فله الخيار على المذهب، وإن كان عبداً، فلا خيار على المذهب، وإن كان المشروط صفة أخرى، فإن شرطت في الزوج فبان دون المشروط، فلها الخيار، وإن شرطت فيها، ففي ثبوت الخيار له قولان لتمكنه من الطلاق.

قلت: الأظهر ثبوته. والله أعلم.

فرع: في فتاوى البغوي: تزوجها بشرط البكارة، فوجدت ثيباً، فقالت: كنت بكرًا فزالت البكارة عندك، وقال: بل كنت ثيباً، فالقول قولها بيمينها لدفع الفسخ، ولو قالت: كنت بكرًا فافتضني فأنكر، فالقول قولها بيمينها لدفع الفسخ، وقوله بيمينه لدفع كمال المهر.

فصل: إذا ظنت زيدا كفتاً لها، وأذنت في تزويجها إياه، فبان غير كفء، فلا خيار لها، كذا أطلق الغزالي، وينبغي أن يفصل فيقال: إن كان فوات الكفاءة لدناء نسبه أو حرفته، أو فسقه، فلا خيار، وإن كان لعيبه، فيثبت الخيار، وإن كان لرقه،

فليكن الحكم كما سنذكره إن شاء الله تعالى متصلاً بهذا فيمن نكحها ظاناً حرّيتها فبانت أمة، بل جانب المرأة أولى بإثبات الخيار.

قلت: هذا الذي ذكره الغزالي ضعيف، وفي فتاوى صاحب «الشامل» لو تزوجت حرة برجل نكاحاً مطلقاً، فبان عبداً، فلها الخيار. وذكر غيره نحو هذا، والمختار ثبوت الخيار بالجميع، وقد أنكروا على الغزالي هذه المسألة. وقد ذكر الرافعي بعد هذا قبيل ذكر كتاب الصداق عن «فتاوى» القاضي حسين، أنها لو أذنت في تزويجها برجل ولم تعلم فسقه، فبان فاسقاً، صح النكاح لوجود الإشارة إلى عينه. قال البغوي: لكن لها حق الفسخ كما لو أذنت في تزويجها رجلاً ثم وجدته معيباً، وعجب من الإمام الرافعي كيف قال هنا ما قال مع نقله هذا عن البغوي. والله أعلم.

فرع: نكح إمراً يظنها مسلمة فخرجت كتابية، فالنص أن له الخيار، ولو ظنها حرة فخرجت أمة وهو ممن يحل له نكاح الأمة، فالنص أنه لا خيار، وللاصحاب طريقان: أحدهما: العمل بظاهر النصين ولتقصير ولي الكافرة بترك العلامة، ولأن الكفر منقّر. وأصحهما: جعل الصورتين على قولين. أظهرهما: لا خيار فيهما كما لو اشترى عبداً يظنه كاتباً فأخلف ظنه.

فصل: الخلف في الشرط، إذا قلنا: لا يفسد العقد وأنه يثبت الخيار، فمن له الخيار؟ إن أجاز العقد، كان للزوجة المهر المسمى، وإن فسخ، فإن كان قبل الدخول، لم يجب نصف المهر ولا المتعة، وإن كان بعد الدخول، فهل يجب مهر المثل أم المسمى أم أقلهما؟ فيه أوجه: الصحيح المنصوص، الأول. وهل يرجع الزوج بما غرمه من المهر على من غره؟ فيه التفصيل والخلاف السابقان في خيار العيب، وحكم النفقة والسكنى على ما تقدم.

فرع: قال الأصحاب: التغرير المؤثر هو الذي يكون مقروناً بالعقد على سبيل الشرط فلو سبق العقد، فالصحيح أنه لا يؤثر في صحة العقد ولا في الخيار. وقيل: يؤثر فيهما.

وأما الرجوع بالمهر، إذا قضينا بالرجوع على الغار، فقال الغزالي: التغرير السابق كالمقارن، وحقيقه الإمام فقال: لا يشترط في حصول التغرير دخول الشرط بين الإيجاب والقبول، ولا صدوره من العاقد لكن يشترط اتصاله بالعقد. فلو قال: فلانة حرة في معرض الترغيب في النكاح، ثم زوجها على الإتصال بوكالة أو ولاية، فهو تغرير، ولو لم يقصد بقوله تحريض سامع، واتفق بعد أيام أنه زوجها لمن سمع كلامه، فليس ما جرى تغريراً، وإن ذكره لا في معرض التحريض، وجرى العقد على

الاتصال أو ذكره في معرض التحريض، وجرى العقد بعد زمان فاصل، ففي كونه تغريراً تردد، ويشبه أن لا يعتبر الاتصال بالعقد على ما أطلقه الغزالي، لأن تعلق الضمان أوسع باباً.

فصل: إذا غر بحرية أمة وصححنا النكاح، فأولاده الحاصلون منها قبل العلم برقها أحرار لظنه الحرية، سواء أجاز العقد أو فسخه، إذا خيرناه، وسواء كان المغرور حراً أو عبداً، لاستوائهما في الظن، ثم على المغرور قيمة الأولاد لسيد الأمة على المشهور، لأنه فوت رقهم بظنه. وفي قول حكاة الحناطي: لا شيء عليه، لأنه معذور. فعلى المشهور إن كان المغرور حراً، فالقيمة مستقرة في ذمته، وإن كان عبداً، فهل تتعلق بذمته أم برقبته أم بكسبه؟ فيه أقوال، أظهرها الأول، وتعتبر قيمة الأولاد يوم الولادة. وأما الأولاد الحاصلون بعد علمه برقها، فهم أرقاء، سواء كان المغرور عربياً أو غيره. وللشافعي قول: أن العرب لا يجري عليهم الرق، والمشهور أن لا فرق. ثم في الفصل مسائل:

إحداها: في الرجوع بالمهر المغرور على الغار قولان كما سبق في العيب، وأما قيمة الأولاد، فيرجع بها على الغار على المذهب. وقيل: فيه القولان. وإذا قلنا بالرجوع، فإنما يرجع إذا غرم كالضامن. فقد سبق في الضامن وجه ضعيف أنه يرجع قبل غرمه، فيجيء مثله هنا. والصحيح، المنع. فعلى هذا لو كان المغرور عبداً وعلقنا القيمة بذمته، فإنما يرجع على الغار بعد عتقه، لأنه حينئذ يغرم. أما إذا علقناها بكسبه أو برقبته، وغرم سيده من كسبه، أو من رقبته، فيرجع في الحال، وللمغرور مطالبة الغار بتحصيله، كما ذكرنا في «باب الضمان».

المسألة الثانية: إذا كان المغرور عبداً وقد دخل بالمنكوحه، فحيث يجب المسمى يتعلق كسبه، وحيث يجب مهر المثل، فهل يتعلق بذمته، أم برقبته، أم بكسبه؟ فيه ثلاثة أقوال: أظهرها: الأول.

المسألة الثالثة: لا يتصور الغرور بحرية الأمة من السيد، لأنه متى قال: زوجتك هذه الحرة، أو على أنها حرة، عتقت. وإنما يتصور من وكيل السيد في تزويجها، أو منها، أو منهما، ولا اعتبار بقول من ليس بعاقده ولا معقوده عليه، فإن كان الغرور من الوكيل، رجع المغرور عليه بالقيمة إذا غرمها، وبالمهر إن أثبتنا الرجوع به. وإن كان الغرور من الأمة المنكوحه، كان الرجوع عليها، لكن لا يرجع في الحال، بل يتعلق الغرم بذمتها، تطالب به إذا عتقت، ولا يتعلق بكسبها قطعاً ولا برقبته على الصحيح، وسواء كان الرجوع عليها أو على الوكيل، يرجع بكل المهر، لأن المهر للسيد وقد أخذه. وإن كان الغرور منها ومن الوكيل، فالرجوع عليهما. وفي كفيته وجهان:

أصحهما: يرجع بالنصف على الوكيل في الحال، وبالنصف عليها إذا عتقت. والثاني: أنه له أن يرجع بالجميع على من شاء منهما، على الوكيل في الحال وعليها بعد العتق، فإن رجع - هكذا قال البغوي -: يرجع المأخوذ منه بالنصف على الآخر. وقال الحناطي وغيره: لا يرجع واحد منهما على الآخر، لأن التغيرير كامل من كل واحد منهما. ولو ذكرت للوكيل حريتها، ثم ذكرها الوكيل للزوج، رجع المغرور على الوكيل والوكيل عليها بعد العتق. وإن ذكرت للوكيل ثم ذكرت للزوج، فالرجوع عليها وإن ذكر الوكيل للزوج أيضاً، لأنها لما شافهت الزوج خرج الوكيل من الوسط، هكذا ذكره البغوي. وعلى هذا، فصورة تغيرهما أن يذكرهما معاً.

المسألة الرابعة: لو خرجت التي غر بحريتها مدبرة أو مكاتبة، أو أم ولد أو معلقة بصفة، فالكلام في صحة النكاح، ثم في إثبات الخيار كما سبق، إذا كانت قنة، لكن إذا خرجت مكاتبة وفسخ النكاح، فلا مهر لها إذا كان الغرور منها، لأن المهر للمكاتبة فلا معنى للغرم لها والإسترداد منها. وهل يجب أقل ما يجوز أن يكون مهراً؟ فيه الخلاف السابق في العيب. والأولاد الحاصلون قبل علمه بالحال أحرار، وعلى المغرور قيمتهم. ولمن تكون القيمة؟ يبنى على أن ولد المكاتبة قنّ للسيد أم مكاتب كالأم؟ وفيه قولان: وإذا قلنا: إنه مكاتب فقتله قاتل، فهل قيمته للسيد أم للمكاتبة تستعين به في الأداء؟ فيه قولان فإذا قلنا: الولد للسيد، أو قلنا: هو مكاتب، وإذا قتل، فالقيمة للسيد، غرم المغرور قيمة الأولاد للسيد، ويرجع بها على الوكيل، وعليها إن غرت، ويأخذ من كسبها. فإن لم يكن كسب، ففي ذمتها إلى أن تعتق. وإن قلنا: إن القيمة لها، فإن كان الغرور منها، لم يغرم القيمة لها كالمهر، وإن كان من الوكيل، غرم لها ورجع على الوكيل.

فرع: إذا حكمنا ببطالان النكاح بخلف الشرط، فالرجوع بمهر المثل إذا غرمه الزوج بالوطء والرجوع بقيمة الأولاد إذا غرمها على ما ذكرناه تفريعاً على صحة النكاح.

فرع: ما ذكرناه من وجوب قيمة الولد، هو فيما إذا انفصل الجنين حياً. فلو انفصل ميتاً، نظر إن انفصل بغير جنائية، فلا شيء عليه، ويجيء فيه وجه سبق نظيره في وطاء الغاصب جاهلاً بالتحريم. وإن انفصل بجنائية، بأن ضرب بطنها فأجهضت، فله أحوال:

أحدها: أن يكون الجاني أجنبياً، فيجب على عاقلته الغرة ويغرمه المغرور، لأنه يغرم له فيغرمه. وقيل: لا يغرمه إذ لا قيمة للميت، والصحيح الأول، وضمائه عشر قيمة الأم، لأن الجنين الرقيق يغرم بهذا القدر.

فإن كانت قيمة الغرة مثل عشر قيمة الأم، أو أكثر، فالمستحق للسيد عشر القيمة، وإن كان العشر أكثر، فوجهان: أحدهما: يستحق العشر وهو اختيار القاضي حسين والإمام وغيرهما، ونسبه البغوي إلى العراقيين، لأنه قدر ما فوته. والثاني: ليس له إلا قدر الغرة، ويعبر عن هذا بأن الواجب أقل الأمرين. فعلى الأول لا يتوقف تغريمه على حصول الغرة له. وعلى الثاني، يتوقف وينظر إلى ما يحصل له من الغرة، فإن كان يجوز ميراث الجنين، فذاك، وإلا، فيغرم أقل الأمرين من حصته من الغرة والعشر، ولا يتصور أن يرث مع الأب المغرور إلا الجدة أم الأم، ولا تسقط بالأم لأنها رقيقة.

الثاني: أن يكون الجاني هو المغرور، فعلى عاقلته الغرة، ويلزم المغرور عشر قيمة الأم إن قلنا في الحال الأول بالأصح: أنه يستحق العشر وتسلم الغرة للورثة، وإن قلنا بأقل الأمرين، تعلق حق السيد بالغرة فيؤدي منها، وما فضل يكون للورثة. وعلى التقديرين، لا يرث المغرور منها شيئاً، لأنه قاتل ولا يحجب من بعده من العصبات.

فإن كان المغرور عبداً، تعلق الغرة برقبته. ثم إن اعتبرنا الغرة ولم نوجب زيادة عليها، فإذا حصلت الغرة، صرف إلى السيد منها عشر قيمة الأم، فإن فضل شيء، فهو للورثة، وإن اعتبرنا التفويت، سلمت الغرة للورثة، وتعلق حق السيد بذمة المغرور.

الثالث: أن يكون الجاني عبد المغرور، فإن اعتبرنا التفويت، فحق سيد الأمة على المغرور، ولا تعلق الغرة برقبته إن كان المغرور حائز ميراث الجنين، لأنه لا يستحق على عبده شيئاً، وإن كان معه جدة الجنين، تعلق نصيبها برقبته، وإن اعتبرنا أقل الأمرين، تعلق الغرة برقبته ليؤدي منها حق السيد. فإن فضل منها شيء، فعلى ما ذكرنا.

الرابع: أن يكون الجاني سيد الأمة، فعلى عاقلته الغرة. ثم إن اعتبرنا التفويت، سلمت الغرة للورثة وغرم المغرور للسيد عشر قيمة الأم. قال الإمام: ويجوز أن يقال: انفصاله بجناية السيد، كانفصاله بلا جناية، فلا يغرم المغرور شيئاً، وإن اعتبرنا أقل الأمرين، فإذا حصلت الغرة، صرف منها العشر إلى السيد. فإن فضل شيء فهو للورثة. قال الإمام: إذا كانت الغرة قدر العشر أو أقل، وصرفناها إلى السيد، كان الحاصل إيجاب المال على عاقلة الجاني للجاني وهو مستبعد.

فرع: خيار الخلف هل هو على الفور؟ فيه طريقتان حكاهما ابن كج وغيره، المذهب: نعم كخيار العيب، والثاني: على أقوال خيار العتق. قال البغوي: وإذا

أثبتنا الفسخ، انفرد به من له الخيار، ولا يفتر إلى الحاكم كخيار عيب المبيع، ولكن هذا مختلف فيه، فليكن كخيار عيب النكاح.

السبب الثالث: العتق، فإذا عتقت أمة تحت حر، فلا خيار لها، وإن عتقت تحت عبد، فلها الخيار إن عتقت كلها، فإن أعتق بعضها، فلا خيار. وقال المزني: لها الخيار. ولو دبرت أو كوتبت أو علق عتقها بصفة، فلا خيار. ولو عتقت تحت مكاتب أو مدبر أو من بعضه رقيق، فلها الخيار. ولو عتق الزوج وتحتته أمة، فلا خيار له على الصحيح أو المشهور. ولو عتقا معاً، فلا خيار، ويثبت خيار العتق للصبي والمجنونة عند البلوغ والإفاقة، ولا يقوم الولي مقامهما في الفسخ والإجازة. ولو عتق الزوج قبل أن تفسخ العتيقة، بطل خيارها على الأظهر المنصوص في «المختصر».

فروع: الفرع الأول: طلقها رجعيًا فعتقت في العدة، فلها الفسخ ليقطع سلطنة الرجعة. وقيل: الفسخ موقوف، إن راجعها، نفذ، وإلا، فلا. والصحيح الأول. وإذا فسخت هل تستأنف عدة، أم تكفي بقية العدة؟ قولان كما لو طلق الرجعية. وإذا قلنا بالبناء، فتكمل عدة حر أو أمة؟ فيه خلاف موضعه «كتاب العدد». ولو أخرجت الفسخ، فلها ذلك، ولا يبطل لها. ولو أجازت، لم تنفذ الإجازة، لأنها محرمة جارية إلى بينونة، فالإجازة لا تلائم حالها. قال الإمام: ولم يخرجوه على وقف العقود، لأن شرط الوقف أن يكون مورد العقد قابلاً لمقصود العقد وحكي عن الشيخ أبي محمد حكاية وجه في نفوذ إجازتها. ونقل الغزالي عن بعضهم تخريجاً على وقف العقود، فإن راجعها، نفذت، وإلا، فلا. ولو ثبت لها خيار العتق، فطلقها قبل أن تفسخ، فإن كان طلاقاً رجعيًا، بقي حقها في الفسخ والحكم كما لو أعتقت في العدة. وإن كان بائناً، فقولان: أحدهما: أن الطلاق موقوف، وإن فسخت، بأن أنه لم يقع، وإلا بان وقوعه وهذا نصه في «الأم». وأظهرهما: يقع وهو نصه في «الإملاء» لمصادفته النكاح، ويبطل، ومنهم من أنكر القول الأول. ولو طلق الزوج المعيب قبل فسخها، ففي وقوع الطلاق ووقفه هذا الخلاف.

الفرع الثاني: إذا فسخت العتيقة قبل الدخول، فلا مهر، وليس للسيد منعها من الفسخ. وإن فسخت بعد الدخول، نظر، إن تقدم الدخول على العتق، وجب المسمى، وإن تأخر عنه وكانت جاهلة بالحال، وجب مهر المثل على المذهب. وقيل: المسمى، وقيل: خلاف فيهما. وأيهما أوجبناه، فهو للسيد، وكذا لو اختارت المقام معه، وجرى في العقد تسمية صحيحة أو فاسدة، فالمهر للسيد، لأنه وجب بالعقد. وإن زوجها مفوضة، فإن دخل بها الزوج أو فرض لها قبل العتق فهو للسيد

أيضاً. وإن عتقت ثم دخل بها، أو فرض لها، فهل المهر للسيد أم لها؟ قولان بناءً على أن مهر المفوضة يجب بالعقد أم بالفرض أو الدخول.

الفرع الثالث: خيار العتق على الفور على الأظهر، وفي قول: يمتد ثلاثة أيام، وفي قول: إلى أن يصرح بإسقاطه، أو تمكن من الوطء طائفة. وفي وجه: تتقدر بالمجلس. فإن قلنا بالفور، فهو كما ذكرنا في الرد بالعيب في البيع وفي الشفعة. قال الإمام تفريراً على القول الثاني: ابتداء الأيام الثلاثة من وقت تخييرها، وذلك إذا علمت بالعتق وثبوت الخيار، ولا يحسب من وقت العتق. وذكر تفريراً على القول الثالث، أنها لو مكنت ولم يصبها الزوج، لم يبطل حقها، لأن التمكين من الوطء لا يتحقق إلا عند حصول الوطء، وأنه لو أصابها الزوج قهراً، ففي سقوط الخيار تردد لتمكنها من الفسخ عند الوطء، فإن كان قبض على فمها، بقي حقها قطعاً. وعلى هذا القول لو قال: أصبتها فأنكرت، فأيهما يصدق؟ وجهان حكاهما ابن كج، لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الإصابة. وإذا اعتبرنا الفور، فتمكنت ولم تفسخ، أو مضت الأيام الثلاثة، أو مكنت من الوطء، إذا اعتبرنا ذلك، ثم ادعت الجهل بالعتق، صدقت بيمينها إن لم يكذبها ظاهر الحال. فإن كذبها، بأن كانت معه في بيته ويبعد خفاء العتق عليها، فالمصدق الزوج، هذا هو المذهب. وقيل: في المصدق قولان مطلقاً. فإن ادعت الجهل بأن العتق يثبت الخيار، صدقت على الأظهر. ولو ادعت الجهل بأن الخيار على الفور، قال الغزالي: لا تعذر، ولم أر المسألة لغيره من الأصحاب، ولكن ذكرها العبادي في «الرقم». وقال: إن كانت قديمة العهد بالإسلام وخالطت أهله، لم تعذر، وإن كانت حديثة العهد به أو لم تخالط أهله، فقولان.

فرع: هذا الفسخ لا يحتاج إلى مراجعة الحاكم، ولا إلى المرافعة إليه، لأنه ثابت بالنص والإجماع، كالرد بالعيب والشفعة.

قلت: وللزوج وطء العتيقة ما لم تفسخ، وكذا لزوج الصغيرة والمجنونة، العتيقين وطؤهما ما لم تفسخا بعد البلوغ والإفاقة. والله أعلم.

السبب الرابع: التعنين، فالتعنين مثبت للخيار، وكذا الجب إن لم يبق ما يمكن الجماع به، كأن لا يبقى قدر الحشفة، فإن بقي دون قدر الحشفة، أو بقي قدرها فأكثر، فلا خيار بسبب الجب على المذهب. وعن ابن سلمة، أنه خرجه على قولين كالخصي. فعلى المذهب: لو عجز عن الجماع به، فهو كالسليم العاجز، فتضرب له المدة. وعن الشيخ أبي حامد، ثبوت الخيار في الحال، لأن العيب متحقق، والظاهر دوام العجز، وفي معناه المرض المزمن الذي لا يتوقع زواله، ولا يمكن الجماع

معه، كذا ذكره الشيخ أبو محمد وغيره. ولو وجدت زوجها خصياً موجوء الخصيتين أو مسلولهما، فلا خيار على الأظهر الجديد. وقيل: لا خيار قطعاً.

فرع: العنة الطارئة لا تؤثر، لأن القدرة تحققت بالوطء، فالعجز بعارض. ولو كان له امرأتان، فعنّ عن إحداهما دون الأخرى، ثبت الخيار للتي عنّ عنها، لفوات الاستمتاع. قال الأصحاب: وقد يتفق ذلك لانحباس الشهوة عن امرأة معينة بسبب نفرة أو حياء، ويقدر على غيرها لميل أو أنس. فأما العجز المحقق لضعف في الدماغ أو القلب أو الكبد، أو لخلل في نفس الآلة، فإنه لا يختلف بالنسوة، وكذلك قد يفرض العجز عن القبل والقدرة على الدبر، فيثبت الخيار على الصحيح. وحكى الحناطي فيه وجهاً بعيداً، ولو عجز عن افتراخ بكر وقدر على ثيب، فللبكر الخيار.

فصل: إذا اعترفت بقدرته على الوطء وقالت: إنه يمتنع منه، فلا خيار لها، وهل لها مطالبة بوطأة واحدة؟ وهل يجبر هو عليها؟ وجهان: أحدهما: لا، لأنه حقه، فلا يجبر عليه كسائر الوطآت. والثاني: نعم لمعنيين. أحدهما: استقرار المهر. والثاني: حصول الاستمتاع للتعفف. فإن قلنا: تجب الوطأة فكانت أمة، فالطلب للسيد على المعنى الأول، ولها على الثاني. ولو أبرأت الحرة عن مهرها، فلا مطالبة على المعنى الأول، وتطالب على الثاني، ولا يرهق إلى الوطء بل يمهل ليستعد له على العادة. ولو كان به مرض أو عذر، أمهل إلى زواله. وإن أصر على الامتناع بلا عذر، حبس. قال الإمام: ولا يبعد أن يخرج من الإيلاء أن يطلق القاضي عليه، لكن لم يخرجوه.

فرع: تسقط مطالبة العنين بالفسخ، وغير العنين إذا أوجبنا وطأه بتغيب الحشفة، فإن أحكام الوطء كلها منوطة به كالتحليل، والتحصيل، والحدود، والكفارة، والغسل، وفساد العبادة، وثبوت المصاهرة وغيرها. قال الإمام: وسببه بعد الاتباع، أن الحشفة هي التي تحس تلك اللذة، قال: ويعني بتغيبها أن يشتمل الشفران وملتقاهما عليها. أما لو انقلب الشفران إلى الباطن وكانت الحشفة تلاقي ما انعكس من البشرة الظاهرة، ففيه تردد، لأنها حصلت في حيز الباطن. وذكر البغوي، أن أقل ما يزول به حكم التعنين إن كانت بكراً أن يفتضها بألة الافتضاخ. وإن كانت ثيباً، فإن تغيب الحشفة، وهذا يدل على الاقتضاخ لا يحصل بتغيب الحشفة. ولوجب بعض ذكره فغيب من الباقي قدر الحشفة، فهو كتغيب الحشفة من السليم. وقيل: يعتبر تغيب جميع الباقي وهو ظاهر نصه في «المختصر» ورجحه بعضهم، والأول أصح وظاهر النص مؤول.

فصل: وجدته عنيماً فرفعته إلى القاضي وادعت عنته، فإن أقر بها أو أقامت

بينة على إقراره بها، ثبتت. وإن أنكر، حلف، فإن حلف، لم يطالب بتحقيق ما قاله بالوطة، وامتنع الفسخ، ويعود ما سبق أنه هل يطالب بوطأة واحدة؟ وإن نكل، فثلاثة أوجه: أصحابها: ترد اليمين عليها، ولها أن تحلف إذا بان لها عنته بقرائن الأحوال وطول الممارسة. والثاني: يقضى عليه بالنكول، وتضرب المدة بغير يمين. والثالث: لا ترد عليها ولا يقضى بنكوله. وحكى أبو الفرج وجهاً أن تحليف الزوج لا يشرع أصلاً بناء على أن اليمين لا ترد عليها وهو ضعيف، ثم ثبوت العنة لا يفيد الخيار في الحال، لكن القاضي يضرب للزوج مدة سنة يمهلها فيها، وابتدؤها من وقت ضرب القاضي لا من وقت إقراره، لأنه مختلف فيه، وإنما تضرب المدة إذا طلبت المرأة، لكن لو سكتت وحمل القاضي سكوتها على دهشة أو جهل، فلا بأس بتنبهها ثم قولها: أنا طالبة حقي على موجب الشرع، كاف في ضرب المدة وإن جهلت تفصيل الحكم، وسواء في المدة الحر والعبد، فإذا تمت السنة ولم يصبها، لم يفسخ النكاح، وليس لها فسخه، بل ترفعه ثانياً إلى القاضي. وعن الإصطخري، أن لها الفسخ بعد المدة، والصحيح الأول. وإذا رفعته إليه، فإن ادعى الإصابة في المدة، حلف، فإن نكل، ردت اليمين على المرأة، وفيه الخلاف السابق. وإذا حلفت، أو أقر أنه لم يصبها في المدة، فقد جاء وقت الفسخ، فإن استمهل ثلاثاً، فهل يمهل؟ فيه الخلاف المذكور في الإيلاء. وفي استقلالها بالفسخ وجهان: أصحابهما: الاستقلال كما يستقل بالفسخ من وجد بالمبيع تغيراً وأنكر البائع كونه عيباً، وأقام المشتري بينة عند القاضي. والثاني: أن الفسخ إلى القاضي، لأنه محل نظر واجتهاد، أو يأمرها بالفسخ، وهذان الوجهان في الاستقلال بعد المرافعة، والوجهان السابقان في فصل العيوب مفروضان في الاستقلال دون المرافعة. وإذا قلنا: لها الفسخ بنفسها، فهل يكفي لنفوذ الفسخ إقرار الزوج، أم لا بد من قول القاضي: ثبتت العنة أو ثبت حق الفسخ فاختاري؟ فيه وجهان: أصحابهما: الثاني. ولو قالت: اخترت الفسخ، ولم يقل القاضي: نفذته، ثم رجعت، هل يصح الرجوع ويبطل الفسخ؟ وجهان في «مجموع ابن القطان». أصحابهما: المنع. ويشبه أن يكون هذا الخلاف مفرعاً على استقلالها بالفسخ، أما إذا فسخت بإذنه، فإن الإذن السابق كالتنفيذ.

فرع: إنما تحسب المدة إذا لم تعتزل عنه. فإن اعتزلت أو مرضت، لم تحسب. ولو سافرت حبست على الأصح لثلاث يدافع المطالبة بذلك. وإذا عرض ما يمنع الاحتساب في أثناء السنة وزال، فالقياس أن يستأنف السنة أو ينتظر مضي مثل ذلك الفصل في السنة الأخرى.

فرع: الفسخ بالعنة بعد ثبوتها، كالفسخ بسائر العيوب، والمذهب أنه على الفور، ويجيء فيه الخلاف السابق هناك. وإذا رضيت بالمقام معه بعد مضي المدة، يسقط حقها من الفسخ، ولا رجوع لها إليه. فإن فسخت في أثناء المدة، لم تنفذ. وإن أجازت ورضيت بالمقام معه في المدة، أو قبل ضرب المدة، فالأظهر أنه لغو، ويثبت لها الخيار بعد المدة. وإن رضيت بعد المدة ثم طلقها رجعيًا ثم راجعها، لم يعد حق الفسخ، لأنها رضيت بعنته في هذا النكاح، ويتصور الطلاق الرجعي بغير وطء يزيل العنة، بأن يستدخل ماءه، أو يطأها في الدبر، فتجب العدة وحكم العنة باق. ولو بانت بانقضاء العدة، أو كان الطلاق بائنًا، أو فسخت النكاح، ثم تزوجها ثانيًا، ففي تجديد حق الفسخ قولان: أظهرهما: التجدد، لأنه نكاح جديد، وتضرب المدة ثانيًا. ولو نكح امرأة ابتداءً، وأعلمها أنه عنين، فقال صاحب «الشامل» وغيره: هو على القولين. وذكر البغوي، فيما إذا نكح امرأة ابتداءً وهي تعلم أنه حكم بعنته في حق امرأة أخرى، طريقتين. أحدهما: على القولين. والثاني: القطع بالثبوت، لأنه قد يعجز عن امرأة دون أخرى. ولو نكح امرأة أو أصابها ثم أبانها ثم نكحها وعن عنها، فلها الخيار قطعاً لأنها نكحته غير عالمة بعنته.

فرع: إذا ادعت امرأة الصبي والمجنون العنة، لم تسمع دعوها ولم تضرب مدة، لأن المدة والفسخ يعتمدان إقرار الزوج أو يمينها بعد نكوله، وقولهما ساقط. ونقل المزماني أنه إن لم يجامعها الصبي، أجل، ولم يثبتته عامة الأصحاب قولاً وقالوا: غلط المزماني. وإنما قال الشافعي في «الأم» والقديم: إن لم يجامعها الخصي، أجل، وهذا المذكور في الخصي تفريع على أنه لا خيار بالإخصاء أو رضيت به ووجدته مع الأخصاء عنيماً، وإلا، فالخيار في الخصي لا تأجيل فيه كالجب. وحكى الحناطي وجهاً أن المراهق الذي يتأتى منه الجماع، تسمع دعوى التعنين عليه وتضرب له المدة، وبه قال المزماني وهو ضعيف.

فرع: جن الزوج في أثناء السنة، ومضت السنة وهو مجنون، فطلبت الفرقة، لم تجب إليها، لأنه لا يصح إقراره.

فرع: مضت السنة فأمهله شهرًا أو سنة أخرى، فوجهان: أحدهما وبه قال ابن القطان وغيره: لها ذلك، ولها أن تعود إلى الفسخ متى شاءت، كما إذا أمهل بعد حلول الأجل لا يلزم الإمهال، والصحيح بطلان حقها بهذا الإمهال لأنه على الفور.

فرع: إذا فسخت بالعنة، فلا مهر على المشهور، لأنه فسخ قبل الدخول. وفي قول: يجب نصف المهر، وفي قول كله، حكاهما صاحب «التقريب» عن حكاية الإصطخري.

فصل: قال الأصحاب: إذا اختلف الزوجان في الوطاء، فالقول قول نافيه عملاً بأصل العدم إلا في ثلاثة مواضع:

إحداها: إذا ادعت عنته فقال: أصبتها، فالقول قوله بيمينه، سواء كان ذلك قبل المدة أم بعدها، وسواء كان خصياً أو مقطوع بعض الذكر، إذا كان الباقي بحيث يمكن الجماع به، أو، ادعت عجزه. وقيل: في الخصي والمقطوع، فالقول قولها بيمينها، لأن ذلك يقوي جانبها، والصحيح الأول. ولو اختلفا في القدر الباقي، هل يمكن الجماع به؟ قال الأكثرون: فالقول قولها. وقال صاحب «الشامل»: ينبغي أن يرى أهل الخبرة ليعرفوا قدره، ويخبروا عن الحال، كما لو ادعت أنه محبوب فأنكر، قال المتولي: وهذا هو الأصح. ولو ادعت عجزه بعد مضي السنة، وادعى أنها امتنعت، فإن كان لأحدهما بينة، حكم بها، وإلا، فالقول قوله، لأن الأصل دوام النكاح. فإذا حلف، ضرب القاضي المدة ثانياً وأسكنهما في جوار قوم ثقات يتفقدون حالهما. فإذا مضت المدة، اعتمد القاضي قول الثقات وجرى عليه، كذا ذكره المتولي.

الموضع الثاني: إذا طالبت في الإيلاء بالفيأة والطلاق فقال: وطئتها، فالقول قوله استدامة للنكاح. ولو قالت في هذين الموضعين: أنا بكر، فوجهان: أحدهما وهو ظاهر النص: إن شهد أربع نسوة ببكرتها، حكم بعدم الإصابة من غير تحليلها، فلو قال بعد شهادتهن: أصبتها ولم أباغ، فعادت البكارة وطلب يمينها، سمعت دعواه وحلفت. وإن لم يدع شيئاً، لم تحلف. والثاني وبه قال أبو علي في «الإفصاح» وابن القطان وابن كج، والإمام والغزالي وغيرهم: تحلف الزوجة مع البينة على قيام البكارة، لأن البكارة وإن كانت موجودة، فاحتمال الزوال والعود قائم، وإن لم يدع الزوج، فلا بد من الاحتياط. ثم إذا حلفت بعد دعواه أو دونها حلفت على أنه لم يصبها، أو على أن بكرتها هي البكارة الأصلية، ولها حق الفسخ بعد يمينها. وإن نكلت، حلف الزوج وبطل الخيار. وإن نكل الزوج أيضاً، فوجهان: أصحهما: لها الفسخ ويكون نكوله كحلفها، لأن الظاهر أن بكرتها هي الأصلية. والثاني: المنع، لأن ما قاله محتمل، والأصل دوام النكاح.

الموضع الثالث: قالت، طلقني بعد الدخول فلي كل المهر، فقال: بل قبله فلك النصف، فالقول قوله للأصل، وعليها العدة مؤاخذه بقولها، ولا نفقة ولا سكنى، وللزوج نكاح بنتها وأختها وأربعاً سواها في الحال. فلو أتت بولدٍ لزم من محتمل، ثبت النسب وتقوى به جانبها، فيرجع إلى تصديقها، وتطالب الزوج بالنصف الثاني، ولا بد من يمينها على ما ذكره الإمام والعبادي، لأن ثبوت النسب لا يورث

يقين الوطىء، ويمكن أن يجيء فيه الخلاف المذكور فيما إذا ظهرت البكارة، وهذه الصورة هي محل الاستثناء من تصديق النافي. فإن لاعتن الزوج ونفى الولد، فقد زال المرجح فتعود إلى تصديقه، ويستمر الأمر على ما سبق.

وحيث قلنا: القول قول نافي الإصابة، فذلك إذا لم يوافق على جريان خلوه، فإن وافق، فقولان: أظهرهما: أن الحكم كذلك، والثاني: تصديق المثبت. فعلى هذا: تضم هذه الصورة إلى مواضع الاستثناء من تصديق النافي وتصير أربعة، وبالله التوفيق.

قلت: عجب قول الإمام الرافعي رحمه الله: فيما إذا أتت بولد لزمن محتمل أنها المصدقة ويمكن أن يجيء فيه الخلاف، والمسألة مشهورة، ففي «المهذب» و«التنبيه» وغيرهما من الكتب المشهورة، في المسألة قولان، في أن القول قولها، أم قوله، لأن النسب يثبت بالإمكان، ولأنه قد يولج بعض الحشفة أو يباشر فيما قارب الفرج فيدخل المني فيلحق النسب ولا وطء. والله أعلم.

الباب التاسع: فيما يملك الزوج من الاستمتاع

وفيه مسائل:

إحداها: له جميع أنواع الاستمتاع، إلا النظر إلى الفرج، ففيه خلاف سبق في حكم النظر، وإلا الإتيان في الدبر، فإنه حرام، ويجوز التلذذ بما بين الإليتين، والإيلاج في القبل من جهة الدبر.

فرع: الإتيان في الدبر كالإتيان في القبل في أكثر الأحكام، كإفساد العبادة ووجوب الغسل من الجانبين ووجوب الكفارة في الصوم والحج وغيرها، لكن لا يحصل به الإحصان ولا التحليل، ولا الفیاء في الإيلاء، ولا يزول حكم التعنين، وفي هذين الأخيرين وجه ضعيف.

ويثبت به النسب على الأصح، وإنما يظهر الوجهان فيما إذا أتى السيد أمته في دبرها، أو كان ذلك في نكاح فاسد. فأما في النكاح الصحيح، فإمكان الوطء كاف في ثبوت النسب، ويجب به مهر المثل في النكاح الفاسد قطعاً، ويستقر به المسمى في النكاح الصحيح على المذهب. فإن قلنا: لا يستقر، فقال الحناطي: لها مهر المثل، فإن وطئها بعده، فلها المسمى وترد مهر المثل على الأصح. وفي وجه: لها المسمى ومهر المثل. وإن لم يطأها وطلقها، فقد وجب لها مهر المثل، وللزوج عندها المسمى. فإن كانا من جنس، جرت أقوال التقاص، وهذا كلام مظلم لا يهتدى إليه.

قلت: الذي يقتضيه كلام الأصحاب، إنا إذا قلنا: لا يستقر المسمى، لا يجب أيضاً مهر المثل، وهذا الذي ذكره الحناطي مظلم كما قال الرافعي، وعجبٌ قوله: وإذا طلقها قبل الدخول، له عليها المسمى، وقد علم أن الطلاق قبل الدخول يشطر المسمى. والله أعلم.

وتثبت به المصاهرة على الأصح، والعدة على الصحيح، ولا يشترط نطق المصابة في دبرها إذا استؤذنت في النكاح على الأصح. وإذا وطئ أمته أو زوجته في دبرها، فلا حد على الصحيح.

قلت: قال أصحابنا: حكم الوطء في الدبر كالقبل إلا في سبعة أحكام: التحليل، والتحصيل، والخروج من الفياة، والتعنين، وتغير إذن البكر. والسادس، أن الدبر لا يحل بحال، والقبل يحل في الزوجة والمملوكة. والسابع: إذا جومت الكبيرة في دبرها، فاغتسلت ثم خرج مني الرجل من دبرها، لم يجب غسل ثان، بخلاف القبل، فقد يجيء في بعض المسائل وجه ضعيف، ولكن المعتمد ما ذكرناه. والله أعلم.

المسألة الثانية: العزل: هو أن يجامع، فإذا قارب الإنزال، نزع فأنزل خارج الفرج، والأولى تركه على الإطلاق. وأطلق صاحب «المهذب»، كراهته، ولا يحرم في السرية بلا خلاف، صيانة للملك، ولا يحرم في الزوجة على المذهب، سواء الحرة والأمة بالإذن وغيره. وقيل: يحرم، وقيل: يحرم بغير إذن وقيل: يحرم في الحرة.

وأما المستولدة، ففيها خلاف مرتب على المنكوحة الحرة، وأولى بالجواز لأنها غير راسخة في الفراش ولهذا لا يقسم لها. قال الإمام: وحيث حرمتنا، فذلك إذا نزع بقصد أن يقع الإنزال خارجاً تحرزاً عن الولد، فأما إذا نزع لا على هذا القصد، فيجب القطع بأن لا يحرم.

المسألة الثالثة: الاستمناء باليد حرام، ونقل ابن كج أنه توقف فيه في القديم. والمذهب الجزم بتحريمه، ويجوز أن يستمني بيد زوجته وجاريته، كما يستمتع بسائر بدنهما، ذكره المتولي، ونقله الروياني.

المسألة الرابعة: القول في تحريم الوطء في الحيض والنفاس وتحريم سائر الاستمتاع، كما سبق في «باب الحيض». ونقل ابن كج عن أبي عبيد بن حربويه، أنه يجتنب الحائض في جميع بدنهما.

قلت: هذا الوجه غلط فاحش، يخالف الأحاديث الصحيحة المشهورة

قوله ﷺ: «اصنعوا كل شيء سوى النكاح»^(١)؛ وأنه ﷺ: «كان يباشر الحائض فوق الإزار»^(٢) فقد خالف قائله إجماع المسلمين. والله أعلم.

المسألة الخامسة: لا بأس أن يطوف على إمامه بغسل واحد، لكن يستحب أن يخلل بين كل وطئين وضوء أو غسل الفرج، كما ذكرنا في «كتاب الطهارة»، ولا يتصور ذلك في الزوجات إلا بإذنه. وأما حديث «الصحيحين»: أن النبي ﷺ طاف على نسائه بغسل واحد، فمحمول على إذنه إن قلنا: كان القسم واجباً عليه ﷺ، وإلا فهن كالإماء.

المسألة السادسة: يكره أن يطأ وهناك أمته أو زوجته الأخرى، وأن يتحدث بما جرى بينه وبين زوجته أو أمته.

قلت: ويُسن ملاعبته الزوجة إيناساً وتلطفاً ما لم يترتب عليه مفسده، للحديث الصحيح: «هَلَّا تزوجت بكرةً تلاعبها وتلاعبك»^(٣). ويستحب أن لا يُعطلها، وأن لا يطيل عهدهما بالجماع من غير عذر، وأن لا يترك ذلك عند قدومه من سفره، لقوله ﷺ في الحديث الصحيح: «إذا قدمت فالكيس الكيس»^(٤)، أي: ابتغ الولد. والسنة أن يقول عند الجماع: باسم الله، اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقنا، للحديث الصحيح فيه^(٥)، ولا يكره الجماع مستقبل القبلة ولا مستدبرها، لا في البنيان ولا في الصحراء، ويحرم على الزوجة والأمة تحريماً غليظاً أن تمتنع إذا طلبها للاستمتاع الجائز، ولا يحرم وطء المرضع والحامل، ويكره أن تصف المرأة امرأة أخرى لزوجها من غير حاجة للحديث الصحيح، في النهي عن ذلك.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٣٠٢) وأبو داود في سننه برقم (٢٥٨، ٢١٦٥) والترمذي في سننه برقم (٢٩٧٧) والنسائي في سننه برقم (٢٨٧) وابن ماجه في سننه برقم (٦٤٤).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٣٠٠، ٣٠٢، ٢٠٣١) ومسلم في صحيحه برقم (٢٩٣) وأبو داود في سننه برقم (٢٦٨) والترمذي في سننه برقم (١٣٢) والنسائي في سننه برقم (٢٨٥) وابن ماجه في سننه برقم (٦٣٦).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥٣٦٧، ٦٣٨٧) ومسلم في صحيحه برقم (٧١٥) (٥٤) كتاب النكاح، والترمذي في سننه برقم (١١٠٠) والنسائي في سننه برقم (٣٢١٩).

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٧١٥) (٧٥) كتاب النكاح.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (١٤١، ٣٢٧١، ٣٢٨٣، ٥١٦٥، ٦٣٨٨، ٧٣٩٦) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٣٤) وأبو داود في سننه برقم (٢١٦١) والترمذي في سننه برقم (١٠٩٢) وابن ماجه في سننه برقم (١٩١٩).

الباب العاشر: في وطء الأب جارية ابنه ونكاحه إياها ووجوب إعفافه

فيه ثلاثة أطراف:

الطرف الأول: في وطئها، فيحرم على الأب وطء جارية ابنه مع علمه بالحال، فإن وطئها، نُظر، أهي موطوءة الابن أم لا؟
الحالة الأولى: أن لا تكون، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: لا حدّ على الأب لشبهة الإعفاف. وعن الإصطخري تخريج قول في وجوب الحدّ، والمذهب الأول. وعلى هذا، فيعزّر على الأصح، لحق الله تعالى. وقيل: لا يعزّر. فعلى تخريج الإصطخري: هو كالزنا بأمة أجنبي. فإن أكرهها، وجب مهر المثل، وإن طاوعته، فوجهان: وعلى المذهب: هو كوطء الشبهة، فعليه المهر للابن. فإن كان موسراً، أخذ منه. وإن كان معسراً ففي ذمته إلى أن يوسر. وقيل: إن كان معسراً، لم يثبت في ذمته. والصحيح الأول.

المسألة الثانية: كما يسقط الحد ويجب المهر، تثبت المصاهرة فتحرم الجارية على الابن أبداً، ويستمر ملكه عليها إذا لم يوجد على الأب إقبال، ولا شيء على الابن بتحريمها، لأن مجرد الحِل في ملك اليمين غير متقوم، وإنما المقصود الأعظم فيه المالية وهي باقية، وله تزويجها وتحصيل مهرها، بخلاف ما لو وطئ زوجة ابنه أو أبيه بالشبهة، فإنه يغرم المهر له، لأنه فوت الملك والحِل جميعاً، ولأن الحِلّ هناك هو المقصود.

المسألة الثالثة: إذا أحبلها بوطئه، فالولد نسيب حر، كما لو وطئ جارية أجنبي بشبهة. وهل تصير الجارية أم ولد للأب؟ فيه أقوال: أظهرها: نعم. والثالث: إن كان الأب موسراً، فنعم، وإلا، فلا. وضعف الأصحاب هذا. فإن قلنا به، قال الإمام: يجب أن تخرج الأقوال الثلاثة في تعجيل الاستيلاد، وتأخيرها إلى أداء القيمة أو التوقف، كما في سرية العتق في نصيب الشريك. وإذا قلنا: لا يثبت الاستيلاد، فعلى الأب قيمة الولد باعتبار يوم الانفصال إن انفصل حيّاً، لأن الرق اندفع بسببه. وإن انفصل ميتاً، فلا شيء عليه، ولا يجوز للابن بيع الأمة ما لم تضع، لأنها حامل بحرّ، وهل على الأب قيمتها في الحال للحيلولة ثم تسترد عند الوضع؟ وجهان: أصحهما: المنع، لأن يده مستمرة عليها ومتنفع بالاستخدام وغيره، بخلاف الأب من يد الغاصب. وهكذا الحكم في الجارية المغرور بحريتها، والموطوءة بشبهة إذا أحبلتا، وإذا ملك الأب هذه الجارية يوماً، هل تصير أم ولد؟ فيه قولان معروفان.

أما إذا قلنا بالأظهر: إنها تصير أم ولد، فيجب على الأب قيمتها مع المهر. فإن اختلفا في القيمة، فالقول قول الأب على المذهب، لأنه غارم، وقيل: قولان: ومتى ينتقل الملك في الجارية إلى الأب؟ فيه أربعة أوجه: أحدها: قبيل العلوق ليسقط ماؤه في ملكه صيانة له، وبهذا قطع البغوي. والثاني: مع العلوق، واختاره الإمام. والثالث: عند الولادة. والرابع: عند أداء القيمة بعد الولادة. وفي وجوب قيمة الولد على الأب وجهان: أحدهما: المنع. قال الإمام: لو فرض الإنزال مع تغييب الحشفة، فقد اقترن موجب المهر بالعلوق، فينبغي أن يُنزل المهر منزلة قيمة الولد. والذي أطلقه الأصحاب من لزوم المهر، محمول على ما إذا تأخر الإنزال عن موجب المهر على ما هو الغالب. قال البغوي: لا ولاء على الولد إن أثبتنا الإستيلاد، وكذا إن لم يثبت على الأصح.

المسألة الرابعة: استولد الأب جارية مشتركة بين ابنه وأجنبي، فثبت الاستيلاد في نصيب الابن على الأقوال السابقة، فإن أثبتناه وكان موسراً، سرى إلى نصيب الشريك، فالولد حر، وعلى الأب كمال المهر، وكمال القيمة للابن والأجنبي. وإن كان معسراً، لم يثبت الاستيلاد في نصيب الشريك، ويكون نصف الولد حراً ونصفه رقيقاً على الأظهر. وحكى أبو سعد الهروي وجهاً أن الاستيلاد لا يثبت في نصيب الشريك بحال، ولا يجعل حق الملك وشبهته كحقيقة الملك، ولو كان نصف الجارية للابن ونصفها حراً، اقتصر الاستيلاد على نصيب الابن لا محالة.

المسألة الخامسة: لو كان الأب المستولد رقيقاً، فلا حد عليه، ولا تصير أم ولد، لأنه لا يملك، والولد نسيب. وفي حرته وجهان: أفتى القفال بالحرية كولد المغرور، وقيمته في ذمته إلى أن يعتق، والمهر يتعلق برقبته إن كانت مكرهة، وإن طاعته، فهل يتعلق برقبته أم بذمته؟ قولان كما لو وطئ العبد أجنبية بشبهة. ولو كان الأب المحبل مكاتباً، ففي ثبوت الاستيلاد وجهان: بناءً على القولين في ثبوته إذا أولد جارية نفسه. ولو كان نصفه حراً ونصفه رقيقاً، لم يثبت الاستيلاد، ويكون نصف الولد حراً، وفي نصفه الآخر وجهان: قال البغوي: إن قلنا: إنه حر أيضاً، فعليه كمال قيمة الولد، نصفها في كسبه، ونصفها في ذمته. وإن قلنا: نصفه الآخر رقيق، فعليه قيمة نصفه في كسبه.

فرع: لا فرق في الأحكام المذكورة، بين الأب المسلم والذمي، وتجري الأقوال في ثبوت إستيلاد الذمي وإن كان الكافر لا يشتري المسلم، لأنه ملك قهري كالإرث.

فرع: وطء الأب جارية البنت والحفدة كجارية الابن بلا فرق.

الحالة الثانية: أن تكون الجارية موطوءة الابن، ووطئها الأب عالمًا بالحال، فلا حدّ عليه على الأصح أو الأظهر. والخلاف مبني على القولين في وجوب الحد على من وطئ جاريته المحرمة عليه برضاع أو نسب أو مصاهرة. الجديد الأظهر: لا حدّ. قال الروياني في «التجربة»: الخلاف فيما إذا لم يكن الابن استولدها، فإن كان، وجب الحد قطعاً، كذا قاله الأصحاب، لأنه لا يتصور أن يملكها بحال، بخلاف ما إذا كانت موطوءة غير مستولدة، فإن أوجبنا الحد على الأب، لم تحرم الجارية على الابن، ويجب المهر إن كانت مكرهة. وإن كانت طائعة، لم تجب على الأصح. وإن أولدها، لم تصر أم ولد له، ويكون الولد رقيقاً غير نسيب. وعلى هذا القياس إذا وطئ الرجل جاريته المحرمة عليه برضاع وغيره وأولدها، لا تصير أم ولد إن أوجبنا الحد. وقيل: يثبت النسب والاستيلاد هنا وفي جارية الابن وإن أوجبنا الحد فيهما، والصحيح الأول. ولو أولد أحد الشريكين الجارية المشتركة، ثبت النسب والاستيلاد، وإن قلنا بالقديم: إنه يجب الحد، لأنه وطئ صادف ملكه حقيقة، وإنما أوجبنا الحد صيانة لملك الشريك. أما إذا قلنا: لا حدّ على الأب، فهو كما لو كان جاهلاً يلزمه المهر، وتصير الجارية محرمة عليهما أبداً. فإن أولدها، فإن كانت مستولدة الابن، لم تصر مستولدة له، لأن أم الولد لا تقبل النقل، وإلا ففي مصيرها مستولدة للأب الأقوال الثلاثة السابقة في الحالة الأولى.

فرع: لو وطئ مكاتبه ابنه وأولدها ففي مصيرها مستولدة للأب وجهان: أحدهما: لا، لأن المكاتب لا تقبل النقل. والثاني: نعم، لأنها تقبل الفسخ، بخلاف الاستيلاد وهذا أصح عند البغوي، وبالأول قطع القاضي أبو سعد الهروي. قال: وليس كما لو أولد مكاتبته، فإنه ينفذ الاستيلاد، لأنه لا نقل، ولا يحتاج إلى فسخ الكتابة، بل يجتمع الاستيلاد والكتابة، ولا منافاة.

فرع: كانت جارية الابن منكوحة رجل، فأولدها الأب، ففي ثبوت الاستيلاد الأقوال الثلاثة، ويستمر النكاح وإن أثبتنا الاستيلاد، كما لو استولدها سيدها، ولا يجوز للزوج وطؤها في مدة الحمل.

فصل: لو وطئ الابن جارية الأب، فهو كوطئ الأجنبية. فإن كان بشبهة، نظر، إن ظنها أمته أو زوجته الحرة، فالولد حر وعليه قيمته للأب. وإن ظنها زوجته الرقيقة، انعقد الولد رقيقاً ثم عتق على الجدّ، ولا يجب على الابن قيمته. وإن وطئها عالمًا بالتحريم، فهو زنا يتعلق به الحد، لأن الابن لا يستحق الإعفاف على الأب، فلا شبهة له، بخلاف العكس، ويلزم الابن المهر إن كانت مكرهة، وإلا، فلا على الأصح. ولو أتت بولد، فهو رقيق للأب، ولا يعتق عليه، إذ لا نسب.

الطرف الثاني: في نكاحه جارية الابن، للشافعي رحمته الله في جوازه نصاب. قيل: هما قولان بناءً على وجوب الإعفاف، إن لم نوجب، جاز، وإلا، فلا. وقطع الجمهور بأنه لا يجوز قطعاً. قالوا: ونقل الجواز غلط، إنما قال الشافعي: يجوز أن يتزوج جارية أبيه، فصحف المزماني، ومنهم من تأوله، على ما إذا كان الابن معسراً لا يجد مؤونة الإعفاف وكانت له جارية يحتاج إلى خدمتها، فيجوز أن يتزوجها الأب، أو كان الأب مع إعساره صحيح البدن، فإن لا نوجب نفقته وإعفافه على قول، فيجوز أن يتزوجها. والصحيح في هاتين الصورتين، أنه يبني جواز نكاحه جارية الابن، على أنه لو أولد جارية ابنه، هل تصير مستولدة له؟ إن قلنا: لا، جاز، وإلا، فلا. وكذا الحكم إذا قلنا: لا يجب الإعفاف، هذا كله إذا كان الأب حراً. فلو كان رقيقاً، فله نكاح جارية ابنه، لأنه لا تجب نفقته، ولا إعفافه. وإذا استولد الرقيق جارية ابنه، لم تصر أم ولد له كما سبق. ولو نكح الأب جارية أجنبي، فملكها الابن، وكان الأب بحيث لا يجوز له نكاح الأمة، لم يفسخ نكاحه على الأصح. ويجري الوجهان فيما لو نكح جارية ابنه ثم عتق، هل يفسخ؟ إن قلنا: لا يفسخ، أو جوزنا نكاح جارية ابنه ابتداءً فأولدها، فقال الشيخ أبو حامد والعراقيون، والشيخ أبو علي والبغوي وغيرهم: لا تصير أم ولد له، لأنه رضي برق ولده حين نكحها، ولأن النكاح حاصل محقق، فيكون واطئاً بالنكاح لا بشبهة الملك، بخلاف ما إذا لم يكن نكاح. وقال الشيخ أبو محمد، ومال إليه الإمام: يثبت الاستيلاد وينفسخ النكاح.

فرع: لا يجوز للسيد نكاح جارية مكاتبه لشبهته فيها. ولو أولد أمة مكاتبه، صارت أم ولد للسيد. ولو نكح أمة فملكها مكاتبه، انفسخ نكاحه على الأصح، لأن تعلق السيد بملك المكاتب أشد من تعلق الأب.

قلت: ويجوز نكاح جارية ابنه من الرضاع، ونكاح جارية أبيه وأمه قطعاً، لعدم وجوب الإعفاف. والله أعلم.

الطرف الثالث: في إعفاف الأب. المشهور أنه يلزم الولد إعفاف الأب. وخرج ابن خيران قولاً أنه لا يجب، كما لا يجب إعفاف الابن، ولا الإعفاف في بيت المال، ولا على المسلمين. والتفريع على المشهور. فسبيل الإعفاف سبيل النفقة، فيجب للمعسر الزمن، وفي المعسر الصحيح قولان كالنفقة. وقيل: حيث تجب النفقة، فالإعفاف أولى، وإلا فقولان: لأن النفقة إذا لم تجب على الولد، وجبت في بيت المال. وقيل: حيث لا نفقة، فلا إعفاف، وإلا، فقولان لأن النفقة أهم، ولهذا يجوز للمضطر أكل طعام غيره، بخلاف الجماع.

فرع: حيث وجب الإعفاف، يستوي في لزومه الابن والبنت، ويثبت للأب

والأجداد من جهتي الأب والأم وإن علوا، ويثبت للكافر على الأصح. ولو اجتمع أصلاً محتاجان، فإن وفى مال الولد بإعفافهما، وجب. فإن لم يف إلا بأحدهما، نظر، إن اختلفا في الدرجة، قدم الأقرب إن استويا في العصوبة أو عدمها. فإن كان للأبعد عصوبة دون الأقرب، كأبي أبي أب، مع أبي أم، فالأول أولى على الأصح. وقيل: هما سواء. وإن لم يكن لواحد عصوبة، كأبي أم الأب، وأبي أبي الأم، فسواء. وحيث استويا، يقرع بينهما على الصحيح. وقيل: يقدم القاضي باجتهاده. قلت: قال الإمام: إن رأينا القرعة، لم يرفع الأمر إلى القاضي، وإن قلنا: يجتهد القاضي، فأدى اجتهاده إلى شيء، فعل. فإن استويا في نظره، تعينت القرعة. والله أعلم.

ولو اجتمع عدد ممن يجب عليهم الإعفاف، كالأولاد والأحفاد، فليكن حكمه كما سيأتي في النفقات إن شاء الله تعالى.

فرع: لا يجب إعفاف قادر على إعفاف نفسه بماله، وكذا الكسوب الذي يستغني بكسبه عن غيره، كذا قاله الشيخ أبو علي، وينبغي أن يجيء فيه الخلاف المذكور في النفقة. ولو وجد قدر النفقة، ولم يجد مؤونة الإعفاف، فهل يجب الإعفاف لحاجته إليه، أم لا لعدم وجوب النفقة؟ وجهان: أصحهما: الأول.

ولو سقط وجوب النفقة أياماً لعارض، قال الإمام: لا ينبغي أن يكون هنا خلاف في وجوب الإعفاف. ولو قدر على سرية ولم يقدر على مهر حرة، فالمتجه أن لا يجب إعفافه، لأنه لا يتعين في إعفافه تزويجه حرة كما سيأتي إن شاء الله تعالى.

فرع: شرط الإعفاف، الحاجة إلى النكاح، فإذا ظهرت الحاجة إلى قضاء الشهوة والرغبة في النكاح، صدق بغير يمين، لأن تحليفه في هذا المقام لا يليق بحرمة، لكن لا يحل له طلب الإعفاف إلا إذا صدقت شهوته، بحيث يخاف العنت أو يضر به التعزب، أو يشق عليه الصبر.

فصل: المراد بالإعفاف، أن يهيب له مستمتعاً، بأن يعطيه مهر حرة ينكحها، أو يقول: تزوج وأنا أعطي المهر، أو يباشر النكاح بإذن الأب ويعطي المهر، أو يملكه جارية تحل للأب، أو ثمن جارية. وسواء كانت الحرة المنكوحة مسلمة أو كتابية، وأوماً الروياني إلى وجه أن الكتابية لا تكفي وهو شاذ، وليس للأب أن يعين النكاح، ولا يرضى بالتسري، ولا إذا اتفقا على النكاح أن يعين ربيعة المهر لجمال أو شرف. ولو اتفقا على مهر مقدّر، فتعين المرأة إلى الأب، ولا يجوز أن يملكه أو يزوجه شوهاً، أو عجوزاً، ثم على الولد أن ينفق على زوجة الأب أو أمته ويقوم بمؤوناتها. ولو أيسر الأب بعدما ملكه الولد جارية أو ثمنها، لم يكن له الرجوع،

كما لو أعطاه نفقة فلم يأكلها حتى أيسر. ولو كان تحتها صغيرة أو عجوز، أو رتقاء ولم تندفع حاجته، فالقياس وجوب الإعفاف، وأنه لا يجتمع عليه نفقتان. ولو ماتت الأمة التي ملكه إياها، أو الحرة التي تزوجها، أو فسخت النكاح بعيبه، أو فسخ بعيبها، أو انفسخ بردة أو رضاع، بأن أرضعت التي نكحها صغيرة كانت زوجة له، وجب على الولد تجديد الإعفاف كما لو دفع إليه نفقة فسرت منه. وقيل: لا يجب، والصحيح الأول.

قلت: قال الإمام: ولو فرض الإعفاف مراراً، أو بموت الزوجات، تجدد الأمر بوجوب الإعفاف ما دامت الحاجة، ولا ينتهي ذلك، وإن كثر تكرار الإعفاف. والله أعلم.

فلو طلقها أو خالعها، أو أعتق الأمة، فإن كان لعذر من شقاق أو نشوز أو غيرهما، وجب التجديد على الأصح، وإلا فلا. وفي «التتمة» وجه، أنه إذا طلق، لزمه أن يزوجه مرة أخرى، أو يسريه. فإن طلق ثانياً، لم يزوجه بعد ذلك بل يسريه، ويسأل الحاكم الحجر عليه لئلا ينفذ إعتاقه. وإذا وجب التجديد، فإن كانت بائة، لزم التجديد في الحال، وإن كانت رجعية، لم يجب إلا بعد انقضاء العدة.

فرع: إذا قلنا: لا يجب الإعفاف، فلأب المحتاج أن ينكح أمة. وإن أوجبناه، فوجهان: أحدهما: يجوز لأنه غير مستطيع حرة وخائف العنت. وأصحهما: المنع، لأنه مستغن بمال ولده. فإن قلنا بالأول، حصل الإعفاف بأن يزوجه أمة.

الباب الحادي عشر: في أحكام نكاح الأمة والعبد

فيه طرفان:

الطرف الأول: في نكاح الأمة وفيه مسائل:

إحداها: إذا زوج أمته، لم يلزمه تسليمها إلى الزوج ليلاً ونهاراً، لكن يستخدمها نهاراً ويسلمها إلى الزوج ليلاً. ولو أراد السيد أن يسلمها نهاراً بدلاً عن الليل، لم يكن له. ولو قال السيد: لا أخرجها من داري، ولكن أخلي لك بيتاً لتدخله وتخلو بها، فقولان: أظهرهما: ليس له ذلك، فإن الحياء والمروءة تمنعانه دخول دار غيره. وعلى هذا، فلا نفقة على الزوج كما لو قالت الحرة: أدخل بيتي ولا أخرج إلى بيتك. والثاني، للسيد ذلك لتدوم يده على ملكه مع تمكن الزوج من حقه. فعلى هذا يلزمه النفقة. فإن قلنا بالأول، وكانت محترفة، فقال الزوج: دعوها تحترف للسيد في يدي وبيتي، فليس له ذلك على الأصح.

المسألة الثانية: للسيد أن يسافر بها، لأنه مالك رقبته، ولا يمنع الزوج من المسافرة معها، ولا يكلف أن يسافر بها وينفق عليها. وإذا لم يسافر معها، لم يكن عليه نفقتها. وأما المهر، فإن دخل بها، فقد استقر وعليه تسليمه، وإلا فلا. فإن كان سلمه، فله أن يسترده.

قلت: وليس للزوج المسافرة بها منفرداً إلا بإذن السيد. والله أعلم.

المسألة الثالثة: ولو سأمح السيد فسلمها ليلاً ونهاراً، فعلى الزوج تسليم المهر وتمام النفقة، وإن لم يسلمها إلا ليلاً، فهل تجب جميع النفقة أم نصفها، أم لا يجب شيء؟ فيه أوجه: أصحابها: عند جمهور العراقيين والبعوي: أنه لا يجب شيء، ويجري الوجهان الأخيران فيما إذا سلمت الحرة نفسها ليلاً واشتغلت عن الزوج نهاراً.

قلت: الصحيح الجزم في الحرة بأنه لا يجب شيء في هذه الحال. والله أعلم. وأما المهر، فقال الشيخ أبو حامد: لا يجب تسليمه كالنفقة. وقال القاضي أبو الطيب: يجب. قال ابن الصباغ: لأن التسليم الذي يتمكن معه من الوطاء قد حصل، وليس كالنفقة، فإنها لا تجب بتسليم واحد.

قلت: الأصح الوجوب. والله أعلم.

المسألة الرابعة: هلاك المنكوحه بعد الدخول، لا يسقط شيئاً من المهر حرة كانت، أو أمة، سواء هلكت بموت أو قتل. فأما إذا هلكت قبل الدخول، فإن قتل السيد أمته المزوجة، فالنص في «المختصر» أن لا مهر. ونص في «الأم» في الحرة إذا قتلت نفسها لا يسقط شيء من المهر. وللاصحاب طريقان: أحدهما: تقرير النصين. وأشهرهما: طرد قولين فيهما، ثم الحرة إذا ماتت أو قتلها الزوج، أو أجنبي، لم يسقط مهرها قطعاً، وكذا لو قتلت نفسها على المذهب. وأما الأمة، فإن قتلها سيدها، أو قتلت نفسها، سقط على المذهب وهو نصه. وإن ماتت أو قتلها الزوج أو أجنبي، لم يسقط على الصحيح.

قال البغوي: إذا قلنا: قتل السيد أمته يسقط المهر، فلو تزوج رجل أمة أبيه ثم وطئها الأب قبل أن يدخل بها الابن، وجب أن يسقط المهر؛ لأن قطع النكاح حصل من مستحق المهر قبل الدخول.

المسألة الخامسة: لو باع الأمة المزوجة، لم يفسخ النكاح ويكون المهر للبائع إن سمي في العقد مهر صحيح أو فاسد، سواء دخل بها قبل البيع أو بعده، لأنه وجب بالعقد وكان العقد في ملكه. ولو طلقها الزوج بعد البيع قبل الدخول، كان نصف المهر للبائع، وإن كان زوجها مفوضة ثم جرى فرض أو دخول قبل البيع،

فالمفروض أو مهر المثل للبائع أيضاً. وإن جرى الفرض أو الدخول بعد البيع، فهل المفروض أو مهر المثل للبائع أم للمشتري؟ فيه طريقتان: أصحابهما: على وجهين بناءً، على أن الوجوب بالفرض والدخول، أم نتيين بهما الوجوب بالعقد؟ وفيه قولان: أظهرهما الأول. وإن قلنا بالأول، فهو للمشتري، أو بالثاني، فللبائع. والطريق الثاني: أنه للبائع قطعاً، لأن العقد هو السبب وجرى في ملكه. ولو مات أحد الزوجين بعد البيع وقبل الفرض والدخول، وأوجبنا المهر، ففيمن يستحقه هذا الخلاف. ولو طلقها بعد البيع وقبل الفرض والدخول، فالمتعة للمشتري لأنها تجب بالطلاق وهو في ملكه. ولو أعتق أمته المزوجة، فالمهر على هذا التفصيل، فحيث جعلناه للبائع، فهو هنا للمعتق، وحيث جعلناه للمشتري، فهو للمعتقة، وحيث قلنا: هو للبائع، أو المعتق، ولم يجز دخول، فليس له حبسها لدفع الصداق، لأنها خرجت عن ملكه وتصرفه، وليس للمشتري ولا للمعتقة الحبس أيضاً لأنهما لا يملكان المهر. وحيث قلنا: المهر للمشتري، أو المعتقة فلهما الحبس لاستيفائه. ولو أعتقها وأوصى لها بصداقها، فليس لها حبس نفسها لاستيفائه، لأن استحقاقها بالوصية لا بالنكاح. ولو تزوج أمة ولده، ثم مات وعتقت وصار الصداق للوارث، فليس له حبسها، إذ لا ملك له فيها.

فرع: هذا الذي ذكرناه كله في النكاح الصحيح، أما إذا زوّجها تزويجاً فاسداً، ثم باعها ووطئها الزوج بعد البيع، فمهر المثل للمشتري، لأنه وجب بالوطء في ملكه، وإن وطئ قبل البيع فللبائع.

المسألة السادسة: قد سبق أنه يجوز أن يزوج أمته بعبده، ولا مهر، لأن السيد لا يثبت له دين على عبده، ولهذا لو أتلف ماله لم يقتض ضماناً في الحال ولا بعد العتق. قال الشيخ أبو علي: وهل نقول: وجب المهر لحرمة النكاح ثم سقط، أم لم يجب أصلاً؟ فيه وجهان: ولو أعتقها أو أحدهما، فلا مهر لا للسيد ولا للمعتقة وإن جرى الدخول بعد العتق، وكذا لو باعها ودخل الزوج بها في ملك المشتري، فلا مهر، لأنه ملك بضعها أولاً بلا مهر، وفيه احتمال للشيخ أبي علي على قولنا: لا يجب بالعقد أصلاً. قال: ولا يجيء الاحتمال على قولنا: يجب ثم يسقط، لأنه كالمقبوض.

فصل: إذا قال لأمته: أعتقتك على أن تنكحيني، أو على أن أنكحك، لم تعتق إلا بالقبول على الاتصال. وسواء قال مع ذلك: وعتقت صداقك أو لم يقل. ولو قالت ابتداءً: أعتقني على أن أنكحك، فأجابها إليه، فكذلك، ثم لا يلزمها الوفاء، لأن النكاح لا يصح التزامه في الذمة. وفي «شرح مختصر الجويني» وجه،

عن أبي إسحاق، أنه يلزمها الوفاء، وهو شاذ لا التفات إليه، والصواب الأول، ويلزمها قيمتها للسيد، لأنه أعتقها على عوض لم يسلم، فصار كإعتاقها على خمر، وسواء في لزوم القيمة وفت بالنكاح المشروط أو لم تف. ولو رغبت في النكاح، فللسيد أن يمتنع ولا تسقط القيمة بذلك. ولو تراضيا على النكاح وأصدقها غير القيمة، فلها ما أصدقها وله عليها القيمة، وقد يقع التقاص. وإن أصدقها القيمة، فإن علماها عند العقد، صح الاصداق، وبرئت ذمتها. وإن جهلاها جميعاً أو أحدهما، فوجهان: أحدهما: فساد الصداق كسائر المجهولات. فعلى هذا، لها مهر المثل وعليها القيمة. والثاني وبه قال ابن خيران: يصح، لأن القيمة لم تثبت مقصودة، وكما لو أصدقها عبداً جهلاً بقيمته. ولو أتلفت امرأة على رجل عبداً، فتزوجها بقيمته المجهولة، فسد الصداق قطعاً، ورجعت إلى مهر المثل.

قال الإمام: ولو طُرِدَ الوجهان هنا لكان قياساً، ولو نكحها المعتقد على أن يكون عتقها صداقها، فسد الصداق لأن العتق قد تقرر فلا يكون صداقاً لنكاح متأخر. وفي «الرقم» للعبادي وجه، أنه يصح، وكأنه بالشرط جعل رقبته صداقاً، والصحيح الأول. والمستولدة، والمدبرة، والمكاتبة، والمعتقد بعضها، حكمهن في الإعتاق على أن ينكحن حكم القننة. وحكى ابن القطان وجهاً، أنه لا قيمة على المستولدة لأنها لا تباع. ولو قال لغيره: أعتق عبدك عني على أن أنكحك بنتي، فأجاب، أو قالت امرأة: أعتقه على أن أنكحك، ففعل، عتق العبد، ولم يلزم الوفاء بالنكاح. وفي وجوب قيمة العبد، وجهان بناءً على القولين فيما لو قال: أعتق عبدك عنك على ألف علي، هل يلزمه الألف أم لا؟ أحدهما: عند الشيخ أبي حامد والبخاري وغيرهما: أنه لا يلزمه، إذ لا يعود إليه نفع بعتقه. ولو قال لأمه: أعتقتك على أن تنكحي زيدا، فقبلت، ففي وجوب القيمة وجهان حكاهما الحناطي.

فرع: قالت لعبدها: أعتقتك على أن تنكحني، ففي افتقار عتقه إلى قبوله وجهان: أحدهما: نعم. فإذا قبل، عتق ولزمه قيمته، ولا يلزمه الوفاء. وأحدهما: لا، بل يعتق بلا قبول ولا شيء عليه.

فرع: إذا لم يأمن السيد وفاءها بالنكاح ولم يرد العتق إن لم تنكحه، فهل لذلك طريق يثق به؟ وجهان: أحدهما: نعم. قال ابن خيران: وطريقه أن يقول: إن كان في علم الله تعالى أن أنكحك أو تنكحيني بعد عتقك، فأنت حرة. فإن رغبت وجرى النكاح بينهما، عتقت وحصل غرض السيد، وإلا استمر الرق. ونسب الإمام هذا الوجه إلى صاحب «التقريب»، وعبارته في هذا التعليق: إن يسر الله تعالى بيننا نكاحاً فأنت حرة قبله بيوم، فإذا مضى يوم ونكحته، انعقد النكاح وتبين حصول العتق

قبله بيوم، وذكر اليوم جرى تمثيلاً، ويكفي أن يقول: فأنت حرة قبل.
والوجه الثاني وبه قال أكثر الأصحاب: لا يصح النكاح في هذه الصورة، ولا يحصل العتق لأنه حال العتق شاك، هل هي حرة أو أمة، كما إذا قال لأمته: إن دخلت الدار فأنت حرة قبله بشهر، وأراد أن ينكحها في الحال، لا يصح.

الطرف الثاني: في نكاح العبد وفيه مسائل:

إحداها: المهر والنفقة لازمان في نكاح العبد لزومهما في نكاح الحر.
وبما يتعلقان؟ نظر هل العبد محجور عليه أم مأذون له في التجارة؟ فهما حالان:

الحال الأول: المحجور عليه، فينظر، أمكتسب هو أم لا؟ إن كان مكتسباً تعلقا بكسبه، ويتعلقان بالكسب العام كالاصطياد والاحتطاب وما يحصله بصنعة وحرقة، وبالأكساب النادرة كالحاصلة بالوصية والهبة. وفي وجه: لا يتعلقان بالنادر. والصحيح الأول، وإنما يتعلقان بما كسب بعد النكاح. فإن كان المهر مؤجلاً، لم يتعلق إلا بما كسبه بعد حلول الأجل. وهل للعبد أن يؤجر نفسه للمهر والنفقة؟ وجهان بناءً على بيع المستأجر. إن جوزناه، جاز، وإلا، فلا لثلا يمنع البيع على السيد. قال المتولي: والوجهان في إجارة العين. فأما إذا التزم عملاً في الذمة، فالمذهب جوازه، لأنه دين في ذمته لا يمنع البيع.

وطريق الصرف إلى المهر والنفقة، أن ينظر في الحاصل كل يوم فيؤدي منه النفقة إن وفي بها، فإن فضل شيء صرف إلى المهر، وهكذا كل يوم حتى يتم المهر، فإذا تم، صرف الفاضل عن النفقة إلى السيد، ولا يدخر للنفقة.

وإن لم يكن مكتسباً، فهو في ذمة العبد، أم في رقبته، أم على السيد؟ فيه ثلاثة أقوال: أظهرها الأول. وطرده القاضي أبو حامد القول الثاني في المكتسب.

الحال الثاني: أن يكون مأذوناً له في التجارة، فالمهر والنفقة يتعلقان بربح ما في يده، لأنه كسبه، ويتعلقان برأس المال على الأصح. وفي الربح الذي يتعلق به وجهان: أحدهما: الحاصل بعد النكاح فقط، كما في كسب غير المأذون له. وأصحهما: يتعلق به وبالحاصل قبل النكاح أيضاً، هذا كله في المهر الذي تناوله الإذن. أما لو قدر السيد مهراً، فزاد العبد، فالزيادة لا تتعلق إلا بالذمة.

المسألة الثانية: يجب على السيد تخلية العبد بالليل للاستمتاع، وله أن يستخدمه نهائراً إذا تكفل بالمهر والنفقة، وإلا فعليه أن يخليه ليكتسب. فإن استخدمه ولم يلتزم شيئاً، لزمه الغرم لما استخدمه. وفيما يغرمه وجهان: أحدهما: أقل الأمرين من أجره المثل وكمال المهر والنفقة. والثاني: كمال المهر والنفقة. وعلى

الوجهين في المراد بالنفقة وجهان: الصحيح: نفقة مدة الاستخدام. والثاني: نفقة مدة النكاح ما امتدت، لأنه ربما كان يكسب ما يفي بجميع ذلك. ولو استخدمه أجنبي، لم يلزمه إلا أجره المثل، لأنه لم يوجد منه إلا الإتلاف، ولم يسبق منه ما سبق من السيد، وهو الإذن المقتضي للالتزام مؤن النكاح.

المسألة الثالثة: للسيد أن يسافر بالعبد وإن تضمن منعه من الاستمتاع، لأنه مالك الرقبة، كما يسافر بالأمة المزوجة، ثم للعبد أن يسافر بزوجه معه. قال البغوي: ويكون الكراء في كسبه. فإن لم تخرج الزوجة معه، أو كانت رقيقة فمنعها سيدها، سقطت نفقتها. وإن لم يطالبها الزوج بالخروج، فالنفقة بحالها، والسيد يتكفل بها، فإن لم يفعل، ففيما يغرمه في مدة السفر الخلاف السابق. هذا هو المنقول في الطرق، ونص عليه في «المختصر». ونقل الإمام عن العراقيين، أنه ليس للسيد استخدامه، ولا أن يسافر به ما بقيت عليه مؤنة من مؤن النكاح، وجعل المسألة ذات خلاف للأصحاب، ولا يكاد يتحقق فيها خلاف.

فرع: أكثر ما ذكرناه في هذه المسائل متفرع على القول الجديد، وهو أنه إذا أجرى النكاح بإذن السيد، لا يصير ضامناً بالإذن للمهر والنفقة، لأنه لم يلتزمه تصريحاً ولا تعريضاً. وقال في القديم: يصير ضامناً بالإذن ملتزماً بالمهر والنفقة. واتفق الأصحاب على أن الجديد هو الأظهر. فعلى الجديد: لو أذن بشرط الضمان لم يصير ضامناً أيضاً، لأنه لا وجوب عند الإذن. وإذا قلنا بالقديم، فهل يجب على السيد ابتداءً، أم يلاقي العبد ثم يحمل عنه السيد؟ وجهان حكاهما أبو الفرج الراز. فعلى الأول: لا تتوجه المطالبة إلا على السيد. ولو أبرأت العبد، فهو لغو. وعلى الثاني: تتوجه المطالبة عليهما، ويصح إبراء العبد، ويرأ به السيد. وصحح أبو الفرج الوجه الثاني، وقطع البغوي بالأول، وكلام الإمام يقرب منه.

فرع: في فتاوى القاضي حسين، أنه لو زوّج أمته عبده، فنفقة الأمة على السيد كنفقة العبد. فلو أعتقها السيد وأولادها، سقطت نفقتهم عنه، وتعلقت نفقتها بكسب العبد، وعليها نفقة الأولاد إن كانت موسرة، وإلا ففي بيت المال. ولو أعتق العبد دونها، سقطت نفقتها عنه، وكانت نفقة الأمة على العتيق كحر تزوج أمة غيره.

المسألة الرابعة: هذا الذي سبق حكم المهر في النكاح الصحيح. وأما المهر في النكاح الفاسد، فله صورتان:

إحداهما: إذا فسد نكاح العبد لجريانه بغير إذن سيده، فرق بينه وبين المرأة، فإن دخل بها قبل التفريق، فلا حدّ للشبهة، ويجب مهر المثل. وهل يتعلق بذمته لكونه وجب برضى مستحقّه، أم برقبته لأنه إتلاف؟ فيه قولان: أظهرهما: الأول،

ومنهم من قطع به . وإن جرى النكاح بغير إذن مستحق المهر، بأن نكح أمة بغير إذن سيدها ووطئها، فطريقان: أحدهما: القطع بتعلقه بالرقبة، وبه قال ابن الحداد، كما لو أكره أمة أو حرة على الزنا. والثاني: طرد القولين، لأن المهر وإن كان لغيرها فيمكنها إسقاطه في الجملة بإرضاع أو ردة.

الصورة الثانية: أذن سيده في النكاح، فنكح نكاحاً فاسداً ودخل بها قبل التفريق فهل يتعلق المهر بذمته، أم برقبته، أم بكسبه؟ أقوال: أظهرها: الأول. ولو نكح بالإذن صحيحاً، لكن فسد المهر، قال الصيدلاني: تعلق مهر المثل بالكسب قطعاً. ولو صرح بالإذن في نكاح فاسد ووجب مهر المثل، فقياس هذه الصور تعلقه بالكسب.

فرع: في فتاوى القاضي حسين أنه لو اختلف السيد والعبد في الإذن في النكاح، فقال السيد: ما أذنْتُ، فالوجه أن تدعي المرأة على السيد أن كسب هذا العبد مستحق لي لمهري ونفقتي لسمع القاضي البيه.

فصل: سبق في «باب موانع النكاح» أنه متى ملك أحد الزوجين جزءاً من الآخر، انفسخ النكاح. فلو كان لرجل عبدٌ في نكاحه أمة، فأعطاه مالاً وقال: اشتريها لي، ففعل، صح واستمر النكاح، كما يجوز أن يزوج عبده بأمته. ولو ملكه المال فقال: اشتريها لنفسك، ففعل، فإن قلنا: يملك العبدُ بتمليك السيد، انفسخ النكاح، وإلا، فالملك للسيد، والنكاح مستمر. ولو اشترى من بعضه حر زوجته، نظر، إن اشتراها بالكسب المشترك بينهما وبإذن سيده، ملك جزءاً منها وانفسخ النكاح. وإن لم يأذن السيد، لم يصح في نصيبه، وفي نصيب العبد قولاً تفريق الصفة. إن صح فيه، انفسخ النكاح. وإن اشتراها بخالص ماله، انفسخ النكاح وإن اشتراها بخالص مال سيده من كسبه بإذنه، لم ينفسخ، وهكذا الحكم لو اشترت من بعضها حر زوجها.

فرع: متى ملكت زوجها بشراء أو هبة وغيرهما، نظر، إن كان قبل الدخول، فهل يسقط كل المهر، أم نصفه؟ وجهان: وقيل: قولان: أحدهما: كله، ومنهم من قطع به. وإن كان بعد الدخول، لم يسقط شيء من المهر بالانفساخ. فإن كانت قبضته، لم ترد شيئاً منه، وإلا فقد ملكت عبداً لها في ذمته دين، وفيه وجهان سبقا في «كتاب الرهن» وغيره. أحدهما: يسقط كما لا يثبت له على عبده دين ابتداءً. وأصحهما: يبقى، لأن الدوام أقوى من الإبتداء. فإن قلنا: يسقط، برئت ذمة العبد من المهر، وللبائع الثمن عليها، وإن قلنا: يبقى، فلها مطالبة العبد إذا عتق، وللبائع الثمن عليها في الحال. فإن كان السيد البائع وضمن المهر، فلها عليه المهر

بالضمان، وله عليها الثمن وقد يقع التقاوص. أما إذا ملك زوجته بالشراء، فينظر، إن ملكها بعد المسيس، فعليه المهر للبائع مع الثمن. وإن ملكها قبله، فالمذهب وهو نصه: أنه يجب نصف المهر. وقيل: لا يجب شيء.

ولو نكح جارية مورثه كأبيه، ثم ملك بالإرث كلها أو بعضها، فإن كان بعد الدخول، لم يسقط المهر بالانفساخ لاستقراره وهو تركه للميت. فإن احتيج إليه لقضاء دين وتنفيذ وصية، فعل؛ وإلا سقط إن كان الناكح حائراً، وإلا فلغيره من الورثة استيفاء نصيبه. وإن كان قبل الدخول، فوجهان: أحدهما قاله ابن الحداد: يسقط جميع المهر: فيستردّه، من التركة إن كان قبض. وأصحهما: لا يسقط إلا النصف. فعلى هذا: إن كان حائراً، سقط النصف الآخر لأنه مستحقه، وإلا سقط نصيبه وللآخر نصيبه. ولو زوج رجل بنته بعبد بإذنها، ثم مات فورثت بعض زوجها، فإن كان بعد الدخول، فقسّط ما ورثته من المهر دين لها على مملوكها، ولها المطالبة بالباقي من كسب ما تراث منه. وإن كان قبل الدخول، فعلى قول ابن الحداد: يسقط جميع المهر. وعلى الأصح: لا يسقط إلا النصف، وحكم النصف الباقي حكم الجميع بعد الدخول، وجميع ما ذكرناه إذا اشترت زوجها بغير الصداق. فلو اشترته بعين الصداق، فيقدم عليه مقدمتين:

إحدهما: إذا نكح العبد نكاحاً صحيحاً وقلنا: لا يصير السيد ضامناً للمهر بالعقد. فلو ضمن عنه، جاز، لأنه ضمان دين لازم. ثم إن كان العبد كسوباً، فللزوجة مطالبة العبد والسيد جميعاً، وإلا، فلا يطالب السيد، وكذا الحكم لو طلقها بعد الدخول والمهر غير مقبوض. وإن طلقها قبل الدخول، سقط نصف المهر عنها، ومطالبتها بالنصف الآخر على التفصيل المذكور. فإن كانت قبضت المهر، ردت نصفه على السيد إن بقي الزوج على الرق عند الطلاق. فإن كان أعتقه، فعلى الزوج.

المقدمة الثانية: صورة البيع بعين الصداق، أن يلتزم السيد الصداق، إما بأصل العقد على القديم، وإما بالضمان اللاحق على الجديد، ويصرح المتبايعان بالإضافة إليه، بأن يقول سيد العبد لزوجته الحرة: بعتك زوجك بصداقك الذي يلزمني وهو كذا، فتشتري. أما إذا صرحا بالمغايرة أو طلقا، فهو بيع بغير الصداق.

مثاله: كان الصداق ألفاً، فقال: بعتك بألف غير الصداق، أو بألفين، أو أطلق فقال: بعتك بألف. ولو اختلف جنس الصداق، فلا شك في المغايرة. ولو دفع عيناً إلى عبده ليجعلها صداق من ينكحها، ففعل، ثم باعها العبد بتلك العين، فهو بيع بالعين.

إذا عرفت المقدمتين، فالبيع بعين الصداق، إما أن يجري قبل الدخول، وإما بعده.

الحالة الأولى: أن يجري قبله. فإن قلنا بالأصح: إنه يسقط كل المهر، لم يصح البيع، بل يستمر النكاح، لأنه لو صح البيع لملك زوجها وانفسخ النكاح وسقط المهر، وعري البيع عن العوض وبطل، فتصححه يؤدي إلى بطلانه، هذا ما نص عليه الشافعي والأصحاب رحمهم الله تعالى. وقال الشيخ أبو علي: يجب عندي أن يصح البيع ويبطل النكاح، لأن البيع وارتفاع النكاح لا يقعان معاً، بل يكون الفسخ بعد البيع وحصول الملك حتى لا يحكم بانفساخ النكاح ما دام في المجلس، إن قلنا: إن الخيار يمنع حصول الملك للمشتري. وإذا كان الانفساخ عقيب البيع والملك، كان في زوال ملكها عن الصداق مع حصول ملكها في الرقبة، فلا يبطل الثمن بالانفساخ، بل أثر الانفساخ الرجوع إلى بدل الصداق، وهذا الذي قاله أبو علي، نقله المتولي وجهاً. وإن قلنا: إن تملكها الزوج قبل الدخول، يقتضي تنصيف المهر، بني على خلاف سنذكره في الحالة الثانية إن شاء الله تعالى، وهي إذا جرى بعد الدخول. فإن لم نصحح البيع هناك، فكذا هنا، وإلا بطل البيع هنا في نصف العبد، ويخرج في الباقي على تفريق الصفقة. فإن فرقنا، انفسخ النكاح. هذا قول الجمهور، وعلى قول الشيخ أبي علي: يصح البيع في جميعه لا محالة.

الحالة الثانية: أن يجري البيع بعين الصداق بعد الدخول، فيبنى على الخلاف في أن من ملك عبداً له عليه دين، هل يسقط ذلك الدين؟ إن قلنا بالأصح: إنه لا يسقط، صح البيع، وتصير مستوفية للمهر المستقر بالدخول، ولا شيء لواحد من المتبايعين على الآخر. وإن قلنا: يسقط وتبرأ ذمة العبد، فهل يصح البيع أم لا؟ وجهان: أحدهما: الصحة، وبه قطع الشيخ أبو حامد، ونقله القفال عن شيوخ الأصحاب، إذ ليس هو كما قبل الدخول، فإن سقط المهر هناك بانفساخ النكاح، بدليل أنه لو كان مقبوضاً، وجب رده فلا يمكن جعله ثمناً، وهنا السقوط بحدوث الملك. وإذا جعل ثمناً، فكأنها استوفت الصداق قبل لزوم البيع، فليس لها بعدما ملكت الزوج صداق في رقبته حتى يسقط، وجميع ما ذكرناه فيما إذا اشترت زوجها وهي حرة. فأما إذا كانت أمة فاشتريته بإذن سيدها، أو كانت مأذوناً لها في التجارة فاشتريته للتجارة، فيصح البيع ويستمر النكاح، سواء كان قبل الدخول أو بعده، وسواء اشترت بعين الصداق أم بغيره، لأن الملك للسيد، لكن إذا اشترته بعين الصداق، برئ السيد والعبد، لأن الكفيل إذا أدى برئ الأصيل، ولا رجوع للسيد على العبد كما لو ضمن عنه ديناً آخر آذاه في رقه وإن اشترته بغير الصداق، ففي

سقوط الصداق على العبد لكون سيدها ملكه وله عليه دين الوجهان المتكرران، فإن سقط، برىء سيده البائع عن الضمان لبراءة الأصيل، ويبقى الثمن بحكم الشراء، وإلا، فلسيد الأمة على بائع العبد الصداق، وللبائع عليه الثمن، وقد يقع التقاص، فإذا تقاصا، برئت ذمة العبد عن حق المشتري لأنه بالتقاص استوفى حقه من البائع.

فصل: في مسائل من الدور الحكمي

عادة الأصحاب ذكر هذه المسائل هنا. والمسائل التي يقع فيها الدور نوعان:

أحدهما: ينشأ الدور فيه من محض حكم الشرع، كما ذكرنا فيما إذا اشترت زوجها قبل الدخول بالصداق الذي ضمنه السيد، فإنه لو صح البيع ثبت الملك. وإذا ثبت الملك، انفسخ النكاح، وإذا انفسخ، سقط المهر المجعول ثمنًا، وإذا سقط، فسد البيع، فهذه الأحكام المرتبة ولدت الدور.

والثاني: ينشأ الدور فيه من لفظة يذكرها الشخص، كما في مسألة دور الطلاق، وعندها نذكر إن شاء الله تعالى أكثر مسائل الدور اللفظي. والذي نذكره هنا، خمس مسائل من الدور الحكمي:

إحداها: أعتق أمته في مرض موته ونكحها على مهر سماه، نظر، إن لم يخرج من الثلث، فحكمه ما ذكرناه في المسائل الدورية في «كتاب الوصايا» وإن خرجت، نظر إن كانت قدر الثلث بلا مزيد، بأن كانت قيمتها مئة وله مائتان سواها، فالنكاح صحيح. ثم إن لم يجز دخول، فلا مهر لها لأنه لو ثبت المهر لكان دينًا على الميت، وحينئذ لا تخرج من الثلث، ويرقه بعضها، وحينئذ يبطل النكاح والمهر، فإثباته يؤدي إلى إسقاط، فيسقط. وإن جرى دخول، فقد ذكرنا حكمه في «كتاب الوصايا» وسواء دخل أم لا، فلا ترث بالزوجية، لأن عتقها وصية، والوصية والإرث لا يجتمعان. فلو أثبتنا الإرث، لزم إبطال الوصية وهي العتق، وإذا بطلت الزوجية وبطل الإرث. وإن كانت الأمة دون الثلث، فقد تمكنها المطالبة بالمهر لخروجها من الثلث بعد الدين، وهذا كله تفريع على أنه يجوز للمعتق في مرض الموت نكاحها، وهو الصحيح. وحكى الحناطي والشيخ أبو علي وجهًا أنه لا يجوز وهو كما حكيناه من قبل عن ابن الحداد، أن المعتقة في مرض الموت نكاحها لا يجوز لقرينها لاحتمال أن لا يخرج من الثلث عند الموت.

المسألة الثانية: زوج أمته عبد غيره، وقبض الصداق وأتلفه بإنفاق وغيره، ثم أعتقها في مرض موته، أو أوصى بعتقها، فأعتقت وهي ثلث ماله، وكان ذلك قبل الدخول، فليس لها خيار العتق، لأنها لو فسخت النكاح لوجب رد المهر من تركة

السيد، وحينئذ لا يخرج كلها من الثلث. وإذا بقي الرق في البعض، لم يثبت الخيار، فإثبات الخيار يؤدي إلى إسقاطه، وكذا الحكم لو لم يتلف الصداق وكانت الأمة ثلث ماله مع الصداق. ولو خرجت من الثلث دون الصداق، أو اتفق ذلك بعد الدخول، فلها الخيار. ولو كانت المسألة بحالها، إلا أن الإعتاق وجد من وارثه بعد موت السيد، نظر، إن كان الوارث معسراً، فلا خيار لها، لأنها لو فسخت لزم رد المهر من تركة الميت. وإذا كان على الميت دين، لم تنفذ إعتاق الوارث المعسر على الصحيح. وإذا لم ينفذ الإعتاق، لم يثبت الخيار. وإن كان الوارث موسراً، فقد ذكرنا في «كتاب الرهن» خلافاً في أن الوارث الموسر إذا أعتق عبد التركة وعلى الميت دين، هل ينفذ العتق في الحال، أم يتوقف نفوذه على وصول دين الغرماء؟ فإن قلنا: ينفذ في الحال وهو الأصح، عتقت ولها الخيار. فإن فسخت، غرم الوارث لسيد العبد أقل الأمرين من الصداق وقيمة الأمة، كما لو مات وعليه دين وله عبد فأعتقه وارثه الموسر، يلزمه أقل الأمرين من الدين وقيمة العبد. ولو كان على الميت دين، فالقيمة التي يغرمها الوارث يتضارب فيها سيد العبد والغرماء.

المسألة الثالثة: مات عن أخ وعبدین، والأخ هو الوارث في الظاهر، فأعتق الأخ العبدین، ثم ادعت امرأة أنها زوجة الميت، وادعى ابنها أنه ابن الميت، فشهد المعتقدان لهما، ثبتت الزوجية والنسب، ولا يرث الابن، إذ لو ورث لحجب الأخ وبطل إعتاقه وبطلت شهادتهما، وحينئذ تبطل الزوجية والنسب. وفيه وجه: أنه لا يثبت أيضاً، والصحيح الأول. ولو شهدا بنسب بنت، نظر، إن كان الأخ معسراً يوم الإعتاق، لم ترث البنت، إذ لو ورثت لرق نصيبها وبطلت الشهادة. وإن كان موسراً، فإن عجلنا السراية بنفس الإعتاق، ورثت لكمال العتق يوم الشهادة. وإن قلنا: لا تحصل السراية إلا بأداء القيمة، لم ترث لأن توريثها يمنع كمال العتق يوم الشهادة. وحكم الزوجة في الإرث حكم البنت، فينظر إلى إعسار الأخ ويساره كما ذكرنا.

المسألة الرابعة: أوصى لرجل بابنه، ومات الموصى له بعد موت الموصي وقبل القبول، ووارثه أخوه، وقبل الوصية، وقد سبق بيان هذه المسألة في آخر الباب الأول من «كتاب الوصايا».

المسألة الخامسة: اشترى في مرض الموت من يعتق عليه كابنه، عتق من الثلث ولا يرث، إذ لو ورث لكان العتق أو النسب إليه بالشراء وصية للوارث، فيبطل. وإذا امتنع العتق، امتنع الإرث. وحكى الأستاذ أبو منصور وجهاً أنه يرث، ووجهاً أنه لا يصح الشراء، والصحيح الأول. ولو ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض، كهبة

وارث، فهل يرث؟ وجهان بناءً على أنه يعتق من الثلث أو من رأس المال، وقد ذكرنا ذلك في «كتاب الوصايا» وبالتوريث قال ابن سريج، واختاره الشيخ أبو حامد.

فرع: ذكر الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني رحمه الله في مختصر جمعه في المسائل الدورية، أنه لو شهد اثنان بعق عبد، وحكم الحاكم بشهادتهما، ثم جاء العبد مع آخر فشهدا بجرح الشاهدين، لم يقبل. وأنه لو أعتق عبيدين في مرض موته هما ثلث ماله، فشهدا على الميت بوصية أو بإعتاق وعليه دين أو زكاة، لم يقبل ولو شهدا أنه نكح امرأة على مهر، كذا حكى عن بعض الأصحاب أنه لا تقبل شهادتهما، قال: ويحتمل أن يقبل في النكاح ولا مهر، وأنه لو أعتق عبيدين له فشهدا أنه كان محجوراً عليه لسفه، لم تقبل شهادتهما. وأنه لو ادعى أنه ابن فلان وقد مات، ووارثه في الظاهر أخوه، فأنكر ونكل، فحلف المدعي، ثبت النسب ولا يرث، وهذا تفريع على أن اليمين المردودة مع النكول كالإقرار. أما إذا قلنا: إنها كالبينة، فيرث. وإنه لو ورث عبيدين يعتقان عليه ثم مات وورثاه، أقر بدين على الميت الأول يستغرق تركته، لم يثبت الدين بإقرارهما.

وأنه لو أعتق أمة في مرض موته وهي ثلث ماله، فادعت أنه وطنها بشبهة، أو أنه استأجرها وعليه أجرتها، لم تسمع دعواها.

وأنه لو ورث من زوجته عبيدين وأعتقهما، ثم شهدا بالفرقة قبل الموت بردة أو طلاق، لم تقبل شهادتهما.

وأنه لو كان في يد عبده مال، فأخذه واشترى به عبيدين وأعتقهما، فشهدا عليه بأنه أعتقه قبل ذلك، لم يقبل.

وأنه لو مات ووارثه في الظاهر أخوه، فأعتق عبداً من التركة، وولي العتيق القضاء، فجاء مجهول وادعى أنه ابن الميت، وأقام شاهدين، لم يقبل هذا الحاكم شهادتهما، ولم يحكم بقولهما، هكذا ذكره، وكان يجوز أن يقال: يحكم بشهادتهما ويثبت النسب دون الإرث. كما لو أعتق الأخ في هذه الصورة عبيدين وشهدا ببنوة المدعي، وحيث فلا يؤثر نسبه في العتق والقضاء.

وأنه لو ورث عبداً من مورثه المقتول وأعتقه وولي العتيق القضاء، فجاء إليه الوارث وادعى على قاتله القصاص فقال قتلته وهو مرتد وأقام عليه شاهدين، لم يحكم هذا الحاكم بشهادتهما. ومن هذا القبيل، لو أعتق عبيدين، فجاء رجل وادعى أنه كان غصب العبيدين وشهدا له، لم تقبل شهادتهما. وفي «التهذيب»: أنه لو ملك رجل أخاه ثم أقر في مرض موته أنه أعتقه في صحته، كان العتق نافذاً وهل يرثه؟ إن صححنا الإقرار للوارث، ورث، وإلا، فلا.

فرع: قال الغزالي في «مجموعه» «غاية الغور في دراية الدور»: المسائل الدائرة لا بد فيها من قطع الدور. وفي قطعه ثلاثة مسالك: تارة يقطع من أوله، وتارة من وسطه، وتارة من آخره، وذلك بحسب قوة بعض الأحكام وبعده عن الدفع، وضعف بعضها وقربه للدفع.

مثال القطع من أوله: بيع العبد لزوجته الحرة قبل الدخول بصداقها الثابت في ذمة السيد، فإننا حكمنا بفساد البيع، وقطعنا الدور من أصله، لم نقل: يصح البيع، ولا ينفسخ النكاح، أو يفسخ ولا يسقط الصداق، وسببه أن البيع اختياري، وحصول الانفساخ بالملك قهري، وكذا سقوط الصداق بالانفساخ، وما يختاره الإنسان من التصرفات، يصح تارة ويفسد أخرى، وما يثبت قهراً يبعد دفعه بعد حصول سببه، فكان البيع أولى بالدفع من غيره.

ومثال القطع من الوسط: المسألة الثانية من المسائل السابقة، فإننا لم نقطع الدور من أوله بأن نقول: لا يحصل العتق ولا من آخره، بأن نقول: لا يزيد المهر حتى لا تضيق التركة، ولكن قطعناه من وسطه فقلنا: لا يثبت الخيار، وسببه أن سقوط المهر عند الفسخ قهري يبعد دفعه، والخيار أولى بالدفع من العتق، لأن العتق أقوى. ألا ترى أنه لا يسقط بعد ثبوته، والخيار يسقط بعد ثبوته بالإسقاط وبالتقصير.

ومثال القطع من الآخر: المسألة الأولى من الخمس، فإننا لم نقطع الدور من الأول بأن نقول: لا يحصل العتق، ولا من الوسط بأن نقول: لا يصح النكاح، لكن قطعناه من الآخر فقلنا: ليس لها المهر. ويمكن أن يقال: سببه أن العتق له قوة السرعة والسرية، فلا يدفع، والنكاح أقوى من المهر المسمى فيه، فإن ثبوت النكاح يستغني عن المهر بدليل المفوضة، والمسمى مهراً لا يثبت من غير ثبوت النكاح. وعد من هذا القسم الثالث، أما إذا قال لزوجته: إن انفسخ النكاح بيني وبينك فأنت طالق قبله ثلاثاً، ثم اشتراها، أو جرى رضاع أو ردّة، فلا يقطع الدور من أوله بأن نقول: لا ينفسخ النكاح، لكن يقطع من آخره، بأن نقول يفسخ ولا يقع الطلاق، وربما نعود إلى هذه المسألة في مسائل الطلاق والدور فيها لفظي.

فصل: لا يجوز للعبد التسري، لأنه لا يملك، فإن ملكه سيده جارية وقلنا بالجديد: إنه لا يملك، لم يحل له وطؤها ولو أذن السيد، فلو استولدها، كان الولد ملكاً للسيد. وإن قلنا بالقديم: إنه يملك، فقد ذكرنا في «كتاب البيع» أن المذهب أنه يتسرى بإذن السيد، ولا يتسرى بغير إذنه. لكن لو وطىء، لم يحّد لشبهة الملك. ولو استولدها، فالولد ملك له، لكن لا يعتق عليه لضعف ملكه، وتعلق حق السيد به. فإن عتق، عتق الولد أيضاً، وحكم المدبر والمعلق عتقه بصفة حكم القن في هذا. ومن

بعضه حر إذا اشترى جارية بما كسبه بحريته ملكها، لكن لا يطؤها بغير إذن السيد، لأن بعضه مملوك والوطء يقع بجميع بدنه، ولا يختص بالبعض الحرّ. ومال ابن الصباغ إلى أنه لا حاجة إلى إذن السيد، كما أنه يأكل كسبه ويتصرف فيه. فإن أذن السيد وقلنا: لا بد من إذنه، فعلى القديم: يجوز. وعلى الجديد: لا يجوز، لأن ما فيه من الملك يمنع التسري، والمكاتب لا يتسرى بغير إذن السيد، وبإذنه قولان كتبرعاته.

الباب الثاني عشر: في اختلاف الزوجين في النكاح

وفيه مسائل:

المسألة الأولى: إذا ادعى زوجية امرأة، سمعت دعواه عليها وإن كان العاقد هو الولي لأن إقرارها مقبول، وفيه خلاف سبق في «باب أحكام الأولياء». وأما المرأة، فإن ادعت المهر في النكاح، أو ادعت النكاح، وطلبت حقاً من حقوقه، سمعت دعواها. وإن ادّعت مجرد الزوجية، فوجهان: إن سمعت، أقامت البينة، فإن أنكر، فهل إنكاره طلاق؟ فيه وجهان: إن قلنا: طلاق اندفع ما يدّعيه، ولا معنى لإقامة البينة، وستأتي هذه المسألة مبسطة في «كتاب الدعاوى» إن شاء الله تعالى.

المسألة الثانية: زوج إحدى بنتيه بعينها، ثم تنازعا، فلتنازعهما حالان: أحدهما: تقول كل واحدة: أنا المزوجة، فمن صدقها الزوج، ثبت نكاحها، والأخرى تدّعي أنها زوجته وهو منكر، فالمذهب أنه يحلف لها. وقيل: في تحليفه قولان: وينبغي أن يفصل، فإن ادّعت زوجته وطلبت المهر، فالوجه التحليف. وإن ادعت مجرد الزوجية، ففيه الخلاف في المسألة الأولى. فإن قلنا: يحلف، فحلف، سقطت دعواها. وإن نكل، فحلفت، فهل اليمين المردودة مع النكول كالبينة؟ أم كالإقرار؟ قولان مشهوران. إن قلنا: كالبينة، فوجهان: أحدهما: يثبت نكاح الثانية دون الأولى، كما لو أقامت بينة. قال الإمام: وهذا القائل يقول: ينتفي نكاح الأولى، ويحكم بانقطاع نكاح الثانية لإنكار الزوج. وأصحهما: استمرار نكاح الأولى، لأن اليمين المردودة إنما تجعل كالبينة في حق المدعي والمدعى عليه، لا في حق غيرهما. وقد ثبت نكاح الأولى بتقارهما. وإن قلنا: كالإقرار، فوجهان: أحدهما: يبطل النكاحان والصحيح استمرار نكاح الأولى، كما لو أقر للأولى ثم أقر للثانية. وعلى هذا، فهل تستحق الثانية نصف المهر، أم لا تستحق شيئاً؟ قولان: أظهرهما: الأول.

الحال الثاني: تقول كل واحدة: لَسْتُ بالمزوجة، بل صاحبتني، فيقال للزوج: عين، فإذا عين، فقد أقر بأن الأخرى ليست زوجة له، فلا خصومة له معها، والقول قول الأخرى مع يمينها. فإن لم تحلف، حلف الزوج وثبت النكاح. وقيل: القول قول الزوج بيمينه لأن إحداهما زوجة، وهو أعلم بمحل حقه. والصحيح الأول.

واعلم أن المسألة من فروع ابن الحداد، وأنه قيدها فقال: إذا مات الأب، وكذا قيدها الغزالي. قال الشيخ أبو علي: هذا القيد لا فائدة فيه في الحالة الأولى، لأنه لو كان حياً وعين إحداهما، لم يقبل قوله على الزوج، لكنه مفيد في الحالة الثانية، لأنه إذا كان الأب حياً وهي مجبرة، راجعناه. فإن أقر بالنكاح على إحداهما، قبل قوله، ولا يضر الزوج إنكارها. قال الإمام: ويظهر في القياس أن لا يقبل إقرارها ومعها مجبر حذراً من اختلاف الإقرارين، وإذا قبلنا إقرارها فاختلف إقرارها وإقرار الولي، فيجوز أن يقال: الحكم للسابق، ويجوز أن يقال: يبطلان جميعاً، وقد ذكرنا وجهين في هذه المسألة في آخر الباب الثالث عن القفال الشاشي والأودني، أن المقبول إقراره أم إقرارها؟ فحصل أربعة احتمالات. ولو زوج بنته من أحد ابني رجل، وادعت هي على أحدهما أنه الزوج، فإن جردت دعوى النكاح، فعلى ما سبق، وإن ادعت المهر، حلفت. فإن نكل، حلفت وأخذت نصف المهر، وإن ادعى كل واحد منهما أنها امرأته، فأقرت لأحدهما، ثبت نكاحه، وهل للآخر تحليفها؟ قولان على ما ذكرنا فيمن زوجها وليان بشخصين.

المسألة الثالثة: شهدوا على رجل بنكاح امرأة بمهر معلوم وهو منكر، فحكم بشهادتهم ثم رجعوا، هل يغرمون له؟ وجهان: أحدهما: نعم، وإنما يغرمون ما فوتوا على الزوج وهو نصف المسمى. وإن قلنا: لا يغرمون، فذلك في قدر مهر المثل، فإن زاد المسمى على مهر المثل، فحكم الزيادة في الرجوع حكم شهود المال إذا رجعوا. ولو شهدوا على رجل بطلاق، ثم رجعوا، فهل يغرمون مهر المثل أم نصفه، أم غير ذلك؟ فيه خلاف موضعه «باب الرجوع عن الشهادة». وإذا ادعت أنها في نكاح رجل بمهر معلوم، وشهد لها شاهدان، ثم ادعت الإصابة واستقرار المهر، فشهد على الإصابة أو على إقرار الزوج بها آخراً، ثم ادعت أنه طلقها وشهد بذلك آخراً، وحكم بمقتضى الشهادات وأخذ منه المهر، ثم رجع الشهود جميعاً، فثلاثة أوجه:

أحدها: لا غرم على أحد منهم، لأن شهود النكاح والإصابة لم يوجد منهم إلا إثبات ملك واستمتاع بملك، وشهود الطلاق لم يفوتوا عليه شيئاً في زعمه، فإنه ينكر النكاح، ولأنه إن كان نكاح فقد فوته بزعمه بإنكاره قبل شهادتهم.

والثاني: لا غرم على شهود النكاح والإصابة، ويغرم شهود الطلاق لأنهم فوتوا ما ثبت بالأولين. فعلى هذا، في قدر غرمهم الخلاف الذي أحلناه على «باب الرجوع عن الشهادة» وبهذا الوجه قال ابن الحداد، ووافقه طائفة.

والثالث: وهو أصحها: لا شيء على شهود الطلاق، لأنه ينكر أصل النكاح، فكيف يطالبهم بضمان تفويته؟! بل النكاح لا يثبت مع إنكاره، فلا ينبغي أن تسمع بينة الطلاق.

وأما شهود النكاح والإصابة، فإن أرخوا شهادتهم، فشهد هؤلاء أنه نكحها في «المحرم» وأولئك أنه أصابها في «صفر» غرم الصنفان ما غرم الزوج بالسوية. وإن أطلق شهود الإصابة شهادتهم، فنصف الغرم على شهود النكاح، ولا شيء على شهود الإصابة، لجواز وقوعها في غير النكاح وكونها زنا، ولو شهدوا بالإصابة في النكاح، فقد ألحق ذلك بما إذا أرخت الشهادتان.

وفي «النهاية» أنهم لو شهدوا بالنكاح ثم على الإصابة بعده، اشترك الصنفان في غرم نصف المهر، والنصف الآخر مختص بغرم شهود الإصابة، والصورتان متقاربتان، ولا يبعد التسوية بينهما في الحكم، ولم يقل أحد بتخصيص الغرم بشهود الإصابة.

المسألة الرابعة: إذا زوجت برجل، ثم ادعت أن بينها وبينه محرمية، بأن قالت: هو أخي من الرضاع، أو كنت زوجة أبيه، أو ابنه، أو وطنني أحدهما بشبهة، نظر، أوقع التزويج برضاها أم لا؟

الحالة الأولى: زوجت برضاها به بأن كانت ثيباً، أو زوجها أخ أو عم، أو زوجها المجبر برضاها، فلا يقبل دعواها والنكاح ماض على الصحة، لأن إذنها فيه يتضمن حلها له، فلا يقبل نقيضه. لكن إن ذكرت عذراً كغلط أو نسيان، سمعت دعواها على المذهب فتحلفه.

الحالة الثانية: زوجت بغير رضاها لكونها مجبرة، فوجهان:

أصحهما: وبه قال ابن الحداد ونقله الإمام عن معظم الأصحاب: أنه يقبل قولها بيمينها، ويحكم باندفاع النكاح من أصله، لأن قولها محتمل ولم تعترف بنقيضه، فصار كقولها في الإبتداء: هو أخي لا يجوز تزويجها به.

والثاني قاله الشيخ أبو زيد واختاره الغزالي، وحكي عن اختيار ابن سريج: لا يقبل قولها استدانة للنكاح الجاري على الصحة ظاهراً ولثلاً تتخذ الفاسقات ذريعة إلى الفراق.

واحتج الشيخ أبو علي للأول وهو الأصح عنده أيضاً، فإن الشافعي رحمه الله

نص على أنه لو باع الحاكم عبداً أو عقاراً على مالكة الغائب بسبب اقتضاه، ثم جاء المالك وقال: كنت أعتقت العبد أو وقفت العقار أو بعته، صدق بيمينه، ونقض بيع القاضي، ورد اليمين على المشتري، بخلاف ما لو باعه بنفسه أو توكيله، ثم ادعى ذلك، فإنه لا يقبل لأنه سبق منه نقيضه، ومقتضى حكايته أنه لا خلاف في صورة بيع الحاكم، لكن الإمام حكى فيها قولين، ولو زوج بنته أو أمته ثم ادعى الأب أو السيد محرمية بينها وبين الزوج، لم يلتفت إلى قوله، لأن النكاح حق الزوجين. قال الشيخ أبو علي: ولو قال بعد تزويجه أمته: كنت أعتقتها، حكم بعقبتها، ولا يقبل قوله في النكاح، وكذا لو أجر العبد ثم قال: كنت أعتقته، ويغرم للعبد أجرة مثله، لأنه أقر بإتلاف منافعه ظلماً، كمن باع عبداً ثم قال: كنت غصبته لا يقبل قوله في البيع، ويغرم قيمته للمقر له. والخلاف في الحالة الثانية، في أنها هل تصدق بيمينها؟ وأما دعواها، فتسمع بلا خلاف. ولو قامت بينة، حكم بها بلا خلاف. والكلام في الحالة الأولى، في رد الدعوى من أصلها، وأن الإذن والرضى بالتزويج إنما يؤثر إذا أذنت في تزويجها بشخص معين. أما إذا أذنت في النكاح مطلقاً وقلنا: لا حاجة إلى تعيين الزوج، فزوجها الولي برجل، ثم ادعت محرمية، فالحكم كما إذا زوجت مجبرة، لأنه ليس فيه اعتراف بجهالة.

ولو زوج الأخ البكر وهي ساكتة، اكتفي بصماتها على الأصح ثم ادعت محرمية، قال الإمام: الذي ارتضاه العراقيون، أن دعواها مسموعة. قال: لكن لا تصدق بيمينها.

المسألة الخامسة: إذا زوج أمته ثم قال: كنت مجنوناً أو محجوراً عليّ وقت تزويجها، وأنكر الزوج وقال: تزوجتها تزوجاً صحيحاً، فإن لم يعهد السيد ما ادعاه ولا بينة، فالقول قول الزوج بيمينه، لأن الظاهر صحة النكاح. وكذا لو قال: زوجتها وأنا محرم، أو قال: لم تكن ملكي يومئذ ثم ملكتها، وكذا الحكم لو باع عبداً ثم قال بعد البيع: بعته وأنا محجور عليّ، أو لم يكن ملكي ثم ملكته. وعن نصه في «الإملاء» أنه لو زوج أخته ومات الزوج، فادعى ورثته أن أختها زوجها بغير إذنها وقالت: بل زوجني بإذني، فالقول قولها. ولك أن تقول: قد سبق ذكر وجهين فيما لو ادعى أحد المتعاقدين صحة البيع والآخر فساده، فليجىء ذلك الخلاف في هذه الصورة.

قلت: لم يذكره الأصحاب في هذه الصورة، ولا يصح مجيئه لأن الظاهر الغالب في الأنكحة الاحتياط لها، وعقدها بشروطها وبحضرة الشهود وغيرهم، بخلاف البيع فإن وقوعه فاسد كثير. والله أعلم.

ولو ادعت المنكوحه أنها زوجت بغير إذننها وهي معتبرة الإذن، ففي فتاوى البغوي أنه لا يقبل قولها بعدما دخلت عليه وأقامت معه، كأنه جعل الدخول بمنزلة الرضى.

أما إذا عهد للسيد المزوج جنون، أو حجر، أو قال: زوجتها وأنا صبي، فأيهما يصدق بيمينه؟ قولان خرجهما الشيخ أبو زيد. أظهرهما عند الشيخ أبي علي وغيره: أن المصدق الزوج، لأن الغالب جريان العقد صحيحاً، ولأنه صح ظاهراً والأصل دوامه.

ولو زوج أخته برضاها، ثم ادعت أنها كانت صغيرة يومئذ، ففي فتاوى القفال والقاضي حسين والبغوي، أن القول قولها بيمينها وإن أقرت يومئذ ببلوغها، كما لو أقر بمال ثم قال: كنت صغيراً يوم الإقرار، وهذا يمكن أن يكون تفرعاً على أحد القولين ويمكن أن يفرق بأن الغالب من العقد الجاري بين مسلمين، صحته وهذه لم تعقد.

ولو وكل الولي بتزويجها، ثم أحرم، وجرى العقد، فادعى الولي جريانه في الإحرام، وأنكر الزوج، فنص الشافعي رحمه الله، أن القول قول الزوج عملاً بظاهر الصحة. ولم يحك الشيخ أبو علي خلافاً في هذه الصورة. قال الإمام: وسببه أن الإحرام طراً والأصل استناد العقد إلى الحل، لكن الشيخ ألحق بمسألة الإحرام المنقولة عن النص، ما إذا وكل بقبول نكاح ثم أحرم الموكل وقبل الوكيل، ثم اختلف الزوجان، فقال الزوج: عقد قبل إحرامي أو بعده أو بعد تحلي، وقالت: بل في حال إحرامك، فالقول قول الزوج، فلم يفرق بين أن يدعي سبق الإحرام النكاح وعكسه. ومقتضى ما سبق في المسألة الرابعة، أن الولي إذا زوج ثم ادعى المحرمية بين الزوجين، لا يلتفت إلى دعواه أن لا يفرض النزاع في مسألة النص بين الولي والزوج، بل يفرض بين الزوجين.

ولو زوج أمته، ثم ادعى أن الزوج كان واجداً للطول، وأنكر الزوج، صدق الزوج. ولو زوج بنته ومات، فادعت أن أباهما كان مجنوناً يوم العقد، نظر، هل كان التزويج برضاها أم بغيره؟ وحكمه ما سبق في المسألة الرابعة.

فرع: ادعى نكاح امرأة وأقام بينة به، ثم ادعت أنها زوجة غيره وأقامت بينة به، قال ابن الحداد: يعمل ببينة الرجل، لأن حقه في النكاح أقوى منها، فإن المتصرف إن شاء أمسكها، وإن شاء طلق، فقدمت بينته كصاحب اليد مع غيره، هذا قول ابن الحداد، وبه قال الجمهور. وقال الشيخ أبو علي: يحتمل أن ينظر في جواب من ادعت أنها زوجته، فإن أنكر فلا نكاح له، فيعمل ببينة الرجل. وإن

سكت، فهما بينتان تعارضتا، ولم يتعرضوا في تصوير المسألة لدعواها المهر، أو حقاً من حقوق النكاح، وقد سبق في سماع دعوى الزوجية المجردة خلاف. فإن سمعت وأنكر الزوج، ففي إقامة البينة أيضاً خلاف. فإذا ادعت الزوجية المجردة، فإنما تقيم هي البينة تفريعاً على سماع هذه الدعوى والبينة مع إنكاره.

فرع: في فتاوى البغوي أنه إذا كان تحتة مسلمة وذمية لم يدخل بهما، فقال للمسلمة: ارتددت، وقال للذمية: أسلمت، فأنكرتا، ارتفع نكاحهما لزمعه. وذكر الإمام الرافعي هنا مسائل منثورة من فتاوى القفال والقاضي حسين والبغوي، تتعلق بآبواب النكاح قدّمها أنا فوضعتها في مواضعها اللاتقة بها، وبالله التوفيق.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصَّدَاق (١)

هو اسم المال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الوطء، وله أسماء: الصداق، والصدقة، والمهر، والأجر، والعقر، والعليقة. ويقال: أصدقها، ومهرها. ويقال في لغة قليلة: أمهرها. قال الأصحاب: ليس المهر ركناً في النكاح، بخلاف المبيع والتمن في البيع، لأن المقصود الأعظم منه الاستمتاع وتوابعه، وهو قائم بالزوجين، فهما الركن، فيجوز إخلاء النكاح عن تسمية المهر، لكن المستحب تسميته، لأنه أقطع للنزاع، ثم ليس للصداق حد مقدّر، بل كل ما جاز أن يكون ثمنًا أو مثنًا أو أجرة، جاز جعله صداقًا. فإن انتهى في القلة إلى حد لا يتمول، فسدت التسمية. ويستحب أن لا ينقص عن عشرة دراهم، للخروج من خلاف أبي حنيفة رحمته الله، وأن لا يغالي في الصداق، والمستحب أن لا يزداد على صداق أزواج رسول الله صلى الله عليه وآله وهو خمسمائة درهم.

فصل: يشتمل كتاب الصداق على ستة أبواب:

الباب الأول: في أحكام الصداق الصحيح

وهي ثلاثة:

الحكم الأول: في أن الصداق في يد الزوج، كيف يضمن؟ فإذا أصدقها عينا، فهي مضمونة عليه إلى أن يسلمها. وفي كيفية ضمانه قولان: أظهرهما وهو الجديد: ضمان العقد كالمبيع في يد البائع. والقديم: ضمان اليد كالمستعار والمستام، ويتفرع على القولين مسائل:

المسألة الأولى: إذا باعت الصداق قبل قبضه، إن قلنا: ضمان يد، جاز وإلا، فلا. ولو كان الصداق ديناً فاعتاضت عنه، جاز إن قلنا: ضمان يد، وإلا فقولان كالتمن. أظهرهما: الجواز، كذا ذكره الإمام وغيره. وفي «التتمة»: لو أصدقها تعليم القرآن أو صنعة، لم يجز الإعتياض على قول ضمان العقد كالمسلم فيه.

(١) الصداق لغة: مأخوذ من الصدق خلاف الكذب.

وشرعاً: هو المال الذي وجب على الزوج دفعه لزوجته بسبب عقد النكاح، وسمي الصداق صداقاً لإشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح، ويسمى أيضاً: المهر.

المسألة الثانية: تلف الصداق المعين في يده، فعلى ضمان العقد ينفسخ عقد الصداق، ويقدر عود الملك إليه قبيل التلف، حتى لو كان عبداً كان عليه مؤنة تجهيزه كالعبد المبيع يتلف قبل القبض ولها عليه مهر المثل. وإن قلنا: ضمان اليد، تلف على ملكها حتى لو كان عبداً، فعليها تجهيزه. ولا ينفسخ الصداق على هذا القول، بل بدل ما وجب على الزوج تسليمه يقوم مقامه، فيجب لها عليه مثل الصداق إن كان مثلياً، وقيمته إن كان متقوماً. ورجح الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وجوب البدل، والجمهور رجحوا القول الأول وهو وجوب مهر المثل. فإذا أوجبنا القيمة، فهل يجب أقصى القيمة من يوم الصداق إلى يوم التلف لأن التسليم كان مستحقاً في كل وقت، أم يوم التلف فقط لأنه لم يكن متعدياً؟ أم يوم الصداق؟ أم الأقل من يوم الصداق إلى يوم التلف؟ فيه أربعة أوجه: أحدهما: الأول. ولو طالبت بالتسليم فامتنع، تعين الوجه الأول على المذهب. وقيل: يجب أقصى القيم من وقت المطالبة إلى التلف، لأنه يصير متعدياً.

ولو طالبا الزوج بالقبض فامتنعت، ففي بقاء الصداق مضموناً عليه وجهان: نقلهما أبو الفرج السرخسي، الصحيح الضمان، كما أن البائع لا يخرج عن عهده المبيع بهذا القدر. هذا كله إذا تلف الصداق بنفسه. أما لو أُلِف، فينظر، إن أُلِفته الزوجة، صارت قابضة وبرئ الزوج، وقد ذكرنا في البيع وجهاً أن المشتري إذا أُلِف المبيع في يد البائع، لم يصير قابضاً بل يغرم القيمة للبائع، ويسترد الثمن. فعلى قياسه، تغرم له الصداق وتأخذ مهر المثل. وإن أُلِفه أجنبي، فإن قلنا: إتلاف الأجنبي المبيع قبل القبض كافة سماوية، فالحكم ما سبق، وإن قلنا: يوجب الخيار للمشتري وهو المذهب، فللمرأة الخيار، إن شاءت فسخت الصداق، وحينئذ تأخذ من الزوج مهر المثل إن قلنا بضمان العقد، ومثل الصداق أو قيمته إن قلنا بضمان اليد، ويأخذ الزوج الغرم من المتلف. وإن أجازت تأخذ من المتلف المثل أو القيمة، ولها أن تطالب الزوج بالغرم، فيرجع هو على المتلف إن قلنا بضمان اليد. وإن قلنا بضمان العقد، فليس لها مطالبة الزوج، هكذا رتب الإمام والبخاري وغيرهما، فأثبتوا لها الخيار على قولي ضمان العقد واليد، ثم فرعوا عليهما. وكان يجوز أن يقال: إنما يثبت لها الخيار على قول ضمان العقد. فأما على ضمان اليد، فلا خيار، وليس لها إلا طلب المثل أو القيمة، كما إذا أُلِف أجنبي المستعار في يد المستعير. وإن أُلِف الزوج، فعلى الخلاف في أن إتلاف البائع المبيع قبل القبض كآلأة السماوية، أو كإتلاف الأجنبي؟ والمذهب الأول. وقد بينا حكم الصداق على التقديرين.

المسألة الثالثة: حدث في الصّدّاق نقص في يد الزوج، فهو نقص جزء أو صفة، فنقص الجزء مثل أن أصدقها عبيدين، فتلف أحدهما في يده، فينسخ عقد الصّدّاق فيه، ولا ينسخ في الباقي على المذهب، لكن لها الخيار. فإن فسخت، رجعت إلى مهر المثل على قول ضمان العقد، وعلى ضمان اليد تأخذ قيمة العبيدين. وإن أجازت في الباقي، رجعت للتالف إلى حصة قيمته من مهر المثل على قول ضمان العقد، وإلى قيمة التالف على ضمان اليد. وإن تلف أحد العبيدين بإتلاف، نظر، إن أتلفته المرأة، جعلت قابضة لقسطه من الصّدّاق. وإن أتلفه أجنبي، فلها الخيار. فإن فسخت أخذت الباقي، وقسط قيمة التالف من مهر المثل إن قلنا بضمان العقد، وقيّمته إن قلنا بضمان اليد. وإن أجازت، أخذت من الأجنبي الضمان. وإن أتلفه الزوج، فهو كالتلف بأفة على المذهب. وأما نقص الصفة، فهو العيب، كعمى العبد أو نسيانه الحرفة ونحوهما، وللمرأة الخيار. وفي «الوسيط» أن أبا حفص بن الوكيل قال: لا خيار على قول ضمان العقد، والمذهب الأول.

فإن فسخت الصّدّاق، أخذت من الزوج مهر المثل على الأظهر، وبذل الصّدّاق في القول الآخر. وإن أجازت، فعلى الأظهر: لا شيء لها كما لو رضي المشتري بعيب المبيع، وعلى ضمان اليد لها عليه أرش النقص. وإن اطلعت على عيب قديم، فلها الخيار، فإن فسخت رجعت إلى مهر المثل أو إلى قيمة العين سالمة. وإن أجازت وقلنا بضمان اليد، فلها الأرش على المذهب، وفيه تردد للقاضي حسين، لأنها رضيت بالعين. وإن حصل التعيب بجناية، نظر، إن حصل بفعل الزوجة، جعلت قابضة لقدر النقص، وتأخذ الباقي ولا خيار. وإن هلك بعد التعيب في يد الزوج، فلها من مهر المثل حصة قيمة الباقي على الأظهر، وقيمة الباقي على القول الثاني. وإن حصل التعيب بفعل أجنبي، فلها الخيار، فإن فسخت، أخذت مهر المثل على الأظهر وقيّمته سليماً في الثاني، ويأخذ الزوج الغرم من الجاني. وإن أجازت، غرمت للجاني. وليس لها مطالبة الزوج إن قلنا بضمان العقد. وإن قلنا بضمان اليد، فلها مطالبته، فينظر إن لم يكن للجناية أرش مقدر، أو كان أرش النقص أكثر، رجعت على من شاءت منهما، والقرار على الجاني. وإن كان المقدر أقل، طالبت بالمقدر من شاءت منهما، والقرار على الجاني، وأخذت قيمة الأرش من الزوج. وإن حصل التعيب بجناية الزوج، فعلى الخلاف في أن جناية البائع كافة أو كجناية أجنبي؟ إن قلنا بالأول، وقلنا بضمان اليد، فعليه ضمان ما نقص. فإن كان للجناية أرش مقدر، كقطع اليد، فعليه أكثر الأمرين من نصف القيمة وأرش النقص.

فرعان: الأول: أصدقها داراً فانهدمت في يده ولم يتلف من النقص شيء،

فالحاصل نقصان صفة. وإن تلف بعضه أو كله باحترق أو غيره، فالحاصل هل هو نقصان نصفه كطرف العبد أم نقصان جزء كأحد العبدین؟ وجهان: أصحابهما: الثاني. وقد سبقا في البيع.

الثاني: أصدقها نخلاً ثم جعل ثمره في قارورة، وصب عليه صقراً من ذلك النخل وهو بعد في يده، والصقر: هو السائل من الرطب من غير أن يعرض على النار. فإذا أن تكون الثمرة صداقاً مع النخل، بأن أصدقها نخلة مطلعة. وإما أن لا تكون.

الحالة الأولى: إذا كانت صداقاً، ينظر إن لم يدخل الثمرة والصقر نقص لا بتقدير النزع من القارورة، ولا بتقدير الترك فيها، فتأخذها المرأة ولا خيار لها، بل الزوج كفاها مؤنة الجداد. وإن حدث فيهما أو في أحدهما نقص، فهو إما نقص عين، وإما نقص صفة. أما نقص العين، فمثل أن صب عليها مكيلتين من الصقر فشرب الرطب مكيلة، فلا يجبر نقص عين الصقر بزيادة قيمة الرطب، ثم إن جعلنا الصداق مضموناً ضمان عقد، انفسخ الصداق في قدر ما ذهب من الصقر إن قلنا: جناية كالآفة وهو المذهب، ولا ينفسخ في الباقي، ولها الخيار. إن فسخت، رجعت إلى مهر المثل، وإن أجازت في الباقي أخذت بقدر ما ذهب من الصقر من مهر المثل. وإن قلنا: جناية كجناية الأجنبي، لم ينفسخ الصداق في شيء، ولها الخيار، إن فسخت، فلها مهر المثل، وإن أجازت، أخذت النخل والرطب، ومثل ما ذهب من الصقر. وإن قلنا بضمان اليد، تخيرت أيضاً. فإن فسخت، فلها قيمة النخل مثل الصقر وقيمة الرطب أو مثله على الخلاف المذكور في «كتاب الغصب» أنه مثلي أو متقوم. وإن أرادت أخذ النخل ورد الثمرة، فعلى الخلاف في تفريق الصفقة. وإن أجازت، فلها ما بقي ومثل الذاهب من الصقر. وأما نقصان الصفة، فإذا نقصت قيمة الصقر والمكيلتان بحالهما، أو قيمة الرطب، فإن كان النقصان حاصلاً، سواء ترك الرطب في القارورة أو نزع، فلها الخيار. فإن فسخت، فعلى قول ضمان العقد لها مهر المثل، وعلى ضمان اليد لها بدل النخل والرطب والصقر. وإن أجازت، فإن قلنا بضمان العقد وجعلنا جنايته كالآفة، أخذتها بلا أرش. وإن جعلناها كجناية الأجنبي، أو قلنا بضمان اليد، فعليه أرش النقصان وإن كان الرطب يتعيب لو نزع من القارورة. ولو ترك لا يتعيب، فلا يجبر الزوج على التبرع بالقارورة، لكن إن تبرع بها أُجبرت المرأة على القبول إمضاءً للعقد، ويسقط خيارها. وقيل: لا تجبر على القبول، والصحيح الأول. وهل يملك القارورة حتى لا يتمكن الزوج من الرجوع؟ وإذا نزعت ما فيها لم يجب رد القارورة، أم لا تملك وإنما الغرض قطع الخصومة فيتمكن من

الرجوع وإذا رجع يعود خيارها فيجب رد القارورة إذا نزع ما فيها؟ فيه وجهان كما ذكرنا في البيع في مسألة النعل والأحجار المدفونة. وإن كان الرطب لا يتعيب بالنزع، ويتعيب بالترك، فلها مطالبة بالنزع، ولا خيار. ولو تبرع هو بالقارورة، لم تجبر هي على القبول، لأنه لا ضرورة إليه.

الحالة الثانية: أن لا تكون الثمار صداقاً بأن حدثت بعد الإصداق في يد الزوج. فإن لم يحدث نقص أو زادت القيمة، فالكل لها. وإن حدث نقص فيهما أو في أحدهما، فلا خيار لها، لأن ما حدث فيه النقص ليس بصداق، ولها الأرض. وحكى ابن كج وجهاً أن لها الخيار وهو غلط. وإن كان النقص بحيث لا يقف ويزداد إلى الفساد، فهل تأخذ الحاصل وأرث النقص، أم تتخير بينه وبين أن تطالبه بغرم الجميع؟ فيه خلاف سبق في «الغصب»، فيما إذا بل الحنطة فغفنت. وفي «العدة» أنها على القول الأول، تأخذ أرث النقص في الحال، وكلما ازداد النقص، طالبت بالأرث. ولو كان الرطب يتعيب بالنزع من القارورة، ولا يتعيب بالترك فتبرع الزوج بالقارورة لم تجبر على القبول، لأنه لا حاجة إليه في إمضاء العقد هنا، هذا كله إذا كان الصقر من ثمرة النخلة، أما إذا كان الصقر للزوج والثمرة من الصداق، فالنظر هناك إلى نقصان الرطب وحده، إن نقص، فلها الخيار. وإن لم ينقص بالنزع، فلا خيار، فتأخذ المرأة الرطب والزوج الصقر، ولا شيء لما تشربه الرطب. وإن كان ينقص بالنزع، فلها الخيار. فإن تبرع الزوج بالصقر والقارورة، سقط الخيار ولزم القبول على الصحيح، ويجيء فيه ما سبق في التبرع بالقارورة.

فرع: إذا زاد الصداق في يد الزوج، إن كان زيادة متصلة، كالسمن والكبر، وتعلم الصنعة، فهي تابعة للأصل. وإن كانت منفصلة، كالثمرة والولد وكسب الرقيق، قال المتولي: إن قلنا بضمان اليد، فهي للمرأة، وإلا، فوجهان كالوجهين في زوائد المبيع قبل القبض. والصحيح أنها للمشتري في البيع وللمرأة هنا. فإن قلنا: للمرأة فهلكت في يده، أو زالت المتصلة بعد حصولها، ولا ضمان على الزوج إلا إذا قلنا بضمان اليد وقلنا: يضمن ضمان المغصوب، وإلا إذا طالبته بالتسليم فامتنع. وفي «التهذيب» وغيره ما يشعر بتخصيص الوجهين، في أن الزوائد لمن هي بما إذا هلك الأصل في يد الزوج وبقيت الزوائد أو ردت الأصل بعيب، أما إذا استمر العقد وقبضت الأصل، فالزوائد لها قطعاً.

المسألة الرابعة: المنافع الفاتئة في يد الزوج غير مضمونة عليه إن قلنا بضمان العقد، وإن طالبته بالتسليم فامتنع. أما إذا قلنا بضمان اليد، فعليه أجره المثل من وقت الامتناع. وأما المنافع التي استوفاهها بركوب أو لبس، أو استخدام ونحوها،

فلا يضمنها على قول ضمان العقد، إن قلنا: جناية البائع كآفة. وإن قلنا: هي كجناية أجنبي، أو قلنا بضمان اليد، ضمنها بأجرة المثل.

فرع: قال الأصحاب: القولان في ضمان العقد واليد، مبنيان على أن الصداق نحلة وعطية، أم عوض كالعوض في البيع؟ وربما ردوا القولين إلى أن الغالب عليه شبه النحلة أم العوض؟ ودليل النحلة قول الله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٢]، ولأن النكاح لا يفسد بفساده، ولا ينفسخ برده. ودليل العوض، أن قوله: زوجتك بكذا، كقوله: بعثك بكذا، أو لأنها تتمكن من الرد بالعيب، ولأنها تحبس نفسها لاستيفائه ولأنه تثبت الشفعة فيه، وهذا أصح. وأجابوا عن الآية بجوابين. أحدهما: أنه يجوز أن يكون المراد بالنحلة: الدين، يقال: فلان ينتحل كذا، فالمعنى: آتوهن صدقاتهن تديناً. والثاني: يجوز أن يكون المعنى: عطية من عند الله تعالى لهن. وإنما لا يفسد النكاح بفساده، لأنه ليس ركناً في النكاح، مع أنه حكى قول قديم أنه يفسد النكاح بفساد الصداق.

فصل: إذا فسد الصداق بأن أصدقها حراً، فقولان: أظهرهما: يجب مهر المثل. والثاني: قيمته بتقدير الرق، وينسب هذا إلى القديم. قال الشيخ أبو حامد والصيدلاني والقاضي حسين والبغوي وغيرهم: قولان فيما إذا قال: أصدقتك هذا العبد وهو عالم بحريته، أو جاهل. أما لو قال: أصدقتك هذا الحر، فالعبارة فاسدة، فيجب مهر المثل قطعاً. وحكى المتولي طريقة أخرى، أنه لا فرق بين اللفظين في جريان القولين. ولو قال: أصدقتك هذا واقتصر عليه، فلا خلل في العبارة، ففيه القولان. ولو ذكر خمراً أو خنزيراً أو ميتة، فقليل: يجب مهر المثل قطعاً. وقيل: على القولين. فعلى هذا يعود النظر في عبارته، إن قال: أصدقتك هذا الخمر أو الخنزير، فالعبارة فاسدة. وإن قال: هذا العصير أو النعجة، فهو موضع القولين، وعلى هذا على قول الرجوع إلى بدل الصداق، يقدر الخمر عصيراً ويجب مثله، وقد حكينا في نكاح المشرك، فيما إذا جرى قبضهم في خمر وجهاً أنها تقدر خلاً، ولم يذكروا هناك تقدير العصير، والوجه التسوية بينهما. وحكينا وجهاً أنه تعتبر قيمة الخمر عند من يرى لها قيمة، فلا يبعد مجيئه هنا، بل ينبغي أن يرجح كما سبق في نكاح المشرك تفريق الصفقة، والخنزير يقدر بقرة، كذا قاله الإمام والبغوي. وقد سبق مثله في «كتاب نكاح المشرك» وقال الغزالي: يقدر شاة، والميتة تقدر مذكاة، ثم الواجب فيها وفي الخنزير القيمة. هذا الإضطراب للأصحاب يزيد القول الأظهر القوة، وهو وجوب مهر المثل.

الحكم الثاني: تسليم الصداق. فلو أخر تسليمه بعذر أو بغيره، وطلب تسليم

نفسها، فلها الامتناع حتى يسلم جميع الصّدّاق إن كان عيناً أو ديناً حالاً، وإن كان مؤجلاً، فليس لها الامتناع، فإن حل الأجل قبل تسليمها فليس لها الامتناع أيضاً على الأصح، وبه قطع الشيخ أبو حامد وأصحابه، والبعوي، والمتولي، وأكثر الأصحاب. وقيل: لها، وبه قال القاضي أبو الطيب، واختاره الحناطي والرويانى، لأنها تستحق الآن المطالبة. ولو كانت المرأة صغيرة أو مجنونة، فلوليها حبسها حتى تقبض الصّدّاق الحال. فلو رأى المصلحة في التسليم، فله ذلك. ولو اختلف الزوجان، فقال: لا أسلم الصّدّاق حتى تسلمي نفسك، وقالت: لا أسلمها حتى تسلمه، فثلاثة أقوال: أظهرها: يجبران، بأن يؤمر بوضع الصّدّاق عند عدل، وتؤمر بالتمكين. فإذا مكنت، سلم العدل الصّدّاق إليها. والثاني: لا يجبر واحد منهما، بل إن بادر أحدهما فسلم، أجبر الآخر. والثالث: يجبر الزوج أولاً، فإذا سلم، سلمت. وذابت طائفة كبيرة إلى إنكار هذا القول الثالث. ومن أثبته قال: موضعه ما إذا كانت متهينة للاستمتاع. أما إذا كانت ممنوعة بحبس أو مرض، فلا يلزم تسليم الصّدّاق. وإن كانت صغيرة لا تصلح للجماع، فهل يلزمه التسليم؟ قولان: ولو سلمت مثل هذه الصغيرة إلى زوجها، هل عليه تسليم المهر؟ قولان كالنفقة. أظهرهما: المنع. وقيل بالمنع قطعاً، لأن النفقة للحبس عليه وهو موجود، والمهر للاستمتاع وهو متعذر. وقيل بالإيجاب قطعاً، لأن المهر في مقابلة بضع وهو مملوك في الحال، والنفقة للتمكين وهو مفقود. ويجري الخلاف في مطالبة الولي لو كان الزوج صغيراً، وإن كان الزوج صغيراً وهي كبيرة، فالأظهر أن لها طلب المهر كالنفقة. وإذا قلنا: يبدأ بالزوج أو يجبران، فقالت: سلم المهر لأسلم نفسي، لزمه النفقة من حيثئذ. وإن قلنا: لا يجبر واحد منهما، فلا نفقة لها حتى تمكن.

فرع: إذا بادرت فمكنت، فلها طلب الصّدّاق على الأقوال كلها، ثم إن لم يجبر وطء، فلها العود إلى الامتناع، ويكون الحكم كما قبل التمكين. وإن وطئ، فليس لها بعده الامتناع على الصحيح، كما لو تبرع البائع فسلم المبيع قبل قبض الثمن، فليس له أخذه وحبسه. ولو وطئها مكرهة، فلها الامتناع بعده على الأصح. ويجري الوجهان، فيما لو سلم الولي صغيرة أو مجنونة قبل قبض صداقها إذا بلغت أو أفاقت بعد الدخول، فلو بلغت أو أفاقت قبله، فلها الامتناع قطعاً. ولو بادر الزوج فسلم الصّدّاق، لزمها التمكين إذا طلبها. وكذا لو كان الصّدّاق مؤجلاً، فإن امتنعت بلا عذر، فله الاسترداد وإن قلنا: يجبر أولاً، لأن الإيجاب بشرط التمكين. وإن قلنا: لا يجبر، فليس له الاسترداد على الأصح، لأنه تبرع بالمبادرة كمعجل الدين المؤجل. وقيل: له ذلك لعدم حصول الغرض. وقال القاضي حسين: إن كانت معذورة حين سلم، فزال العذر وامتنعت، استرد، لأنه سلم راجياً التمكين، فيشبهه

هذا الخلاف وجهين ذكرنا فيما لو سلم مهر صغيرة لا تصلح للجماع عالماً بحالها أو جاهلاً وقلنا بالأظهر: إنه لا يجب تسليم مهرها، هل له الإسترداد؟

فرع: إذا استمهل بعد تسليم الصداق، أمهلت لتتھياً بالتنظيف والاستحداد، وإزالة الأوساخ على ما يراه القاضي من يوم و يومين، وغاية المهلة ثلاثة. وظاهر كلام الغزالي في «الوسيط»، إثبات خلاف في أن المهلة بقدر ما تتھياً، أم تقدر بثلاثة أيام؟ والمذهب خلافه. ثم المفهوم من كلام الأكثرين، أنه يجب الإمھال إذا استمھلت في العدة، أنه ليس بواجب. وعن نصه في «الإملاء» قول: إنه لا إمھال أصلاً. والمذهب الأول، ولا تمھل لتھئة الجهاز، ولا لانتظار السمن ونحوهما، ولا بسبب الحيض والنفاس، بل تسلم لسائر الاستمتاع كالارتقاء والقرناء. وإن كانت صغيرة لا تحتل الجماع، أو كان بها مرض أو هزال تتضرر بالوطء معه، أمهلت إلى زوال المانع. ويكره للولي تسليم هذه الصغيرة، ولا يجوز للزوج وطؤها إلى أن تصير محتملة. ولو قال الزوج: سلموا إلي الصغيرة أو المريضة ولا أقربها إلى أن يزول ما بها، قال البغوي: يجب في المريضة دون الصغيرة، لأن الأقارب أحق بالحضانة وفي «الوسيط» أنه لا يجب في الصورتين، لأنه ربما وطئ فتتضرران، بخلاف الحائض، فإنها لا تتضرر لو وطئ.

وله أن يمتنع من تسلم الصغيرة، لأنه نكح للاستمتاع لا للحضانة. وفي المريضة وجهان: قال في «الشامل»: الأقيس أنه ليس له الامتناع، كما ليس له أن يخرجها من داره إذا مرضت.

وإذا تسلم المريضة، فعليه النفقة لا كالصغيرة، لأن المرض عارض متوقع الزوال. ولو كانت المرأة نحيفة بالجبلّة، فليس لها الامتناع بهذا العذر، لأنه غير متوقع الزوال كالارتقاء. ثم إن خافت الإفضاء لو وطئت لعبالة الزوج، فليس عليها التمكين من الوطء. قال الأئمة: وليس له الفسخ، بخلاف الرق، لأنه يمنع الوطء مطلقاً، والنحافة لا تمنع وطء نحيف مثلها، وليس ذلك بعيب أيضاً. ولو وطئ زوجته فأفضاها، فليس له العود إلى وطنها حتى تبرأ البرء الذي لو عاد لم يخذشها، هذا نص الشافعي رحمته الله. فإن اختلفا في حصول البرء، فأنكرته، قال الشافعي رحمه الله: القول قولها. قال المتولي: المراد بالنص إذا ادعت بقاء ألم بعد الإندمال، لأنه لا يعرف إلا منها. أما إذا ادعت بقاء الجرح، وأنكرت أصل الإندمال، فتعرض على أربع نسوة ثقات، ويعمل بقولهن. ومنهم من حمل النص على ما إذا لم يمض من الزمان ما يغلب فيه البرء، فإن مضى راجعنا النسوة. ومنهم من أطلق القول بمراجعتهم عند الاختلاف. وعلى هذا، فالنص على ما إذا لم يكن نسوة ثقات.

فرع: مسائل عن مجرد الحناطي

اختلف الزوج وأبو الزوجة فقال أحدهما: هي صغيرة لا تحتل الجماع، وقال الآخر: تحتمله. فهل القول قول منكر الاحتمال، أم تعرض على أربع نسوة، أو رجلين من المحارم؟ وجهان.

قلت: أصحهما: الثاني. والله أعلم.

ولو قال الزوج: زوجتي حية فسلمها وقال: لا بل ماتت، فالقول قول الزوج. ولو تزوج رجل ببغداد امرأة بالكوفة، وجرى العقد ببغداد، فالاعتبار بموضع العقد، فتسلم نفسها ببغداد، ولا نفقة لها قبل أن يحصل ببغداد. ولو خرج الزوج إلى الموصل وبعث إليها من يحملها من الكوفة إلى الموصل، فنفتتها من بغداد إلى الموصل على الزوج.

الحكم الثالث: التقرير، فالمهر الواجب بالنكاح أو بالفرض، يستقر بطريقتين: أحدهما: الوطء وإن كان حراماً لوقوعه في الحيض أو الإحرام، لأن وطء الشبهة يوجب المهر ابتداءً، فذا أولى بالتقرير، ويستقر بوطأة واحدة.

الطريق الثاني: موت أحد الزوجين، والموت وإن أطلقوا أنه مقرر، فيستثنى منه إذا قتل السيد أمته المزوجة، فإنه يسقط مهرها على المذهب. ومنهم من ألحق بهذه الصورة غيرها كما ذكرناه في أول الباب الحادي عشر.

فصل: الخلوة لا تقرر المهر، ولا تؤثر فيه على الجديد وهو الأظهر. وعلى هذا، لو اتفقا على الخلوة وادعت الإصابة، لم يترجح جانبها، بل القول قوله بيمينه. وفي القديم، الخلوة مؤثرة، وفي أثرها قولان: أحدهما: أثرها تصديق المرأة إذا ادعت الإصابة، ولا يتقرر المهر بمجردا، سواء طال زمنها أم قصر. وأظهرهما: أنها كالوطء في تقرير المهر ووجوب العدة. وعلى هذا، تثبت الرجعة على الأصح. وهل يشترط على القديم في تقرير المهر بالخلوة أن لا يكون مانع شرعي كحيض وإحرام وصوم؟ فيه وجهان: ويشترط أن لا يكون مانع حسي، كرتق أو قرن فيها، أو جب أو عنة فيه قطعاً. وإذا قلنا: مجرد الخلوة لا تقرر، ففي الوطء فيما دون الفرج وجهان: كثبوت المصاهرة.

الباب الثاني: في الصّدّاق الفاسد

لفساده ستة أسباب:

السبب الأول: أن لا يكون المذكور مالاً، بأن سمياً خمرأً، وقد اندرج هذا في الحكم الأول من الباب الأول. ولو أصدقها شيئاً فخرج مغضوباً، فهل يجب مهر

المثل، أم قيمة المغصوب؟ قولان: أظهرهما الأول. ولو أصدقها عبيدين، فخرج أحدهما حراً أو مغصوباً، بطل الصداق فيه. وفي آخر، قولاً تفريق الصفقة. فإن أبطلنا فيه أيضاً، فهل لها مهر المثل أم قيمتهما؟ فيه القولان وإن صححنا، فلها الخيار. فإن فسخت، فعلى القولين، وإن أجازت، فقولان: أحدهما: تأخذ الباقي ولا شيء لها غيره، وأظهرهما: تأخذ معه حصة المغصوب من مهر المثل إذا وزعناه على القيمتين على الأظهر، وعلى الثاني: تأخذ قيمته.

فرع: أصدقها عبداً أو ثوباً غير موصوف، فالتسمية فاسدة، ويجب مهر المثل قطعاً. وإن وصف العبد والثوب، وجب المسمى، وحيث جرت تسمية فاسدة، وجب مهر المثل بالغاً ما بلغ.

السبب الثاني: الشرط في النكاح، إن لم يتعلق به غرض، فهو لغو كما سبق في البيع، وإن تعلق به لكن لا يخالف مقتضى النكاح بأن شرط أن ينفق عليها أو يقسم لها، أو يتسرى، أو يتزوج عليها إن شاء، أو يسافر بها، أو لا تخرج إلا بإذنه، فهذا لا يؤثر في النكاح ولا في الصداق.

وإن شرط ما يخالف مقتضاه، فهو ضربان:

أحدهما: ما لا يخل بالمقصود الأصلي من النكاح، فيفسد الشرط، سواء كان لها، بأن شرط أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى، أو لا يطلقها، أو لا يسافر بها، أو أن تخرج متى شاءت، أو يطلق ضررتها.

أو كان عليها، بأن شرط أن لا يقسم لها، أو يجمع بين ضرراتها وبينها في مسكن، أو لا ينفق عليها. ثم فساد الشرط لا يفسد النكاح على المشهور. وفي وجه أو قول حكاة الحناطي: يبطل النكاح. وأما الصداق، فيفسد، ويجب مهر المثل سواء زاد على المسمى أم نقص أم ساواه، هذا هو المذهب. وعن ابن خيران: إن زاد والشرط لها، فالواجب المسمى، وكذا إن نقص والشرط عليها، ومنهم من جعل هذا قولاً مخرجاً. وحكى الحناطي وجهاً: أن الواجب في الشروط الفاسدة أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل. ووجهاً: أن الشرط لا يؤثر في الصداق، كما لا يؤثر في النكاح.

الضرب الثاني: ما يخل بمقصود النكاح كشرطه أن يطلقها، أو لا يطأها، وقد سبق الكلام في صورتين في فصل التحليل. فإن صححنا النكاح، أثر الشرط في الصداق كسائر الشروط الفاسدة.

فرع: نكحها على ألف إن لم يخرجها من البلد، وعلى ألفين إن أخرجها، وجب مهر المثل، وذكر الحناطي أنه لو نكحها على أن لا يرثها أو لا ترثه، أو لا

يتوارثا، أو على أن النفقة على غير الزوج، بطل النكاح. وفي قول: يصح ويبطل الشرط، وأنه لو زوج أمته عبد غيره بشرط أن لا أولاد بين السيدين، صح النكاح وبطل الشرط، نص عليه في «الإملاء». وفي قول: يبطل النكاح.

فصل: شرط الخيار في النكاح يبطل النكاح. ولو شرط الخيار في الصداق، فهل يبطل النكاح، أم يصح ويجب المسمى، أم يصح النكاح ويفسد المسمى ويجب مهر المثل؟ فيه ثلاثة أقوال: أظهرها: الثالث. وإذا صححنا الصداق، ثبت الخيار على الأصح كما حكي عن نصه، أنه لو أصدقها عينا غائبة، صح ولها خيار الرؤية. فعلى هذا، إن أجازت فذاك، وإن فسخت، رجعت إلى مهر المثل. وإذا أثبتنا خيار الشرط، ففي خيار المجلس وجهان نقلهما الشيخ أبو الفرج.

فصل: نقل المزني في «المختصر» أنه لو نكحها بألف على أن لابنها ألفاً، ففسد الصداق، وأنه لو نكحها بألف على أن يعطي أباه ألفاً، كان الصداق جائزاً. وللاصحاب طرق: المذهب منها فساد الصداق في صورتين، ووجوب مهر المثل فيهما. وعلى هذا، منهم من غلط المزني في نقله في الصورة الثانية، ومنهم من تأوله.

والطريق الثاني: فساد الصداق في الأولى دون الثانية عملاً بالنصين.

والطريق الثالث: طرد قولين فيهما. ونسب العراقيون الصحة إلى القديم. وقيل: إن شرط الزوج، فسد، وإن شرطت، فلا، حكاها البغوي، وإذا صححنا، فالمر في صورتين ألفان.

السبب الثالث: تفريق الصفقة. فإذا أصدقها عبداً على أن ترد إليه مئة أو ألفان، وصورته أن يقول للولي: زوجني بنتك وملّكني كذا من مالها بولاية أو وكالة بهذا العبد، فيجيبه إليه أو يقول الولي: زوجتك بنتي وملكتك كذا من مالها بهذا العبد، فيقبل الزوج، فهذا جمع بين عقدين مختلفي الحكم في صفقة، فإن بعض العبد صداق وبعضه مبيع. وفي صحة البيع والصداق قولان: أظهرهما: الصحة. ويصح النكاح قطعاً إلا على القول الشاذ السابق أن النكاح يفسد بفساد الصداق. فإذا أبطلنا البيع والصداق، فلها مهر المثل. وإذا صححناهما، وزعنا العبد على مهر مثلها وعلى الثمن. فإذا كان مهر مثلها ألفاً والثلث ألفاً، والعبد يساوي ألفين، فنصفه مبيع ونصفه صداق. فإن طلقها قبل الدخول، رجع إليه نصف الصداق وهو ربع العبد. وإن فسخ النكاح بعيب ونحوه، رجع إليه جميع الصداق وهو نصف العبد. ولو تلف العبد قبل القبض، استردت الألف، ولها بدل الصداق وهو مهر المثل على الأظهر، ونصف قيمة العبد على الثاني.

ولو وجد الزوج بالثمن الذي أخذه عيباً ورده، استرد المبيع وهو نصف العبد، ويبقى لها النصف الآخر. ولو وجدت العبد معيباً فردته، استردت الثمن، وترجع في الصداق إلى مهر المثل على الأظهر، ونصف القيمة على الثاني. ولو أرادت أن ترد أحد النصفين وحده، جاز على الأصح لتعدد العقد. والثاني: المنع لتضرر التبعيض. ولو قال: زوجتك بنتي أو جاريتي، وبعثك عبداً أو عبدي بكذا، ففي صحة البيع والصداق قولان ذكرناهما في تفريق الصفقة. فإن صححناهما، وزع العوض المذكور على مهر المثل وقيمة العبد، فما خص مهر المثل فهو صداق. وإذا وجد الزوج بالعبد عيباً، استرد الثمن وليس للمرأة رد الباقي والرجوع إلى مهر المثل، لأن المسمى صحيح. وإن رد العبد بعيب، أو فسخ النكاح قبل الدخول بعيب، رجع إليه جميع العوض المذكور.

وإن خرج العوض المعين مستحقاً، رد العبد ورجعت للصداق إلى مهر المثل على الأظهر. وعلى الثاني: إلى حصة الصداق منه.

فرع: لبنته مئة درهم، فقال لرجل: زوجتك بنتي وملكتك هذه الدراهم بهاتين المائتين لك، فالبيع والصداق باطلان، نص عليه في «الأم» لأنه ربا، فإنه مسألة مد عجوة. فلو كان من أحد الطرفين دنائير، كان جمعاً بين صداق وصرف، وفيه القولان.

فصل: جمع نسوة في عقد بصداق واحد، وهذا يتصور عند اتحاد الولي، بأن يكون له بنات بنين، أو إخوة، أو أعمام، أو معتقات. ويتصور مع تعدد الولي، بأن وكل أولياء نسوة رجلاً، فالنكاح صحيح. وفي الصداق طريقان: أحدهما: القطع بفساده. وأصحهما: على قولين. أظهرهما: فساده. ويجري الطريقان فيما لو خالع نسوة على عوض واحد، هل يفسد العوض؟ وأما البينونة، فتحصل قطعاً.

ونص الشافعي رحمته الله، أنه لو اشترى عبداً لملاك صفقة من المالكين، أو وكيلهم، بطل البيع. ولو كانت عبداً بعوض واحد، صحت الكتابة. واختلفوا في البيع والكتابة، الذين قالوا في النكاح والخلع قولان، على أربع طرق: أحدها: طرد القولين فيهما. والثاني: يفسد البيع. وفي الكتابة قولان: والثالث: تصح الكتابة. وفي البيع قولان: والرابع: تصح الكتابة ويفسد البيع وإن أفردت.

قلت: في البيع طريقان: أحدهما: طرد القولين، والثاني: القطع بالفساد، وبه قال الإصطخري. وفي الكتابة، طريقان: أحدهما: قولان: والثاني: القطع بالصحة. وإذا قلنا بصحة الصداق المسمى، وزع المسمى على نسبة مهور أمثالهن على المذهب. وفي وجه أو قول ضعيف: يوزع المسمى على عدد رؤوسهن. وإذا

قلنا بفساد الصّدّاق، ففيم يجب لهن قولان كما لو أصدقها خمرًا. أظهرهما: يجب لكل واحدة منهن مهر مثلها. والثاني: يوزع المسمى على مهور أمثالهن، ولكل واحدة ما يقتضيه التوزيع، ويكون الحاصل لهن على هذا القول كالمسمى إذا قلنا بصحته. ولو زوج أمتيه بعد على صدّاق واحد، صح الصّدّاق، لأن المستحق واحد كبيع عبيدين بثمن. ولو كان له أربع بنات، ولآخر أربع بنين، فزوجهن بهن صفقة بمهر واحد بأن قال: زوجت بنتي فلانة ابنك فلاناً، وفلانة فلاناً بألف، ففيه طريقان حكاهما المتولي: أحدهما: في صحة الصّدّاق القولان. والثاني: القطع ببطلانه لتعدد المعقود له من الجانبين.

السبب الرابع: أن يتضمن إثبات الصّدّاق رفعه.

نقدّم عليه أن الأب إذا زوج ابنه الصغير أو المجنون، فيما أن يصدق من مال الابن، وإما من مال نفسه. فإن أصدق من مال الابن، فالكلام في أنه هل يصير ضامناً للصدّاق إذا كان ديناً؟ وهل يرجع إذا غرم على ما سبق في الطرف السادس من باب بيان الأولياء؟ فإن تطوع وأداء من مال نفسه ثم بلغ الابن وطلقها قبل الدخول، فهل يرجع النصف إلى الأب أم إلى الابن؟ فيه طريقان: أحدهما وبه قال الداركي: إنه على الوجهين فيما لو تبرع أجنبي على الزوج بأداء الصّدّاق ثم طلق قبل الدخول، هل يعود النصف إلى الزوج لأن الطلاق منه، أم إلى الأجنبي المتبرع؟ والطريق الثاني وهو المذهب وبه قطع الجمهور: أنه يعود إلى الابن، وفرقوا بينه وبين الأجنبي، بأن الأب يتمكن من تمليك الابن فيكون موجباً قابلاً قابضاً مقبضاً، فإذا حصل الملك، ثم صار للمرأة عاد إليه بالطلاق، والأجنبي بخلافه. فإن كان الابن بالغاً، وأدى الأب عنه، فكالأجنبي.

والأصح في صورة الأجنبي، عود النصف إلى الأجنبي، قاله الإمام: فإذا قلنا: يعود إلى الابن الذي طلق، فإن كان ما أخذه بالطلاق بدل ما أخذته، فلا رجوع للأب، وإن كان عين المأخوذ، فقليل: لا رجوع قطعاً. وقيل: على الوجهين فيمن وهب لابنه عيناً فزال ملكه عنها ثم عاد، والمذهب المنع. فإن كان الابن بالغاً، فقليل: كالصغير. وقيل بالمنع قطعاً، لأنه ليس للأب تمليكه، فالأداء عنه محض إسقاط. أما إذا أصدقها الأب من مال نفسه، فيجوز ويكون تبرعاً منه على الابن. قال البغوي: سواء كان عيناً أو ديناً. ثم لو بلغ الصبي وطلقها قبل الدخول، عاد الخلاف فيمن يرجع إليه النصف. فإن قلنا بالمذهب وهو العود إلى الابن، فإن كان أصدقها عيناً وبقيت بحالها فرجع النصف إليه، فهل للأب الرجوع؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا زال ملك الابن عن الموهوب ثم عاد. وإن أصدقها ديناً، قال

البغوي: فلا رجوع فيما حصل، كما لو اشترى لابنه الصغير شيئاً في الذمة ثم أدّاه من ماله ثم وجد الابن بالمبيع عيباً فردّه، يسترد الثمن ولا يرجع الأب فيه، بخلاف ما لو خرج المبيع مستحقاً يعود الثمن إلى الأب، لأنه بان أنه لم يصح الأداء. ولو ارتدت المرأة قبل الدخول، فالقول فيمن يعود إليه كل الصداق وفي رجوع الأب فيه إذا عاد إلى الابن، كالقول في النصف عند الطلاق.

إذا عرفت هذه المقدمة، فمن مفسدات الصداق أن يلزم من إثباته رفعه، وذلك إما أن يكون بتوسط تأثيره في رفع النكاح، وإما بغير هذا التوسط. مثال القسم الأول، أذن لعبده أن ينكح حرة ويجعل رقبته صداقاً لها ففعل، لا يصح الصداق، لأنه لو صح لملك زوجها وانفسخ النكاح، وارتفع الصداق، ولا يصح أيضاً النكاح لأنه قارنه ما يضاذه، وفي صحته احتمال لبعض الأئمة.

قلت: هذا الإحتمال، ذكره الإمام والغزالي قالا: ولكن لا صائر إليه من الأصحاب، وقد جزم به صاحب «الشامل» ذكره في آخر «باب الشغار»، ولكن الذي عليه الجمهور، الجزم ببطلان النكاح. والله أعلم.

ولو أذن له في نكاح أمة، ويجعل رقبته صداقها، ففعل، صح النكاح والصداق، لأن المهر للسيد لا لها. فلو طلقها قبل الدخول، بني على ما إذا باع السيد عبده بعدما نكح بإذنه ثم طلق العبد المنكوحة بعد أداء المهر وقبل الدخول، إلى من يعود النصف؟ وفيه أوجه: أصحابها: إلى المشتري، سواء أدّاه البائع من مال نفسه أو من كسب العبد، قبل البيع أو بعده، لأن الملك في النصف إنما حصل بالطلاق، والطلاق في ملك المشتري، فأشبهه سائر الأكساب. والثاني: يعود إلى البائع بكل حال. والثالث: إن أدّاه البائع من عنده أو أدى من كسب العبد قبل البيع، عاد إلى البائع، وإن أدى من كسبه بعد البيع، عاد إلى المشتري، ولو فسخ أحدهما النكاح بعيب، أو ارتدت، أو عتقت وفسخت، جرت الأوجه في أن كل الصداق إلى من يعود؟ ولو أعتق العبد ثم طلق قبل الدخول، أو حدث شيء من الأسباب المذكورة، فحيث نقول بالعود إلى البائع، يعود هنا إلى المعتق، وحيث جعلناه للمشتري، يكون هنا للمعتق. فإن قلنا بالأصح وهو العود إلى المشتري، ففي المسألة التي كنا فيها تبقى رقبة العبد كلها لمالك الأمة. وإن قلنا بالعود إلى البائع، فكذا هنا يعود النصف إلى السيد المصدق في صورة الطلاق، ولو ارتدت أو فسخت بعيب، عاد الكل إليه.

ولو أعتق مالك الأمة العبد ثم طلقها قبل الدخول، أو فسخت أو ارتدت، فعلى المعتق نصف قيمة العبد في صورة الطلاق، وجميعها في الفسخ والردة، ويكون ذلك

للزواج العتيق على الأصح، ولسيده الأول على الوجه الآخر. ولو قبل نكاح أمة لعبده الرضيع على قولنا: يجوز إجبار العبد الصغير على النكاح وجعله صداقها، فأرضعت الأمة زوجها وانفسخ النكاح، فالعبد يبقى لمالك الأمة على الأصح. وعلى الوجه الآخر: يعود إلى سيده الأول. ولو ارتضع الصغير بنفسه، فهو كالطلاق قبل الدخول. ولو باع مالك الأمة العبد ثم طلق العبد قبل الدخول، أو حصلت ردة، أو فسخت، فعلى الوجه المقابل للأصح: يجب عليه لسيد العبد الأول نصف قيمة العبد في صورة الطلاق، وجميع قيمته في سائر الصور. وأما على الوجه الأصح، فقد أطلق في «التهذيب» أنه لا شيء عليه. وقال الشيخ أبو علي: يرجع مشتري العبد عليه بنصف القيمة أو بجمعها، لأن الصداق على هذا الوجه يكون أبداً لمن له العبد يوم الطلاق أو الفسخ، وهذا هو الصواب، وليتأول ما في «التهذيب» على أنه لا شيء عليه للسيد الأول. ولو باع الأمة ثم طلق، أو فسخت، فعلى الأصح يبقى العبد له ولا شيء عليه، وعلى الآخر يعود نصفه أو كله إلى السيد الأول.

مثال القسم الثاني: كانت أم ابنه الصغير في ملكه، بأن استولد أمة غيره بنكاح، ثم ملكها هي وولدها، فيعتق عليه الولد دونها. فلو قبل لابنه نكاح امرأة وأصدقها أمة، لم يصح الصداق، لأن ما يجعله صداقاً يدخل في ملك الابن أولاً، ثم ينتقل إلى المرأة، ولو دخلت في ملكه، لعتقت عليه وامتنع انتقالها إلى الزوجة، فيصح النكاح ويفسد الصداق، ويجيء الخلاف في أن الواجب مهر المثل أم قيمتها؟ هذا ما ذكره الأصحاب. وقد ذكرنا خلافاً فيما إذا أصدق الأب من ماله عن الصغير، ثم بلغ وطلق قبل الدخول، لأن النصف يرجع إلى الأب أو إلى الابن. فمن قال: إلى الأب، فقد ينازع في قولهم: لا يدخل في ملكها حتى يدخل في ملك الابن.

السبب الخامس: تفريط الولي في قدر المهر. فإذا قبل لابنه الصغير أو المجنون نكاحاً بمهر المثل أو دونه، أو بعين من أمواله بقدر مهر المثل أو دونه، صح. وإن قبله بأكثر من مهر المثل، فالصداق فاسد. وكذا لو زوج بنته المجنونة أو البكر، أو الصغيرة أو الكبيرة بغير إذنهما بأقل من مهر المثل، فسد الصداق. وفي النكاح في المسألتين قولان: أظهرهما: صحته كسائر الأسباب المفسدة، ويجب مهر المثل. وفيما إذا أصدقها عيناً وجه أنه تصح التسمية في قدر مهر المثل. والقول الثاني: لا يصح النكاح، لأنه ترك مصلحة المولى عليه، فصار كترك الكفاءة. ولو أصدق عن ابنه أكثر من مهر المثل من مال نفسه، ففيه احتمالان للإمام: أحدهما: يفسد المسمى، لأنه يتضمن دخوله في ملك الابن، ثم يكون متبرعاً بالزيادة. والثاني: يصح وتستحق المرأة المسمى، لأنه لا ضرر على الابن، بل إذا لم نصححه

أضررنا به، فإنه مهر المثل في ماله، وبهذا الثاني قطع الغزالي والبغوي، ورجح المتولي والسرخسي في «الأمالي» الاحتمال الأول، ويتأيد بأنه لو لزم الصبي كفارة قتل فأعتق الولي عنه عبداً لنفسه، لم يجز لأنه يتضمن دخوله في ملكه وإعتاقه عنه، وإعتاق عبد الطفل لا يجوز.

فصل: إذا اتفقوا على مهر في السر وأعلنوا بأكثر من ذلك، فعن الشافعي رحمته الله أنه قال في موضع: المهر مهر السر، وفي موضع: العلانية. وللاصحاب طريقتان: أحدهما: إثبات قولين: وفي موضعهما وجهان: أحدهما: موضعهما إذا اتفقوا على ألف، واصطلحوا على أن يعبروا عن الألف في العلانية بألفين. أظهر القولين وجوب ألفين بجريان اللفظ الصريح بهما. والثاني: الواجب ألف عملاً باصطلاحهما. والوجه الثاني: إثبات قولين مهما اتفقوا على ألف وجرى العقد بألفين وإن لم يتعرضوا للتعبير عن ألف بألفين اكتفاءً بقصدهم. قال الإمام: وعلى هذه القاعدة تجري الأحكام المتلقاة من الألفاظ. فلو قال الزوج لزوجته: إذا قلت: أنت طالق ثلاثاً، لم أرد به الطلاق، وإنما غرضي أن تقومي وتقеди، وأريد بالثلاث واحدة، فالمذهب أنه لا عبرة بذلك. وفي وجه: الاعتبار بما تواضعا عليه.

ثم ما المعنى بما أطلقناه في الوجهين من الاتفاق في السر، أهو مجرد التراضي والتواعد؟ أم المراد ما إذا جرى العقد بألف في السر ثم عقدوا بألفين في العلانية؟ منهم من يشعر كلامه بالأول، ومقتضى كلام البغوي وغيره إثبات القولين وإن جرى العقدان. قال البغوي: وخرَج بعضهم من هذا، أن المصطلح عليه قبل العقد كالمشروط في العقد، وقد سبق بيان هذا التخييع. والطريق الثاني وهو المذهب: تنزيل النصين على حالين، فحيث قال: المهر مهر السر، أراد إذا عقد في السر بألف، ثم أتوا بلفظ العقد في العلانية بألفين تحملاً وهم متفقون على بقاء العقد الأول. وحيث قال: المهر مهر العلانية، أراد إذا تواعدوا أن يكون المهر ألفاً، ولم يعقد في السر ثم عقدوا في العلانية، فالمهر مهر العلانية لأنه العقد.

ونقل الحناطي وغيره في المسألة نصاً ثالثاً، وهو أنه يجب مهر المثل ويفسد المسمى، وحملوه على ما إذا جرى العقد بألفين على أن يكتفى بألف، أو على أن لا يلزمه إلا أداء ألف. والمعتبر في المسألة توافق الولي والزوج، وقد يحتاج إلى مساعدة المرأة.

السبب السادس: مخالفة الأمر لا يشترط في إذن المرأة حيث يعتبر إذنها تقدير المهر، ولا ذكره. لكن لو قدرت فقالت: زوجني بألف مثلاً، فزوجها الولي أو وكيله بخمسائة، لم يصح النكاح، وألحق البغوي بهذه الصورة ما إذا زوجها الولي بلا مهر

أو مطلقاً. وقيل: في صحة النكاح في صورة الولي قولان: ولو قالت لوكيل الولي: زوجني ولم تتعرض للمهر، فزوجها بدون مهر المثل، فسد النكاح على المذهب. وقيل: قولان: أحدهما: يفسد. والثاني: يصح بمهر المثل. وذكر البغوي هذين الطريقتين فيما لو وكل الولي بالتزويج مطلقاً، فزوج الوكيل ونقص عن مهر المثل. وإذا قلنا: لا يصح نكاح الوكيل إذا نقص عن مهر المثل فلو أطلق التزويج ولم يتعرض للمهر، ففيه احتمالان للإمام: أحدهما: لا يصح النكاح أيضاً، لأن الإطلاق يقتضي ذكر المهر عرفاً. وأصحهما: يصح مهر المثل لأن فعله مطابق للإذن. ولو أذنت للولي في التزويج مطلقاً، فزوج بدون مهر المثل أو بلا مهر، فهل يبطل النكاح أم يصح بمهر المثل؟ فيه القولان السابقان في السبب الخامس. أظهرهما: الصحة. وقيل: يفسد قطعاً كالوكيل. ولو قالت للولي أو للوكيل: زوجني بما شاء الخاطب، فقال المأذون له للخاطب: زوجتكها بما شئت، فإن لم يعرف ما شاء الخاطب، فقد زوجها بمجهول، فيصح النكاح بمهر المثل. وإن عرف، فوجهان: أحدهما: صحة المسمى لعلمها به. والثاني: يصح النكاح بمهر المثل، وبه قال القاضي حسين لإبهام اللفظ.

قلت: هذا المذكور في هذا السبب، هو طريقة الخراسانيين. وأما العراقيون فقطعوا بصحة النكاح في كل هذه المسائل. قال صاحب «البيان»: إذا أذنت في التزويج، فزوجها وليها بلا مهر، أو بدون مهر المثل، أو بدون ما أذنت فيه، أو بغير جنسه، أو زوج الأب البكر الصغيرة أو الكبيرة بلا مهر أو بأقل من مهر مثلها، أو وكل بعلًا فزوجها بلا مهر، أو بأقل من مهر مثلها، فقال أصحابنا البغداديون: يصح النكاح في كل الصور بمهر المثل. وحكى الخراسانيون قولين في صحة النكاح في جميع ذلك. والله أعلم.

فرع: قال الولي للوكيل: زوجها من شاءت بكم شاءت، فزوجها برضاها بغير كفء بدون مهر المثل، صح. ولو قال: زوجها بألف فزوجها بخمسائة برضاها، قال المتولي: الصحيح صحة النكاح، لأن المهر حقها. وقيل: لا يصح لأنه باشر غير ما وكل فيه.

فرع: جاء رجل وقال: أنا وكيل فلان في قبول نكاح فلانة بكذا، فصدقه الولي والمرأة، وجرى النكاح، وضمن الوكيل الصداق، ثم إن فلاناً أنكره وصدقناه باليمين، فهل يطالب الوكيل بشيء من الصداق؟ وجهان: أحدهما: لا، لأن مطالبة الأصل سقطت والضامن فرعه. وأصحهما: وهو محكي عن نضه في «الإملاء»: أنه يطالب بنصف الصداق، لأن المال ثابت عليهما بزعمه، فصار كما لو قال: لزيد على

عمرو ألف وأنا ضامنه، فأنكر عمرو، يجوز لزيد مطالبة الضامن.

فرع: في «فتاوى البغوي» أنه إذا قال الولي للوكيل: لا تزوجها إلا بشرط أن ترهن بالصداق فلاناً، أو يتكفله فلان، صح وعلى الوكيل الإشتراط. فإن أهمله، لم يصح النكاح. ولو قال: زوجها بكذا وخذ به كفيلاً، فزوجها بلا شرط، صح النكاح لأنه أمره بأمرين امتثل أحدهما. وإن قال: لا تزوجها إذا لم يتكفل فلان، ينبغي أن لا يصح التوكيل، لأن الكفالة تتأخر عن النكاح، وقد منع العقد إلا بها، وأنه إذا قال للوكيل: زوجها بألف وجارية ولم يصف الجارية، فزوجها الوكيل بألف، لم يصح. ولو قال: زوجها بخمر أو خنزير أو مجهول، فزوجها بألف درهم، فإن كان ذلك نقد البلد وقدر مهر المثل، أو أكثر، صح النكاح والمسمى، وإلا، فلا.

الباب الثالث: في التفويض وحكم المفوضة

التفويض: أن تجعل الأمر إلى غيره. ويقال: إنه الإهمال. ومنه قوله: لا يصلح الناس فوضى^(١)...

وسميت المرأة مفوضة لتفويضها أمرها إلى الزوج أو الولي بلا مهر، أو لأنها أمهلت المهر. ومفوضة، بفتح الواو، لأن الولي فوض أمرها إلى الزوج. وفي الباب طرفان:

أحدهما: في صورة التفويض.
والثاني: في حكمه.

أما الأول: فالتفويض ضربان: تفويض مهر، وتفويض بضع. فتفويض المهر أن تقول لوليها: زوجني على أن المهر ما شئت أو ما شئت أنا، أو ما شاء الخاطب، أو فلان، فإن زوجها على ما ذكرت من الإبهام، فحكمه ما سبق في آخر الباب السابق. وإن زوجها بما عين المذكور مشيئته، صح المسمى وإن كان دون مهر المثل. وإن زوجها بلا مهر، فهل يبطل النكاح، أم يصح بمهر المثل؟ فيه الخلاف السابق في آخر الباب السابق فيما إذا أطلقت الإذن وزوج الولي بدون مهر المثل، وليس النكاح في هذه الصور خالياً عن المهر، وليس هذا التفويض بالتفويض الذي عقدنا له الباب.

وأما تفويض البضع، فالمراد به: إخلاء النكاح عن المهر، وإنما يعتبر إذا صدر من مستحق المهر بأن تقول البالغة الرشيدة، ثيباً كانت أو بكرًا: زوجني بلا مهر أو على أن لا مهر، فيزوجها الولي وينفي المهر، أو يسكت عنه. ولو قالت: زوجني

(١) جزء من بيت شعر وهو بتمامه:

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا

وسكتت عن المهر، فالذي ذكره الإمام وغيره، أن هذا ليس بتفويض، لأن النكاح يعقد غالباً بمهر، فيحمل الإذن على العادة، فكأنها قالت: زوجني بمهر، ويوافق هذا ما سبق. وفي بعض كتب العراقيين ما يقتضي كونه تفويضاً. ومن التفويض الصحيح أن يقول سيد الأمة: زوجتها بلا مهر، أو زوجها ساكتاً عن المهر.

ولو أذنت الحرة لوليها في التزويج، على أن لا مهر لها في الحال ولا عند الدخول ولا غيره، وزوجها الولي كذلك، فوجهان: أحدهما: بطلان النكاح. وأصحهما: صحته. وعلى هذا، هل هو تفويض فاسد فيجب مهر المثل، أم يلغى النفي في المستقبل ويكون تفويضاً صحيحاً؟ وجهان: وبالأول قال أبو إسحاق، لأنه شرط فاسد، والشرط الفاسد في النكاح يوجب مهر المثل. ولو زوجها الولي ونفى المهر من غير أن ترضى هي بمهر المثل، فهو كما لو نقص عن مهر المثل. فإن كان مجبراً، فهل يبطل النكاح، أم يصح بمهر المثل؟ قولان: وإن كان غير مجبر، فهل يبطل قطعاً أم على القولين؟ فيه طريقان، وقد سبق جميع هذا.

فرع: لا يصح تفويض المحجور عليها لسفه، ولا الصبية المميزة. وإذا قالت السفية: زوجني بلا مهر، استفاد به الولي الإذن في النكاح ولغا التفويض.

فرع: نكحها على أن لا مهر لها ولا نفقة، أو على أن لا مهر لها وتعطي زوجها ألفاً، فهذا أبلغ في التفويض. ولو قالت للولي: زوجني بلا مهر، فزوجها بمهر المثل من نقد البلد، صح المسمى. وإن زوجها بدون مهر المثل أو بغير نقد البلد، لم يلزم المسمى، وكان كما لو نكحها تفويضاً.

الطرف الثاني: في حكم التفويض، وفيه مسائل:

إحداها: هل تستحق المفوضة مهر المثل بنفس العقد، أم لا يجب بنفس العقد؟ فيه قولان: أظهرهما: الثاني. فعلى هذا، إذا وطئها، وجب مهر المثل على الصحيح. وعن القاضي حسين تخريج وجه: أنه لا يجب، خرجه من وطء المرتهن المرهونة بإذن الراهن، ظاناً بالإباحة، والجامع حصول الإذن من مالك البضع، وموضع هذا الوجه على ما ذكره أكثر من نقله ما إذا جددت إذناً في الوطء وصرحت بنفي المهر. قال الإمام: والقياس أن لا يشترط تجديد الإذن، قال: وقد رأيت في بعض المجموعات ما يدل عليه، وإذا قلنا بالصحيح وأوجبنا مهر المثل، فهل تعتبر حالة الوطء، أم يجب أكثر مهر من يوم العقد إلى الوطء؟ فيه وجهان: أو قولان: أظهرهما: الثاني.

الثانية: مات أحد الزوجين قبل الفرض والمسييس، فهل يجب مهر المثل أم لا يجب شيء؟ فيه خلاف مبني على حديث برّوع بنت واشق، أنها نكحت بلا مهر،

فمات زوجها قبل أن يفرض لها، فقضى لها رسول الله ﷺ بمهر نسائها والميراث^(١)، فقيل: إن ثبت الحديث، وجب المهر، وإلا فقولان: وقيل: إن لم يثبت، فلا مهر، وإلا فقولان: وقيل: إن ثبت، وجب، وإلا، فلا، وهو ظاهر لفظ «المختصر». وقيل: قولان وهو الأصح، وبه قال العراقيون والحلي، واختلفوا في الأظهر منهما، فرجع صاحب «التقريب» والمتولي، الوجوب. ورجح العراقيون والإمام والبغوي والرويانى، أنه لا يجب.

قلت: الراجح ترجيح الوجوب، والحديث صحيح رواه أبو داود والترمذي والنسائي وغيرهم. قال الترمذي: حديث حسن صحيح، ولا اعتبار بما قيل في إسناده، وقياساً على الدخول، فإن الموت مقرر كالدخول، ولا وجه للقول الآخر مع صحة الحديث. والله أعلم.

فإن أوجبنا، فيجب مهر المثل باعتبار يوم العقد، أم يوم الموت، أم أكثرهما؟ فيه ثلاثة أوجه حكاه الحناطي.

الثالثة: طلقها قبل الدخول، إن كان فرض لها، تشطر المفروض كالمسمى في العقد، وإن لم يكن فرض لها، فلا يشطر على المذهب، وبه قطع الأصحاب. وعن الشيخ أبي محمد والمتولي، خلاف مبني على أن المهر يجب بالعقد أم لا؟ قال الإمام: لا يعتد بهذا، ولا يلتحق بالوجه الضعيفة.

الرابعة: إذا قلنا: لا يجب المهر للمفوضة بالعقد، فلها مطالبة الزوج بفرض مهر قبل الميسس. وإن أوجبناه بالعقد، فمن قال: يشطر بالطلاق قبل الميسس، قال: ليس لها طلب الفرض، لكن لها طلب المهر نفسه، كما لو وطئها ووجب مهر المثل، تطالب به لا بالفرض. ومن قال: لا يشطر. قال: لها طلب الفرض ليتقرر الشطر فلا يسقط بالطلاق، وهذا هو المذهب. ولها حبس نفسها للفرض، وهل لها حبس نفسها لتسليم المفروض؟ قال البغوي والرويانى: نعم كالمسمى: وحكى الإمام عن الأصحاب المنع، وبه قطع الغزالي لأنها ساحت بالمهر، فكيف تضايق في تقديمه.

فرع: الفرض يوجد من الزوج، أو القاضي، أو أجنبي.

(١) يشير إلى ما أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢١١٤) والترمذي في سننه برقم (١١٤٥) والنسائي في سننه (١٢١/٦) وابن ماجه في سننه برقم (١٨٩١) وأحمد في المسند (٤/٢٧٩) من حديث عبد الله بن مسعود رضي الله عنه في رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها، ولم يفرض لها الصداق، فقال: لها الصداق كاملاً، وعليها العدة ولها الميراث، فقال معقل بن سنان: سمعت رسول الله ﷺ قضى به في بروع بنت واشق. والحديث صححه العلامة الألباني رحمه الله في صحيح سنن أبي داود (٥٩٠).

الضرب الأول: إذا فرض الزوج، نظر، إن لم ترض به المرأة، فكأنه لم يفرض وفيما علق عن الإمام، أنه لا يشترط القبول منها، بل يكفي طلبها وإسعافه، وليكن هذا فيما إذا طلبت عينا أو مقدراً فأجابها، أما إذا أطلقت الطلب، فلا يلزم أن تكون راضية بما يعينه أو يقدره. أما إذا تراضيا على مهر، فينظر، إن جهلا قدر مهر المثل، أو جهله أحدهما، ففي صحة الفرض قولان: أظهرهما عند الجمهور: صحته وهو نصه في «الإملاء» والقديم. وإن كانا عالمين به، صح ما فرضاه. ويجوز إثبات الأجل في المفروض على الأصح، ويجوز أن يكون زائداً على مهر المثل إن كان من غير جنسه، وكذا إن كان منه على المذهب.

الضرب الثاني: فرض القاضي، وذلك إذا امتنع الزوج من الفرض، أو تنازعا في قدر المفروض، فيفرضه، ولا يفرض إلا من نقد البلد حالا. ولو رضيت بالأجل، لم يؤجل، بل تؤخر هي إن شاءت، ولا يزيد على مهر المثل ولا ينقص، كما في قيم المتلفات. ولكن الزيادة والنقص اليسير الذي يقع في محل الاجتهاد، لا اعتبار به، ويشترط علمه بقدر مهر المثل. قال الشيخ أبو الفرج: وإذا فرض، لم يتوقف لزومه على رضاهما، لأنه حكم منه، وحكم القاضي لا يفتقر لزومه إلى رضى الخصمين.

الضرب الثالث: فرض الأجنبي. فإذا فرض أجنبي للمفوضة مهراً يعطيه من مال نفسه برضاها، لم يصح على الأصح. فإن صححنا، طالبت الأجنبي بالمفروض، وسقطت المطالبة عن الزوج. وعلى هذا، لو طلقت قبل الدخول، فنصف المفروض يعود إلى الزوج أم إلى الأجنبي؟ فيه الوجهان السابقان فيما إذا تبرع أجنبي بأداء المسمى ثم طلقت قبل المسيس ذكرناهما فيما لو أصدق عن ابنه.

فرع: أبرأت المفوضة عن المهر قبل الفرض والمسيس، فإن قلنا: يجب المهر بالعقد، صح الإبراء إن كانت تعلم مهر المثل، فإن جهلته، ففي صحة الإبراء عن المجهول قولان سبقا في «الضمان»: أظهرهما: المنع. فإن منعنا، فذلك فيما زاد على المتيقن. وفيما استيقنته وجهان من تفريق الصفقة.

وإن قلنا: لا يجب المهر بالعقد، فهو إبراء عما لم يجب، وجرى سبب وجوبه. وفي صحته قولان كالقولين في ضمانه: أظهرهما: فساده، فحصل أن المذهب فساد إبرائها.

ولو أسقطت حق الفرض، لم يسقط كإسقاط زوجة المولي، ولو أبرأت عن المتعة قبل الطلاق، فهو إبراء عما لم يجب. وإن أبرأت بعد، فإبراء عن مجهول. ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير، فأبرأته عن المسمى، فهو لغو، لأن الواجب غيره. وإن أبرأته عن مهر المثل وهي عالمة به، صح.

فرع: لزوجته عليه مهر تيقن أنه لا ينقص عن ألف، واحتمل أن يزيد عليه إلى ألفين، ورغبا في البراءة، فينبغي أن تبرئه عن ألفين، ذكره البغوي. ولو قبضت ألفاً، وأبرأته من ألف إلى ألفين، فإن بان أن مهرها ألف أو فوق الألف إلى ألفين، فالبراءة حاصلة، وإن بان فوق الألفين، فعليه الزيادة، وحصلت البراءة من ألفين، والقول بحصول براءة إذا بان فوق ألف إلى ألفين، تفريع على أنه إذا قال: ضمنت من واحد إلى عشرة، أو أبرأت، صح الضمان والإبراء، وهو الأصح. ولو دفع الزوج إليها ألفين، وحلل لها ما بين ألف وألفين، حل لها ذلك إن بان فوق ألف إلى ألفين. وإن بان دون ألف، فعليها رد قدر التفاوت بين مهرها وبين الألف، لأنه لم يدخل في التحليل، ويحصل الفرض من جهة الزوجة بلفظ التحليل والإبراء، أو الإسقاط والعفو. وأما من جهة الزوج، فيشترط لفظ صالح لتمليك الأعيان. فإن تصرف في المدفوع وصار ديناً، جرت فيه الألفاظ.

فرع: قال لمن عليه ألف درهم: أبرأتك عن ألف درهم، ثم قال: لم أعلم وقت الإبراء أنه كان لي عليه شيء، لا يقبل قوله في الظاهر. وفي الباطن وجهان: قال الإصطخري: لا يقبل أيضاً لأنه ورد على محل حقه. وقال غيره: يقبل، والخلاف مأخوذ مما إذا باع مال أبيه ظاناً حياته فبان ميتاً.

فصل: ذكرنا أن المفروض فرضاً صحيحاً، كالمسمى في العقد، حتى يتشطر بالطلاق قبل الدخول. فلو فرض فاسداً كخمر، لغا، ولم يؤثر في تشطر مهر المثل، بخلاف التسمية الفاسدة في العقد، فإنها تشطره.

فرع: نكح ذمي ذميةً على أن لا مهر، وترافعا إلينا، حكمنا بحكمنا في المسلمين.

فصل: في بيان مهر المثل

ويحتاج إليه في مواضع:

منها: المفوضة، وفي التفويض الفاسد، وفي التسمية الفاسدة، وفيما إذا نكح نسوة بمهر واحد وقلنا: يوزع على مهور أمثالهن، وفي وطء الشبهة والإكراه على الزنا، وفيه مسائل:

إحداها: مهر المثل هو القدر الذي يرغب به في أمثالها، والركن الأعظم في الباب النسب، وينظر إلى نساء عصباتها، وهن المنتسبات إلى من تنسب هذه إليه كالأخت وبنت الأخت، والعمة وبنت العم، ولا ينظر إلى ذوات الأرحام، ويراعى في نساء العصبية قرب الدرجة، وأقربهن الأخوات من الأبوين، ثم من الأب، ثم

بنات الاخوة من الأبوين، ثم من الأب، ثم العمات كذلك، ثم بنات الأعمام. فإن تعذر اعتبار نساء العصبية، اعتبر بذوات الأرحام كالجديات والخالات، وتقدم القربى فالقربى من الجهات، وكذا تقدم القربى فالقربى من الجهة الواحدة كالجديات. ولا يتعذر اعتبار نساء العصبية بموتهن، بل يعتبر بعد موتهن، وإنما يتعذر بفقدهن من الأصل، وقد يكون للجهل بمقدار مهورهن، أو لأنهن لم ينكحن. فإن تعذرت ذوات الأرحام، اعتبرت بمثلها من الأجنيات، وكذا إن لم يكن نسبها معلوماً، وتعتبر العربية بعربية مثلها، والأمة بأمة مثلها، وينظر إلى شرف سيدها وخسسته، ومهر المعتقة بمعنتها مثلها. وفي وجه: تعتبر المعتقة بنساء الموالي.

الثانية: يعتبر مع ما ذكرناه البلد. فإذا كان نساء عصباتها ببلدتين هي في إحداهما، اعتبر بعصبات بلدها. فإن كن كلهن ببلدة أخرى، فالاعتبار بهن لا بأجنيات بلدها، وتعتبر المشاركة في الصفات المرغبة، كالعفة، والجمال، والسن، والعقل، واليسار، والبكارة، والعلم، والفصاحة، والصراحة، وهي أن تكون شريفة الأبوين، وسائر الصفات التي تختلف بها الأغراض. وفي وجه: لا اعتبار باليسار وهو بعيد، ومتى اختصت بصفة مرغبة، زيد في مهرها. وإن كان فيها نقص ليس في النسوة المعتبرات مثله، نقص من المهر بقدر ما يليق به.

الثالثة: المعتبر غالب عادة النساء المعتبرات. فلو سامحت واحدة منهن، لم يلزم الباقيات المسامحة، إلا أن يكون لنقص دخل النسب وفترت الرغبات.

الرابعة: مهر المثل يجب حالاً من نقد البلد، كقيمة المتلفات. وإن رضيت بالتأجيل، لا يوجب الحاكم مؤجلاً، لكن لها أن تسامح بالإنظار. فإن كانت النسوة المعتبرات ينكحن بمؤجل أو بصدّق بعضه مؤجل، لم يؤجل الحاكم أيضاً لكن ينقص ما يليق بالأجل. وإن جرت عادتهن بمسامحة العشيرة دون غيرهم، خففنا مهر هذه في حق العشيرة دون غيرها. وكذا لو كن يخففن، إذا كان الزوج شريفاً، خفف في حق الشريف دون غيره. وعن الشيخ أبي محمد: أنه لا يلزم التخفيف في حق العشيرة والشريف. وقيل: مهر المثل الواجب بالعقد يجوز أن يختلف دون الواجب بالإتلاف، والصحيح الأول.

فرع: تقادم العهد لا يسقط مهر المثل عندنا.

فرع: الوطء في النكاح الفاسد، يوجب مهر المثل باعتبار يوم الوطء كالوطء بالشبهة، ولا يعتبر يوم العقد، إذ لا حرمة للعقد الفاسد.

فرع: إذا وطئ مراراً بشبهة واحدة، أو في نكاح فاسد، لم يجب إلا مهر واحد. ولو وطئ بشبهة، فزالت تلك الشبهة، ثم وطئ بشبهة أخرى، وجب مهران.

ولو أكرهها على الزنا، وجب بكل وطأة مهر، لأن الوجوب هنا بالإتلاف، وقد تعدد. ولو وطئ الأب جارية الابن مراراً من غير إحبال، فقليل: يجب بكل وطئ مهر. والأصح أنه لا يجب إلا مهر واحد، لأن شبهة الإعفاف تعم الوطآت، وخصص البغوي الوجهين بما إذا اتحد المجلس، وجزم بالتكرار عند اختلاف المجلس. ووطئ الشريك المشتركة، والسيد المكاتبه مراراً، كوطآت جارية الابن. وإذا وجب مهر واحد بوطآت، اعتبر أكمل الأحوال.

الباب الرابع: في تشطر الصداق

بالطلاق قبل الدخول يشطر الصداق بين الزوجين، وفي الباب أطراف:
الطرف الأول: في موضع التشطر وكيفيته.

أما موضعه، فيتشطر الصداق قبل الدخول بالطلاق والخلع. وفيما إذا طلقت نفسها بتفويضه إليها، أو علّق طلاقها بدخول الدار فدخلت، أو طلقها بعد مدة الإيلاء بطلبها، وبكل فرقة تحصل لا بسبب من المرأة، بأن أسلم أو ارتد أو أرضعت أم الزوجة الزوج وهو صغير، أو أم الزوج أو ابنة الزوجة الصغيرة، أو وطئها أبوه أو ابنه بشبهة وهي تظنه زوجها، أو قذفها ولاعن. فأما إذا كان الفراق منها أو بسبب فيها، بأن أسلمت أو ارتدت، أو فسخت النكاح بعق أو عيب، أو أرضعت زوجة أخرى له صغيرة، أو فسخ النكاح بعيبها، فيسقط جميع المهر، وشراؤها زوجها يسقط الجميع على الأصح، وشراؤه زوجته يشطر على الأصح.

فرع: إذا طلق المفوضة قبل الفرض والدخول، فالقول في التشطر سبق. وأما غير المفوضة، فكل صداق واجب ورد عليه الطلاق قبل الدخول شطره، سواء فيه المسمى الصحيح في العقد، والمفروض بعده، ومهر المثل إذا جرت تسمية فاسدة في العقد.

فصل: وأما كيفية التشطر، ففيها أوجه: الصحيح أنه يعود إليه نصف الصداق بنفس الفراق. والثاني: أن الفراق يثبت له خيار الرجوع في النصف، فإن شاء يملكه وإلا فيتركه كالشفعة. والثالث: لا يرجع إليه إلا بقضاء القاضي. وحكى العبادي، أن أبا الفضل القاشاني الزاهد، حكى الثالث قولاً قديماً. وأنكر جمهور الأصحاب كونه قولاً أو وجهاً، فإذا قلنا: يثبت الملك بالاختيار، فطلقها على أن يسلم لها كل الصداق، وهذا إعراض منه ورضى بسقوط حقه، فيسلم لها جميعه. وعلى الصحيح يلغو قوله، ويتشطر المهر كما لو أعتق ونفى الولاء. ولو طلق ثم قال: أسقطت خياري، وقلنا: الطلاق يثبت الخيار، فقد أشار الغزالي إلى احتمالين. أحدهما:

يسقط كخيار البيع. وأرجحهما: لا، كما لو أسقط الواهب خيار الرجوع، ولم يجز هذا التردد فيما لو طلق على أن يسلم لها كل الصّدّاق. ويجوز أن يسوي بين صورتين. ولو حدثت زيادة في الصّدّاق بعد الطلاق، فعلى الوجه الأول: الصحيح نصفها للزوج، وعلى الثاني: إن حدثت قبل اختيار التملك، فالجميع للزوجة كالحادث قبل الطلاق، هذا إذا كانت الزيادة منفصلة، فإن كانت متصلة وقلنا بالأول، فالنصف بزيادته للزوج. وإن قلنا بالثاني، فوجهان: أحدهما: كذلك. والثاني: يمنع الرجوع إلا برضاها. وإن حدث نقص، فإن قلنا: يملك بالاختيار، فإن شاء أخذه ناقصاً بلا أرش، وإن شاء تركه وأخذ نصف قيمته صحيحاً. وإن قلنا: يملك بنفس الطلاق، فإن وجد منها تعدّ، بأن طالبها برد النصف، فامتنعت، فله النصف مع أرش النقص وإن تلف الكل والحالة هذه، فعليها الضمان. وإن لم يوجد تعدّ، فوجهان: أحدهما وهو ظاهر النص وبه قال العراقيون والرويان: أنها تغرم أرش النقص. وإن تلف، غرمت البديل لأنه مقبوض عن معاوضة كالمبيع في يد المشتري بعد الإقالة. وفي «الأم» نص يشعر بأنه لا ضمان، وبه قال المرازقة، لأنه في يدها بلا تعدّ، فأشبهه الوديعة. فعلى الأول، لو قال الزوج: حدث النقص بعد الطلاق فعليك الضمان، وقالت: قبله ولا ضمان، فأيهما المصدق؟ وجهان: أحدهما: المرأة، وبه قطع الشيخ أبو حامد وابن الصباغ. ولو رجع كل الصّدّاق إليه بردتها، أو فسخ وتلف في يدها، فمضمون عليها كالبيع يفسخ بإقالة أو ردّ بعيب. قال الإمام: وحكم النصف عند رده كالطلاق.

فرع: إذا قلنا: يملك بالاختيار، فهل تملك الزوجة التصرف بعد الطلاق قبل الاختيار؟ وجهان حكاهما الإمام. قال: القياس أنها تملك كما قبل الطلاق، وكما يملك المتهب قبل رجوع الواهب.

فرع: إذا كان الصّدّاق ديناً، سقط نصفه بمجرد الطلاق على الصحيح، وعند الاختيار: على الثاني، ولو أدى الدين والمؤدى باقٍ، فهل لها أن تدفع قدر النصف من موضع آخر لأن العقد لم يتعلق بعينه؟ أم يتعين حقه فيه لتعيينه بالدفع؟ وجهان: أحدهما: الثاني.

الطرف الثاني: في تغير الصّدّاق قبل الطلاق. إذا أصدقها عيناً، ثم طلقها قبل الدخول، فإن كانت تالفة، رجع بنصف مثلها إن كانت مثلية، أو نصف قيمتها إن كانت متقومة. وإن كانت باقية، فإن لم يحدث فيها تغير، رجع في نصفها كما سبق. وإن حدث تغير وهو مقصود الفصل، فهو نقص أو زيادة أو كلاهما، فهي ثلاثة أقسام: الأول: نقص محض وهو نوعان: نقص صفة ونقص جزء.

النوع الأول: نقص الصفة كالعمى والعور، ونسيان الصنعة، وهو ضربان: حادث في يدها، وحادث في يده.

الضرب الأول: أن يحدث في يدها، فالزوج بالخيار، إن شاء رجع إلى نصف قيمة الصداق سليماً، وإن شاء قنع بنصف الناقص بلا أرش. هذا قول الأصحاب. قال الإمام: ويحتمل أن يقال: يجب الأرش، وجعل الغزالي هذا الاحتمال وجهان. الضرب الثاني: أن يحدث في يده قبل قبضها وأجازت، فله عند الطلاق نصفها ناقصاً، ولا خيار له ولا أرش، لأنه نقص وهو من ضمانه، لكن لو حدث النقص بجناية وأخذت الأرش، فهل له نصف الأرش، لأنه بدل الفأنت أم لا شيء له من الأرش كزيادة منفصلة؟ فيه وجهان: أحدهما: الأول.

النوع الثاني: نقص جزء، بأن أصدقها عبيدين وقبضهما، فتلف أحدهما في يدها ثم طلقها، فثلاثة أقوال: أظهرها: يرجع إلى نصف الباقي ونصف قيمة التالف. والثاني: أنه يأخذ الباقي بحقه إن استوت قيمتهما. والثالث: يتخير بين أن يأخذ نصف الباقي ونصف قيمة التالف، وبين أن يأخذ نصف قيمة العبدین. القسم الثاني: زيادة محضة وهي صنفان: منفصلة ومتصلة.

الصنف الأول: أما المنفصلة، كاللبن، والولد، والكسب، فيسلم للمرأة - سواء حصلت في يدها أو في يد الزوج، ويختص الرجوع بنصف الأصل. ثم في «الشامل» و«التتمة»: إن قولنا: يرجع بنصف الأصل ويبقى الولد لها، مفروض في غير الجواري، وليس له الرجوع في نصف الجارية لأنه يتضمن التفريق بين الأم والولد، بل يرجع إلى القيمة. فإن وافقته الزوجة ورضيت برجوعه إلى نصف الأم، فهو كالتفريق بين الأم والولد بالبيع.

الصنف الثاني: الزيادة المتصلة، كالسمن، وتعلم صنعة، فلا يستقل الزوج بالرجوع إلى عين النصف، بل يخير الزوجة. فإن أبت، رجع إلى نصف القيمة بغير تلك الزيادة. وإن سمحت، أجبر على القبول ولم يكن له طلب القيمة. وحكى الحناطي وجهاً، أنه لا يجبر للمنة، والصحيح الأول. قال الأصحاب: لا تمنع الزيادة المتصلة الاستقلال بالرجوع إلا في هذا الموضع. فأما في سائر الأصول، كالبيع في يد المفلس، والموهوب في يد الولد، والمردود بالعيب في البيع، فلا تمنع الزيادة المتصلة الرجوع، بل يستقلون بالرجوع معها، وفرقوا بأن الرجوع في هذه الصور بالفسخ، وهو رفع العقد من أصله أو حينه. فإن رفع من أصله، فكأنه لا عقد. وإن رفع من حينه، فالفسخ مشبه بالعقد، والزيادة تتبع الأصل في العقد، فكذا في الفسخ، وعود الشطر بالطلاق ليس فسخاً، ولهذا لو سلم العبد الصداق من كسبه

ثم عتق وطلق، عاد النصف إليه لا إلى السيد، وإنما هو ابتداء ملك يثبت فيما فرض صداقاً. وفرق أبو إسحاق بين الصداق وصورة الإفلاس، بأن غريم المفلس لو منعناه الرجوع إلى العين، لم يتم له الثمن لمزاحمة الغرماء، وهنا إذا لم تسلم العين، سلمت القيمة بتمامها، فلا ضرر، حتى لو كانت محجوراً عليها بفلس عند الطلاق ولو ترك العين لاحتاج إلى المضاربة، قال: يرجع إلى العين بزيادتها بغير رضاها. وعوّل الأكثرون على الفرق الأول، ومنعوا استقلاله بالرجوع وإن كانت محجوراً عليها، واعتبروا في الرجوع حينئذ رضاها ورضى الغرماء. وحكى الإمام وجهاً أن كونها محجوراً عليها، يمنع الرجوع وإن لم تكن زيادة، لتعلق حق الغرماء قبل ثبوت الرجوع، والزوائد المنفصلة والمتصلة فيما سوى الطلاق من الأسباب المشطرة كهي في الطلاق.

وأما ما يوجب عود جميع الصداق إلى الزوج، فينظر فيه، إن كان سببه عارضاً كالرضاع وردتها، فكذلك الحكم. وفي ردتها وجه أن الزوج يستقل بالرجوع في الزوائد المتصلة. وإن كان السبب مقارناً كالفسخ بعيه أو عيبها، فالذي قطع به الجمهور، أنه يعود بزيادته إلى الزوج، ولا حاجة إلى رضاها كفسخ البيع بالعيب. وقال المتولي: إن قلنا في الفسخ بعد الدخول: يبقى المسمى لها، فهو كما لو كان السبب عارضاً. وإن قلنا: يوجب مهر المثل، فهل يستند الفسخ إلى أصل العقد ويرفع أصله، أم لا؟ فيه خلاف. إن قلنا: لا، فالحكم كما سبق، وإن قلنا: نعم، عاد الصداق إليه بزوائده المتصلة والمنفصلة.

فرع: إذا امتنع الرجوع إلى نصف عين الصداق، رجع بنصف قيمة الجملة بغير زيادة ولا نقص، ولا يقال: يرجع بقيمة النصف. ووقع في كلام الغزالي بقيمة النصف، وهو تساهل في العبارة، والصواب ما ذكرنا، لأن التشقيص عيب.

القسم الثالث: إذا تغير الصداق بالزيادة والنقص معاً، إما بسبب واحد، بأن أصدقها عبداً صغيراً فكبر، فإنه نقص بسبب نقص القيمة، ولأن الصغير يدخل على النساء، ولا يعرف الغوائل، ويقبل التأديب والرياضة، وفيه زيادة بقوته على الشدائد والأسفار، وحفظ ما يستحفظه. وكما إذا أصدقها شجرة فكبرت فقل ثمرها وزاد حطبها. وإما بسببين، بأن أصدقها عبداً فتعلم القرآن واعورّ، فيثبت لكل منهما الخيار، وللزوج أن لا يقبل العين لنقصها، ويعدل إلى نصف القيمة، ولها أن لا تبذلها لزيادتها وتدفع نصف القيمة. فإن اتفقا على رد العين، جاز، ولا شيء لأحدهما على الآخر. وليس الاعتبار بزيادة القيمة، بل كل ما حدث وفيه فائدة مقصودة، فهو زيادة من ذلك الوجه وإن نقصت القيمة كما ذكرنا في كبر العبد.

فرع: أصدقها جارية حائلاً، فحبلت في يدها وطلقها قبل الدخول، فهو زيادة من وجه ونقص من وجه، للضعف في الحال، ولخطر الولادة. فإن لم يتفقا على نصف الجارية، فالمعدول إليه نصف قيمة الجارية، وليس لأحدهما إجبار الآخر. وحكى الحنطي وجهاً، أن الزوج يجبر إذا رضيت برجوعه إلى نصف الجارية حاملاً بناءً على أن الحمل لا يعرف، ومقتضى هذا أن تجبر هي أيضاً إذا رغب الزوج في نصفها حاملاً، والصحيح الأول. وأما الحمل في البهيمة، فكالجارية. وقيل: زيادة محضة، إذ لا خطر فيه، والأول أصح، لأنه لا يحمل عليها حاملاً ما يحمل حائلاً، ولأن لحم الحامل أردأ.

فرع: أصدقها أرضاً فحرثتها، فإن كانت الأرض معدة للزراعة، فزيادة محضة. وإن كانت معدة للبناء، فنقص محض، فحينئذٍ إن أراد الرجوع إلى نصف عينها، مكن، وإن أبى، رجع إلى نصف القيمة بلا حراثة. وإن زرعها، فنقص محض، فإن اتفقا على الرجوع إلى نصف العين وترك الزرع إلى الحصاد، فذاك. قال الإمام: وعليه إبقاؤه بلا أجرة، لأنها زرعت ملكها الخالص. وإن رغب فيها الزوج وامتنعت، أجبرت. وإن رغبت هي، فله الامتناع، ويأخذ نصف قيمة الأرض. فإن قالت: خذ نصف الأرض مع نصف الزرع، ففي إجباره طريقان: أحدهما: وجهان كما سنذكره إن شاء الله تعالى في الثمار. والثاني: القطع بالمنع، لأن الزرع ليس من عين الصداق، بخلاف الثمرة، والمذهب المنع كيف كان. وإن طلقها بعد الحصاد، وبقي في الأرض أثر العمارة، وكانت تصلح لما لا تصلح له قبل الزراعة، فهي زيادة محضة ولو غرستها، فكما لو زرعتها. لكن لو أراد أن يرجع في نصف الأرض ويترك الغراس، ففيه وجه أنها لا تجبر، لأن الغراس للتأبيد. وفي إبقائه في ملك الغير ضرر. ولو طلقها والأرض مزروعة أو مغروسة، فبادرت بالقلع، نظر، إن بقي في الأرض نقص لضعفها بهما وهو الغالب، فهو على خيرته، وإلا انحصر حقه في الأرض.

فصل: أصدقها نخيلاً حوائل، ثم طلقها وهي مطلعة، فليس له أخذ نصف الطلع قهراً، ولا نصف العين قهراً، لأن الطلع كزيادة متصلة فيمنع الرجوع قهراً. فإن رضيت بأخذه نصف النخل والطلع، أجبر على المذهب. وقيل: وجهان كالثمره المؤبرة، أما إذا طلقها وعليها ثمار مؤبرة، ففيها مسائل:

إحداها: ليس له تكليفها قطع الثمرة ليرجع إلى نصف العين. فلو بادرت بقطعها، أو قالت: اقطعها ليرجع، فليس للزوج إلا الرجوع إلى نصف الشجر إذا لم يمتد زمن القطع ولم يحدث به نقص في الشجر بانكسار سعف وأغصان.

الثانية: أراد الرجوع في نصف النخل وترك الثمار إلى الجداد فأبت، أجبرت

على الأصح عند الجمهور، منهم العراقيون، وبه قطع البغوي، لأن الأشجار في يدها كسائر الأموال المشتركة. ورجح المتولي منع الإجبار، وأشار إلى ترجيحه الإمام والغزالي، لأنها قد لا ترضى بيده ودخوله البستان. قال الإمام: ولأنه لا بد من تنمية الثمار بالسقي، ولا يمكن تكليفها السقي، لأن نفعه غير مختص بالثمر، بل ينفع به الشجر أيضاً، ولا يمكن تكليفها ترك السقي لتضرر الثمر والشجر. ولمن قال بالأول أن يقول: حكم السقي هنا حكمه فيما إذا اشترك اثنان في الشجر وانفرد أحدهما بالثمر في غير الصّدّاق.

الثالثة: أرادت رجوعه في نصف الشجر وترك ثمرها إلى الجداد، فله الامتناع وطلب القيمة، لأن حقه في الشجر خالية، وليس لها تكليفه تأخير الرجوع إلى الجداد، لأن حقه ناجز في العين أو القيمة. ولو قال: أؤخر الرجوع إلى الجداد، فلها الامتناع لأن نصيبه يكون مضموناً عليها، كذا وجهوه، وهو تفريع على أن النصف الراجع إليه يكون مضموناً عليها، وفيه خلاف سبق. ولو قال: أرجع ويكون نصيبي وديعة عندك وقد أبرأتك عن ضمانه، فوجهان لهما التفات إلى إبراء الغاصب مع بقاء المغصوب في يده. وزاد من نظر إلى السقي، فقال: ليس لها أن تقول: أرجع واسق، لأن فائدة السقي تعود إلى نصيبها من الشجر وإلى الثمار وهي خالصة لها، ولا أن تقول: أرجع ولا تسق، لأنه يتضرر. ولو قالت: أرجع وأنا لا أسقي وإليك الخيرة في السقي وتركه، أو قال: أرجع ولا أسقي ولك الخيار في السقي وتركه، لم يلزم الآخر الإجابة، لأنه إن ترك السقي تضرر، وإن سقى اختص بالمؤنة دون الفائدة. ولو قال الزوج: أرجع إلى النصف واسق والتزم المؤنة، أو قالت: أرجع وأنا أسقي، فهل يلزم الآخر الإجابة؟ وجهان: أحدهما: المنع، لأنه وعد وقد لا يفي به. فإن قلنا بالإجابة، فبدا للملتزم وامتنع، تبينا أن الملك لم يرجع إلى الزوج، وكأنه موقوف على الوفاء بالوعد، وألحقوا بهذه الصورة ما إذا أصدقها جارية فولدت في يدها ولداً مملوكاً ثم طلقها قبل الدخول، فقال: أرجع إلى نصف الجارية وأرضى أن ترضع الولد، ففيه الوجهان. قال الإمام: ونص الشافعي رحمه الله يدل على أنه لا يجاب. ولو قال: أرجع وأمنعها الإرضاع، لم تُجَبْ بلا خلاف. وفي هذه المسألة وراء الإرضاع ومضي زمانه شيء آخر، وهو التفريق بين الأم والولد. وقد ذكرنا ما ذكره صاحب «الشامل» و«التتمة» فيه.

الرابعة: وهبت له نصف الثمار ليشتركا في الثمر والشجر، فهل يجب القبول لأن الثمر متصل كالسمن، أم لا، لأن الثمرة المؤبرة كالمنفصلة ولا يجبر على قبول ملك الغير؟ وجهان: أحدهما: الثاني.

الخامسة: تراضيا على الرجوع في نصف الشجر في الحال، أو على تأخير الرجوع إلى الجداد، مكنّا منه. وإذا بدا لأحدهما في التأخير، مكن من الرجوع عنه. وقال المعللون بالسقي: إن رضيا بالرجوع في الحال على أن يسقي من شاء منهما متبرعاً، أو على أن يتركاً أو أحدهما السقي، فمن التزم السقي، فهو وعد لا يلزم الوفاء به، لكن إذا لم يف، تبينا أن الملك لم يعد إلى الزوج. ومن ترك السقي، لم يمكن من العود إليه. هذا حاصل المسألة، ولم أر تعرضاً للسقي إلا للإمام ومن نحا نحوه.

فرع: ظهور النور في سائر الأشجار كبدو الطلع في النخل، وانعقاد الثمار مع تناثر النور، كالتأثير في النخل.

فرع: أصدقها نخلة عليها ثمرة مؤبرة، وطلقها قبل الدخول، فله نصف الثمرة مع نصف النخلة، سواء جدت الثمرة أم لا. وإن أصدقها والثمرة مطلعة، وطلقها وهي بعد مطلعة، أخذ نصفها مع الطلع. ونقل المتولي وجهاً أنه إذا امتد الزمان بحيث يزداد في مثله الطلع، لا يجوز له الرجوع فيه، هذا لفظه. ولو قال: لم يجز له الرجوع بغير رضاها، لكان أحسن. فلو كانت مؤبرة عند الطلاق، فهل له في الثمرة حق؟ فيه طريقتان: أحدهما: على قولين كما إذا أصدقها جارية حاملاً فولدت قبل الطلاق، والمذهب القطع بثبوت حقه في الثمرة لأنها مشاهدة متيقنة، ويجوز إفرادها بالعقد بخلاف الحمل. فإن أثبتنا له حقاً في الثمرة، لم يأخذ إلا برضاها لأنها زادت. فإن لم ترض، أخذ نصف الشجر مع نصف قيمة الطلع.

فرع: أصدقها جارية حاملاً فطلقها قبل الدخول، نظر، إن طلقها وهي بعد حامل، فله نصفها حاملاً، ويجيء عند امتداد الزمان الوجه الذي حكاه المتولي في الفرع قبل هذا. وإن طلقها وقد ولدت، فالكلام في الأم ثم الولد، أما الأم، فلا يأخذ نصفها إن كان الولد رضيعاً لثلاً يتضرر، لكن يرجع إلى نصف القيمة وإن كان فطيماً، فإن كان في زمن التفريق المحرّم، فعلى ما تقدم، وإلا فله نصفها. وإن نقصت قيمتها بالولادة، نظر، إن ولدت في يد الزوج، فعلى ما سبق من حكم النقص في يد الزوج. وإن ولدت في يد الزوجة، فله الخيار، إن شاء أخذ نصفها ولا شيء له معه، وإن شاء رجع إلى نصف القيمة. وأما الولد، فهل للزوج حق في نصفه؟ يبنى على أن له قسطاً من الثمن في المبيع، وفيه قولان سبقا في مواضع: أظهرهما: نعم. فإن قلنا: لا، فلا حق له فيه، لأنه حادث في ملكها، وإن قلنا: نعم، فوجهان: أحدهما: له فيه حق كما لو أصدقها عيين، لكن الولد زاد بالولادة، فلها الخيار. فإن رضيت برجوع الزوج في نصفه ونصف الأم، أجبر على قبوله. وإن أبت، قال

المتولي: لا يرجع في نصف الجارية للتفريق، لكن يرجع في نصف قيمتها ونصف قيمة الولد يوم انفصاله. والثاني: لا حق له فيه لأنه لا قيمة له قبل الانفصال. قلت: الأول أصح. والله أعلم.

ولو كانت الجارية المصدقة حائلاً، وطلقها حاملاً، فقد سبق حكمه. فإن ولدت، ثم طلقها، فالولد لها، والقول في الأم كما سبق فيما إذا كانت حاملاً يوم الإصداق وولدت وطلقها، وإن حبلت في يد الزوج وولدت في يدها، فهل النقص من ضمانه ولها الخيار، لأن السبب وجد في يده، أم من ضمانها وله الخيار لأن النقص حصل عندها؟ وجهان.

فرع: أصدقها حلياً فكسرتة، أو انكسر في يدها وبطلت صنعتها، ثم أعادت المنكسر حلياً، ثم طلقها قبل الدخول، نظر، إن صاغته على هيئة أخرى، فالحاصل زيادة من وجه، ونقص من وجه، فإن اتفقا على الرجوع إلى نصفه، جاز. وإن أبى أحدهما، تعين نصف القيمة. وإن عادت الصنعة بحالها، فهل يرجع في نصف العين بغير رضاها، أم يعتبر رضاها؟ وجهان: أحدهما: الثاني، وبه قال ابن الحداد، ويجري الوجهان فيما لو أصدقها جارية فهزلت ثم سمت، وفيما لو نسي العبد الصنعة ثم تعلمها. ولو طرأت على عين العبد غشاوة وكان لا يبصر شيئاً، ثم زالت ثم طلقها، ففيما علق عن الإمام، أن الزوج يرجع في نصف العبد بلا خلاف، كما لو حدث في يدها عيب فرال ثم طلقها.

وإذا قلنا في الحلي: يعتبر رضاها، ففيما يرجع به وجهان: أحدهما: نصف قيمة الحلي بهيأته التي كانت. والثاني: مثل نصفه بالوزن تبرأ، وإلا نصف أجرته مثل الصنعة وهي قيمتها، فعلى الأول، فيما يقوم به وجهان: أحدهما وبه قال ابن الحداد: بغير جنسه، فالمذهب بفضة، وكذا العكس. والثاني: يقوم بنقد البلد وإن كان من جنسه، وبه قال محمد بن نصر المروزي. ويجري الوجهان في قيمة الصنعة، ففي وجه: يقوم بغير جنس الحلي، وفي وجه: بنقد البلد، وهو الأصح كما سبق في الغصب. ولو كانت المسألة في إناء من ذهب أو فضة، بني على جواز اتخاذ. وهل لصنعة قيمة؟ إن قلنا: لا، فللزوجة الرجوع في نصف العين، سواء عادت الصنعة الأولى أم غيرها، إذ لا زيادة. وإن قلنا: نعم، فكالحلي. ولو غصب جارية مغنية فنسيت عنده الألحان، هل يردّ معها ما نقص من قيمتها بنسيان الألحان، أم لا، لأنه محرّم فلا عبرة بفواته؟ وجهان.

قلت: الأصح المنع. والله أعلم.

ولو اشترى مغنيةً بألفين، وهي تساوي ألفاً بلا غناء، ففي صحة البيع ثلاثة

أوجه حكاها الشيخ أبو علي: أحدها: البطلان، لأنه بذل في مقابلة حرام، وبه أفتى المحمودي. والثاني قاله أبو زيد: إن قصد بالشراء الغناء، بطل، وإلا، فلا. والثالث: صحة البيع، قاله الأودني، قال: وما سوى ذلك استحسان.

قلت: واختار إمام الحرمين الصحة مطلقاً، وهو الأصح. ولو بيعت بألف، فالبيع صحيح بلا خلاف. والله أعلم.

فصل: أصدق ذمي خمرأ، ثم أسلما وترافعا إلينا، فقد سبق أنه إن كان ذلك بعد القبض، لم نحكم لها بشيء. وإن كانت غير مقبوضة، حكمنا بوجوب مهر المثل. ولو صارت الخمرة المصدقة في يده خلا، ثم أسلما أو أحدهما، فوجهان: قال ابن الحداد: لا شيء لها إلا الخل. وأصحهما: وبه قال القفال: لها مهر المثل، لأن الخمر لا تصلح صداقاً، ولا عبرة بذكرها إذا لم يتصل بها قبض قبل الإسلام. ولو أصدقها عصيراً، فتخمر في يده، ثم عاد خلا، ثم أسلما أو ترافعا إلينا، لزمه قيمة العصير. ولو قبضت الذمية الخمر، ثم طلقها قبل الدخول، ثم أسلما أو ترافعا إلينا، فلا رجوع للزوج لعدم المالية ومنع إمساك الخمر. ولو صارت خلاً عندها، ثم طلقها قبل الدخول، فهل للزوج الرجوع إلى نصفه لكون العين باقية وإنما تغيرت صفتها، أم لا ترجع بشيء لأن حق الرجوع إنما يثبت إذا كان المقبوض مالاً وهنا حدثت المالية في يدها فهو كزيادة منفصلة؟ فيه وجهان: أصحهما: الأول، وبه قال ابن الحداد. فعلى هذا لو تلف الخل أو أتلفته، ثم طلقها، فوجهان: أصحهما: وهو قول الخُضري: يرجع بمثل نصف الخل. والثاني وبه قال ابن الحداد: لا يرجع بشيء، لأن الرجوع فيه تعتبر قيمته يوم الإصداق والقبض، ولا قيمة لهذا يوم الإصداق والقبض. ولو أصدقها جلد ميتة، فقبضته ودبغته، ثم طلقها قبل الدخول، ففي رجوعه في نصفه وجهان مرتبان على تخلل الخمر، وأولى بعدم الرجوع، لأن ماليته حدثت بفعلها ومع الترتيب، فالأصح الرجوع، وبه قال ابن الحداد. فعلى هذا: إن هلك الجلد عندها بعد الدباغ، قال ابن الحداد: لا يرجع. قال الشيخ أبو علي: ينبغي أن لا يرجع هنا بلا خلاف، بخلاف الخل لأنه مثلي والجلد متقوم، والنظر في المتقوم إلى وقت الإصداق والإقباض، ولم يكن له قيمة حينئذ. ولو ارتدت وانفسخ النكاح قبل الدخول، فالقول في كل الخل وكل الجلد، كالقول في النصف عند الطلاق.

فصل: كل عمل جاز الإستئجار عليه، جاز جعله صداقاً، وذلك كتعليم القرآن والصنائع، وكالخيطة والخدمة والبناء وغيرها، وفيه مسائل:

إحداها: يشترط في تعليم القرآن ليصح صداقاً شرطان:

أحدهما: العلم بالمشروط تعليمه بأحد طريقين:

الطريق الأول: بيان القدر الذي يعلمه بأن يقول: كل القرآن أو السبع الأول أو الأخير. وحكي وجه شاذ: أنه لا يشترط تعيين السبع. فإن عين بالسور والآيات، فعلى ما ذكرناه في الإجارة، وذكرنا هناك الخلاف في اشتراط قراءة نافع وأبي عمرو وغيرهما. وقطع ابن كج هنا بعدم الإشتراط قال: فلو شرط حرف أبي عمرو، علمها بحرفه، فإن علمها بحرف الكسائي، فهل يستحق أجره المثل، أم لا شيء له؟ وجهان: وحكى قولين في أنها ترجع على الزوج بمهر المثل، أم بقدر التفاوت بين أجره التعليم بالحرف المشروط والآخر؟ فإن لم يكن تفاوت، لم يرجع بشيء ثم قال: ولا معنى لهذا الاختلاف، بل الواجب أن يقال: يعلمها بحرف أبي عمرو وهو متطوع بما علم. ثم العلم بهذا يشترط في حق الزوج، فإن لم يعرف أحدهما أو كلاهما قدر السور والأجزاء والآيات، قال أبو الفرج الزاز: الطريق التوكيل، وإلا فيرى المصحف، ويقال: تعلّم من هذا الموضع إلى هذا، ولك أن تقول: لا يكفي هذا، إذ لا يعرف به صعوبته وسهولته.

قلت: الصواب أنه لا تكفي الإشارة إذا لم يعلمها فيتعين التوكيل. والله أعلم.

الطريق الثاني: تقديرها بالزمان، بأن يصدقها تعليم القرآن شهراً، ويعلمها فيه ما شاءت، كما يخطط الأجير للخياطة ما شاء المستأجر. فلو جمع الطريقين فقال: تعلّمها في شهر سورة البقرة، فهو كقوله: استأجرتك لتخطط هذا الثوب اليوم، وفيه خلاف سبق في الإجارة.

الشرط الثاني: أن يكون المعقود على تعليمه قدراً في تعليمه كلفة، فإن لم يكن، بأن شرط تعليم لحظة لطيفة، أو قدر يسير وإن كان آية، كقوله تعالى: ﴿ثُمَّ نَظَرَ﴾ [المدثر: ٢١] لم يصح الإصداق وهو كبيع حبة حنطة.

الثانية: أصدقها تعليم الفاتحة وهو متعين للتعليم، ففي صحة الإصداق وجهان: كنظيره في الإجارة. أصحهما: الصحة. ولو نكحها على أداء شهادة لها عنده، أو نكح كتابية على أن يلقتها كلمة الشهادة، لم يصح الصداق، قاله البغوي.

الثالثة: إذا كان الزوج لا يحسن ما شرط تعليمه، فإن التزم التعليم في الذمة، جاز ثم يأمر بتعليمها أو يتعلم ويعلمها. وإن كان الشرط أن يعلمها بنفسه، فهل يصح ثم يتعلم ويعلمها، أم لا يصح لعجزه؟ وجهان: أصحهما: الثاني. ولو شرط أن يتعلم ثم يعلمها، لم يصح أيضاً، لأن العمل متعلق بعينه، والأعيان لا تقبل التأجيل. قال المتولي: فإن صححنا فأمهله ليتعلم، فذاك، وإلا فهو معسر بالصداق. ولو أراد الزوج أن يقيم غيره يعلمها، جاز إن كان التزم في الذمة، وإلا فلا. ولو

أرادت أن تقيم غيرها متعلما، فهل يجبر الزوج كالمستأجر للركوب يركب غيره، أم لا لاختلاف الناس في الفهم والحفظ؟ وجهان: أحدهما: عند الجمهور: الثاني، وخالفهم الإمام، ومنهم من جعل الخلاف في جواز الإبدال مع التراضي. ولو فرض عقد مجدد، فأبدلت منفعة بمنفعة، جاز قطعاً.

الرابعة: أصدقها تعليم ولدها، لم يصح الصداق كما لو شرط الصداق لولدها. وإن أصدقها تعليم غلامها، قال البغوي: لا يصح كالولد. وقال المتولي: يصح، وهذا أصح. ولو وجب عليها تعليم الولد أو ختان العبد، فشرطه صداقاً، جاز.

الخامسة: لو تعذر التعليم، بأن تعلمت من غيره، أو كانت بليدة لا تتعلم، أو لا تتعلم إلا بكلفة عظيمة ويذهب الوقت في تعليمها فوق العادة، أو ماتت أو مات الزوج والشرط أن يعلم بنفسه، ففي الواجب القولان السابقان فيما لو تلف الصداق قبل القبض. فعلى الأظهر: يجب مهر المثل، وعلى الآخر: أجره التعليم.

السادسة: قال: علمتك وأنكرت، فإذا لم تحسنه، صدقت، وإن أحسنته وادعت التعلم من غيره، فأيهما يصدق؟ وجهان لتعارض الأصل والظاهر، أحدهما: هي.

السابعة: أصدقها تعلم سورة، فعلمها ثم طلقها، إن كان بعد الدخول، فذاك، وإلا، فيرجع عليها بنصف أجره التعليم، وإن طلقها قبل التعليم، فقد استحققت جميع التعليم إن دخل، وإلا، فتعليم النصف، وفيه وجهان: أحدهما: يعلمها وراء حجاب بغير خلوة. وأحدهما: وهو المنصوص في «المختصر»: أنه قد تعذر التعليم، لأنها قد صارت أجنبية، ولا تؤمن مفسدة. فعلى هذا: ترجع بمهر المثل على الأظهر إن دخل، وإلا فنصفه، وعلى الآخر: ترجع بأجره التعليم أو نصفها.

الثامنة: نكح كتابية على تعليم القرآن، فإن توقع إسلامها، صح الصداق، وإلا فسد، ومال جماعة إلى الجواز مطلقاً. ولو نكح مسلمة أو كتابية على تعليم التوراة والإنجيل، لم يصح، لأنه لا يجوز الاشتغال به لتبديله، والواجب في هذه الحالة مهر المثل قطعاً، إذ لا قيمة للمسمى. ولو نكح ذمي على تعليم التوراة والإنجيل، ثم أسلم أو ترافعا بعد التعليم، لم نوجب شيئاً آخر، وإن كان قبل التعليم، أوجبنا مهر المثل كما في الخمر.

التاسعة: أصدقها تعليم فقه، أو أدب أو طب أو شعر ونحوها مما ليس بمحرم، صح الصداق. وإن كان محرماً كالهجو والفحش، لم يصح.

العاشرة: نكحها على أن يرد عبدها الأبق، أو جملها التائه وكان الموضوع معلوماً، صح. وإن كان مجهولاً، فقولان: أحدهما: يصح كالجعالة. والمشهور:

المنع، ويجب مهر المثل، بخلاف الجعالة، فإنها عقد جائز احتملت الجهالة فيها للحاجة. فإن رده، فله أجره مثل الرد، ولها مهر المثل. وإذا صح الصّدّاق، فطلقها بعد رد العبد وقبل الدخول، استردّ منها نصف أجره المثل. وإن طلقها قبل الرد، فإن كان بعد الدخول، فعليه الرد. وإن كان قبله، فعليه الرد إلى نصف الطريق، ثم يسلمه إلى الحاكم. فإن لم يكن حاكم، أو لم يكن موضعاً يمكن تركه فيه، ولم يتبرع بالرد إليها، قال المتولي: يؤمر برده إليها، وله عليها نصف أجره المثل. ولو تعذر رده برد غيره، أو رجوعه بنفسه أو بموته، فقد فات الصّدّاق قبل القبض، فترجع إلى مهر المثل على الأظهر، وعلى الآخر: إلى أجره الرد.

الحادية عشرة: نكحها على خياطة ثوب معلوم، جاز، وله أن يأمر بالخياطة إن التزم في الذمة، وإن نكح على أن يخيّط بنفسه، فعجز بأن سقطت يده أو مات، ففيما عليه؟ قولان: أظهرهما: مهر المثل. والثاني: أجره الخياطة. ولو تلف ذلك الثوب، فوجهان: أحدهما: تلف الصّدّاق فيعود القولان في مهر المثل والأجرة. والثاني: تأتي بثوب مثله ليخيّطه. وإن طلقها بعد الخياطة قبل الدخول، فله عليها نصف أجره المثل. وإن طلقها قبل الخياطة، فإن دخل بها، فعليه الخياطة، وإلا خاط نصفه. فإن تعذر الضبط، عاد القولان في أنه يجب مهر المثل أم الأجرة؟

الثانية عشرة: قال المتولي: لو كان له عليها قصاص فنكحها، وجعل النزول عن القصاص صدقاً، جاز. ولو جعل النزول عن الشفعة، أو حدّ القذف صدقاً، لم يجز، لأنه لا يقابل بمال، ولا يجوز جعل طلاق امرأة صدقاً لأخرى، ولا بضع أمته صدقاً المنكوحة.

فصل: إذا أثبتنا الخيار للمرأة بسبب زيادة الصّدّاق، أوله بنقصه، أو لهما بهما، لم يملك الزوج النصف قبل أن يختار من له الخيار الرجوع إن كان الخيار لأحدهما، وقبل أن يتوافقا إن كان الخيار لهما وإن قلنا: الطلاق يشتر الصّدّاق بنفسه، وليس لها الخيار على الفور، بل هو كخيار الرجوع على الهبة، لكن إذا توجهت مطالبة الزوج، لا تمكن هي من التأخير، بل تكلف اختيار أحدهما. وإذا طلب الزوج، فلا يعين في طلبه العين ولا القيمة، لأن التعيين يناقض تفويض الأمر إليها، لكن يطالبها بحقه عندها، فإن امتنعت، قال الإمام: لا يقضي القاضي بحبسها لبذل العين أو القيمة، بل يحبس العين عنها إن كانت حاضرة، ويمنعها من التصرف فيها، لأن تعلق حق الزوج بالصّدّاق فوق تعلق حق المرتهن بالمرهون والغرماء بالتركة. فإن أصرت على الامتناع، فإن كان نصف القيمة الواجبة دون نصف العين للزيادة الحادثة، باع ما يفي بالواجب من القيمة. فإن لم يرغب في شراء البعض، باع

الكل وصرف الفاضل عن القيمة الواجبة إليها. وإن كان نصف العين مثل نصف القيمة الواجبة، ولم تؤثر الزيادة في القيمة، ففيه احتمالان للإمام: أحدهما: وبه قطع الغزالي: تسلم نصف العين إليه، إذ لا فائدة في البيع، فإذا سلم إليه، أفاد قضاؤه ثبوت الملك له. والثاني: لا تسلم إليه العين، بل يبيعه، فلعله يجد من يشتريه بزيادة.

فرع: إذا وجب الرجوع إلى القيمة بهلاك الصداق، أو خروجه عن ملكها، أو زيادة فيه أو نقص، فالمعتبر الأقل من قيمة يوم الإصداق ويوم القبض. لكن لو تلف الصداق في يدها بعد الطلاق، وقلنا: إنه مضمون عليها، اعتبرت قيمة يوم التلف، لأنه تلف ملكه تحت يد مُضمَّنة.

الطرف الثالث: في بيان حكم التشطر بعد تصرفها في الصداق، وفيه مسائل:

إحداها: إذا زال ملكها عنه ببيع أو هبة مقبوضة، أو إعتاق، فليس للزوج نقض تصرفها لطلاقه قبل الدخول، بل زوال ملكها كالهلاك، ويرجع الزوج إلى نصف بدله وهو المثل إن كان مثلياً، وإلا فالقيمة. وإن لم يزل الملك، بل تعلق به حق، فإن كان غير لازم، بأن أوصت به، أو وهبته، أو رهنته ولم يقبض، فللزوج الرجوع في نصفه. وفي «الشامل» وغيره، نقل قول أنه لا يرجع في نصف الموهوب وإن لم يقبض، لثلا يبطل تصرفها في ملكها، وحق هذا أن يطرد في الرهن والوصية. وإن باعت بشرط الخيار وطلقها في مدته، فإن جعلنا الملك للبائع، فهو كالهبة قبل القبض، وإن جعلناه للمشتري، فلا رجوع في العين. وإن كان الحق لازماً، بأن رهنته وأقبضته، فليس له الرجوع إلى نصفه. وإن أجرته، فقد نقص الصداق باستحقاق المستأجر منفعتة، فإن شاء الزوج رجع إلى نصف القيمة في الحال، وإن شاء رجع إلى نصف العين مسلوقة المنفعة مدة الإجارة. فلو قال: أنا أصبر إلى انفكاك الرهن وانقضاء مدة الإجارة، نظر، إن قال: أتسلمه ثم أسلمه إلى المرتهن أو المستأجر، فليس لها الامتناع. وإن قال: لا أتسلمه وأصبر، فلها الامتناع، وتدفع إليه نصف القيمة لما عليها من خطر الضمان، هذا إن قلنا: الصداق في يدها مضمون بعد الطلاق وهو الأصح. وإن قلنا: لا ضمان أو أبرأها عن الضمان وصححنا الإبراء، فهل عليها الإجابة، أم لا لأنه قد يبدو له فيطالبها بالقيمة وتخلو يدها عنها؟ وجهان: فإن لم نوجب الإجابة ولم نطالبها حتى انفك الرهن، وانقضت مدة الإجارة، فهل يتعلق حقه بالعين لزوال المانع، أم تتعين القيمة، لأن المانع نقل حقه إليها؟ وجهان: وتزويج جارية الصداق كالإجارة. ولو زال ملكها وعاد ثم طلقها، فهل يتعلق حقه بالعين أم بالقيمة؟ وجهان سبقت نظائرهما في الفلس والهبة. أحدهما: هنا عند

الجمهور: التعلق بالعين، لأن حقه لا يختص بالعين، بل يتعلق بالبدل، فالعين العائدة أولى من البدل، هذا إذا زال الملك بجهة لازمة، فإن زال بغير لازم، بأن باع بالخيار، وقلنا: يزول الملك وفسخ البيع، ثم طلقها، فالخلاف مرتب في التعلق بالعين، وأولى بالثبوت. ولو كاتبت عند الصداق وعجز نفسه ثم طلقها، فعن القاضي حسين إجراؤه مجرى الزوال اللازم. وقال الإمام: هذا أولى بالثبوت، لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، ولا شك أن عروض الرهن وزواله قبل الطلاق لا يؤثر.

المسألة الثانية: أصدقها عبداً فدبرته، ثم طلق قبل الدخول، فالمذهب أنه لا يرجع فيه وهو المنصوص في «المختصر»، وهو ظاهر نصه في «الأم» أيضاً سوى جعل التدبير وصية الأم تعليقاً بصفة، لأن التدبير قرينة يتعلق بها غرض لا يتقاعد عن الزيادة المتصلة التي لا تؤثر في القيمة. وقيل: في الرجوع قولان، إن قلنا: التدبير وصية، رجع، وإلا، فلا. وقيل: يرجع قطعاً، وهو ضعيف. ثم قال أبو إسحاق المروزي وغيره: الخلاف فيما إذا كانت موسرة تتمكن من أداء القيمة. فإن لم تكن، رجع إلى نصف العبد قطعاً. ويتعلق بهذا الخلاف فروع:

الفرع الأول: إن قلنا بالرجوع، فالمفهوم من كلام الجمهور أن الزوج يستقل به، ولا حاجة إلى تقدم رجوع المرأة. وقال الحناطي: يحتمل أن يقال: تجبر المرأة على الرجوع وإعطاء الزوج النصف. فإن امتنعت، قام الحاكم مقامها ففسخه.

الفرع الثاني: لو رجعت عن التدبير بالقول وجوزناه ثم طلقها، وقلنا: التدبير يمنع الرجوع، فطريقان: أحدهما: القطع بتمكّنه من الرجوع إلى نصفه، لأن الملك لم يزل عنه. والثاني: أنه كما لو دبرته ثم باعته ثم ملكته ثم طلقها، فيعود الوجهان السابقان في عود الملك بعد زواله. أصحهما: التمكن، ومع هذا التمكن لو تركه وطلب نصف القيمة، أُجيب إليها خوفاً من أن يقضي قاضٍ ببطان الرجوع والبيع. ولو طلقها وهو مدبر، وقلنا: حق الزوج في القيمة، فرجعت عن التدبير باللفظ وجوزناه، أو بإزالة الملك عنه، ثم عاد إليها قبل أخذ القيمة، ففي الرجوع إلى نصف العبد وجهان يجريان فيما لو طلقها والصداق ناقص، ثم زال نقصه قبل أخذ القيمة، وفيما إذا طلقها وملكها زائل عن الصداق ثم عاد قبل أخذ القيمة.

الفرع الثالث: لو علقت عتق العبد على صفة، فهل يمنع الرجوع؟ قيل: إن قلنا: التدبير يمنع، فالتعليق أولى، وإلا، فوجهان لقوة التعليق. وقيل: إن لم يمنع التدبير، فالتعليق أولى، وإلا فوجهان: لأن التدبير قرينة محضة، والتعليق يراد به منع أو حث، وبهذا قال الشيخ أبو محمد، وبالأول قطع البغوي وقال: المذهب منع

الرجوع. ولو أوصت للعبد بعته، فهل هو كالتدبير في منع الرجوع؟ وجهان: أصحهما: لا.

الفرع الرابع: إذا جوزنا للزوج الرجوع في النصف، فرجع، بقي النصف الآخر مديراً على الصحيح. وحكى الحناطي وجهاً، أنه ينتقض التدبير في جميعه.

الفرع الخامس: إذا قلنا: التدبير يمنع التشطر، فهل يمنع رجوع البائع فيما لو باع عبداً بثوب وتقابضا، ثم دبره المشتري، ثم وجد البائع بالثوب عيباً؟ وكذا هل يمنع رجوع الواهب؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم، وأصحهما: لا بل يرجع وينقض التدبير لقوة الفسخ، ولهذا الزيادة المتصلة تمنع التشطر دون الفسخ.

المسألة الثالثة: سبق في «كتاب الحج» خلاف في أن المحرم هل يملك الصيد بالشراء والهبة؟ وهل يزول ملكه إذا أحرم عن صيده؟ وهل يملكه بالإرث؟ فلو أصدقها صيداً ثم أحرم، ثم ارتدت، عاد الصيد إلى ملكه على الصحيح، وفيه الوجه الضعيف المذكور في الإرث، لأنه لا اختيار له فيه. وإن طلقها قبل الدخول، بني على أن النصف يعود إليه بنفس الطلاق أم باختياره؟ إن قلنا: باختياره فليس له الاختيار ما دام محرماً، فإن فعل، كان كشرائه. وإن قلنا: بنفس الطلاق، ففي عود النصف إليه في الإحرام وجهان: أحدهما: لا. وينتقل إلى القيمة، لأن المحرم لا يملك الصيد باختياره، والطلاق باختياره. وأصحهما: العود، لأن الطلاق لا ينشأ لاجتلاب الملك، فأشبه الإرث، ثم إذا عاد إليه الكل بالردة، لزمه إرساله، لأن المحرم ممنوع من إمساك الصيد، كذا ذكر الشيخ أبو علي وغيره في هذه المسألة، وهو وجه ذكرناه في «الحج»، تفريعاً على أن المحرم يرث الصيد، وحكي عن بعضهم، أنه يزول ملكه بمجرد الإرث، ولا فرق بين البابين. وإذا عاد النصف بالطلاق، وقلنا: يجب الإرسال ولا يزول الملك، فلا يمكن إرسال النصف إلا بإرسال الكل، فخرَّج مخرَّجون وجوب الإرسال على الأقوال في ازدحام حق الله تعالى وحق آدمي. إن قدمنا حق الله تعالى، لزمه الإرسال وغرم لها نصف القيمة، وإن قدمنا حق آدمي، لم يجب الإرسال. فإن تلف في يده أو يدها، فعليه نصف الجزاء. وإن سَوَّينا، فالخيرة إليهما. فإن اختار الإرسال، غرم لها النصف، وإلا بقي مشتركاً بينهما وهو ضامن لنصف الجزاء، وهذا التخريج ضعيف، لأن الخلاف في الإزدحام على شيء واحد، كالتركة إذا ازدحم فيها دين وزكاة، ونصيب المرأة لا ازدحام فيه. وإذا تضمن إرسال المحرم فوات ملك غيره، وجب أن يمنع، وبهذا قطع الشيخ أبو علي، وعلى التخريج ينبغي أن يخص وجوب الإرسال بالموسر كسراية العتق.

الطرف الرابع: فيما إذا وهبته الصّدّاق ثم طلقها قبل الدخول، ونصدّره بقاعدتين مستمدتين من قول الله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ أَوْ يَعْفُوكَ أَلَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧]. ومعنى الآية، أن الطلاق قبل الدخول ينصف الصّدّاق، إلا أن تعفو الزوجة وتتبرّع بحقها، فيعود جميع الصّدّاق إلى الزوج. وفيمن بيده عقدة النكاح، قولان: القديم: أنه الولي، والمعنى: إلا أن تعفو المرأة أو وليها إن لم تكن هي أهلاً للعفو. والجديد: أنه الزوج، والمعنى: أن يعفو الزوج عن حقه فيخلص لها جميع الصّدّاق.

القاعدة الأولى: في ألفاظ التبرع. فالواجب عند الطلاق قبل الدخول، دين أو عين، والدين قد يكون في ذمته، وقد يكون في ذمتها بأن قبضته وتلف عندها، فينظر، إن تبرع مستحق الدين بإسقاطه، نفذ بلفظ العفو والإبراء والإسقاط والترك. وحكى الحناطي وجهين في أن لفظ الترك، صريح أو كناية؟ ولا حاجة في هذه الألفاظ إلى قبول من عليه على الصحيح، وينفذ أيضاً بلفظ الهبة والتملك، وفيهما وجه حكاه ابن كج. والصحيح الأول. وهل يفتقر اللفظان إلى القبول؟ وجهان: أصحهما: لا، وبه قطع البغوي اعتماداً على حقيقة التصرف وهو الإسقاط. أما إذا تبرع من في ذمته بالنصف الآخر، فالطريق أن ينقل ويملكه ويقبله صاحبه ويقبضه، فإنه ابتداء هبة، ولا ينتظم لفظ العفو والإبراء من جهته. لكن لو كان الصّدّاق في ذمة الزوج، وقلنا: لا يشترط إلا باختياره، فقال: عفوت، سقط اختياره كعفوه عن الشفعة، ويبقى جميع الصّدّاق لها في ذمته. أما إذا كان الصّدّاق عيناً، فالتبرع فيها هبة. فإن كانت في يد المتبرع، اشترط الإيجاب والقبول والقبض. وإن كانت في يد الآخر، فهو هبة لمن المال في يده، فتعتبر مدة إمكان القبض. وفي افتقاره إلى إذن جديد، في القبض بهذه الجهة خلاف سبق في «كتاب الرهن». وإن كانت العين عند الطلاق في يد الزوج، فذلك قد يكون بعد قبضها، وقد يكون باستمرار يده السابقة قبل الإصدار. وعلى التقدير الثاني، يزيد النظر في أن تبرعها كهبة المبيع للبائع قبل القبض إذا قلنا: الصّدّاق في يده مضمون ضمان العقود، ثم التبرع في العين ينفذ بلفظ الهبة والتملك، ولا ينفذ بلفظ الإبراء والإسقاط على المذهب. وحكى الحناطي فيهما وجهين: وينفذ بلفظ العفو على الأصح لظاهر القرآن، هذا في تبرعها وتبرعه إذا ملكناه بنصف الطلاق، فأما إذا قلنا: له خيار التملك، فيعتبر لفظ العفو في إسقاط الخيار ويبقى الجميع لها.

القاعدة الثانية: هل للولي العفو عن صديقها؟ قولان بناءً على أن من هو الذي بيده عقدة النكاح؟ الجديد: المنع، والقديم: الجواز بخمسة شروط. أن يكون أباً أو

جداً، وأن تكون بكرة عاقلة صغيرة، وأن يكون بعد الطلاق، وأن يكون قبل الدخول، وأن يكون الصداق ديناً، هذا هو المذهب تفريعاً على القديم. وفي وجه: له العفو في الثيب والمجنونة والبالغة والمحجور عليها والرشيعة، وقبل الطلاق إذا رآه مصلحة، وعن العين أيضاً. والصحيح الأول. ولو زوجها الأب ومات، ففي صحة عفو الجد وجهان: لأن الصداق لم يثبت به لكنه ولي. ولو خلعها الولي على نصف الصداق وجوزنا العفو، صحت المخالعة، قاله المتولي وغيره. وفي «الوسيط» في صحة الخلع مع صحة العفو وجهان: والأول أشبه.

فصل: وهبت لزوجها الصداق المعين، فطلقها قبل الدخول، فقولان: أحدهما وهو القديم وأحد قولي الجديد والراجح عند البغوي أنه لا يرجع عليها بشيء. والثاني: وهو الأظهر عند الجمهور، منهم العراقيون، والإمام، والرويان: يرجع بنصف بدله المثل أو القيمة. وقيل: إن وهبته قبل القبض، لم يرجع قطعاً. والمذهب طرد القولين، سواء قبضته أم لا. ولو كان الصداق ديناً فأبرأته منه، لم يرجع على المذهب. ولو وهبت له الدين، فالمذهب أنه كالإبراء. وقيل: كهبة العين. ولو قبضت منه الدين ثم وهبته له، ثم طلقها، فكهبة العين. وقيل: له الرجوع قطعاً بناء على أنه لا يتعين فيما دفع عن الدين لو طلقها وهو باقٍ عندها. ولو وهبت له الصداق، ثم ارتدت قبل الدخول، أو فسخ أحدهما بعيب، ففي الرجوع بالجميع مثل الخلاف في النصف إذا طلق. ولو باع عبداً بجارية، ووهب الجارية لبائعها، ثم وجد بائعها بالعبد عيباً فأراد رده بالعيب، ففي تمكنه منه ومن المطالبة بقيمة الجارية وجهان مأخوذان من هبة الصداق، ويجريان في تمكنه من طلب الأرض لو رأى عيباً بعد هلاك العبد، أو حدث به عيب يمنع الرد. وفيما لو أبرأ المكاتب عن النجوم وعتق، هل له مطالبة السيد بالإيتاء؟ ولو وهب المشتري المبيع للبائع، ثم أفلس بالثمن، فللبائع المضاربة مع الغرماء بلا خلاف، لأن الموهوب غير المستحق وهو الثمن. وفي الصورة السابقة، الموهوب هو المستحق، فالهبة تعجيل على قول. وطرد الحناطي الخلاف في مسألة الفليس. ولو ادعى عيناً وأخذها بينة ثم وهبها للمدعى عليه، ثم رجع الشهود وقلنا بتغريم شهود المال، فهل للمدعى عليه تغريم الشهود؟ فيه طريقان: أحدهما: على وجهين أخذاً من هبة الصداق. والثاني: القطع بالمنع، لأن المدعى عليه لا يقول بحصول الملك بالهبة، بل يزعم دوام الملك السابق، وفي الصداق زال الملك حقيقة وعاد بالهبة.

قلت: هذا الثاني هو الصحيح. والله أعلم.

فرع: وهبت الصداق للزوج، على أنه إن طلقها كان ذلك عن مستحقه

بالطلاق، فوجهان: أحدهما: فساد الهبة ويبقى الصّدّاق ملكاً لها. فإن طلق، تشطر. والثاني: يصح ولا رجوع بالطلاق، كما لو عجل الزكاة، وليكن الوجهان مبنيين على أن الهبة المطلقة هل تمنع الرجوع؟ إن قلنا: تمنع، فهذا تصريح بمقتضاها، فيصح ولا رجوع، وإلا فتفسد بالشرط الفاسد.

فرع: وهبته نصف الصّدّاق، فطلق قبل الدخول. فإن قلنا: هبة الكل لا تمنع الرجوع، فهنا أولى، وإلى ماذا يرجع؟ فيه ثلاثة أقوال: أظهرها: إلى نصف الباقي وربع بدل الجملة. والثاني: إلى نصف الباقي. والثالث: يتخير، إن شاء أخذ بدل نصف الجملة، وإن شاء أخذ نصف الباقي وربع بدل الجملة. وإن قلنا: هبة الكل تمنع الرجوع، فهل يرجع بالنصف الباقي، أم بنصف الباقي، أم لا يرجع بشيء؟ فيه ثلاثة أقوال: أظهرها: الثالث وهو نصه في «المختصر»، فحصل في المسألة خمسة أقوال: ولو كان الصّدّاق ديناً وأبرأته من نصفه ثم طلقها، قال المتولي: إن قلنا: لو أبرأت عن الجميع يرجع، فهنا يسقط عنه النصف الباقي. وأيضاً إن قلنا: لا يرجع بشيء، فهنا وجهان: أحدهما: يحسب عليه. والثاني: يسقط عنه النصف الباقي. ولو أبرأ المشتري عن نصف الثمن، ثم وجد المشتري بالمبيع عيباً وأراد رده، فحكمه كما ذكرنا في الإبراء عن نصف الصّدّاق. ولو أبرأه عن عشر الثمن، واطلع على عيب قديم، وحدث عنده عيب، وأرشف العيب القديم العشر، فالمذهب أنه يطالب بالأرشف.

فصل: خالعهما قبل الدخول على غير الصّدّاق، فله المسمى ولها نصف الصّدّاق. وإن خالعهما على جميع الصّدّاق، فقد خالعه على ماله ومالها، لعود النصف إليه بالخلع، فتقع البينونة وتبطل التسمية في نصيبه، وفي نصيبها قولاً تفريق الصفقة. إن لم نصحح، بقي لها عليه نصف الصّدّاق. وفيما له عليها قولان: أظهرهما: مهر المثل. والثاني: مثل الصّدّاق أو قيمته. وإن صححنا التسمية في نصيبها، قال الإمام وغيره: يثبت للزوج الخيار إن كان جاهلاً بالتشطير والتفريق. فإن فسخ، عاد القولان في أن الرجوع بمهر المثل أم بدل المسمى. وإن جاز، فعلى القولين المذكورين في البيع، أن يجبر ما صح العقد فيه بكل الثمن، أم بالقسط إن قلنا: بالكل، فلا شيء له سوى النصف الذي صح الخلع فيه. وإن قلنا: بالقسط، رجع عليها بنصف مهر المثل على الأظهر، وعلى الآخر: بمثل نصف الصّدّاق أو قيمته. وإن خالعهما على نصف الصّدّاق، نظر، إن قال: بالنصف الباقي لك بعد الفراق، صح وبريء عن جميع الصّدّاق إن كان ديناً، ويعود إليه الملك في جميعه إن كان عيناً. وإن أطلق، فقولان بناء على أن تصرف أحد الشريكين في النصف المطلق من العين المشتركة نصفين،

هل ينزل على النصف الذي له، أم يشيع أحدهما ينزل على نصيبهما ويكون كما لو قيد بنصفها؟ وأظهرهما: عند الأكثرين: يشيع لإطلاق اللفظ، وكأنه خالع على نصف نصيبها ونصف نصيبه، فيبطل في نصف نصيبه، وفي نصيبها القولان. إن لم يصح، بقي لها عليه نصف الصداق، وله عليها مهر المثل على الأظهر، ومثل نصف الصداق أو قيمته في الآخر. وإن صح في نصف نصيبها، فلها عليه ربع الصداق ويسقط الباقي بحكم التشطر وعوض الخلع، ثم أحد القولين أنه لا يستحق لعوض الخلع إلا الربع الذي صح الخلع فيه. وأظهرهما: أن له مع ذلك نصف مهر المثل على الأظهر، وربع مثل الصداق أو قيمته على قول. ومن الأصحاب من يقول: كل الصداق لها حتى يتفرقا، فيصح أن نجعله أو بعضه عوضاً، ثم إذا تفرقا بالخلع، سقط النصف، فهو كما لو خالعهما على عين وتلف نصفها قبل القبض، فيرجع بمهر المثل في قول، وبدل التالف في قول.

فرع: عن ابن سريج، قالت: خالعتني على أن لا تبعة لك عليّ في المهر صح. ومعناه: على ما سلم لي من المهر.

الباب الخامس: في المتعة

هي اسم للمال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارقتها إياها، والفرقة ضربان: فرقة تحصل بالموت، فلا توجب متعة بالإجماع، وفرقة تحصل في الحياة كالطلاق. فإن كان قبل الدخول، نظر، إن لم يشطر المهر، فلها المتعة، وإلا، فلا على المشهور. وإن كان بعد الدخول، فلها المتعة على الجديد الأظهر. وكل فرقة من الزوج لا بسبب فيها، أو من أجنبي، فكالطلاق، مثل أن ارتد أو أسلم أو لاعن، أو أسلم على أكثر من أربع نسوة وفارق بعضهن، أو وطئ أبوه أو ابنه زوجته بشبهة، أو أرضعت أمه أو بنته زوجته الصغيرة، والخلع كالطلاق على الصحيح. ولو فوض الطلاق إليها فطلقت، فكتطليقة. ولو علق الطلاق بفعلها، ففعلت، أو آلى منها، ثم طلق بعد المدة بطلبها، فكالطلاق على الصحيح.

قلت: ويجيء هذا الوجه في تطليقها. والله أعلم.

ولو ارتدا معاً، فلا متعة على الأصح. وكل فرقة منها أو لسبب فيها، لا متعة فيها، كردتها وإسلامها، وفسخها بإعساره، أو عتقها، أو تغديره، أو عيبه، أو فسخه بعيبها. ونقل المزماني إثبات المتعة إذا فسخت بالتعيين، فجعله بعضهم قولاً آخر، وأنكره الجمهور. ولو كانت ذمية صغيرة تحت ذمي، فأسلم أحد أبويها وانفسخ

النكاح، فلا متعة كما لو أسلمت بنفسها. ولو اشترى زوجته، فلا متعة على الأظهر. وقال أبو إسحاق: إن استدعاه الزوج، وجب، وإن استدعاه السيد، فلا.

فرع: يسوى في المتعة، المسلم، والذمي، والحر، والعبد، والحرّة، والذمية، وهي في كسب العبد، ولسيد الأمة كالْمهر.

فصل: المستحب أن يمتعها ثلاثين درهماً، نص عليه في «المختصر». وفي القديم: ثوباً قيمته ثلاثون درهماً. وفي نص آخر: يمتعها خادماً، وإلا فمقنعة، وإلا فبقدر ثلاثين درهماً، وليس هو اختلافاً، بل نزلها الأصحاب على درجات الاستحباب وقالوا: أقل المستحب ثلاثون درهماً. وفي نص آخر: يمتعها بخادم إن كان موسراً، وبمقنعة إن كان معسراً. وإن كان متوسطاً، فبقدر ثلاثين درهماً. وأما الواجب، فإن تراضيا بشيء، فذاك. وحكى الحناطي وجهاً: أنه ينبغي أن يحلل كل منهما صاحبه. فإن لم يفعل، لم يبرأ الزوج، ولها رفع الأمر إلى القاضي ليقدرها. والصحيح الأول. وإن تنازعا، فهل يكفي أقل ما يتمول، أم يقدره الحاكم بجتهاده؟ وجهان: الصحيح الثاني. وهل يعتبر بحاله، أم بحالها، أم بحالهما؟ فيه أوجه: أصحها: الثالث، وهو ظاهر نصه في «المختصر». وهل يجوز أن تزداد المتعة على نصف مهرها، أم يشترط أن لا تزيد، أم يشترط أن لا تبلغ نصفه؟ فيه أوجه: أصحها: الأول، لإطلاق الآية، وبهذا قطع البغوي وغيره.

الباب السادس: في النزاع في الصداق

وفيه مسائل:

الأولى: إذا اختلف الزوجان في قدر الصداق أو صفته، كالصحة والتكسر، والأجل وقدره، تحالفا كالبيع، سواء اختلفا قبل الدخول أو بعده، أو بعد انقضاء الزوجية، أو اختلف وراثتهما أو أحدهما ووارث الآخر، ويحلف الزوجان على البت في النفي والإثبات، ويحلف الوارث في الإثبات على البت، وفي النفي على نفي العلم على الصحيح الذي عليه الجمهور. وقيل: يحلف فيه على البت، لأن من قطع بأن النكاح جرى بخمسائة، فهو قاطع بأنه ما جرى بألف. فإذا ثبت جريانه بخمسائة، فلا معنى لقوله: لا أعلمه نكح بألف. وكيفية اليمين ومن يبدأ به، كما سبق في البيع. فإذا تحالفا، فسخ الصداق ورجعت إلى مهر المثل، وقد سبق في البيع وجه: أنه يفسخ بنفس التحالف، فليجىء هنا مثله، وليكن القول فيمن يتولى الفسخ وفي الانفساخ باطلاً على ما سبق في البيع. وقد صرح بجميع هذا الحناطي، وسواء في الرجوع إلى مهر المثل، زاد على ما تدعيه المرأة أم لا. وقال ابن خيران وابن

الوكيل: إن كان مهر المثل زائداً فليس لها إلا ما ادعته، والصحيح الأول. هذا في الظاهر، أما في الباطن، فإن قلنا: لا ينفسخ، لم يخف ما يحل لها.

الثانية: ادعت مسمى، فأنكر الزوج أصل التسمية، فوجهان: أحدهما: القول قوله بيمينه. وأصحهما: يتحالفان لأنه يقول: الواجب مهر المثل، وهي تدعي المسمى، فحاصله الاختلاف في قدر المهر، فيتحالفان. وإنما يحسن وضع المسألة إذا كان ما تدعيه أكثر من مهر المثل. ولو أنكرت تسمية مهر وادعاها الزوج، فهل القول قولها، أم يتحالفان؟ القياس مجيء الوجهين. ولو ادعى أحدهما التفويض، والآخر التسمية، فإن أوجبنا المهر في التفويض بالعقد، فهو كما لو ادعى أحدهما السكوت، والآخر التسمية، وإلا فالأصل عدم التسمية من جانب، وعدم التفويض من جانب. ولو ادعى أحدهما التفويض، والآخر أنه لم يجر للمهر ذكر، فيشبه أن يكون القول قول الثاني.

الثالثة: إذا حكمنا بالتحالف، فحلف أحدهما ونكل الآخر، حكمنا للتحالف. ومن أقام بينة، حكمنا بها. ولو أقاما بينتين مختلفتين في قدر المهر، فوجهان: أحدهما: يحكم ببينة المرأة لاشتمالها على الزيادة. والثاني: يتعارضان إذا قلنا بالتساقط، فكأن لا بينة، فيتحالفان. وإن قلنا بالقرعة، فهل يحتاج من خرجت قرعته إلى اليمين؟ وجهان.

الرابعة: ادعت النكاح ومهر المثل، واعترف الزوج بالنكاح وأنكر المهر، أو سكت عنه ولم يدع التفويض ولا إخلاء النكاح عن ذكر المهر، حكى الغزالي فيه وجهين: أحدهما وينسب إلى القاضي حسين: يثبت لها المهر إذا حلفت، لأن الظاهر معها، فإن النكاح يوجب مهر المثل إذا لم تكن تسمية صحيحة. وأصحهما: عند الغزالي: أنه لا يثبت مهر مثلها بيمينها، بل يتحالفان، لأنه قد ينكحها بأقل ما يتمول، وهذا الذي فرضه لا يكاد يتصور، فإن التحالف أن يحلف كل واحد على إثبات ما يزعمه، ونفي ما زعمه صاحبه. والمفروض من جهة الزوج، إنكار مطلق، فلا معنى للتحالف. ولم يذكر الروياني الخلاف هكذا، بل قال: قال مشايخ طبرستان: القول قول الزوج وعليها البينة، والحق أنه لا يسمع إنكاره لاعترافه بما يقتضي المهر، ولكن يكلف البيان. فإن ذكر قدرأ وادعت زيادة، تحالفا. وإن أصر على الإنكار، ردت اليمين عليها وقضي لها بها. قال الروياني: ورأيت جماعة من المحققين بخراسان والعراق يفتون بهذا، وهو القديم. ولو ادعت زوجية ومهراً مسمى يساوي مهر المثل، وقال الزوج: لا أدري، أو سكت، قال الإمام: ظاهر ما ذكره القاضي، أن القول قولها لما سبق أن النكاح اقتضى مهر المثل. قال: والذي يقتضيه

قياس المذهب، أن دعواها متوجهة بذلك القدر، ولا يسمع منه التردد، بل يحلف على نفي ما تدعيه. فإن نكل، ردت اليمين عليها وقضي بيمينها. ثم حكى عن القاضي على قياس الوجه المنسوب إليه، أنه لو قال: هذا ابني من فلانة، استحقت عليه مهر المثل إذا حلفت، لأنه إقرار بالوطء ظاهراً، لأن استدخال الماء بعيد والوطء المحرم هو الذي يحصل منه الولد النسب ظاهراً، وهو يقتضي المهر. وقياس ظاهر المذهب، أنه يؤمر بالبيان إذا أنكر ما ادعته. فإن أصر على الإنكار، ردت اليمين عليها.

فرع: قال المتولي: لو مات الزوج وادعت على الوارث أن الزوج سمى لها ألفاً، فقال الوارث: لا أعلم كم سمى، لم يتحالفوا، بل يحلف الوارث على نفي العلم. فإذا حلف، قضى لها بمهر المثل.

قلت: هذا الذي ذكره المتولي، حكاة الإمام عن القاضي حسين، ثم قال: هو مشكل على قياس المذهب، قال: والقياس أن يحكم بانقطاع الخصومة، يحلف الوارث، والقدر الثابت على قطع هو أقل ما يتمول، والمختار بل الصواب قول المتولي والقاضي، وقد نص عليه قبلهما القفال شيخ طريقة خراسان، وقد حكاة عنه الرافعي في الباب الثاني من «الدعوى والبيّنات»، ولم يذكر فيه خلافاً، ولم أر لأحد من الأصحاب خلافاً، ودليله أن تعذر معرفة المسمى، كعدمه من أصله، ولهذا نوجب مهر المثل في التحالف وإن كان هناك مسمى زائد أو ناقص. والله أعلم.

الخامسة: اختلف الزوج وولي الصغيرة أو المجنونة، فقال الولي: زوجتكها بألفين، فقال: بل بألف، فوجهان: أحدهما: عند الأصحاب: يتحالفان. والثاني: لا، فعلى هذا توقف إلى بلوغها فيتحالفان، ويجوز أن يحلف الزوج، ويوقف يمينها إلى بلوغها. وإذا قلنا: يحلف الولي، فذلك إذا ادعى زيادة على مهر المثل والزوج معترف بمهر المثل. وأما إذا ادعى الزوج نكاحها بدون مهر المثل، فلا تحالف، لأنه يثبت مهر المثل وإن نقص الولي. ولو ذكر الزوج قدراً يزيد على مهر المثل، وادعى الولي زيادة عليه، لم يتحالفوا كيلا يرجع الواجب إلى مهر المثل، بل يأخذ الولي ما يقوله الزوج. ولو ادعى الولي مهر المثل أو أكثر، وذكر الزوج أكثر من ذلك، فهل يتحالفان، أم يؤخذ بما قاله الزوج؟ وجهان حكاهما الحناطي، وهذا الخلاف المذكور في اختلاف الزوج وولي الصغيرة، يجري في اختلاف المرأة وولي الزوج الصغير، وفيما إذا اختلف وليا الزوجين الصغيرين. ولو بلغت الصغيرة قبل التحالف، حلفت هي ولا يحلف الولي. وادعى البغوي الاتفاق عليه. ولو اختلف ولي البكر البالغة وزوجها، فالصحيح أنها هي التي تحلف. وقيل: يحلف الولي لأنه العاقد،

قاله القاضي أبو الطيب وغيره. ومن قال بهذا، لا يسلم في الصغيرة إذا بلغت أن اليمين عليها. والخلاف في حلف الولي يجري في الوكيل في النكاح، وفي وكيل البائع مع المشتري، ووكيل المشتري مع البائع، وفي وكيليهما، ومنهم من رتب وقال: إن لم يحلف الولي، فالوكيل أولى، وإلا فوجهان لقوة الولاية.

فرع: إذا قلنا: يحلف الولي فنكل، فهل يقضى بيمين صاحبه، أم يوقف حتى تبلغ الصبية وتفيق المجنونة فلعلها تحلف؟ فيه وجهان نقلهما الحناطي.

فرع: جميع ما ذكرنا في هذه المسألة، هو فيما يتعلق بإنشاء الولي، أما ما لا يتعلق به، بأن ادعى على رجل أنه أتلف مال الطفل، فأنكر المدعى عليه ونكل، فهل يحلف اليمين المردودة إتماماً للخصومة واستخلاصاً لحق الصبي، أم لا لأنه لا يتعلق بإنشائه؟ وجهان: أصحهما: الثاني. وعلى هذا لا يقضى بالنكول، بل يتوقف حتى يبلغ الصبي. وفي وجه: لا تعرض اليمين على المدعى عليه، ويتوقف في أصل الخصومة. وأفتى القفال فيما إذا ادعى الولي على رجل ديناً ورثه الصبي وأقام بينة به، فقال الخصم: كنت قضيت، أو أبرأني مورثه، أنه لا يحلف الولي، بل يحلف الصبي إذا بلغ على نفي العلم بذلك. ولو أقر القيم بما قاله الخصم، انعزل وأقام القاضي غيره. ولو ادعى أن هذا القيم قبضه وأنكر، حلف.

السادسة: ادعت على رجل أنه نكحها يوم الخميس بألف، ونكحها يوم السبت بألف، وطلبت الألفين، سمعت دعواها لإمكان ثبوت الألفين بأن يطأها يوم الجمعة، ويخلعها ثم ينكحها يوم السبت، وإذا ثبت العقدان بالبينة، أو باقراره، أو بيمينها بعد نكوله، لزمه الألفان، ولا يحتاج إلى التعرض لتخلل الفرقة، ولا لحصول الأصل، لأن كل عقد منهما ثبت مسماه والأصل بقاءه. فإن ادعى أن العقد الثاني كان إظهاراً للأول لا إنشاءً، لم يقبل. وهل له تحليف المرأة على نفي ذلك؟ وجهان حكاهما في «العدة» أصحهما: له. فإن ادعى على أنه لم يصبها في النكاح الأول، صدق بيمينه، ولا يطالب من المهر الأول إلا بالنصف، وتكون معه بطلقتين. ولو ادعى في النكاح الثاني الطلاق قبل الإصابة، صدق بيمينه، وقنع منه بنصف المهر الثاني أيضاً. ولو ادعى على رجل أنه اشترى منه كذا يوم الخميس بألف، ثم يوم الجمعة بألف، وطالبه بالثمنين، لزمه الثمنان إذا ثبت العقدان كما في المهرين.

السابعة: رجل يملك أبوي حرة، فنكحها على أحدهما معيناً، ثم اختلفا، فقال: أصدقتك أباك فقالت: بل أمي، فوجهان: أصحهما: يتحالفان. والثاني: يصدق الزوج بيمينه في أنه لم يصدقها أمها، وتحلف هي أنه لم يصدقها الأب، ولها مهر مثلها، ويعتق الأب بإقرار الزوج أنه أصدقها الأب لتضمنه الإقرار، لأنه عتق

عليها ولا غرم على المرأة، لأنها لم تفوت عليه شيئاً، فصار كما لو قال لرجل: بعثك أبك فأنكر، عتق عليه باقراره. إن قلنا بالتحالف فحلفا، عتق الأب بإقرار الزوج، ولها مهر مثلها، وليس عليها قيمة الأب، وولأؤه موقوف، لأن الزوج يقول: هو لها، وهي تنكره. وإن حلفت دونه، عتق الأبوان. أما الأب، فبإقراره، وأما الأم، فلأننا حكمنا بكونها صداقاً، وليس عليها قيمة واحدة منهما. وإن حلف دونها، رقت الأم، وعتق الأب، وولأؤه موقوف. وإن لم يحلف واحد منهما، عتق الأب، ولا تتمكن هي من طلب المهر، لأن من ادعى شيئاً ونكل عن اليمين بعد الرد، كان كمن لم يدع شيئاً. ولو قال الزوج: أصدقتك أبك ونصف أمك وقالت: بل أصدقتني كليهما، تحالفاً بلا خلاف، لأن الاختلاف هنا في قدر الصداق. فإذا حلفا، فلها مهر المثل وتعتق، وعليها قيمته لاتفاقهما أنه عتق عليها بحكم الصداق، فلما تحالفا بطل الصداق، ولا سبيل إلى رد العتق فوجبت القيمة، كما لو اشترى عبداً فأعتقه، ثم اختلفا في الثمن وتحالفا. وأما الأم، فيعتق عليها نصفها. فإن كانت موسرة، عتق الباقي بالسراية وعليها قيمة ما يعتق منها، ويجيء التقاص.

ولو حلف الزوج دونها، عتق الأب ونصف الأم، ولا سراية إن كانت معسرة، ولا شيء لها ولا عليها، لأننا حكمنا بيمينه أن الصداق هو الأب ونصف الأم. ولو حلفت دونه، حكم بكونهما صداقاً وعتقاً، ولا شيء عليها. ولو قالت: أصدقتني الأم ونصف الأب، فقال: لا بل الأب ونصف الأم، تحالفاً. فإذا حلفا، فلها مهر المثل، ويعتق من الأب نصفه لاتفاقهما، ونصفه بإقرار الزوج وعليها قيمة ما اتفقا عليه. وأما الأم، فيعتق نصفها باتفاقهما، ويسري إلى الباقي إن كانت موسرة، وعليها قيمة ما عتق منها.

الثامنة: اختلفا في أداء المهر، فالقول قولها بيمينها، سواء اختلفا قبل الدخول أو بعده. فلو اتفقا على قبض مال، فقال: دفعته صداقاً وقالت: بل هدية. فإن اتفقا على أنه تلفظ واختلفا، هل قال: خذي هذا صداقاً أم قال: هدية؟ فالقول قوله بيمينه. وإن اتفقا أنه لم يجر لفظ، واختلفا فيما نوى، فالقول قوله بيمينه أيضاً. وقيل: بلا يمين، وسواء كان المقبوض من جنس الصداق أم غيره، طعاماً أم غيره. فإذا حلف الزوج، فإن كان المقبوض من جنس الصداق، وقع عنه، وإلا فإن رضىا ببيعه بالصداق، فذاك، وإلا استرده وأدى الصداق. فإن كان تالفاً، فله البديل عليها وقد يقع في التقاص.

ولو بعث إلى بيت من لا دين له عليه شيئاً ثم قال: بعثته بعوض، وأنكر المبعوث إليه، فالقول قول المبعوث إليه.

التاسعة: ادعى دفع الصداق إلى ولي الصغيرة والمجنونة، أو السفينة، سمعت دعواه. وإن ادعى دفعه إلى ولي البالغة الراشدة، لم يسمع الدعوى عليها، إلا أن يدعي إذنها، وسواء البكر والثيب. وفي البكر وجه، والخلاف مبني على أن الولي، هل يملك قبض مهر البكر الرشيدة؟ والمذهب منعه. وفيه قول أو وجه. ومنهم من لم يثبتته وقطع بالاول. وإذا قلنا بالمذهب، فاستأذنها فسكتت، لم يستفد بسكوتها الإذن في القبض، وقياس القول أو الوجه الضعيف، أن يستفده وإن نهت عنه كتزويجها.

العاشرة: وقع الاختلاف في غير المنكوحة، فهو اختلاف في عقدين، القول في كل منهما قول النافي. وإن قال: نكحت هاتين بألف، فقالت إحداهما أو وليهما: بل نكحت هذه فقط بألف، فهذا اختلاف في قدر مهر المتفق على نكاحها. وأما الأخرى، فالقول قول المنكر.

فصل: يتعلق بكتاب الصداق

أصدقها جارية، ثم وطىء الجارية عالماً بالحال، فإن كان بعد الدخول، فعليه الحد، ولا يقبل قوله: لم أعلم أنها ملكتها بالدخول، إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام. وإن كان قبل الدخول، فلا حد. وعللوه بشيئين: أحدهما: لا يبعد أن يخفى مثل هذه الأحكام عن العوام. والثاني: اختلاف العلماء، فإن مالكا رحمه الله تعالى قال: لا تملك قبل الدخول إلا نصف الصداق. فإن كان عالماً بأنها تملك جميع الصداق بالعقد، فعلى التعليل الأول يحد. وعلى الثاني، لا. وحيث قلنا: يحد، فأولدها، فالولد رقيق، وعليه المهر إن كانت مكرهة. وحيث قلنا: لا يحد، فالولد نسيب حر، وعليه قيمته يوم سقوطه.

فصل: خالع زوجته المدخول بها، ثم نكحها في العدة، وطلقها قبل الدخول في النكاح الثاني، يتشطر المهر عندنا. وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: يجب جميعه، وبالله التوفيق.

باب: الوليمة^(١)

هي عامة على ما قال الشافعي والأصحاب رحمهم الله تعالى، تقع على كل دعوة تتخذ بسرور حادث، من نكاح أو ختان أو غيرهما. لكن الأشهر استعمالها عند الإطلاق في النكاح، وتقيد في غيره، فيقال: وليمة الختان وغيره، ويقال لدعوة الختان: إغذار، ولدعوة الولادة: عقيقة، ولسلامة المرأة من الطلق: خُرس. وقيل:

(١) الوليمة: طعام العرس يدعى إليه الناس ويجمعون.

الخرس لطعام الولادة، ولقدوم المسافر: نقيعة، ولإحداث البناء: وكيرة، ولما يتخذ للمصيبة: وضيمة، ولما يتخذ بلا سبب: مأذبة.

قلت: الاعتذار بالعين المهملة، وبالدال المعجمة. والخرس، بضم الخاء المعجمة، وبالسین المهملة، ويقال: بالصاد. المأذبة، بضم الدال وفتحها. والوضيمة، بكسر الضاد المعجمة. وقول الأصحاب: النقيعة لقدم المسافر، ليس فيه بيان من يتخذها أهو القادم أو المقدم عليهم؟ وفيه خلاف لأهل اللغة. فنقل الأزهري عن الفراء، أنه القادم. وقال صاحب «المحكم»: هو طعام يُصنع للقادم وهو الاظهر. والله أعلم.

وفي وليمة العرس قولان، أو وجهان: أحدهما: أنها واجبة، لقوله ﷺ في الحديث الصحيح: «أولم ولو بشاة»^(١). وأصحهما: أنها مستحبة كالاضحية وسائر الولائم، والحديث على الاستحباب، وقطع القفال بالاستحباب، وأما سائر الولائم، فمستحبة، ليس بواجبة على المذهب وبه قطع الجمهور، ولا يتأكد تأكيد وليمة النكاح. قال المتولي: وخرج بعضهم في وجوب سائر الولائم قولاً، لان الشافعي رحمه الله قال بعد ذكرها: ولا أرخص في تركها.

فرع: أقل الوليمة على ما ذكره ابن الصباغ وغيره، للمتمكن شاة وإن لم يتمكن، اقتصر على ما يقدر عليه.

فرع: وأما الإجابة إلى الدعوة، ففي وليمة العرس تجب الإجابة إن أوجبنا الوليمة، وكذا إن لم نوجبها على الأظهر. وقيل: على الأصح، صححه العراقيون والرويان وغيرهم، للأحاديث الصحيحة: «من دعي إلى وليمة فليأتها»^(٢). والثاني: أنها مستحبة. وأما غير وليمة العرس، فالمذهب أن الإجابة فيها مستحبة. وقيل: بطرد الخلاف في الوجوب. وإذا أوجبنا الإجابة، فهي فرض عين على الأصح. وقيل: فرض كفاية. ثم إنما تجب الإجابة أو تستحب بشروط.

منها: أن يعم عشيرته أو جيرانه، أو أهل حرفته، أغنياءهم وفقراءهم، دون ما إذا خص الأغنياء.

ومنها: أن يخصه بالدعوة بنفسه، أو يبعث إليه شخصاً. فأما إذا فتح باب داره وقال: ليحضر من أراد، أو بعث شخصاً: ليحضر من شاء، أو قال لشخص: احضر وأحضر معك من شئت، فقال لغيره: احضر، فلا تجب الإجابة ولا تستحب.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥١٥٥) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٢٧).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥١٧٣) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٢٩).

ومنها: أن لا يكون إحضاره لخوف منه، أو طمع في جاهه، أو ليعاونه على باطل، بل تكون للتقرب، أو التودد. ومنها، أن يدعوه مسلم. فإن دعاه ذمي فهل هو كالمسلم أم لا تجب قطعاً؟ طريقتان: أصحهما: الثاني. ولا يكون الاستحباب في إجابته كالاستحباب في دعوة المسلم، لأنه قد يرغب عن طعامه لنجاسته وتصرفه الفاسد، وتكره مخالطة الذمي وموادته.

ومنها: أن يدعو في اليوم الأول. فلو أولم ثلاثة أيام، فالإجابة في اليوم الثالث مكروهة، وفي الثاني لا تجب قطعاً، ولا يكون استحبابها كالاستحباب في اليوم الأول.

فرع: إذا اعتذر المدعو إلى صاحب الدعوة، فرضي بتخلفه، زال الوجوب وارتفعت كراهة التخلف.

فرع: دعاه جماعة، أجاب الأسبق، فإن جاء معاً، أجاب الأقرب رحماً، ثم الأقرب داراً كالصدقة.

ومنها: أن لا يكون هناك من يتأذى بحضوره، ولا يليق به مجالسته. فإن كان، فهو معذور في التخلف. وأشار في «الوسيط» إلى وجه فيه.

ومنها: أن لا يكون هناك منكر كشرب الخمر والملاهي. فإن كان، نظر، إن كان الشخص ممن إذا حضر رفع المنكر، فليحضر إجابة للدعوة وإزالة للمنكر، وإلا فوجهان: أحدهما: الأولى أن لا يحضر، ويجوز أن يحضر ولا يستمع وينكر بقلبه، كما لو كان يضرب المنكر في جواره، فلا يلزمه التحول وإن بلغه الصوت، وعلى هذا جرى العراقيون. والثاني وهو الصحيح: يحرم الحضور لأنه كالرضى بالمنكر وإقراره.

قلت: الوجه الأول غلط، ولا يثبت عن كل العراقيين، وإنما قاله بعضهم وهو خطأ، ولا يغتر بجلالة صاحب «التنبيه» ونحوه ممن ذكره. والله أعلم.

فاذا قلنا بالثاني، فلم يعلم حتى حضر، نهاهم، فإن لم ينتهوا، فليخرج. وفي جواز القعود وجهان:

قلت: أصحهما: التحريم. والله أعلم.

فإن لم يمكنه الخروج، بأن كان في الليل ويخاف من الخروج، قعد كارهاً ولا يستمع. ولو كانوا يشربون النبيذ المختلف في إباحته، لم ينكره، لأنه مجتهد فيه. فإن كان حاضره ممن يعتقد تحريمه، فكالمنكر المجمع على تحريمه. وقيل: لا.

فرع: ومن المنكرات، فرش الحرير وصور الحيوانات على السقوف والجدران، والثياب الملبوسة، والستور المعلقة، والوسائد الكبار المنصوبة، ولا

بأس بما على الأرض، والبساط الذي يداس، والمخاد التي يتكأ عليها، وليكن في معناها الطبق والخوان، والقصة. ولا بأس بصور الأشجار، والشمس، والقمر. وفي وجهه: يكره صورة الشجر. ولو كانت صور الحيوانات مقطوعة الرؤوس، فلا بأس به على الصحيح، ومنعه المتولي. وهل دخول البيت الذي فيه الصور الممنوعة حرام أم مكروه؟ وجهان: وبالتحريم قال الشيخ أبو محمد، وبالكراهة قال صاحب «التقريب» والصيدلاني، ورجحه. الإمام والغزالي في «الوسيط». ولو كانت الصورة في الممر دون موضع الجلوس، فلا بأس بالدخول والجلوس، ولا يترك إجابة الدعوة بهذا السبب. وكذا لا بأس بدخول الحمام الذي على بابه صور، كذا قاله الأصحاب.

فرع: يحرم على المصور التصوير على الحيطان والسقوف، ولا يستحق أجره. وفي نسج الثياب المصورة وجهان: جوزه أبو محمد لأنها قد لا تلبس، ورجح المنع الإمام والغزالي تمسكاً بالحديث: «لعن الله المصورين»^(١).

قلت: الصحيح التحريم، والحديث صحيح. والله أعلم.

وطرد المتولي الوجهين في التصوير على الأرض ونحوها، وكأن من قال بالمنع. قال: ليس له أن يصور، لكن إن اتفق يسامح به ولا يجب طمسه.

قلت: الصحيح تحريم التصوير على الأرض وغيرها. والله أعلم.

فصل: الصوم ليس عذراً في ترك إجابة الدعوة. فإذا حضر الصائم، إن كان صوم فرض مضيق الوقت، حرم الفطر. وإن كان موسعاً كالنذر المطلق وقضاء رمضان، فإن لم نجوز الخروج منه، حرم الفطر، وإلا فقليل هو كصوم النفل. وعن القاضي حسين كراهة الخروج منه، لأن ذمته مشغولة. وإن كان صوم نفل، فإن لم يشق على صاحب الدعوة إمساكه، استحب اتمام صومه، وإن شق عليه، استحب الفطر. أما المفطر، ففي أكله وجهان: أحدهما: يجب وأقله لقمة، وأصحهما: أنه مستحب.

فصل: دعاه من أكثر ماله حرام، كرهت إجابته كما تكره معاملته. فإن علم أن عين الطعام حرام، حرمت إجابته.

فصل: المرأة إذا دعت النساء، كما ذكرنا في الرجال. فإن دعت رجلاً أو رجلاً، وجبت الإجابة إذا لم يكن خلوة محرمة.

قلت: قال إبراهيم المروزي: لو دعت أجنبية وليس هناك محرم له ولا لها، ولم

(١) أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٢٠٨٦، ٢٢٣٨، ٥٣٤٧، ٥٩٤٥، ٥٩٦٢).

يخل به، بل جلست في بيت، وبعثت الطعام مع خادم إليه إلى بيت آخر من دارها، لم يجبها مخافة الفتنة. والله أعلم.

فصل: في مسائل تتعلق بالضيافة

إحداها: للضيف أن يأكل إذا قُدِّم إليه الطعام من غير أن يأذن صاحب الطعام لفظاً، إلا إذا كان ينتظر حضور غيره، فلا يأكل حتى يحضر أو يأذن المضيف لفظاً. وفي «الوسيط» أنه لا بد من لفظ وهو شاذ ضعيف، والصحيح الاكتفاء بقرينة التقديم، وللقريظة أثر ظاهر في مثل هذا الباب، وكذلك يجوز الشرب من الحِباب الموضوعة على الطرق، وكان السلف يأكلون من بيوت إخوانهم للانبساط وهم غيب. وقال المتولي: تقديم الطعام، إنما يكفي إذا دعاه إلى بيته. فإن لم يسبق دعوة، فلا بد من الإذن لفظاً، إلا إذا جعلنا المعاطاة بيعاً، وقرينة التقديم لا تختلف لسبق الدعوة وعدمه.

قلت: الصحيح بتقديم الطعام أنه يجوز الأكل بلا لفظ، سواء دعاه أم لا، بشرط أن لا يكون منتظراً غيره كما سبق. وأما الأكل من بيت الصديق وبستانه ونحوهما في حال غيبته، فجائز بشرط أن يعلم من حاله أنه لا يكره ذلك منه. والله أعلم.

الثانية: هل يملك الضيف ما يأكله؟ وجهان: قال القفال: لا بل هو إتلاف بإذن المالك، وللمالك أن يرجع ما لم يأكل. وقال الجمهور: نعم. وبم يملك؟ فيه أوجه: قيل: بالوضع بين يديه، وقيل: بالأخذ، وقيل: بوضعه في الفم، وقيل: بالازدراء يتبين حصول الملك قبيله. وضعف المتولي ما سوى الوجه الأخير. وعلى الأوجه ينبغي التمكن من الرجوع.

قلت: قال صاحب «البيان»: إذا قلنا: يملكه بالأخذ أو بالوضع في الفم، فهل للأخذ إباحته لغيره والتصرف فيه بغير ذلك؟ وجهان: الصحيح وقول الجمهور لا يجوز كما لا يعير المستعار. وقال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب: يجوز أن يفعل ما يشاء من البيع والهبة وغيرهما، لأنه ملكه. قال ابن الصباغ: هذا لا يجيء على أصلهما. والله أعلم.

الثالثة: ليس للضيف التصرف في الطعام بما سوى الأكل، فلا يجوز أن يحمل معه منه شيئاً، إلا إذا أخذ ما يعلم رضى المالك به، ويختلف ذلك بقدر المأخوذ وجنسه، وبحال المضيف والدعوة. فإن شك في وقوعه في محل المسامحة، فالصحيح التحريم، وليس للضيف إطعام السائل والهرة، ويجوز أن يلقم الأضياف

بعضهم بعضاً، إلا إذا فاوت بينهم في الطعام، فليس لمن خصّ بنوع أن يطعموا منه غيرهم، ويكره للمضيف أن يفعل ذلك.

الرابعة: يحرم التطفل، واستثنى المتولي وغيره فقالوا: إذا كان في الدار ضيافة، جاز لمن بينه وبين صاحب الطعام انبساط أن يدخل ويأكل إذا علم أنه لا يشق عليه.

فصل: في آداب الأكل

منها: أن يقول أولاً: باسم الله، فإن نسي قال إذا تذكر: بسم الله أولاً وآخره، وأن يغسل يديه قبل الأكل وبعده، وأن يأكل بأصابعه الثلاث، وأن يدعو لصاحب الطعام إن كان ضيفاً، ويقول: «أكل طعامكم الأبرار، وأفطر عندكم الصائمون». وصلت عليكم الملائكة»^(١). ويكره أن يأكل متكئاً، وأن يأكل مما يلي آكله، وأن يأكل من وسط القصعة وأعلى الثريد ونحوه، ولا بأس بذلك في الفواكه، ويكره أن يعيب الطعام، وأن يقرن بين تمرتين ونحوهما، وأن يأكل بشماله، وأن يتنفس في الإناء، وأن ينفخ فيه. ولا يكره الشرب قائماً، وحملوا النهي الوارد على حالة السير. قلت: هذا الذي قاله من تأويل النهي على حالة السير، قد قاله ابن قتيبة والمتولي، وقد تأوله آخرون بخلاف هذا. والمختار أن الشرب قائماً بلا عذر خلاف الأولى، للأحاديث الصريحة بالنهي عنه في «صحيح مسلم»^(٢).

وأما الحديثان الصحيحان عن علي^(٣) وابن عباس^(٤) أن النبي ﷺ شرب قائماً، فمحمولان على بيان الجواز جمعاً بين الأحاديث. وقد اعترض على أحاديث النهي بأشياء باطلة، أوضحت جوابها في شرح «صحيح مسلم». ويكره الشرب من قم القربة. ومن آداب الأكل: حمد الله تعالى في آخره. وكذلك في آخر الشرب فيقول: «الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه غير مكفي ولا مكفور ولا مودّع، ولا مستغنى عنه ربنا»^(٥). ثبت ذلك في «صحيح البخاري» عن النبي ﷺ أنه كان يقوله، وقد

(١) أخرجه أحمد في المسند (١٣٨/٣).

(٢) ومنها ما أخرجه مسلم في صحيحه برقم (٢٠٢٤) والترمذي في سننه برقم (١٨٧٩) وابن ماجه في سننه برقم (٣٤٢٤) من حديث أنس رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه نهى أن يشرب الرجل قائماً.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥٦١٦).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٢٠٢٧).

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥٤٥٨، ٥٤٥٩) وأبو داود في سننه برقم (٣٨٤٩) والترمذي في سننه برقم (٣٤٥٦) وابن ماجه في سننه برقم (٣٢٨٤).

جاءت في هذا أذكار كثيرة في الصحيح وغيره، وقد جمعت مقاصدها في كتاب «أذكار الطعام» من كتاب «الأذكار»، وشرحت فيه هذه الألفاظ أحسن شرح وأوجزه، مع جمل مما يتعلق بالأطعمة. وقوله: ربنا، يجوز بالرفع على الابتداء، وبالنصب على الاختصاص أو النداء، وبالجبر على البدل من قوله: الحمد لله. وإذا أكل جماعة، فمن الأدب أن يتحدثوا على طعامهم بما لا إثم فيه، ويكره أن يتمخط ويبصق في حال أكلهم إلا للضرورة، ويكره أن يقرب فمه من القصعة بحيث يرجع من فمه إليها شيء. ويستحب أن يلحق القصعة، وأن يلحق أصابعه، وأن يأكل اللقمة الساقطة ما لم تتنجس ويتعذر تطهيرها، للأحاديث الصحيحة في ذلك. والأولى أن لا يأكل الشخص وحده، وأن لا يرتفع عن مؤكلة الغلام والصبيان والزوجة، وأن لا يتميز على جلسائه بنوع إلا لحاجة، كدواء، ونحوه، وأن يمد الأكل مع رفقته ما دام يظن لهم حاجة إلى الأكل، وأن يؤثرهم بفاخر الطعام، كقطعة لحم وخبز لين، أو طيب ونحو ذلك، وقد سبق استحباب التسمية في أول الطعام، وهي مستحبة لكل آكل، حتى الحائض والنفساء. وينبغي أن يجهر بها جهراً يسمعه رفقته سماعاً محققاً، ليقتنى به فيها، وليتنبه غيره لها ويستحب لكل واحد من الجماعة، أن يسمي. فإن سمى واحد من الجمع، أجزأ عن الباقي، نص عليه الشافعي رحمته الله، وقد ذكرته في «كتاب الأذكار» وفي «طبقات الفقهاء» في ترجمة الشافعي، وهو شبهه برد السلام، وتسميت العاطس، فإنه يكفي قول أحد الجماعة. ومن ترك التسمية عامداً أو مكرهاً، أو لعارض آخر، ثم تمكن في أثناء أكله، سمى، كما لو نسيها، وسبق مثله في الوضوء، والتسمية في المشروب كالمأكول. ولا بأس بقوله: لا أشتهي هذا الطعام، أو ما اعتدت أكله، لحديث الضب. ويستحب لمن حضر وهو صائم ولم يأكل، أن يدعو لأهل الطعام، ويستحب الترحيب بالضيف وحمد الله تعالى على حصوله ضيفاً عنده، وسروره به، وثناؤه عليه لجعله أهلاً لتضييفه. ففي «الصحيحين»، أن رسول الله ﷺ قال: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فليكرم ضيفه»^(١). والله أعلم.

فصل: يجوز نشر الجوز واللوز والتمر والسكر ونحوها في الإملاكات. وهل يكره أم يستحب، أم لا يستحب ولا يكره، بل تركه أولى؟ فيه أوجه: أصحابها: الثالث. والتقاط النثار جائز، لكن الأولى تركه، إلا إذا عرف أن النثر لا يؤثر بعضهم على بعض، ولم يقدح الالتقاط في مروءته، ثم من التقط لم يؤخذ منه. وهل

(١) أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٦٠١٩، ٦١٣٥، ٦٤٧٥) ومسلم في صحيحه برقم (٤٨).

يملكه؟ وجهان: أحدهما: لا، لأنه لم يوجد لفظ تمليك لمعين والثاني: يملك اعتباراً بالعادة، والأئمة إلى هذا الوجه أميل، وهو مقتضى إطلاق أكثرهم. فعلى الأول، للناسر الاسترجاع. قال ابن كج: له الاسترجاع ما لم يخرج الملتقط من الدار، وعليه الغرم إن أتلغه. وإن قلنا: يملك فهل يخرج عن ملك الناصر بالنشر، أم بأخذ الملتقط، أم بإتلافه؟ فيه أوجه.

قلت: الأصح أنه يملك بالأخذ كسائر المباحات. والله أعلم.

ومن وقع في حجره شيء من النثار، فإن بسطه لذلك، لم يؤخذ منه. فإن سقط منه بنفس الوقوع، لم يبطل حقه على الأصح، فيمنع غيره من أخذه. وإن لم يبسطه له، لم يملكه، لعدم القصد والفعل. فإن نفضه، فهو كما لو وقع على الأرض أولاً، وإلا فهو أولى به من غيره، وليس لغيره أن يأخذه. فلو أخذه غيره، ففي ملكه وجهان جاريان، فيما لو عشب طائر في ملكه فأخذ فرخه غيره. وفيما إذا دخل السمك مع الماء حوضه، وفيما إذا وقع الثلج في ملكه فأخذه غيره، وفيما إذا أحيا ما يحجره غيره. لكن الأصح أن المحيي يملك. وفي هذه الصور ميلهم إلى المنع أكثر، لأن المتحجر غير مالك فليس الإحياء تصرفاً في ملك غيره، بخلاف هذه الصورة ولو سقط من حجره قبل أن يقصد أخذه، أو قام فسقط، بطل اختصاصه، كما لو طار الفرخ، فإنه يجوز لغير صاحب الأرض أخذه بلا خلاف. ثم اختصاص من وقع في حجره مخصوص بمن هو ممن يأخذه. أما من يعلم أنه لا يأخذه ولا يرغب فيه، فلا اختصاص له به، ويجوز لغيره أخذه من حجره، ذكره البغوي وغيره. ويكره أخذ النثار من الهواء بالملاءة والأزر المربوطة برؤوس الخشب. فإن أخذ كذلك، استحقه ونثر الدراهم والدنانير، كنثر السكر ذكره المسعودي.

قلت: ولو التقط النثار صبي ملكه، ولو التقطه عبد ملكه سيده، ذكره إبراهيم المروزي، والختان في هذا كاملاً. والله أعلم.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب عشرة النساء والقسم والشقاق

فيه بابان:

الباب الأول: في عشرتهن والقسم

النكاح مناط حقوق الزوج على الزوجة، كالطاعة وملازمة المسكن. وحقوقها عليه، كالمهر والنفقة، والكسوة، والمعاشرة بالمعروف. قال الله تعالى: ﴿وَكُلُّهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨] والمراد تماثلها في وجوب الآداب. وقال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩] قال الشافعي رحمه الله: جماع المعروف بين الزوجين، الكف عن المكروه، وإعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه من غير إظهار كراهته في تأديته. فأيهما مطل بتأخير، فمطل الغني ظلم، قال الأصحاب: أراد بالكف عن المكروه، الامتناع عما يكرهه صاحبه، وإعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه أن لا يحوجه في أداء الحق إلى كلفة ومؤنة. وبقوله من غير إظهار كراهة، أن يؤدي الحق راضياً طلق الوجه. ومن المعاشرة بالمعروف: القسم. وفائدته: العدل والتحرز عن الإيذاء والإيحاء بترجيح البعض، وقد يعرض ما يقتضي التفضيل. ويتضمن الباب خمسة أطراف:

الطرف الأول: في استحقاق القسم. من له زوجة واحدة، ينبغي أن لا يعطلها، فيستحب أن يبيت عندها ويحصنها، وأدنى الدرجات أن لا يخلي أربع ليال عن ليلة، ولا يجب عليه المبيت بحال، لأنه حقه فله تركه. ولو كان له مستولدات أو إماء، فلا قسم لهن، ويستحب أن لا يعطلهن، وأن يسوي بينهما. ولو كان معهن نساء، فلا قسم بينهما وبين النساء. حتى لو بات عند المنكوحات أو عند الإماء، فلا قسم للأخريات. وإذا كان تحته زوجتان فأكثر، فالإعراض عن جملةهن كالإعراض عن الواحدة المنفردة. وحكى القاضي أبو حامد وجهاً أنه يلزمه القسم بينهما، ويحرم إعراضه عنهن، ويمكن أن يجيء مثله في الواحدة. ولو بات عند بعضهن، لزمه مثله للبقيات. وإذا سوى بينهما في الظاهر، لم يؤخذ بزيادة ميل قلبه إلى بعضهن، ولا

تجب التسوية في الجماع، لكن يستحب التسوية فيه وفي سائر الاستمتاعات. ولو قسم بينهن مدة وسوى ثم أعرض عنهن، جاز كالابتداء.

فصل: فيمن تستحق القسم

فيه مسائل:

إحداها: تستحقه المريضة، والرتقاء، والقرناء، والحائض، والنفساء، والمحرمة، والمؤلى منها، والمظاهر منها، والمراهقة، والمجنونة التي لا يخاف منها، لأن المراد الأنس. قال المتولي: والمعتدة عن وطء شبهة لا قسم لها، لأنه يحرم الخلوة بها.

الثانية: إذا نشزت عن زوجها، بأن خرجت من مسكنه، أو أراد الدخول عليها فأغلقت الباب ومنعته، أو ادعت عليه الطلاق، أو منعت التمكين، فلا قسم لها كما لا نفقة. وإذا عادت إلى الطاعة، لم تستحق القضاء، وامتناع المجنونة كامتناع العاقلة، لكن لا تأثم.

الثالثة: إن لم ينفرد بمسكن وطاف عليهن في مساكنهن، فذاك، وإن انفرد، فيتخير بين المضي إليهن ودعائهن إلى مسكنه في نوبتهن والأول أولى اقتداءً برسول الله ﷺ. فإن دعاهن، لزمهن الإجابة. ومن امتنعت، فهي ناشزة. وهل له أن يدعو بعضهن إلى مسكنه ويمضي إلى مسكن بعضهن؟ وجهان: وقال الحنطي: قولان: أحدهما: المنع، وبه قطع البغوي والسرخسي وغيرهما. فإن أقرع بينهن ليدعو من خرجت قرعتها إلى منزله، فينبغي القطع بالجواز، كالمسافرة ببعضهن بالقرعة. ثم الوجهان، إذا لم يكن التخصيص بعذر، فإن كان بأن كان مسكن إحداها قريباً إليه، فمضى إليها ودعا الأخرى لتخف عنه مؤنة السير، لزمها الإجابة، وكذا لو كان تحته عجوز وشابة، فحضر بيت الشابة لكراهة خروجها ودعا العجوز، فلزمها الإجابة، فإن أبت، بطل حقها. وإذا كان يدعوهم إلى منزله، فمنع بعضهن شغل لها، بطل حقها. وإن منعها من الإجابة مرض، قال ابن كج: عليه أن يبعث إليها من يحملها إليه. ولو أقام عنده واحدة منهن، ودعا الباقيات إلى بيتها، لم تلزمهن الإجابة لما فيه من المشقة.

الرابعة: إن سافرت معه، فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى. وإن سافرت وحدها من غير إذنه، فهي ناشزة. وإن أذن، نظر، إن كان السفر لغرضه، بقي حقها فيقضيه من حق الباقيات. وإن كان لغرضها كحج وتجارة، سقط حقها على الجديد، فلا قضاء لها. وقيل بالسقوط قطعاً، وفائدة الإذن دفع الإثم.

فصل: فيمن يستحق عليه القسم

هو كل زوج عاقل، وإن كان مراهماً أو سفياً. فإن جاز المراهق، فالإثم على وليه، وإن جاز السفية، فعلى نفسه، وأما المجنون، فإن كان لا يؤمن منه ضرر، فلا قسم، وإن أمن، فإن كان قسم لبعضهن ثم جن، فعلى الولي أن يطوف به على الباقيات قضاءً لحقوقهن، كقضاء الديون. قال المتولي: وذلك إذا طلبن. فإن أردن التأخير إلى إفاقة لتتم المؤانسة، فلهن ذلك. وإن لم يكن عليه شيء من القسم، فإن رأى منه ميلاً إلى النساء، وقال أهل الخبرة: ينفعه غشيانهن، لزم الولي أن يطوف به عليهن، أو يدعهن إلى منزله، أو يطوف به على بعضهن، ويدعو بعضهن كما يرى. وإن لم ير منه ميلاً، فليس عليه الطواف به. وحكى الفوراني وجهاً، أن حق القسم يبطل بالجنون، ولا يطالب الولي برعايته بحال، ولا يجري الوجه فيما إذا قيل: ينفعه الغشيان. ولو قيل: يضره، لزمه منعه عنهن. أما من به جنون منقطع، فإن ضبط، كيوم ويوم، جعلت أيام الجنون كالغيبه، ويقسم في إفاقة. ولو أقام في الجنون عند واحدة، فلا قضاء ولا اعتداد به، كذا قاله البغوي وغيره، وفيه إشعار بأنه لا يقسم أيام جنونه. وحكى أبو الفرج وجهاً، أنه إذا أقام في الجنون عند واحدة، قضى للباقيات. وقال المتولي: يراعي القسم في أيام الإفاقة، ويراعيه الولي في الجنون، ولكل واحدة نوبة من هذا، ونوبة من هذا، وهذا حسن. وإن لم تنضبط الإفاقة، وقسم الولي لواحدة في الجنون، وأفاق في نوبة الأخرى، قال الغزالي: يقضي ما جرى في الجنون لنقصه.

الطرف الثاني: في مكان القسم وزمانه، فيه مسائل:

إحداها: يحرم عليه أن يجمع بين زوجتين، أو زوجات في مسكن ولو ليلة واحدة إلا برضاهن. والمراد بالمسكن: ما يليق بامرأة من دار وحجرة بيت مفرد. فاللواتي تليق بكل واحدة منهن بيت أو دار أو حجرة، لا يجمع بينهما في دار واحدة ولا حجرة واحدة، لكن لو كان في الدار حجر مفردة المرافق، فله أن يسكنهن فيها. وكذا لو أسكن واحدة في العلو والأخرى في السفلى والمرافق متميزة، واللواتي يليق بهن البيوت الفردة له أن يسكن كل واحدة منهن بيتاً من خان واحد، أو دار واحدة، ولا يجمع بينهما في بيت إلا بالرضى. وإذا جمعهما في مسكن بالرضى، كره وطء أحدهما بحضرة الأخرى. ولو طلب، لم تلزمها الإجابة، ولا تصير بالامتناع ناشزة.

الثانية: عماد القسم الليل والنهار تابع، وله أن يرتب القسم على الليلة واليوم الذي قبلها، أو اليوم الذي بعدها، هذا حكم عامة الناس. وأما من يعمل ليلاً

ويسكن نهاراً، كالأتوني والحارس، فعماد قسمه النهار، والليل تابع، وعماد قسم المسافرين وقت نزوله ليلاً كان أو نهاراً قليلاً أم كثيراً.

الثالثة: مَنْ عماد قسمه الليل، يحرم عليه أن يدخل في نوبة واحدة على الأخرى ليلاً وإن كان لحاجة كعبادة وغيرها. وقيل: يجوز للحاجة، وهو ضعيف، ويجوز الدخول للضرورة بلا خلاف. قال في «الشامل»: هي مثل أن تموت أو يكون منزولاً بها. وقال الشيخ أبو حامد وغيره: هي كالمرض الشديد. قال الغزالي: هي كالمرض المخوف. قال: وكذا المرض الذي يحتمل كونه مخوفاً، فيدخل لتبيين الحال. وفي وجه: لا يدخل حتى يتحقق أنه مخوف. ثم إذا دخل على الضرة لضرورة، أو مكث ساعة طويلة، قضى لصاحبة النوبة مثل ذلك في نوبة المدخول عليها، وإن لم تكن إلا لحظة يسيرة، فلا قضاء. ولو تعدى بالدخول، إن طال الزمان، قضى، وإلا، فلا، لكن يعصي. وعن القاضي حسين تقدير القدر المقتضي بثلاث الليل. والصحيح أن لا يقدر. هذا إذا لم يجامع المدخول عليها، فإن جامعها، عصى. وفي القضاء أوجه: أحدها: أنه أفسد الليلة، فلا تحسب على صاحبة النوبة. والثاني: يقضي الجماع في نوبة التي جامعها. وأصحها: يقضي من نوبتها مثل تلك المدة، ولا يكلف الجماع. فإن فرض الجماع في لحظة يسيرة، فلا قضاء على هذا الوجه، ويبقى الوجهان الأولان.

فرع: وأما النهار، فلا تجب التسوية فيه بين النسوة في قدر إقامته في البيت، ولكن ينبغي أن تكون إقامته في بيت صاحبة النوبة إن أقام، ولا يدخل على غيرها إلا لحاجة، كعبادة، وتعريف خبر، وتسليم نفقة، ووضع متاع واحدة. وينبغي أن لا يطيل المقام، ولا يعتاد الدخول على واحدة في نوبة الأخريات، ولا في نوبة واحدة الدخول على غيرها. وإذا دخل على واحدة بغير حاجة، ففي «التجريد» للمحاملي: أنه يجب القضاء، وحكاة عن نصه في «الإملاء». وإن دخل لحاجة، فلا قضاء. هذا هو الصحيح المعروف، وحكى الغزالي وجهين آخرين: أحدهما: أن النهار كالليل، ومقتضى هذا الإطلاق، أن لا يدخل إلا لضرورة، وأنه يقضي إذا دخل متعدياً. وحكى ابن كج أن أبا إسحاق حكى في وجوب القضاء قولاً. والثاني: لا حجب بالنهار. ومقتضى هذا أن يدخل ويخرج كيف شاء بلا قضاء، ولا يجوز في دخول الحاجة أن يجامع. وفي سائر الاستمتاعات وجهان: أحدهما: الجواز. وفي كتاب ابن كج وجه أنه يجوز الجماع وهو شاذ.

فرع: مَنْ عماد قسمه النهار، فليله كنهار غيره، ونهاره كليل غيره في جميع ما ذكرنا.

فرع: نقل البغوي وغيره، أنها إذا مرضت، أو طرأ بها الطلق، فإن كان لها متعهده، لم يبت عندها إلا في نوبتها، ويراعي القسم. وإن لم يكن متعهده، بات عندها ليالي بحسب الحاجة ويقضي للباقيات إن برأت. وإن ماتت، تعذر القضاء. وفي القضاء لا يبيت عند كل واحدة من الأخريات جميع تلك الليالي ولأى، بل لا يزيد على ثلاث ليال، وهكذا يدور حتى يتم القضاء. ولو مرضت ثنتان ولا متعهده، فقد يقال: يقسم الليالي عليهما، ويسوي بينهما في التمريض، ويمكن أن يقال: يقرع بينهما كما يسافر بها بالقرعة.

قلت: القسم أرجح. والله أعلم.

فرع: كان يعمل تارة بالليل، ويستريح بالنهار، وتارة عكسه، فهل يجوز أن يبدل الليل بالنهار، بأن يكون لواحدة ليلة تابعة ونهار متبوع، وللأخرى ليلة متبوعة ونهار تابع؟ وجهان حكاهما الحناطي.

قلت: الأصح المنع لتفاوت الغرض. والله أعلم.

الرابعة: أقل نوب القسم، ليلة ليلة، ولا يجوز ببعض الليلة. وحكى ابن كج وجهاً، أنه يجوز أن يقسم لكل واحدة بعضاً من ليلة. وحكى الإمام وجهاً أنه يجوز أن يقسم لكل واحدة ليلة ونصفا، ولا يجوز لكل واحدة بعض ليلة. والصحيح المنع مطلقاً. والأفضل أن لا يزيد على ليلة اقتداءً برسول الله ﷺ، وليقرب عهده بهن كلهن. ولو قسم ليلتين ليلتين، أو ثلاثاً ثلاثاً، جاز، نص عليه. وفي وجه عن أبي إسحاق: لا تجوز الزيادة على ليلة إلا برضاهن. والصحيح الأول. ولا تجوز الزيادة على ثلاثة إلا برضاهن على المذهب. وقيل: قولان أو وجهان: فإن جوزنا الزيادة فوجهان: أحدهما عن صاحب «التقريب»: لا تجوز الزيادة على سبعة. والثاني عن الشيخ أبي محمد وغيره: تجوز الزيادة ما لم تبلغ أربعة أشهر مدة تربص المؤلي.

الخامسة: إذا أراد الابتداء بالقسم، فوجهان: أحدهما: يبدأ بمن شاء. والصحيح يلزمه القرعة، فيبدأ بالقارعة. فإذا مضت نوبتها، أقرع بين الباقيات. ثم بين الآخريتين، فإذا تمت النوب، راعى الترتيب، ولا حاجة إلى إعادة القرعة. ولو بدأ بلا قرعة، فقد ظلم، ويقرع بين الثلاث. فإذا تمت النوب، أقرع للابتداء.

الطرف الثالث: في التساوي وبيان محل التفاضل.

القسم المشروع للعدل، فيحرم التفضيل وإن ترجحت إحداها بشرف وغيره، فتجب التسوية بين المسلمة والكتابية، ولا يجوز التفضيل إلا بشيئين: أحدهما:

الحرية، فللحررة ضعف ما للأمة، فدورهما أثلاث. فلو طرأ عتق الأمة، فإما أن يكون الابتداء بالحررة، وإما بالأمة.

الحالة الأولى: بالحررة. فإما أن تعتق في نوبة الحررة، وإما في نوبتها.

القسم الأول: في نوبة الحررة، وهو ضربان:

أحدهما: أن يعتق في القدر المشترك بين الحررة والأمة، بأن عتقت في الليلة الأولى من ليلتي الحررة، فيتم الليلة ويبت الليلة الأخرى عند العتيقة ليسوي بينهما.

الضرب الثاني: عتقت في الليلة الثانية، فلا يلزمه الخروج، بل له أن يبيت عند الحررة بقية الليل، لكن يبيت بعد ذلك عند العتيقة ليلتين. فلو خرج في الحال، وكان بقية الليلة في مسجد أو بيت صديق، لم يلزمه قضاء ما مضى من تلك الليلة. وإن خرج بقية الليلة إلى العتيقة، فقد أحسن.

القسم الثاني: تعتق في نوبة نفسها، فإن عتقت قبل تمام ليلتها، كمل لها ليلتين لالتحاقها بالحررة، وحكى الحنطي وغيره وجهاً: أنها لا تستحق إلا ليلة، نظراً إلى الابتداء. وإن عتقت بعد تمام ليلتها، لم تستحق إكمال ليلتين، بل يقتصر في تلك النوبة على تلك الليلة، ثم يسوي بينهما. وهل العتق في يومها التالي ليلتها كعتقها في ليلتها؟ حكى عن إمام الحرمين فيه وجهان: أصحهما: وهو الموافق لكلام الجمهور: المنع لأنه تابع.

الحالة الثانية: بدأ بالأمة فعتقت في نوبتها، صارت كالحررة فيسوي بينهما وإن عتقت بعد تمام نوبتها، فوجهان: أحدهما: يبيت عند الحررة ليلتين، ثم يسوي بعد ذلك، وبهذا قطع الإمام، والمتولي، والغزالي، والسرخسي، ومنع البغوي تكميل الليلتين وقال: إن عتقت في الأولى من ليلتي الحررة، أتمها واقتصر عليها، وإن عتقت في الثانية، خرج من عندها في الحال. وعلى نحو هذا جرى الشيخ أبو حامد وأصحابه وصاحب «المهذب».

فرع: ذكر ابن كج والشيخ أبو الفرج وغيرهما: أن الأمة إنما تستحق القسم إذا استحققت النفقة وفي نص الشافعي رحمته الله إشارة إليه، وقد بينا في «كتاب النكاح» متى تجب نفقتها.

فرع: إسقاط حق القسم بهبته للزوج، أو لضررة الأمة لا للسيد، لأن معظم الحظ في القسم لها، كما أن خيار العيب لها لا له.

فرع: ذكر المتولي، أنه إذا قسم للحرّة ليلتين، ثم سافر السيد بالأمة، لم يسقط حقها من القسم، بل على الزوج قضاء ما فات عند التمكن، لأن الفوات حصل بغير اختيارها فعذرت.

السبب الثاني: تجدد النكاح، وهو يقتضي تخصيص الجديدة بزيادة مبيت عند الزفاف، وهي سبع ليالٍ للبكر، وثلاث للشيب، للحديث الصحيح في ذلك^(١)، ولنزول الحشمة بينهما، وهذا التخصيص واجب على الزوج. وحكى الحناطي في وجوبه قولين. والمذهب الأول، حتى قال المتولي: لو خرج بعض تلك الليالي بعذر، أو أخرج، قضى عند التمكن. وتجب الموالاة بين السبع والثلاث، لأن الحشمة لا تزول بالمفروق. فلو فرق، ففي الاحتساب به وجهان ذكرهما أبو الفرج الزاز. وظاهر كلام الجمهور المنع، وذكر الزاز تفرعاً عليه، أنه يوفيها حقها متوالياً، ويقضي ما فرق للأخريات، وسواء كانت ثبوتية الجديدة بنكاح أو زنا أو وطء شبهة. ولو حصلت بمرض أو وثبة، فعلى الوجهين في استئذنها نطقاً في النكاح. ولو كانت الجديدة أمة - ولا يتصور ذلك إلا في العبد، فإن له نكاح أمة على حرة - فوجهان: أصحهما: أنها كالحرّة في استحقاق السبع والثلاث، لأن المراد زوال الحشمة، والأمة كالحرّة فيه. والثاني: لها نصف ما للحرّة كالقسم. وعلى هذا في صفة التنصيف وجهان: أحدهما: تجبر الكسر، فللبكر أربع، وللشيب ليلتان. وأصحهما: وبه قطع البغوي: للبكر ثلاث ونصف، وللشيب ليلة ونصف، ثم الاعتبار بحال الزفاف. فلو نكحها وهي أمة، وزفت إليه وهي حرة، فلها حق الحرائر قطعاً.

وإن عتقت بعد الزفاف، فلها حق الإماء. قال البغوي: ويحتمل أن يقال: لها حق الحرائر إذا عتقت في المدة.

فرع: إذا وفى حق الزفاف من الثلاث أو السبع، لم يقض للباقيات، ويستحب أن يخيّر الشيب بين أن يقيم عندها ثلاثاً بلا قضاء، وبين أن يقيم عندها سبعاً ويقضيهن للباقيات، كما فعل رسول الله ﷺ بأُم سلمة رضي الله عنها. فإن اختارت السبع فأجابها، قضى السبع للباقيات. وإن أقام بغير اختيارها، لم يقض إلا الأربع الزائدة، هذا هو المذهب، وبه قطع الأصحاب. وحكى في «المهذب» فيما إذا أقام سبعاً، وجهين في أنه يقضي السبع، أو أربعاً، هكذا أطلقه. فإن أراد: إذا التمسته، حصل وجه أنه لا

(١) يشير إلى ما أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥٢١٣، ٥٢١٤) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٦١) من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه قال: السنة إذا تزوج البكر على الشيب أقام عندها سبعاً، وإذا تزوج الشيب على البكر أقام عندها ثلاثاً.

قضاء على خلاف المذهب. وإن أراد: إذا لم تلتسمه، أو كلتا الحالتين، حصل وجه أنه يجب القضاء، وإن لم يختر على خلاف المذهب. ولو التمس أربعاً، أو خمساً، أو ستاً، لم يقض إلا ما زاد على الثلاث. ولو التمس البكر عشراً، لم يجبر إجابتها. فإن أجابها، لم يقض إلا ما زاد على السبع.

فرع: لو وفى حق جديدة، ثم طلقها، ثم راجعها، فليس لها حق الزفاف، لأنها باقية على النكاح الأول وقد وفى حقه. وإن أبانها ثم جدد نكاحها، فقولان أو وجهان: أظهرهما: تجدد الحق. ويجري الخلاف فيما لو أعتق مستولده أو أمته التي هي فراشه ثم نكحها. أما لو أبانها قبل توفية حقها ثم نكحها، فيلزمه التوفية بلا خلاف. ولو أقام عند البكر ثلاثاً وافترضها، ثم أبانها ثم نكحها، فإن قلنا: يتجدد حق الزفاف، بات عندها ثلاث ليال لأنه حق زفاف الشيب. وإن قلنا: لا يتجدد، بات أربعاً تتميماً للزفاف الأول.

فرع: نكح جديدتين، وفى لهما حق الزفاف، وكذا لو لم يكن في نكاحه غيرهما. ثم إن زفتا على الترتيب، أدى حق الأولى أولاً. وإن زفتا معاً وهو مكروه، أقرع بينهما للابتداء، فإذا خرجت قرعة إحداهما، قدم الجميع السبع أو الثلاث. وحكى ابن كج وجهاً أنه يقدمها بليلة ثم يبيت عند الأخرى ليلة، وهكذا يفعل إلى تمام المدة. وحكى البغوي في «الفتاوى» وجهاً، أنهما إذا كانتا بكرين أو ثيبين، فليس لهما حق الزفاف إن لم يكن في نكاحه غيرهما. فإن أراد أن يبيت عندهما، لزمه التسوية. وإن كانت إحداهما بكراً والأخرى ثيباً، خص البكر بأربع، ثم يسوي، وهذا ضعيف.

فرع: في فتاوى البغوي، أن حق الزفاف إنما يثبت إذا كان في نكاحه أخرى. فإن لم تكن، أو كانت وكان لا يبيت عندها، لم يثبت حق الزفاف للجديدة، كما لا يلزمه أن يبيت عند زوجته أو زوجاته ابتداءً.

فرع: إذا كانت عنده نسوة فزفت إليه الجديدة بعدما سوى بينهن، فيوفيها حقها، ثم يستأنف القسم بين الجميع. وإن كان عنده زوجتان فزفت الجديدة بعدما قسم لإحداهما ليلة، وفي حق الزفاف، ثم يقسم للقديمة الأخرى ليلة، ويبيت عند الجديدة نصف ليلة، لأنها تستحق ثلث القسم، ثم يخرج بقية الليلة إلى مسجد ونحوه، ثم يستأنف القسم بين الثلاث بالسوية.

فرع: ينبغي أن لا يتخلف بسبب حق الزفاف عن الجماعات، وعيادة المرضى، وتشيع الجنائز، وإجابة الدعوات، وسائر أعمال البر التي كان يقوم بها.

هذا في النهار، وأما في الليل، فقالوا: لا يخرج لأن هذه مندوبات، والمقام عندها واجب. قالوا: وفي دوام القسم، يجب أن يسوي بينهما في الخروج إلى الجماعات وأعمال البر، بأن يخرج في ليلة الجميع، أو لا يخرج أصلاً. فلو خرج في ليلة بعضهن فقط، فحرام.

الطرف الرابع: في الظلم والقضاء، فيه مسائل:

إحداها: تحته ثلاث نسوة، بات عند ثنتين عشرين ليلة، إما عشرًا عند هذه ثم عشرًا عند هذه، وإما ليلة ليله، فتستحق الثالثة عشر ليال متوالية لا يجوز تفريقها. فلو نكح جديدة عقبى العشرين، لم يجز تقديم العشر، لأنه ظلم للجديدة، بل يوفيهما أولاً حق الزفاف، ثم يقسم بين الجديدة والمظلومة، ويجعل للمظلومة ليلتها وليلتي الآخرتين، يبيت عند الجديدة ليلة، وعند المظلومة ثلاث ليال. فإذا دار هكذا ثلاث نوب، فقد وفاها تسعاً وبقيت ليلة. فإن كان بدأ بالمظلومة، فإذا تمت التسع لها، بات عند الجديدة ليلتها لتمام القسم، ثم يبيت عند المظلومة ليلة لتمام العشر، ويبيت عند الجديدة بهذه الليلة ثلث ليلة ثم يخرج إلى موضع خال عن زوجاته، ثم يستأنف القسم بعد ذلك للأربع. وعن الشيخ أبي محمد، أنه لا يبيت ثلث الليلة عند الجديدة، ويعذر فيه، وليس بشيء، وإن كان بدأ بالجديدة، فإذا تمت التسع للمظلومة، بات ثلث ليلة عند الجديدة وخرج، ثم يبيت ليلة عند المظلومة، ثم يقسم بين كلهن بالسوية، والقسم بين الجديدة والمظلومة بالقرعة كغيرها.

الثانية: تحته أربع، ثلاث حاضرات، وواحدة غائبة، فظلم واحدة من الحاضرات بالآخرتين، ثم حضرت الغائبة، فيقضي للمظلومة مع رعاية حق التي حضرت، فيقسم لها ليلة، وللمظلومة ثلاثاً، وقد يحتاج آخرًا إلى تبويض ليلة كما سبق في المسألة الأولى، وكذا لو كان يقسم بين نسائه، فخرج في نوبة واحدة لضرورة، بأن أخرجه السلطان، فيقضي لها من الليلة التي بعدها مثل ما خرج، والأولى أن يراعي الوقت، فيقضي لأولى الليل من أوله، ولآخره من آخره، ويكون باقي الليل في موضع خال عنهن، ويستثنى ما إذا كان يخاف العسس أو اللصوص ونحو ذلك لو خرج، فيعذر في الإقامة، قاله المتولي. والأولى أن لا يستمتع بها فيما وراء زمان القضاء.

فرع: قال في «الأم»: لو كان له أربع، فترك القسم لإحداهن أربعين ليلة، قسم لها عشرًا. قال الأصحاب: صورته أن يبيت عند الثلاث عشرًا عشرًا، ويعطل عشر الرابعة، فلا يبيت عند واحدة فيها. أما إذا وزع الأربعين على الثلاث بالسوية، فحصة كل واحدة ثلاث عشرة ليلة وثلث، فيقسم للرابعة مثل ذلك.

الثالثة: لو وهبت واحدة حقها من القسم، لم يلزم الزوج القبول، فله أن يبیت عندها في نوبتها. فإن رضي بالهبة، نظر، إن وهبت لمعينة، جاز ويبیت عند الموهوب لها ليلتين^(١). فإن كانت نوبة الواهبة متصلة بنوبة الموهوب لها، بات ليلتين ولأء، وإلا فوجهان: أحدهما: أنه إذا انتهت النوبة إلى الموهوب لها، بات عندها ليلتين، لأنه أسهل عليه والمقدار لا يختلف. وقياس هذا، أنه إذا كانت ليلة الواهبة أسبق، وبات فيها عند الموهوب لها، يجوز أن يقدم لها ليلتها ويبيتها متصلة بها، وأصحهما: لا تجوز الموالاة، بل يبیت الليلتين منفصلتين. ولو طلق الواهبة، لم يبت عند الموهوب لها بعد ذلك إلا ليلتها، ولا يشترط في هذه الهبة رضی الموهوب لها على الصحيح. وإن وهبت حقها للزوج، فهل له تخصيص واحدة بنوبة الواهبة؟ وجهان: أحدهما: نعم، وبه قطع العراقيون والرويان وغيرهم، وإليه ميل الأكثرين. فعلى هذا، ينظر هل الليلتان متصلتان أم لا؟ وحكمه ما سبق. والثاني: المنع، فتجعل الواهبة كالمعدومة، ويسوي بين الباقيات. ولو أبقي الدور بحاله، وبات ليلة الواهبة في كل دور عند واحدة من الباقيات، فلا تفضيل ولا ميل، فلا يبعد تجويزه. فإن جاز، فقياسه أن يجوز وضع الدور في الابتداء كذلك، بأن تجعل ليلة بين ليلتين دائرة بينهما. ولو وهبت حقها لجميع الضرات، أو أسقطت حقها مطلقاً، وجبت التسوية فيه بين الباقيات بلا خلاف.

فرع: للواهبة أن ترجع في الهبة متى شاءت، ويعود حقها في المستقبل، لأن المستقبل هبة لم تقبض. حتى لو رجعت في أثناء الليل، يخرج من عند الموهوب لها. وأما ما مضى، فلا يؤثر فيه الرجوع. وكذا ما فات قبل علم الزوج بالرجوع، لا يؤثر فيه الرجوع فلا يقضيه. وخرج في قضائه وجه من تصرف الوكيل بعد العزل قبل العلم. والمذهب الأول. وشبهه الغزالي، بما إذا أباحه ثمرة بستانه ثم رجع وتناول المباح له بعضها قبل العلم بالرجوع. وفي هذه الصورة طريقتان محكيان فيما علق عن الإمام، فعن الشيخ أبي محمد، في وجوب الغرم قولان، كمسألة الوكيل. وعن الصيدلاني القطع بالغرم ومال إليه الإمام، لأن الغرامات يستوي فيها العلم والجهل.

فرع: لا يجوز أن تأخذ عن حقها من القسم عوضاً، لا من الزوج ولا من

(١) لما أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥٢١٢) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٦٣) من حديث عائشة رضي الله عنها قالت: ما رأيت امرأة أحب إليّ أن أكون في مسلاخها من سودة بنت زمعة، من امرأة فيها حدة، قالت: فلما كبرت جعلت يومها من رسول الله ﷺ لعائشة، قالت: يا رسول الله قد جعلت يومي منك لعائشة، فكان رسول الله ﷺ يقسم لعائشة يومين، يومها ويوم سودة.

الضرة. فإن أخذت، لزمها رده، ويستحق القضاء على الصحيح، لأنه لم يسلم لها العوض. وحكى ابن كج وجهاً أنه لا قضاء.

فرع: بات في نوبتها عند غيرها، وادعى أنها وهبتها وأنكرت، فالقول قولها وعليه البينة، ولا تقبل إلا شهادة رجلين.

الرابعة: إذا ظلم واحدة، فقد سبق أنه يجب القضاء، وإنما يمكن إذا كانت المظلومة والمظلوم بسببها في نكاحه، فإن فارق المظلومة بطلاق أو غيره، فقد تعذر القضاء، وبقيت الظلامة في ذمته. قال المتولي: لو قسم لواحدة، فلما جاءت نوبة الأخرى، طلقها قبل توفية حقها، عصي، لأنه منعها حقها بعد ثبوته، وهذا سبب آخر لكون الطلاق بدعياً.

قلت: هذا النقل غير مختص بالمتولي، بل هو مشهور حتى في «التنبيه». والله أعلم.

ثم إذا عادت المظلومة إليه بنكاح أو رجعة، والتي ظلم بسببها في نكاحه، لزمه القضاء لتمكنه، وقيل: إن عادت بنكاح جديد، لم يستحق القضاء بناءً على عدم عود الحنث. فلو لم تكن في نكاحه التي ظلم بسببها حين عادت المظلومة، بل نكح جديداتٍ، فقد تعذر القضاء، لأنه إنما يقضي من نوبة التي ظلم بسببها. ولو لم يفارق المظلومة وفارق التي ظلم بسببها، ثم عادت إلى نكاحه، أو فارقهما ثم عادتا، وجب القضاء، ولا يحسب من القضاء ما بات عندها في مفارقة الظالمة، ويجيء في عود النكاح الجديد الوجه السابق.

فرع: في نكاحه ثلاث، فبات عند ثنتين عشرين ليلة، ثم فارق إحدهما، يبيت عند المظلومة عشراً تسوية بينهما وبين الباقية - كذا ذكره البغوي، وقال المتولي: يقضي خمساً فقط، لأنه إنما يقضي العشر من حقهما وقد بطل حق إحدهما.

فرع: تحته زوجتان، ظلم إحدهما، ثم نكح ثالثة، لم يتعذر القضاء، بل يقضي للمظلومة من نوبة المظلوم بسببها كما سبق.

الطرف الخامس: في المسافرة بهن. إذا أراد المسافرة ببعض زوجاته، أقرع بينهن، فيسافر بمن خرجت قرعته، ولا يقضي مدة السفر، وإنما يسقط القضاء بشروط:

أحدها: أن يقرع، فإن لم يقرع، لزمه القضاء للمخلفات. وهل يقضي جميع ما بين إنشاء السفر إلى رجوعه إليهن، أم تستثنى مدة الرجوع لخروجه عن المعصية، أم يسقط قضاء ما بعد العزم على الرجوع؟ فيه أوجه: أصحها: الأول، وما ذكرناه من تحريم المسافرة ببعضهن بلا قرعة، سواء فيه كان يقسم لهن أم لا. وأشار الحناطي

إلى خلاف في اختصاصه بمن كان يقسم، والمذهب الأول. وإذا خرجت القرعة لواحدة، لم يجز أن يسافر بغيرها، ويجوز أن يخلفها مع الباقيات.

الشرط الثاني: أن لا يقصد بسفره النقلة، وأما سفر النقلة فلا يجوز أن يستصحب فيه بعضهن دون بعض، بقرعة ولا بغيرها. فلو فعل، قضى للمخلفات. وقيل: لا يقضي مدة السفر إن أقرع، والصحيح الأول. ولو نقل بعضهن بنفسه، وبعضهن بوكيله بلا قرعة، قضى لمن مع الوكيل، ويجوز ذلك بالقرعة، كذا ذكره البغوي.

قلت: وفي القضاء في هذه الصورة وجهان في «التنبية» وغيره، أحدهما: يجب لاشتراكهن في السفر. والله أعلم.

وإذا أخذ في الرجوع إليهن بعد تخصيص واحدة بالنقل، ففي قضاء مدة الرجوع الوجهان، ولا يجوز أن يسافر سفر نقلة ويخلف نساء، بل ينقلهن بنفسه أو بوكيله، أو يطلقهن لما في تخليفهن من الإضرار بهن، هكذا أطلقه الغزالي قال: وإنما لا يكلف في الحضرة البيتوتة اكتفاءً بداعيته. وفي ما علق عن الإمام، أن ذلك أدب وليس بواجب.

الشرط الثالث: أن يكون السفر طويلاً. فإن كان قصيراً، فوجهان: أحدهما: عند البغوي والمتولي وغيرهما: أنه كالطويل. والثاني: لا يجوز أن يستصحب بعضهن فيه بقرعة، ولو فعل قضى.

الشرط الرابع: أن لا يعزم على الإقامة، فلا يقضي مدة السفر. وأما إذا صار مقيماً، فينظر، إن انتهى إلى مقصده الذي نوى إقامة أربعة أيام فأكثر فيه، أو نواها عند دخوله، قضى مدة إقامته، وفي مدة الرجوع وجهان: أحدهما: لا يقضي كمدة الذهاب. وإن لم ينو الإقامة وأقام، فقال الإمام والغزالي: إن أقام يوماً، لم يقضه، والأقرب ما ذكره البغوي: إن زاد مقامه في بلد على مقام المسافرين، وجب قضاء الزائد. ولو أقام لشغل ينتظره، ففي القضاء خلاف كالخلاف في الترخص. قال المتولي: إن قلنا: يترخص، لم يقض، وإلا فيقضي ما زاد على مدة المسافرين، والقياس في مدة الرجوع في هذه الحالة أن يقال: إن لم نوجب القضاء مدة هذه الإقامة، لم يقض مدة الرجوع، وإلا فعلى الوجهين السابقين، والمذهب من الخلاف في الترخص أنه إن كان يتوقع تنجيز شغله ساعة ساعة، ترخص ثمانية عشر يوماً. وإن علم أنه لا ينجز في أربعة أيام لا يترخص أصلاً.

فرع: قال الغزالي: شرط عدم القضاء، أن يكون سفرًا طويلاً مرخصاً، وهذا يقتضي وجوب القضاء في سفر المعصية.

فرع: استصحب واحدة بقرعة، ثم عزم على الإقامة في بلد، وكتب إلى الباقيات يستحضرهن، ففي وجوب القضاء من وقت كتابته وجهان حكاهما البغوي. وفي فتاويه، أنه لو نوى المقام في بلد قبل وصوله مقصده، يقضي مدة مقامه فيه، وهل يقضي مدة ذهابه إلى المقصد بعد ذلك؟ يحتمل أن يكون على الوجهين في مدة الرجوع، ويحتمل أن يقال: يقضي قطعاً. وأنه إذا استصحب واحدة بلا قرعة قضى للباقيات جميع المدة وإن كان لا يبيت معها، إلا إذا تركها في بلد وفارقها، ويحتمل أن يقال: لا يقضي إلا ما بات عندها، ويحتمل أن يقال: يقضي وإن خلفها في بلد. وفيما علق عن الإمام ذكر وجهين فيما لو استصحب واحدة بقرعة في سفر نقله وأوجبنا القضاء، هل يخرج من الظلم بتغيير عزم النقلة، أم يستمر حكمه إلى أن يرجع إلى المخلفات؟

فصل: إذا سافر بزوجتين بقرعة، عدل بينهما، فإن ظلم إحداهما، قضى لها بالسفر، فإن لم يتفق، قضى في الحضر من نوبة التي ظلمها بها. ولو استصحب واحدة بقرعة، وأخرى بلا قرعة، عدل بينهما أيضاً. ثم إذا رجع، قضى للمخلفة من نوبة المستصحبة بلا قرعة، ولا تخص مدة السفر بمن استصحبها بالقرعة، إنما يكون كذلك إذا لم يكن معها غيرها. ولو كانت إحدى المستصحبتين جديدة لم يكن قضى حق زفافها، فيقضيه، ثم يسوي بينهما. ولو أراد تخليف إحداهما في بلد، فله ذلك ولكن تكون بالقرعة. ولو نكح في الطريق جديدة، قضى حق زفافها ثم يسوي بينهما وبين المستصحبات، ولا يلزم القضاء للمخلفات. ولو خرج وحده، ونكح في الطريق، فكذلك، ولا يقضي للمخلفات هذا في مدة السفر، فأما إذا نوى الإقامة في موضع أو أقام أياماً، فيقضي في الصورتين ما وراء أيام الزفاف، وفي مدة الرجوع الوجهان.

فرع: تحته زوجتان، ثم نكح جديدتين وسافر بإحداهما بقرعة اندرج حق زفافها في أيام السفر. فإذا عاد، فهل يوفي حق الأخرى بسبع أو ثلاث؟ وجهان: أصحهما: نعم، لأنه حق ثبت قبل السفر، فلا يسقط به، كما لو قسم لبعضهن وسافر، فإنه يقضي بعد الرجوع لمن لم يقسم لها. والثاني: لا وبه قال ابن سريج، كما لو سافر بإحدى القديمتين، فإنه لا يقضي للأخرى، ولأن حق الجديدة عقيب الزفاف وقد مضى. ولو نكح ثنتين وزفنا إليه معاً، فسافر بإحداهما بقرعة، فالحكم كذلك، فلو كانتا بكرين فرجع بعد ثلاثة أيام، قال ابن كج: على الوجه الأول يتم لها السبع، ثم توفي الأخرى سبعاً. وعلى قول ابن سريج: يتم لها السبع، ويبت عند الأخرى أربعاً، ويبطل ما جرى في السفر. ولو نكح جديدة على قديمة، وسافر قبل

توفية الزفاف بإحداهما بقرعة، فإن سافر بالقديمة، وفي حق الجديدة إذا رجع، نص عليه. ويجيء فيه الوجه الآخر. وإن سافر بالجديدة، اندرج حق الزفاف في أيام السفر.

فرع: تحته نسوة وله إماء، هل له أن يسافر بأمة بلا قرعة؟ وجهان حكاهما الحناطي، ونسب المنع إلى ابن أبي هريرة، والجواز إلى أبي إسحاق، وهو قياس أصل القسم.

قلت: الجواز هو الصحيح. والله أعلم.

فرع: في فتاوى البغوي، أنه لو سافر بإحدى زوجاته الثلاث بالقرعة، ثم نكح في السفر جديدة، ومنعها حق الزفاف ظلماً، وبات عند القديمة سبعاً، وعاد إلى البلد قبل أن يقضي للجديدة حق الزفاف، وفاها حق الزفاف، ثم يدور على المخلفات والجديدة، فيقضي لها من نوبة القديمة التي كانت معه، بأن يبيت عند كل واحدة من المخلفتين ليلة، وعند الجديدة ليلتين، وهكذا حتى يتم لها السبع، وكذا لو كان تحته ثلاث ونكح جديدة ولم يوفها حق الزفاف، بل بات عند واحدة من الثلاث عشراً ظلماً، فعليه أن يوفي حق الجديدة ثم يدور عليها وعلى المظلومتين، حتى يتم لكل واحدة عشراً.

الباب الثاني: في الشقاق

الوحشة: والشقاق بين الزوجين قد يظهر سببه بأن تنشر أو يتعدى هو عليها، وقد لا يظهر ويشكل الحال في أن المتعدي أيهما أو كلاهما، فهذه ثلاثة أحوال:

الحال الأول: أن تتعدى هي. قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِي تَخَافُونَ سُوءَهُنَّ فَخُطُوهُنَّ وَأَهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَأَضْرِبُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤] والمراد بالوعظ، أن يقول: اتقي الله في الحق الواجب عليك، واحذري العقوبة، ويبين لها أن النشوز يسقط النفقة والقسم، وأما الهجران، فهجرها في المضجع، وأما الهجران في الكلام، فممنوع. وفيما علق عن الإمام، حكاية وجهين في أنه محرم أم مكروه؟ قال: وعندي أنه لا يحرم ترك الكلام أبداً، لكن إذا كلم فعليه أن يجيب، وهو كابتداء السلام وجوابه، ولمن ذهب إلى التحريم أن يقول: لا منع من ترك الكلام بلا قصد، فأما بقصد الهجران، فحرام، كما أن الطيب ونحوه إذا تركه الإنسان بلا قصد لا يَأْثَم. ولو قصد بتركه الإحداد أثم، وحكي عن نص الشافعي، أنه لو هجرها بالكلام، لم يزد على ثلاثة أيام، فإن زاد أثم.

قلت: الصواب، الجزم بتحريم الهجران فيما زاد على ثلاثة أيام، وعدم

التحريم في الثلاثة، للحديث الصحيح: «لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث»^(١). قال أصحابنا وغيرهم: هذا في الهجران لغير عذر شرعي، فإن كان عذر، بأن كان المهجور مذموم الحال لبدعة أو فسق أو نحوهما، أو كان فيه صلاح لدين الهاجر أو المهجور، فلا تحريم. وعلى هذا يحمل ما ثبت من هجر النبي ﷺ كعب بن مالك وصاحبيه، ونهيه ﷺ الصحابة عن كلامهم^(٢)، وكذا ما جاء من هجران السلف بعضهم بعضاً. والله أعلم.

وأما الضرب، فهو ضرب تأديب وتعزير، وقدره نذكره في بابيه إن شاء الله تعالى.

وينبغي أن لا يكون مدمياً، ولا مبرحاً، ولا على الوجه والمهالك. فإن أفضى إلى تلف، وجب الغرم، لأنه تبين أنه إتلاف لا إصلاح، ثم الزوج وإن جاز له الضرب، فالأولى له العفو، بخلاف الولي، فإنه لا يترك ضرب التأديب للصبي، لأن مصلحته للصبي، وفي الحديث، النهي عن ضرب النساء. وأشار الشافعي رحمه الله إلى تأويلين له: أحدهما: أنه منسوخ بالآية أو حديث آخر بضربهن. والثاني: حمل النهي على الكراهة، أو ترك الأولى، وقد يحمل النهي على الحال الذي لم يوجد فيه السبب المجوز للضرب.

قلت: هذا التأويل الأخير هو المختار، فإن النسخ لا يصار إليه إلا إذا تعذر الجمع وعلمنا التاريخ. والله أعلم.

إذا عرفت هذا، فلتعدي المرأة ثلاث مراتب: إحداها: أن يوجد منها أمارات النشوز قولاً أو فعلاً، بأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان ليناً، أو يجد منها إعراضاً وعبوساً بعد طلاقة ولطف، ففي هذه المرتبة، يعظها ولا يضربها ولا يهجرها.

الثانية: أن يتحقق نشوزها، لكن لا يتكرر، ولا يظهر إصرارها عليه، فيعظها ويهجرها. وفي جواز الضرب قولان، رجح الشيخ أبو حامد والمحاملي المنع، وصاحب «المهذب» و«الشامل» الجواز.

قلت: رجح الرافعي في «المحرر» المنع، والموافق لظاهر القرآن الجواز وهو المختار. والله أعلم.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٠٧٧، ٦٢٣٧) ومسلم في صحيحه برقم (٢٥٦٠) وأبو داود في سننه برقم (٤٩١١) والترمذي في سننه برقم (١٩٣٢) من حديث أبي أيوب الأنصاري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث ليال، يلتقيان فيعرض هذا ويعرض هذا، وخيرهما الذي يبدأ بالسلام».

(٢) والحديث بطوله أخرجه البخاري في صحيحه بالأرقام (٤٤١٨) وفي غير موضع، ومسلم في صحيحه برقم (٢٧٦٩).

الثالثة: أن يتكرر وتصر عليه، فله الهجران والضرب بلا خلاف، هذه هي الطريقة المعتمدة في المراتب الثلاث. وحكى ابن كج قولاً في جواز الهجران والضرب عند خوف النشوز، لظاهر الآية. وحكى الحناطي في حالة ظهور النشوز، ثلاثة أقوال: أحدها: له الوعظ والهجران والضرب. والثاني: يتخير بينها ولا يجمع. والثالث: يعظها. فإن لم تتعظ هجرها، فإن لم تنزجر ضربها.

فرع: فيما تصير به ناشزة

فمنه الخروج من المسكن، والامتناع من مساكنته، ومنع الاستمتاع بحيث يحتاج في ردها إلى الطاعة إلى تعب، ولا أثر لامتناع الدلال، وليس من النشوز الشتم وبذاء اللسان، لكنها تأثم بايذائه، وتستحق التأديب، وهل يؤديها الزوج، أم يرفع إلى القاضي ليؤدبها؟ وجهان: ولو مكنت من الجماع ومنعت من سائر الاستمتاع، فهل هو نشوز يسقط النفقة؟ وجهان.

قلت: أصحهما: نعم. والأصح من الوجهين في تأديبها، أنه يؤديها بنفسه، لأن في رفعها إلى القاضي مشقة وعاراً وتنكيداً للاستمتاع فيما بعد، وتوحيشاً للقلوب، بخلاف ما لو شتمت أجنبياً. والله أعلم.

الحال الثاني: أن يتعدى الرجل، فينظر، إن منعها حقاً كنفقة أو قسم، ألزمه الحاكم توفية حقها. ولو كان يسيء خلقه ويؤذيها ويضربها بلا سبب، ففي «التممة» أن الحاكم ينهأه. فإن عاد، عزره. وفي «الشامل» وغيره، أنه يسكنهما بجانب ثقة ينظرهما، ويمنعه من التعدي، والنقلان متقاربان. وذكروا أنه لو كان التعدي منهما جميعاً، فكذاك يفعل الحاكم، ولم يتعرضوا للحيلولة. وقال الغزالي: يحال بينهما حتى يعودا إلى العدل. قال: ولا يعتمد قوله في العدل، وإنما يعتمد قولها وشهادة القرائن. وإن كان لا يمنعه حقاً، ولا يؤذيها بضرب ونحوه، لكن يكره صحبتها لمرض أو كبر، ولا يدعوها إلى فراشه، أو يهمل بطلاقها، فلا شيء عليه ويستحب لها أن تسترضيه بترك بعض حقها من قسم أو نفقة، وكذا لو كانت هي تشكوه وتكره صحبتته، فيحسن أن يبرها ويستميل قلبها بما تسر له.

الحال الثالث: إذا نسب كل واحد الآخر إلى التعدي، وسوء الخلق، وقبح السيرة، ولم يعرف الحاكم المتعدي منهما، يعرف حالهما من ثقة في جوارهما خبير بهما، فإن لم يكن أسكنهما بجانب ثقة يبحث عن حالهما وينهيها إليه. فإن علم الظالم، منعه، هكذا أطلقوه، وظاهره الاكتفاء بقول عدل، ولا يخلو عن احتمال. وإذا اشتد شقاقهما، ودأما على السباب الفاحش والتضارب، بعث القاضي حكماً من

أهله وحكماً من أهلها لينظروا في أمرهما ويصلحا بينهما، أو يفرقا إن عسر الإصلاح. وهل بعث الحكمين واجب؟ قال البغوي: عليه بعثهما، وظاهره الوجوب، وحبته الآية. وقال الروياني: يستحب.

قلت: الأصح أو الصحيح: الوجوب. والله أعلم.

ثم المبعوثان، وكيلان للزوجين أم حاكمان موليان من جهة الحاكم؟ فيه قولان: أظهرهما: وكيلان، فعلى هذا يوكل الزوج حكمه في التطليق عليه وقبول الخلع، والمرأة حكمها ببذل العوض وقبول الطلاق، ولا يجوز بعثهما إلا برضاها. فإن لم يرضيا ولم يتفقا على شيء، أدب القاضي الظالم، واستوفى حق المظلوم. وإذا قلنا: هما حكمان، لم يشترط رضى الزوجين في بعثهما. وإذا رأى حكم الزوج الطلاق، استقل به ولا يزيد على طلبة، لكن إن راجعها الزوج ودأما على الشقاق، طلق ثانية وثالثة. وإن رأى الخلع ووافقه حكمها، تخالعا وإن لم يرض الزوجان. ولو رأى الحكم أن تترك المرأة بعض حقها من قسم ونفقة، أو أن لا يتسرى أو لا ينكح عليها غيرها، لم يلزمه ذلك بلا خلاف. وإن كان لأحدهما على الآخر مال متعلق بالنكاح، أو غير متعلق، لم يجز للحكم استيفاؤه من غير رضى صاحبه بلا خلاف، ويشترط في المبعوثين التكليف قطعاً، ويشترط العدالة والإسلام والحرية على المذهب، ويشترط الاهتداء إلى ما هو المقصود من بعثهما. وأشار الغزالي إلى خلاف فيه. ويشترط الذكورة إن قلنا: حكمان، وإن قلنا: وكيلان، قال الحناطي: لا يشترط في وكيلهما، وفي وكيله وجهان: ولا يشترط فيهما الاجتهاد وإن قلنا: حكمان، ولا كونهما من أهل الزوجين، لكن أهلها أولى. ولو كان القاضي من أهل أحدهما، فله أن يذهب بنفسه، وفيما علق عن الإمام اشتراط كونهما من أهلها، ولا يجوز الاقتصار على حكم واحد على الأصح، وبه قطع ابن كج، وينبغي أن يخلو حكمه به وحكمها بها، فيعرفا ما عندهما، وما فيه رغبتهما، فإذا اجتمعا، لم يخف أحدهما عن الآخر شيئاً، وعملا ما رأياه صواباً. ولو اختلف رأي الحكمين، بعث آخرين حتى يجتمعا على شيء، ذكره الحناطي. ولو جن أحد الزوجين، أو أغمي عليه، لم يجز بعثهما بعده، وإن جن بعد استعلام الحكمين رأيه، لم يجز تنفيذ الأمر. وقيل: إن قلنا: حاكمان، لم يؤثر جنون أحدهما، قاله ابن كج. وقيل: الإغماء لا يؤثر إن قلنا: وكيلان كالنوم، حكاه الحناطي، وهذا ينبغي أن يجيء في كل وكالة، والصحيح الأول. ولو غاب أحد الزوجين بعد بعث الحكمين، نفذ الأمر إن قلنا: وكيلان، وإلا، فلا على الصحيح.

فرع: ذكر الحناطي، أنه لو رأى أحد الحكمين الاصلاح، والآخر التفريق ففرق، نفذ التفريق إن جوزنا الاقتصار على حكم واحد.

فرع: وكل رجلاً فقال: إذا أخذت مالي منها فطلقها، أو خالعها، أو خذ مالي ثم طلقها، لم يجز تقديم الطلاق على أخذ المال. قال أبو الفرج الزاز: وكذا لو قال: خالعها على أن تأخذ مالي منها. ولو قال: خذ مالي وطلقها، فهل يشترط تقديم أخذ المال؟ وجهان: أصحهما: عند البغوي: نعم. ولو قال: طلقها ثم خذ، جاز تقديم أخذ المال، لأنه زيادة خير وبالله التوفيق.



فهرس المحتويات

٨٦	فرع: في بيان الحريم	٥	كتاب المساقاة
٨٩	فصل: في بيان الإحياء	٥	الباب الأول: في أركانها
٩١	فصل: في الحمى		الباب الثاني: في أحكام
	الباب الثاني: في المنافع	١٠	المساقاة
٩٣	المشتركة وغيرها	١٦	باب: المزارعة والمخابرة
	الباب الثالث: في الأعيان	٢٠	كتاب الإجارة
٩٦	الخارجة من الأرض	٢٠	الباب الأول: في أركانها
١٠٣	فصل: في بيع الماء		الباب الثاني: في حكم الإجارة
١٠٥	كتاب الوقف	٤٠	الصحيحة
	الباب الأول: في أركانه		فصل: نذكر فيه قولاً جميلاً
١٠٥	وشروطه	٥٠	في إبدال متعلقات الإجارة ...
	فصل: في مسائل تتعلق بهذا		الباب الثالث: في الطوارئ
١٠٩	الركن	٥٩	الموجبة للفسخ
	فصل: في مسائل تتعلق		فصل: في مسائل منثورة
١١٦	بالباب	٦٩	تتعلق بالبَاب الأول
	الباب الثاني: في أحكام الوقف		فصل: في مسائل تتعلق
١١٧	الصحيح	٧٢	بالباب الثاني
	فصل: في تعطل الموقوف		فصل: في مسائل تتعلق
١٢٨	واختلال منفعه	٧٤	بالباب الثالث
	فصل: في مسائل منثورة	٧٧	كتاب الجعالة
١٣٢	تتعلق بالبَاب	٨٠	فصل: في أحكام الجعالة ...
١٣٥	كتاب الهبة	٨١	فرع: لم أجده مسطوراً
	الباب الأول: في أركان الهبة	٨٣	كتاب إحياء الموات
١٣٦	وشرط لزومها		الباب الأول: في رقاب
	فرع: في مسائل تتعلق بما	٨٣	الأرضين

الباب الثاني: في بيان العصابات وترتيبهم	٢٠٠	سبق	١٣٦
فصل: في عصابات المعتق ..	٢٠٢	فصل: في العمرى والرقبى ..	١٣٨
الباب الثالث: في ميراث الجد مع الإخوة	٢٠٣	فرع: في مسائل محكية عن نص الشافعي \$ ح	١٤٣
الباب الرابع: في الحجب ...	٢٠٥	الباب الثاني: في حكم الهبة في الرجوع والثواب	١٤٣
الباب الخامس: في بيان مانع الميراث	٢٠٧	فرع: فيما يحصل به الرجوع	١٤٦
الباب السادس: في أسباب تمنع صرف المال إليه في الحال للشك في استحقاقه	٢١٠	فصل: في مسائل تتعلق بالكتاب	١٤٩
فرع: في أمثلة مختصرة توضح مسائل الخنثى	٢١٥	كتاب اللقطة	١٥١
الباب السابع: في ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا والمجوس	٢١٦	الباب الأول: في أركانها	١٥١
الباب الثامن: في الرد وذوي الأرحام	٢١٧	الباب الثاني: في أحكام الالتقاط الصحيح	١٦١
فرع: في أمثلة توضح الغرض	٢١٨	فصل: في مسائل تتعلق بالكتاب	١٦٦
فرع: في أمثلته	٢٢٠	كتاب اللقيط	١٦٩
فرع: في أمثلته	٢٢١	الباب الأول: في أركان الالتقاط الشرعي وأحكامه ..	١٦٩
فرع: في أمثلته	٢٢٣	الباب الثاني: في أحكام اللقيط	١٧٥
الباب التاسع: في حساب الفرائض	٢٢٦	كتاب الفرائض	١٩١
فصل: في مسائل من الحساب، تتعلق بأبواب سبقت أحكامها	٢٤٢	الباب الأول: في بيان أسباب التوريث والورثة	١٩١
فرع: لابن الحداد	٢٤٤	فصل: في بيان المجمع على توريثهم	١٩٢
الباب العاشر: في المسائل الملقبات ومسائل المعاياة والقربات المتشابهات	٢٤٦	فصل: في ذوي الأرحام	١٩٢
		فصل: في بيان ما يستحقه كل وارث من المجمع عليهم ..	١٩٤
		فرع: في تنزيل الجدات	١٩٥
		فصل: في الأولاد	١٩٧
		فصل: في الإخوة والأخوات ..	١٩٨

كتاب الوصايا	٢٥٢
الباب الأول: في أركانها	٢٥٢
فروع: تتعلق بالمسألة	٢٥٩
الباب الثاني: في أحكام الوصية	
الصحيحة	٢٨٧
فرع: لابن الحداد	٣٠٩
فرع: لابن سريج	٣١٩
فصل: في الوصية بمثل	
نصيب وارث، وبجزء شائع	٣٢٧
فصل: في الوصية بنصيب	
أحد الورثة مع الوصية بجزأين	
أحدهما من جميع المال،	
والآخر مما تبقى	٣٣٠
فصل: فيما إذا كان الجزءان	
مع النصيب أحدهما بعد الآخر	٣٣٠
فصل: في الوصية بنصيبين	
مع الوصية بجزء بعد كل	
نصيب	٣٣٠
فصل: في الوصية بنصيب	
وبجزء شائع، على شرط أن لا	
يضام بعض الورثة، أي: لا	
يدخل النقص عليه	٣٣١
فصل: في الوصية بالنصيب	
مع استثناء جزء من المال عنه	٣٣١
فصل: في الوصية بالنصيب	
مع استثناء جزء مما تبقى من	
المال	٣٣٢
فصل: في الوصية بالنصيب	
مع استثناء جزء مما تبقى من	
جزء من المال	٣٣٣
فصل: في الوصية بجزء من	
المال وبالنصيب مع استثناء	
جزء من باقي المال	٣٣٥
فصل: في الوصية بجزء	
شائع من المال وبالنصيب مع	
استثناء جزء مما يبقى من	
جزء من المال	٣٣٥
فصل: في الوصية بمثل	
نصيب وارث أو عدد من	
الورثة، إلا مثل نصيب وارث	
آخر أو عدد منهم	٣٣٦
فصل: في الوصية بالنصيب	
مع استثناء نصيب وارث آخر	
منه وجزء شائع أيضاً	٣٣٨
فصل: في الوصية بالتكلمة	٣٣٩
فصل: في الوصية بالنصيب	
مستثنى من التكلمة	٣٤٥
فصل: في الوصايا المتعوضة	
للجذور والكعاب	٣٤٥
فصل: في الوصايا المتعوضة	
لمقدر من المال من درهم	
ودينار وغيرهما	٣٤٨
فصل: في نواذر الفصول	
المتقدمة	٣٥١
فصل: في بيع المريض	
بالمحاباة مع حدوث زيادة أو	
نقص	٣٥٦
فرع: فيما إذا وطئت الموهوبة	
وطأً يوجب المهر	٣٦٧
فصل: في مسائل يتولد الدور	
فيها من أصلين	٣٧٨
الباب الثالث: في الرجوع عن	

فصل: في صفة الكتابية التي	٣٨٢
ينكحها المسلم ٥١١	الباب الرابع: في الأوصياء ... ٣٨٦
فصل: في الانتقال من دين	فصل: في أحكام الوصاية .. ٣٩١
إلى دين ٥١٣	فصل: في مسائل منثورة ... ٣٩٢
الباب السابع: في نكاح	كتاب الوديعة ٣٩٤
المشرك ٥١٥	فرع: استنبطوه من الخلاف
الباب الثامن: في مثبتات الخيار	المذكور في الصبي والعبد
في النكاح ٥٣٦	أصلاً في الباب ٣٩٥
فصل: في أحكام هذا الخيار	فصل: في أحكام الوديعة ... ٣٩٥
فروع: تتعلق بهذا السبب .. ٥٤٠	فصل: في مسائل منثورة ... ٤١١
الباب التاسع: فيما يملك	كتاب قسم الفيء والغنيمة ٤١٣
الزوج من الاستمتاع ٥٥٢	الباب الأول: في الفيء ٤١٣
الباب العاشر: في وطء الأب	فصل: في مسائل منثورة ... ٤٢٠
جارية ابنه ونكاحه إياها	الباب الثاني: في الغنيمة ٤٢١
ووجوب إعفائه ٥٥٥	فصل: فيمن يستحق السهم .. ٤٢٦
الباب الحادي عشر: في أحكام	كتاب النكاح ٤٣٢
نكاح الأمة والعبد ٥٦٠	الباب الأول: في خصائص
فصل: في مسائل من الدور	رسول الله ﷺ في النكاح
الحكمي ٥٦٩	وغيره ٤٣٢
الباب الثاني عشر: في اختلاف	الباب الثاني: في مقدمات
الزوجين في النكاح ٥٧٣	النكاح ٤٤٢
كتاب الصّدّاق ٥٧٩	الباب الثالث: في أركان النكاح
الباب الأول: في أحكام	الباب الرابع: في بيان الأولياء
الصدّاق الصحيح ٥٧٩	وأحكامهم ٤٦٢
فرع: مسائل عن مجرد	فصل: في بيان لفظ الوكيل
الحناطي ٥٨٧	في عقد النكاح ٤٧٤
الباب الثاني: في الصدّاق	الباب الخامس: في المولى عليه
الفاسد ٥٨٧	الباب السادس: في موانع
الباب الثالث: في التفويض	نكاحها ٤٩٣
وحكم المفوضة ٥٩٦	فرع: لابن الحداد ٥٠٢
فصل: في بيان مهر المثل .. ٦٠٠	

الباب الأول: في عشرتهن	الباب الرابع: في تشطر الصداق ٦٠٢
٦٣٤ والقسم	الباب الخامس: في المتعة ... ٦٢٠
٦٣٥ فصل: فيمن تستحق القسم .	الباب السادس: في النزاع في
فصل: فيمن يستحق عليه	الصداق ٦٢١
٦٣٦ القسم	فصل: يتعلق بكتاب الصداق . ٦٢٦
٦٤٧ الباب الثاني: في الشقاق	باب: الوليمة ٦٢٦
٦٤٩ فرع: فيما تصير به ناشزة .	فصل: في مسائل تتعلق
٦٥٢ فهرس المحتويات	بالضيافة ٦٣٠
	فصل: في آداب الأكل ٦٣١
	كتاب عِشْرة النِّساء والقسم
	والشقاق ٦٣٤

روضة الطالبين

روضة الطالبين بروقة ثانية ٢٠١٠/١/١٢

