

كِتَابُ

الْبَيْكِي وَالْفُرُوقِ

لِمَسَائِلِ الْمَدَوَّنَةِ وَالْمُخْتَلَطَةِ

تَصْنِيفُ

الإمام الفقيه والحافظ المتين
أبي محمد عبد الحق بن هارون الصقلي

رحمه الله تعالى
(ت ٤٦٦ هـ)

اعتنى به

أبو الفضل الدميّاطي

أحمد بن علي

عفا الله عنه

الجزء الأول

دار ابن حزم

مركز الدراسات والثقافة الغرّوبية

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

جَمِیعُ الحُقُوقِ مَحْفُوظَةٌ

الطبعة الأولى

١٤٣٠ھ - ٢٠٠٩م



9 789953 817897

ISBN 978-9953-81-789-7

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز التراث الثقافي المغربي

الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس

هاتف: 442931 - 022 / فاكس: 442935 - 022

المملكة المغربية

دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت - لبنان - ص.ب: 6366/14

هاتف وفاكس: 701974 - 300227 (009611)

بريد إلكتروني: ibnhazim@cyberia.net.lb

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

مقدمة المحقق

إن الحمد لله تعالى نعمده ، ونستعين به ونستغفره ، ونعوذ بالله تعالى من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له .

وأشهد أن لا إله إلا الله ، وحده لا شريك له ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله .

أما بعد :

فإن خير الكلام كلام الله تعالى ، وخير الهدى هدى محمد ﷺ ، وشر الأمور محدثاتها ، وكل محدثة بدعة ، وكل بدعة ضلالة ، وكل ضلالة في النار .

ثم أما بعد :

فهذا أثر جديد من آثار المالكية ، وهو كتاب « النكت والفروق لمسائل المدونة والمختلطة » لعلم من أعلام المالكية ، وهو الشيخ العلامة ، والحافظ المتقن ، والفقير الكبير ، عبد الحق بن محمد بن هارون الصقلي - رحمه الله تعالى - أطلق سراحه اليوم من أسر المكتبات ، ليشارك من تقدمه من أمثاله ممن أطلق سراحهم مثل : «الفروق» للقرافي ، و «الفروق» للقاضي عبد الوهاب ، و «الفروق» لأبي مسعود الدمشقي ، و «عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق» لأبي العباس الونشريسي .

فخلعت عنه بالي الثياب ، ونفضت عنه التراب ، وألبسته حلة جديدة ، ورصعتها بكل مفيدة ، راجياً من الملك العلام أن يرضى عني ، وأن يحشرنى مع خير الأنام ، وأصحابه السادة الأطهار الكرام ، إنه سبحانه ولى ذلك والقادر عليه .

فتمت بنسخ أصل هذا الكتاب ، وضبط نصه على قواعد الإملاء ، وقابلته على

ثلاث نسخ خطية يأتي وصفها قريباً ، كما قمت بتخريج آياته وأحاديثه ، وعمل
فهارس علميه للكتاب ، وعمل ترجمة مختصرة للمصنف رحمه الله تعالى .

وفي الختام أسأل الله تعالى أن يشملني برحمته منه ورضوان ، وأن يغفر لي
ولوالدي وأهل بيتي وعموم المسلمين ، آمين .

وصلى الله على نبينا الأمين وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين ، وسلم
تسليماً طيباً مباركاً فيه إلى يوم الدين .

وكتبه

أبو الفضل الدمياطي

أحمد بن علي

عفا الله عنه

آمين

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ترجمة المصنف

اسمه ونسبه:

عبد الحق بن محمد بن هارون السهمي ، القرشي ، الصقلي ، أبو محمد .

شيوخه :

أبو بكر بن عبد الرحمن ، أبو عمران الفاسي ، أبو عبد الله بن الأجدابي ، أبو بكر بن أبي العباس .

تلاميذه :

أبو حفص عمر بن يوسف بن محمد بن الحذاء القيسي الصقلي ، أبو طاهر السلفي ، أبو البهاء عبد الكريم بن عبد الله بن محمد المقرئ الصقلي ، أبو الطاهر إسماعيل بن إبراهيم بن شبل ، عبد الرزاق بن عمر بن يلمدج بن علي بن إبراهيم أبو بكر الشاشي المقرئ ، عبد الرحمن بن أبي بكر السرقوسي الفقيه الصقلي ، عبد الرحمن بن محمد المعافري من أهل سبتة يعرف بابن الفلو ويكنى أبا القاسم ، أبو زيد الأندلسي قاضي طليطلة ويعرف بابن الحشاء ، محمد بن عمر بن أبي العصافير الخزرجي الجياني أبو عبد الله .

مصنفاته :

١- النكت والفروق لمسائل المدونة، وهو كتابنا هذا .

٢- تهذيب الطالب وفائدة الراغب .

٣- استدراكات على تهذيب البراذعي .

٤- عقيدة ، رويت عنه .

٥- مسائل ، سأل عنها أبا المعالي الجويني .

٦- جزء في ضبط ألفاظ المدونة .

ثناء العلماء عليه :

قال مخلوف : الإمام الفقيه ، الحافظ النظار ، العالم المتقن .

وقال أيضا : كان مليح التأليف .

وقال الذهبي : عالم صقلية ومفتيها .

وقال أيضا : أحد علماء المغرب .

وفاته :

أجمع كل من ترجم له أنه توفى سنة (٤٦٦) من هجرة النبي ﷺ ، فرحمه

الله رحمة واسعة .

« موارد أبي محمد في كتاب « النكت »

اعتمد أبو محمد - رحمه الله - في كتابه « النكت » ثلاث موارد :

المورد الأول : من المعلوم أن أبا محمد من الفقهاء الأفاضل ، والمجتهدين الكبار وله استنتاجه المعتبر ، فكانت هذه الاجتهادات والاستنتاجات المستمدة من طول سبر وقراءة لمطولات المصنفات ، مصدرراً من مصادر أبي محمد في هذا الكتاب ، وربما ذكر قوله واجتهاده ثم يدعمه بسؤال بعض شيوخه ، وأن شيخه وافقه على ما ذهب إليه .

المورد الثاني : حظى عصر أبي محمد - رحمه الله - بكثير من العلماء الكبار من أئمة المذهب المالكي وغيرهم ، فكان أبو محمد لا يدخر وقتاً ولا يضيع فرصة من سؤال هؤلاء الأئمة سواء من أصحاب مذهبه أو من غيرهم ، يتضح هذا جلياً من مقابلته في الحج لأبي المعالي الجويني الشافعي فسأله عن أسئلة مشهورة نقلها الونشريسي في « المعيار » ، فاستفاد أبو محمد من سؤالاته لأهل العلم هذه في كتابه هذا ، فكثيراً ما يقول : سألت بعض القرويين ، أو سألت بعض شيوخنا ، ... إلخ وربما سمي من سأله ، وهذا قليل .

المورد الثالث : إن المتصفح لهذا الكتاب يعلم أن صاحبه كان يمتلك مكتبة كبيرة ، زاخرة بأمهات المصنفات ، وهذه المكتبة كان لها أكبر الأثر في كتابنا هذا ، فقد اعتمد أبو محمد عدداً كبيراً من تلك الكتب في إخراج كتابه ، أذكر منها ما يلي :

مختصر أبي محمد ، وكتاب ابن المواز ، والمهد في شرح مختصر أبي محمد ، ومسائل الخلاف لابن القصار ، والواضحة لابن حبيب ، وتفسير الموطأ لابن مزين ، وكتاب ابن شعبان ، والنوادر لأبي محمد ، والأصل لابن ميسر ، وأحكام القرآن لابن عبد الحكم ، وشرح مختصر ابن عبد الحكم لأبي بكر الأبهري ، وشرح الموطأ لابن حبيب ، وكتاب ابن سحنون ، والمبسوط لإسماعيل القاضي ، والعتبية ، والإجماع ، والإشراف كلاهما لابن المنذر ، وعيون الأدلة لابن القصار ، والمختصر

لابن حمديس ، وديوان أشهب ، والتفريع لابن الجلاب ، والمجموعة ، ومسائل عبد الرحيم ، والأحكام لابن بكير ، وغيرها .

واجتماع هذه الموارد عند أبي محمد أثرى الكتاب ، وزاد من قوته واستقامته ، وإن كان أبو محمد قد رجع عن بعض مسائله ، فإن الذى حدث لأبى محمد هذا لا يكاد يخلو منه أحد ، فكل من تقدمه أو أتى بعده من المصنفين عندما ينتهى من كتابه ثم ينظر فيه يقول : لو أنى عدلت عن كذا لكان أفضل ، أو لو أنى استبدلت كذا بكذا لكان أقوى . . . وهكذا ، وهذه سنة ماضية فى كل الأعمال البشرية .

وصف النسخ الخطية المعتمدة فى التحقيق

النسخة الأولى :

وهذه النسخة من محفوظات الخزانة العامة بالرباط ، ضمن مجموع رقم (٣٥٠) ، ونسخت بقلم أندلسى حسن ، سنة ٧٤٣ ، وهى نسخة مقابلة ، وبها آثار أرضة قليلة وترقيع ، وعدد أوراقها ١٣٢ ورقة ، ٢٧ سطراً وقد رمزت لهذه النسخة بالرمز (ج).

النسخة الثانية :

وهى من محفوظات « رواق المغاربة » ، ونسخت بخط مغربى جميل ، وتقع هذه النسخة فى « رواق المغاربة » تحت رقم (٣١٥٦) ، وعدد أوراقها ٢٤٠ ورقة ، ٢٠ سطراً ، وفى بعض صفحاتها طمس لم أتمكن من قراءته ، ورمزت لهذه النسخة بالرمز (أ) .

النسخة الثالثة :

وهى من « اسكوريال » تحت (٢٠) وتقع فى ١١٠ ورقة ، كل ورقة بها ٢٠ سطر ، ووقفت على مجلد واحد من هذه النسخة وهو المجلد الأول ، وينتهى هذا المجلد بكتاب الولاء ، وبها سقط كثير من الأثناء ، ورمزت لهذه النسخة بالرمز (ب).



اللوحة الأخيرة من النسخة (أ)

بسم الله الرحمن الرحيم
 الحمد لله رب العالمين
 والصلاة والسلام على سيدنا محمد
 وآله الطيبين الطاهرين
 أجمعين
 أما بعد
 فقد بلغنا من هذا الكتاب
 ما كنا نرجو من الله
 جل وعز
 أن يوفقنا له
 ونسأل الله
 أن يجعله
 في ميزان
 حسناتنا
 إنه سميع
 عليم
 والحمد لله
 رب العالمين
 آمين

بسم الله الرحمن الرحيم
 الحمد لله رب العالمين
 والصلاة والسلام على سيدنا محمد
 وآله الطيبين الطاهرين
 أجمعين
 أما بعد
 فقد بلغنا من هذا الكتاب
 ما كنا نرجو من الله
 جل وعز
 أن يوفقنا له
 ونسأل الله
 أن يجعله
 في ميزان
 حسناتنا
 إنه سميع
 عليم
 والحمد لله
 رب العالمين
 آمين

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[استعنت بالله] (١)

صلى الله على محمد وآله وسلم

الحمد لله العزيز الأكرم ، الذى علم بالقلم ، علم الإنسان ما لم يعلم ، أحمدته على تتابع نعمائه ، وترادف آلائه ، حمداً يؤدي شكره ، ويوجب مزيده ، وصلى الله على محمد نبيه ، وعلى آله [وصحبه] (٢) وسلم .

أما بعد :

فإن بعض أصحابنا من طلبة الفقه سألنى العناية بجمع ما يقع لى أن المبتدئ فى طلب الفقه ومن لم يتسع فيه محتاج إليه فى أعيان مسائل من « المدونة » و« المختلطة » (٣) من نكتة [يحسن] (٤) عندى الإتيان بها وتفريق بين مسألتين [قد] (٥) يتعذر على الطالب معرفة اختلاف حكمها وطرف من التفريع فى بعض المسائل [ومقدمات] (٦) فى أوائل [بعض] (٧) الكتب فيها عقد أصل أو شىء من الحججة على مخالف .

ورجاء سائلى فى ذلك أن فيه معونة للمبتدئين ورياضة للمتوسطين وعوناً على درك ما ورائه ؛ فسارعت إلى ما رغب فيه من ذلك ابتغاء النفع به والمثوبة عليه ، ولم أكثر [من] (٨) تفريع المسائل والزيادات من الكتب ؛ لأن ذلك يخرجنا عن قصد

(١) زيادة من أ .

(٢) زيادة من أ و ج .

(٣) مدونة سحنون كانت تسمى « المدونة والمختلطة » وذلك لاختلاط المسائل فى الأبواب .

(٤) فى أ : تحسن .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

(٧) سقط من ب .

(٨) سقط من أ .

المسائل ، وتطويل الكتاب أيضاً ، ويشق على المبتدئ في النظر فيه ، والاستفادة منه ، بل اقتصدت في المعنى الذي وصفته ، ليخف النظر فيه ويسهل تناوله على [كل] (١) من احتاج إليه ، وأكثر ما ذكرته ، وهو مما حفظته من شيوخى فى المجالس ، ومن ذلك ما رأيته لمن سبق من علمائنا ، أو تبين لى أنا صوابه ، فذكرته ، ولست متمنزه من غفلة فيما أوردته ، ولا راغب عن نصيحة فيما ذكرته ، أسأل الله الكريم التوفيق والتسديد والمعونة والتأييد ، وأرغب إليه تعالى فى حسن النية وصحة الطوية ، وهو حسبنا ونعم الوكيل .

وكان ابتدائى فى هذا الكتاب [وانتهائى] (٢) منه فى سنة ثمان عشرة وأربعمائة ، وصل الله على سيدنا محمد وآله وسلم تسليماً كثيراً .

* * *

(١) زيادة من ج .

(٢) فى ج : وفراغى .

كتاب الطهارة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على محمد وآله وسلم ، قال الله عز وجل : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ فَاغْسِلُوا وُجُوهَكُمْ ﴾ الآية (١) .

قال غير واحد من علمائنا : هذه الآية فيها تقديم وتأخير ، وإنما حكمها : يا أيها الذين آمنوا إذا قمتم إلى الصلاة أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فاغسلوا وجوهكم وأيديكم إلى المرافق وأرجلكم إلى الكعبين وامسحوا برؤوسكم ، وإن كنتم جنباً فاطهروا وإن كنتم مرضى أو على سفر فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيداً طيباً فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه .

وإنما قدرت هذا التقدير ولم تحمل على تلاوتها ؛ لأنها تقتضى كون الوضوء والتيمم على المسافر أو المريض كان طاهراً أو غير طاهر ؛ لأنه عز وجل قال : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ مَرْضَى أَوْ عَلَى سَفَرٍ [ق/ ١ب] أَوْ جَاءَ أَحَدٌ مِنْكُمْ مِنَ الْغَائِطِ ﴾ [المائدة: ٦] ؛ فجعل المرض أو السفر أو المجيء من الغائط يوجب ما ذكر . هذا ظاهر التلاوة ، فلما بطل هذا إجماعاً صح أن الآية ليست على [تلاوتها] (٢) وأن لها تقديراً وهو ما وصفناه .

وقوله عز وجل : ﴿ إِذَا قُمْتُمْ ﴾ قال زيد بن أسلم (٣) : إن ذلك إذا قمتم من المضاجع - يعنى النوم - وقال غيره : إنما يريد : إذا قمتم محدثين .

الحجة لزيد : ما روى أن الآية إنما نزلت فى غزاة المريسيع ، حيث فقدت عائشة - رضى الله عنها - عقدها فأخروا الرحيل إلى أن أضاء الصبح فطلبوا الماء عند قيامهم من نومهم فلم يجدوه فأنزل الله تعالى هذه الآية (٤) .

(١) سورة المائدة (٦) .

(٢) فى ب : التلاوة .

(٣) أخرجه مالك (٣٩) والدارقطنى (١ / ٣٩) والبيهقى فى «الكبرى» (١٤٤) .

(٤) أخرجه البخارى (٤٣٣٢) من حديث عائشة رضى الله عنها .

ومن طريق النظر: قول زيد أولى من قول غيره ؛ وذلك أن الإحداث مذكور بعد قوله : ﴿ إِذَا قُمْتُمْ ﴾ فالأولى أن يجعل لقوله : ﴿ إِذَا قُمْتُمْ ﴾ معنى غير الإحداث؛ إذ في ذلك زيادة فائدة ، فتكون الآية جامعة للإحداث ولما هو سبب للحدث وليس بحدث وهو النوم كما بيناه ، والله أعلم .

[قال عبد الحق] (١) : قال بعض شيوخنا : [إذا أسبغ] (٢) المتوضئ مرة ثم زاد ثانية وثالثة ينبغى ألا ينوى لما زاد [على] (٣) مدة الفضل مجرداً بل ينوى كمال الفرض خيفة أن يكون أبقى من الغسلة الأولى شيئاً فيكون قد غسله بعدها بنية الفرض قال : [ق / أ] وإن لم يفعل ما وصفنا وجدد النية للفضل ثم ذكر أنه أبقى في الغسلة الأولى شيئاً [فدخل] (٤) في هذا الاختلاف فيمن توضأ للفضل ثم ذكر أنه كان محدثاً ، [فأصح] (٥) القولين : ألا يجزئ وضوء الفضل عن الفرض .

فإن قيل : أليس قد قال مالك : إذا صلى الرجل وحده ثم أعاد في جماعة ثم ذكر أن الأولى كانت على غير وضوء أو أنه أسقط منها سجدة أو شيئاً مما يوجب بطلانها أن الثانية أو التي صلى في جماعة تجزئه ، فما الفرق على هذا القول بين هذه المسألة والمسألة المتقدمة ؟

فالجواب : أن الذي يعيد في الجماعة غير مجدد لنية الفضل ؛ لأنه لا يدري أيتها صلاته الأولى أم الثانية ، إنما ذلك إلى الله يجعل أيتها شاء ، والذي أسبغ بمرة على ظنه هو فيما زاد مجرد لنية الفضل حقيقة ؛ إذ ما يسبغ به هو فرضه لا محالة والزائدة فضل ؛ فافترق حكم المسألتين بهذا ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قسمة الماء على أربعة أقسام :

-
- (١) سقط من أ .
 - (٢) طمس في أ .
 - (٣) سقط من أ ، ب .
 - (٤) في ب : فدخل .
 - (٥) في ب : وأصح .

طاهر مطلق ، ونجس ، ومضاف ، ومشكوك فيه ، وأخصر من هذه القسمة أن [تقول] (١) : الماء على قسمين : مطلق ومقيد ، والمقيد على وجهين :

مقيد بإضافة ومقيد بنجاسة .

قال غير واحد من شيوخنا : وإذا لم يتغير أحد أوصاف الماء بما انضاف إليه من شيء طاهر كطعام ونحوه لم يجب تركه ، وإنما يجب تركه إذا تغير طعمه أو لونه أو رائحته ، وليس [هو] (٢) حكم المضاف إذا لم يتغير أحد الأوصاف التي ذكرنا من أجل ما حل فيه كحكم النجاسة إذا سقطت في ماء [ق/ ٢ب] ولم يتغير أحد أوصاف الماء هذا عند ابن القاسم من توضأ به وصلى يعيد في الوقت على طريق الاستحباب .

وذكر عن الشيخ أبي الحسن [بن القاسمي] (٣) : أنه كان يساوى بين الماء تسقط فيه النجاسة [ولا] (٤) تغير أحد [أوصاف الماء] (٥) وبين الماء المضاف لا يتغير أحد أوصافه بما انضاف إليه ، وقال : ينبغي على مذهب ابن القاسم إذا توضأ بذلك وصلى أن يعيد في الوقت .

وأنكر هذا غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا وغيرهم ، ورأوا أن الإضافة لا حكم لها إذا لم يتغير أحد أوصاف الماء ، والله أعلم .

قال عبد الحق : والماء الذي توضأ به مرة إنما [كره] (٦) بدياً [لمشابهته] (٧) المضاف وإن كانت الإضافة فيه غير مؤثرة ؛ إذ الأعضاء لا تخلو في الأغلب من وسخ أو شيء يخالط الماء ، وليس من أجل ما يزعم بعض الناس من أنه ماء الذنوب ، ويطلقون عليه اسم [نجس] (٨) ، ويعترضون علينا فيقولون : لا يصح تكرار العبادة به

(١) في ب : يكون .

(٢) زيادة من ب .

(٣) سقط من ب .

(٤) في أ : فلا .

(٥) في أ ، ج : أوصافه .

(٦) في ب : يكره .

(٧) في أ : لمشابهة .

(٨) في ب : النجس .

كما لا يصح تكرار العبادة برقبة تعتق عن واجب .

فأما قولهم : إنه ماء الخطايا .

[فالخطايا] (١) ليست بأجسام تنضاف إلى الماء فتخرجه عن حكم الماء المطلق

وتمنعه من هذا الاسم .

وما اعترضوا به في الرقبة غير لازم ؛ لأن العبادة إنما لم تتكرر بها لأن الرق لا

يعود فيها ، ولو أمكن عودة الرق فيها لجاز أن تتكرر العبادة بها لو [أنه] (٢) أعتق

نصرانياً في غير القتل - على قول مخالفنا لا على قولنا ؛ لأننا لا نجيز عتق الكافر عن

واجب - ثم نقض الكافر العهد وهرب إلى دار الشرك فسباه المسلمون فملك ، جاز

[أن يعتق أيضاً] (٣) عن واجب ، فلما عاد الرق فيه جاز [تكرير] (٤) عتقه .

والكلام [فيها] (٥) يكثر معهم ، وليس الغرض التطويل في مثل هذا .

قال عبد الحق : وأما التراب إذا تيمم عليه مرة فيجوز أن يتيمم عليه [تارة] (٦)

أخرى ، ولا يكره ذلك [بدياً] (٧) ، بخلاف الماء الذي توضيء به مرة ؛ لأن العلة

في الماء [الذي توضيء به مرة] (٨) ما قدمنا من كونه شبه المضاف إذا كانت الأعضاء

لا تخلو من الأوساخ في الأغلب ، وهذا غير موجود في التراب ؛ فافترق الحكم

لهذا ، [والله أعلم] (٩) .

قال عبد الحق : جرى في حديث عبد الله بن زيد بن عاصم ذكر مقدم

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في ب : جاز أيضاً أن يعتق .

(٤) في ب وج : تكرار .

(٥) في ب وج : في هذا .

(٦) في ج : تارة .

(٧) سقط من ج .

(٨) سقط من ج .

(٩) سقط من ب .

الرأس (١) ، وقد اختلف فى ذلك فقليل : بدأ من حد منابت الشعر فذهب بيديه إلى قفاه ثم ردهما إلى الموضع الذى منه بدأ .

وقيل : بدأ من ناصيته فأقبل بيديه [ق/ أ٢] إلى [جبهته] (٢) ثم ردهما إلى قفاه ثم رجع إلى حيث ابتدأ من حد الناصية .
والتأويل الأول أصوب ، والله أعلم .

واحتج صاحب هذا التأويل الثانى بما فى لفظ الحديث [من قوله] (٣) : «فأقبل بهما» ، والإقبال للوجه ، فكأنه أقبل من حد الناصية على ما قدمنا .

وهذا ليس فيه دليل على ما ذكر من وجهين :

أحدهما : أن قوله : «فأقبل بهما وأدبر» يجوز أن يريد به : أدبر وأقبل [ق/ ٣ج] ؛ لأن الواو لا توجب رتبة ؛ إذ ليست من حروف الترتيب .

والوجه الثانى : أنه قوله : «أقبل بهما» يجوز أن يريد به : أقبل بيديه فى رأسه ؛ لأنه إذا ابتدأ من منابت الشعر [ق/ ٣ب] ، ومرَّ إلى قفاه فهو مقبل فى رأسه ، وإذا رجع كان مدبراً فى رأسه مقبلاً إلى وجهه ؛ فلا حجة بما وصف من أن الإقبال إلى الوجه [لما] (٤) ذكرنا ، والله أعلم .

ويصح [أيضاً عندي] (٥) التأويل الذى صوبناه [من] (٦) وجه آخر ؛ وهو أنا وجدنا سائر الأعضاء غير الرأس إنما الرتبة المستحسنة فيها البداية من أول العضو ، ولا يستحسن أن يبدأ من بعضه ؛ فلا يكون هذا العضو المتنازع فيه مردود إلى ما اتفق عليه فى باب الاستحباب حتى (تكون) (٧) الأعضاء على رتبة واحدة ، ونظام سواء

(١) أخرجه مالك (٣٢) والبخارى (١٨٣) ومسلم (٢٣٥) .

(٢) فى ج : جبينه .

(٣) سقط من ب .

(٤) فى ب : كما .

(٥) فى ب تقديم وتأخير .

(٦) فى ب : فى .

(٧) فى ب : يكون .

أولى ، والله أعلم .

قال عبد الحق : ذكر فى الإناء يلغ فيه الكلب : (إن كان يغسل سبعاً
[للحديث (١)] (٢) فى الماء وحده) .

وجه التفرقة بين الماء والطعام على هذا القول : أن الحديث وإن لم يكن فيه
تخصيص للماء من غيره فقد وجدنا أوانى الماء هى التى تجدها الكلاب فى الأغلب ؛
لأنها هى التى يبتذل الناس ولا تكاد تصان ، وأما أوانى الطعام فشان الناس التحفظ
عليها ؛ فهى مصونة عن الكلاب فى الأغلب ؛ فحمل الحديث على ما تجده الكلاب
فى الأغلب . هذا وجه ذلك عندى ، والله أعلم .

وأما تفريق من فرق بين ذلك بأن قال : لما كان الماء يُطرح غسل الإناء سبعاً ، ولما
كان الطعام يؤكل ولا يُطرح لم يغسل الإناء سبعاً ، فليس هذا عندى بتفريق صحيح ،
من أجل أن غسل الإناء سبعاً فى الأصل إنما هو عبادة لا لنجاسة ؛ فلا فرق فى هذه
العبادة بين أن يُطرح ما فى الإناء وبين تركه ، وإنما الوجه فى ذلك ما قدمناه ، والله
أعلم .

[قال عبد الحق (٣) : قوله (وكان يضعفه) (٤) قال بعض شيوخنا من [غير] (٥)
أهل بلدنا : قوله : (وكان يضعفه) يحتمل قوله : (وكان يضعفه) أحد ثلاثة أشياء :
إما أن يكون أراد تضعيف الحديث ؛ إذ هو خبر آحاد غير مقطوع به ، والقرآن
يعارضه ؛ قال [الله عز وجل] (٦) : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ ﴾ (٧) ولم يشترط
غسل ذلك ؛ ويحتمل أن يكون أراد تضعيف العدد فى غسله سبعاً .

(١) أخرجه مالك (٦٥) والبخارى (١٧٠) ومسلم (٢٧٩) من حديث أبى هريرة رضى الله عنه .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من ب .

(٤) المدونة (١/١١٥) .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى ب : تعالى .

(٧) سورة المائدة : ٤ .

ويحتمل أن يكون أراد تضعيف وجوب ذلك .

قال بعض البغداديين : إنما يغسل الإناء سبعاً على مذهب مالك عند إرادة

استعمال الإناء لا بفور الولوج كما زعم بعض الناس .

واختلف قول مالك في غسل الإناء سبعاً هل ذلك في الكلب الذى لا يجوز

اتخاذَه ؛ فمرة رأى ذلك فى كل كلب ، إذ ليس فى الحديث تخصيص ، ومرة حمل

الحديث فى الكلب المنهى عن اتخاذَه ، والوجهان محتملان ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قال [فى «الكتاب» (١)] (٢) : (إذا مس ذكره فى غسله من

جنبته يعيد وضوءه إذا فرغ من غسله ، إلا أن يكون [مر بيديه] (٣) على مواضع

الوضوء منه فى غسله فأرى ذلك مجزئاً عنه) .

قال أبو محمد [رحمه الله] (٤) فى «مختصره» (٥) : يريد : وينويه .

[وجه] (٦) هذا الذى نبه عليه أبو محمد : أن هذا الذى مس ذكره بعد غسل

أعضاء الوضوء أو بعضها انتقضت عليه [طهارة] (٧) الوضوء ، فأما الجنابة فقد سقط

فرضها فى الأعضاء [المغسولة] (٨) التى غسلها وزال حكم [حدث الجنابة] (٩) عنها ؛

فلا فائدة فى إعادة [ق / ٤ ب] الماء لتلك الأعضاء بنية غسل الجنابة ؛ إذ الغسل فيها

قد تقدم .

ويذكر عن الشيخ أبى الحسن أنه كان يضعف هذا الذى جرى لأبى محمد من

(١) المدونة (١١٨/١) .

(٢) سقط من ب و ج .

(٣) فى «المدونة» : قد أمر بيديه .

(٤) فى ب : رضى الله عنه .

(٥) الذى اختصر فيه «المدونة والمختلطة» .

(٦) سقط من أ .

(٧) فى أ : طهارته .

(٨) سقط من ب .

(٩) فى ب : الحدث .

قوله : (وينويه) ، فإن صح ذلك عنه فيحتمل أن يكون [ق/ ١٣] وجه قوله : أنه ما لم يتم غسله ، فحكم الجنبه باق على تلك الأعضاء [لم يرتفع] (١) ، وإنما يرتفع بتمام الغسل ، [فأما] (٢) بإعادة الماء إلى الأعضاء لم يرتفع حكم الجنبه عنها [فلا] (٣) ؛ إذ لا يرتفع إلا بالفراغ من جملة الغسل .

مثال ذلك : المكاتب عبد ما بقى عليه درهم ، وإن كان قد ودى أكثر الكتابة ، فأحكام الرق باقية عليه حتى يودى جميعها ، ولا يرتفع عن أجزائه من أحكامه شيء بقدر ما [ودى] (٤) منها ؛ كذلك ما وصفناه ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا : تحمل مسألة ربيعة ففى وضوئه لما سقطت المروحة من يده أنه لم يشعر لسقوطها فخشى أن يكون طال نومه ؛ فلذلك توضع ؛ فليس فعله بخلاف للمذهب ، وأما إذا شعر لسقوطها فلا وضوء فى ذلك ؛ وذلك كالخطرة ونحوها .

قال عبد الحق : رأيت بعض البغداديين قسم المستحاضة ، وصاحب المذى والبول يكثر ذلك عليه من علة ، على قسمين : فإن كان ذلك لا يتقطع ألبته فلا وضوء فى ذلك ؛ إذ لا فائدة فى الوضوء ، وإن كان ينقطع ويعود فيها هنا يستحب الوضوء لكل صلاة ، وهو كلام حسن على المذهب ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قوله : (ليس على الرجل غسل أنثيه من المذى عند وضوئه [منه] (٥) إلا أن يخشى أن يكون قد [أصابهما شيء] (٦)) (٧) ظاهر هذا الكلام يفهم منه أنه إن خشى [غسل] (٨) ، والذي يخشى غير متيقن ؛ فيستفاد من هذا اللفظ :

- (١) سقط من ب .
- (٢) فى ب : وجد وإنما .
- (٣) سقط من ب .
- (٤) فى ب وجد : أدى .
- (٥) زيادة من «المدونة» .
- (٦) فى «المدونة» : أصاب أنثيه منه شيء .
- (٧) المدونة (١/١٩٩) .
- (٨) سقط من أ و ج .

أن من شك [هل] (١) أصابت جسده نجاسة أم لا ؟ حكمه أن يغسله ولا ينضح ، وإنما النضح فى الثياب .

ووجه هذا : أن النضح لم يرد فى البدن وهو فى القياس لا معنى له ؛ إذ الموضع الذى ينضح إن حكم له بحكم النجاسة ، فالنجاسة إنما تزال بالغسل بالماء ، وإن لم يحكم للموضع بحكم النجس فلا معنى لنضحه ، أيضاً ، فالنضح خارج عن القياس مستعمل فيما ورد فيه ، ولم يرد فى الجسد وإنما أخذ من نضح الحصى الذى اسود من طول ما لبس ؛ على ما ذكر فى الحديث (٢) .

[وقد] (٣) نضح عمر [رضى الله عنه] (٤) ثوبه حين غسل ما رأى من الاحتلام ونضح ما لم ير (٥) . فكان النضح مستعملاً فى الثياب حين ورد ، وحكم الجسد باق على ما يوجب القياس فى الاحتياط بالغسل ، وأيضاً فإن الجسد لا ضرورة فى غسله إذا شك فى نجاسته ، والثياب [فقد تقع] (٦) الضرورة فى غسلها لانتظار جفافها ، وليس كل الناس يجد ثياباً .

فيفترق حكم الجسد من الثوب من طريق المشقة والضرورة ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إذا شك هل توضأ أم لا ؛ فإن كان قبل هذا الشك عنده يقين أنه توضأ ثم طرأ عليه الشك ، فإن كان مستنكحاً فلا شيء عليه ، وإن لم يكن مستنكحاً فعليه الوضوء ؛ مثل من شك فى حدث لا فرق بين من شك فى نفس الوضوء [ق/ ٥ب] ولا بين من شك فى الحدث الذى ينقض الوضوء .

(١) فى ب : أهل .

(٢) أخرجه مالك (٣٥٩) والبخارى (٣٧٣) ومسلم (٦٥٨) من حديث أنس بن مالك رضى الله عنه .

(٣) فى أ ، ب : ومن .

(٤) سقط من أ .

(٥) أخرجه مالك (١١١) والشافعى (٦٠) وعبد الرزاق (٣٦٤٤) وابن أبى شيبة (٨٢/١) والبيهقى فى «الكبرى» (٧٧٢) والطحاوى فى «شرح المعاني» (٢٨٧) من حديث زبيد بن الصلت عن عمر رضى الله عنه .

(٦) فى ج : قد يقع .

وإن كان لم يتقدم له قبل الشك يقين بالوضوء ، فهذا عليه الوضوء على كل حال كان مستنكحاً أو غير مستنكح .

وكذلك الذى شك هل صلى [أم لا] (١) ؛ إن كان قبل هذا الشك عنده يقين أنه صلى فيفترق إن كان مستنكحاً أو غير مستنكح ، وإن لم يتقدم له يقين قبل [هذا] (٢) الشك فلا بد أن يصلى كان مستنكحاً أم لا .

قال عبد الحق: إذا نسى الرجل لمعة من وضوئه أو غسله ، فذكرها ، ولم [يجد] (٣) ما يغسلها به ، إن طال طلبه للماء ابتداءً جميع طهارته وحكمه حكم من عجز ماؤه فى ابتداء طهارته لا فرق بين ذلك . قاله غير واحد من شيوخنا .

قال عبد الحق: ولو حين ذكر هذه اللعة لم يغسلها فى الوقت ثم غسلها بالقرب ؛ فإن كان إنما تراخى فى المقدار الذى لو فرق فيه طهارته بدياً لم يبتدىء الطهارة لقرب ذلك لم يبتدىء جميع طهارته ، وإلا فعليه ابتداء طهارته من أولها ؛ [كذا] (٤) ينبغى ، والله أعلم .

قال عبد الحق: قول عبد العزيز بن أبى سلمة : [هذا] (٥) من لحن الفقه (٦) فيه تأويلان ، قيل : يعنى من صواب الفقه ، وقيل : [بل] (٧) يعنى من خطأ الفقه ؛ فمن قال : من صواب الفقه ، أراد به قولنا : ليس عليه إعادة مسح رأسه إذا حلقة ، ولا شئ عليه إذا قلم أظفاره أو ذبح ؛ هذا من صواب [ق/ ٥ أ] الفقه .

ومن قال: من خطأ الفقه ، أراد قول من قال : عليه ذلك من خطأ الفقه .

(١) فى ب وجد : أم لم يصل .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ب .

(٤) فى ب : كذلك .

(٥) سقط من أ .

(٦) المدونة (١ / ١٢٥) .

(٧) زيادة من ج .

فإن قيل : فلم [لم] (١) يكن هذا الذى حلق رأسه مثل صاحب الخف ينزعه ، لأن الخائل قد زال فى المسألتين ؟

فالفرق بين ذلك : أن مسح الخفين إنما هو بدل من غسل الرجلين ؛ فلذلك إذا زال رجع [إلى] (٢) الغسل .

ومسح الرأس أصل لا بدل ؛ ألا ترى أنه إذا كان محلوق الرأس أن حكمه المسح ؛ فلذلك لم يمسح رأسه تارة أخرى .

قال عبد الحق : إنما فرق فى أحد قولييه بين الخف يطأ به على أرواث الدواب وبين أن يطأ به على الدم والعدرة (٣) ، من أجل أن الطرقات [ق / ٤جـ] لا تسلم فى الأغلب من أرواث الدواب وأبوالها ؛ فخفف ذلك للضرورة .

والعدرة والدم لا تصيب الطرقات إلا نادراً ؛ لأنه ليس من شأن الناس أن يطرحوا ذلك فيها .

ووجه ثان : وهو أن نجاسة العدرة والدم متفق عليها وأرواث الدواب وأبوالها لم يتفق على نجاستها ؛ فكان حكم ذلك أخف [لهذا] (٤) والله أعلم .

قال عبد الحق : قوله فى مسألة أقطع اليدين : (لأن المرفقين فى الذراعين) (٥) يدل على [وجوب] (٦) إدخال المرفقين فى الغسل ؛ لأنهما إذا كانا من الذراعين فحكمهما حكم الذراعين .

وقوله : (إلا أن تعرف العرب والناس أنه بقى من المرفقين شيء فيغسله) (٧) هذا كله يوضح أن مذهبه إدخالهما فى الغسل . وهى مسألة [فيها] (٨) قولان ؛

(١) ، (٢) سقط من أ .

(٣) المدونة (١ / ١٢٧) .

(٤) سقط من أ .

(٥) المدونة (١ / ١٣٠) .

(٦) سقط من ب .

(٧) المدونة (١ / ١٣٠) .

(٨) سقط من ب و ج .

للاضطراب في قوله تعالى : ﴿إِلَى الْمَرَاقِقِ﴾ (١) هل « إلى » هاهنا للانتهاك [أو] (٢) بمعنى « مع » (٣) .

وقد قال [ق / ٦ ب] المبرد : إن لغة العرب تقتضى أن الحد إذا كان من جنس المحدود دخل فيه ، [وإذا لم يكن من جنسه لم يدخل فيه ؛ فالمرفقان من جنس الذراعين ، فوجب دخولهما فيه] (٤) .

والكلام في المسألة يطول ، وإنما الغرض بيان ما يقتضيه مذهبه في « المدونة » حسب ما بيناه .

قال عبد الحق : إذا كانت الجبيرة في موضع يغسل من مواضع الوضوء [فإنما] (٥) يمسحها مرة واحدة لا ثلاثاً ، بخلاف ما يصنع لو كان العضو صحيحاً .

ودليل ذلك : المسح على الخفين إنما يمسخ فيه مرة واحدة وهو بدل من مغسول يغسل ثلاثاً ؛ وذلك أن المسح إنما شأنه التخفيف فتكفي المرة الواحدة في ذلك ، والله أعلم .

وإذا كانت الجبيرة في موضع يصيبه الوضوء فبرئت ، فلم يغسلها ، وصلى بذلك الوضوء صلاة أو صلوات ثم توضع فهو لما استأنف وضوءه قد غسل موضع الجبيرة فليس عليه إلا إعادة ما صلى قبل وضوءه الذي أحدثه ، هذا إن كان توضع لحدث .

(١) في أ ، ب : المرفقين .

(٢) في ج : أم .

(٣) قال ابن العربي : اختلف الناس في دخول المرافق في التحديد ، وأطالوا في ذلك الكلام ، وما فهم أحد مقطع المسألة إلا القاضي أبو محمد عبد الوهاب فإنه قال : « إن قوله [إلى المرافق] حد للمتروك من اليدين لا المغسول منها » وبذلك تدخل المرافق في الغسل . اهـ .

« القبس » (١/١٢١) و « الإشراف على مسائل الخلاف » (١ / ٨) .

(٤) سقط من ب .

(٥) في ب و ج : إنما .

فإن كان إنما توضأ مجدداً ، فقد اختلف إذا توضأ مجدداً ثم ذكر أنه كان محدثاً هل يجزئه ذلك ؟

وأصوب القولين : ألا يجزئه ذلك ، وإنما يجزئه الوضوء الذى أحدثه إذا كانت الجبيرة فى غير الرأس .

فأما إن كانت فى الرأس فهو فى وضوئه مسح رأسه وموضع الجبيرة هو فيه مخاطب بالغسل لما صح الموضع ، لأنه جنب كان فى الأصل حسب ما جرى فى سؤال المسألة ، [والله أعلم] (١) .

[اعلم أن] (٢) مسألة المسافر وصاحب الشجة السؤال فيهما مختلف ؛ فمسألة المسافر هو عادم للماء فلا يطأ بالتييم ، لأنه فى الأغلب يجد الماء عن قرب ، ومسألة الذى به الشجة هو واجد للماء فينتقل من غسل موضع الشجة إلى المسح عليها ، ويباح لذلك لطول الأمر عليه فى التبرص عن أهله إلى براء شجته ، ولو كان المسافر بموضع لا يجد فيه الماء إلا بعد الأمد الطويل واحتاج إلى أهله ، جاز أن يطأ ، ويصير حكمه حكم صاحب الشجة سواء .

وقد قال ابن الماجشون : إنه يطأ إذا طال ذلك عليه .

ولو كان الذى به الشجة لا يجد ماء كان حكمه حكم المسافر ؛ لأنه لا يطأ حتى يجد الماء ، لأنه يجده عن قرب فى الأغلب ، ولو كان من حكمه التيمم ؛ إذ الشجاج قد أتت على أكثر جسده جاز له أن يطأ لطول أمره لو انتظر البرء ، ونحو هذا حفظت عن بعض شيوخنا .

قال عبد الحق : قول ابن القاسم عقيب كلامه على المسافر : (وهما سواء) (٣)

قيل : معناه من هو على وضوء ومن على غير وضوء سواء .

وقال بعض شيوخنا من القرويين : إنما معنى ذلك : أن جاريته وزوجته سواء ؛

(١) سقط من ب ، وفى ج : فاعلم .

(٢) فى ب : اعلم أن علم .

(٣) المدونة (١ / ١٣٦) .

عليه يعود [ق / ١٦] قوله : (وهما سواء) ؛ وذلك أن أهل العراق يفرقون بين المرأة والجارية ، فيجيزون له الوطء بالتيمة في الحرة ؛ إذ لها حق في الوطء ، ولا يجيزون ذلك في الأمة ، إذ لا حق لها في ذلك ؛ فأخبر هو أن ذلك سواء لا فرق بين حرة ولا أمة ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإذا أتت الجراح على أكثر جسد المشجوج فلم يبق له إلا كيد أو رجل فكان من حكمه التيمم ، [فإن لم] (١) يفعل التيمم وغسل ذلك [ق / ٧ ب] اليسير الذي بقي من جسده ، ومسح الجبائر في سائر جسده فلا يجزئه ما فعل ؛ لأنه ترك التيمم الذي هو فرضه وفعل غيره ، والله أعلم .

قال غير واحد من شيوخنا : على الرجل أن يعطى زوجته الماء تغتسل به إن لزمها غسل ، أو توضأ إذا كانت على غير وضوء ، ويلزمه أداء الثمن في شرائه لها ؛ لأن هذا عرف دخل عليه الأزواج وهو من شأن الناس ؛ فمجراه مجرى نفقة (المرأة) (٢) وكسوتها .

ومعنى ما جرى في « الكتاب » (٣) في التي طهرت من حيضتها فتيمنت إذا لم تجد ماء ، والزوج معه قدر ما يغتسل به ، أن الماء الذي مع الزوج يكفيه لغسله ولا يكفى المرأة ؛ فلذلك لم يقل : يعطيه لها تتطهر به .

ونحو هذا الذي وصفنا حكى عن الشيخ أبي الحسن في الوجه الذي ذكرنا ، ووجهه ما قدمنا ، والله أعلم .

قوله : (إذا توضأ فأبقى رجله وخاض نهراً فدلكتها فيه ولم ينو تمام وضوئه : إن ذلك لا يجزئه إلا بنية) (٤) [والله أعلم] (٥) .

(١) في ب وج : فلم .

(٢) في ب : الزوجة .

(٣) المدونة (١ / ١٥٠) .

(٤) المدونة (١ / ١٣٦) .

(٥) سقط من ب .

قال غير واحد من شيوخنا : معنى هذه المسألة أنه أبقى رجله ظناً منه أنه أكمل وضوءه فرفض ما تقدم من نيته ؛ فلذلك لم يجزئه عنده حتى يستأنف النية ، فأما لو لم يكن هكذا وكان النهر قريباً منه ، فيجزئه ذلك إذا ذلك رجله ، وإن لم يحدث نية ؛ لأنه باق على نيته المتقدمة ؛ إذ لا يلزم المتوضى تجديد نيته لكل عضو يغسله ؛ بل متقدم نيته يجزئه ، والله أعلم .

قال عبد الحق : اعلم أن من توضأ لقراءة القرآن ، طاهراً في غير مصحف ، أو توضأ لدخول المسجد ، لا يصلى بذلك الوضوء فرضاً ولا نفلاً لأنه توضأ لما يجوز له فعله بغير طهارة (١) .

وهذا أصل ذكره بعض البغداديين : أن من توضأ لما يصح فعله بغير طهارة فلا يصلى به ، وإنما تجوز صلاته إذا توضأ لما لا يصح إلا بطهارة .

وهو أصل جيد ؛ لأن الذى توضأ لما لا يصلح إلا بطهارة قاصد لرفع الحدث والآخر غير قاصد لرفع الحدث ؛ فلا يجوز أن يصلى به ، والله أعلم .

قال عبد الحق : اختلف تأويل قوله عز وجل : ﴿ لا تَقْرُبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى حَتَّى تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ وَلَا جُنْبًا إِلَّا عَابِرِي سَبِيلٍ ﴾ (٢) ؛ فتأول زيد بن أسلم أن قوله : ﴿ لا تَقْرُبُوا الصَّلَاةَ ﴾ يريد به موضع الصلاة - وهو المسجد - فذكر الصلاة عنده عبارة عن موضع الصلاة ؛ كقوله : ﴿ وَأَسْأَلُ الْقَرْيَةَ ﴾ (٣) يريد : أهلها ؛ فلذلك أباح للجنب دخول المسجد عابري سبيل .

وذهب مالك فى الآية إلى ما ذكر عن على - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - فيها أن قوله : ﴿ لا تَقْرُبُوا الصَّلَاةَ ﴾ إنما يعنى به الصلاة بنفسها لا يقربها جنب إلا عابري سبيل ؛ وهو المسافر لا يجد ماء فيتيمم ، فقد قرب الصلاة وهو جنب بالتيمم الذى فعله ؛ لأن التيمم لا يرفع حدث الجنابة عنه ؛ إذ التيمم إنما يبيح الصلاة ولا يرفع الحدث ؛ فهذا هو العابر

(١) المدونة (١ / ١٣٦) .

(٢) سورة النساء (٤٣) .

(٣) سورة يوسف (٨٢) .

سبيل عند مالك ؛ فلذلك لم يقل بجواز دخول الجنب المسجد عابري سبيل ، ويشد قوله ما روى للنبي ﷺ أنه قال : « إني لأحل المسجد لجنب ولا حائض » (١) أو كما قال ، فظاهر هذا النهى فيمن كان عابري سبيل أو غيره .

قال عبد الحق : إذا ارتفع دم الحيض عن المرأة ولم تغتسل بالماء ، حكمها حكم [ق / ٨ ب] الجنب في منعها من قراءة القرآن ، وأنها لا تنام حتى تتوضأ ، لأنها قد ملكت طهرها ، فصار حكمها حكم الجنب [في ذلك] (٢) .

وقول ربيعة وغيره في « الكتاب » : (إذا حاضت الجنب لا غسل عليها حتى تطهر إن أحبت من الحيضة) (٣) إشارة إلى أنها لو أرادت الاغتسال [ق / ٥ ج] لتزيل حكم الجنابة خاصة جاز لها ذلك .

وفائدة ذلك : أنها إذا فعلته جاز أن تقرأ القرآن ؛ لأنها تصير حائضاً غير جنب ، وإذا لم تغتسل [فترفع] (٤) حكم الجنابة ، لم يبح لها قراءة القرآن ؛ فلذلك وقع في لفظه : (لا غسل عليها إن أحبت) حتى تطهر من الحيضة ، والله أعلم [ق / ١٧ أ] .

اعلم أن من أصابه في صلاته حقن يعجله عن صلاته فأمر بالخروج تكون هيئة خروجه كخروج الراحف ؛ ماسكاً بأنفه ، فيتوضأ ويتدئ الصلاة .

وإن [صلى بالحقن] (٥) وكان شيئاً خفيفاً جداً فلا شيء عليه ، وإن صلى وهو ضام بين وركيه أعاد في الوقت . هكذا ذكر ابن مزين في « كتابه » وجعله كمن صلى به في ثوبه .

(١) أخرجه أبو داود (٢٣٢) وابن خزيمة (١٣٢٧) والبيهقي في « الكبير » (٤١٢١) وإسحاق بن راهويه في « مسنده » (١٧٨٣) والبخارى في « الكبير » (٢ / ٦٧) من حديث عائشة رضی الله عنها .

قلت : ضعفه البيهقي ، وابن حزم ، وعبد الحق الأشبيلي ، والألباني .

(٢) سقط من أ .

(٣) المدونة (١ / ١٣٤) .

(٤) في أ : فيرتفع .

(٥) سقط من ب .

وأما إن أعجله في صلاته أو شغله كثيراً فيعيد في الوقت وبعده .

قال عبد الحق : إن فتل الراعف الدم بأنامله الأولى لا شيء عليه (١) ، فإن زاد الدم على الأناامل الأولى وسال ، أمر بالخروج لغسل الدم ، ثم يبنى ، فإن لم يفعل حتى امتلأت أصابعه كلها أو جلها إلى الأناامل الوسطى أو حصل في الأناامل الوسطى من الدم مقداره أكثر من الدرهم فهذا حامل نجاسة ، ولا [يباح] (٢) له البناء ويقطع ويبتدئ صلاته من أولها بعد غسل الدم ؛ كمثل ما لو سال من الدم على ثوبه أو جسده أكثر من الدرهم ، أنه حامل نجاسة ويبتدئ .

قال عبد الحق : قول ابن المسيب إذا رعف فلم ينقطع عنه الدم (٣) : إنه يومئ إيماء ، [إنما] (٤) جعله يومئ ؛ لأنه إن سجد أضر به ذلك وكثر عليه الدم ؛ فصارت هذه ضرورة تبيح له الإيماء ، كضرورة من برأسه صداع أو بجهته شيء ممن حكمه الإيماء .

هذا الذى حفظت [عن بعض] (٥) شيوخنا ، ورأيت [نحوه لمحمد بن سلمة ، ورأيت] (٦) لابن حبيب قال : يصلى إيماء وليس عليه أن يركع ويسجد ولا أن يقوم ويقعد فيلطح دماً .

فجعل ابن حبيب العلة الموجبة لإيمائه الالتطاح بالدم ؛ فهذا خلاف التأويل الأول ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا : ولو أنه رعف في وقت صلاة ولم يدخل فيها بعد فلم ينقطع عنه الدم فيتربص ها هنا ما لم يدخل عليه وقت صلاة أخرى ، والوقت في ذلك

(١) المدونة (١ / ١٢٦ و ١٤٠) .

(٢) فى ب : يبح .

(٣) المدونة (١ / ١٤٠) .

(٤) سقط من ب .

(٥) سقط من ب .

(٦) سقط من أ .

وقت الصلاة المفروضة لا وقت الضرورة ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من غير أهل بلدنا : إذا نزع [إحدى] (١) خفيه ولم يقدر على نزع الخف الأخرى ، وخاف فوات الوقت غسل الرجل الواحدة ومسح على الرجل الأخرى من فوق الخف فيصير ذلك كالجبيرة ؛ لأن ذلك ضرورة ، والله أعلم .

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا تيمم فبلغ في المسح إلى الكوع في اليد اليمنى ، تمادى على باطن الكف إلى أطراف الأصابع ، ولا ينتقل إلى اليسرى كما زعم ابن حبيب ؛ لأن التيمم إنما هو بدل من الوضوء ، فلما كان لا ينتقل في الوضوء من يد حتى يكمل [ق / ٩ب] جميعها كذلك في التيمم ، ومثل هذا ذكر عن الشيخ أبي الحسن في كتابه « المهد » ، وعاب قول ابن حبيب : أنه ينتقل إلى اليسرى .

فإذا مسح إلى الكوع مسح إحدى يديه بالأخرى ، وراعى بقاء التراب الذى فى الكف الأيمن .

وليس الحكم فى المذهب للتراب ؛ لأنه من أول ما يأخذ فى التيمم زال التراب ويصير مسحه بغير تراب ، وإنما هى عبادة وليس الغرض للتراب أن يمر على الأعضاء ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا كان مع الرجل ماء إن أخذ فى الوضوء به لم يفرغ إلا بعد الوقت ، وإن تيمم أدرك الصلاة فى الوقت فهذا لا يباح له التيمم ، ولا يدخل فيه الاختلاف المذكور فى الذى إن نزع الماء بالرشاء من البئر ذهب الوقت ؛ لأن من وصفنا إنما تشاغله باستعمال الماء فى أعضائه [فقط] (٢) فيستعمله وإن خرج الوقت ، والآخر إنما تشاغل فى غير استعماله الماء فى الأعضاء إنما [هذا] (٣) هو شغل فى التوصل إلى أخذ الماء ؛ فذلك مفترق ، والله أعلم .

قال عبد الحق (٤) : ومن نسى الماء فى رحله فتيمم وصلّى ليس كمن نسى رقبة

(١) فى ب و ج : أحد .

(٢) فى أ : قط .

(٣) سقط من ج .

(٤) المدونة (١ / ١٤٨) .

فى ملكه وعليه رقبة من ظهار ونحوه فصام ثم ذكرها [إنه] (١) لا يجزئه صومه .

والفرق بين المسألتين من وجهين :

أحدهما : أن التيمم قد يجوز مع وجود الماء للعدر فى استعماله ؛ فقد جاز ترك الماء مع وجوده على وجهه ، والصوم لا يكون مع وجود الرقبة على وجهه ؛ فيفترقان لهذا ، والله أعلم .

والوجه الثانى : أن التيمم روعى فيه خوف فوت وقت الصلاة ، وليس الرقبة معلقة بوقت [الصلاة] (٢) يخاف فوته ؛ فأمرهما مفترق أيضاً من هذه الجهة ، والله أعلم .

أعلم أن الفرق بين من تيمم على موضع نجس أنه يعيد فى الوقت على مذهب ابن القاسم فى «المدونة» ، وبين من توضع بماء قد تغير لونه أو طعمه أو ريحه أنه يعيد أبداً: أن المتوضىئ إذا رجع فانتقل إلى الماء انتقل إلى ماء طاهر فى الحقيقة يقطع بطهارته ، والتيمم لو أمر بإعادة التيمم على تراب آخر [ق/ ١٨] أمكن أن يكون التراب الذى ينتقل إليه نجساً ؛ إذ نجاسته غير مشاهدة كما تتبين نجاسة الماء بتغير أوصافه ، فلما كان إنما ينتقل إلى بقعة طاهرة فى اجتهاده لا طاهرة طهارة يقطع بها صار إنما انتقل من أمر اجتهاد فيه إلى مثله ؛ فلم يؤمر بالإعادة أبداً لهذا ، والله أعلم .

ولو أنه تيمم على نجاسة ظاهرة على التراب لوجب أن يعيد أبداً ، ويصير ذلك كالماء الذى يتغير أحد أوصافه سواء ، والله أعلم .

[قال عبد الحق] (٣) (٤) : أعلم أن المرأة التى لها أيام معتادة إذا أتاها الحيض وزاد على أيامها المعتادة [و] (٥) استظهرت بثلاث غسلها واجب حيثئذ على مذهب

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ب و ج .

(٣) سقط من ب .

(٤) المدونة (١ / ١٥١) .

(٥) سقط من أ .

من يجيز وطأها ، وغسلها بعد تمام خمسة عشر يوماً إذا تمدى الدم ، غير واجب .
ومن يذهب إلى أنها لا توطأ بعد الاستظهار قبل تمام الخمسة عشر يوماً يرى
غسلها بعد الاستظهار احتياطاً ، وعند خمسة عشر يوماً واجباً . وهذا القول هو
المختار وإليه يذهب ابن الجهم [ق / ١٠ ب] ، وهو الذى تقتضيه رواية ابن وهب
فى «المدونة» ؛ لأنه أبان أن الاستظهار وترك رفعها إلى تمام خمسة عشر يوماً من باب
الاحتياط ، وقال: لأن تصلى وليست عليها أحب إليّ من أن تترك الصلاة وهى
عليها .

فإذا كان هذا عنده باباً من الاحتياط فليس من الاحتياط جواز وطئها .

وأما ابن القاسم فى روايته فلم ينص على جواز الوطء بعد استظهارها قبل
الخمسة عشر يوماً .

وقد استدل على جواز وطئها فى مذهبه بمسألة كتاب الحج : إذا حاضت قبل
الطواف أن كريها يحبس عليها قدر أيامها والاستظهار عليها ؛ فإذا كان إنما يحبس
عليها هذا المقدار ثم تطوف فيجزئها ذلك من طواف الإفاضة صح أنها بسبيل
المستحاضة حقيقة فيجوز وطؤها .

وذكرلى بعض القرويين : أن أبا موسى بن مناس كان يستدل على جواز وطئها
بمسألة كتاب الحج هذه .

وقد تأول بعض الناس فى مسألة كتاب الحج أن الكرى إذا حبس عليها المقدار
الذى وصف فلم ينقطع الدم عنها فسح الكراء بينه وبينها ولا تطوف .

وقد رأيت فى « كتاب المناسك » لسحنون خلاف هذا التأويل ؛ وذلك أنه ذكر
قول ابن القاسم ونصه على نحو ما ذكره ، ثم أعقب ذلك بأنها تطوف إذا حبس
عليها المقدار الذى وصفت .

وهذا التنازع إنما هو [فيما] ^(١) تقتضيه رواية ابن القاسم ، وأما رواية ابن وهب

فالأمر فيها على ما قدمناه ، والله أعلم .

قال عبد الحق (١) : القصة البيضاء على قول ابن القاسم أبرأ من الجفوف ؛ وذلك أن القصة البيضاء لا توجد في الأغلب إلا بعد فراغ الحيض ، والجفوف ربما تخلل الدم ؛ فكانت القصة أبرأ عنده لهذا ، والله أعلم .

وأما المرأة في أول بلوغها إذا رأت الدم فلا تطهر بالقصة وإنما تطهر بالجفوف .
هكذا روى لابن القاسم في غير « المدونة » .

قال عبد الحق : قال غير واحد من شيوخنا : إذا طلقت المرأة في خلال الدم وهي طاهرة ، لم يجبر الزوج على رجعتها ، وإن كان ذلك الدم كله محكوماً له بحكم حيضة واحدة ؛ لأن الزوج لم يتعد في طلاقه إنما طلق بعد ارتفاع [الدم] (٢) ولا علم له برجوع الدم إليها عن قرب ؛ فمضى فعله جائزاً لم يرتكب فيه نهياً ؛ فلا يجبر على الرجعة ، والله أعلم .

قال عبد الحق (٣) : قول أشهب [ق / ٦ جـ] في مسألة الحامل ترى الدم على حملها إلا أن لا تكون استرايت من حيضتها . . . إلى آخر الكلام .

معناه : أنها إن لم تستريب من حيضتها شيئاً وبقيت على سبيل عاداتها تحيض في كل شهر من شهر حملها ، فهذه إذا زاد بها الدم الآن على أيامها المعتادة تستظهر ؛ لأن الحمل لم يغير عليها حالها لما بقيت على سبيل العادة .

فأما إن انقطع الدم عنها في أول شهر من شهور الحمل وثان وثالث ، [ثم] (٤) بعد ذلك رأت الدم وزاد على أيامها المعتادة فهذه قد استرايت فلا تستظهر بشيء ، وتقيم قدر أيامها فقط .

فالاستراية : إنما هي ارتفاع الدم عنها في أول حملها . قاله غير واحد من

(١) المدونة (١ / ١٥١) .

(٢) في أ ، ب : للدم .

(٣) المدونة (١ / ١٥٤ - ١٥٥) .

(٤) سقط من ب .

شيوخنا، وذهب بعضهم إلى أن الاسترابة [ق / ١١ب] تكون بأحد ثلاثة أشياء :
[إما بانقطاع الدم أول حملها] (١) كما وصفنا ، أو بأن يأتيها أقل من أيامها المعتادة ،
أو يأتيها أكثر من أيامها المعتادة .

وليس هذا القول بصحيح عندي وعند من قدمت قوله من شيوخنا ؛ لأن المرأة
التي لا حمل بها يختلف أمرها هكذا في إتيان الدم إياها أقل من أيامها أو أكثر فليس
هذا استرابة [ق / ١٩أ] فإذا انقطع الدم فالأغلب أن انقطاعه إنما يكون إذا حملت
المرأة، فهذه [هي] (٢) الاسترابة التي أراد أشهب ، والله أعلم .

وأما الرواية التي فيها : (إلا أن تكون استرابت) فليست بصحيحة ، وإنما
سقط منها حرف ، والله أعلم .

ولا يختلف ابن القاسم وأشهب فيمن بقيت على سبيل عاداتها تحيض كل شهر؛
هذه عندهما كمن لا حمل بها ؛ تستظهر بثلاث على أيامها إذا زاد بها الدم ، وإنما
لم يجعل [ابن القاسم] (٣) على الحامل استظهارا من أجل أنه دم احتبس ، فرده إلى
الاجتهاد ، ولما قد اختلف في دم الحامل أنه لا يمنع الصلاة بالاستظهار قد دخل في
ذلك الاجتهاد ، واحتجاج أشهب على ابن القاسم : أن ما حبس الحمل من حيضتها
كحبس الرضاع والمرض (٤) لا يلزم ابن القاسم ؛ لأن المرض والرضاع يقل معه الدم،
والحمل يحبس الدم ثم يكثر عند خروجه ؛ فيجب أن يكون لهذا جلوس الحامل
أطول ؛ إذ هي أكثر دماً من المريضة والمرضع .

قال غير واحد من شيوخنا القرويين : إنما قال مالك [رحمه الله] (٥) في
أحد قوليه : (تغتسل المستحاضة إذا زال الدم عنها) (٦) من أجل ما ذهب إليه بعض
الناس في منع جواز وطئها ؛ فاستحب الغسل مراعاة للخلاف ، والله أعلم .

تم كتاب الوضوء بسم الله وعونه

(١) في ب ، و ج إما الحمل بانقطاع الدم أول .

(٢) سقط من ب و ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) المدونة (١ / ١٥٤) .

(٥) سقط من أ و ج .

(٦) المدونة (١ / ١٥١) .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
 كتاب الصلاة الأول

[استعنت بالله] (١)

قال الله عز وجل : ﴿ فَسُبْحَانَ اللَّهِ حِينَ تُمْسُونَ ﴾ (٢) يقول [يعنى] (٣) المغرب والعشاء ، ﴿ وَحِينَ تَصْبِحُونَ ﴾ الصبح ، ﴿ وَعَشِيًّا ﴾ (٤) العصر ، ﴿ وَحِينَ تَطْهَرُونَ ﴾ الظهر . وقال تعالى : ﴿ أَقِمِ الصَّلَاةَ لِدُلُوكِ الشَّمْسِ ﴾ (٥) يقول : الظهر والعصر ، ﴿ إِلَى غَسَقِ اللَّيْلِ ﴾ المغرب والعشاء ، ﴿ وَقُرْآنَ الْفَجْرِ ﴾ : صلاة الصبح .

وذكرها فى مواضع من كتابه غير ما وصفنا ؛ ففرض تعالى من الصلوات خمساً ، وسن الرسول - عليه السلام - خمساً : الوتر ، والعيدين والاستسقاء ، والخسوف .

قال عبد الحق : [واختلفت] (٦) العبارة من علمائنا فى أوقات الاختيار ؛ فبعضهم يعبر بأن لكل صلاة ما عدا المغرب ثلاثة أوقات اختيار ، وبعضهم يعبر بوقتى اختيار .

فأول وقت الظهر زوال الشمس عن كبد السماء ؛ فهذا وقت واحد ، ووقت الاختيار فيها عند مصير ظل كل شيء مثله بعد طرح ظل الزوال فهذا وقت أيضاً ، وما بين هذين وقت ، فهذه ثلاثة أوقات [اختيار] (٧) .

-
- (١) سقط من أ .
 (٢) سورة الروم (١٧) .
 (٣) سقط من ب .
 (٤) سورة الروم (١٨) .
 (٥) سورة الإسراء (٧٨) .
 (٦) فى أ : واختلف .
 (٧) فى أ : اختيارات .

وعلى هذا المثال يعبر عن كل صلاة بأن لها ثلاثة أوقات عدا المغرب .

وهذه العبارة من علمائنا على طريق التقريب لما رأوا الوقت ممتداً .

وأما على طريق التحقيق : فذلك كله وقت واحد له أول وآخر ووسط .

والمغرب لما لم يكن الوقت فيها ممتداً عبروا عنها بأن لها [ق/ ١٢ ب] وقتاً

واحداً .

ووقت الضرورة : الصلاة إذا نسيها ، وقتها حين يذكرها ، والوقت في مثل

النصراني يسلم والحائض تطهر والمغمى عليه يفيق ونحوهم ، هذان وقتي الضرورة .

والمشهور أن المغرب لها وقت واحد كما قدمنا ؛ لأن [جبريل - عليه السلام - قد

صلى بالنبي] (١) عليه السلام - في اليومين جميعاً المغرب [والعشاء] (٢) في وقت

واحد وقد روى أن لها وقتين ، والمشهور ما قدمناه .

قال عبد الحق : وإذا صار ظل كل شيء مثله بعد طرح ظل الزوال كان ذلك

آخر وقت الظهر وأول وقت العصر مما يشتركان فيه ؛ فلو أن مبتدئاً حيثئذ لصلاة

الظهر وآخر مبتدئاً [لصلاة] (٣) العصر كان كل واحد منهما مصلياً [في وقت هذا

مصلياً] (٤) للظهر في آخر وقتها وهذا مصلياً للعصر في أول وقتها .

وذهب ابن حبيب إلى خلاف هذا : أن آخر وقت الظهر أن يتم الصلاة قبل تمام

القامة .

والحديث يدل على خلاف قوله في صلاة جبريل بالنبي - عليهما السلام - في

اليوم الثاني في الوقت الذي صلى فيه العصر في اليوم الأول .

[قد] (٥) عرضنا بيان المذهب وقد وصفناه .

(١) في ب : النبي .

(٢) سقط من أ و ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ب و ج .

قال بعض شيوخنا : قوله في المغرب : (لا بأس [للمسافر] ^(١)) أن يمد الميل ونحوه) ^(٢) معناه : إذا كان يمد الميل ونحوه لينزل في المنهل ، فأما إن كان لا ينزل فلا يباح له هذا ويصلى في أول الوقت ؛ إذ لا فائدة له في التأخير فيصلى كل صلاة في أول وقتها .

قال عبد الحق ^(٣) : لا يسلم على المؤذن في حال أذانه ، ولا على الملبى في حال تلبيته ، ولا يردا إذا سلم [عليهما] ^(٤) بلفظ ولا بإشارة ، لكن إذا فرغا مما هما فيه ردا .

وإنما كانا بخلاف المصلي ؛ لأن [المؤذن / ق / ١٠] والملبى [^(٥)] ليسا بممنوعين من الكلام ؛ فلم يجعل لهما الإشارة [بالسلام] ^(٦) كما جعلت الإشارة للمصلي عوضاً من الكلام .

وقد فرق بعض الناس بين ذلك بأن قال : لما كانت الصلاة شأنها يطول جعلت الإشارة للمصلي عوضاً من الكلام ، والأذان والتلبية لا يطول ؛ [فيردان] ^(٧) بعد الفراغ من ذلك .

وإن كان هذا التفريق يعترض عليه بمن كان في آخر الصلاة .

وقد يقال أيضاً في التفريق بين ذلك : [أن] ^(٨) الأصل في جميعهم ألا يسلم عليهم ولا يردون ؛ للعمل الذي حصلوا فيه ، فخصت السنة جاز ذلك في الصلاة

(١) سقط من ب .

(٢) المدونة (١/١٥٦) .

(٣) المدونة (١ / ١٥٧) .

(٤) في ج : عليه .

(٥) في ب : تقديم وتأخير .

(٦) في ب : بالتسليم .

(٧) في ب و ج : فيرد .

(٨) في ب : لأن .

خاصة بالأثر الذي ورد عن النبي - عليه السلام - حين كان يسلم عليه (١) . وبقي ما وصفنا على الأصل الذي قدمنا . والله أعلم .

قال عبد الحق : وإذا استؤجر رجل على الأذان والصلاة جميعاً فكان ذلك جائزاً على مذهب ابن القاسم .

[إن] (٢) تخلف المؤذن عن الصلاة لعذر من سلس بول أو نحو ذلك من الأعدار، فهذا السؤال اضطرب فيه ، هل [يسقط] (٣) من إجارة المؤذن شيء أم لا؟
والصواب في ذلك عندي : أنه يسقط من الإجارة ما يخص الصلاة، ولا تكون الصلاة هاهنا كالقول في مال العبد وتمر النخل الذي لم يبد صلاحه ؛ لأن مال العبد وتمر النخل لا يجوز فيه على الانفراد ما يجوز إذا انضاف إلى العبد أو إلى الأصول ، والصلاة [ق / ١٣ ب] لو وقعت الأجرة عليها منفردة مضت ، وإنما هي مكروهة بدئاً .

ومن أصحابنا من يجيز الأجرة عليها بدئاً ولا يكره ذلك ؛ فالأمر في هذا مختلف ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قال غير واحد من شيوخنا من غير أهل بلدنا : إذا قال في صلاة الفرض مثل ما يقول المؤذن وزاد في القول معه : حى على الصلاة ، حى على الفلاح ، أبطل على نفسه ، وهو كالمتكلم .

ومن أهل بلدنا من خالف هذا ، وليس بصواب . والله أعلم .

قال عبد الحق : وقول مالك في غير الصلاة [المكتوبة] (٤) إنه يقول مع المؤذن إلى أشهد أن محمداً رسول الله فيما يقع في قلبى ولو فعل لم أر به بأساً (٥) يريد

(١) في الباب عن صهيب عند أبي داود (٩٢٥) والحديث صحيح ، وعن جابر أيضاً .

(٢) في ب و ج : ثم .

(٣) في ب : تسقط .

(٤) سقط من ج .

(٥) المدونة (١ / ١٥٧) .

بقوله: (لو فعل لم أر به بأساً): لو أتم الأذان معه على ما ذكر [عن] (١) سحنون ، وتأول غيره أن معنى ذلك : لو فعل ما يقع في نفسى من القول إلى أشهد أن محمداً رسول الله .

ورأيت بعض شيوخنا يصوب هذا التأويل ويراه أحسن من التأويل الأول .

قوله: (لا بأس بما يأخذ المعلم ، اشترط ذلك أو لم يشترط) (٢) .

قال بعض شيوخنا : إنما قال: (اشترط ذلك أو لم يشترط) ؛ لأن بعض الناس يرى أنه إن اشترط شيئاً معلوماً لم يجز له أخذه، وإن أخذ شيئاً من غير اشتراط جاز له، فأخبر أن هذا عنده سواء لا فرق بينه .

قال عبد الحق : قوله : (إذا كبر للركوع ينوى ذلك تكبيرة الافتتاح [ق/ ٧جـ] [لا] (٣) يجزئه) (٤) إنما يصح ما قال إذا كبر في [حال] (٥) قيامه ، فأما لو كبر وهو راعع لم يجزئه ذلك ، [وقد رأيت ذلك] (٦) في «كتاب ابن المواز» : أنه إذا كبر وهو راعع ونوى بذلك تكبيرة الافتتاح إنه لا يجزئه ، وهو الصواب ؛ لأن المأموم عليه من القيام فرضاً مقدار الانتصاب لتكبيرة الإحرام وما زاد على ذلك فسنة لا فريضة .

وقال بعض شيوخنا من القرويين : ولو كبر للركوع ولم ينو بذلك تكبيرة الافتتاح فيجب أن ينظر أيضاً ؛ فإن كبر في حال القيام كان ما ذكر من تماديه وإعادته، وأما إن كبر للركوع وهو راعع فهذا يقطع ويكون سبيله [سبيل] (٧) من لم يكبر للركوع ولا للافتتاح .

(١) سقط من أ .

(٢) المدونة (١ / ١٥٧) .

(٣) سقط من الأصول فاستدركته من « المدونة » .

(٤) المدونة (١ / ١٦١) .

(٥) في ب : حين .

(٦) في ب ، ج : وكذلك رأيت .

(٧) سقط من أ .

ولو كبر هذا المأموم للركوع والافتتاح ينويهما جميعاً لم يضره ذلك ، كمن اغتسل للجمعة والجنابة ينويهما جميعاً أن ذلك يجزئته .

قال عبد الحق : إذا نسي القراءة فى ركعة من المغرب هو بمنزلة من نسي القراءة فى ركعة من صلاة هى أربع ركعات . وهو فى الأمهات بين ، وذلك أنه سأله عن المغرب فأخبره : أن الصلوات محمل واحد عند مالك . ثم قال : (وإن ترك القراءة فى ركعة من الصبح أعاد) (١) . فقد أجاب عن المغرب فى هذا الكلام ؛ فتدبره .
واعلم أن على قوله : (يلغى الركعة) على حديث جابر إن ذكر ذلك فى آخر [صلاته] (٢) أو بعد أن عقد الركعة الثالثة فيفصل هاهنا فى سجوده حتى يكون إذا أصلح .

فإن كان تركه للقراءة فى إحدى الركعتين الأولتين فسجوده قبل السلام ؛ لأنه وضع الجلوس فى غير موضعه ونقصه فى موضعه إذ صارت الثالثة ثانية له ونقص السورة ؛ لأن الثالثة التى صارت [ق/ ١١ ، أ، ١٤ ب] ثانية أنه قرأ فيها بأمّ القرآن فقط .
وإن كان إنما ترك القراءة فى إحدى الركعتين الأخرتين فسجوده بعد السلام ؛ لأن الركعتين [الأوليين] (٣) قد قرأ فيهما بأمّ القرآن وسورة .

والجلوس قد أتى به فى موضعه وإنما حصلت معه زيادة الركعة التى ألغى . ولو أنه ذكر ولم يعقد الركعة الثالثة فهو يستطيع على قراءة سورة مع أمّ القرآن فى ركعته التى صارت له ثانية ويأتى بالجلوس فى موضعه فيكون سجوده هاهنا بعد السلام .

قال عبد الحق : وإذا ترك القراءة من ركعته فذكر ذلك وهو راعع : فأما على قوله : (يلغى تلك الركعة) (٤) فيستقبل القراءة ويلغى ما هو فيه ، وأما على قوله : (يعيد الصلاة بعد إتمامها) فيقطع ما لم يعقد تلك الركعة بسجودتيها . فإن عقدها

(١) المدونة (١ / ١٦٣) .

(٢) سقط من ب .

(٣) فى ب : الأولتين .

(٤) المدونة (١ / ١٦٣) .

بسجديتها ثم ذكر ذلك أضاف إليها ركعة [إن كانت الأولى] (١) وجعلها نافلة
ويبتدئ صلاته وإن كانت الركعة الثالثة أضاف إليها رابعة إذا كان ذلك بعد عقد الثالثة
[بسجديتها] (٢) ثم يعيد صلاته .

[فأما إن لم يعقدها بسجديتها] (٣) جلس وسلم وجعل ما هو فيه نافلة ثم
يبتدئ صلاته كذا ينبغي أن يجرى الأمر على القولين ، وهو معنى ما فى « كتاب ابن
المواز » وغيره ، وعرضته على بعض شيوخنا فصوبه وقال به .

قال عبد الحق : إذا قدم السورة على أم القرآن فرجع فقرأ أم القرآن ثم قرأ
السورة اختلف هل عليه سجود [السهو] (٤) ؟

والذى تقتضيه « المدونة » أن يسجد بعد السلام . دليل ذلك قوله فى صلاة العيد :
(إذا قدم القراءة على التكبير فرجع وكبر [وقرأ] (٥) [قال] (٦) : إنه يسجد بعد
السلام) (٧) وعليه السجود هاهنا [لطول] (٨) القيام كذا رأيت لسحنون أن السجود
إنما هو لطول القيام لا لقراءته ، ولو لم يقرأ إلا يسيراً لم يكن عليه سجود .
فإذا كانت [هذه] (٩) العلة وطول القيام فهى موجودة فى مسألتنا .

وقد قيل : إنه [(١٠)] إذا قدم السورة على أم القرآن .

-
- (١) سقط من ب .
 - (٢) سقط من ج .
 - (٣) فى ج : فإن لم يعقدها .
 - (٤) سقط من أ ، ب .
 - (٥) سقط من ب .
 - (٦) سقط من أ و ج .
 - (٧) المدونة (١ / ٢٤٥) .
 - (٨) فى أ ، ب : طول .
 - (٩) سقط من ب و ج .
 - (١٠) سقط من ب و ج .

وبعض الناس يفرق [بين المسألتين] (١) يفرق ، بأن يقول : الذى قدم السورة إنما قدم قرآناً فقدم شيئاً على جنسه ، وفى مسأله العيد إنما قدم قرآناً على تكبير فقدم شيئاً على غير جنس ما خوطب به .

وهذا الكلام ليس بشيء ؛ لأن العلة فى مسألة العيد ما ذكرنا من طول القيام كما قال سحنون هى موجودة فى مسألتنا ؛ فما بين المسألتين فرق . والله أعلم .

[قال عبد الحق : اعلم أن الدعاء مكروه فى ثلاثة مواضع : فى الركوع ، وبعد الإحرام قبل القراءة ، وفى الجلوس للتشهد قبل التشهد] (٢) .

قال غير واحد من شيوخنا : إنما كره حمل الحصباء من [موضع] (٣) الظل إلى [موضع] (٤) الشمس فى المساجد خاصة (٥) لأنه يحفرها ويؤذى الماشى بها . فأما فى غير المساجد فلا كراهية فى ذلك .

قال عبد الحق : إذا صلى على حصير بطرفه نجاسة ، [فلا] (٦) شيء عليه إذا كان الموضع الذى يصلى فيه طاهراً وإن كان يتحرى موضع النجاسة ، وقاله غير واحد من شيوخنا ، ومنهم من ذهب إلى مراعاة تحرى موضع النجاسة . وليس ذلك عندى بالصحيح ؛ لأنه إنما خوطب بطهارة ثوبه وبقعته ، وموضع النجاسة فبائن عنه ؛ فلا يضره .

وأما العمامة يكون بطرفها المسدل نجاسة فهذا يراعى فيه تحرى موضع النجاسة ؛ لأن العمامة هو لابس لها ، فإذا كان المسدل منها يتحرك صار بعض ثيابه فيه نجاسة [ق/ ١٥ ب] فهذا مفترق . والله أعلم .

قال عبد الحق : إذا استند المريض لحائض أو جنب وكانت ثيابهم طاهرة ، لا

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ب .

(٤) سقط من ب .

(٥) المدونة (١ / ١٧٠) .

(٦) فى أ : لا .

شئ عليه ، ذكر لى هذا بعض شيوخنا من غير أهل بلدنا عن أبى محمد بن أبى زيد رحمه الله .

وحمل ما روى عن ابن القاسم أنه [إنما] (١) يعيد فى الوقت إنما هو لأن الأغلب أن ثيابهم غير طاهرة، فإذا كانت ثيابهم طاهرة لم يضر المريض استناده بهم . والله أعلم .

قال بعض شيوخنا : إذا افتتح صلاة النافلة على أن يصلحها قائماً ولا يجلس أو نوى قدرًا معلومًا من القراءة فيها ، لم يكن له أن يجلس ويلزمه ذلك .

وليس [فيها] (٢) بين ابن القاسم وأشهب اختلاف ؛ لأن من نوى شيئاً ودخل فيه لزمه بالدخول فيه ، وصار كمن نذره بلسانه ، [والله أعلم] (٣) .

قال عبد الحق : قوله : (يتنفل على البعير فى السفر ، وكذلك على الأرض ليلاً [أو] (٤) نهاراً) (٥) إنما [ذكر] (٦) التنفل على الأرض ؛ لأن ابن عمر كان لا يتنفل على الأرض فى السفر نهاراً .

ورأيت فى بعض الحديث عنه أنه قال : (لو كنت مسبحاً لأتممت صلاتي) - يريد: لو كنت متنفلاً - ، ثم قال : «يا بن أخى : صحبت رسول الله ﷺ فلم [ق/ ١٢] يزد على ركعتين حتى قبضه [الله] (٧) » (٨) .

قال ابن حبيب : كره ابن عمر وغيره أن يتنفل المسافر بالنهار بإثر المكتوبة .

قال مطرف : وأما التنفل بالليل بإثر المكتوبة وبغير إثرها ، والتنفل فى المحمل

(١) سقط من أ و ج .

(٢) فى ب و ج : فى هذا .

(٣) سقط من ب .

(٤) فى الأصول : و ، والمثبت من «المدونة» .

(٥) المدونة (١/١٧٣) .

(٦) فى أ : ذكره .

(٧) سقط من ب .

(٨) أخرجه مسلم (٦٨٩) .

وعلى الدابة حيث توجهت للمسافر فلا خلاف في جواز ذلك ولا كراهية فيه من أحد.

قال عبد الحق: قيل : إن ابن مسعود - رحمه الله - كان يقرأ في غير الصلاة ويفسر لأصحابه ليفهموا فأما في الصلاة فلم يكن يقرأ كذلك ؛ فمن قرأ في الصلاة [بتلك] (١) القراءة التي كان يقرأ بها في غير الصلاة أعاد .

وذكر أبو بكر الأبهري في شرح [كتاب] (٢) ابن عبد الحكم (٣) : أن هذه القراءة التي نسبت إلى ابن مسعود نقلت نقل آحاد ، ونقل الآحاد غير مقطوع به ، والقرآن إنما يؤخذ بالنقل المقطوع به التي تنقل الكافة عن الكافة .

وقال : إنها قراءة تخالف مصحف عثمان [رحمه الله] (٤) المجتمع عليه .

قال عبد الحق : وقع في «الكتاب» أن مالكا توقف في إعادة من صلى خلف مبتدع وقال فيه : (إذا أيقنته وصليت الجمعة أعدتها ظهراً [أربعاً] (٥)) . فإنما فرق بين ذلك ، والله أعلم ؛ لأن الذي صلى الجمعة خلفه تقاة لم يأت رغبة في الصلاة خلفه ولا قاصداً للاتمام به ؛ فإنما صلى خوفاً على نفسه ، والآخر صلى يريد الرغبة في [فضل] الجماعة والإتمام [بالإمام] (٦) ؛ فالأمر في ذلك مختلف ، والله أعلم .

ورأيت [في مسائل] (٧) لبعض الأندلسيين مثل هذا قال : يحتمل أن يكون فرق بين ذلك لما وصفناه ، (والله أعلم) (٨) .

(١) في ج : بمثل .

(٢) في أ : كتب .

(٣) يعني «المختصر» .

(٤) زيادة من أ .

(٥) سقط من ب .

(٦) سقط من ب .

(٧) في ب و ج : مثل هذا .

(٨) سقط من ب .

ونحوه قال لى بعض شيوخنا من القرويين .

قال عبد الحق : ذكر فى «الكتاب» أنه إذا أقيمت [الصلاة عليه] (١) وهو فى نافلة ؛ إن كان ممن يخفف - حسب ما ذكر - تمادى فيها .
وقال : إذا أقيمت عليه الفريضة وقد دخل فيها [ق / ١١ب] إنه يقطع إذا لم يركع .

ولم يشترط إن كان ممن يخفف الركعتين كما اشترط فى النافلة ، فيحتمل أن يكون إنما فرق بين ذلك لأن الفريضة التى دخل فيها إذا قطعها هو عائد إليها والنافلة لو أمر بقطعها لم يعد إليها ؛ إذ لا يلزمه قضاؤها ؛ لأنه لم يعتمد قطعها ، والنوافل إذا قطعت للعذر لم يلزم قضاؤها ، فاستحب له التماضى فيها لهذا . والله أعلم .
وأيضاً فإن الذى دخل فى الفريضة لو أمر أن يجعلها [ق / ٨ ج] نافلة إذا كان ممن يخفف صار قد انتقل من نية الفرض التى دخل فيها إلى نية النفل ، فأمر بالقطع لاختلاف نيته .

والآخر الذى دخل فى النافلة لم تتغير نيته هو متماد على النية التى دخل بها فلم يؤمر بالقطع ، وهذا كله تفريق استثناس لا يسلم من الاعتراض .
وأعرف لبعض أصحابنا وأراه ابن حبيب أنه ساوى بين المسألتين إذا كان ممن يخفف وهو القياس ، والله أعلم .

قال [فى «الكتاب»] (٢) : (وإذا قرأ كتاباً بين يديه يفترق إن فعل ذلك سهواً أو عمدًا) .

قال بعض شيوخنا : إن فعل ذلك عمدًا وكان شيئاً يسيراً فلا شيء عليه إذا لم ينطق بذلك وإنما قرأ بقلبه ، وإن كان شيئاً كثيراً فيبطل على نفسه .
وأما إن نطق بما قرأ فى الكتاب سواء كان ذلك يسيراً أو كثيراً إنه يبطل على نفسه

(١) فى ج : عليه الصلاة .

(٢) فى ب : قال بعض شيوخنا .

في العمد ؛ لأن ذلك كلام ، والكلام عمداً في الصلاة (لا) (١) يستخف يسيره .
وهذا بين ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إذا كان في الصلاة فذهبت دابته أو سرقت ، وكان في خناق من الوقت إن ذهب يطلبها خرج الوقت : ذكر لى أن الشيخ أبا الحسن بن القاسمى - رحمه الله - ذهب في هذه المسألة إلى أنه يتمادى على صلاته ولا يقطع .

وليست كمسألة « الكتاب » ؛ لأنها جرت على أن الوقت متسع ، ويحتمل عندى أن يكون هذا الذى ذكر عن الشيخ أبى الحسن إنما هو إذا كان [هذا] (٢) الرجل لا تناله مشقة شديدة وضرورة بينة لفقد دابته .

فأما إن كان فى سفر وحيث لا يجد العوض منهما وفى عدمه إياها ضرورة ومشقة فقطع صلاته وطلبها يباح له مع ما وصفته . والله أعلم .

قوله : (لا يعرف مالك التسبيح فى الركعتين الآخرتين) (٣) إنما يعنى بذلك لا يجتزئ بالتسبيح فيهما دون القراءة ؛ لأن بعض المخالفين يذهب إلى أنه يسبح فى الركعتين الآخرتين ولا يقرأ ، وإنما يقرأ عنده فى الركعتين الأولتين ، فاعلم ذلك .

تم كتاب الصلاة الأول بسم الله وعونه

[وتأيدته ونصره ، وصلى الله على محمد وآله وسلم] (٤) [ق / ١٧ ب]

(١) فى ب : لأنه .

(٢) سقط من ب .

(٣) المدونة (١ / ١٩٧) .

(٤) زيادة من ب و ج .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ كتاب الصلاة الثاني

استعنت بالله

[قال عبد الحق] (١) : سجود القرآن على مذهب مالك من السنن المندوب إليها وليس بواجب كما زعم بعض الناس ، ويستدلون [ق/ ق ١٣ أ] على وجوب ذلك بأن الله تعالى قد علق الذم بترك السجود في قوله عز وجل : ﴿وَإِذَا قُرِئَ عَلَيْهِمُ الْقُرْآنُ لَا يَسْجُدُونَ﴾ (٢) والذم إنما يتعلق [في ترك] (٣) واجب .

وهذا لا دليل [فيه لهم] (٤) ؛ لأن هذه الآية وما بعدها إنما هي واردة في الكفار؛ ألا تراه تعالى قال : ﴿بَلِ الَّذِينَ كَفَرُوا يُكَذِّبُونَ﴾ (٥) إلى ما بعد ذلك ؛ فهذا الذم إنما تعلق على ترك الإيمان لا على نفس السجود .

وقد قال عمر رضى الله عنه : إن الله لم يكتبها علينا إلا أن نشاء (٦) ، أو كما قال .

ورأيت لبعض البغداديين ذكر مثل قول عمر رضى الله عنه للنبي عليه السلام ، وليس الغرض التطويل في إقامة الدليل على نفي وجوبها وإنما القصد معرفة المذهب وقد ذكرناه .

وإن قيل : فلم قال : إنها إذا قرئت بعد العصر أو بعد الصبح أن قارئها يسجد ما لم يسفر أو تسفر الشمس قياساً على صلاة الجنائز ؛ فقاسها على صلاة قد اختلف

(١) سقط من أ .

(٢) سورة الانشقاق : ٢١ .

(٣) سقط من أ .

(٤) في ب تقديم وتأخير .

(٥) سورة الانشقاق : ٢٢ .

(٦) أخرجه مالك (٤٨٤) والبخارى (٣٦٦/١) والبيهقى في «الكبرى» (٢٥٧٤) و(٥٥٨٧)

والطحاوى في «شرح المعاني» (١٩٢٥) .

فى فرضها .

قيل : يحتمل أن يكون قوى سببها عنده على النقل للاختلاف فى وجوبها فقاسها على الجنائز المتنازع فى وجوبها وزادها مزية على النوافل [لهذا] (١) ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قوله : (إذا قرأها فى غير إبَّان صلاة أو على غير وضوء يتعدها إذا قرأ) (٢) يعنى : يتعد موضع ذكر السجود خاصة - كأن ذكر السجود فى أول الآية أو فى آخرها - وليس عليه أن يتعدى جملة الآية ، قاله غير واحد من شيوخنا .

وكذلك قال بعضهم فى قوله : (يكره قراءة السجدة لا قبلها شيء ولا بعدها شيء) (٣) إنما يعنى : تخصيص موضع السجود لا الآية بجملتها ، بل قراءة جملة [الآية] (٤) لا كراهية فيها . والله أعلم .

قال عبد الحق : إذا ركع بالسجدة فإن كان متممداً للركوع تاركاً للسجود فهذا قد ترك السجدة فركعته صحيحة وصلاته تامة .

وإن أراد أن يسجد فركع سهواً فذكر بعد كمال الركعة فهذا قد قصد السجدة فى ركوعه ولم يركع بنية الفرض ؛ فيدخل فى هذا الاختلاف الذى فى مسألة من انتقل من نية الفرض إلى نية النفل سهواً ؛ فلا يغره ذلك عند بعض أصحاب مالك ، وهو باق على متقدم نيته .

وأما ابن القاسم فمذهبه : أن الصلاة لا تجزئه إذا لم يقصد بالركعة الفرض وانتقل إلى نية النفل .

هذا الذى تبين فى المسألة ونحوه حفظت عن بعض شيوخنا .

اعلم : أنه إذا قرأ السجدة فى النافلة فنى أن يسجد حتى ركع تمادى وإن لم

(١) سقط من ب .

(٢) المدونة (١/١٩٩) .

(٣) المدونة (١/١٩٩) .

(٤) سقط من أ .

يرفع رأسه كما إذا ذكر [ق/ ١٨ب] ذلك فى الركعة الثانية وهو راع ، لا فرق بين [الركعة] (١) الأولى والثانية فى هذا ؛ لأنها ركعة قد انعقدت على أحد القولين فلا يبطلها ، [فاعلم] (٢) أن الركوع هاهنا فوت وإن لم يرفع رأسه وكذلك الذى يقدم القراءة على التكبير فى صلاة العيدين يرجع ما لم يركع ، فإذا ركع و[إن] (٣) لم يرفع رأسه تمادى .

وكذلك الذى ذكر سجود سهو قبل السلام من فريضة وهو فى فريضة أو نافلة إذا ركع وإن لم يرفع رأسه تمادى .

وكذلك من نسى السورة التى [هى] (٤) مع أمّ القرآن فذكر ذلك وهو راع يتمادى وإن لم يرفع رأسه .

فى هذه المسألة التى قدمنا كلها إذا ركع وإن لم يرفع رأسه فذلك فوت كرفعه رأسه سواء .

قال عبد الحق : الخط باطل ، صورته عند من يذهب إليه أن يخط خطأ من القبلة إلى دبر القبلة يجعله عوضاً من السترة ، وليس من المشرق إلى المغرب على مذهبهم .

قال بعض شيوخنا : لا يجمع المسافر فى البحر بين الصلاتين ، بخلاف المسافر فى البر ؛ لأننا إنما نبيح للمسافر فى البر الجمع من أجل جد السير وخوف فوات أمر ، وهذا غير موجود فى المسافر بالرياح فى البحر .

قال بعض شيوخنا : وللمرأة المسافرة الجمع بين [الصلاة] (٥) وإن لم يجد بها

(١) سقط من أ ، ب .

(٢) فى ب : واعلم .

(٣) سقط من ب .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى ب : الصلاتين .

السير] (١) وتخاف فوات أمر ، وليست كالرجل لعظم ضرورتها وكثرة المشقة عليها ؛ فيقوم ذلك فيها مقام المسافر يجد به السير .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا وقع مطر شديد بعد صلاتهم المغرب لم يجز لهم الجمع على أصل ابن القاسم ؛ وذلك أنه لو جاز لهم ذلك لم يحل أن يؤخروا العشاء الآخرة شيئاً أو يقدموها إلا أن يكون بفور فراغهم من المغرب ، فإن قدموها صاروا قد جمعوا في أول الوقت وليس مذهب ابن القاسم الجمع بين الصلاتين في أول الوقت ، وإن أخروا العشاء الآخرة شيئاً صاروا قد فصلوا بين المغرب والعشاء الآخرة .

وسبيل الوجهان جمعهما ألا يكون بينهما تراخ . فلما بطلت لما وصفنا لم يجز أن يجمعوا . والله أعلم .

قال عبد الحق؛ قوله : (إذا نوى المسافر إقامة أربعة أيام فأكثر أتم الصلاة) (٢) هذا التحديد مأخوذ من الحديث المذكور فيه أن النبي عليه السلام قال : « لا يقيم [ق/ ١١٤] مهاجر بعد قضاء نسكه فوق [ثلاثة] (٣) » (٤) أو كما قال ، فمنع المهاجر الذي نهى أن يتخذ مكة قراراً من الإقامة فوق الثلاثة ؛ فدل أن الثلاثة ليست في حيز الإقامة لما أباحها ، وأن الأربع فما فوقها إقامة لتحضيره إياها عليه ؛ إذ الموضع لا يحسن اتخاذها إياه قراراً وقد نهى عن المقام به وأمر بالهجرة منه .

وأما تحديده يوماً وليلة في قصر المسافر فيؤخذ من [قول] (٥) النبي عليه السلام : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تسافر [مسافة] (٦) يوم وليلة إلا مع ذي محرم منها » (٧) .

(١) سقط من ج .

(٢) المدونة (١/ ٢٠٦) .

(٣) في ب : ثلاث .

(٤) أخرجه البخارى (٣٧١٨) ومسلم (١٣٥٢) من حديث العلاء بن الحضرمي رضى الله عنه .

(٥) في ب : حديث .

(٦) في ج : مسيرة .

(٧) أخرجه مالك (١٧٦٦) والبخارى (١٠٣٨) ومسلم (١٣٣٩) من حديث أبى هريرة

رضى الله عنه .

فدل أن اليوم واللييلة فى حيز السفر وإن ما دونها ليس كذلك فإنما رجع مالك عن القول بيوم ولييلة إلى القول بأربعة برد ؛ لأن البرد تضبط وتحصل ، واليوم واللييلة لا يكاد يتحصل السير فيهما لاختلافه بالسرعة والتأنى ، وقد روى أن النبى ﷺ [١] قال : « يا أهل مكة لا تقصروا لأقل من أربعة برد » (٢) .

قال أبو بكر بن الجهم : قيل لعروة : ما بال عائشة تتم فى السفر ؟ قال : أراها تأولت ما تأول عثمان (٣) .

قال أبو بكر : ويقال إن الذى تأول عثمان أنه [ق/ ١٩ ب] كان يقول : أنا أمير المؤمنين فحيث كنت فى البلاد فأنا فى عملى ، وقالت عائشة - رضى الله عنها : أنا أم المؤمنين فحيث كنت فأنا عند ولدى وفى بيتي ، وقال ابن حبيب : إنما أتم عثمان بمنى خاصة ؛ لأن له بها أرضاً ومالاً [فتأول] (٤) أنه غير مسافر بمنى .

قال عبد الحق : وأما ما قيل [ق/ ٩ ج] من أن عائشة - رضى الله عنها - إنما أتمت لأن النبى ﷺ قال لها ولغيرها من نسائه فى حجة الوداع : «إنما هى هذه ثم الزمن ظهور الحصر» (٥) يعنى : إنما هى هذه الحجة ثم اجلسن فى بيوتكن . فقد قيل : إنه حديث غير صحيح (٦) لم يدخله إلا من قصد به الطعن على عائشة -

(١) فى ب : عليه السلام .

(٢) أخرجه الدارقطنى (٣٨٧/١) والطبرانى فى «الكبير» (١١١٦٢) والبيهقى فى «الكبرى» (٥١٨٧) وابن الجوزى فى «التحقيق» (٧٦١) من حديث ابن عباس رضى الله عنهما .

قال البيهقى : هذا حديث ضعيف ، إسماعيل بن عياش ، لا يحتج به ، وعبد الوهاب بن مجاهد ، ضعيف ، بمره ، والصحيح أن ذلك من قول ابن عباس .

وقال الألبانى : موضوع .

(٣) أخرجه البخارى (١٠٤٠) ومسلم (٦٨٥) .

(٤) فى أ : فأول .

(٥) أخرجه أحمد (٢١٩٥٥) وأبو داود (١٧٢٢) والطبرانى فى «الكبير» (٣٣١٨) وأبو يعلى

(١٤٤٤) والبيهقى فى «الكبرى» (٨٤٠٥) وابن أبى عاصم فى «الأحاديث المثنى» (٩٠٣) من

حديث أبى واقد الليثى رضى الله عنه .

قال الألبانى : صحيح .

(٦) بل الحديث صحيح ، وقد روى من عدة طرق غير ما ذكرنا .

رضى الله عنها ، وما تقدم من التأويل [عنها] (١) أولى ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قوله : (إذا شفع وتره ساهياً سجد بعد السلام) (٢) إن اعترض معترض في هذا فقال : أليس هذا قد زاد في الوتر مثله فهلا كمن زاد في صلاته مثلها أنه يعيدها ؟

فالجواب عن هذا عندي . والله أعلم . : أنه لما لم يجعله كمن زاد في صلاته مثلها ؛ لأن الوتر على مذهبنا إنما يكون عقيب شفع ، ولا يحسن إفراده دون شفع . ومن الناس من يرى أنه لا يفصل بين الشفع والوتر بسلام ، فلما كان ذلك أشبه صلاة هي ثلاث ركعات زاد فيها ركعة ، هذا وجه ذلك ، والله أعلم .

قال : (إذا لم يدر أفى الشفع هو أم فى الوتر إنه يسلم ثم يسجد بعد السلام ويعيد الوتر) (٣) .

إن قال قائل : لم قال : (يسجد بعد السلام) وهو لا يخلو أن يكون فى شفع فقد سلم منه وأتى بوتره أو يكون فى الوتر فقد سلم منه وهذه ركعة منفردة بنفسها لا تضره فما فائدة السجود ؟

فالجواب : أن السجود إنما كان هاهنا لاحتمال أن يكون أضاف ركعة الوتر إلى ركعتى الشفع من غير سلام ؛ فيصير قد صلى الشفع ثلاثاً ؛ فسجد بعد السلام لاحتمال هذا ، والله أعلم .

وقد رأيت مثل هذا الذى [وصفناه] (٤) لغير واحد .

قال عبد الحق : وإن قال قائل : لم إذا ذكر صلاة فنتسيها وهو فى فريضة ، وقد صلى منها ركعة فقط لم يختلف ؟

قوله : إنه لا يقطع ، وإذا ذكرها فى نافلة ، وقد صلى منها ركعة اختلف قوله : هل يقطع فما الفرق بين ذلك على أحد القولين ؟

(١) فى ب : عليها .

(٢) المدونة (١/٢١٩) .

(٣) المدونة (١/٢١٢) .

(٤) فى ب : وصفته .

فالجواب : أنه إنما قال : يقطع فى النافلة، فى أحد قوليه، لأنه إن تبادى عليها صار مكملًا لها وكان ذكره للفاصلة لا تأثير له ، إذ بقى على ما دخل عليه ، وأتم ما كان فيه ، وأما الفريضة فهو وإن أتى ركعة أخرى فيها فجعل ما هو فيه نفل فهو قاطع لما دخل فيه لأنه لم يكمل أربعًا كما دخل عليه فصارت الفائلة التى ذكرها قد أثرت هذا التأثير وأزلته عما عقده وابتدأ عليه وإنما تماثل الفريضة النافلة لو ذكر الفائلة بعد أن صلى ثلاث ركعات من الفرض فهاهنا المسألتان سواء فيها الاختلاف هل يقطع لأنه إذا زاد ركعة فى الفرض يصير مكملًا لما دخل عليه [ق/ ٢٠ب] كالنافلة التى إذا زاد فيها ركعة أكمل ما دخل فيه .

فالجواب فى ذلك على القولين والأميرين سواء، فاعلم ذلك .

قال بعض شيوخنا : وإذا أمر أن يتم أربعًا على أحد القولين فى ذكره صلاة نسيها بعد ثلاث ركعات فنوى بالركعة الرابعة التى يأتى بها الفرض لا النفل ، وكذلك الذى يقام عليه الصلاة وقد صلى ثلاث ركعات فيؤمر أن يأتى برابعة ينوى بها الفرض أيضًا ولا ينوى بذلك النفل بخلاف إذا صلى ركعة فأمر بإتيان ركعة أخرى بنية النفل فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : وإن قيل : لم إذا ذكر الإمام صلاة نسيها يقطع ويقطعون ولم يجعل ذلك على هذا القول كالحديث أنه يستخلف ؟

فالجواب عن ذلك : أنه لما كانت صلاة المأموم متعلقة بصلاة إمامه وجب إذا بطلت على الإمام الصلاة أن تبطل على من خلفه ، هذا أصل المذهب ، فخرج من هذه الجملة الاستخلاف فى الإحداث بالسنة ويعنى ما وصفناه على الأصل فى وجوب قطعه وقطع المأمومين ، هذا الذى يظهر لى ، وقد رأيت بعض شيوخنا من غير أهل بلدنا يقول على هذا التعليل ويضعف ما يقول بعض الناس : من أنه لما كانت الصلاة التى هو فيها صحيحة على قول قائل وغير مأمور عندهم أن يقطعها صار إذا قطع كمن قطع صلاته متعمدًا على قول قائل فوجب لذلك أن يفسد على القوم ويقطعون ، وكيف يصح هذا التعليل ، وقد قال فى أحد قوليه : إذا ذكر بعد أن

صلى بهم : إنهم يعيدون في الوقت ، فهذا يدل على ضعفها لا على قوة صحتها كما قال القائل الذي وصفنا والتعليل الذي قدمنا أصوب . والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا سلم من اثنتين وذكر ذلك وهو جالس في مقامه ليس عليه أن يحرم إذا رجع بالقرب إلى صلاته ، ولو ذكر ذلك وهو قائم ولم ينصرف عن موضعه فذلك مثل لو انصرف عن موضعه إذا رجع ، فلا بد له من إحرام ، والذي قال بين لأنه إذا لم ينصرف ولم يعمل عملاً [فإنما] (١) حصل منه السلام فقط فهو ككلام تكلم به في حال الصلاة سهواً أنه يتمادى على صلاته من غير إحرام يحدثه .

قال بعض شيوخنا : إذا صلى الإمام خامسة فتبعه قوم على طريقة العمدة ، وقالوا : تأولنا اتباع [الإمام] (٢) لم ينفعهم تأويلهم بخلاف إذا قال الإمام : إنما أتيت بالخامسة لسجدة أسقطتها هاهنا ينفع من تبعه عمداً تأويله لأن تأويلهم قد وافق فعلاً صحيحاً يعتد به الإمام [ق/ ٢١ ب] .

وأما في الوجه الذي قدمنا فلم يصادفوا فعلاً صحيحاً يعتد به الإمام لأن الإمام قد زاد ما ليس من نفس صلاته ، فهذا مفترق .

وهذا السؤال الذي وصفنا إذا قال الإمام : قد أسقطت سجدة ، قال فيه في كتاب «محمد» : تبطل صلاة من لم يتبعه فيها ، يريد : إن لم يوقنوا أنه لم يسقط شيئاً ، ويصح للذين اتبعوه على [سبيل] (٣) العمدة وعلى السهو .

وقال سحنون في «المجموعة» : صلاة الساهين تامة وصلاة العامدين باطلة إن أيقنوا أنه لم يبق عليه شيء إلا أن يتأولوا أن عليهم اتباع إمامهم ، فأرجو أن يجزئهم ، وأحب إليّ أن يعيدوا ، فصلاة من جلسوا تامة إن أيقنوا أنه لم يبق عليه شيء وإن قعدوا على شك فصلاتهم باطلة ، فقد قال سحنون في العامدين إذا

(١) في ب : فإنه .

(٢) في ب : إمامنا .

(٣) زيادة من ج .

تأولوا: أحب إلى أن يعيدوا ، على أنهم اتبعوا الإمام فيما يعتد به ففي السؤال الأول يفيد أن تجزئهم الصلاة ، والله أعلم .

قال عبد الحق : الذى كنت أحفظ مما يذكر فى المجالس : إذا نسى سجديتين من ركعة فذكر ذلك وهو قائم أنه يخر ساجداً وليس عليه أن يجلس ثم يسجد ، وإن كان إنما نسى سجدة واحدة فهأنا لا يخر كما هو بل يجلس [ق / ١٥] ثم يسجد ؛ لأن عليه الفصل بين السجديتين بجلوس فلم يجلس إلا أن يكون إنما أسقط هذه السجدة من الركعة الثانية ، فهأنا إذا ذكر وهو قائم فى الثالثة يخر وليس عليه أن يجلس ؛ لأن الفصل بين السجديتين بالجلوس قد فعله لأنه موضع جلوس إذا جلس للتشهد .

وعرضت هذا على بعض شيوخنا من القرويين واعترض فيما فصلناه فى ترك سجدة فقال : إنه وإن أتى بالجلوس فى تشهده فقد بقى عليه أن ينحط للسجدة من جلوس ، فإذا خر ولم يجلس كما وصفت فقد أسقط الجلوس الذى يجب أن يفعل السجدة منه . و [هذا] (١) الذى قال [له] (٢) عندى وجه . والله أعلم .

وإذا نسى السجديتين من الركعة الأولى ، ونسى الركوع من [الثانية] (٣) ، وذكر ذلك وهو جالس أو ساجد ، قال بعض شيوخنا من القرويين : يرجع إلى القيام ليأتى بالسجديتين وهو منحط لهما من قيام . فإن لم يفعل وسجد السجديتين على حاله فقد نقص الانحطاط فيكون سجوده قبل السلام إذا ترك ذلك سهواً . والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا قال موضع «الله أكبر» ، «سمع الله لمن حمده» ، وموضع «سمع الله لمن حمده» ، «الله أكبر» : يرجع فيقول : الله أكبر سمع الله لمن حمده ، ولا يقول : سمع الله لمن حمده [ق / ٢٢ ب] فقط .

(١) فى أ : هو .

(٢) سقط من ب .

(٣) فى ب : الثالثة .

ويجتزئ بالتكبير الذى قال حين رفع رأسه ؛ لأنه إنما نوى بذلك التكبير الرفع فلا يجزئه ذلك حتى يأتى بتكبير ينوى به الخفض وتحميد ينوى به الرفع .

وخالف هذا القول غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا وغيرهم ، ورأوا أنه إنما عليه أن يقول : سمع الله لمن حمده ، فقط ، ولا يقول : الله أكبر ؛ لأن موضع التكبير قد فاته فلا يؤمر أن يأتى به فى غير موضعه كما لو أسقط [التكبير] (١) فذكر ذلك وقد رفع رأسه أنه لا يرجع فيأتى بالتكبير التى نسى ؛ لأن موضعها قد فات ؛ فلا فرق بين من نسى [التكبير] (٢) ولا [ق/ ١٠] بين من جعل موضعها سمع الله لمن حمده وهذا القول هو الصواب عندى ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا فى هذا الذى يدل على ما وصفنا : إذا رجع فقال الذى عليه فعلية السجود بعد السلام من أجل ما زاد ، ولو أنه بدل موضع [التكبير] (٣) فقط أو التحميد خاصة ولم يرجع فيقول ما عليه فلا سجود عليه ؛ لأن الذى بدل كأنه أسقطه وإنما هو مسقط لتكبيرة أو تحميدة ، وما قاله فى غير موضعه بعد زيادة ؛ فصار كمن ترك تكبيرة وزاد مثلها فلا سجود عليه ؛ لأن السجود إنما يجب لنقصان اثنتين وما وصفنا نقصان إذا انفرد لا سجود فيه ، وزيادته أيضاً إذا انفردت لا سجود عليه فيها ؛ فلم يكن عليه فى ذلك سجود ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إذا ذكر سجود سهو عليه بعد السلام وهو فى وقت لا تجوز [فيه النافلة] (٤) ذكر لى عن بعض شيوخنا من القرويين : أنه ينظر فإن كان ذلك السجود من فريضة فيأتى به ، وإن كان إنما وجب من نافلة فلا يأتى به ؛ فجعل السجود مقيساً على الأصل الذى وجب السجود بسببه .

قال عبد الحق : إذا ذكر سجود سهو عليه قبل السلام مما تبطل فى تركه الصلاة من فريضة فذكر ذلك وهو فى فريضة أخرى وقد أطل فيها ولم يركع قطع ، وإن

(١) فى ب : التكبيرة .

(٢) فى ب : التكبيرة .

(٣) فى ب : التكبيرة .

(٤) فى ب تقديم وتأخير .

كانت نافلة أتمها ولم يقطع .

فالفارق بين ذلك : أن الفريضة إنما أمر بقطعها؛ لأنه عائد إليها ، والنافلة لو قطعها لم يعد إليها .

وأيضاً فإن الذى فى فريضة لو أمر أن يجعل ما هو فيه نافلة صار ينتقل من نية [الفريضة] (١) التى دخل بها إلى نية نفل ؛ فأمر بالقطع لاختلاف نيته ، وأما فى النافلة فهو باق على نيته ؛ فلذلك أمر بالتمادى عليها .

وأيضاً : فإن النافلة التى دخل فيها بعد [فريضة] (٢) يقدر على التمدادى عليها (٣) من غير أن يفوته فى فرضه وقت الاختيار لاتساع الوقت ، والفريضة إنما تصلى بعد فريضة أخرى وهو فى خناق من وقت الأولى ؛ فأمر بالقطع لذلك .

قال بعض شيوخنا : ولو كان قد [دخل] (٤) فى نافلة وهو فى ضيق من وقت الفريضة لأمر بالقطع .

مثال ما ذكره : أن يصلى العشاء الآخرة قريباً من الفجر ونسى السجود قبل السلام منها ويدخل فى نافلة ويخشى طلوع الفجر ، أو يصلى الظهر فى آخر وقتها ويخشى إن تمادى [فى] (٥) النافلة التى دخل فيها أن يدخل عليه [ق/ ٢٣ب] وقت العصر فيفوته وقت [ق/ ١١٦] الاختيار .

ففى هذا ونحوه ينبغى أن يقطع النافلة التى هو فيها فتستوى الفريضة والنافلة فى هذا . والله أعلم .

وهذه الفروق التى قدمنا هى على طريق الاستئناس ولا تسلم من الاعتراض .

فإن قيل : لم إذا ذكر صلاة وهو فى [صلاة] (٦) نافلة إنه يقطع إذا لم يركع وقد

(١) فى ج : الفرض .

(٢) فى ج : فرضه .

(٣) سقط من ب .

(٤) فى ب : صلى .

(٥) فى ج : على .

(٦) سقط من ب وج .

قلت هاهنا في تركه السجود من الفريضة : [أنه] (١) إذا ذكر وهو في نافلة وأطال ولم يركع إنه لا يقطع ، والفريضة التي ترك [منها] (٢) السجود قد بطلت . فهلا كان كمن ذكرها وهو في نافلة ؟

فالجواب : أن هذه التي فسدت ، وقتها لم يذهب ؛ فلذلك أمر بالتمادي على النافلة ؛ إذ وقت الاختيار قائم بعد ، والذي ذكر صلاة وهو في نافلة إنما يذكر صلاة قد خرج وقتها فلذلك يقطع النافلة التي هو فيها إذا لم يركع ، وهذا بين ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قوله في مسألة إذا صلى النافلة خمسا : (يسلم ثم يسجد) (٣) فجعل السجود هاهنا بعد السلام .

ثم قال : (وأرى أن يسجد قبل السلام إذا صلى النافلة خمسا) ليس هذا تناقضا من القولين .

وقد اختلف في تأويل هذا الذي وقع له هكذا ، وأصوب ما قيل في ذلك - والله أعلم - أن قوله : (يسلم ثم يسجد) إنما هو على قول من يرى أن النافلة أربع ، وقوله بعد ذلك : (يسجد قبل السلام) إخبار عن مذهب مالك ؛ فكأنه تكلم ما الذي يجب على مذهب مالك في ذلك وما الذي يجب على مذهب غيره ، ممن يرى أن النافلة أربعاً ؛ ألا تراه قال : يسلم ثم يسجد ؛ لأن النافلة أربع في قول بعض العلماء ؛ فأخبر أن هذا الذي يفعل على قول هؤلاء القوم الذين يذهبون إلى أن النافلة أربع (٤).

قال : وأما على قول مالك فركعتان . ثم قال : (وأرى أن يسجد قبل السلام) [فأبان] ما الذي يجزئ على قول مالك الذي يرى أن النافلة ركعتان . وقد تأول غير هذا ، والصواب من ذلك ما ذكرته ، والله أعلم .

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : منه .

(٣) المدونة (١) / (٢٩١) .

(٤) أظنها هكذا .

قال بعض شيوخنا: إذا استخلف الإمام رجلاً لما أحدث في الصلاة فبنفس الاستخلاف يصير إماماً للقوم وإن لم يعمل بهم عملاً حتى إنه لو أحدث عمداً لأبطل عليهم . وليس [هذا] (١) كالذي يستخلف سكراناً أو مجنوناً ؛ هذا لا يبطل عليهم حتى يعمل بهم عملاً فيتبعونه ؛ لأن هذا ليس ممن يؤتم به ؛ فلا يضرهم استخلافه حتى يعمل بهم عملاً يأتون به . والآخر قد حصل إمامهم باستخلاف إمامهم ؛ لأنه ممن يؤتم به .

قال عبد الحق: ولو أنه استخلف عليهم الإمام جنباً والإمام الخارج يعلم بجنابته والمستخلف ناس لجنابته التي أصابته لم يضر القوم عندي علم من استخلفه ؛ لأنه لما أحدث [فقد] (٢) خرجوا من إمامته ؛ ألا ترى أنه إذا تكلم فقال : يا فلان تقدم ، ونحو هذا ، إنه لا [تبطل] (٣) [عليهم] (٤) [لأنه] لما أحدث فقد خرجوا عن إمامته (٥) وكما لا يضرهم كلامهم عمداً كذلك لا يضرهم علمه بجنابة من استخلفه . والله أعلم .

قال عبد الحق: ورأيت لأبي العباس الأيباني [ق/ ٢٤٤] في مسألة الذي يُزَاحَم يوم الجمعة عن السجود في الركعة الأولى [ولا يخشى] (٦) أن [يعقد الإمام عليه] (٧) الركعة الثانية . قال : يلغى الأولى فيقطعها بسلام ، فإن لم يقطعها بسلام أفسد على نفسه . قال : والجمعة في هذا بخلاف غيرها .

وعرضت هذا الذي ذكرنا على غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا وغيرهم فأنكروه، وقالوا : يلغى الأولى من غير قطع بسلام .

(١) في ب وج : ذلك .

(٢) سقط من ب .

(٣) في ب : يبطل .

(٤) في ب وج : على القوم .

(٥) سقط من أ .

(٦) في ج : فخشي .

(٧) في ب تقديم وتأخير .

قال عبد الحق: إذا أحدث الإمام يوم الجمعة فقدم رجلاً لم يدرك الإحرام معه، ودخلت حيثئذ مع المستخلف طائفة تقوم [بها] (١) الجمعة إذا انفردت فصلى بهم المستخلف الجمعة ركعتين ، فذهب بعض شيوخنا من القرويين في هذا السؤال إلى أن الجمعة لا تجزئهم ؛ لأنهم كمن صلى الجمعة بغير [خطبة ولا تجزئهم] (٢) خطبة الإمام الأول الخارج ؛ لأن هؤلاء لم يحضروها والذين حضروها قد بطلت صلاتهم لما أحرموا قبل المستخلف ؛ [فلم] (٣) تصح لهم الجمعة .

وذهب بعض شيوخنا من أهل بلدنا إلى أن الجمعة تصح للمستخلف ومن معه ممن لم يحرم قبله ؛ لأنهم إنما صلوا على خطبة تقدمت .

اعلم أن قوله في المصلى يوم الجمعة في الطريق وفيها أرواث الدواب وأبوالها قال فيه بعض شيوخنا : إنما يعنى أن الأغلب من الطرقات كون الأبول والأرواث فيها ، وليس فيها عين قائمة صلى عليها .

فأما إن كانت النجاسة [ق/ ١١٧] قائمة فيعيد إذا صلى عليها . وإن وجد من فضول ثيابه ما يسقطه عليها ويصلى [عليها] (٤) فعل ، وإن لم يجد فهو كمن صلى بثوب نجس لا يجد غيره يعيد في الوقت إن وجد ثوباً طاهراً .

قال عبد الحق: ذهب بعض شيوخنا من القرويين : إلى أنه إذا قدم والى غير مصلى الجمعة وعزل الإمام الذى صلاها وكان وقت الجمعة قائماً أنهم يعيدون الجمعة؛ لأن وقتها حاضر ، بخلاف ما فات وقته من جمع صلاتهم وهو معزول . وهذا قول له وجه على المذهب ؛ لأنهم قد أبطلوا خطبته المتقدمة قبل عزله .

وقالوا : لو دخل في الصلاة انتقضت عليهم بقدم غيره ، ولو قال له : تهادى على [ذلك] (٥) ، وهذا الوالى القادم لفسدت أيضاً وابتدأ بهم هذا القادم ، فإذا لم

(١) فى ب وجـ : بهم .

(٢) سقط من ب .

(٣) فى ب وجـ : ولا .

(٤) سقط من ب .

(٥) فى جـ : مالك .

يراع ما تقدم من الخطبة ولا الدخول فى الصلاة، فكذاك إذا فرغت الصلاة وكان الوقت قائماً لم [تفت] (١) ، والله أعلم .

والقياس يوجب عندى جواز الصلاة والبناء [ق/ ١١ ج] على خطبة الأول والتمادى على الصلاة إذا دخل فيها ؛ لأن حكم عزله إنما يراعى عند بلوغه ذلك ؛ ألا ترى أن ما تقدم من الجمع بعد عزله لا يعاد فكذاك [لا] (٢) يجب [أن يعاد] (٣) كل ما فعل فيما وصفنا بينى عليه .

وأعرف لبعض أصحابنا أن القادم بينى على خطبة الأول إذا قدم [فوجدته] (٤) قد خطب .

وهذا القول أقيس من قوله فى «المدونة» ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إذا انتقض وضوء رجل يوم الجمعة وقت النداء عند حظر البيع فلم يجد ما يتوضأ به إلا بئس ، حكى عن أبى محمد بن أبى [ق/ ٢٥ ب] زيد - رحمه الله - أنه قال : يجوز له أن يشتريه فيتوضأ [به] (٥) ، ولا يفسخ شراؤه .

قال عبد الحق : إذا أقام بمكة أربعة أيام فأكثر فهذا الذى يلزمه حضور الجمعة إذا دخل وقتها و[هو] (٦) يخرج بعد . فأما من أقام أقل من أربعة أيام فلا يلزمه حضور الجمعة وإن دخل عليه وقتها وهو لم يخرج ؛ لأنه مسافر .

وقوله فى «الكتاب» : (ولا يخرج إلى منى حتى يصلى الجمعة) (٧) إنما هو فى الذى أقام أربعة [أيام] (٨) فأكثر .

(١) فى ب : يفت ، وسقطت من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى ب : ووجدته .

(٥) زيادة من ب .

(٦) زيادة من ب .

(٧) المدونة (١/ ٢٣٩) .

(٨) سقط من ب .

قال عبد الحق؛ وإذا ثبت الإمام في صلاة الخوف في المغرب قائماً وفي غير المغرب في الحضر فلا يقرأ حتى تأتي الطائفة الثانية؛ لأن تلك الركعة التي هو فيها إنما يقرأ فيها بأم القرآن، فإن ذهب يقرأ أكمل أم القرآن قبل إتيان الطائفة الثانية.

وأما في صلاة السفر في غير المغرب فله أن يقرأ، وإن شاء سكت أو دعا؛ لأنه يستطيع الأخذ في سورة يعلم أن الثانية تأتي قبل كمالها. وهذا الذي ذكرت منصوص لمن تقدم عن علمائنا.

واعلم أن الإمام في صلاة الخوف إذا كان مسافراً وخلفه مسافرون ومقيمون [أنه] (١) إذا أتت الطائفة الثانية وصلى بهم ركعة أخرى يصيرون بائنين قاضين، ويبتدؤون بالبناء قبل القضاء؛ وذلك أنهم يأتون بركعة بأم القرآن وحدها ويجلسون لأنها ثانيتهما، وركعة أخرى بأم القرآن أيضاً ويجلسون؛ لأنها آخر الصلاة، ثم يقومون للقضاء أول الصلاة. وهكذا في غير صلاة الخوف إذا أدرك المقيم ركعة من صلاة المسافر، وكذلك مسألة من فاتته [الركعة] (٢) الأولى وأدرك الثانية ورعف في الثالثة وأتى وقد أكمل الإمام الصلاة. في هاتين المسألتين تصير الصلاة جلوساً كلها، ورتبة القضاء والبناء [على] (٣) نحو ما فسرنا في المسألة الأولى.

هذا الذي ذهب إليه ابن المواز، وهو أصوب عندي من كلام ابن حبيب، والله أعلم.

قول عبد العزيز في خسوف القمر: (ونحن إذا كنا فرادى نصلّي هذه الصلاة) (٤) قال بعض شيوخنا: معناه يصلّيها وحده على سنة صلاة الخسوف بالجماعة، وإن حضره جماعة لم يجمع بهم على قوله، وصلى [كل واحد منهم] (٥) منفرداً.

قال عبد الحق (٦): قال بعض شيوخنا في قول ابن مسعود: (ليس على

(١) زيادة من ب.

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من ب وج.

(٤) المدونة (١/٢٤٢).

(٥) سقط من ب وج.

(٦) سقط من ب وج.

المسلمين الجمعة في سفرهم ولا يوم نفرهم) (١) يعنى : يوم نفرهم من عرفات .
قال : ولو كان الإمام من أهل عرفة ، والذين معه من أهل عرفة تقوم بهم
الجمعة إذا انفردوا فهاهنا تجب عليهم الجمعة .

وأما إن كان الذين معه من أهل عرفة لا تقوم بهم الجمعة إذا انفردوا لقلتهم فلا
يجمع بهم ؛ لأن [الحجاج] (٢) الذين معه مسافرون فلا يصلى الجمعة بمسافرين .

تم كتاب الصلاة الثاني بسم الله وعونه [و / ١١٨]
[وتأييده ونصره ، يا عظيم المنة أوجب لكاتبه الجنة] (٣) [ق / ٢٦ ب]

(١) أخرجه ابن أبى شيبة (٤٤٢/١) ، (٢٥٣/٣) .
(٢) فى ب وجد : الحاج .
(٣) زيادة من ب .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الجنائز

[استعنت بالله ، وصلى الله على محمد وآله] (١)

قال الله تعالى : ﴿ وَلَا تُصَلِّ عَلَى أَحَدٍ مِّنْهُم مَّا تَابَ أَبَدًا وَلَا تَقُمْ عَلَى قَبْرِهِ ﴾ (٢) فاستدل بعض أصحابنا على أن صلاة الجنائز فريضة يحملها من قام بها بهذه الآية ، وقال أصبغ : إن صلاة الجنائز سنة .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإلى هذا كان يذهب الشيخ أبو الحسن بن القابسي ، وكان يضعف أن تكون فريضة ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إنما قال : (لا يقرأ فى الصلاة على الجنائز) لأن ثواب القراءة للقارئ ؛ [فالميت] (٣) لا يتنفع بذلك فلا معنى للقراءة عليه .

وقد اعترض مخالفنا فى ذلك علينا بقول النبى - عليه السلام - : « لا صلاة لمن لم يقرأ [فيها] (٤) بأَمِّ القرآن » (٥) أو كما قال . وهذه [قد] (٦) تسمى صلاة فيجب أن يقرأ فيها بأَمِّ القرآن .

وهذا لا دليل فيه ؛ لأنه مخصوص ليس على العموم عندنا وعنده ؛ وذلك أن الطواف صلاة وليس فيه قراءة ، فإذا ثبت أن الحديث مخصوص لما قلناه صح أن المراد بذلك صلاة فيها الركوع والسجود ، والله أعلم .

وليس الغرض التطويل من الاحتجاج على مخالفنا ، وفيما [ذكرناه] (٧) كفاية .

(١) زيادة من ب .

(٢) سورة التوبة : ٨٤ .

(٣) فى ب : والميت .

(٤) سقط من ب و ج .

(٥) أخرجه البخارى (٧٢٣) ومسلم (٣٩٤) من حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه ، بلفظ : « لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب » .

(٦) سقط من ج .

(٧) فى ب و ج : قدمناه .

قال عبد الحق: سألت بعض شيوخنا لم يتبع الإمام في سجود السهو إذا كان يرى فيه خلاف ما نرى نحن ولا يتبع إذا كبر على الجنائز خمساً؟

فقال : إن [السجود وإن كان يرى] (١) فيه خلاف ما نرى فنحن نتفق على أنه لا بد من سجود إما قبل السلام أو بعده ، والمكبر خمساً هو عندنا قد زاد تكبيرة لا نأتى نحن بها أصلاً ؛ فهذا مفترق .

وأيضاً : فإن الخلاف في التكبير خمساً ضعيف ليس يقوى قوة الخلاف في السجود .

قال عبد الحق: ويحتمل أن يكون الفرق بين ذلك أيضاً أن السجود [لما] (٢) كان فعلاً يرى [أنه] (٣) لم ينبغ أن يخالف فيه الإمام ، والتكبير خمساً إذا لم يصنع مع الإمام هو شيء يخفى فلا يدخل ، ذلك ما اتقاه مالك من قوله : (اتبعوه فإن الخلاف شر) (٤) فكره المخالفة للإمام في السجود لهذا ، والله أعلم .

[**قال عبد الحق:** رأيت للشيخ أبي الحسن بن القاسمي : أنه إنما كره دفن السقط في الدور ؛ لأنه لا يؤمن من نبشه وطرحه ؛ لأن الزمان يطول ، والأملك تنتقل ورأيت لغيره : أنه إنما كره ذلك خيفة أن يحتاج صاحب الدار إلى بيعها فيكون قد باع موضع قبر فيصير بيعاً للمقبرة ، والله أعلم] (٥) .

قال عبد الحق: إنما لم تقلم أظفار الميت و[لم] (٦) تحلق عانته ؛ لأن هذه الأشياء من الفطرة المتوجبة على الأحياء (لا الأموات) (٧) ؛ فقد ارتفعت [العبادة] (٨)

(١) في ب : كثر .

(٢) في ب : لو .

(٣) زيادة من ب .

(٤) المدونة (٢١٩/١) .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من أ .

(٧) في ب : والميت .

(٨) في ب وجد : العبادات .

[عن الميت] (١) فلا يصنع به ما وصفنا ؛ ولهذا قال مالك : إن المحرم إذا مات يحنط ؛ لأن العبادات قد ارتفعت عنه وانقطعت بموته فلا معنى لترك تحنيطه .

وقد روى عن عائشة - رضى الله عنها - أنها قالت فى محرم مات : قد ذهب إحرام صاحبكم (٢) .

قال عبد الحق : وجه كلام ابن القاسم إذا فات الرجل بعض التكبير على الجنائز : إنه لا يكبر حتى يكبر الإمام ، فلأنه إذا أمر بالتكبير قبل [ق/ ٢٧ب] [تكبير] (٣) الإمام ، لم يخل أن يجعلها قضاء لما مضى أو يجعلها لما يستقبل ، أو تكون هذه التكبيرة زائدة لا بما مضى ولا لما يستقبل .

فإن جعلها لما مضى فهذا قضاء ؛ والقضاء إنما يكون بعد فراغ الصلاة هذه رتبته ، وإن جعلها لما يستقبل صار قد كبر قبل إمامه ، وإن لم يكن لما مضى ولا لما يستقبل صار قد كبر خمساً فى الجنائز وليس هذا المذهب .

فإذا بطل ما وصفنا لم يبق إلا [انتظاره] (٤) الإمام [يكبر] (٥) بتكبيره .

ورأيت للشيخ أبى الحسن فى كتابه «المهد» استحساناً فى هذه المسألة وهو : أنه إن كان قد جاء بعد ما كبروا بقدر ما يدرك أن يقول بعد التكبير ما جاء من الحمد والصلاة على النبى [- عليه السلام -] (٦) ويدعو بما تيسر للميت [ساعة] (٧) فيكبر ساعة جاء ، وإن ضاق ذلك عليه حتى لا يدرك بعد التكبير ما وصفنا ، وإن خفف فيه فلينتظر .

(١) فى ب : عنه .

(٢) أخرجه ابن أبى شيبة (٣/ ٣٠٣) .

(٣) فى ب : أن يكبر .

(٤) فى ب وج : أن ينتظر .

(٥) فى ب : فيكبر .

(٦) سقط من ب وج .

(٧) زيادة من ب .

قال : ووجه هذا الاختيار [أنه] (١) إذا كان إنما يكبر تكبيرة ثم يكبر مع الإمام تكبيرة أخرى وليس بينهما قول شيء مما ذكرنا من الدعاء فلا فرق [حيث] (٢) بين هذا وبين قضائه بعد سلام الإمام [متتابعاً ، فإذا لم يقدر على الدعاء بين التكبيرتين كما ذكرنا فالقضاء بعد سلام الإمام] (٣) أمثل ، والله أعلم .

قال بعض [ق/ ١١٩] شيوخنا : إذا غَسَلَ الرجل ذات محرم منه من فوق الثوب لم يلصقه ببدنها إذا صب الماء ؛ لأنه يصفها ، ولا يباشر جسدها بيده وإنما يصب الماء من تحت الثوب صبا ويجافيه ما قدر .

ونحوه رأيت لابن حبيب قال : فإن لم يجدوا الماء يمسوها إلى المرافق ، وإنما تيمم إلى الكوعين إذا لم يكن ذو محرم منها .

قال بعض شيوخنا من غير أهل بلدنا : في صلاة النساء على الجنائز واحدة واحدة في غير «المدونة» ما لم يطل ذلك . فعلى هذا القول تصلى واحدة بعد أخرى .

وفي بعض روايات «المدونة» : (وليكن صفوفاً) (٤) فعلى هذه الرواية [يكبرن] (٥) في مرة كلهن ولا تصلى واحدة بعد أخرى ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إنما كره [ق/ ١٢ جـ] المعصفر في الكفن وأجيز المصبوغ بالورس والزعفران (٦) ؛ لأن المعصفر زينة وليس بطيب ، والورس والزعفران طيب .

قال بعض شيوخنا : إذا وجد من الميت نصف البدن فأقل ، لم يصل عليه ، وإنما يصلى عليه إذا وجد أكثر من [نصف] (٧) ؛ لأن ذلك هو جل البدن وأكثره .

(١) زيادة من ب .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من أ .

(٤) المدونة (١/ ٢٦٢) .

(٥) في ب : يكبرون .

(٦) المدونة (١/ ٤٥٥) .

(٧) سقط من ب .

قال : ولو وجدت عظام الميت كلها لصلى عليه ؛ لأنها في اجتماعها أكثر [البدن] (١) .

قال بعض شيوخنا : إنما يجبر المجوس على الإسلام إذا أخذناهم عنوة وسببناهم ، فأما من اشتريناه من أحرار ذمتنا فهم كأهل ذمتنا منهم ، لا يجبرون على الإسلام ، وكذلك ما اشتريناه من الحربيين يقدمون علينا بأمان لا نجبرهم أيضاً على الإسلام .

ورأيت في «المستخرجه» نحو هذا الذي ذكره .

قال عبد الحق : رأيت لبعض البغداديين قال : إنما المكروه [ق/ ٢٨ب] من البناء على القبور أن يبني على القبر أدراج ودكان ، أو يبني حواليه في ملك أحد بغير رضاه ، أو لأنه إذا كان موضعاً مباحاً ضيق على الناس بينانه .

وأما إذا كان في ملكه أو في ملك من [أذن] (٢) له فيجوز أن يبني حواليه بيتاً أو حائطاً يصونه .

اعلم أن [قوله] (٣) : (من كانت الصلاة إليه من قاض أو صاحب شرطة أو وال هو أحق بالصلاة من الأولياء) (٤) إنما يعنى : إذا كانت إليه صلاة الجمعة والخطبة ، وإنما يكون صاحب الصلاة والمنبر أحق من الأولياء إذا كان إليه سلطان الحكم من قضاء أو شرطة ، وإلا فهو كسائر الناس ، هكذا قال سحنون [رحمه الله] (٥) .

قال ابن حبيب [رحمه الله] (٦) في صلاة الجنائز : إذا اجتمع رجل وصبي وامرأة كان الرجل يلي الإمام ثم الصبي ثم المرأة .

وإن كان حر وعبد فالحر يلي الإمام وإن كان صغيراً .

(١) في ب : من البدن .

(٢) في ب : يأذن .

(٣) سقط من ب .

(٤) المدونة (١/ ٢٦٢) .

(٥) زيادة من ب .

(٦) زيادة من ب .

وأما عبد وامرأة فالعبد يلي الإمام .

هكذا قال لى من لقيت من أصحاب مالك .

قال غير واحد من علمائنا : وإذا لم يستهل السقط وإن تحرك وفتح عينيه لم

يحكم له بحكم الحى ، وليس حركته تدل على كون [حكم] (١) الحياة فيه ؛ ألا ترى

أنه قد كان متحركاً فى بطن أمه ثم لم يكن ذلك دليلاً على حياته .

وكذلك لو عطس ؛ لجواز أن تكون ريحاً خرجت من أنفه .

ولو بال لم يكن البول أيضاً يدل على حياته ؛ لأن الميت قد يبول ؛ لأن ذلك

يكون من استرخاء المواسك وذلك ماء اجتمع فى [مثانته] (٢) وحركة فمه للمص

من الحركات التى تقدمت فى البطن ، وكذلك حركة سائر بدنه ، وقد يتحرك

المذبوح .

وقد قال النبى - عليه السلام - : « ما من مولود يولد إلا طعن الشيطان فى

خاصرته إلا عيسى ابن مريم ؛ ألا ترون إلى بكائه ؟ » (٣) . أو كما قال . فعلم بهذا

الخبير أن صياحه وبكائه يسبق حركته .

قوله : (تخرج المرأة على جنازة ولدها ووالدها وأخيها) (٤) إذا كان يعرف أن

مثلها تخرج على مثلهم وإن كانت شابة .

ثم قال : (ويكره أن تخرج على غيرها) ولا ممن لا ينكر لها الخروج [عليهم] (٥)

من [قربائها] (٦) .

قال بعض شيوخنا من غير أهل بلدنا : هذا اللفظ قد يشكل .

(١) سقط من ب .

(٢) فى أ : مثانيه .

(٣) أخرجه البخارى (٣١١٢) من حديث أبى هريرة رضى الله عنه ، بلفظ مقارب .

(٤) المدونة (١/٢٦٢) .

(٥) سقط من ب .

(٦) فى ب قربائها .

وقد وقعت المسألة في «المبسوط» لإسماعيل القاضي - رحمه الله - بيته ، قال فيه : ويكره أن تخرج على غيرها ولا الذين لا ينكر لها الخروج عليهم . فجعل في موضع «من» «الذين» ، [فهم] (١) الذين قدم أولاً .

أراد أنها لا تخرج [على غيرها] (٢) فتدبر ذلك فهو كلام بين .

وأما لفظ «الكتاب» ففيه إشكال (٣) . [ق / ٢٩ب] وسألت الشيخ أبا عمران موسى بن عيسى [الفاسي] (٤) - رحمه الله - عما قيل : أن صلاة الناس على النبي - عليه السلام - إذا مات لم تكن بأربع تكبيرات حسب صلاته على موتانا ، وإنما كان الرجل يأتي فيقول : صلى الله عليك يا رسول الله وفعل لك ، ونحو هذا من الكلام فأنكر [ق / ٢٠أ] ذلك ، ورأى أن ما ذكرت له ليس بصحيح .

ورأيت في «الواضحة» أن النبي - عليه السلام - كُبر عليه بعد موته أربع تكبيرات .

وفي كتاب ابن القصار [القاضي] (٥) البغدادي قال : ذكر أصحابنا أن الناس كانوا يجتمعون أفواجا فيقفون بحضرته ويدعون ، وأن الصلاة عليه ﷺ لم تكن إلا مرة واحدة .

ومنهم من قال : لم يصل عليه أصلاً وإنما كانوا يدعون .

وسمعت الشيخ أبا عمران يقول فيما ذكر مالك في قول النبي - عليه السلام - «أنزل القرآن على سبعة أحرف» (٦) أن ذلك مثل «يصنعون» و«يعملون» أو نحو

(١) في أ : فهو .

(٢) في ب وجـ : عليهم .

(٣) ورد في النسخة ب : تم الجزء الأول بحمد الله وعونه وتأييده ، وصلى الله على محمد نبيه وعلى آله وسلم .

(٤) في ب : القاضي .

(٥) سقط من ب .

(٦) أخرجه البخاري (٢٢٨٧) ومسلم (٨١٨) من حديث عمر رضي الله عنه .

هذا .

قال : إنما أراد مالك ضرب المثل باللفظ الذى ذكر كأنه يريد أن تلك السبعة التى نص [الرسول] (١) - عليه السلام - عليها على هذا المعنى اللفظ مختلف والمعنى واحد .

ولم يرد مالك أن يبدل اللفظ بنفسه فيوضع مكان «يصنعون» «يعملون» ونحو ذلك .

وضعف تأويل الشيخ أبى الحسن فى ذلك المكتوب عنه فى «حواشى كتاب ابن مزين» ، والذى ذكر عن الشيخ أبى الحسن وقال : لعله يريد إذا جرى هذا على غير التعمد ، وأما مالك فينكر أن يبدل حروف ألفاظ حديث النبى - عليه السلام - وإن كان المعنى واحداً تعظيماً وإجلالاً فكيف فى كتاب الله عز [وعلا] (٢) .

وقال الشيخ أبو عمران فى الخالف بالعجمية : لا تجب عليه الكفارة إذا حث إذا عبر عن اسم الله بالعجمية ، ولم يره كالخالف بالله .
قال : واستحب له أن يكفر ، ولم يوجب ذلك .

وذكر الشيخ اختلافاً فى اليدين كيف تكون عند تكبيرة الإحرام ؛ فذكر عن سحنون - رحمه الله - أنها تكون مبسوطة ، وعن أبى العباس الأيبانى - رحمه الله - أنها تكون قائمة .

وكذلك ذكر لى عن بعض القرويين عن الشيخ أبى الحسن : أنه كان يحرم وأصابع يديه قائمة إلى فوق ويحنيها شيئاً يسيراً .

وذكر الشيخ [أبو عمران] (٣) إذا وطئ الرجل [زوجته] (٤) بين الفخذين وأنزل

(١) فى ب : النبى .

(٢) فى ب : وجل .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ب .

الماء ودخل في فرجها ثم طلقها ، ولم يكن منه إليها غير ما وصفنا ثم ظهر بها حمل أن الحمل لاحق به .

وأما الصداق فيجربى على القولين فيمن افتض امرأته بأصبعه ثم طلقها ؛ فقيل : عليه ما شأنها به مع نصف الصداق ، وقيل : الصداق كله .

وسألت الشيخ عمن صلى بثوب مغصوب ، أو على أرض مغصوبة ، أو توضأ بماء مغصوب وصلى ؟

فقال : كل ذلك سواء لا إعادة عليه ، وحكى عن بعض البغداديين أنه قال : هي مسألة إجماع .

قال : وفيها قول شاذ يجوز أن يكون بعد انعقاد الإجماع .

اعترضت على الشيخ بقول من يرى فساد المنهى عنه إذا فعل ويراه كلاً فعل .

فقال : إن النهى فيما وصفت إنما ينطلق على منع صاحب [ق/ ٣٠٠ب] من شبيهه ، وأما إيقاع العبادة فيه فليس من ذلك كما قلنا : إن ذبيحة السارق ليست بحرام لأنه [لا] (١) فساد في نفس التذكية وإنما عداؤه في السرقة ؛ فكذلك ما وصفت .

وسألته عن صلاة الناس بمُسْمَع يكبر لهم إذا كبر الإمام ويسمعهم السلام إذا سلم؟ فقال : قد كان [الشيخ] (٢) أبو القاسم يفعله .

أراه يريد ابن شبلون .

قال لى : وقد أجاب الشيخ أبو الحسن محرز - رحمه الله - باستخفاف ذلك ، و[أن] (٣) ابن عبد الحكم أمر المؤذنين به .

قال الشيخ فيما ذكر الشيخ أبو الحسن بن القابسي في كتابه «المهد» في المربوط في الخشبة ونحوه : إذا لم يتوصل إلى ما يتوضأ به ، ولا تراب يتيمم به أنه يومئ

(١) سقط من ب .

(٢) زيادة من ب .

(٣) زيادة من ب .

للتراب كما يومئ المريض للسجود والركوع : ليس هذا القول بصحيح ؛ وذلك أن الإجماع على الإيماء والجلوس فى الضرورة وعدم الاستطاعة أنهما عوض ، والأثر ورد بذلك أيضاً .

والنوافل تجوز على حال القيام والجلوس والإيماء حسب ما وردت [الشريعة فيها] (١) ، ولولا ذلك لمنعنا منه فيها .

والصلاة - نافلة كانت أو فريضة - لا تؤدى إلا بطهارة الماء أو بما يقوم مقامه وهو التراب ، وقد قال عليه السلام : « لا تقبل صلاة بغير طهور » (٢) ؛ فالأمر مفترق فيما وصفنا فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين محتجاً على طهارة عرق شارب الخمر ونحوه : لما كانت الخمر إذا تخللت طاهرة ، يريد : [على] (٣) أنها هى العين لنفسها وإنما أوجد الله فيها عرضاً لا جسمًا [قبل الجسم الأول] (٤) كان العرق أولاً وآخرًا فى كونه طاهرًا ؛ إذ ليس هو الجسم المأكول أو المشروب . فهذا على شدة حوالتة وانقلاب أمره أيسر وأولى بالطهارة ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : ويدل أن العرق ليس نفس ما شرب أو أكل : أن الإنسان لو شرب لونًا ما لم يخرج عرقه على صورة ما تناول ، ولا يخرج العرق إلا على صورة واحدة ؛ فدل أنه ليس نفس المأكول أو المشروب فلم يكن نجسًا .

قال عبد الحق : وهى مسألة تنازع فيها ، والصواب ما ذكرنا من طهارة عرق شارب الخمر ، والنصرانى إذا تيقنت طهارة بدنه ، والجلالة [ق/ ٢١] من

(١) فى ب : به الشريعة .

(٢) أخرجه أبو داود (٥٩) والنسائى (١٣٩) وأحمد (٢٠٧٢٧) والدارمى (٦٨٦) وابن حبان (١٧٠٥) والطيالسى (١٣١٩) والطبرانى فى «الكبير» (٥٠٥) والبخارى (٢٣٢٩) من حديث أبى المليلح عن أبيه .

قال الألبانى : صحيح .

(٣) سقط من ب .

(٤) فى ب : بل الجسم هو الأول .

الأنعام، والله أعلم .

اعلم أن من توضأ [فنوى] (١) لصلاة بعينها فأراد أن يصلى بذلك الوضوء غيرها هذا على قولين ؛ فعلى قوله : (لا يصح رفض الوضوء) له أن يصلى به غير تلك الصلاة ، وعلى قوله (يصح رفض الوضوء) فلا يصلى به غير تلك الصلاة ؛ لأنه لما خص الوضوء لها رفض ذلك لغيرها . وذكره الشيخ أبو عمران عن ابن القصار [القاضي] (٢) البغدادي ؛ فاعلم ذلك .

قال بعض شيوخنا من القرويين ؛ إذا اغتسل رجل من جنابة ثم ارتد ثم رجع إلى الإسلام : لا غسل عليه ولا وضوء إذا ارتد بعد أن توضأ عند ابن القاسم إلا استحباباً ، وإنما قال [بإيجاب] (٣) الوضوء يحيى بن عمر .

أعرف في «كتاب ابن شعبان» أنه قال في هذا المرتد : يغتسل إذا عاد إلى الإسلام .

تم كتاب الجنائز بحول الله وعونه

(١) في ب : ينوى .
 (٢) سقط من ب .
 (٣) في أ : إيجاب .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصيام

ذكر أبو محمد فى كتابه « النوادر » : لابن ميسر : إذا نقل رجل إلى أهل بلد أن أهل بلدة رأوا الهلال يلزم الناس الصوم بقوله ، وإنه من باب قبول الخبر . قال أبو محمد : كما ينقل الرجل ذلك لأهله وابنته البكر .

قال [الشيخ] (١) أبو عمران فى « الأصل » لابن ميسر شيء ليس هكذا النقل ، وإنما قال : إذا وجه القوم رجلاً إلى [أهل] (٢) بلدة فأخبرهم أنهم رأوا الهلال إنهم يصومون بقوله ، فهذا قد صار ، كالمكشف لهم ، فأما على نقل أبى محمد فلا يلزمهم الصوم .

ولا فرق بين شهادته أنه رأى الهلال ولا بين شهادته على قوم أنهم رأوه ، وليس هذا كنقل الرجل إلى أهله ؛ لأن الرجل هو القائم على أهله والناظر [لهم] (٣) فاعلم ذلك .

قال الشيخ أبو عمران : والذى ذكر أبو محمد عن ابن المواز فى الذى صام رمضان ينوى به قضاء رمضان عليه : أنه لا يجزئه عن واحد منهما . . . إلى آخر قوله . وقال : يذكر هذا عنه ولم أروه ؛ التلبانى هو الذى ذكره عن ابن المواز ، فاعلمه .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا طهرت المرأة من حيضها قبل الفجر ولم تعلم بذلك إلا بعد الفجر يجزئها الصوم وإن كانت لم تبيته ، وليست كالمسافر ونحوه من عليه التبييت كل ليلة ولا يصح له الصوم إلا بذلك .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

لأن هذه إذا طهرت توجه عليها الصوم وصارت لا محيص لها منه فكفاها التبييت المتقدم .

والمسافر هو باق على التخيير فى الصوم والفطر ؛ فلذلك لم يكن [له] (١) بد من نية التبييت وإلا لم يجزئه الصوم ، وفى « المدونة » (٢) بيان ما قلناه ؛ وذلك قوله فى التى طهرت فشكت هل كان ذلك قبل الفجر أو بعده فجعلها تقضى ؛ لاحتمال أن تكون طهرت بعد الفجر . فلو كان التبييت يراعى لاحتج بعدم التبييت دون أن يحتج بأنها قد تكون طهرت بعد الفجر ، فاعلم ذلك .

وجه قول من ذهب إلى شاهدين على الهلال تجوز شهادتهما فى الصحو وغيره فى مطر كثير أو غيره : أن منازل القمر ليس يعرفها كل الناس ؛ فصار ذلك من باب الاجتهاد فجاز فيه رجلا لهذا ، والله أعلم .

حكى لى بعض القرويين : أن الطائى - رحمه الله - عرض بهذا الاحتجاج لما قيل له : إن الشيخ أبا الحسن لم يكن يذهب إلى هذا القول .

قال عبد الحق : الفجر فجران ، والشفق شفقان ؛ **فالفجر الأول** : هو المستطيل الذى لا يوجب شيئاً .

والفجر الثانى : المعترض فى أقصى المشرق ذاهباً من القبلة إلى دبر القبلة هو الذى يعتبر به .

والشفق الأول هو : الحمرة الباقية فى المغرب من بقايا شعاع [ق / ٣٢ب] الشمس . والشفق الثانى هو : البياض .

والاسم الأخص بالشفق هو : الحمرة .

وقول مالك : (وما هو إلا شيء [تفكرت] (٣) فيه منذ قريب) (٤) لم تكن

(١) زيادة من ب .

(٢) المدونة (١ / ٢٧٥) .

(٣) فى المدونة : فكرت .

(٤) المدونة (١ / ٢٦٥) .

فكرته فى صورة الفجر ، وإنما فكر فى الاحتجاج [بالفجر] (١) الأول على مخالفته فى صلاة العشاء الآخرة ؛ وذلك أن مخالفته يقول : لا تصل العشاء حتى يذهب البياض الباقي بعد الحمرة .

ووجه الاحتجاج فى ذلك : أنه لما كان الفجر الأول لا حكم له عنده ، وعند مخالفته وهو بياض قبل البياض المعترض المنتشر فى الأفق ، كذلك ينبغى أن يكون البياض الذى بعد الحمرة لا يلتفت أيضاً إليه ؛ لأنهما جميعاً بياضان فى طرفى الليل فلا يعتبر بهما .

وقد ذكر عن الخليل [بن أحمد] (٢) وغيره أنهم راعوا البياض الباقي بعد الحمرة فوجدوه لا يغيب حتى يطلع الفجر ؛ فرأى مالك أن آخر هذا البياض وأوله سواء لا حكم له ولا يلتفت إلى مراعاته ، والله أعلم .

وقد عبر عن هذا المعنى بعض البغداديين بأن قال : وجدنا ثلاث طوابع على النهار وهى : الفجر الأول ، والفجر الثانى ، وطلوع الشمس ، وثلاث غوارب تلى الليل وهى : غروب الشمس ، والشفق الأول ، والشفق الثانى .

فلما اتفقنا أن الاعتبار بالطالعة الوسطى كذلك يلزم أن يكون الاعتبار بالغاربة الوسطى ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قول مالك فى احتجاجه على مخالفته [ق/ ٢٢] فى الصيام بشهادة رجل واحد : (أرأيت إن أغمى آخر الشهر كيف يصنعون) (٣) ؟ احتجاج [واضح] (٤) ؛ وذلك أن مخالفته يقول : يصام بشهادة رجل ولا يفطر إلا بشهادة رجلين ، فإذا صاموا بشهادة رجل وأغمى آخر الشهر كما وصف مالك فلا بد لهم من أحد أمرين : إما أن يكملوا ثلاثين على شهادة الذين صاموا بشهادته ويفطرون ،

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من ب .

(٣) المدونة (١/ ٢٦٦) .

(٤) فى ب : واحد .

أو [يصوموا] (١) أحد وثلاثين يوماً .

فإن أكلوا ثلاثين وأفطروا نقضوا قولهم ؛ إذ من قولهم : إنه لا يفطر إلا بشهادة رجلين ، فقد صاروا أفطروا بشهادة رجل وصاموا بشهادته ، وإن صاموا أحداً وثلاثين [وخالفوا الأمة؛ لأن الشهر لا يكون أحداً وثلاثين] (٢) .

ثم [إنهم] (٣) مع مخالفتهم للأمة كأنهم مكذبون لشهادتهم الذى صاموا بقوله .

وأما اعتلالهم بأن الإنسان متهم على الفطر ولا يدركه تهمة فى الصوم ، فهو كلام غير صحيح وذلك أن التهمة غير مرتفعة فى الصوم ؛ وذلك أنه يجوز أن يجب للشاهد بدخول الشهر حقوق أو يسقط عنه [حقوق] (٤) فيستعجل ذلك ، فالتهمة موجودة غير مرتفعة ، والكلام معهم يطول فى هذه المسألة ويخرجنا عما قصدناه .

قال عبد الحق : ذكر عن الشيخ أبى الحسن أنه قال : إذا نظر الصائم [نظرة] (٥) متعمداً ، فأنزل عليه القضاء والكفارة . وهو كلام حسن .

وقوله فى «المدونة» (٦) : (إن تابع النظر) إنما شرطه لأنه لم يقصد اللذة بالنظر الأول ولا تعمد ذلك ، والله أعلم .

قال ابن القوطي : إذا وجد المسافر امرأته النصرانية قد طهرت فى يوم من حيضتها أو لم تكن حائضاً لا يطأها ، لأنها [متعمدة] (٧) فيما تركت من الإسلام والصوم .

قال عبد الحق : [ق/ ٣٣ب] وأنكر بعض شيوخنا منعه لجواز وطئها إذا كانت

(١) فى أ : يصومون .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ ، ب .

(٥) سقط من ب .

(٦) المدونة (١/ ٢٧٠) .

(٧) فى ج : متعدية .

قد طهرت من حيضتها في ذلك اليوم الذي قدم فيه من أجل أنها لو كانت مسلمة وقد طهرت من حيضتها [في يوم قدم أو أسلمت] (١) في يومها ذلك الذي طهرت فيه جاز وطؤها ؛ فليس كونها نصرانية بأعظم من ذلك .

وأما إذا لم تكن حائضاً فيستقيم أنه لا يطأها إذ هي مخاطبة بالإسلام على ما [تقدم] (٢) ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إذا لم يدر الأسير أصام قبل رمضان أو بعده فعند ابن القاسم يعيد الصوم ، ولا يزول الفرض عنه بغير يقين .

وإن صام شعبان سنين فليل : يقضى شهراً واحداً - وهو الآخر - لأن شعبان الأول ساقط ، وما بعد كل رمضان يجزئ عما قبله ، وقيل : يقضى جميع الشهور كلها لاختلاف نيته في ذلك ؛ لأن شعبان الثاني لم ينو به الأول وكذلك [الثاني لم ينو به الثالث] (٣) .

ولو صام شوال سنين قضى يوماً واحداً من كل شهر - وهو يوم الفطر .

قال محمد بن عبد الحكم في كتاب «أحكام القرآن» من كتبه : إذا صام شوال فليقض يوم الفطر إن كان رمضان الذي أفطره مثل عدد شوال الذي صامه من الأيام ، [وإن كان رمضان ثلاثين يوماً وشوال الذي صامه تسعة وعشرين يوماً فليقض يومين : يوماً مكان يوم الفطر ، ويوماً يكمل به ثلاثين يوماً] (٤) .

وإن كان شوال الذي صامه ثلاثين يوماً ورمضان تسعة وعشرين يوماً فلا شيء عليه ، وليس عليه قضاء يوم الفطر ؛ لأنه قد صام تسعة وعشرين فليس عليه عدة الأيام التي أفطر .

قال عبد الحق : إذا اجتمع على رجل صوم هدى وقضاء رمضان ؛ مثل أن

(١) في ب : ثم قدم وأسلمت .

(٢) في أ : قدم .

(٣) في ب تقديم وتأخير .

(٤) سقط من ب وج .

يكون عليه سبعة [أيام] (١) للهدى [ق/١٣جـ] ومثلها لقضاء رمضان ، وقد بقي من شعبان أربعة عشر يوماً فإنه يبدأ بصوم الهدى ثم يصوم لقضاء رمضان ؛ لأن الأيام التي بقيت من شعبان فيها كفاية لذلك .

وإن لم يبق من شعبان إلا سبعة أيام صامها لقضاء رمضان ؛ لأنه أوكد ، ثم يصوم للهدى بعد فراغه من رمضان المقبل .

وإنما أمر قبل دخول رمضان أن يبدأ بصوم الهدى ليتصل صومه بما كان صامه في الحج .

فإن لم يصم للهدى ولا للقضاء حتى دخل رمضان [آخر فصامه] (٢) فينبغي أن يبدأ بعده بصوم قضاء رمضان المتقدم ثم يصوم ما لزمه [للهدى] (٣) .

وإنما وجب فيما قدمنا أن يبدأ بصوم رمضان عند تضايق الوقت ؛ لأنه إن بدأ بصوم الهدى تعلق عليه الإطعام لقضاء رمضان ، فلما كان يتعلق عليه حكم آخر إن لم يبدأ به كان أولى لهذا ، والله أعلم .

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا لم يصم قضاء رمضان إلى أن دخل شعبان فمرضه كله لا إطعام عليه ؛ لأن القضاء سائغ له تأخيره إلى شعبان [وقد مرض شعبان] (٤) فليس بمفطر ، وإنما يراعى ما ذكر في «الكتاب» [ق/٢٣] من تركه القضاء بعد الإتيان من السفر وبعد الإفاقة من المرض في شهر شعبان ؛ لأن ذلك هو آخر ما يجوز له أن يؤخر القضاء إليه .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا ابتداء الذي عليه صوم متتابع غير معين في أول الهلال فأفطر أيام الذبح أو أفطر ناسياً أو لمرض وكان ذلك الشهر تسعاً وعشرين ؛ ليس عليه إلا عدد ما أفطر ، بخلاف لو ابتداء صومه على غير الهلال هذا يكمل

(١) زيادة من ب .

(٢) سقط من ب .

(٣) في جـ : من الهدى .

(٤) سقط من ب .

ثلاثين يوماً .

وقد ذهب بعض الناس فى هذا الذى أفطر أيام الذبح أنه يتم ثلاثين ، بخلاف إذا أفطر ناسياً أو لمرض ، هذا إنما عليه عدد ما أفطر فقط .

قال : لأن الذى أفطر أيام الذبح وإن كان قد ابتداء صومه [ق/ ٣٤ب] على الهلال قد دخل على تفرقة الصوم ولم يتدئ على اتصاله [بعلمه] (١) أن أيام الذبح تفتطر .

والذى أفطر سهواً أو لمرض لم يتدئ على تفرقة الصوم .

والقول الأول [أصوب] (٢) عندى ، والله أعلم .

قال عبد الحق : ذهب شيوخنا من القرويين فى نادر سنة بعينها : أنه لا يقضى رمضان على القولين جميعاً .

وكذلك الذى ينذر صلاة يوم ليس عليه أن يقضى مقدار صلاة الظهر وصلاة العصر على القولين [جميعاً] (٣) .

وأما بعد صلاة العصر فيقضى مثل ما يصلى فى ذلك الوقت لو جازت الصلاة على التقدير على أحد القولين ؛ مثل أيام النحر التى اختلف قوله فى قضائها قال : لأنه صائم فى رمضان فهو خارج عن نذره ، والذى نذر صلاة يوم قد علم أيضاً أنه لا بد له من صلاة الظهر والعصر فذلك خارج عن نذره ، وما لا صلاة فيه - أعنى بعد العصر - هو مثل أيام النحر التى هو فيها غير صائم ، [ثم] (٤) يدخل الاختلاف فى قضاء ذلك .

وقال غيره من شيوخنا : بل الخلاف يدخل فى هذا كله .

(١) فى ب : لعمله .

(٢) فى ب : الصواب .

(٣) سقط من أ وج .

(٤) سقط من ب وج .

وكذلك في «كتاب أبي بكر الأبهري» الخلاف من قول مالك فيما وصفنا ؛ فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين ؛ إذا وطئ [الرجل] (١) في رمضان فكفر ، ثم وطئ تارة أخرى في ذلك اليوم وجبت عليه كفارة ثانية .

[وأما إن] (٢) لم يكفر حتى وطئ مراراً فهذا الذي يجزئه كفارة واحدة .

قال : ومثل هذا موجود في أصولهم كثير ، من ذلك الذي يكرر ما يجب فيه الفدية من صيد أو لبس أو طيب وهو محرم إنه يجزئه من ذلك فدية واحدة . ولو أنه أخرج الفدية ثم عمد ففعل ذلك افتدى تارة أخرى ، وكذلك الذي يكرر الفدية إنما عليه حد واحد .

ولو قذف فحد ثم عاد فقذف كرر عليه الحد ، واحتج بأنه إذا كفر ثم عمد بعد ذلك فوطئ فالوطء محظور عليه ، وحرمة اليوم باقية لا يسوغ له انتهاكها ؛ فوجب أن يكون لفعله حكم مستأنف .

وخالفه غيره من شيوخنا وقال ؛ لا فرق بين أن يخرج الكفارة ثم يطأ أو يطأ مراراً إنه ليس عليه في ذلك [إلا] (٣) كفارة واحدة ؛ لأن صوم ذلك اليوم قد وجب قضاؤه وقد هتك حرمة ؛ فتعلقت عليه الكفارة فليس يتكرر ذلك عليه .

وقيل لي : إن مثل هذا ذكره ابن القصار القاضي البغدادي في كتابه «الكبير» [في] (٤) مسائل الخلاف .

قال عبد الحق ؛ يكفر الرجل عن نفسه بأحد ثلاثة أشياء : إما عتق رقبة ، أو صيام شهرين متتابعين ، أو إطعام ستين مسكيناً ، وإن كان مالك يستحب له الإطعام .

(١) زيادة من ب وجـ .

(٢) في ب : إن كان .

(٣) في جـ : سوى .

(٤) سقط من أ .

وأما إذا أكره زوجته الحرة فيكفر عنها بأحد شيئين : إما بعق رقبة أو إطعام ستين مسكيناً ، لأنه لا يصوم أحد عن أحد .

وأما إذا وطئ أمته فيكفر عنها بالإطعام ؛ إذ لا يصوم عنها ، والولاء فى العتق لا يثبت لها .

ولو طاعت الأمة لكفر السيد عنها وذلك كالإكراه للرق الذى فيها ؛ ألا ترى أن المستحقة لا تحم من وطء السيد [لها] (١) وإن [طاعت] (٢) .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإذا وطئ زوجته وهى مكرهة فوجب عليه أن يكفر عنها ، فإن لم يكن عنده ما يكفر به فكفرت المرأة من مال نفسها بالإطعام رجعت على الزوج بالأقل من مكيلة الطعام أو بالثمن الذى اشترت به ذلك الطعام أو قيمة العتق أى ذلك أقل رجعت به ، وليست كالحميل يشتري ما يحمل به من عرض أو طعام ، ويدفع ذلك [للطالب] (٣) ؛ هذا يرجع بالثمن الذى اشتراه به [ق / ١٥ج] لأن الحمل مأخوذ بذلك ، والغريم قد علم أنه إذا طولب به الحمل فقد يشتري ذلك بثمن أو يؤديه من عنده ؛ فعلى ذلك دخل الغريم .

والزوجة لم تكن مضطرة إلى أن تكفر عن نفسها ولا مأخوذة بذلك فإنما هى كأجنبى ودى عن الغريم لا كحميل ؛ فالأجنبى إنما يرجع أيضاً بالأقل من الثمن الذى اشتري به أو قيمة العروض أو مثل الطعام إن كان طعاماً أو الدين الذى قبل الغريم ؛ لأن الأجنبى لم يكن يلزمه ذلك وإنما هو متطوع ، والزوجة مثل الأجنبى سواء ، بخلاف الحمل ، والله أعلم .

قال بعض [أصحابنا] (٤) : ويكفر العبد والأمة بالصيام إلا أن يضر ذلك السيد فيبقى ديناً عليهما إلا أن يأذن لهما السيد فى الإطعام .

(١) سقط من ج .

(٢) فى ج : طاعت .

(٣) فى ج : إلى الطالب .

(٤) فى ج : شيوخنا .

وإن فعل العبد بمن يلزمه أن يكفر عنه ، فهي جناية إما أن يسلمه سيده فيها أو يفديه بالأقل من ذلك أو من قيمته .

وإن طلبت المفعول بها أخذ ذلك وتصوم عن نفسها لم يجز وإن رضى السيد ؛ لأنه لم يجب لها ؛ فيصير ثمنا للصيام ، والصيام لا ثمن له .

قال عبد الحق : إذا صام رمضان ينوى به قضاء رمضان آخر قال : (يجزئه وعليه قضاء الآخر) (١) .

اختلف في ضبط هذا اللفظ (الآخر) بفتح الحاء أو بكسرها . وأصوب القولين أن يجزئه ذلك عن الشهر الذى حضر ويقضى الأول ، وهو معنى ما فى «الكتاب» ، وليست كمسألة الحج .

قال إسماعيل القاضي : تفريق ابن القاسم بين الحج والصوم هاهنا صواب ؛ لأن شهر رمضان مفترض [بعينه] (٢) وليس الحج مفترضاً فى سنة بعينها .

قال عبد الحق : فإذا أجزأه عن هذا الشهر الذى حضر على هذا التأويل فعليه الإطعام عن الشهر الأول لتفريطه إلى أن دخل رمضان ثان .

وأما على تأول من قال : إنه يجزئه عن الشهر الأول وعليه قضاء رمضان الثانى ، فليس عليه أن يطعم للأول ؛ لأنه إنما يتوجه الإطعام بدخول رمضان [عليه] (٣) للصيام الذى يقطعه عن قضاء الشهر ، وهاهنا لم يقطع عليه شيء لما كان هذا الرمضان يجزئه عن الشهر الأول ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إن قيل : لم إذا صام رمضان ينوى به قضاء رمضان عليه يجزئه عن أحدهما على الاختلاف الذى وصفت فى تأويل ذلك ، وإذا صام شعبان ورمضان عن ظهاره لا يجزئه رمضان لفرضه ولا لظهاره ، فما الفرق بين ذلك؟ .

والجواب : أنه إذا صام رمضان ينوى به قضاء رمضان آخر فهذا قد صامه لمثله

(١) المدونة (١ / ٢٨٧) .

(٢) فى ج : لعينه .

(٣) سقط من ج .

فى الرتبة والقوة ؛ فأخرج صوم فرض لفرض فتاب عن أحدهما والآخر أخرجه لغير فرض وصامه لما ليس من جنسه ولا فى [وقته] (١) فلم يجزئه عن واحد منهما لهذا، والله أعلم.

قال عبد الحق : قال غير واحد من شيوخنا : من رفض صلاته أو رفض صومه كان رافضاً بخلاف [ق/ ١٤جـ] من رفض إحرامه أو رفض وضوءه بعد كماله أو فى خلاله .

والفرق بين ذلك : أن الفرض فى الصوم الإمساك ، فإذا رفض الإمساك الشرعى المخاطب [به] (٢) وأتى بنية الفطر فقد حصل منه ضد ما خوطب به من الإمساك ؛ فبطل صومه ، والصلاة أيضاً إنما سبيلها اتصال عملها على ما أوجبه الشرع فإذا رفضها ونوى تركها حتى استقر فى نفسه أنه يحدث إن شاء أو يمشى ويأكل ويشرب وتمادى على أنه فى غير عمل الصلاة فقد حصل منه أيضاً ما ليس من سنة الصلاة ولا سبيلها .

وقد اختلف أصحابنا فيما هو أيسر من هذا فىمن حالت نيته إلى نافلة وهو فى فريضة هذا على أنه فعل ذلك سهواً .

فأما العامد العايب فلا خلاف فيه أنه يفسد على نفسه .

وأما من رفض وضوءه بعد كماله فهذا ليس بشيء ؛ لأن حكم الحدث قد ارتفع عنه بطهارته، ورفض الوضوء ليس بحدث دخل عليه نقض طهارته فلم يلتفت إلى رفضه .

وكذلك إذا نوى رفض الوضوء وهو لم يكمله رفضه ليس بشيء ؛ لأن ما غسل من أعضاء الوضوء وحكم الحدث قد ارتفع عنه فلا حكم لرفضه إياه إذا عاد فأكمل باقى وضوءه بالقرب .

(١) فى ج : قوته .

(٢) سقط من أ ، ب .

كذلك أيضاً رافض إحرامه ليس رفضه بمضاد لما هو فيه [ق / ١٦ ج] ؛ لأنه إنما عليه مواضع يأتيها . فإذا رفض إحرامه ثم عاد إلى المواضع التي يخاطب بها ففعلها لم يحصل لرفضه حكم .

وأما إن كان في حين الأفعال التي تجب عليه نوى الرفض وفعلها بغير نية كالطواف ونحوه [فهو] (١) رافض يعد كالتارك لذلك ، والله أعلم .

قول عمر - رحمه الله : « نعمت البدعة هذه [والتي ينامون عنها أفضل] (٢) (٣) حين رأى الناس يصلون القيام إنما يعنى بالبدعة جمعهم على قارئ واحد ؛ لأن الناس قبل ذلك إنما كانوا يصلون أوزاعاً فجمعهم عمر على قارئ واحد ؛ فهذا الجمع على قارئ واحد هي البدعة لا الصلاة .

فإن قيل : أليس قد صلى بهم النبي - عليه السلام - ثم ترك ذلك فكيف جعل عمر جمعهم على قارئ واحد [هي] (٤) البدعة ؟

فجيب : لما فعل النبي - عليه السلام - ذلك ثم تركه زالت السنة فصار جمعهم بعد ذلك بدعة حسنة ، هكذا رأيت لأبي محمد - رحمه الله - ذكرت المعنى دون اللفظ .

تم كتاب الصوم بحمد الله وعونه

(١) في ج : فهذا .

(٢) سقط من ج .

(٣) أخرجه البخارى (١٩٠٦) من حديث عبد الرحمن بن عبد القارى عن عمر رضى الله عنه .

(٤) سقط من ج .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب (الاعتكاف) (١)

الاعتكاف في اللغة : اللبث .

قال الله تعالى : ﴿ مَا هَذِهِ التَّمَاثِيلُ الَّتِي أَنْتُمْ لَهَا عَاكِفُونَ ﴾ (٢) وقال : ﴿ الَّذِي ظَلَّتْ عَلَيْهِ عَاكِفًا ﴾ (٣) .

فالعكوف : الملازمة الشرعية ، ولا يكون إلا بصوم عند مالك ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ ثُمَّ أَتَمُّوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ ﴾ (٤) .

يريد : على الحالة التي أنتم عليها وأنتم صائمون وأشد الأمور علينا في هذه الآية أن يكون قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ ﴾ (٥) . ويحتمل أن يكون كلاماً مستأنفاً أو عائداً على ما تقدم من ذكر الصوم ، فإذا كان محتملاً ورأينا النبي - عليه السلام - اعتكف في صومه صار فعله واقعاً موقع البيان فافتضى ذلك [الوجوب] (٦) .

والكلام مع مخالفنا في هذه المسألة يطول ، وليس قصدنا الإكثار في ذلك .

قال عبد الحق : إذا نوى عكوف أيام أو شهر [أو شهور] (٧) لزمه بالدخول في [أول] (٨) يوم [من أيامها] (٩) ؛ لأن ذلك كله لاتصاله كيوم واحد ، بخلاف من نوى صوماً ، هذا وإن نواه متتابعاً لا يلزمه منه إلا اليوم الذي دخل فيه خاصة ؛ لأنه

(١) في ج : العكوف .

(٢) سورة الأنبياء (٥٢) .

(٣) سورة طه (٩٧) .

(٤) سورة البقرة (١٨٧) .

(٥) سورة البقرة (١٨٧) .

(٦) سقط من أ و ب .

(٧) زيادة من ج .

(٨) سقط من أ و ب .

(٩) في ج : منها .

ليس عمل الصوم متصلاً ؛ لأن الليل فاصل عن الصوم ، والعكوف عمله [متتابع] (١)

متصل بالليل والنهار ؛ فهو كالיום الواحد فى الصوم .

والجواز إذا كان ينقلب فيه بالليل إلى منزله مثل الصوم لا يلزمه بالنية والدخول إلا أول يوم منه ، وكل يوم إنما [ترتب] (١) عليه بدخوله فيه .

وأما ما لا ينقلب فيه فهو كالعكوف ، وبالدخول فى أول يوم يلزمه جميعه ، فاعلم .

قال عبد الحق : رأيت لبعض البغداديين : إذا شرط فى العكوف إن عرض لى كذا لم أعد إلى اعتكافى ، أنه إن دخل فى الاعتكاف بهذا الشرط لزمه المضى عليه ولم يخرج إلا لضرورة ، فإن خرج لغير ضرورة انتقض اعتكافه ولزمه أن يقضيه .

وإن نذر الاعتكاف على هذا الشرط ولم يدخل فيه لم يلزمه ، فإن دخل لزمه .

قال عبد الحق : قوله فى « الكتاب » : (إذا سكر المعتكف) (٢) معناه : من خمر لا من طعام .

ورأيت فى كتاب أبى الحسن بن القصار القاضى البغدادى : إذا سرق أو زنا أو قتل . قال : هذا ونحوه مما يجرى مجرى الكبائر ينتقض به اعتكافه .

وقال : إن الأمر محتمل فى المسألة ، وحكى أن من الناس من يقول : إن الغيبة والكذب وسائر العصيان ينقض العكوف .

قال عبد الحق : قال بعض شيوخنا : إذا خرجت المعتكفة فوطئها زوجها مكرهة لا تعذر بالإكراه ، وينتقض اعتكافها ، وعليها ابتداءه ، بخلاف المكرهة فى الصوم ؛ ألا ترى أن المعتكف إذا وطئ ناسياً يبتدئ اعتكافه ، ولا فرق بين سهوه وعمده ، والعمد والسهو مختلف فى الصوم .

قال عبد الحق : قال غير واحد من شيوخنا فى المرأة تنذر اعتكاف شهر بعينه

(١) فى ج : يترتب .

(٢) المدونة (١ / ٢٩٢) .

فيموت زوجها أو يطلقها قبل دخول الشهر ، فشرعت فى العدة ثم دخل الشهر : إنها تتمادى على العدة ؛ لأن وجوب المبيت فى البيت حتى [ق / ١٧ جـ] تنقضى العدة ، وقد سبق وجوب الاعتكاف ؛ إذ الاعتكاف إنما ينعقد على نادره بأن يمكنه الدخول فيه وهو قادر عليه من غير أن يكون عاصياً .

وهذه لما جاء الاعتكاف وهى منهيّة عن أن تبيت فى غير بيتها لم يمكنها ابتداء العكوف بمعضية ؛ فأشبه ذلك الحيضة التى لا يصح معها العكوف ؛ فينبغى أن تصوم هذه المرأة فى بيتها ، ولا قضاء عليها لما غلبها عليه الشرع من الاعتكاف كناذر حج عام بعينه فمرضه إنه لا شيء عليه ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قول النبى - عليه السلام - فى ليلة القدر : « التمسوها فى التاسعة والسابعة والخامسة » (١) فى «كتاب ابن مزين» : (لتسع بقين ولسبع بقين ولخمس بقين) فهذا خلاف تفسير ابن حبيب الذى حمل قول مالك على نقصان الشهر ؛ لأن ابن حبيب عد تلك الليلة ولم يجعل ما بعدها تسعاً أو سبعاً أو خمساً كما فى كتاب ابن مزين . فتدبر ذلك .

تم كتاب الاعتكاف بحمد الله وعونه

(١) أخرجه مالك (٦٩٦) والنسائى فى «الكبرى» (٣٣٩٦) من حديث أنس رضى الله عنه . وأخرجه البخارى (١٩١٩) من حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب (الزكاة الأول) (١)

قال الله عز وجل : ﴿ وَالَّذِينَ يَكْتُمُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يَنْفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ (٢) فقله تعالى : ﴿ وَلَا يَنْفِقُونَهَا ﴾ ، وجمعه إياهما في الضمير دليل على أنهما كالشئ الواحد ؛ فوجب لذلك جمعها في الزكاة ، و[هذا] (٣) كقله عز وجل : ﴿ وَاللَّهُ وَرَسُولُهُ أَحَقُّ أَنْ يُرْضَوْهُ ﴾ (٤) ولم يقل : أن يرضوهما لما كان رضا الله برضا رسوله عليه السلام .

قال محمد : إذا أخرج عن الذهب ورقاً أو عن الورق ذهباً [أجزأه إذا] (٥) أخرج القيمة - قَلَّتْ أو كَثُرَتْ .

وقال ابن حبيب : يخرج قيمة الذهب ورقاً ما لم ينقص ذلك عن عشرة دراهم . وقول محمد هو الصواب ، وهو معنى ما في «المدونة» ، والله أعلم ؛ وذلك أن القيمة وإن نقصت عن عشرة دراهم فهي تسد مسد الذهب الواجب وتنوب منابه في الانتفاع ؛ فلم يظلم المساكين شيئاً .

ومما يضعف قول ابن حبيب : أنه على مذهبه يخرج القيمة إذا زادت على عشرة دراهم ؛ فكذلك ينبغي أن لا يعتبر النقصان عن عشرة دراهم ؛ إذا سقط تحديد العشرة في وجه سقط في آخر ، والله أعلم .

قال عبد الحق : جرى في «الكتاب» (٦) في مسألة الحلبي ، وقد روى ابن

(١) في ج : زكاة الذهب والورق .

(٢) سورة التوبة (٣٤) .

(٣) سقط من أ و ب .

(٤) سورة التوبة (٦٢) .

(٥) سقط من ج .

(٦) المدونة (١ / ٣٠٥) .

القاسم وغيره (١) أيضاً: إذا اشترى حلياً أو ورثه فحبسه للبيع كلما احتاج باع أو لتجارة [قال بعض الأندلسيين : هاهنا فى بعض الروايات زيادة «زكاة» بعد قوله : كلما احتاج باع أو لتجارة] (٢) وهى ساقطة من بعض الروايات ولا تصح المسألة إلا [بهذه] (٣) اللفظة ؛ لأنها إذا ثبتت دلت على أن الحلّى المذكور قبلها فى مسألة ابن القاسم وعليّ وابن نافع حلّى ذهب أو فضة وليس معه حجارة، ودلت أيضاً على أنه لم يأت فى هذه [ق/ ١٥ ج]، المسألة للحلّى المربوط بالحجارة ذكر إذا كان موروثاً ، وإذا سقطت أدى إليك لفظ «الكتاب» إذا تعاقبته أن من اشترى حلياً أو ورثه وهو مربوط بالحجارة لا يستطيع نزعه أنه بمنزلة العرض يشتري للتجارة أنه يزكية على ما ذكر فى المدير وغير المدير ؛ فيستحيل حيثئذ معنى المسألة فيما ورث من الحجارة ، ويخرج عن أصل قولهم : فيمن أفاد عروضاً بميراث أو غيره أنه لا زكاة عليه [فيه حتى] (٤) يحول على ثمنه الحول من يوم يقبضه ؛ لأن حجارة الحلّى هى كسائر العروض فيما أفيد منها بميراث أو غيره .

قال : وقد رأيت بعض المختصرين اختلفوا فى اختصارهم لهذه المسألة ، وما أرى ذلك إلا لما أعلمتك من اختلاف الرواية فى اللفظة .

قال عبد الحق : قال غير واحد من شيوخنا : إن الحلّى المربوط بالحجارة لا يستطيع نزعه زكاته على أحد القولين على التحرى لما فيه ؛ إذ لا سبيل إلى غير ذلك .

وقال بعضهم : فإن تحرى وزنه فزكاه ثم بعد ذلك بيسير باع جميعه فإنه نقض الثمن على قيمة الحجارة وقيمة ما فيها من الحلية لا على وزن ذلك ؛ فتصير زكاته أولاً على تحرى الوزن ويفض الثمن حين البيع على القيمة لا على الوزن ؛ فما ناب الحجارة زكاه الآن، - أعنى : إذا كان غير مدير ، وما ناب الحلية [ق/ ١٨] لم يكن

(١) وهى رواية عليّ بن زياد ، وابن نافع أيضاً .

(٢) سقط من أ و ب .

(٣) فى ج : بثبوت هذه .

(٤) زيادة من ج .

عليه فيه شيء ؛ لأنه قد زكاه فيما تقدم .

قال غير واحد من شيوخنا : إذا اكرت الأرض للتجارة وزرع فيها طعاماً اشتراه للقنية ، أو كان قد ورثه - يريد بذلك الزرع التجارة - ثم أقام الطعام بعد أن حصده عنده حولاً وباعه لا زكاة عليه في ثمنه بخلاف إذا كان أصل الطعام قد اشتراه للتجارة ؛ لأن ما أصله قنية لا ينتقل إلى التجارة بالنية ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إن اعترض معترض في رواية ابن القاسم فقال : أليس إذا كان أصل العرض للتجارة ينتقل بالنية إلى القنية فلم إذا كان أصله للقنية لا ينتقل إلى التجارة بالنية ، فمال الفرق بين ذلك ، فالجواب عن ذلك من وجهين :

أحدهما : أن لنا أن نقول : الأمر في ذلك واحد ؛ وذلك أن ما كان أصله للتجارة لا ينتقل إلى القنية بالنية خاصة بل بنية يقارنها عمل وهو إمساك العرض وترك نقله فيه للتجارة ؛ فكذا ما كان أصله للقنية لا يكون بالنية للتجارة حتى يتصرف فيه ويشتري ، فهذا وجه .

والوجه الثاني : أنا نقول : أصل العروض القنية ، والتجارة طارئة ؛ فوجب أن يرجع إلى أصله بأدنى الأمور وهي النية ، ولا ينتقل عن أصله إلا بالفعل كالمسافر [الذي] ^(١) ينتقل عن السفر بالنية ، ولا ينتقل إلى السفر إذا كان مقيماً بالنية حتى يطعن فينتقل عن غير الأصل بأدنى الأمور ولا ينتقل عن الأصل بأدنى ذلك ؛ ألا ترى أن أصل الدراهم والدنانير أن فيها الزكاة ، فلو ردها بالنية عن أصلها لم تنتقل ، فإذا فعل مع ذلك فعلاً فصاغها وصارت حلياً للبس انتقلت عن أصلها بهذا الفعل الحادث .

وقد رأيت نحو هذا الذي ذكرنا لبعض علمائنا من البغداديين .

قال بعض شيوخنا : إذا اشترى غنماً للتجارة عليها صوف تام يوم عقد البيع ثم بعد ذلك جزه وباعه فهذا الصوف كسلعة ثانية اشتراها للتجارة إن أقام الصوف عنده حولاً زكى ثمنه إذا باعه ، ولا يكون ثمنه غلة يستقبل بها حولاً .

وكذلك النخل يشتريها وفيها تمر مأبور يوم عقد البيع ، هذا على مذهب ابن

القاسم .

وعلى قول أشهب : هو غلة وإن كان الصوف يوم عقد البيع تاماً والتمر مأبوراً .

ويؤخذ جواب ابن القاسم وأشهب فيما وصفنا من مسألة كتاب العيوب (١) : إذا رد النخل أو الغنم بعيب وكان يوم عقد البيع فى النخل تمر مأبور وعلى ظهر الغنم صوف تام ؛ فالاختلاف فى هذا بين ابن القاسم وأشهب يدخل فى المسألة التى قدمنا .

قال عبد الحق : قال بعض شيوخنا : ليس على المدير إذا أتى شهره أن يقوم عروضه بالقيمة التى يجدها المضطر فى بيع سلعة ، وإنما يقوم سلعة بالقيمة التى يجدها الإنسان إذا باع سلعة على غير الاضطرار الكثير .

فإن قدم وأخرج الزكاة ثم باع بزيادة أو نقصان لم يلتفت إلى ذلك ، وهو أمر قد مضى فاعلم .

قال عبد الحق : هذا الذى أذكره أصل فى زكاة ما يقتضى من الدين شيئاً فشيئاً وإن تخلل الاقتضاء فوائد كيف يجرى الأمر فيها ؟

مثال ذلك : أن يقتضى من دينه خمسة دنانير فينفقها ثم يفيد عشرة دنانير فينفقها بعد حول ثم يقتضى من دينه عشرة : فهذا يزكى العشرة التى اقتضى الآن مع الفائدة التى كان أنفق ، ولا يزكى خمسة الاقتضاء ؛ لأنه لم يحصل له من الدين إلا خمسة عشر ديناراً .

فإن اقتضى من الدين خمسة أخرى بعد هذا زكى هاهنا الخمسة التى اقتضى ، أولاً ؛ لأنه قد كمل له من اقتضاء دينه عشرين ديناراً .

فاعلم أن الفائدة إنما يعتبر من زكاتها بما يقتضى من الدين بعدها ، فإذا اقتضى بعدها من الدين ما إن أضافه إليها خاصة كان جميعه نصاباً زكى الفائدة مع ما اقتضاه

بعدها ، وأما ما يقتضى من الدين فيضيف بعضه إلى بعض ما تقوم قبل الفائدة وما تأخر بعدها ، فإذا كمل له من ذلك ما فيه الزكاة زكى جميع ما اقتضاه أولاً وآخراً .
وإذا تخلل الاقتضاء فوائد فلا يضيف كل فائدة للأخرى ؛ لأنه أنفق ما استفاد قبل تملك ما استفاد بعد ذلك ، بخلاف [الدين] (١) الذى لم يزل ملكه عليه قبل اقتضائه .

فحصل مما وصفنا أن كل فائدة ينفقها ثم يفيد بعدها [شيئاً] (٢) وينفقه لا يضيف بعض الفوائد إلى بعض ، [ويضيف إلى كل فائدة ما اقتضى من الدين بعدها .

وأما ما اقتضى من الدين مرة بعد مرة فيضيف بعضه إلى بعض] (٣) ما تقدم فيه قبل الفوائد وما تأخر .

وما تخلل الفوائد يجمع بعض ذلك كله إلى بعض ، وهذا أصل انفرد به بعض شيوخنا من القرويين على ما وصفته .

قال عبد الحق : جرى فى «الكتاب» (٤) : أنه إذا أفاد مالاً فيه الزكاة ، ثم أفاد بعده مالاً فيه الزكاة أو لا زكاة فيه أنه يزكى كل مال على حوله إلى أن يصيرا جميعاً إلى ما لا زكاة فيه فيجمعهما ثم إن حدث [ق / ١٨ جـ] فيهما نماء فرجعا إلى ما فيه الزكاة رجعا على حوله .

بيان هذا الذى وصفه : أن يأتى حول المال الأول فيزكيه ، ثم يصيرا جميعاً قبل تمام الحول الثانى أقل من نصاب فيتجر فيهما أو فى أحدهما فيصيرا نصاباً ولم يأت حول الثانى بعده فهانئ يبقى كل مال على حوله ولا يتغير عما كان عليه ونقص الربح على المالىين جميعاً بالحصص إن كانت تجارته بعد خلطها ، وإن تجر فى أحدهما بعينه أبقاه بسربه على حوله وأبقى الآخر على حوله . ولو كان لما أتى الحول الأول وجدهما أقل من نصاب فجمعهما ثم تجر فيهما أو فى أحدهما قبل تمام حول الثانى

(١) زيادة من جـ .

(٢) زيادة من جـ .

(٣) سقط من جـ .

(٤) المدونة (١ / ٣١٦) .

فصار نصاباً فهاهنا ينتقل حول الأول فيصير حين الربح ويبقى حول الثاني على حاله ، ولو كان في هذا الوجه قد تمدى بها النقص عما فيه الزكاة إلى أن أتى حول الثاني وهما على حالهما ناقصان ثم تجر بعد حول الثاني فيهما أو في أحدهما فصارا نصاباً فهاهنا لا يفرقهما وهما كمال واحد ؛ لأنهما قد جمعهما الحول وهما ناقصان فيزيكهما جميعاً حينئذ ولا يفترقان ويصير حولهما جميعاً واحداً .

فتصير المسألة على ثلاثة أوجه كما وصفناه :

وجه : إذا حدث النماء بقيا على حوليهما المتقدمة ، وهو الوجه الأول المذكور في «الكتاب» .

ووجه ثان : ينتقل فيه حول أحدهما .

ووجه ثالث : ينتقل فيه الحولان جميعاً ، ويرجعان مالاً واحداً [لا يفترقان] (١) .

وقد بينا ذلك كله فتدبره .

ولو كان قد زكى الأول [ق / ١٩] ثم أتى حول الثاني فوجده إذا أضافه إلى الأول لم يكن فيهما ما فيه الزكاة فخلطهما فتجر فيهما أو تجر في أحدهما فصارا نصاباً ، وذلك قبل أن يأتي حول الأول فهاهنا ينتقل حول المال الثاني الذي أتى حوله وهما جميعاً ناقصان ، ويصير حوله حين الربح ويبقى حول الأول على حاله .

ولو استمر النقص فيهما ولم تكن تجارته بهما وكونهما نصاباً إلى أن حل حول الأول فبعد ذلك حدث النماء فهاهنا ينتقل حولهما جميعاً [ويصيران] (٢) كمال واحد ؛ لأن حوليهما قد أتيا ومضيا وهما ناقصان عما فيه الزكاة ، فبطل الحولان لذلك [وهو] (٣) معنى ما جرى في غير «المدونة» في هذه المسألة . [وكل] (٤) ذلك

(١) زائدة من جـ .

(٢) في جـ : ويصيرا .

(٣) في جـ : وهذا .

(٤) في جـ : وأصل .

واضح لمن تأمله على ما قلنا ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا كان له مالان يزكيهما على حولين فأتى حول الثاني والأول في عروض وقيمة العروض مع المال الثاني يبلغ ما فيه الزكاة لم يكن عليه زكاة الثاني إذا لم يكن مديراً ، وكون الأول في عروض مثل إذا تلف ، ولأنه لما كان عين العروض لا تزكى كذلك لا يزكى به غيره ، والعين لما كان يزكى عينه كذلك يزكى به غيره .

قال بعض شيوخنا : وإذا حل حول أحد الفائدتين وهي في سلعة والأخرى في سلعة ولا زكاة فيها إلا مع الأول وهو مدير فإنه يزكى إذا كان في القيمة مبلغ الزكاة ، ولا يلتفت إلى ما يطرأ من حوالة الأسواق بزيادة أو نقصان وإنما يخاطب بالقيمة في وقته ؛ فلا يلتفت إلى تغير السوق بعد ذلك .

قال عبد الحق : اعلم أنه إنما فرق بين فوائد الدنانير وفوائد المواشى إذا كان الفائدة الأولى نصاباً فجعله في فوائد الدنانير يزكى كل فائدة لحولها ، وجعل في فوائد الحواشى يزكى على حول الفائدة الأول من أجل أن زكاة الدنانير معروفة إلى أمانته فوجب أن يجعل لكل فائدة حولاً ، [وزكاة الماشية إنما هي إلى الساعى وهو إنما يخرج مرة فلا يستقيم أن يجعل لكل فائدة حولاً] (١) ؛ فكان لذلك زكاتها على حول الفائدة الأولى .

قال بعض شيوخنا من القرويين ، ولو كان في بلد لا سعاة فيه لكان الأمر كذلك أيضاً ؛ يضيف الفائدة الآخرة إلى الأولى ويزكى على حول الأولى .
وفي «المستخرجة» نحو هذا الذى ذكره .

فإن قيل : أليس العلة التى قدمت من أجل أنه لما كان الساعى لا يخرج مراراً وجبت إضافة الفائدة الآخرة إلى الأولى يسقط هاهنا إذ البلد لا ساعى فيه ، فهلا كانت كالدنانير ؟

فالجواب : أنه يحتمل أن يخرج السعاة إلى ذلك البلد أو يلى إمام عدل ؛ فلا

يبقى موضع إلا أخرج السعاة إليه فكيف يكون الحكم لو كان هكذا ابتغاء لكل فائدة حول حسب ما رتبته مالكتها ، فلما كان ذلك لا يستقيم وجب خوف ما ذكرنا أن يزكى [ق/ ٢٠٠] على حول الفائدة الأولى ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إذا كان عليه مائة دينار دين حالة أو مؤجلة ، وله مائة دينار دين حالة كانت المائة بالمائة ويزكى ما بيده .

وإن كانت التي له مؤجلة فإنما يجعل دينه في قيمتها لا في عددها .

فاعلم أن ما كان له يفترق إن كان مؤجلاً أو حالاً ، وأما ما كان عليه فلا يفترق كان مؤجلاً أو حالاً ؛ إنه يجعل نفس ما عليه في دينه لا قيمة ما عليه حتى لو كان الذى عليه عرضاً مؤجلاً يجعل قيمة ذلك العرض الساعة لو كان حالاً ، ولا يجعل قيمته على أن يقبض إلى أجله ؛ لأن ما عليه من الدين لا محيص له منه هو مطلوب بجميعة فذلك الدين الذى هو مطلوب [به] (١) يجعله فيما يملك من الدين الذى له والذى يملك منه قيمته فيجعل الدين فى تلك القيمة التى يملكها . هكذا حفظت عن بعض شيوخنا ، [وهذا] (٢) بين ، والله أعلم .

قال عبد الحق : الفرق بين نفقة الزوجة [أو] (٣) نفقة الوالدين والولد عند ابن القاسم فى سقوط الزكاة عنه من أجل ذلك أن نفقة الزوجة عوض البضع الذى أخذه ، ونفقة الوالدين والولد لا عن عوض ، فكانت أضعف [لذلك] (٤) ، والله أعلم .

وأيضاً فإن نفقة الزوجة إذا عجز الزوج عنها طبقت الزوجة عليه إذا شاءت ذلك ، ولم يعذر بالعسر .

وفى نفقة الوالدين والولد إذا عجز عنها كانوا من فقراء المسلمين .

(١) سقط من أ وب .

(٢) فى ج : وهو .

(٣) فى ج : وبين .

(٤) فى ج : لهذا .

فلما كان يتعلق عليه حكم فى العسر فى نفقة الزوجة على ما وصفنا كانت نفقتها أكد وأوجب من نفقة الوالدين والولد ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : ومعنى كلام ابن القاسم فى الولد إنما هو إذا كانت نفقته قد سقطت عنه ليسر كان حدث له ثم ذهب ذلك اليسر فرجعت النفقة عليه ، فأما إن لم يتقدم للولد يسر قط فالأمر كما قال أشهب : إن النفقة تسقط الزكاة ؛ لأنها لم تزول واجبة كنفقة الزوجة التى لم تزول واجبة ؛ فقول أشهب على هذا التأويل ليس بخلاف ، وإنما تكلم على وجه لم يتكلم عليه ابن القاسم .

وعندى أن [أشهب قوله] (١) خلاف ، ولا فرق على قول ابن القاسم بين أن يتقدم للولد يسر أم لا ، هو بخلاف الزوجة للمعنى الذى قدمته ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا : إذا كان له مال حل حوله وعليه دين من إجارة أجراء ولم يعمل الأجراء له شيئاً بعد ، كان عملهم كسلعة له فينتظر ما عليه من إجاتهم فيحسبه فى قيمة عملهم ؛ فإن كان ذلك كفافاً زكى ما بيده ، وإن كان دين الإجارة أكثر من قيمة عملهم جعل ما بقى من الدين فيما بيده ويتنظر إن كان يفضل له ما فيه الزكاة فيزكيه وإلا فلا .

وكذلك إن عملوا بعض العمل وبقى عليهم بعضه ، ما بقى من العمل كسلعة له يملكها يجعل دينه فيها على ما قدمنا فاعلم .

قال عبد الحق : على قول ابن القاسم فى «المدونة» : (لا بأس بالقراض) (٢) على أن على رب المال زكاة المال والربح أو زكاة الربح خاصة .

وذكر ابن حبيب عن ابن القاسم : أنه يكره أن يشترط العامل على رب المال زكاة المال والربح .

قال ابن حبيب : وهذا جائز .

(١) فى ج : قول أشهب .

(٢) المدونة (١/٣٥٨) .

وما ذكره ابن حبيب عن ابن القاسم في هذا هو في «الأسدية» .

والذى يدل في « المدونة » أنه جائز قوله : (لا بأس أن يشترط زكاة على رب المال) (١) . فإذا جاز هذا وكان رأس المال إنما زكاته على ربه فقد حصلت الزكاة كلها على رأس المال ، والربح على رب المال .

وما ذكر في «الكتاب» من قوله : (لأن ذلك يصير إلى [جزء] (٢) مسمى) فكأنه أخذ على أن للعامل خمسة أجزاء من عشرة ، ولرب المال أربعة ، والجزء العاشر في الزكاة .

فهذه التجزئة التي ذكرت على طريق التقريب ، وحقيقة ذلك أن يقال : كأن العامل أخذه على أن له ربع عشر الربح كله ونصف ما بقى بعد إخراج ربع عشرة . وإنما تصح هذه التجزئة التي ذكرت على الحقيقة في المساقات ؛ لأن فيها تكون القسمة عن عشرة فيعطى الذى اشترطت عليه الزكاة أربعة ، والآخر خمسة ، والجزء الآخر في الزكاة ؛ لأن العشر يخرج فيها زكاة .

ولو كان الحائط مما يؤدى فيه نصف العشر كانت قسمتها على عشرين ؛ فعشرة للذى اشترط الزكاة ، وتسعة للذى شرطت الزكاة عليه ، والجزء الآخر [في الزكاة] (٣) وهو نصف العشر .

والقسمة في القراض إنما تصح من أربعين [ق/ ٢١] ؛ إذ أقل ما يخرج ربع العشر صحيحاً من أربعين ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق: الفرق بين المساقاة وبين القراض : أن [في] (٤) المساقاة إنما يراعى في زكاة ذلك أن يحصل في حظ العامل ورب المال جميعاً ما فيه الزكاة ، وأن في القراض يعتبر على مذهب ابن القاسم أن يحصل لرب المال من رأس ماله وريحه

(١) المدونة (١/ ٣٢٩) .

(٢) فى أ : أجر .

(٣) سقط من أ وب .

(٤) زيادة من ج .

ما فيه الزكاة ؛ فحينئذ تجب الزكاة على العامل ، ولا تجب الزكاة بحصول النصاب لهما جميعاً كما يستعمل في المساقاة ؛ إذ الثمرة في المساقاة عينها لرب المال ؛ وما يأخذ [ق/ ١٧ج] العامل منها فإنما يأخذه بعد توجه الزكاة على رب الثمرة بطبيها ، فالذى يستحقه العامل بعد القسمة إنما ؛ ضرب من الأجرة .

وأما مال القراض فالعامل قد تقلب به وتصرف فيه لنفسه ولرب المال وذهبت عينه واعتاض بدلاً منه ؛ فما طالب به النماء بالتصرف الذى فعله فى عين المال أشبه الشريك ، والله أعلم .

ونحو هذا حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين .

قال عبد الحق : اعلم أن مال القراض وإن أقام بيد العامل أحوالاً [أن العامل] (١) لا يخرج زكاته إلا بعد المفاصلة ، فإذا تفاضلا نظرت فإن كان العامل يدير زكياً لكل سنة على قدر ما كان المال عند تمام كل حول ، فإن كان العامل لا يدير فإنما يزكى زكاة واحدة .

وينظر إلى رب المال فإن كان يدير زكى لكل سنة ، وإن كان لا يدير زكى زكاة واحدة . هذا [إن] (٢) كان العامل غائباً .

ولو كان المقارض مع رب المال فى بلده ، ورب المال يدير والعامل لا يدير فإن رب المال إذ جاء شهر زكاته زكى ماله بيد العامل ويقوم سلع القراض فزكى رأس ماله وحصته من الربح ، ثم إذا تفاضلا إنما يزكى العامل لسنة واحدة ؛ إذ ليس ممن يدير .

قال عبد الحق : قال بعض شيوخنا من القرويين : ويخرج رب المال ما يجب فى ذلك من مال نفسه

لا مما بيد العامل ؛ لأنه ينقض مال القراض إذا فعل ذلك .

قال عبد الحق : وإنما يزكى ما بيد العامل إذا كان الذى بيده أقل المال ، وأما إن

(١) سقط من ج .

(٢) فى ج : إذا .

كان أكثر ماله بيد العامل فلا يزكيه حسب ما قالوا فيمن يدير بعض ماله وبعضه لا يديره .

فإذا وجب على رب المال أن يزكى لكل سنة ؛ إذ هو ممن يدير والعامل معه في بلده وليس العامل ممن يدير فأخر رب المال الزكاة انتظار المحاسبة فضع ضمن زكاته .
وأما إن أخر الزكاة إذ العامل ليس معه في بلده فهلك المال فلا يضمن زكاته ؛ إذ لم يكن ممن يلزمه إخراج الزكاة ؛ إذ لا يدرى ما يحدث على المال .
ولو أخرج رب المال الزكاة قبل المقاسمة جهلاً أو كان العامل خاصة ممن يدير فعمد فأخرج الزكاة جهلاً قبل المفاصلة مضى ذلك .

وأكثر ما ذكرته في هذه المسألة مجموع من «كتاب محمد» وغيره .

قال محمد : إذا تفاعلا في مال القراض فيبتدئ بإخراج الزكاة قبل قسمة الربح ؛ مثل أن يكون القراض عشرين ديناراً فتجر فيه حولاً فصار أربعين فعلى رب المال ثلاثة أرباع دينار ، وعلى العامل ربع دينار إذا قارضه على النصف .

قال غير واحد من شيوخنا في المقارض يشتري سلعاً فيقيم عنده حولاً ثم يبيعهها ، صنع ذلك سنين ، ثم تفاعلا : إن عليهما الزكاة لكل عام ؛ لأن المقارض ها هنا يده كيد رب المال ، ورب المال لو صنع هذا الذى وصفنا لزكى لكل سنة ؛ فكذلك المقارض ، وذهب ذاهب إلى غير هذا ، والصواب ما ذكرنا ، والله أعلم .

ألا ترى أن العالم إذا كان يدير زكى لكل سنة كرب المال إذا كان يدير ؛ فإنما القراض مثله سواء ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا قدم الذمى بدنائير فاشتري بها سلعاً ينظر فإن كانت السلع تنقسم أخذ العشر من أعيانها ، وإن كانت لا تنقسم [أخذ في ثمن ذلك] (١) .

وقال لى غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا : إنما يؤخذ عشر قيمة السلع كانت

(١) فى ج : أخذ فى ذلك ثمناً .

تنقسم أو لا تنقسم ، وكذلك لو كان المشتري طعاماً أو غيره مما يكال أو يوزن ، ولا يؤخذ من عين ذلك ؛ لأن الأسواق قد تحول بنقصان ؛ فإنما يؤخذ مما لا يتغير ولا تحيله الأسواق ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا : إذا دخل أهل الحرب إلينا فباعوا واشتروا ، ثم مضوا إلى بلد آخر من بلاد المسلمين فباعوا واشتروا [ق/ ٢١] لا يؤخذ منهم تارة أخرى ، بخلاف أهل الذمة .

قال عبد الحق : والفرق بينهم : أن أهل الحرب قد حصل لهم الأمان ما كانوا في أرض الإسلام ؛ فجميع بلد الإسلام كبلد واحدة .

وأما أهل الذمة [فإنما] (١) يؤخذ منهم لانتفاعهم ؛ إذ هم غير ممنوعين من بلادنا ؛ فلما تكرر نفعهم تكرر الأخذ منهم ، والله أعلم .

قال ابن المواز في كتاب الجهاد الثاني : وإذا نزل تجار الحريين على غير شرط لم يكن للسلطان أن يتحكم عليهم فيأخذ أكثر من العشر ، ولكن إن تراضوا على شيء وإن كان ذلك بعد نزولهم ، وإلا ردوا إلى ما منهم .

قال أصبغ : إذا نزلوا بغير تسمية عشر ولا غيره وقد كانوا يعرفون النزول قبل ذلك على العشر فلم يسم لهم حتى باعوا فليس للإمام أن يتحكم عليهم ولا يزيد على العشر .

قال ابن حبيب : إذا جهل الوالى فأنزلهم على أمر مبهم ، فإن كانوا نزلوا قبل ذلك على أمر فهم عليه وإن كانوا أول ما نزلوا فعليهم العشر .

قال عبد الحق : حكى عن [الشيخ] (٢) أبى الحسن بن القابسى أنه قال : معنى قوله فى الندرة : (فتكلف فيها عمل) إنما ذلك فى تصفيتها وتهذيبها حتى يجتمع فهذا الذى يزكى ، فأما أن يتكلف المؤنة فى الحفر وتؤخذ هى ذهباً ثانياً بلا مؤونة ففيها الخمس .

(١) فى ج : فإنهم .

(٢) زيادة من ج .

وإلى هذا رأيت بعض شيوخنا يذهب ويقول : هو معنى ما فى «الكتاب» .

[وحكى] (١) عن أبى محمد - رحمه الله - أنه قال : إنما كره مالك الطلب فى

قبور الجاهلية وحفرها خوفاً من أن يصادف فيها قبر نبي أو رجل صالح .

وحكى عن الشيخ أبى الحسن أنه قال : إنما كره ذلك للحديث الذى جاء : «لا

تدخلوا على هؤلاء المعذنين إلا وأنتم باكون ، فإن لم تكونوا باكين فلا تدخلوا

عليهم » (٢) ؛ فلا ينبغى أن يدخل عليهم إلا للاعتبار والبكاء ، فأما لطلب الدنيا

واللهو فلا .

قال محمد بن مسلمة فى «المبسوط» فى قول مالك (٣) : سمعت [عن بعض] (٤)

أهل العلم يقولون فى الركاز : «إنما هو دفن الجاهلية ما لم يطلب بمال أو يتكلف فيه

كبير عمل ، فأما ما طلب بمال وتكلف فيه كبير عمل ، فأصيب مرة وأخطئ مرة

فليس بركاز» : إنما هذا الكلام منهم تفسير مقدم للركاز أنه ليس بالمعدن حين قالوا

يتكلف فيه العمل فيصاب مرة ويخطأ مرة ، وهذه صفة المعدن يتكلف فيها الأموال

ويصاب ويخطأ ، والدفن ليس كذلك ؛ لأنه لا يعمل منه على حقيقة ولا على شيء

يتوهم ، وإنما هو دفن يؤخذ موضوعاً ، والمعدن عرق يتوهم فيعمل عليه ويطلب

فيخطأ ويصاب .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا وجد رجل ركازاً فى دار رجل من أهل

الصلح فالركاز لصاحب الدار ولا يكون لجماعة أهل الصلح .

وإنما معنى قوله فى «الكتاب» : (إذا وجد رجل فى دار رجل فى أرض

الصلح يكون لأهل الصلح) [يريد: أن الرجل الذى يجد ذلك فى داره ليس من أهل

(١) فى ج : وذكر .

(٢) أخرجه البخارى (٤٢٣) ومسلم (٢٩٨٠) من حديث ابن عمر رضى الله عنهما .

(٣) المدونة (١ / ٣٤٠) .

(٤) سقط من ج .

الصلح ؛ فلذلك [(١) قال: يكون لأهل الصلح ولم يجعله لصاحب الدار ؛ فلا فرق على هذا بين أن يجده رب الدار بنفسه فى داره أو يجده رجل فى دار الصلح أنه لصاحب الدار . وهكذا لابن القاسم فى « كتاب ابن المواز » أنه إذا وجده رجل فى دار صلح هو لصاحب الدار .

وليس هذا القول على [هذا] (٢) التأويل الذى قدمته بخلاف لما فى « المدونة » وقد نقل المسألة بعض المختصرين على غير ما وصفته وجعله لجماعة أهل الصلح إذا وجده رجل فى دار صلح ؛ فيصير لابن القاسم قولان على هذا النقل، وليس كما قال ، وإنما معنى ما فى « المدونة » ما وصفناه . وليس الذى فى « كتاب ابن المواز » بخلاف لما فى « المدونة » ، والله أعلم .

تم كتاب الزكاة الأول بحمد الله وعونه

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الزكاة الثاني

قال النبي - عليه السلام - : « ليس فيما دون خمس ذود [من الإبل] (١) صدقة » (٢) .

قال ابن حبيب فى كتاب « شرح الموطأ » : كأنه قال ليس فيما دون خمس من الإبل صدقة ؛ لأن الذود: ثلاثة وأربعة وخمسة إلى السبعة ، وما فوق السبعة : شتق إلى أربعة وعشرين فينقطع منها اسم الشتق [ويجملها] (٣) اسم : الإبل .

ولا ينقص الذود، ولا يكون الذود واحدا كما لا ينقص من عدد النفر فلا يكون [اسم] (٤) النفر واحد . والنفر : من ثلاثة إلى سبعة ، وفوق السبعة [ق / ٣٢] إلى العشرة: رهط ، وفوق ذلك إلى الأربعين : عصابة، وفوق ذلك إلى المائة فأكثر: أمة .

قال ابن مزين عن عيسى بن دينار : إن أقل الذود واحد، وقاله غيره .

قال عبد الحق: إذا زادت الإبل على عشرين ومائة عند مالك: إن الساعى مخير فى أخذ حقتين أو ثلاث بنات لبون .

قال مالك فى كتاب ابن المواز [ق / ٢٢] : هو مخير فى ذلك كانت فى الإبل إحدى السنين أو لم تكن .

ووجه قول مالك فى جعل الساعى بالخيار: فلأن النبي - عليه السلام - لما قال:

«إذا زادت الإبل على عشرين ومائة ففي كل أربعين بنت لبون [ق / ١٨ ج] وفى كل

(١) سقط من ج .

(٢) أخرجه مالك (٥٧٧) والبخارى (١٣٤٠) ومسلم (٩٧٩) من حديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه .

(٣) فى ب : ويجعلها .

(٤) سقط من ب .

خمسين حقة» (١) احتمال أن يكون أراد زيادة واحدة وهو أقل ما يقع عليه الاسم ، واحتمل أن يكون أراد الزيادة التي تغير حكم الزكاة ، [ونقلها] (٢) من حال إلى حال ، فلما كان هذا الاحتمال سائغاً جعل الاختيار للساعي في أخذ ما يؤديه اجتهاده إليه من أخذ حقتين أو ثلاث بنات لبون ؛ لأن النص محتمل للتأويل .

وأما [وجه] (٣) قول ابن شهاب الذي اختاره ابن القاسم فهو : أن أصل العبادات لما كانت مبنية على الاحتياط ، [وكان اسم الزيادة يقع على الواحد كان من الاحتياط] (٤) للزكاة أن تغير الحكم في العشرين ومائة إذا زادت واحدة لحصول الزيادة فيها فينتقل من حكم الحقتين إلى الثلاث بنات لبون .

وقول مالك أقيس ، والله أعلم ؛ لأننا إذا خيرنا الساعي فيما وصفنا لم تبقه على الحكم الأول ، ونقلناه إلى الاختيار والاجتهاد ، والحكم الأول إنما كان فيه مقصوراً على الحقتين [لا غير] (٥) فاعلم .

قال عبد الحق: إنما قال مالك في « كتاب ابن المواز » : إنه إذا وجد أحد السنين في أحد وعشرين ومائة ، له أن يكلفه غيره ، وقال في المائتين : إذا وجد أحد السنين ، لم يكلفه غيره ؛ [فلأن] (٦) الإبل إذا زادت على العشرين ومائة احتمال أن تكون الفريضة لابد من الانتقال عنها فلا يؤخذ الفرض الأول ، ويحتمل أن يكون الواجب الفرض الأول [لأن العلة] (٧) الزيادة ولا ينتقل عنه ؛ فوجب من أجل هذا تخيير الساعي .

وأما المائتان فالسنان جميعاً يصلحان فيها ؛ لأنك إن استعملت الحقائق صلحت

(١) أخرجه البخارى (١٣٨٦) من حديث أنس رضى الله عنه .

(٢) فى أ : أنقلها .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ب .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى ب : ولأن .

(٧) فى أ : لعله .

وإن استعملت بنات اللبون صلحت ، وليس إحدى السنين [هو الذى] (١) يجب خاصة، بل الأمران جائزان ؛ فوجب لذلك ألا يكلفه غير ما وجد ، وكلفه فى الوجه الآخر غير ما وجد لما أمكن أن يكون قد انتقل عن ذلك الفرض حسب ما بينا، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا كانت له خمسون ومائتان من الضأن ، ومن المعز خمسون فعليه شاتان من الضأن ويخير فى الثالثة .

وهذا قول فيه نظر عندى ، والأشبه أن يأخذ الثلاث شياه من الضأن ؛ لأنها إذا انفردت ، فيها ثلاث شياه ، والله أعلم .

وكذلك فى إحدى وعشرين ومائة من الضأن وأربعون من المعز ، ينبغى أن يأخذ الشاتين من الضأن .

قال عبد الحق : قال فى زكاة ماشية القراض : (إنها على رب المال فى رأس ماله) (٢) يعنى : أن الشاة المأخوذة تسقط قيمتها من رأس المال ، ويكون رأس المال الذى يقتسمان الربح عليه بعد إسقاط قيمة الشاة ، ولا يجوز لرب المال أن يدفع الشاة من ماله دون مال القراض ؛ لأن ذلك كزيادة قراض ثان بعد اشتغال الأول ، فإن [ق/ ٢٣ ب] فعل ذلك ولم يستفق [لقبيح] (٣) ما صنعاه حتى عمل ونض المال كان للعامل فى مقدار قيمة الشاة المأخوذة وما ينوبها من الربح قراض المثل ، وله فيما بقى الجزء الذى شرطاه بينهما ؛ كذلك ينبغى ، والله أعلم .

قال عبد الحق : فى «كتاب ابن المواز» : إذا كانت الغنم الذى اشترى المدير أقل من أربعين ، فجاء شهره الذى يقوم فيه عروضه ، قوم الغنم مع عروضه ولا ينظر إلى حولها وهى بمنزلة العرض .

(١) فى ج : هى التى .

(٢) المدونة (١/ ٣٥٨) .

(٣) فى ب : لقبح .

قال بعض شيوخنا : فإن قوم بهذه الغنم بعد ذلك تمت بولادتها أو يبذل قليلاً بكثير فأتى الساعى وهى نصاب أخذ منه الزكاة ، ولا يسقط عنه الزكاة ؛ لما تقدم من تقويمه إياها مع عروضه قبل مجيء الساعى ، والله أعلم .

قال [فى «الكتاب»] (١) : (إن الدين يسقط زكاة العين ولا يسقط زكاة الماشية والحرت والثمار) (٢) .

وذكر بعض البغداديين : أن الفرق بين ذلك أن الدين قاطع للتصرف والنماء الذى لا يكون فى العين إلا بذلك ؛ إذ به يتصرف ؛ لأن رب [الدين] (٣) لو سأل القاضى أن يحجر [ق/ ٢٢٣] له على من له عليه دين منعه من التصرف فيه والتبسط حتى يقضى دينه ؛ فمنع ذلك من الزكاة لأن الدين أحق بالمال .

وليس الماشية والحرت والأصول من النخل والكرم كذلك ؛ لأن هذه نامية بأنفسها ولا يقدر صاحب الدين على منع ربها من نمائها وفوائدها ؛ فلم تسقط الزكاة منها لأجل الدين .

وأيضاً : فإن زكاة العين موكلة إلى أمانات الناس فيخرجون ما عليهم من دين فيقتضونه ، فإن فضل ما يزكى وإلا فلا شىء عليهم ، ويقبل منهم فى ذلك ويصدقون فى الدين ، كذلك فعل الخلفاء فى تصديق قول الناس فى الدين وفى أنه لا شىء عنده يزكى ، وأشبه ذلك .

وأما الحرت والماشية والثمار فالأئمة تبعث من يأخذ زكاة ذلك ، ولا يسألون أرباب ذلك عن دين ولا غيره ، ولا يوكلون إلى أماناتهم .

قال عبد الحق : قوله : (إذا كان له عبد وعليه عبد مثله لا يخرج الفطرة عنه) إنما قال ذلك عندى ، وفرق بينه وبين الحرت والماشية تجب عليه الزكاة فى ذلك وعليه دين من أجل أن زكاة الفطر إليه إخراجها ؛ لأنه لا ساعى لها فجرت مجرى الدنانير

(١) سقط من ب ، ج .

(٢) المدونة (١/ ٣١٦ ، ٣٦٠) .

(٣) فى ب : المال .

والدراهم التي زكاتها إلى أمانته ، والدين يسقط زكاة العين ؛ فمسألتنا مثله .
وأما الماشية والحرث فزكاة ذلك إلى الساعي ؛ فلم يراع ما عليه من دين ؛ لما قدمناه ، والله أعلم .

وجه آخر أيضاً : وهو أن في «المدونة» قد شرط أنه لا مال له ؛ [فهو] (١) لو وجبت عليه زكاة الفطر أمر ببيع العبد فيصير ثمنه ديناً عليه ؛ فالدين أولى به ويسقط الزكاة عنه ، لكن في «كتاب ابن المواز» في هذه المسألة : عليه عبد مثله ، وهو واجد للفطرة ؛ فعلى هذا الذي في «كتاب ابن المواز» لا يصح هذا [ق/ ٢٣ ب] الوجه الذي ذكرنا أخيراً ، وتكون العلة ما قدمنا أولاً ؛ فاعلم ذلك .

قال : (إذا استهلكت غنمه بعد الحول قبل مجيء الساعي وهي أربعون فأخذ في قيمتها غنماً في مثلها الزكاة فلا زكاة عليه) (٢) .

وله قول آخر : أنه يزكيها كالمبادلة بها ، والقيمة لغو ، يحتمل أن يكون هذا الاختلاف إذا كانت أعيان الغنم قائمة ولم ينقلها بما أحدث فيها فرآه مرة كأنه أخذ غنماً عن غنم ؛ إذ له بها ترك القيمة وأخذ أعيانها معينة .

ورأى في القول الآخر أنه لما كان له أخذ القيمة من المعتدى من أجل ما أحدث فيها فكان هذه الغنم التي أخذ منه إنما هي عوض عن القيمة التي تجب له إذا ترك الغنم للمتعدي وطالبه بها .

وينبغي على هذا القول ألا يكون له أخذ الغنم منه حتى يعرفا القيمة التي كان له أن يأخذها من المتعدي .

وأما لو كانت هذه الغنم المستهلكة قد فاتت أعيانها بالاستهلاك لم يكن هاهنا اختلاف أنه لا يزكى الغنم التي أخذ ؛ لأنه إنما وجبت على المعتدى قيمة ، فأخذ الغنم منه شراء حادث بالقيمة التي ترتبت على المعتدى فيستقبل بالغنم حولاً ، والله أعلم ، وهذا إذا ثبت الاستهلاك .

(١) في ب : وهو .

(٢) المدونة (١/ ٣٦١) .

وأما إن لم يثبت ذلك فيزكى الغنم التي أخذ ؛ لأنه يتهم أن يكون إنما باع غنماً بغنم ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا أفاد غنماً إلى نصاب غنم في بلد لا سعاة فيه يضيف الفائدة الآخرة إلى الأولى ، ويزكى على حول الأولى مثل بلد فيه السعاة سواء ، وفي « المستخرجة » مثل هذا فالتمسه هناك .

قال عبد الحق : ويحتمل أن يكون وجه هذا أنه لما أمكن أن يخرج السعادة إليه يوماً [ما] (١) فلا يصح لرب المال ما رتب من أحوال ماشيته وجب لهذا الاحتمال ألا يفرق أحوالها وأن يزكيها على حول الأول ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا أوصى بزكاة غنمه والساعي لم يأت [جاز] (٢) للورثة أن يعتقوا بها الرقاب ، بخلاف من أوصى بصدقة ، لا يجوز [في هذا] (٣) أن يصرف إلى العتق أو غيره ؛ وذلك أن الذي أوصى بزكاة غنمه لما سمي ذلك زكاة فكأنه أراد أن يسلك بها مسلك الزكاة ، والزكاة تصرف في الرقاب وما وصفه الله تعالى .

وقوله في « الكتاب » : (وإنما وقعت وصيته للذين ذكر الله [تعالى] (٤) في كتابه الذين تحمل لهم الصدقة) (٥) يؤخذ من هذا اللفظ ما قلنا ؛ لأن الرقاب مما ذكر الله و[قال] (٦) ، في كتابه .

وكذلك الذي يوصى بزكاة زرعه الأخضر يجوز [منه] (٧) اشتراء الرقاب بها ، وتصرف في سائر ما تصرف فيه الزكاة .

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من ج .

(٣) في ب : فيها .

(٤) زيادة من ب .

(٥) المدونة (١/٣٦٧) .

(٦) زيادة من ب .

(٧) سقط من ب ، ج .

المسألان سواء من أجل تسميته ذلك زكاة يسلك بها مسلك الزكاة فيما ذكرنا .
وإن كان ذلك مقصوراً على الثلث وغير خارج من رأس المال ولا مبدى على
الوصايا فالعمل في ذلك [ق / ٢٤] على ما قدمنا ، والله أعلم .

وكذلك الحوائط المحبسة على [ق / ٣٤] الفقراء إنما أخذت منها الزكاة وإن كان
مصير ذلك للمساكين من أجل ما أخذ على سبيل [الزكاة] (١) يجوز أن تصرف في
الرقاب وغير ذلك مما وصفه الله تعالى في الزكاة وباقي الحوائط لا يتعدى به المساكين
المحبس عليهم [ق / ١٩ جـ] ؛ فهما حكمان مختلفان فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : سألت بعض شيوخنا من أهل بلدنا عن الرجل يكون يبلد لا
سعاة فيه فيحل حوله ثم يموت ولا يوصى بإخراج زكاة ماشيته ، هل يلزم الورثة
إخراج الزكاة ؛ كالشمز [يطيب] (٢) ثم يموت [فلا] (٣) يوصى بزكاتها ؟ أم ذلك
كزكاة العين تحمل عليه ثم يموت ولا يوصى بإخراجها أن ذلك لا يلزم الورثة ؟
فقال : لا يلزم الورثة أن يزكوا الماشية إلا أن يوصى بذلك ؛ وذلك كزكاة العين ؛
لاحتمال أن يكون قد أخرج الزكاة فلا يلزم الورثة ذلك حتى يوصى به ، ولا يلزمنا
هذا في الثمار ؛ إذ إنما يؤدي الزكاة عند جذاها لا بأول طياها ؛ فالأمر في ذلك
مفترق ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إذا أوصى بعنق رقبة من ظهار ، وعنق رقبة من قتل نفس قال
في «الكتاب» : (لا يبدى أحدهما على صاحبه عند ضيق الثلث) (٤) فرأيت لأبي
العباس الأيباني - رحمه الله - قال : معنى قول ابن القاسم : (إن الثلث إذا ضاق

(١) في أ : زكاة .

(٢) في ب : تطيب .

(٣) في ج : ولا .

(٤) المدونة (١/ ٣٦٧) .

ولم يحمل إلا رقبة ففرع بينهما فأجره السهم اشترت الرقبة [له] (١) إما الظهر وإما قتل النفس).

وقال لى بعض شيوخنا من أهل بلدنا: إن العدل فى ذلك القرعة عند ضيق الثلث على ما وصفته .

قيل : [بل] (٢) يتحصان فما ناب الظهر أطعم به ، وما ناب القتل شورك به فى رقبة .

وقد قيل فى المسألة غير هذا ، والصواب ما قدمناه أولاً ، والله أعلم .

قال عبد الحق: قال بعض علمائنا : الخليط فى الغنم : الذى لا يشاركه صاحبه فى الرقاب ويخالطه فى الاجتماع والتعاون .

والشريك : هو المشارك فى الرقاب ؛ فكل شريك خليط وليس كل خليط شريك .

قال الله سبحانه فى الخلطاء من غير شركة : ﴿وَأَنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ (٣) ﴿٤﴾ . الآية . وفى أول القصة : ﴿إِنَّ هَذَا أَخِي لَهُ تِسْعٌ وَتِسْعُونَ نَعْجَةً﴾ (٥) .

قال بعض شيوخنا من القرويين: فى مسألة الثلاثة الذين لواحد خمسون وللآخر أربعون وللآخر واحدة فىأخذ الساعى شاة صاحب الواحدة : إنما يرجع على صاحبيه بشاة وسط أو بقيمتها إن كانت شاة لحم لظلم الساعى وأخذه زيادة على حقه ، وإن كانت مما يجب أن يأخذ مثلها فيرجع على صاحبيه بقيمتها .

ولو كانت هذه الشاة معيبة لا تؤخذ فى الزكاة لم يرجع على صاحبيه بشيء ؛

(١) سقط من ب .

(٢) زيادة من ب .

(٣) سقط من ب .

(٤) سورة ص الآية : ٢٤ .

(٥) سورة ص الآية : ٢٣ .

لأن الزكاة قد بقيت على صاحبيه ولم تسقط لما كان ما أخذ الساعى لا يجزئ فى الزكاة ، وهما مأموران بإخراج الزكاة فقد ظلم صاحب الشاة فى شاته المأخوذة فلا يرجع بها على أحد .

قال عبد الحق : قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما اختلف قول مالك [ق/ ٢٥] إذا كان لأحدهما تسعة من الإبل وللآخر خمسة ؛ لأن هذا موضع الاجتماع والافتراق عليها متساويًا ، فأما إذا كان اجتماعهما وافتراقهما يختلف ويتغير فيه الحكم إما بضرر أو نفع فهذا لا يختلف [فيه] (١) قوله : أنهما يترادان ؛ مثل أن يكون لهذا ست من الإبل ولهذا تسع فلا اختلاف هاهنا أنهما يترادان ؛ لأن اجتماعهما أوجب عليهما ثلاث شياه ، وفى الانفراد إنما على كل واحد شاة .

وكذلك إذا كان الحكم يتغير بنفع أو بانتقال إلى شيء آخر ؛ مثل أن يجب فى الاجتماع بنت مخاض أو نحو ذلك ، وفى الافتراق تجب الغنم على كل واحد ؛ فهاهنا أيضًا لما كان الحكم ينتقل ترادا بلا اختلاف ، وإن كنا لا نعلم أي ذلك أضر فإنما أصل ذلك ما قدمناه من تغير حكم الاجتماع عن الانفراد إما بضرر أو بنفع أو بانتقال من سن [إلى سن] (٢) آخر فهذا الذى لا اختلاف [فيه] (٣) من قوله : أنهما يترادان .

وأما إن كان الحكم على حاله فى افتراقهما واجتماعهما لا يتغير فهاهنا الاختلاف فى قوله حسب ما قدمناه ؛ فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : رأيت لبعض البغداديين فى مسألة الغنم المغصوبة ترد عليه قال : قوله : (يزيكها لعام واحد) (٤) فلأنه لما كان الغاصب ضامنًا لرد عين ما اغتصبه مع بقائها على حالها أو لقيمتها إن تغيرت حالها ، وكان الحيوان فى الأغلب لا تبقى

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) المدونة (١/٣٧٦) .

على حال واحدة [بل] (١) دل ذلك أن الماشية في ضمان الغاصب إذا تغيرت عن حالها أو مضى لها من [الزمن] (٢) ما تغير جنسها في مثله فكان الواجب على الغاصب القيمة إلا أن يختار رب الماشية [أخذها] (٣) ، فلما كان الخيار لردها فيما ذكرنا فكان ملكه زال عنها ؛ فوجب [ق / ٣٥] ألا يكون عليه إلا زكاة واحدة للعام الذي يقبضها فيه بشرطة مجيء الساعي وكونها نصاباً ، والله أعلم .

ووجه قوله : (يزكيها لماضى السنين) (٤) فلأن ربها لما كان له أخذها ولم يكن للغاصب منعه دل ذلك على أن ملكه لم يزل عنها ، وإذا كانت على ملكه زكاها لماضى السنين على ما هي عليه يوم القبض ؛ لأنه لم يكن له صنع فى القرار بها إلا أن تكون الزكاة قد أخذتها السعاة منها فيجزئه ذلك .

وقد كان لهذا القول وجه سائغ فى النظر لولا أن مذهب قائله أن بنفس تغيير العين المغصوبة يكون المغصوب منه بالخيار فى أخذها أو تضمين الغاصب قيمتها يوم اغتصبها فكيف يعد مالكا ما لا يستقر ملكه عليه إلا بمشيئته ؟ ألا ترى أنه كان بالخيار بين أن يملكها وبين أن يملك قيمتها ؛ فدل أن ملكه عليها إنما يصح باختياره ، والله أعلم .

ومن «المجموعة» : قال ابن نافع ، وعلى عن مالك فيمن له النخل والعنب فيسقى نصف السنة بالعين فينقطع فيسقى باقيها بالنضح والسانية : فليخرج زكاة ذلك نصفه على العشر ونصفه على نصف العشر . وقاله المغيرة ، وعبد الملك ، وابن القاسم .

قال مالك : وإن سقى أكثرها [ق / ٢٦] بأحد الصنفين كان القليل تبعاً للكثير . وقاله عبد الملك ، تقدم الكثير أو تأخر فعليه أن يخرج الجميع .

قال ابن القاسم : وجل ذلك ثلثي ما سقيه أو ما قارب ذلك ، فأما إن زاد على

(١) سقط من ب .

(٢) فى ج : الزمان .

(٣) فى ب : أحدهما .

(٤) المدونة (١/٣٧٦) .

النصف اليسير فليخرج نصفين .

قال عبد الحق : سألت بعض شيوخنا : إذا مات الرجل ولم يأبر حائطه وعليه دين فلم يقم الغرماء بدينهم حتى طاب الثمر هل يزكى عن الميت لأنه مبقى على ملكه [إذ] (١) لا شيء للورثة منه من أجل الدين ؟ أم لا يزكى عنه وزكى كل وارث نصيبه إن بلغ ما فيه الزكاة ؛ إذ لو طراً للميت مال أدى فى الدين وكان الزرع لهم ؟ فقال : [يلزم] (٢) أن يزكى عن الميت ؛ لأنه باق على ملكه لا ميراث لورثته فيه ؛ لكون الدين قد اغترق ذمته .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا أحرص عليه أربعة أوسق فأصاب خمسة قوله : (أحببت أن يخرج [الزكاة] (٣)) هو على الإيجاب ، وإن كان موضوع هذا اللفظ الاستحباب فربما أورده فى موضع الإيجاب .

قال عبد الحق : وهذا الذى قال هو الذى يوجب النظر ؛ لأنه قد انكشف خطأ الخارص وبان له أنه ممن خوطب بالزكاة لملكه النصاب ، فما الذى يسقط الزكاة عنه ؟ كما أن الحاكم إذا حكم بحكم ثم ظهر له أنه خطأ صراح إما لمخالفته الإجماع أو نحو ذلك أنه ينقضه هو وغيره ممن يلى النظر بعده إذا رفع إليه ، وليس ذلك كحكم نزل باجتهاد أنه لا يتعقب ؛ لأن الخطأ معلوم مقطوع به فيما وصفنا .

وقد قال مالك فى رواية ابن نافع وعليّ عنه : إن خرصه عالم فلا شيء عليه فيما زاد ، وإن خرصه غير عالم فليزد الزيادة . و[قال] (٤) ابن نافع : [هذا] (٥) هو القياس ، والله أعلم .

وقال أشهب فى «كتاب ابن سحنون» : إذا خرص عليه [أربعة أوسق فأصاب

(١) سقط من أ .

(٢) فى ب : يلزمهم .

(٣) سقط من ب .

(٤) فى أ : قول .

(٥) سقط من ب .

خمس [ق/ ٢٠ ج] ، فإن كان فى [زمان] (١) العدل عمل على ما خرص عليه [(٢) - زاد أو نقص ، وإن كان فى زمان الجور فليخرج على ما وجد ، زاد على الخرص أو نقص .

قال فى الموصى بعشر زرعه للمساكين : (النفقة عليه من مال الميت) .

حكى عن أبى محمد - رحمه [الله - أنه] (٣) قال : نفقة العشر الموصى به من ثلث الموصى ، فإن زاد ذلك الزرع لنفقتة على الثلث أخرج منه مجمل الثلث ، فإن لم يكن للميت مال غير الزرع قيل للورثة : أنفقوا عليه وتقاصوهم بنفقتكم فى ثلث الزرع الموصى بعشره لهم ، فإن بقى من ثلث الزرع بعد إخراج نفقتكم منه أكثر من عشر جميعه كان لهم العشر وما بقى فلکم . وإن بقى العشر أو أقل منه لم يكن لهم غيره ؛ لأنه باقى ثلث الميت بعد إخراج نفقتكم .

فإن أبى الورثة أن ينفقوا أو لم يكن لهم مال دفعوه مساقاة ، وكان للموصى لهم بالعشر عشر الجميع يأخذونه من [حظ] (٤) الورثة التى وقعت لهم فى المساقاة ، إلا أن يكون عشر الجميع أكثر من ثلث ما وقع للورثة فى [حصصهم] (٥) من المساقاة فلا يزداد الموصى لهم على ثلث ذلك ؛ وذلك أن الزرع إن كان يخرج عشرة أوسق فقد حصل لهم بعشرة وسق ، فهم أبدأ [ق/ ٢٧] يأخذونه مما رجع إلى الورثة بعد المساقاة ما لم يكن الوسق - وهو عشر جميع الزرع - أكثر من ثلث حصل للورثة فى المساقاة فلا يزداد الموصى لهم على ثلث ذلك ؛ إذ كأنه جميع ما خلفه الميت .

حكى عن أبى سعيد بن هشام فى حب الفجل إن لم يكن له زيت ، [قال : لا] (٦) شيء فيه ؛ لأنه من الخضر [ق/ ١٣٦] .

(١) فى ج : زمن .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من ب .

(٤) فى ج : حصه .

(٥) فى ج : حصتهم .

(٦) فى أ : فلا .

قال عبد الحق : عند ابن القاسم زكاة الفطر عن عبيد القراض على رب المال من ماله دون مال القراض بخلاف زكاة ماشية القراض هذه لا يؤديها رب المال من ماله ؛ لأن زكاة الماشية تؤخذ من أعيانها ويسقط مقدارها من رأس المال ، فإن وداها رب المال من مال نفسه كان ذلك زيادة في القراض بعد إشغاله .

وزكاة الفطر عن عبيد القراض ليس هي مرتبة في أعيانهم ، وإنما تؤخذ عن الأعيان طهارة [عن الأجسام] (١) ؛ فهذا غير متساوٍ ، والله أعلم .

ورجح ابن المواز قول ابن القاسم في ذلك : أن الزكاة على [رب] (٢) المال ، ولا يرجع بشيء من ذلك في الربح ، وليس على العامل من ذلك شيء (٣) .

قال : وإنما ربح العامل في ذلك كالإجارة ، وليس له في الرقبة حق ؛ فالزكاة تجب قبل أن يصير للعامل حق ؛ ألا ترى أن رب المال إذا كان ممن يدير فإنه يتوخى عند رأس حوله ما بيد العامل فيقومه ثم يزكى رأس ماله ومصابته ، فإن قاسمه بعد ذلك كان على العامل فيما يأخذ زكاة مصابته متى ما نضت بيده ، فإن قاسمه بعد ذلك عند تمام حول رب المال الثاني أو قبله أو بعده فقاسمه فيأخذ العامل ربحه بعد أن حلت فيه الزكاة ثانية أو ثالثة أو أكثر ؛ فيجب على العامل فيما يأخذ الزكاة مرة واحدة وإن بعد سنين كثيرة ؛ لأنه إن كان قد وجبت فيه الزكاة فلم تكن تجب للعامل فيه حق وقد كان مشغولاً في سلع ولم يكن هو ممن يدير فلا زكاة عليه حتى ينض له فيزكيه لسنة واحدة إذا قبضه .

قال بعض الأندلسيين : وعلى مذهب أشهب الزكاة تؤخذ مما بيد المقارض ، فإذا تفاصيلاً نظر إلى الربح فيكون ما ذكره .

قال : كذلك فسر [لي] (٤) قول أشهب بعض مشايخنا .

(١) في ب : للأجسام .

(٢) في ب ، ج : صاحب .

(٣) المدونة (٣/٦٣٨) .

(٤) سقط من أ ، ب .

قال عبد الحق : قوله : (إذا مات له ليلة الفطر من يلزمه أداء الفطرة عنه أنه يخرج عنه) (١) ، وقوله : (إذا مات ليلة الفطر فأوصى بالفطرة أنها تكون من رأس ماله) يدل هذا على أنها واجبة بغروب الشمس من ليلة الفطر ، وهذا خلاف ما ذكره ابن حبيب من أن ابن القاسم روى عن مالك : أن حد وجوبها طلوع الفجر من يوم الفطر .

قال ابن حبيب : روى هذه الرواية عن مالك ابن القاسم ومطرف وابن الماجشون ، وقالوا بذلك .

وروى أشهب عن مالك : أنها تجب بغروب الشمس من ليلة الفطر ، وأخذ به أشهب وأصنغ .

وذكر في [ق/ ٢٨] «الكتاب» : أنه لا يخرج في زكاة الفطر دقيقاً .

قال ابن حبيب : إنما كره إخراج الدقيق من أجل الريع فمن أخرج منه قدر ما يزيد على كيل الطعام أجزأه . وقاله أصنغ .

قال عبد الحق : وليس هذا بخلاف «المدونة» ، وذلك أيضاً في الظهرار إذا أعطى الدقيق بريعه أو الخبز أجزأه ، وكذلك قال بعض شيوخنا من القرويين في رواية جبلة في القطنية إذا كان عيش قوم : إنه لا بأس أن يؤدي من ذلك ، [وكذلك] (٢) روى عند القاضي في «المبسوط» سواء .

وفي «كتاب ابن عبد الحكم» قال : وكل ما تجب فيه الزكاة فإنه يخرج في زكاة الفطر إذا كان هو طعامه .

وفي «العتبية» : قيل لابن القاسم : فإن أخرج في زكاة الفطر عدساً أو حمصاً وذلك عيش [أهل] (٣) ذلك البلد ، قال : هذا لا يكون ، ولو كان ذلك عيشهم رجوت أن يجزئه .

(١) المدونة (١/ ٣٨٨) .

(٢) في ب ، ج : وهكذا .

(٣) سقط من أ ، ب .

وفى «كتاب ابن المواز»: قال مالك : وإن كان عيشهم بعض القطاني أو التين فأخرج من ذلك زكاة الفطر [قال] (١) : فلا يجزئه (٢) .

قال (٣) ابن أبي زمنين الأندلسي : ما يسقى بالدلو باليسر فهو بمنزلة ما يسقى بالسواني وما أشبهها مثل الزرائيف .

قال : ورأيت فيما نقله بعض شيوخنا أن عبد الملك بن حبيب سئل عن الزرع [الذي] (٤) يعجزه الماء فيشتري صاحبه ما يسقيه به كيف يزكيه ؟

قال : يخرج عشره .

وسئل عنها عبد الملك بن الحسن ، فقال : يخرج نصف عشره .

قال عبد الحق : إذا غصب رجل فحل رجل أربع سنين ، وأكل ثمرها [سنين] (٥) ، وكان يجد منها كل سنة خمسة أوسق ، فحكم لربها على الغاصب بإغرام المثل فلم يجد عنده سوى خمسة أوسق أخرج ربها زكاتها إذا قبضها منه ، ولا يقال : إن ما قبض مفضوض على الأربع سنين ثم إذا أخذ بعد ذلك منه شيئاً حكى عن أبي القاسم ابن الكاتب : أنه لا يزكيه حتى يكون [مقدار ما يقبض] (٦) خمسة أوسق فأكثر .

وخالفه الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن [ق/٣٧] وقال : ما اقتضى بعد أخذه خمسة أوسق من قليل أو كثير أخرج عشره كالذي يقتضى من دينه نصاباً ، إنه كل ما اقتضى بعد ذلك من شيء وإن قل أخرج ربع عشره .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا أقرض ماشيته فأقامت على المقرض سنين

(١) سقط من ب .

(٢) إلى هنا تم الجزء الثاني من النسخة (ب) .

(٣) من هنا إلى أول كتاب الحج سقط من ج .

(٤) سقط من ب .

(٥) سقط من ب .

(٦) فى ب تقديم وتأخير .

ثم قبض ذلك منه فعلى القابض زكاة واحدة ، وأما إن أسلم في ماشية واحدة فأقامت على المسلم إليه سنين ثم قبضها الطالب فهي فائدة كماشية اشتراها بثمن أخرجه يستقبل بها حولاً من يوم قبضها .

قال الشيخ أبو بكر [ق/ ٢٩] بن عبد الرحمن في الإبل المحبسة : تجب زكاتها بالغنم إذ هي أربع وعشرون فأقل لم يكن لها علة يشتري الغنم منها يبيع منها ما يشتري به غنم يخرج زكاة عنها .

وقال في الهارب بغنمه : سواء ظهر عليه أو أتى تائباً طوعاً يصدق فيما كان عنده ، كل سنة على المذهب .

قال عبد الحق : إذا أخرج زكاته للمساكين قبل الحول بيسير أجزأته ، وإن ضاعت لم يجزئه ، وإن كان قبل الحول بيوم ؛ لأنه أخرج ما لم تجب [عليه] (١) بعد ، ويزكى ما بقى من ماله .

وإن أخرجها بعد محلها باليوم والأمر القريب فضاعت فإنها تجزئه ، وإن كان بعد الأيام فضاعت لم تجزئه ، و[إن] (٢) أخرج مثل الذى ضاع ؛ لأن ذلك المقدار وجب عليه كالدين لتفريطه فلا يبرأ منه حتى يوصله إلى المساكين .

[ومن «كتاب ابن المواز» : قال مالك : ومن أخرج زكاته بعد محلها بأيام يسيرة فهلكت فإنه يضمنها .

قال محمد : ما لم يكن عند الحق .

وقد قال مالك : وكذلك إن أخرجها قبل الحول بأيام يسيرة فتلفت فإنه ضامن .

قال محمد : ما لم يكن قبله بيوم أو يومين فى الوقت الذى لو أخرجها فيه لأجزأته فإنه يزكى ما بقى لا ما تلف .

قال محمد : وأما إن أخرجها بعد الحول بيوم وشبهه فتلفت فأرجو ألا يكون

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب .

عليه غيرها .

قال أشهب : إن تطوع بإخراج زكاة دينه قبل قبضه أجزأه ، بخلاف العرض .

[تم كتاب الزكاة الثاني بصد الله وعونه] (١) .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب : الحج الأول

قال الله تعالى : ﴿ وَلِلَّهِ عَلَى النَّاسِ حِجُّ الْبَيْتِ مَنِ اسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ﴾ (١) .

فالحج فرض على مستطيعه من رجل أو امرأة ، ومن قول مالك : (إن الرجل إذا كان يقوى على المشى ولا يجد ما يتكاري به إن فرض الحج [غير] (٢) ساقط عنه ، وإنه ممن يجد سبيلاً إليه .

والعمرة سنة ؛ فلا رخصة في تركها) .

وقيل : إن قوله تعالى : ﴿ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ ﴾ (٣) بعد قوله : ﴿ وَأَتِمُّوا الْحَجَّ ﴾ كلام مؤتلف ، وقد قرئت بالرفع .

وقيل : إنما أمر بتمامها من دخل فيها .

وفرض الحج أربعة : الإحرام ، والوقوف ، والسعى ، والطواف .
والنية في الحج والعمرة واجبة .

قال في كتاب الحج : إذا توجه ناسياً للتلبية وتناول [ذلك به] (٤) ، أو نسيه حتى يفرغ من حجه يهريق دمًا .

قال عبد الحق : ظاهر هذا الكلام أنه إذا لم يذكر حتى تناول فرجع إلى التلبية أن عليه الدم ، ولا يسقط عنه برجوعه إلى التلبية بعد ذكره ، بخلاف من لبي في أول إحرامه ثم ترك التلبية ناسياً أو عامداً هذا لا دم عليه ؛ لأنه أتى بالتلبية في أول مرة حيث خوطب بها ، والتلبية ليست محصورة بعدد ؛ فاستخف تركه العودة إليها ،

(١) سورة آل عمران : ٩٧ .

(٢) سقط من ب .

(٣) سورة البقرة : ١٩٧ .

(٤) في أ : به فذلك .

والآخر تركها فى مبتدئها ، وحيث يخاطب بها فكان عليه الدم إذا لم يذكر ذلك حتى تطاول ، فذلك مفترق ، والله أعلم .

قال أبو بكر الأبهري : إذا قال : إن الإشعار فى الشق الأيسر لأنه يجب أن يستقبل بها القبلة ثم يشعرها فإذا فعل ذلك كان وجهه إلى القبلة متى أشعرها فى شقها الأيسر ، وإذا أشعرها فى الأيمن لم يكن وجهه إلى القبلة وذلك مكروه .

وقد روى فى [ق/ ٣٠] بعض الأخبار : أن الإشعار فى الشق الأيسر (١) .

قال : وإنما لم تشعر البقر إذا لم يكن لها أسنمة ؛ لأنها لو أشعرت وصل الإشعار إلى ظهرها وعظمها فأذاها ذلك ، وليس كذلك السنام .

ومعنى آخر : أن الإشعار هو علامة ليراها الناس كذلك ، فإذا لم يكن لها سنام لم ير ذلك ؛ فلا معنى للإشعار ، لكنها تقلد ليعلم أنها قد صارت هدياً .

وأما الغنم فإنما لم تقلد ولم تشعر ؛ لأن إشعارها لا يمكن لأنه يخفى بين الصوف والشعر ، ولأنه لا سنام لها فتشعر فيه ، وتقلد لأن التقليد أريد به علامة لأنها قد صارت هدياً [ق/ ٣٨] فمتى نفرت أو ضلت ردت ، ولم ينتفع بها فى الحمولة والركوب ، وليس ذلك فى طبع الغنم - أعنى : النفور - فإن ضلت لم ينتفع بها فى حمولة ولا ركوب .

قال عبد الحق : ورأيت لغير الأبهري قال : إنما لم تقلد الغنم لأن التقليد ضرر بها ؛ لأنها تختنق [به] (٢) ويمتنع من كلاً الأرض من أجله ، والله أعلم .

قال عبد الحق : ذكر فى فدية الأذى : (ومن شاء قلده وجعله هدياً) (٣) فإنما يصح ما ذكر إذا كان ما ساقه بعيراً أو بقرة ، وأما اللازم له فى فدية الأذى فشاة ،

(١) مالك عن نافع عن ابن عمر : « أنه كان إذا أهدى هدياً من المدينة قلده وأشعره بذى الحليفة ، يقلده قبل أن يشعره ، وذلك فى مكان واحد وهو موجه للقبلة ، يقلده بنعلين ويشعر من الشق الأيسر . . . » أخرجه مالك (٨٤٨) والبيهقى فى «الكبرى» (٩٩٥١) .

(٢) فى أ : بها .

(٣) المدونة (٤٥٥/١) .

فإن كان ساقها [ق/ ٢١ج] فهي لا تقلد ولا تشعر عنده .

قال : لا ترفع الأصوات بالتلبية فى شيء من المساجد إلا فى المسجد الحرام ومسجد منى .

قال أبو بكر الأبهري : إنما ذلك لأن هذين المسجدين بنيا للجعج والتلبية ؛ فجاز أن يرفع صوته فيهما ، وسائر المساجد لم يبن لذلك وقد كره رفع الصوت فى المساجد .

وقد قيل : إن هذين المسجدين ليس يقع الرياء برفع الصوت بالتلبية فيهما ؛ [لأنهما] (١) يجتمع فيهما خلق كثير من الملبين ، وغيرهما من المساجد فيخاف على الملبى الرياء فى تليته .

وأحسب أنه حكى عن من تقدم من مشايخنا : أنه لا بأس بالتلبية فى المساجد التى بين المسجدين ؛ لكثرة من يلبي فيهما ؛ فلا بأس برفع الصوت فيهما كمسجد منى أو المسجد الحرام .

قال : إذا أحرم بعمرة من ميقاته قطع التلبية إذا دخل الحرم ، وإذا أحرم بالعمرة من غير ميقاته مثل الجعرانة والتنعيم يقطع إذا دخل بيوت مكة أو المسجد الحرام ، كل ذلك واسع .

قال أبو بكر الأبهري : إنما [قال] (٢) : (تقطع التلبية إذا كان إحرامه من الميقات إذا انتهى إلى الحرم) فلأن مدته [فى التلبية] (٣) طويلة فجاز أن يقطع إذا دخل الحرم ، ومن التنعيم إذا رأى البيت أو دخل المسجد ؛ لأن مدته أقل فاستحب أن يزيد فى الموضع ، ومن الجعرانة إذا دخل مكة لأن مدته فى التلبية من الجعرانة أكثر منها من التنعيم فاستحب أن لا يقطعها حتى يدخل مكة .

(١) فى ب : لأنه .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ب .

وكل ذلك واسع .

وقد روى عن ابن عمر أنه كان يفعل نحو هذا في التلبية إذا أحرم من الميقات أو دونه ؛ فاستحب ذلك مالك - رحمه الله - وكل ذلك واسع .

قال عبد الحق : فرق الأبهري في هذا الكلام بين أن يكون إحرامه من التنعيم وبين أن يكون من الجعرانة على حسب ما ذكرنا عنه ، وفي «الكتاب» قد ذكر التسوية بين ذلك ؛ فهو خلاف في هذا الوجه ، [والله أعلم] (١) .

قال عبد الحق : قال بعض القرويين : (إذا أحرم بالحج بعد أن طاف وسعى للعمرة وقبل أن يحلق فوجب عليه دم لتأخير الحلاق بعمد) (٢) [فجعل الحلاق معجلاً] (٣) ولا يسقط عنه دم لتأخير الحلاق ؛ لأن حلقه [هذا بعد] (٤) غير [ق/ ٣١] سائغ له ، والفدية أيضاً عليه لأنه محرم حلق رأسه فلا يسقط عنه شيء من ذلك لا دم [تأخير] (٥) الحلاق ولا الفدية ، بل يجبان عليه جميعاً ، والله أعلم .

قال : ولا يحرم أحد بالعمرة أو يقرن من داخل الحرم .

قال أبو بكر الأبهري : إنما لم يصلح أن يبدأ بالعمرة من الحرم ؛ لأن الطواف الذي هو في الإحرام سبيله أن يجمع له الحل والحرم كما فعل النبي - عليه السلام - وكذلك قال ابن عباس لأهل مكة : يا أهل مكة اجعلوا بين عمرتكم والحرم بطن الوادي (٦) .

فأما الإحرام بالحج فإنه يجوز [من مكة] (٧) من قبل أن يحج لابد [فيه من

(١) في ب : فاعلمه .

(٢) المدونة (٤٣٩/١) .

(٣) في ب ، ج : فجعل الحلاق .

(٤) في ب ، ج : يعد .

(٥) سقط من ب .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة (٤٣١/٣) .

(٧) سقط من ج .

الجمع^(١) بين الحل والحرم ؛ لأنه لا بد من الخروج إلى عرفة ، لا يصح الحج إلا بذلك ، وعرفة هي حل ؛ فلذلك جاز له أن يحرم بالحج من الحرم ولا يحرم بالعمرة من الحرم .

قال : ([و] (٢) إذا أحرم بحجة بعد ما سعى من الصفا والمروة بعمرته ، وقد كان خرج إلى الحل فليس بقارن ، وعليه دم لتأخير الحلاق) .

وحكى عن أبي محمد [رحمه الله] (٣) أنه قال : قوله : (وقد كان خرج إلى الحل) (٤) معناه : أنه خرج إليه بعد ما أحرم بالعمرة وقبل أن يطوف لها ويسعى .

وأما إن لم يخرج إلى الحل حتى فرغ من سعيه وأحرم بالحج فهاهنا يلزمه الحج ويصير قارئاً ويخرج إلى الحل .

قوله : (إذا خرج إلى أفق مثل أفقه وتباعد من مكة ثم حج فلا يكون متمتعاً) (٥) قال فيه ابن المواز : مثل أن يكون أفقه في غير الحجاز فرجع إلى مثله في البعد فلا هدى عليه .

قال مالك في «كتاب ابن المواز» في الرجوع إلى المدينة وليست مسكنه : أنه يكون متمتعاً ، لأنها قرينته .

قال بعض القرويين : كأنه رأى من كان مكانه قريباً لا يزيل عنه التمتع إلا رجوعه إلى مسكنه بعينه أو إلى أفق بعيد ، وكأن محمداً رأى الحجاز كله قريباً كما رأى مالك المدينة قريباً .

وحكى عن أبي محمد [رحمه الله] (٦) أنه قال : إذا كان أفقه بموضع يدرك أن

(١) في ب تقديم وتأخير .

(٢) سقط من ب .

(٣) زيادة من ب .

(٤) المدونة (١/٣٩٦) .

(٥) المدونة (١/٣٩٦) .

(٦) زيادة من ب .

يذهب إليه [ق/ ٣٩ أ] ويعود فيدرك الحج من عامه فلا يسقط عنه التمتع إلا رجوعه إلى أفقه أو [إلى] (١) مثل أفقه في البعد ، فأما أن يكون أفقه بإفريقية فيرجع إلى مصر فهذا عندي يسقط عنه التمتع ؛ لأن موضعه لا يدرك أن يذهب إليه ثم يقدم من عامه فيدرك الحج .

قال ابن حبيب : تفسير التمتع أن يهل بعمرة في أشهر الحج ، فإذا حل منها أقام بمكة متمتعاً بالنساء والثياب والطيب وغيره مما يجتنبه [المحرم] (٢) ثم يحج من عامه ، فهذا تمتع يلزمه الهدى ، وذكر نحوه ابن المواز .

قال عطاء في «الواضحة» : إنما سميت المتعة لأنهم كانوا يتمتعون بين الحج والعمرة بالنساء والطيب والثياب .

وقال غير واحد من البغداديين : إنما سمي متمتعاً لأنه تمتع بإسقاط أحد السفرين ، لأنه كان عليه أن يأتي بالعمرة في زمن وبالحج في زمن ، فلما أتى بهما في زمن واحد دون أن يخرج إلى بلاده فقد تمتع بإسقاط أحد السفرين .

قال بعض القرويين [ق/ ٣٢] : هذه [علة] (٣) لا تصح ؛ وذلك أنه لو حل من عمرته في غير أشهر الحج ثم أقام بمكة حتى حج من عامه لم يكن متمتعاً بإجماع ، وهذا قد أسقط أحد السفرين ؛ فثبت بهذا أن ما قالوه ليس كذلك ، وإنما سمي متمتعاً لإحلاله الذي أحدثه فيما بين حجه وعمرته .

قال : واستحب مالك لأهل مكة أو لمن دخلها بعمرة أن يحرم بالحج من المسجد الحرام .

وقال : إذا دخل مكة أحد من أهل الآفاق في أشهر الحج بعمرة وعليه نفس أحببت له أن يخرج إلى ميقاته فيحرم منها بالحج ، ولو أقام حتى يحرم من مكة كان ذلك له .

(١) سقط من أ ، ب .

(٢) في أ : الحرم .

(٣) سقط من ج .

قال عبد الحق: إنما استحب له هاهنا أن يخرج إلى ميقاته ، واستحب في السؤال الأول أن يحرم من المسجد الحرام وإن كان قد دخل بعمره في المسألتين [جميعاً] (١) ؛ لأنه قد ذكر هاهنا أن عليه نفساً ؛ فلذلك أمره بالخروج إلى الميقات ، ليس السؤال الأول : أنه في ضيق من الوقت ليس عليه نفس مثل هذا ؛ فلذلك اختلف جوابه في [المسألتين] (٢) .

وقد تأول متأول أن معنى السؤال الأول : أنه دخل قبل أشهر الحج بعمره فكان له حكم أهل مكة في إحرامهم أنه من [أهل] (٣) المسجد ، والسؤال الثاني دخل في أشهر الحج .

وهذا [تصحيح] (٤) ليس بصحيح ؛ كيف أن يجعله كأهل مكة بدخوله قبل أشهر الحج إلى مكة وهو لو قرن أو تمتع كان الهدى عليه ولم يكن كأهل مكة لدخوله قبل أشهر الحج ، فلو كان كأهل مكة وإن كان لم يقصد [إيطان] (٥) مكة وجب أن يكون كهم فيما ذكرنا وفي غيره ، فهذا غير صحيح ، والله أعلم .

قال : إذا تعدى الميقات وهو ضرورة ثم أحرم ، [عليه] (٦) دم .

قيل له : فإن تعداه ثم أحرم بالحج بعد أن جاوزه وليس بضرورة .

قال : إن كان جاوزه مريداً للحج فعليه الدم وإلا فلا ؛ فشرط في غير الضرورة إن كان جاوز الميقات مريداً للحج أو غير مريد ، ولم يشترط ذلك في الضرورة .

[قال عبد الحق] (٧) : وقال بعض شيوخنا : الجواب في ذلك سواء وإنما معناه

(١) زيادة من ب .

(٢) في ب : السؤالين .

(٣) سقط من ب .

(٤) سقط من ب .

(٥) في ب : إيطان .

(٦) في ج : فعليه .

(٧) سقط من ب .

فى الصرورة : أنه جاوزه مریداً للحج ، والله أعلم .

قال : إذا تعدى الميقات فأحرم بالحج ثم فاته الحج لا دم عليه لتعديه لرجوعه إلى عمل العمرة ، وإنه يقضى حجه .

قال عبد الحق : وإنما أسقط الدم عنه فى هذه المسألة عند ابن القاسم ؛ لأن ما ابتدأه من الحج قد فاته ، فلما رجع أمره إلى العمرة وهو لم يتدثها أشبه من جاوز الميقات غير مرید الحج ولا عمرة ، وصار كأنه الآن أحدث العمرة فلم يكن عليه دم لهذه العلة ، والله أعلم .

قال ابن المواز فى العبد يعتق عشية عرفة فيحرم بالحج : أنه يلبي ، لأنه لا يكون إحرام إلا بتلبية [ثم يقطع] (١) التلبية مكانه .

قال : وكذلك النصرانى يسلم عشية عرفة .

وقد قال عبد الملك فى «المبسوط» [ق/ ٣٢] : من أحرم بالحج بعرفة فلا يقطع التلبية حتى يرمى جمرة العقبة .

قال عبد الحق : وجه ما قال ابن المواز : أن التلبية إنما هى إجابة ، فإذا بلغ عرفة فقد حصل فى الموضوع الذى يجب إليه ، فإذا لبي مرة [ق/ ٢٢ ج] لم يكن لتكراره معنى ، وجعله عبد الملك يلبي إلى الحد الذى ذكره لتكون هذه التلبية عوضاً له مما فاته ، والله أعلم .

قال : وأحب إلى أن [يحرم] (٢) أهل مكة إذا أهل هلال ذى الحجة .

قال أبو بكر الأبهري : إنما استحب لهم ذلك لطول مدتهم فى الإحرام ويلحقهم من الشعث ومشقته بعض ما يلحق غيرهم من أهل الآفاق ؛ إذ الثواب لا يناله الإنسان إلا بحمل المشقة فى الأعمال [ق/ ٤٠ أ] ؛ فاستحب لأهل مكة أن يتقدموا فى الإحرام بالحج ما أمكنهم ولا يؤخروه عن أول آخر أشهر الحج وهو ذى الحجة .

(١) فى ب : فيقطع .

(٢) فى أ : يهل .

قال عبد الحق : وأشهر الحج : شوال ، وذو القعدة ، وذو الحجة [كله] (١) ،
فى بعض الروايات ، وفى بعضها : وعشر ذى الحجة .

ويتحمل أن يكون إنما قال : «وذو الحجة كله» فى [بعض] (٢) الروايات من أجل
أن من آخر طواف الإفاضة لا يتعلق عليه الدم حتى يفرغ ذو الحجة ويدخل المحرم ؛
فلذلك عبر عن جميعه بأنه من أشهر الحج ، والله أعلم .

وأعرف أنى رأيت نحو هذا [لبعض] (٣) من تقدم من [علمائنا] (٤) .

وكذلك من ترك الحلاق ولا يكون عليه دم حتى يدخل المحرم .

وكذلك لو أحدث عمرة [فإن] (٥) كان بالقرب وجب عليه الدم ؛ لأنه لما
أحدث عمرة وجب عليه أن يحلق لها .

فاعلم أنه إنما يجب عليه الدم بدخول المحرم أو بإحداث عمرة .

وكذلك قال بعض شيوخنا من القرويين : قال [فى الكتاب] (٦) : (ويكره له

أن يحرم أحد بالحج قبل يأتى ميقاته أو يحرم بالحج قبل أشهر الحج) (٧) . فإن فعل
فى الوجهين [جميعاً] (٨) لزمه ذلك .

اعترض علينا مخالفنا فى هذه المسألة بالإحرام للصلاة قبل وقتها ، وأصل الحج

مباين [لحكم الصلاة] (٩) فى ضروب شتى .

قال أبو بكر الأبهري : وجدنا الحج لا بد أن يوقع فى وقته وهو الوقوف بعرفة ؛

(١) سقط من ب .

(٢) فى ج : إحدى .

(٣) فى أ : البعض ، وسقط من ج .

(٤) فى ب : العلماء .

(٥) فى ب : وإن .

(٦) سقط من ب و ج .

(٧) المدونة (١ / ٣٩٥) .

(٨) سقط من ب و ج .

(٩) فى ب : للصلاة .

فلذلك جاز الإحرام قبل [الشهر] (١) ؛ لأنه لا يؤدي ذلك إلى الخروج منه قبل الشهر ، والصلاة فلو جوز له الدخول فيها قبل وقتها لكان جائزاً أن يخرج منها قبل وقتها . فهذا الفرق بينهما .

وأيضاً فرق آخر وهو: أن الحج مخالف للصلاة من أجل أن الصلاة يجوز الابتداء بها في غير وقتها قضاء عن الصلاة ، التي كانت في وقتها ، وليس كذلك الحج ؛ لأنه لا يجوز أن يؤتى به في غير وقته قضاء عما كان في وقته ؛ فعلم بذلك [اختلاف] (١) أصليهما ، والله أعلم .

إذا أحرم العبد بغير إذن سيده فحلله ثم أذن له في عام آخر في قضائها قال :
يجزئه ، وعلى العبد الصوم لما حلله سيده إلا أن يهدي عنه سيده أو يطعم .

قال يحيى : لا أعرف [في] (٣) هذا الطعام وإنما هو هدى أو صيام .

قال عبد الحق : جعله يحيى كمن فاته الحج أن عليه الهدى أو الصيام إن لم يجد الهدى .

وقد تأول بعض القرويين أن في هذا الإطعام لمكان ما لبس [ق / ٤٨ ب] العبد وحلق في وقت إحلال سيده له ؛ لأن العبد لم يكن له أن يحرم بالحج بغير إذن سيده ولسيده إن أحرم أن يحله ؛ فصار العبد حين أحرم بغير علمه كمن أحرم بعد ما صد عن البيت ، فقد قال بعض أصحابنا في هذا : إنه يلزمه الحج ولا يحله من إحرامه إلا البيت ؛ فالعبد في إحرامه بغير إذن سيده في لزوم الحج له مثل هذا إلا أن لسيده أن يحله فمتى أذن له في الحج قضى عما حلله منه أجزاءه ، ولزم العبد الصوم لمكان ما لبس وحلق في وقت إحلال سيده له ، إلا أن يطعم عنه سيده أو يهدي فيجزي ذلك [عنه] (٤) .

(١) في ج : الشهر .

(٢) في أ : الاختلاف .

(٣) سقط من أ .

(٤) في ب : عن العبد .

وكذلك لو أصاب هذا العبدُ [النساء أو أصاب الصيد] (١) في وقت إحلال سيده إياه ثم أعتقه السيد إنه يلزمه في جزاء الصيد ما يلزم من فعل ذلك في حال إحرامه، والله أعلم.

قال : إذا أحرمت المرأة في الفريضة بغير إذن زوجها فحللها ثم أذن لها من عامها [فخرجت] (٢) فحجت أرجو أن يجزئها ذلك .

وقال ابن القاسم في « كتاب محمد » : يجزئها ذلك .

قال غير واحد من القرويين : معنى هذه المسألة أنها أحرمت قبل أشهر الحج أو قبل الميقات فصارت مصرية ؛ فلذلك جاز للزوج إحلالها ، والله أعلم .

قال عبد الحق : وقد تأول بعض الناس أن ابن القاسم إنما أجاب إذا حجت قضاء عما كانت فيه أنه يجزئها ، ولم يتكلم هل لزوجها أن يحللها وهل تحل بإحلاله إياها؟ وإحلالها عند ابن القاسم ليس بشيء وهي على إحرامها، والله أعلم ؛ إذ ليس للزوج منعها من حجة الإسلام .

قال عبد الحق : ذكر أنه لا يطوف بالصبي إلا من طاف لنفسه .

قال يحيى : قال ابن القاسم : فإن طاف ينوي به عنه وعن الصبي أحببت أن يعيد عن نفسه ويجزيء عن الصبي .

وقال أصبغ : بل واجب أن يعيد عن نفسه ، ولو أعاد عن الصبي كان أحب إليّ؛ كمن حج ينوي فرضه ونذره .

قال أبو محمد في « مختصره » : يعني أصبغ بهذا [في] (٣) الصبي الذي لا يعقل [أو] (٤) يحمل ، فأما الذي يعقل ما يؤمر به فإذا أمره بالطواف [معه فسأيره

(١) في ب : صيداً أو وطء النساء .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : و .

فى الطواف [(١) حتى أتماه معاً أجزأهما ؛ لأنه لم يشركه [ق / ٤١أ] فى عمله إذا كان يفهم ما أمره به فهو كصلاته به الركعتين إذا فهم ما أمره [به] (٢) .

قال ابن حبيب : ولا بأس لمن طاف لنفسه أن يطوف بصبيبن وثلاثة يحملهم ويكون ذلك طوافاً لهم .

ويجوز لمن طاف على دابة لعله أن يحمل بين يديه صبيماً ينوى طوافه أيضاً ويكون طوافه لهما .

قال : إذا طاف فى سقائف المسجد لغير زحام لحر ونحوه أعاد الطواف .

قال أشهب : لا يجزئ من طاف فى السقائف ، وهو كمن طاف خارج المسجد أو من وراء الحرم .

وقال سحنون : لا يمكن أن ينتهى الزحام إلى السقائف ، وحكى عن أبى محمد أنه قال : من طاف فى سقائف المسجد لا يرجع لذلك من بلده .

وقال ابن شبلون : يرجع من بلده ، وهو كمن لم يطف .

قال ابن المواز فى الذى [ق / ٤٦ ب] طاف على غير وضوء : لو أنه ذكر ذلك [ولم] (٣) يظاً فعل ما ذكر ولا عمرة عليه وعليه الهدى ، ولو ذكر ذلك وهو بمكة بعد أن فرغ من حجه فليعد طوافه وسعيه ولا [ذبح] (٤) عليه .

قال عبد الحق : وإنما قال فى تارك الركعتين من الطواف الذى يصل به السعى فذكر ذلك وهو بمكة ولم يمض إلى بلده : [إنه يهدى] (٥) .

وقال فى الذى طاف الطواف الذى يصل به السعى على غير وضوء فذكر ذلك بمكة ولم يمض إلى بلده : إنه لا يهدى عليه .

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ و ب .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى ج : دم .

(٥) فى الأصول : إنه لا يهدى .

فلأنه لما كان الذي ترك الركعتين لو وصل إلى بلده لم يرجع صار الطواف والسعى كأنه صح له ، وإعادته بالقرب إنما هي ضرب من الاحتياط ؛ إذ لو كانت الإعادة واجبة لأمره بذلك وإن وصل إلى بلده ، فلما سقط ذلك عنه إذا وصل إلى بلده فكان الهدى هو المرتب عليه احتاط بالإعادة أو وصل إلى بلده .

وأما الذي طاف على غير وضوء فهو لو وصل إلى بلده لأمر بالرجوع ، فلما كان يرجع على كل حال والهدى إنما يكون جبراً لم يصح وهذا فلم يصح له شيء يجبره بالدم سقط الهدى عنه لهذا ، والله أعلم .

ونحو هذا حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين .

قال عبد الحق : وجه وجوب العمرة الذي ذكره في مسألة الذي طاف على غير وضوء (١) [ثم] (٢) يذكر ذلك وقد وطئ النساء : أنه لما كان بوطنه قد انحطت حرمة إحرامه أمر بأن يأتي بطواف في إحرام صحيح لا وطئ فيه وهي العمرة ، ومثل ذلك مروى عن ابن عباس - رحمه الله - أن العمرة عليه ، فاعلم .

قال إسماعيل القاضي : طواف القادم أول ما يدخل مكة سنة ، والطواف الواجب الذي لا يسقط بحال هو طواف الإفاضة ، وأهل العراق يسمونه : طواف الزيارة . قال الله تعالى : ﴿ ثُمَّ لِيَقْضُوا تَفَثَهُمْ وَلِيُوفُوا نَدْوَرَهُمْ وَلِيَطُوفُوا بِالْبَيْتِ الْعَتِيقِ ﴾ (٣) ؛ فكان هذا هو الطواف المفترض في كتاب الله عز وجل .

قال ابن المنذر : وأجمع أهل العلم ، على أن هذا الطواف الواجب هو طواف الإفاضة ، وهو المفترض في كتاب الله عز وجل ، وأما الطواف الأول عند دخول المحرمين مكة فهو سنة .

وقد سن رسول الله ﷺ للقادمين المحرمين بالحج تعجيل الطواف عند دخولهم مكة ، وقد فعل هو ذلك .

(١) المدونة (١ / ٤١٩) .

(٢) سقط من ج .

(٣) سورة الحج : ٢٩ .

قال عبد الحق : وقوله فيمن فاته [ق/ ٢٣ ج] ففسخه في عمرة أو أفسد حجه :

(عليه طواف الوداع إذا أقام هذا المفسد بمكة) لأن عمله صار إلى عمرة ، وإن خرج مكانه فلا شيء عليه .

حكى عن ابن شبلون - رحمه الله - أنه قال : قوله : إذا أقام هذا المفسد [بمكة] (١) وهم من الناقل ، وإنما هو المعتمر ؛ لأن الذى فاته الحج لا بد له أنه يعود إلى عمرة ، فإذا اعتمر أقام بمكة بعد عمرته فعليه أن يطوف بعد ذلك للوداع ، وإن خرج بعد عمرته مكانه لم يودع .

فأما الذى أفسد حجه فلا يعود عمله إلى عمرة وإنما عليه أن يتمادى على عمل حجة الفاسد ، فإذا خرج من مكة ودع كما [ق/ ٥٠ ب] يودع الصحيح الحج إن شاء الله ، والله أعلم .

قال عبد الحق : ويحتمل أن يكون هذا غير وهم من الناقل ويكون قوله لأن عمله عاد إلى عمرة ، وإنما هو عائد على الذى فاته الحج خاصة لا على الذى أفسد حجه .

وإذا قدر الكلام على هذا وصرف إليه لم يكن مستبعداً ، ونحو هذا حفظت عن بعض شيوخنا من أهل بلدنا .

قال عبد الحق : قوله فى المرأة تحيض قبل الإفاضة : (تحبس عليها كريها أقصى جلوس النساء فى الحيض والاستظهار أو فى النفاس) (٢) .

وقد قدمنا فى كتاب الطهارة ما تأول على هذا من فسح الكراء بينهما وبين كريها بعد هذا المقدار ، وذكرت أنى رأيت فى [ق/ ٤٢أ] «كتاب المناسك» لسحنون خلافه أنها تطوف فأغنى ذلك عن تكرار جميعه .

قال محمد فى تارك الركعتين من كل طواف [هو] (٣) بعد الوقوف بعرفة : لا دم

(١) سقط من ج .

(٢) المدونة (١/ ٤٨٥) .

(٣) سقط من ب .

عليه ما لم يبلغ بلده أو يبعد .

وهذا كله ما لم يطئ ، فإن وطئ في أيّ ذلك كان مما فيه الركعتان فلا بد له من العمرة بعد أن يطوف ويركع ويسعى وذلك ما لم يبلغ بلده أو يبعد ، فإذا بلغ بلده أو بعد ركعهما وأهدى - وطئ أو لم يطأ .

قال ابن حبيب فيمن نسي الركعتين : إن لم ينتقض وضوءه حتى ذكرهما ركعهما ولم يعد الطواف ، وإن انتقض وضوءه ابتداءً الطواف إن كان واجباً وهو مخير في التطوع .

تم كتاب الحج [الأول] ^(١) بسم الله وعونه وقوته .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
كتاب الحج الثاني

قال عبد الحق : قوله : (فإذا فرغ الناس من صلاتهم قبل الإمام فلهم أن يدفعوا إلى عرفات) - (١) يريد إلى موضعها - (ولا ينتظرون الإمام ؛ لأن خليفته موضعه إذا فرغ من الصلاة دفع بالناس إلى عرفة ودفع الناس بدفعه) . هكذا حكى عن الشيخ أبي محمد وأبي الحسن أن معنى ما جرى من قوله : (فإذا فرغ الناس من صلاتهم دفعوا) إنما ذلك في مسألة الإمام الذي ذكر صلاة .

وتأول يحيى خلاف هذا وقال : إنما ذلك في الدفع من منى ؛ يريد : إذا صلوا الصبح بها .

والأشبه التأويل الأول ، والله أعلم .

قال محمد : في الحج ثلاث خطب :

الأولى : قبل يوم التروية بيوم في المسجد الحرام بعد الظهر ولا يجلس فيها [ق/٥١هـ] .

والثانية : بعرفة يجلس وسطها .

والثالثة : بمنى أول يوم من أيام التشريق بعد يوم النحر وهي بعد الظهر ولا يجلس فيها ، كلها تعليم للمناسك ، ولا يجهر بالقراءة في شيء من صلواتها .

قال عبد الحق : قيل له في «الكتاب» فيمن مر بعرفة ماراً بعد دفع الإمام ولم يقف بها أجزئته [ذلك] (٢) ؟

قال : قال مالك : من جاء ليلاً وقد دفع الإمام أجزأه أن يقف قبل طلوع الفجر (٣) . زاد في رواية الدَّبَّاغ : قال ابن القاسم : وأنا أرى إذا مر بعرفة ماراً فنوى

(١) المدونة (١/٤٢٦) .

(٢) زيادة من ب .

(٣) المدونة (١ / ٤٢٦) .

لمروره بها وقوفاً [إن] (١) ذلك يجزئه .

قال ابن المواز: يجزئه ذلك وإن تعمدته إذا نوى به الوقوف وذكر الله ، ولو كان مروره ذلك بها وهو لا يعرفها لم يجزئه وبطل حجه .

قال ابن المنذر في كتابه «الإشراف» : عن مالك وغيره من العلماء: أن من مرَّ بعرفة ليلاً [قبل الفجر] (٢) وهو لا يعلم أنها عرفة أن ذلك يجزئه .

قال عبد الحق: رأيت جواباً لأبي محمد بن أبي زيد [رحمه الله] (٣) عن سؤال سئل فيه : لم قال ابن القاسم : من طاف الطواف الواجب بلا نية ثم رجع إلى بلده أجزأه .

وقال ابن المواز: من مرَّ بعرفة ماراً فإن عرفها ونوى الوقوف بها وإلا بطل حجه ؟ فما الفرق بين هذا والأول ؟ ولم لا يجزئه عند مالك وإن لم ينوها ؟

فقال: الفرق - والله أعلم : أنى أصبت الطواف يفعل واجباً ويفعل تطوعاً والوقوف بعرفة أصبته لا يفعل إلا واجباً فكان أقوى ألا يجزئ إلا بنية ، ويحتمل عندي أن يجزئ الوقوف بلا نية على ما قال ابن القاسم في المغمى عليه بعرفة : أنه يجزئه الوقوف ، ويكون من الحجة لابن القاسم في الطواف بلا نية : أن الإحرام بالحج إذا عقد أجزأ ما عقد من النية في أوائله من تجديد النية في سائر عمله كما يجزئ في الصلاة إذا ابتداء أنه ليس عليه أن يستديم النية في سائر الصلاة، والصلاة يقطعها الحوادث والحج لا تقطعها الحوادث ؛ ألا ترى أنه من أفسده لابد له من إتمامه فكان الحج أقوى في ترك استدامة النية فيه ، والله أعلم .

قال أبو بكر الأبهري في فرض الوقوف بعرفة : هو بالليل ؛ فمتى دفع من عرفة قبل دخول الليل ولم يرجع حتى طلع الفجر من يوم النحر فقد فاتته الحج ؛ لأن النبي - عليه السلام - وقف بعرفة بالنهار وجزء من الليل ؛ لأنه دفع بعد دخول

(١) في ج : فإن .

(٢) سقط من ج .

(٣) زيادة من ب .

الليل ، فإذا دفع الإنسان قبل ذلك خالف فعل النبي - عليه السلام - فليس يجزئه فعل ذلك . ومما يدل أن فرض الوقوف بعرفة بالليل دون النهار : أن الليل كله وقت للوقوف أوله وآخره وأوسطه ، وليس كذلك يوم عرفة ؛ لأن أوله قبل الزوال ليس وقتاً للوقوف ؛ فكذلك آخره .

قال ابن المواز: ومن دفع من عرفة قبل الغروب فلم يخرج منها حتى غابت الشمس فليهد هدياً .

قال أبو بكر الأبهري: قال النبي - عليه السلام - : « إذا رميتم الجمرة فارموها بمثل حصى الخذف » (١) وجعل هذا المقدار [ق / ٤٣ - ٥٢ب] لئلا يؤذى الإنسان إن أصابه .

وقوله: (أكثر قليلاً) فلأن مقدار حصى الخذف ليس محدوداً لكنه يزيد وينقص فى الكبير والصغر ، واحتاط مالك أن يكون أكبر لأن يكون قد أتى بما أمر به وأزيد .

قال عبد الحق: إنما قال : (إذا وطئ يوم النحر قبل الإفاضة والرمى يفسد حجه ، وإذا وطئ بعد يوم النحر قبل الإفاضة والرمى لا يفسد حجه ويعتمر ويهدى) وهو فى الوجهين لم يفض ولم يرم : فلأنه إذا زال يوم النحر فالإتيان بالرمى والإفاضة يشبه القضاء [لهما] (٢) ، والقضاء فى الأصول أضعف حكماً من نفس القضاء ؛ بدليل من أفطر فى رمضان متعمداً عليه القضاء والكفارة ، ومن أفطر فى قضاء رمضان متعمداً لا يكفر ؛ فنفس الشيء أقوى حكماً من قضائه هذا وجه ما ذكر ، والله أعلم .

وفى « كتاب أبى بكر الأبهري » قال : ومن بقيت فى يده حصة فلم يدر من أيّ جمرة هى فليرم بها الأولى ثم يرم الباقيتين بسبع سبع ، وقد قيل : إنه يستأنفهن ، والأولى أحب إلينا .

(١) أخرجه مسلم (١٢٨٢) وأبو داود (١٩٦٦) والنسائى (٣٠٢٠) وابن ماجه (٣٠٧٤) وأحمد

(١٧٩٤) من حديث الفضل بن العباس رضى الله عنهما .

(٢) سقط من ب .

وجه قوله: (أنه يأتي بحصاة للأولى ثم يرمى بعدها الجمرتين الوسطى والآخرة) لجاز أن تكون الحصاة التي بقيت من الأولى ، وليس يجوز رمي ما بعدها إلا بتمامها ؛ فوجب لذلك في الاحتياط أن يجعلها من الأولى ليكون منه على يقين .

وجه قوله: (أنه يستأنفهن) فالأنه قد انقطع بين رمي الأولى للحصاة التي بقيت فوجب أن يتدئ رميهن كلهن حتى يوالى في الرمي .

قال عبد الحق: معنى مسألة المتمتع الذي أخر نحر هديه إلى يوم النحر أنه ساق الهدى ليجعله عن متعته، فلما وجب بالتقليد والإشعار قبل أن يتعلق عليه الدم [ق / ٢٤ جـ] للمتعة حملة محمل التطوع في أحد القولين ؛ فلذلك لم يجزئه عما وجب عليه .

وقال مرة : يجزئه إذا كان تطوع الحج يجزئ عن واجبه في غير وجه ؛ فكيف بهذا الذي لم يقصد التطوع وإنما قصد الواجب ؟

وقوله : (لا يجزئه) أقيس ، وينبغي لو كان [إنما] (١) ساقه على طريق التطوع لا لمتعته أن لا يجزئه عن متعته [على] (٢) القولين ، والله أعلم .

قال أبو بكر الأبهري: جزاء الصيد وفدية الأذى لا يجوز الأكل منهما ؛ لأنهما للمساكين ؛ ألا ترى أنه قد جعل بدل الهدى [في] (٣) الإطعام للمساكين فلما لم يجز أن يؤكل من الطعام الذي هو للمساكين ؛ فكذلك الهدى [الذي نذره للمساكين] (٤) .

فأما كل هدى ليس بدله طعاماً وإنما بدله الصيام فجازت أكله .

وكذلك لا يجوز أن يأكل من الهدى الذي نذره للمساكين لأن ذلك شيء قد

(١) سقط من ب .

(٢) في أ : عن .

(٣) سقط من جـ .

(٤) سقط من ب .

جعله لهم كما يجعل طعاماً للمساكين فلا يجوز له أن يأكل من الزكاة التي هي للمساكين، ولا كفارة المساكين التي هي لليمين إذا وجبتا عليه.

فإن قيل: كيف يجوز أن ينتفع الإنسان بشيء واجب جعله لله عز وجل ولو جاز ذلك في الهدى لجاز [ق / ٥٣ ب] في الكفارة والزكاة ؟.

قيل : الهدى مبين للزكاة والكفارة ؛ ألا ترى أنه إذا تطوع بصدقة للمساكين أو كفارة أنه لا يأكل منها كما لا يجوز ذلك في الواجب عليه، ويجوز له أن يأكل من الهدى التطوع ؛ فكذلك الواجب . وقد رأينا في الأصول أنه يجوز للإنسان أن ينتفع بشيء يخرج من واجب عليه وهو العتق [الواجب] (١) في الكفارة الواجبة أنه يكون له ولاء المعتق في الكفارة ، فلما جاز أن يبقى له منفعة في العتق وإن كان شيئاً أخرجه عن واجب عليه جاز [له] (٢) أن يأكل من هدى أخرجه عن واجب عليه ، والله أعلم.

قال : (إذا أكل مما [نذره] (٣) للمساكين فعليه قدر ما أكل) يريد لحمًا ولا يكون عليه البدل.

[قال عبد الحق] : (٤) قال بعض القرويين: معنى هذا إذا كان نذره للمساكين شيئاً من الأنعام بعينه ، وأما لو كان مضموناً في ذمته لكان عليه بدله ، ويقال له : أنت إنما ذبحت هذا لنفسك وليس هو الذي وجبت في ذمتك فأت بالهدى الذي لزمك .

قال عبد الحق : ووقع له في موضع آخر : (إذا أكل لم يجزئه وعليه البدل في جزاء الصيد وفدية الأذى ونذر المساكين) (٥) [فذكر في هذا الكلام إيجاب البدل في

(١) سقط من أ و ج .

(٢) سقط من ب .

(٣) في أ : نذر .

(٤) سقط من ب .

(٥) المدونة (١ / ٤١٠) .

نذر [(١) المساكين بخلاف ما تقدم .

قال عبد الحق : قال بعض القرويين : ليس هذا اختلافاً من قول مالك ولا خلافاً من ابن القاسم مالك ، والمسألان معناهما مفترق ؛ فهاهنا إنما يعنى أن هذا الذى نذره بغير عينه ، ومعنى المسألة الأولى أنه هدى بعينه نذره للمساكين فلزمه إذا أكل منه شيئاً قَدَرًا ما أكل .

وإنما تخلطت المسألان فى ترسيم يحيى بن عمر ؛ لأنه لم ينقلها على الترتيب [ق / ٤٤٤ أ] الذى كانت عليه قبل ترسيمه ، والترتيب الذى فى غير ترسيم يحيى يستقيم به أمر المسألتين .

قال أبو بكر الأبهري فى مسألة الهدى يحدث به عيب بعد التقليد والإشعار قبل بلوغ محله : فى هذه المسألة شيء والقياس أنه لا يجزئ لأن وجوبه لم يتناه عند مالك ، وهو مراعى ؛ ألا ترى أنه لو عطب قبل نحره لم يجزئه وعليه بدله فكذلك يجب إذا حدث به عيب لا يجوز فى الهدى ألا يجزئ .

قال عبد الحق : قال لى بعض شيوخنا من القرويين : إنما فرق بين الهدى المعيب وبين الرقبة المعيبة إذا كان ذلك تطوعاً ووجد العيب ؛ لأن محمل المسألة الرقبة المتطوع بعقتها أنها لم تكن فى الأصل مشتراً للعتق [فلذلك ساغ له قيمة العيب ، وأما لو أخرج بمنى ، واشتراها بها للعتق] (٢) كانت كهدى التطوع سواء لا تسوغ له قيمة العيب ، ولو كان أيضاً الهدى لم يشتره للهدى وإنما أهدى شيئاً تقدم ملكه له [كان] (٣) كالرقبة إذا لم تكن فى الأصل مشتراً للعتق إن قيمة العيب تسوغ له ، فاعلم أن المسألتين إنما افترقا لافتراق السؤال ، وهما سواء إذا اتفق [ق / ٥٤ ب] سؤال المسألتين وهكذا كان يقول أبو موسى بن مناس ؛ [ونحوه فى «المستخرجة» وهو أحسن من قول ابن المواز: أن ذلك إنما افترق إذ يتطوع بعتق المعيب ولا يهدى المعيب] (٤) فاعلم

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ و ب .

(٣) سقط من أ و ب .

(٤) سقط من أ .

ذلك .

قال عبد الحق : رأيت لأبي محمد [بن أبي زيد - رحمه الله] (١) في الهدى الواجب الذي وجد به عيباً قال : معناه عيباً قديماً لم يحدث بعد التقليد والإشعار . ويريد بالواجب من لزمه من متعة أو قران أو لنقص شيء من أمر الحج أو جزء أو فدية أو نذر هدياً للمساكين وليس بعينه ، فأما لو نذر أن يهدى هذا البعير بعينه فقلده وأشعره ثم ظهر له عيب قديم [لا] (٢) بدل عليه ؛ لأن نذره لم يتعد إلى غيره .

قال عبد الحق : قال : (إذا نذر هدياً ولا نية له فالشاة تجزئه) (٣) ، وقال في كتاب النذور : (عليه بدنة فإن لم يجد فبقرة ..) (٤) إلى آخر ما ذكره .

[**قال عبد الحق**] (٥) قال لى بعض القرويين عن أبي الحسن بن القابسي : إنما قال في هذا « الكتاب » : (تجزئه شاة) لأنه متبرع بالهدى ، فجعله عليه أدنى الهدى [وهو شاة] (٦) . ومسألة كتاب النذور ، وذكر فيها أنه حلف بيمين إن فعل كذا فعليه هدى ، واليمين طريقها التخليط ؛ فلذلك جعل عليه بدنة إذا كان واحداً ؛ فهما مسألتان مفترقتان وليس باختلاف قول ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إذا كان ماله غائباً فإنه يصوم الثلاثة الأيام في الحج إن لم يجد من يسلفه ، وليس كالحالف بيمين يحنث فيها وماله غائب عنه هذا لا يصوم . والفرق بين ذلك : أن كفارة اليمين له سعة في تأخيرها فلم يجزئه الصوم ، والآخر مخاطب بثلاثة أيام [لتوقعها] (٧) في الحج لا سعة له في تأخيرها ؛ فجاز الصوم لهذا ، والله أعلم .

[**قال عبد الحق**] (٨) : قال أبو بكر الأبهري: الدماء التي تجب في الحج ثلاثة:

(١) سقط من ب .

(٢) في ب : فلا .

(٣) المدونة (١ / ٤١٠) .

(٤) المدونة (١ / ٥٦٨) .

(٥) سقط من ب .

(٦) سقط من ب .

(٧) في ب : يوقعها .

(٨) سقط من ب .

دم يجب بترك شعيرة من شعائر الحج ، فذلك هدى ، فإن لم يجد صام ثلاثة أيام [فى الحج] (١) وسبعة بعد ذلك ، ودم يجب لمنفعة ، يوصلها إلى نفسه مثل الطيب ، وحلق الشعر واللبس ، فذلك دم يذبحه أين شاء ، ودم آخر وهو جزاء الصيد وهو هدى محله مكة وكذلك محل ما كان لنقصان شعيرة مثل ترك جمرة أو البيوتة بمنى .

قال فيمن أحرم من الحاج بعمرة فى آخر أيام الرمى وقد حل من إفاضته وأتم رميه : (تلزمه العمرة) .

قال محمد : ولا يتمها حتى تغيب الشمس .

[قال عبد الحق] (٢) : قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : ويكون خارج الحرم حتى تغيب الشمس ولا يدخل الحرم ؛ لأن دخوله الحرم لسبب العمرة عمل لها وهو ممنوع من أن يعمل لها عملاً حتى تغيب الشمس .

قال محمد : وإحلاله منها قبل ذلك باطل وهو على إحرامه ، وإن وطئ بعد ذلك الإحلال أفسد عمرته وليقضها بعد تمامها ويهدى .

قال عبد الحق : قال فى «الكتاب» : (من أحصر بعد أن وقف بعرفة فقد تم حجه [ق/ ٥٥ب] ولا يحله من إحرامه إلا طواف الإفاضة ، وعليه لجميع ما فاته من رمى الجمار والمبيت بالمزدلفة ومنى هدى واحد . . .) (٣) إلى آخر ما ذكره .

قال سحنون : إنما يعنى أنه أحصر لمرض .

قال أبو محمد : يريد : وقد تم وقوفه إلى غروب الشمس ، ولما كان فى «كتاب ابن حبيب» مثل ما قاله سحنون أنه أحصر بمرض .

ووقع فى «كتاب ابن المواز» فى موضع عن ابن القاسم : أنه أحصر بمرض ، وفى موضع آخر عن ابن القاسم : أحصر بعدو .

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من ب .

(٣) المدونة (١/٤٥٥) .

وحكى عن أبى محمد أنه قال : قوله : (بعدو) أصوب . ويكون عليه هدى واحد لجميع ما ترك .

وأما المصدود [ق/٢٥ج] بعدو قبل وقوفه بعرفة فإنه يحل ولا دم عليه عند ابن القاسم .

والفرق بين المصدود قبل وصوله إلى عرفة وبين المصدود بعد وقوفه بها فى وجوب الدم عليه إذا صدُ بعدو : أن المصدود بعدو بعد وقوف عرفة يجزئه عن حجة الإسلام ، والمصدود بعدو [ق/٤٥أ] قبل وقوفه بعرفة لا يجزئه ، فافترقا .

قال عبد الحق : يريد : أنه وإن أجزأه ذلك من حجة الإسلام إذا صد بعد وقوف عرفة فإنه إذا حل ورجع إلى بلده لا بد له من الرجوع لبقاء طواف الإفاضة عليه ، ويكون حلالاً من كل شيء إلا من النساء والصيد والطيب .

قال عبد الحق : ومن أخذ مالا ليحج به عن ميت من بعض الآفاق فاعتمر عن نفسه وحج عن الميت من مكة لم يجزئ ذلك عن الميت ، وعليه أن يحج حجة أخرى عن الميت كما استؤجر .

[قال عبد الحق] (١) : قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : ويلزمه أن يحج عنه من الموضع الذى استؤجر فيه لا من الميقات ؛ لأنه لما اعتمر عن نفسه فكأنه إنما خرج لحج نفسه فوجب لذلك أن يحج من حيث عقدت إجارته .

قال فى «الكتاب» : ولو قرن ونوى العمرة عن نفسه والحج [عن الميت] (٢) ضمن المال ؛ لأنه [أشرك] (٣) فى عملهم غير ما أمره ، وعليه دم القران .

حكى عن الشيخ أبى الحسن بن القابسى أنه قال : إنما فرق بين هذه المسألة والتي قبلها ؛ لأن الذى حج عن الميت [من مكة] (٤) قد حج عن الميت لا شك فيه وإنما

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من ب .

(٣) فى ب : شرك .

(٤) سقط من ب .

أخطأ في العمل حين أحرم من مكة فأمره بالعودة ، والذي قرن خائن ؛ لأن القرآن إنما هو في القلب فيقال له : أنت قد خنت في نيتك فلا يبقى المال بيدك حين ظهرنا على حياتك وفساد تحملك .

قال في «الكتاب» فيمن أخذ مالا ليحج به على البلاغ فسقط منه فتمادى ولم يرجع : فهو متطوع ولا شيء عليهم في ذهابه .

قال أبو بكر بن اللباد : ولا في رجوعه إلى موضع سقطها منه ، [وليس من] (١) الموضع إلى موضع بلوغه .

قال في «الكتاب» : إلا أن يسقط بعد إحرامه فليمض لأنه لما أحرم لم يستطع الرجوع ، ونفقته في ذهابه ورجوعه على الذي دفع إليه المال .

قال ابن حبيب : يكون ذلك في مال الميت ذاهباً وراجعاً ، فإن لم يكن له مال فعلى من دفع المال إلى هذا ليحج [به] (٢) .

قال عبد الحق : وقول ابن حبيب هذا ليس له وجه [ق/٥٦ب] واضح عندي ؛ لأنه لا يخلو أن يكون دافع المال فعل ما يجوز من دفعه المال على البلاغ فينبغي ألا يضمن شيئاً كان للميت مال أو لم يكن ، أو متعد في دفعه المال على البلاغ ، فيجب أن يكون ضامناً للمال مبدى بالغرم كان للميت أيضاً مال أو لم يكن .

وقد حكى عن الشيخ أبي الحسن [ابن] (٣) القابسي وغيره : أن الوصي يغرم ما وجب لهذا في ذهابه ورجعته من النفقة ، ولا يكون ذلك في مال الميت ؛ لأن الوصي [غرر] (٤) إذ دفع المال على البلاغ ، وإنما كان الصواب أن يدفعه على الإجارة .

تم كتاب الحج الثاني بحمد الله ، و[عونه وقوته] (٥) .

(١) في ب : وله عن ذلك .

(٢) زيادة من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : غر .

(٥) سقط من ب .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّؤُوفِ الرَّحِيمِ

كتاب الحج الثالث

[وصلى الله على نبيه محمد وآله وسلم] (١)

قال فيمن جامع زوجته في الحج : فليترقا إذا أحرمنا بحجة القضاء فلا يجتمعا حتى يحلا .

قال أبو بكر الأبهري : قوله : (يفترقان إذا أحرمنا) فذلك مذكور عن علي وغيره من الصحابة رضي الله عنهم .

ووجه ذلك : خوفاً من أن يفسدا [حجتهما] (٢) ثانية فمنعنا من الاجتماع في المنزل والسير .

وقيل : إن ذلك عقوبة لهما إذا فعلا ما لا يجوز لهما فعله في الإحرام [فعوقبا] (٣) ألا يجتمعا في الإحرام كما منع قاتل العمد من الميراث عقوبة لفعله الذي قصد به استعجال الميراث .

قال عبد الحق : قال : (إذا تعدى في حجة القضاء ميقاته هو كمن أفطر في قضاء رمضان . . .) (٤) إلى آخر ما [يذكره] (٥) .

فإنما مثل المتعدى للميقات في حجة القضاء بالفطر متعمداً في قضاء رمضان ليبين أن القضاء أبداً لا يكون أقوى حكماً من المقضى وإنما يكون مثله في الرتبة أو أضعف؛ فالضرورة إنما عليه دم في تعديه الميقات ففي القضاء إذا تعدى الميقات هو كذلك إنما عليه دم كما جعل قضاء رمضان إذا أفطر فيه يقضى ولا يكفر ، فكان أضعف حكماً من رمضان لا أقوى حالاً منه ، وإنما اختلف فطره في رمضان من

(١) سقط من ب .

(٢) في ب : حجهما .

(٣) في أ : فمنعنا .

(٤) المدونة (٤١٧/١) .

(٥) في ج : ذكره .

فطره فى قضائه فى وجوب الكفارة ، وتساوى الحكم فى الحج وفى قضائه إذا تعدى الميقات من أجل أن رمضان له حرمة لعينه ؛ إذ كان يختص بأيام بأعيانها وقضاؤه لا يختص بأيام بأعيانها فكان أضعف ، ووجوب تساوى الحج وقضائه ؛ إذ كان الحج غير مختص [بزمان] (١) بعينه ؛ فافترق حكم ذلك لهذا ، والله أعلم .

قال عبد الحق ؛ قال بعض القرويين : إذا [قرن ثم تمتع] (٢) فى تلك السنة بعينها يحتتمل أن يكون عليه هدى واحد فقط ؛ لأن المتمتع فى معنى القارن فى وجوب الدم ؛ لأنه مسقط لأحد السفرين فى الوجهين [ق/٥٧ ب] فينوب فى ذلك دم واحد ، والله أعلم .

قال عبد الحق [(٣)] : قال بعض القرويين : إذا لم يجد المحرم النعلين إلا بثمان كثير فلبس الخفين لا يفترق فى هذه المسألة قليل الدراهم من الواسع الدراهم ، بخلاف مسألة كتاب الوضوء (٤) التى قال فيها : (إن كان قليل الدراهم لم يكن عليه شراء الماء ويقيم) [ق/ ٤٦ أ] .

قال : والفرق بين ذلك أن هذا مختارا لللبس الخف ولو شاء لمشى بغير خف ، وفى مسألة كتاب الوضوء [هو] (٥) مضطر غير مختار ؛ فهو أعذر ، والله أعلم .

قال فى «الكتاب» : (إحرام المرأة فى وجهها) يريد وفى يدها ؛ ألا ترى أنه منعها من لبس القفازين وقال : (إن فعلت افتدت) .

قال الأبهري ؛ على المرأة كشف وجهها ويديها فى الإحرام ؛ لأن إحرامها فيهما دون سائر بدنهما ؛ لأن هذين يجوز لها إظهارهما فى الصلاة وللناس (٦) ، ولأن بها

(١) فى ج : بزمن .

(٢) فى ب تقديم وتأخير .

(٣) سقط من ب .

(٤) المدونة (١/١٤٨) .

(٥) زيادة من ب .

(٦) الذى ندين لله عز وجل به أن ستر الوجه والكفين واجب على المرأة فى غير الإحرام والصلاة .

ضرورة إلى ذلك [فى معاملات] (١) الناس وتصرفها فيما يصلحها ، وقد قيل فى معنى قوله عز وجل : ﴿ وَلَا يُدِينُ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا ﴾ (٢) : أن ذلك هو الوجه واليدان .

قال فى «الكتاب» : (إذا نام فغطى [رجل] (٣) رأسه ووجهه أو طيبه أو حلق رأسه ، ثم انتبه فلينزح ذلك [وليغسل] (٤) الطيب عنه ، ولا شيء عليه ، والفدية على من فعل ذلك به) .

قال ابن المواز : ولا يجزئ الفاعل أن يفتدى بالصيام ولكن يفتدى بالنسك أو الإطعام ، فإن كان الفاعل عديماً أو لم يقدر عليه فليفتد هذا المحرم عن نفسه ويرجع على الفاعل إن أيسر وقدر عليه فالأقل من ثمن الطعام أو ثمن النسك إن افتدى بأحدهما ، وأما إن صام فلا يرجع على الفاعل بشيء .

قال عبد الحق : وقع فى كلام ابن المواز : (إذا كان الفاعل عديماً فليفتد هذا عن نفسه) ، فإن كان يعنى : يفتدى إن شاء ، فصواب ، وأما أن يكون لازم له أن [يفتدى] (٥) فكيف يصح هذا والفدية إنما تعلقت على من فعل به ذلك وهو لم يختر شيئاً مما فعل به ؟ فينبغى أن يكون كالمكره زوجته على الوطاء فى رمضان أنه يكفر عنها ، وإن كان عديماً لم يلزمها هى أن تكفر عن نفسها ؛ كذا ينبغى ، والله أعلم .

وقد ذكر العتبي : أن عيسى روى عن ابن القاسم فى محرم وطئ أهله مكرهة وليس معه ما يهدى عنها وهى ملبية ليس عليها هى هدى ولا صيام . وهذا هو الصواب ، وهو أحسن مما فى «كتاب ابن المواز» ، والله أعلم .

[قال عبد الحق : فى الأم ليس عليها (حج ولا صيام) وأراه (هدياً ولا صيام)

(١) فى ب : لمعاملات .

(٢) سورة النور : ٣١ .

(٣) سقط من ب .

(٤) فى أ : يغسل .

(٥) سقط من ب .

على هذا أصلحت ، والله أعلم [(١)] .

[ورأيت] (٢) فى «كتاب ابن المواز» عن ابن القاسم : وإن لم يجد الزوج الذى أكره زوجته وهى محرمة ما يحججها ولا ما يهدى عنها فعليها أن تحج وتهدى عن نفسها وتتبع [بذلك] (٣) زوجها ، فإن لم يجد ما يهدى صامت ، فإن صامت لم يكن على زوجها من ثمن الهدى شيء . وقاله أصبغ ؛ لأن الصيام لا ثمن له ولا يصوم أحد [ق/ ٥٨ب] عن أحد ؛ فعلى هذا هو أصل قد اختلف فيه قول ابن القاسم على ما بينا ، والصواب من ذلك : ألا يتعلق [ق/ ٢٦ج] على المفعول [به] (٤) شيء ، والله أعلم .

قال عبد الحق : ذكر عن الشيخ أبى الحسن : إذا طيب محرم محرماً نائماً أن عليه فديتين : فدية لمس الطيب وفدية عن النائم ، إلا أن يطيبه ولا يمس الطيب أو يكون النائم ليس بمحرم فلا يلزمه إلا كفارة واحدة .

وذكر أن أبى محمد خالفه فى ذلك وقال : ليس على الفاعل وإن كانا محرمين إلا فدية واحدة ؛ لأنى لو ألزمته كفارتين لألزمته ذلك إذا طيب نفسه ؛ لأن فى مس الطيب كفارة وفى تطيبه كفارة أخرى ، لكنه لما لم يلزمه فى نفسه إلا كفارة فكذلك فى غيره .

[قال عبد الحق] (٥) : قال بعض القرويين : إذا نفدت نفقة المحرم التى جعلها فى منطقتة لم ينبغ له بقاء وديعة فيها ؛ لأنها إنما بقيت من أجل نفقته فقد صارت الآن مفردة وارتفع ما من أجله أبيع له ذلك ، والله أعلم .

قال : إذا جعل المحرم فى أذنيه قطعاً لشيء وجده فيهما افتدى .

حكى عن أبى محمد أنه قال : وكذلك لو جعله فيهما لغير شيء وجده فليفتد .

(١) سقط من ب .

(٢) فى أ ، ب : ورواية .

(٣) زيادة من ج .

(٤) زيادة من ج .

(٥) سقط من ب .

قال مالك فى محرم حلق رأس حلال : يفتدى ، وقال ابن القاسم : يتصدق بشيء من طعام .

قال بعض البغداديين : قول مالك : (يفتدى إذا حلق رأس حلال) يريد : الفدية التى نص الله [تعالى] (١) عليها فى قوله : ﴿ وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ ﴾ إلى قوله : ﴿فَفِدْيَةٌ مِّنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسْكَ﴾ (٢) فلأنه لما كان أصل الفدية إنما هى لحلق الرأس وكان المحرم منهياً عن حلق شعره وشعر غيره وجب إذا فعل ذلك أن تكون عليه الفدية المنصوصة لأنه فى معنى المحكوم بها فيه .

وأما قول ابن القاسم فى إيجاب الطعام ؛ فلأن المحرم إذا حلق رأس غيره لم يمتط الأذى عن نفسه بذلك أصلاً ، والفدية إنما هى متعلقة بإماطة الأذى والترفيه فيه ؛ فكان هذا فى معنى من ألقى عن غيره قملاً وعرضها للتلف فوجب عليه الإطعام بدلاً مما ألقاه ؛ لأنه فى حكم اليسير الذى لو ألقاه عن نفسه لم يكن عليه فيه سوى ذلك . وكلا القولين له وجه فى النظر ، والله أعلم .

قال عبد الحق : القياس فى هذه المسألة قول ابن القاسم ، والتوجيه الذى وجه به قول مالك ليس بالبين ؛ لأنه وإن كان منهياً عن حلق شعره وشعر غيره فلا يلزم أن يكون فى ذلك حكم متساو ، وإنما يخرج عندى ما قاله مالك على ما روى عنه [ق/ ١٤٧] فى المحرم يقتل قملاً كثيراً : أنه يفتدى الفدية الكاملة التى نص الله تعالى عليها؛ فأرى قوله على هذه الرواية ، والله أعلم .

قال ابن حبيب : أكره الحجامة للمحرم إلا [من ضرورة] (٣) ، ولا فدية فى ذلك ما لم يحلق لها شعراً ، [فإن حجم لضرورة أو لغير ضرورة فحلق لها شعراً] (٤) فى الرأس أو فى القفا أو سائر الجسد فليفتدى .

(١) فى ب : عز وجل .

(٢) سورة البقرة : ١٩٦ .

(٣) فى ب : لضرورة .

(٤) سقط من ب .

قال سحنون : ولا بأس أن يحتجم إذا لم يحلق [ق/ ٥٩ ب] الشعر ، ولا يحتجم فى الرأس وإن لم يحلق [لها] (١) شعراً خيفة قتل الدواب .

قال بعض البغداديين : حرم المدينة لا نص فى وجوب الجزاء على من قتل فيه صيداً ، ولا يصح قياسه على حرم مكة من قبل أن حرم مكة يحل المحرم من إحرامه بالإتيان إليه ، وليس يحل بدون الإتيان إليه ، وليس كذلك حرم المدينة ؛ [فاختلفت] (٢) حرمة الحرمين .

قال عبد الحق فى مسألة الذى يحرم والصيد فى بيته : إنما ليس عليه أن يرسله إذا لم يكن إحرامه من الموضع الذى فيه بيته ، وأما إن كان إحرامه من بيته كمن منزله وراء الميقات إلى مكة فهو إذا أحرم من موضعه وفى بيته صيد عليه أن يرسله ؛ ألا ترى أنه إذا كان الصيد فى قفص معه أن عليه إرساله ؟ فلا فرق بين أن يكون بائناً عنه فى قفص أو فى بيته إذا كان إحرامه من ذلك الموضع ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قال بعض القرويين : إنما يجب الجزاء على من جرح صيداً بعد أمد يعلم أنه بريء من جرحه فى الأغلب أو مات منه ، ولا يخرج الجزاء بفور جرحه إياه ؛ إذ قد يكون لم يمت بعد فىكون إخراج الجزاء قبل وجوبه ، ولو أخرج الجزاء ثم بعد ذلك رأى الصيد حياً ولم يبرأ جرحه ثم غاب عنه وجب عليه إخراج الجزاء ثانية ؛ إذ قد يكون مات بعد أن غاب عنه ، وهكذا لو رآه مراراً أو غاب عنه وجب عليه الجزاء ؛ لأن ما أخرجته ثم رأى الصيد بعد ذلك قد أخرجته قبل وجوبه ثم بعد غيبة الصيد يمكن أن [يكون] (٣) [موته] (٤) من تلك الجراح ؛ فلذلك يحتاط بالجزاء على ما بينا ، والله أعلم .

قال : إذا أفسد وكر طير لا شيء عليه إلا أن يكون فيه بيض أو فراخ فعليه فى

(١) فى أ : له .

(٢) فى أ : فاختلف .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى ب ، ج : مات .

البيض ما على المحرم فى الفراخ؛ لأنه لما أفسد الوكر عرض البيض والفراخ للهلالك .
 حكى عن أبى محمد أنه قال : العلة فى ذلك أنه لما أفسد الوكر أمكن أن ينكسر
 البيض عن فراخ حية ، فلما شك فى حاله لزمه الأوكد كالذى أخرج صيداً من الحرم
 أو جرح صيداً وتوارى عنه فلا يدرى أسلم أو لم يسلم .
 وقد روى عن ابن القاسم فى البيضة تنكسر عن فرخ يشك فى حياته : أن
 [فيه] (١) الجزاء .

قال ابن المواز : إذ لعل الكسر قتله ، إلا أن يوقن أنه ميت قبل الكسر
 [بالرائحة] (٢) فلا شيء عليه .

قال أبو محمد فى «مختصره» : وفى رواية أخرى عن ابن القاسم : إذا أفسد
 الوكر وفيه فراخ أو بيض فعليه فى البيض ما يكون على المحرم فى البيض ، وفى
 الفراخ ما يكون على المحرم فى الفراخ .

قال عبد الحق : قيل له فى «الكتاب» : أيقوم الصيد بشيء من القطنى أو
 بذهب أو بإقط وهو عيش ذلك الموضع ؟ قال : يجزئ فيه ما يجزئ فى كفارة
 الأيمان ، ولا يجزئ فيه ما لا يجزئ فى كفارة الأيمان (٣) .

وفى [كتاب] (٤) ابن حبيب : أنه لا يخرج فى كفارة اليمين بالله ولا فى زكاة
 الفطر بشيء من القطنى وإن كان عيش [ق/ ٦٠ ب] قوم .

وفى كتاب الحج الخامس من «كتاب أشهب» : أنه لا بأس أن يخرج فى تقويم
 الصيد وفى كفارة اليمين من القطنية إذا كان هو معاشه وقوت عياله .

فقد نص أشهب هاهنا على جواز إخراج القطنية فى كفارة [اليمين] (٥) وفى

(١) فى ب : عليه .

(٢) فى أ : برائحة .

(٣) المدونة (١ / ٤٣٩) .

(٤) فى أ : كتب .

(٥) سقط من ب .

جزاء الصيد إذا كان قوتهم ومعاشهم ، وقد تقدم فى كتاب الزكاة الثانى اختلاف الرواية فى جواز ذلك فى زكاة الفطر .

قال عبد الحق : قوله فى « الكتاب » : (حكم عليه بالمدينة ويطعم بمصر) قال ابن القاسم : يريد : إن فعل لم يجزئه ؛ يريد : لأن السعر بمصر أرخص ، وأما لو كان السعر فيها مثل سعر المدينة فأغلى لأجزأه .

قال ابن المواز : يقوم الصيد بموضع أصابه ، ويفرق به إن كان به أقيس ، وإلا فأقرب المواضع إليه ، وإن حكم عليه بمصر وهناك أصاب الصيد ثم أطعم بالمدينة أجزأه ؛ لأن السعر بها أغلى . ولو كان سعر [ق / ٤٨] المدينة أرخص فحكما عليه بالمدينة وأطعم بمصر أجزأه .

قال أصبغ : إذا أخرج الجزاء على سعره بموضعه ذلك حيث كان أجزأه .

قال أبو بكر الأبهري : روى عن [ابن] (١) عمر وعثمان وابن عباس أنهم قالوا: فى حمام مكة شاة ، وإنما خصوا حمام مكة والحرم (٢) بشاة تغليظاً لحكم الحرم ، ولأن الحمام [أيضاً] (٣) يكثر فيها ويأوى إليها فلو جعل فيها قيمتها لتسرع الناس إلى قتلها لخفة أمر القيمة عليهم .

قال مالك فى غير « المختلطة » : فإن لم يجد شاة صام عشرة أيام ولا إطعام فيه .

[قال] (٤) محمد : ولا تخيير ؛ لأن الشاة تغليظ .

قال مالك فى « الواضحة » : وسبيل هذه الشاة سبيل الجزاء لا تذبح إلا بمكة ، بخلاف النسك .

قال عبد الحق : ذكر فى فدية الأذى أنه يعطى من الشعير وغيره مدان

(١) سقط من ب .

(٢) فى ب : فإن جعلوا فى ذلك .

(٣) زيادة من ب .

(٤) ليست بالأصول .

[ق/ ٢٧ج] كالبر ، وقال فى الظهار : إنما يخرج من الشعير وغيره عدل البر .

فسألت بعض شيوخنا [من القرويين] (١) عن الفرق بين ذلك ، فقال : الفدية منصوص على مقدارها فى السنة ، والظهار ليس فى مقداره نص وإنما قال فيه : بمد هشام الذى هو مدان إلا ثلثا اجتهداً ؛ فلذلك فرق بين ذلك ، والله أعلم (٢) .

[قال عبد الحق] (٣) : قال بعض القرويين فى الذى تجب عليه فدية من أجل وطنه قبل الإفاضة وبعد الرمى أو نحو ذلك إن نكح امرأة قبل أن يأتى بالعمرة فسح نكاحه ؛ لأن هذه العمرة بسبب الحج فكأنها إتمام الحج ؛ فصار كالوطء قبل كمال الحج ، وليس كمن أفسد عمرته بالوطء فوجب عليه إعادة عمرة فنكح قبل الإعادة هذا لا يفسد نكاحه ولا يفسخ ؛ لأن هذه قد فسدت عمرته وهذه عمرة مستأنفة التى تجب عليه ؛ فلا يبطل نكاحه إذا نكح قبل أن يعتمر ؛ فاعلم .

وقال بعض شيوخنا من القرويين : إذا حج بالصبي والده أو وصيه ما لزمه من فدية أو جزاء صيد ونحوه فذلك على من أحجه كان خروجه به نظراً إذ لا كافل له أو غير نظر لأنه هو سبب إحرامه ، وتعلق هذه الأشياء عليه إلا وجه واحد فيه إشكال وذلك إذا أخرجه ، وقتل صيداً فى الحرم فهذا فيه احتمال من أجل أن الولى مأمور أن يدخله مكة بإحرام ففعل الولى ما يجوز له .

وأما ما أصاب فى غير الحرم أو ما تجب فيه الفدية فى أى موضع كان فذلك على من أحجه أخرجه نظراً أو تعدياً ، والله أعلم .

وهذا فى الذى قال فيه نظر ذكر فيه ابن المواز أن ابن وهب روى عن مالك إذا أخرجه نظراً ؛ إذ لو تركه ضاع فما أصاب من صيد أو ما فيه فدية فذلك فى مال

(١) سقط من ب .

(٢) إلى هنا تم الجزء الثالث من النسخة (ب) ، وفى (أ) قال : تم كتاب الحج الثالث ؛ وهذا خطأ .

(٣) من هنا إلى قول المصنف : قال عبد الحق : سألت الشيخ أبا عمران موسى بن عيسى ، . . . سقط من ب ، ومن هنا إلى أول كتاب الصيد سقط من ج .

الصبي .

قال أبو بكر الأبهري : ومن حبس بغير عدو فلا يحل حتى يطوف بالبيت ؛ لأن الله عز وجل قال : ﴿وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ (١) فليس يجوز لأحد في حج أو عمرة أن يخرج منها دون إتمامها إلا أن يأتي ما لا يمكنه الوصول معه إلى البيت ؛ وهو خوف العدو ، فأما غير ذلك من مرض أو غيره فإنه يمكنه معه الوصول إلى البيت ؛ لأن المرض لا يحول بينه وبين الذهاب إلى البيت كما يحول العدو بينه وبين ذلك ، وليس يجوز أن يكون قياساً على منع العدو من قبل أن خوف العدو يقدر على دفعه بالتأخر عنه ، وليس يقدر على دفع المرض بالتأخر عن الموضع الذي مرض فيه ، وليس يستفيد بالتحليل شيئاً ، فإن احتاج إلى دواء فيه طيب أو حلق رأس أو لبس ثوب فعل ذلك وافتدى ليس يمنعه المرض من ذلك .

فأما الإحلال فلا يجوز له دون أن يصل إلى البيت ؛ لأن الله عز وجل يقول : ﴿ثُمَّ مَحَلُّهَا إِلَى الْبَيْتِ الْعَتِيقِ﴾ (٢) قيل : محل الشعائر من الإحرام وغيره من شعائر الحج والخروج منها هو الطواف بالبيت [(٣)] .

قال عبد الحق : سألت الشيخ أبا عمران موسى بن عيسى الفاسي - رحمه الله - عن الأجراء على الحج هل عليهم عند الإحرام أو غيره أن يشهدوا على ذلك ؛ فقال : ليس عليهم ذلك . وذكر مسألتى كتاب الأكرية في الكتاب يؤمر أن يوصله إلى موضع بجعل فيدعى أنه أوصله ، وفي المكترى يؤذن له في البناء فيدعى أنه فعل ، وأرى القولين يحتمل أن يدخل في المسألة .

وذكر لي : أن الشيخ أبا بكر بن عبد الرحمن قال : يلزمه الإشهاد ؛ لأن عرف الناس في هذا قد جرى على الإشهاد في ذلك [ق / ٤٩ أ] [فهو] (٤) كالشرط عليهم ؛ إذ عليه يدخلون ؛ فلهذا يكلفون الإشهاد ، بخلاف ما في [ق / ٦١ ب]

(١) سورة البقرة : ١٩٦ .

(٢) سورة الحج : ٣٣ .

(٣) هذا هو آخر السقط الواقع في (ب) .

(٤) في ب : وهو .

كتاب الأكرية عن ابن القاسم ، فيما وصفناه ، والله أعلم .

وسألت الشيخ أبا عمران : لم كره مالك أن يقال : طواف الزيارة ، أو يقال :

زرنا قبر النبي - عليه السلام ؟

فقال : ما هو إلا أن كلمة أعلى في النفوس من كلمة ، فلما كانت الزيارة للموتى تستعمل وقد وقع فيها من الكراهة ما وقع كرهه أن تذكر مثل هذه العبارة في النبي [صلى الله عليه وسلم] (١) .

كما كره مالك أن يقال : أيام التشريق ، فاستحب أن تسمى « المعدودات » كما

سمى الله تعالى .

وكما يكره أن يقال : العتمة ، ويقال : العشاء الآخرة ، ونحو هذا .

وكذلك « طواف الزيارة » كأنه استحب أن يسمى بالإفاضة كما قال الله

[تعالى] (٢) : ﴿ فَإِذَا أَقَضْتُمْ مِنْ عَرَفَاتٍ ﴾ (٣) الآية . واستحب أن يشتق له

الاسم من هذا ، والله أعلم .

وسألته عن [القولين المذكورين] (٤) في القوم يقفون بعرفة في حجهم بعد

عرفة بيوم غلطا . فقال : عن ابن القاسم دليل واضح أن ذلك يجزئهم ، واختلف

قول سحنون في ذلك ، وصواب القول : بأن حجهم يجزئهم من أجل ضرورة

الإعادة ومشقتها ، ومن طريق أن الحج إنما هو مختص بالمكان ؛ فرجح هذا القول

ورأى أنه أقوى ، والله أعلم .

قال أبو إسحاق بن شعبان : معروف عن النبي ﷺ أنه طاف طواف الإفاضة

راكباً يستلم الركن بحجته ، وأما الطواف الذي وصل به السعى فكان فيه ماشياً ﷺ .

(١) في ب : عليه السلام .

(٢) في ب : عز وجل .

(٣) سورة البقرة : ١٩٨ .

(٤) في ب : القولين المذكورين .

قال جابر : طاف للإفاضة راكباً ليراه الناس (١) .

قال سعيد بن جبير : كان من شكوى .

قال سحنون : قيل لمحمد بن إبراهيم بن دينار : من أين قلتهم إذا وطئ قبل جمرة العقبة يوم النحر أنه فاسد الحج وقد جاء في الحديث : « من أدرك الوقوف فقد أدرك الحج » (٢) فقال : ألم يقل ﷺ : « من أدرك ركعة من الصلاة فقد أدركها » (٣) فقالوا : نعم . قال : رأيت إن أفسد شيئاً مما بقى عليه أليس تفسد صلاته؟ قالوا : نعم . قال : فكذلك هذا إنما يتم إذا تم ما بقى عليه على حاله وهيئته .

قال أبو إسحاق بن سحنون - رحمه الله - : من وطئ قبل جمرة العقبة فقد وطئ وهو كامل الإحرام لم يحل في شيء منه ، ومن وطئ بعد رميها فقد حل له بعض ما كان عليه حرام من ذلك الحلاق وغيره ، فلما زال عنه بعض حرمة لم يكن مفسداً لما قد زال ، والحج كالصيام يحل من بعضه دون بعض كما يحل من صوم يوم قبل يوم ولا يفسد ما بقى ما قد مضى وزال ، وليس كالصلاة التي لا يحل منها إلا جملة .

ومن « المبسوط » لإسماعيل القاضي : قيل لعبد الملك : فلو أرسل كلبه على صيد في الحرم فقتله خارجاً من الحرم بعيداً منه ؟ قال : عليه الجزاء ؛ لأنه أخرجه من أمنه .

قيل : فلو سلم من كلبه وعطب من غير ذلك؟

قال : عليه جزاؤه .

(١) أخرجه مسلم (١٢٧٣) وأبو داود (١٨٨٠) والسنائي (٢٩٧٥) وأحمد (١٤٤٥٥) وابن خزيمة (٢٧٧٨) والشافعي في « المسند » (٦٠٠) والبيهقي في « الكبرى » (٩١٦٠) وتمام في « الفوائد » (١١٦٥) .

(٢) أخرجه الترمذى (٢٩٧٥) وأحمد (١٨٧٩٧) من حديث عبد الرحمن بن يعمر .

قال الترمذى : حسن صحيح .

وقال الألبانى : صحيح .

(٣) أخرجه البخارى (٥٥٥) ومسلم (٦٠٧) من حديث أبى هريرة رضى الله عنه .

قيل : فلو رجع إلى الحرم فعطب بغير كلبه؟ قال : عليه جزاؤه .

قيل : فلو رجع إلى مكانه ثم عطب؟ قال : لا أرى عليه شيئاً ؛ لأن عثمان إنما جعل ذلك فيمن حرك صيداً من مكانه فعطب .

قيل لعبد الملك : فلو استودع رجلاً صيداً وهما حل جميعاً ثم أحرم أحدهما؟ قال : إن أحرم صاحب الصيد وكان هو المستودع في رجل واحد فيقين يأتيه في قبضة ربه ، ورأيت أن يطلق ، وإن كان غير ذلك صار كأنما خلفه في بيته .

فإن كان المستودع هو الذى أحرم ورب الصيد حلال فإنه يؤده إليه ، وإن كان رب الصيد غائباً عنه لم أر على المستودع أن يطلقه .

وقال : انظر فى الحال الذى قبضه من ربه عليها فإن قبضه وهو حلال يجوز له قبضه ثم أحرم وصاحبه غائب عنه فليس عليه أن يطلقه ؛ إذ هو متاع الناس ويغرم ماله ، وإن كان قبضه إياه وهو إنما كان وهو محرم فإنه يرده على صاحبه إن وجدته ، وإن لم يجده فإن عليه إطلاقه وضمانه لربه .

قيل : فلو كانا محرمين جميعاً وقد استودعه إياه وهما حل جميعاً . قال : يرده إليه ويطلقه الذى هو له .

وسئل عبد الملك عن رجل ودع ثم انصرف وابتاع بعض حاجته وما يصلحه من أمر سفره فقال : لو بات ليستأنف ، موقفاً على نية استنفاه وسفره ، وليس بمنصرف عما كان عليه ما انتقض عليه وداعه ولا احتاج إلى أن يعيد ، والله أعلم .

ومن كتاب « عيون الأدلة » تأليف القاضى أبى الحسن بن القصار قال : وأشهر الحج : شوال وذو القعدة وذو الحجة ، وقال أبو حنيفة : شوال وذو القعدة وذو الحجة بلياليها ، وقد روى عن مالك مثل هذا ، وقال الشافعى هى شوال وذو القعدة وعشر ليال من ذى الحجة . والدليل أنها ثلاثة أشهر قول الله تعالى : ﴿ الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ ﴾ (١) وأقل الجمع إذا أطلق ثلاثة [ق / ٥٠ أ] ، وإن كان بعض أصحابنا قد قال : أقل الجمع اثنان ، إلا أن الفقهاء قد اتفقوا على أن المراد بالآية أكثر من اثنين ؛ فلم يبق إلا ما قلناه من الثلاثة .

وأيضاً فإنه تعالى قال : ﴿ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ ﴾ (١) . والرفث : الجماع ؛ فتقديره : فلا رفث في الحج المفروض فيهن ، وقد اتفقنا على أن الرفث الذى هو الجماع ممنوع في يوم النحر وهو العاشر كما هو ممنوع في اليوم التاسع ؛ فثبت أن يوم النحر من أشهر الحج .

وإذا ثبت ذلك بطل قول الشافعى أن يوم النحر ليس منها إلا أن ينظر فى الزيادة على العشرة .

فإن قيل : فإنه تعالى قد قال : ﴿ فَمَنْ فَرَضَ فِيهِنَّ الْحَجَّ فَلَا رَفَثَ ﴾ والرفث : الجماع أو الوعد به ، وقد أخبر الله تعالى أن وقت الحج هو الوقت الذى منع فيه الرفث ، والمنع من الجماع لا يدوم إلى آخر ذى الحجة بل يرتفع يوم النحر فلم يجز أن يكون جميعه وقتاً للحج .

قيل : هذا لا يلزم ؛ وذلك أنه لو أخر طواف الزيارة إلى آخره لمنع من الرفث ، ولا يمتنع أن يرتفع المنع وإن كان باقياً فى الشهر من شهور الحج كما لو أخر الإحرام من أول الشهر إلى يوم عرفة وهو غير ممنوع من الرفث إلى وقت إحرامه لم يخرج ما مضى قبل إحرامه من الشهور منها ؛ فكذلك ما ذكرتموه ؛ فهو إذا أخر الإحرام عن أولها غير ممنوع من الرفث والوقت وقت الحج .

فإن قيل : فإنه لو أخر الإحرام إلى يوم عرفة لم يكن عليه دم ، ولو أخر الطواف إلى آخر ذى الحجة لكان عليه دم ، لأنه قد أخرجه عن وقته فعلم أن باقى ذى الحجة ليس وقتاً له .

قيل : الجواب على هذا من وجهين :

أحدهما : أن الذى اختاره من قول مالك ألا يكون دم حتى يخرج منه عن ذى الحجة .

والجواب الآخر : هو أن ذى الحجة كله عندنا وقت ينعقد الإحرام بالحج فيه كما ينعقد فى باقى الشهور .

فإن قيل : فإن الله تعالى أوجب على من تمتع بالعمرة إلى الحج هدياً إذا لم يكن من حاضري المسجد الحرام ، وإنما أوجب ذلك عليه إذا تمتع بالعمرة إلى الحج في وقت الحج ؛ بدليل أن من اعتمر في رمضان وأحرم بالحج في شوال لم يلزمه الهدى ، وإنما يلزمه ذلك إذا اعتمر في شوال وأحرم بالحج في شوال أو في غيره من أشهر الحج ، وقد تقرر أنه لو حج ثم اعتمر في بقية ذى الحجة لم يلزمه الهدى ، فلو كان ذلك من أشهر الحج لوجب أن يلزمه الهدى لأنه يكون متمتعاً بالعمرة إلى الحج في وقت الحج ، فهو كما لو فعل ذلك في شوال أو ذو القعدة ، فلما اتفقنا على أنه لا يصير بالعمرة في بقية ذى الحجة متمتعاً يلزمه هدى علم أن ذلك الوقت ليس بوقت الحج وأنه كشهور رمضان .

قيل : هذا لا يلزم ؛ وذلك أنه وجب عليه الهدى إذا قدم العمرة ؛ لأنه بدأ بها في شهور قد جعلت للحج وتمتع بها حتى حج بعدها في الشهور المختصة بالحج ، فإذا بدأ بالحج وآخر العمرة فقد بدأ بالحج وأوقع العقد في شهوره المختصة به ؛ فصار فعله العمرة بعد ذلك تبعاً فلم يلزمه الهدى .

ذكر ابن القصار - رحمه الله - مسألة من عمل عمل قوم لوط في صوم رمضان غير مكره أن عليه القضاء والكفارة إذا أدلج سواء أنزل أو لم ينزل وجرى له .

فإن قيل : فإن أحكام النكاح لا تثبت إذا وطئ امرأته في دبرها من إلحاق الولد والعدة ؛ فوجب أن يفارق حكم الوطء في القبل .

قيل : العدة تجب ويكتمل المهر ويلحق النسب على ما ذكره بعض أصحابنا على أنه ليس ما أوجب الفطر والكفارة لأبد أن يلحق فيه ما ذكره ؛ ألا ترى أنه لو زنى في الصوم لأفطر ووجبت الكفارة شيئاً مما ذكره .

وقال في أيام التشريق : هي أيام منى ، وهي الحادى عشر والثانى عشر والثالث عشر من ذى الحجة ، يصومها المتمتع إذا لم يجد الهدى لأنها في الحج ، وهذا إذا لم يصومها في العشر .

قال : والدليل على صحة قولنا قوله : ﴿ فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ ﴾ (١) ، ولا خلاف بين أهل العلم ، أن هذه الآية نزلت يوم التروية - وهو الثامن من ذى الحجة - فعلم أنه أباح لهم صومها وأنهم صاموا فيها ؛ لأن الذى بقى من العشر الثامن والتاسع ، والثامن الذى نزلت فيه الآية لا يصح صومه لأنه يحتاج إلى نية من الليل ، والعاشر هو يوم النحر ولا يصح صومه ؛ فعلم أنهم صاموا بعد ذلك .

وفى السنة ما روى سالم عن أبيه عبد الله بن عمر عن أبيه أن النبى ﷺ [ق / ٥١] رخص للمتمتع إذا لم يجد هدياً ولم يصم العشر أن يصوم أيام التشريق (٢) . وهذا نص .

وكذلك روت عائشة - رضى الله عنها - عنه ﷺ « أنه نهى عن صيام أيام منى إلا لتمتع لا يجد هدياً » (٣) . وهذا يزيل الإشكال .

تم كتاب الحج الثالث بحمد الله وعونه

(١) سورة البقرة : ١٩٦ .

(٢) أخرجه البخارى (١٨٩٥) وهو مذهب مالك بن أنس ، والشافعى ، وأحمد وإسحاق .

(٣) أخرجه مالك (٩٥٤) ، والبخارى تعليقاً ، والشافعى فى « المسند » (٩٧٢) .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
صلى الله على محمد
كتاب الصيد

قال الله عز وجل : ﴿ لِيَبْلُوَنكُمْ اللَّهُ بِشَيْءٍ مِّنَ الصَّيْدِ تَنَالَهُ أَيْدِيكُمْ وَرِمَاحُكُمْ ﴾ (١)
فالذى تناله الأيدي : فراح الصيد وصغاره فى وكورها ، والذى تناله رماحنا : هو
الكبير الممتنع بنفسه .

وقال الله سبحانه : ﴿ وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ مُكَلِّبِينَ ﴾ (٢) إلى قوله : ﴿ فَكُلُّوا مِمَّا
أَمْسَكْنَ عَلَيْكُمْ وَادْكُرُوا اسْمَ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ (٣) .

فالجوارح : الكواسب ؛ فقول الله عز وجل : ﴿ وَيَعْلَمُ مَا جَرَحْتُم بِالنَّهَارِ ﴾ (٤)
أي : كسبتم . وقال : ﴿ أَمْ حَسِبَ الَّذِينَ اجْتَرَحُوا السَّيِّئَاتِ ﴾ (٥) يريد : اكتسبوا .
وتكليبيها : تعليمها الاصطياد .

فجعل الله سبحانه إمساكهن ذكاة حين لا تصل الأيدي إلى الذكاة ، وكذلك
السهام ، والتسمية عند إرسال الجوارح والرمى وعلى الذبيحة ليست بواجبة على
مذهب مالك . وقوله عز وجل : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يَذْكُرْ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ (٦) ، وقوله :
﴿ فَكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ (٧) إنما [عنى] (٨) بهذا - على [ق / ٦٣ ب] ، ما ذكره
المفسرون : كلوا مما ذبح لملككم ولا تأكلوا مما لم يذبح لملككم ، ولم يعن به التسمية .

(١) سورة المائدة : ٩٤ .

(٢) سورة المائدة : ٤ .

(٣) سورة المائدة : ٤ .

(٤) سورة الأنعام : ٦٠ .

(٥) سورة الجاثية : ٢١ .

(٦) سورة الأنعام : ١٢١ .

(٧) سورة الأنعام : ١١٨ .

(٨) فى ب و ج : يعنى .

وسبب نزول الآية : أن الكفارة كانوا يقولون للمسلمين : ما لكم تأكلون ما ذبحتم ولا تأكلون ما ذبح الله ؟ يعنون بقولهم : ما ذبح الله : الميتة . فأنزل الله تعالى : ﴿ فَكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ (١) وقال : ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ ﴾ (٢) يريد ما قلناه : كلوا ما ذبح للتعلم ولا تأكلوا مما لم يذبح للتعلم ؛ ألا تراه عز وجل قال : ﴿ وَإِنَّهُ لَفِسْقٌ وَإِنَّ الشَّيَاطِينَ لَيُوحُونَ إِلَىٰ أَوْلِيَائِهِمْ لِيُجَادِلُوكُمْ ﴾ (٣) فمجادلتهم كانت قولهم : ما لكم تأكلون ما ذبحتم ولا تأكلون ما ذبح الله ، حسب ما قدمنا ، والله أعلم .

قال ابن القاسم : المعلم من كلب أو باز هو الذى يفقه إذا زجر از دجر وإذا [أرسل] (٤) أطاع .

قال ابن حبيب : تعليم الكلب أن تدعوه فيجيب وتشليه فينشلى وترجره فينزجر . وكذلك الفهود .

وأما السبابة والصقور والعقبان وإنما تعليمها أن تجيب إذا دعيت وتنشلى إذا أرسلت ، فأما أن تنزجر إذا زجرت فليس ذلك فيها ، ولا يمكن ذلك منها ، وقال [ذلك] (٥) ربيعة وابن الماجشون .

وهذا الذى قال ابن حبيب فى تفصيله بين الكلب وبين سباع الطير فى الوجه الذى ذكره ليس بخلاف [لكلام] (٦) ابن القاسم وإن كان ابن القاسم قد جمع فى كلامه بين الكلب والبازى وإنما قال ذلك إن كان يمكن ذلك فيهم ، وابن حبيب تكلم على [المعهود] (٧) من حال الكلب وسباع الطير والمتعارف فيهم ، فليس فى هذا اختلاف .

(١) سورة الزنعام : ١١٨ .

(٢) سورة الأنعام : ١٢١ .

(٣) الأنعام : ١٢١ .

(٤) فى أ : أشلى .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من ج .

(٧) فى ج : العلوم .

قال غير ابن حبيب من أهل اللغة : ويقال للزجر : أشلاً ، كما يقال : زجرت التنور ، إذا أوقدته .

قال عبد الحق : إذا أرسل المجوسى والمسلم كلباً على صيد وأخذاه صحيحاً يقضى للمسلم بذبحه .

قال أبو محمد فى كتابه « النوادر » : قال بعض أصحابنا : فإن قال المجوسى : أنا لا أكل ذبيحة المسلم ، فإنهما يؤمران ببيعه وقسم ثمنه إلا أن يكون بموضع لا ثمن له فيه فيمكن المسلم من ذبحه .

قال مالك : إذا بات الصيد فلا يأكله وإن وجد فيه أثر كلبه أو بازه أو سهمه وإن كان منفرد المقاتل .

قال عبد الحق : الذى علل به قول مالك غير واحد هو : أنه يمكن أن يكون الصيد لم تنفذ مقاتله ثم [تقلب] (١) الصيد بعد ذلك فأنفذ مقاتله فى حال تقلبه ، فلما كان هذا محتملاً لم يجز أكله [إذا بات] (٢) والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا رمى سباعاً ينوى ذكاته لجلده فإذا هو صيد جاز أن يأكله ، وذهب غير واحد من شيوخنا القرويين إلى أنه لا يأكله ؛ إذ ليس فيه قصد ذكاة تامة لجميعه ، وهو أحوط عندى ، والله أعلم .

قال إسماعيل القاضى : لم يزل الناس يطرحون الجراد [حياً] (٣) على النار ، ولا أحسب [ق / ٦٤ ب] هذا يدخل فى قوله : « [لا يعذب بالنار أحد غير الله تعالى] » [(٤) (٥)] لأن هذا ليس يراد [ق / ١٥٢] به تعذيب وإنما هو ذكاة .

(١) فى ج : تفلت .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من ب .

(٤) فى ب : « لا تعذبوا بعذاب الله » .

(٥) أخرجه أبو داود (٢٦٧٣) وأحمد (١٦٠٧٧) والطبرانى فى « الكبير » (٣ / ١٥٨ /

٢٩٩٠) وأبو يعلى (١٥٣٦) وسعيد بن منصور (٢٦٤٣) وعبد الرزاق (٩٤١٨) من حديث

محمد بن حمزة الأسلمى عن أبيه .

قال الألبانى : صحيح .

إذا نصب فخاً أو حبالاً أو حفيراً للصيد فطرده قوم حتى وقع فى المنصب قال :
إن اضطروه وأعيوه وأجؤه إليه فهو لهم دون رب المنصب .

قال ابن حبيب : إن اتبعوه على بعد منه ويئس فهو لرب الحباله ، وإن أعيوه وأكلوه فكانوا على رجاء من أخذه حتى اضطروه إلى موضع الحباله فوقع فيها فهو لهم دون ربها ، وإن تعمدوا طرحه فى الحباله ليقع فيها فوقع فهو لهم ولرب الحباله بقدر ما يرى له ولهم (١) .

وقال أصبغ فى هذا : بل هو للذين طردوه وعليهم قيمة ما انتفعوا به من الحباله .

قال غير واحد من القرويين : وإن تعمدوا طرحه فى دار إنسان فأخذه فيها فليس [لرب] (٢) الدار شيء بخلاف المنصب ؛ لأن الدار لم تعمل للصيد ، والمنصب إنما قصد به ذلك وله عمل .

وذهب بعض شيوخنا من أهل بلدنا إلى أن الدار والمنصب سواء لا فرق بينهما .
والأول عندى أصوب ؛ لما قدمناه ، والله تعالى أعلم .

[تم كتاب الصيد بحمد الله وحسن عونه] (٣) .

(١) ورد فى ب : وهكذا روى عن عيسى بن دينار عن ابن القاسم : أنهم شركاء فى الصيد بقدر ما يرى هو لهم وخالف فى ذلك أصبغ ، والقولان المذكوران فى «المستخرجة» على ما وصفنا .

(٢) فى ب : لصاحب .

(٣) سقط من ب .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الذبائح

[صلى الله على محمد وآله وسلم] (١) .

ذكر ابن حبيب : أن الوبر : من دواب الحجاز ، وأن الخلد : فأر أعمى يكون بالصحراء والأجنة ، وذكر أن المروة التي ذكر الذبيح بها : حجارة بيض صلبة حداد .
وذكر ابن حبيب عن النبي - عليه السلام - أنه قال : « أنهروا الدم بما شئتم إلا الظفر والسن » (٢) .

قال ابن حبيب : يقول : سيلوا الدم ، ومنه يسمى النهر نهراً ؛ لأنه يسيل سيلاً ، وأما السن والظفر المنهى عن التذكية بهما فالسن المركبة في [فم] (٣) الإنسان والظفر المركب في أصبعه ليس بمنزوع ؛ لأنه إذا ذبح بالظفر فهو خنق أو بالسن فهو نهش ، فإن كانا منزوعين ولم يصغرا عن الذبيح بهما وعظما حتى يمكن الذابح الذبيح بهما فلا بأس بالذبيح بهما .

قال عبد الحق: اعلم أن ما ذبحه اليهود مما لا يستحلونه مثل ذى الظفر لا يؤكل ؛ لأن تذكية اليهود ذا الظفر كالقتل لأنهم [لا] (٤) يقصدون [ق/ ٦٥ب] فيه ذكاة لما كانوا لا يأكلونه ؛ فهو كقول مالك فيمن رمى شاة بسكين لا يريد ذبحها [أنه] (٥) لا يأكلها وإن فرى حلقومها وأوداجها ؛ لأنه لم يفعل ذلك قصداً لذكاتها ، ونحو هذا الكلام ، رأيت لإسماعيل القاضي - رحمه الله - .

(١) سقط من ب .

(٢) أخرجه البخارى (٥١٨٤) ومسلم (١٩٦٨) من حديث رافع بن خديج .

(٣) سقط من أ ، ب .

(٤) سقط من ب .

(٥) في أ : لأنه .

أكل شحوم اليهود [مكروهة على مذهب مالك] ^(١) وليست بحرام . وقد احتج لذلك بالحديث في الذي غنم جراباً فيه شحم من خير من اليهود، فأراد صاحب المغنم أخذه منهم فقال النبي - عليه السلام - : « خل بينه وبين جرابه يذهب به إلى أصحابه » ^(٢) قالوا: والآية محتملة في قوله تعالى : ﴿ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حَلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حَلٌّ لَهُمْ ﴾ ^(٣) يريد : ما ذبحوه، ومحال أن تكون الزكاة لبعض الشاة دون بعض ، فلما كانت الزكاة شائعة في جميعها دخل الشحم في التذكية ؛ فلاحتمال ذلك لم يحرمه مالك وكرهه من غير تحريم له [ق/ ٢٨ جـ] .

[تم كتاب الذبائح بحمد الله وحسن عونه] ^(٤) .

(١) في جـ تقديم وتأخير .

(٢) أخرجه البخارى (٢٩٨٤) من حديث عبد الله بن مغفل ، بغير هذه السياقة . وقد ذكره الحافظ في «الإصابة» (٦٠٥/٥) بهذا السياق وقال: وفي سنده مع انقطاعه ضعف ، وقد وقع في الصحيح عن عبد الله بن مغفل قصة له في جراب شحم أخذه يوم خير فكانه المراد بقوله في هذه الرواية .

(٣) المائة : ٥ .

(٤) سقط من ب .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
كتاب الضحايا

قال مالك في « المختصر » وغيره : وفحول الضأن في الضحايا [أفضل من خصيانها] (١) ، [وخصيانها أفضل من إناثها] (٢) وإناثها أفضل من فحول المعز ، وفحول المعز أفضل من إناثها ، وإناثها أفضل من الإبل والبقر في الضحايا ، وأما في الهدايا فالإبل والبقر أفضل .

وفي « كتاب ابن القرطبي » : ثم ذكور الإبل في الضحايا ثم إناثها ، ثم ذكور البقر ثم إناثها .

قال عبد الحق : ذكر أن مالكا كان استحب حديث ابن عمر دون حديث أبي أيوب الأنصاري ، وحديث أبي أيوب ذكر فيه : « كنا نضحى بالشاة الواحدة يذبحها الرجل عنه وعن أهل بيته ثم تباهى الناس فصارت مباهاة » (٣) .

وحديث ابن عمر أنه كان لا يضحى عما في بطن [المرأة] (٤) (٥) ، يريد : وأما ما كان في غير البطن فيضحى عن كل نفس شاة .

ذكر [في « الكتاب »] (٦) : أن الأضحية إذا أصابها عيب هي بخلاف الهدى يصيبه ذلك بعد التقليد والإشعار .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ب .

(٣) أخرجه الترمذى (١٥٠٥) وابن ماجة (٣١٤٧) ومالك (١٠٣٣) والطبرانى في « الكبير » (٣٩١٩) والبيهقى في « الكبرى » (١٨٨٣٢) والمزى في « تهذيب الكمال » (٢١ / ٢٥٠) .

قال الترمذى : حسن صحيح .

وقال الألبانى : صحيح .

(٤) سقط من ب و ج .

(٥) أخرجه مالك (١٠٣٧) والبيهقى في « الكبرى » (١٨٩٧١) . وسنده صحيح .

(٦) سقط من ب و ج .

قال إسماعيل القاضي في «المبسوط» : والفرق بينهما أن إشعار الهدى وتقليده أو تجليله أو سياقه إيجاب فيه بالفعل والنية فليس يجوز أن يبده [ق / ١٥٣] وما حدث فيه من عيب لم يضر صاحبه ؛ لأنه إنما يكن عليه إيجابها ببعض ما وصفنا وهي مما يجوز في الهدى ، فإذا فعل ذلك فليس عليه غيره .

فإن عطب الهدى قبل أن يبلغ محله [ق / ٦٦ ب] وينحر كان عليه البدل إن كان الهدى واجباً ؛ لأن الله تعالى يقول : ﴿ هَدِيًّا بِالْعُكْبَةِ ﴾ (١) ، وقال : ﴿ حَتَّى يَلْغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ ﴾ (٢) ؛ فكان عليه في الهدى أمران :
أحدهما : إيجابه ، وهو مما يجوز أن يهدى .

والآخر : أن يبلغ به إلى المحل ، وليس الضحايا بهذه المنزلة ؛ لأن صاحبها لم يؤمر أن يوجبها بشيء قبل ذبحها وإنما هو رجل ينوى أن يضحي بها فالنية لا توجهها غير أنه يستحب له ألا يبطل ما نوى فيها .

قال القاضي : ولو أن إنساناً اشترى أضحية فقال بلسانه : قد أوجبتها أضحية ، لم يجز عندي أن يبدها ولا يحدث فيها شيئاً ؛ لأنه قد أوجبها بالنية والقول .

ورأيت لغير واحد من البغداديين نحو هذا الذي ذكر إسماعيل القاضي : من أنه إذا أوجب الأضحية بالقول جرت مجرى الهدى [الذي] (٣) قلد وأشعر في منعه من بدلها بغيرها ، وإن أحداً لو تعدى عليها [فذبحها] (٤) لأجزأت عن صاحبها وفي غير هذا من الوجوه .

قال عبد الحق : قوله في الذي حبس أضحيته حتى مضت أيام الذبح : (قد أثم في تركه ذبحها) : هذا الإطلاق عليه بالإثم يدل عنده أنها سنة واجبة ، وكذلك في «كتاب محمد» : أن الأضحية سنة واجبة لا ينبغي لقادر على تركها .

(١) سورة المائدة : ٩٥ .

(٢) سورة البقرة : ١٩٦ .

(٣) سقط من أ و ب .

(٤) في ب : فذبحت .

وقال ابن حبيب في كتابه : تارك الأضحية قادر عليها آثم .

وقال غير واحد من البغداديين : يدل على أنها غير واجبة قول النبي - عليه السلام : « من رأى منكم هلال ذي الحجة وأراد أن يضحي فلا يأخذ من شعره ولا من أظفاره حتى يضحي » (١) فلما علق النبي - عليه السلام - ذبحها بإرادة مضحيتها دل ذلك على أنها غير واجبة .

واستدل بعض من أوجبها بقوله عليه السلام للذي ذبح قبله فأمره أن يعيده ، فقال: ليس عندي إلا جذعة من المعز ، فقال: «اذبحها ولن تجزئ عن أحد بعدك» (٢) وهو أبو بردة بن نيار .

قال ابن حبيب : إذا ذبح أضحية غيره عن نفسه غلطاً أو تعدياً ولم يشعر لذلك حتى أكلها أجزأت عن ذابحها وأدى لصاحبها قيمتها صحيحة .

قال ابن المواز : وإن كان لحمها قائماً فاختر مستحقها أخذها لم يجزئ عن واحد منهما ، يريد: وله بيع لحمها .

قال محمد : وإن أسلمها وأخذ [ق / ٦٧ب] قيمتها فابن القاسم يقول : لا تجزئ الذابح ولا له بيع لحمها وليأكله أو يتصدق به ، وقاله أصبغ .

قال محمد : وهذه من « كتاب المجالس » له ، تدبر ، وأحب إليّ أن تجزئ عن ذابحها إذا اختار ربها أخذ القيمة منه كعبد أعتقه عن ظهاره ثم استحق فأجاز ربه البيع أنه يجزئه ، وكذلك أمة أولدها ثم جاء ربها فأخذ قيمتها فهي له أم ولد .

قال عبد الحق : الفرق عند ابن القاسم بين هذا الإلزام الذي ألزمه محمد وبين المسألة المتقدمة : أن العبد الذي أعتقه عن ظهاره قد ملكه بالعوض الذي أدى فيه

(١) أخرجه مسلم (١٩٧٧) وأبو داود (٢٧٩١) والترمذي (١٥٢٣) والنسائي (٤٣٦١) وابن ماجه (٣١٥٠) وأحمد (٢٦٦٩٦) وابن حبان (٥٩١٦) والحاكم (٧٥١٨) والطبراني في «الكبير» (٢٣ / ٢٦٤ / ٥٥٧) وأبو يعلى (٦٩١٠) من حديث أم سلمة رضی الله عنها .

(٢) أخرجه البخاري (٩١٢) ومسلم (١٩٦١) .

وصار بشرائه إياه ضامناً له ؛ [فإنما] (١) مثال ذلك : لو اشترى أضحية فذبحها ثم استحقت [فإذا اختار] (٢) ربها البيع .

والجواب عن هذا: أن الأضحية تجزئه ، وتصير المسألتان سواء ؛ لفعله ذلك فى شىء ضمنه بالعوض الذى أداه ؛ فليس ذلك كالغالب بأضحيته فذبح أضحية غيره ؛ لأن هذا لم تحصل فى ضمانه إلا بالذبح ، والأول قد حصلت [فى ضمانه] (٣) لعقد الشراء قبل الذبح .

قلت لبعض شيوخنا من القرويين : فيلزم على هذا لو غصب شاة فذبحها وأخذ ربها منه القيمة أن تجزئه ، لأنها قد حصلت فى ضمانه بالغصب فحصل ذبحه فى شىء تقدم ضمانه منه؟ .

فقال : كذلك أقول [فى ذلك] (٤) كمسألة الشراء سواء .

وقال غيره من شيوخنا من القرويين : ليس يلزم هذا ؛ لأن هذا ضمان عدائى والآخر ضمان ملك واشتراء .

والقول الأول أبين على طرد الاعتلال الذى قدمنا ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا نَدَّ الصيد من صاحبه ولحق بالوحش لا فرق بين أن يكون الذى نَدَّ منه هو الذى صاده أو كان قد ودى فيه ثمناً ، وهو منصوص فى غير «المدونة» هكذا .

وضعف تفريق من فرق بين أن يؤدى فى ذلك عوضاً أو لا يؤدى وأنه إن أدى فيه شيئاً بقى على ملكه وإن توحش [ق / ٥٤] وطال أمره .

قال غير واحد من شيوخنا من غير أهل بلدنا : إنما قال : (إذا فاته الذبح فى اليوم الأول يذبح فى اليوم الثانى ، ولا يذبح ليلاً) .

(١) فى ب : وإنما .

(٢) فى ب : فأراد ، وفى ج : فأجاز .

(٣) سقط من ب .

(٤) سقط من ج .

وقال: (إذا فاته الرمي بالنهار رمى ليلاً ، وإن كان الله تعالى قد قال: ﴿ في أيام معلومات ﴾ ، وقال: ﴿ في أيام معدودات ﴾ فسمى ذلك كله الأيام). وإنما افترق حكم ذلك من أجل أن كل يوم يختص برمي غير الرمي الذي يرمى فى غيره [ق/ ٦٨ب]؛ فمن فاته بالنهار إنما هو قاص ؛ فوجب أن يفعل ذلك القضاء فى الليل ، وليس الذبح مما هو متكرر فى كل يوم كالرمي المتكرر كل يوم ، وإنما وسع فى إيقاع الذبح فى الثلاثة الأيام ؛ فليس يجوز أن يفعل فى الليل لهذا ، والله أعلم .

قال عبد الحق : الأيام المعلومات : يوم النحر ويومان بعده ، والأيام المعدودات : أيام التشريق وأولها ثانى يوم النحر ؛ فيوم النحر معلوم غير معدود ، لأن النحر يقع فيه ولا ترمى [الثلاث] (١) جمرات فيه إنما ترمى جمرة العقبة فقط ، وثانى النحر وثالثه معلومان معدودان لأن النحر يكون فيهما وترمى الثلاث جمرات فيه ، وثالث التشريق - وهو الرابع من أول يوم من أيام النحر - معدود غير معلوم لأن رمى الجمرات فيه ولا ينحر فيه .

قال عبد الحق : أعلم أن ما قاله غير واحد من البغداديين : (أن حكم ما قرب من الحرم كحكم الحرم وإن [من] (٢) قتل فيه صيداً فعليه جزاؤه) : لأن حد الحرم ليس بمنصوص عليه وإنما هو مأخوذ من طريق الاجتهاد ، وفيه نظر على قول مالك وابن القاسم ؛ وذلك أن مسألة الشجرة يكون لها غصن فى الحل وأصلها فى الحرم . وقد توقف مالك فى صيد ما على الغصن وأجاز ذلك ابن القاسم ، ولا شيء أقرب إلى الحرم من غصن شجرة أصلها فيه .

وقد قال ابن عبد الحكم : لا يصاد ما على الغصن ، ورواه عن مالك .

فقولهم الذى قيدوه أراه على رواية ابن عبد الحكم هذه .

قال ابن المواز : ولا يقطع ذلك الغصن ؛ لأن أصله فى الحرم .

(١) زيادة من ج .

(٢) سقط من أ .

قال محمد : ولو كان [ق / ٢٩ ج] أصل الشجرة في الحل وغصونها في الحرم لم يصد ما على ذلك الغصن ، ولا بأس أن يقطع .

تم كتاب الأضاحي بعون الله وقوته .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

صلى الله على محمد

كتاب الجهاد

قال الله عز وجل : ﴿ وَمَا كَانَ الْمُؤْمِنُونَ لِيَنْفِرُوا كَافَّةً فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ [وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ] ﴾ (١) ﴿ (٢) فالجهاد فرض على جميع الناس يحمله بعضهم عن بعض .

وموضع الدليل على ما قلناه في الآية : أنه جعل طائفة للتفقه وأخرى للجهاد، والطائفة غير معلومة؛ فحصل الجهاد على غير معين [ق/٦٩ب] ، وهذه صفة الفرض على الكفاية أنه غير مختص بالأعيان كلهم إلا أن يحل العدو بقوم ففرض عليهم قتالهم إن كانوا مثلى عدتهم فأقل ؛ لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ يَكُنْ مِنْكُمْ مِّائَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا مِائَتَيْنِ ﴾ (٣) وفي قوله تعالى : ﴿ لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ﴾ إلى قوله : ﴿ وَكُلًّا وَعَدَّ اللَّهُ الْحُسْنَى ﴾ (٤) دليل [على] (٥) أن الجهاد فرض على الكفاية لا على جملة المكلفين ؛ فتدبر ذلك .

وأمر النبي - عليه السلام - بدعوة أهل الكفر قبل القتال .

قال بعض من تقدم من علمائنا : وإذا دعوا إلى الإسلام لم تتبين لهم الشرائع وإنما يدعون إليه جملة إلا أن يسألوا عن الشرائع فتبين لهم ، وكذلك إذا أبوا الإسلام ودعوا إلى الجزية لا يبين لهم مقدارها وإنما يدعون إليها جملة إلا أن يسألوا عن مقدارها فيبين لهم .

(١) زيادة من ب .

(٢) سورة التوبة : ١٢٢ .

(٣) سورة الأنفال : ٦٦ .

(٤) سورة النساء : ٩٥ .

(٥) سقط من أ و ب .

قال عبد الحق : إنما قال في القبط : (لا يقاتلون حتى يدعوا بخلاف الروم)

من أجل أنهم قوم لا يفقهون ما يدعون إليه ؛ فلذلك كانوا بخلاف الروم .

ورأيت لسحنون في قوم من أهل الحرب ممن يرى أن الدعوة لم تبلغهم إذا قاتلهم المسلمون قبل أن يدعوهم [فيقتلوهم ويغنموا] (١) أموالهم قال : لا شيء على المسلمين من دية ولا كفارة فيما غنموه ؛ ولكن لا ينبغي لهم ذلك حتى يدعوهم .

قال عبد الحق : [قوله في « الكتاب » في الحربين] (٢) : لهم الأمان حين

نزلوا على أنفسهم وأموالهم في كل بلدة نزلوا بها حتى يفارقوا بلد الإسلام [ق/ ١٥٥].

وقال محمد : بل حتى ينالوا مأمئهم من بلدهم .

قال محمد : فإذا بلغ مأمئهم ثم رجع وأخذ منهم بعد ذلك فإن أعطى أماناً ثبت عليه وإلا رجع ولم يؤسر ولم يبيع ، وإن وقع إذا هو رجع إلى غير سلطان كان أمئهم فهو مثل الذى أمئهم سواء إن لم يكن بلغ مأمئهم كان عليه إنزاله ولم يمنع ، وإن كان بلغ مأمئهم كان عليه بالخيار إن شاء أنزله وإن شاء رده .

قال عبد الحق : قول ابن شهاب في رجل عرف أم ولده في أرض [الحرب] (٣)

وقد خمست ، وأعطى أهل النفل نفلهم والقوم الذى هى لهم : يأخذها ربها بالقيمة .

قال : ولو عتقت [ق / ٧٠ ب] لم يؤخذ فيها فدية ، [ولا يسترقت أحد عتقه

الله] (٤) .

ذكر بعض الأندلسيين : أنه خلاف قول ابن القاسم ؛ لأن ابن القاسم يرى عتقه

لا ينفذ فيها ، وظاهر كلام ابن شهاب أن العتق فيها نافذ .

(١) فى ج : قتلوهم وغنموا .

(٢) فى ب : وفى كتاب ابن المواز ، لأصبح قال .

(٣) فى ج : الروم .

(٤) سقط من ب و ج .

قال سحنون : إن أعتقها وهو يعلم أنها أمّ ولد لغيره فعتقه وضع للثمن ويأخذها ربها بغير شيء ، وإن كان لا يعلم فله الرجوع بالثمن .

وقال بعض القرويين : يحتمل أن يكون معنى قول ابن شهاب : (أنها لو عتقت لم تؤخذ فيها فدية) أنها عتقت قبل أن تقع في المقاسم فتصير كحرة سببت ووقعت في المقاسم ؛ فلا تتبع بشيء .

قال [عبد الحق] (١) : ذكر أن ما تبع في المقاسم من مال مسلم يأخذه صاحبه بالثمن .

وقال فيما اشترى من دار الحرب : إذا خرج [به] (٢) الذي اشتراه وباعه في أرض الإسلام يمضى بيعه ، وإنما له الثمن بعد أن يدفع ما دفع الخارج به من أرض الحرب ولم يقل : يأخذه صاحبه [من يشتريه بالثمن] (٣) .

قال بعض القرويين : الفرق بين المسألتين : أن الذي بيع في المقاسم قد أخذ من العدو على جهة القهر والغلبة فكان أقوى في رده إلى ربه ، والذي اشترى من دار الحرب إنما نيل بالطوع ولو شاء الذي كان بيده لم يطع بدفعه ؛ فهو أقوى في إمضاء ما فعل فيه من البيع ، والله أعلم .

وحكى عن بعض القرويين : إذا أدى في ثمن العبد أو في المكافأة عليه للحربي عرضاً يكال أو يوزن ثم خرج به إلى أرض السيد فأخذه السيد فإنه يأخذه بمثل ثمن ذلك العرض في دار الحرب إذا كان الوصول إلى بلد الحرب ممكناً ، ويصير كمن أسلف لرجل عرضاً يكال أو يوزن فلا يلزمه إلا مثله في موضع السلف إلا أن يتراضيا على أمر يجوز .

قال في « الكتاب » في الحرة المسلمة التي سبها العدو أو الذمية فولدت عندهم

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ .

(٣) في ب و ج : بالثمن من مشتره .

ثم غنمها المسلمون وولدها : أن الولد الصغار بمنزلتها لا يكون فيئاً ، وأما الكبار إذا بلغوا وقاتلوا فهم فيء .

حكى عن أبي محمد أنه قال : فإن بلغ ولدها ولم يقاتل لم يكن فيئاً حتى يقاتل بعد البلوغ .

وقال عبد الخالق بن شبلون : إذا بلغوا فهم فيء ، قاتلوا أو لم يقاتلوا .

قال عبد الحق : قول مالك : (وأما جزية الأرض لا أدرى كيف كان يصنع [ق/ ٧١ب] فيها ، وأرى لمن نزل به ذلك أن يكشف من يرضاه ويجتهد...)^(١) إلى آخر ما قال .

حكى عن أبي محمد أنه قال : إنما شك مالك هل على الأرض جزية دون جزية جماجمهم أو لا جزية عليها وتكون عوناً لهم وتكون الجزية على جماجمهم فقط دون الأرض ؟ .

ثم رجع أبو محمد عن ذلك فقال : قوله : (لا علم لى بها) يعنى بمبلغ ما على الأرض ؛ لأن جزية الجماجم معلومة والذي كان على الأرض مجهول ، والله أعلم .

وهذا التأويل أشبه ، وهو الذى ذهب إليه غير أبى محمد أيضاً أن شك مالك إنما هو فى مبلغ ما على الأرض .

[**قال عبد الحق**]^(٢) : إذا خرج التاجر للتجارة خاصة فهو الذى إن قاتل أسهم له وإن لم يقاتل فلا سهم له ، ويصير كالأجير .
فأما إن كان خروجه إلى الغزو غير أن معه تجارته فهذا يسهم له قاتل أو لم يقاتل .

قال بعض البغداديين فى الأجير إن كان مستأجرًا على الأشياء التى لا تحتاج إلى ضرب مدة : فإذا كانت مع ذلك الجهاد وحضر الواقعة أسهم له [قاتل أم لا]^(٣) ،

(١) المدونة (١ / ٥١٤) .

(٢) فى ب : قال محمد .

(٣) سقط من ج .

وإن كان مستأجراً على الخدمة التي تحضر بالمدة وإنما خرج لذلك فالزمان مستحق عليه بالأجرة فلا سهم له إن حضر الواقعة إلا أن يقاتل وينتفع به المسلمون منفعة تامة فيسهم [له] (١) .

قال بعض القرويين في هذا الأجير إجارة محصورة بمدة : إذا قاتل وعطل من الخدمة شيئاً من أجل إشغاله بالقتال سقط من أجرته مقدار ما تعطل ، وليس للذي أجره أن يأخذ السهمان منه التي أعطيها من أجل قتاله، ويجعل ذلك عوضاً مما عطل من الخدمة، بخلاف مسألة كتاب الإجارة في أجير الخدمة يؤاجر نفسه، يريد أن الذي أجر نفسه في الأغلب إن ما أخذ يقرب مما يخص ذلك من الأجرة ، والسهمان المأخوذة هاهنا ربما كبرت جداً أو كانت أكبر من جميع ما استأجره به أضعافاً فلا يضر به في أخذها ، فإذا أسقط [عنه] (٢) [قصاص] (٣) ذلك من الأجرة فلا حجة للذي أجره ، والله أعلم .

قال في « كتاب [ق / ٥٦] ابن مزين » : إذا قاتل الأجير يسهم له - كانت الغنيمة قبل القتال أو بعده - وإن كان القتال مراراً فلم يشهده إلا مرة واحدة وعرف أنه حضر قسم له في جميع الغنيمة وإن لم يحضر سوى تلك المرة .
وقال ابن نافع : لا يسهم له إلا أن يحضر أكثر من ذلك .

وقال يحيى : هذا أحسن ، وإذا حضر [ق / ٣٠ ج] الأكثر قسم له في الجميع وإذا حضر مرة قسم له في الذي حضره .

قال : إذا أقرضه من طعام أهل الحرب وجهل لم يكن على [المستقرض] (٤) شيء ، فإن جهل هذا المستقرض وتوهم أن ذلك يلزمه فقضاه [فأعرف] (٥) أنه

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ و ب .

(٣) في أ و ب : حصاص .

(٤) في ج : الذي استقرض .

(٥) في ب و ج : فاحفظ .

يجرى فى المجالس ببلدنا أنه يرجع بما [يدفع] (١) إن كان قائماً ، وإن أفاته المدفوع إليه فلا شيء عليه ؛ كمن عوض من صدقة وظن [ق / ٧١ب] أن ذلك يلزمه إنه إنما يرجع فى عوضه إن كان قائماً وإن فات فلا شيء له ؛ لأنه أطلق المدفوع إليه عليه وأطاع بدفعه ذلك إليه .

وقال لى بعض القرويين : (أرى) (٢) المسألتين مفترقتين لأن فى المسألة الأولى إنما دفع إليه العوض للشرط الذى وقع بينهما ، ومسألة الصدقة يعوض منها إنما دفع العوض بطوعه .

وهذا الذى ذكرنا إنما هو إذا عوضه من طعام يملكه ليس مما غنموه من أهل الحرب .

فأما إن عوضه من طعام أهل الحرب فلا شيء للدافع فيما دفع - كان ذلك بيد المدفوع إليه قائماً أو فائتاً - إذ لمن شاء منهما أكله والانتفاع به ؛ هما فيه سواء .

قال عبد الحق : فى رواية عليّ بن وهب : لا يتتفع [بداية] (٣) ولا ثوب ولا سلاح ولو جاز ذلك جاز أن يأخذ العين فيشتري به ، ولا يلزم هذا الذى قالوه .

والفرق بين العين وغيره : أن العين لا يتتفع به [بإتلاف] (٤) عينه وذهابها ولا مرجع لأهل الجيش فيه .

والفرس وغيره يتتفع به وعينه قائمة وله مرجع إلى أهل الجيش وقد يتتفعون به وهو راكب للفرس وهو غير مستبد بمنفعته ؛ فليس ذلك كالعين الذى يستبد بالمنفعة [فيه] (٥) على ما بينا ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قوله فى مسألة المتنازعين فى اسم فى العطاء مكتوب يعطى

(١) فى ب : دفع .

(٢) فى ب : إن .

(٣) سقط من ب .

(٤) فى ج : إلا بصرف .

(٥) سقط من ب .

أحدهما لصاحبه دراهم على أن يرى له من الاسم ، جعلهم فى [التعليل] (١) كأنهم ثلاثة ، وإنما هو تكرير وقع فى المسألة ولا يصح من ذلك إلا وجهان ؛ كذا ذكر عن أبى محمد - رحمه الله .

قال عبد الحق : المواجير الذى ذكر فى « الكتاب » هى المواضع التى يربط فيها المسلمون ؛ مثل تونس والمنستير والإسكندرية [وشبه ذلك] (٢) .

والطوى : هى المبادلة ؛ فإذا كان قوم فى ديوان واحد فكتب الإمام بعضهم يخرج إلى ثغر وآخرين إلى ثغر آخر فيقول واحد من الخارجين فى جهة [الآخرين] (٣) الخارجين فى جهة أخرى : خذ بعثى وأخذ بعثك ؛ فيخرج هذا فى موضع هذا وهذا فى الموضع الذى أخرج إليه الآخر فتكون هذه مبادلة جائزة .

تم كتاب الجهاد بعون الله وقوته .

(١) فى ج : التمثيل .

(٢) فى ج : وشبهها .

(٣) فى ب : إلى الآخر .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب النذور

قال الله عزوجل : ﴿ يُوفُونَ بِالنَّذْرِ وَيَخَافُونَ يَوْمًا كَانَ شَرُّهُ مُسْتَطِيرًا ﴾ (١) فمدحهم بالوفاء بالنذر .

وثبت عن النبي ﷺ أنه قال : « من نذر أن يطيع الله فليطعه » (٢) ومن قال : إن شفاني الله من مرضى فعلى كذا وكذا ، وإن جاء غائبي أو فعلى كذا وكذا . فهذا النذر الذي يجب .

فأما من قال : على نذر حج أو صلاة أو صيام ، لغير شيء ينذر ، فليس هذا بنذر في [لغة العرب] (٣) .

قال أبو محمد بن أبي زيد : ولما حرم الله سبحانه ما نكح الآباء والأبناء فحرم من بأقل ما يقع عليه اسم نكاح وهو العقد دون الوطاء ، وكان إباحته نكاح المبتوتة لمن أبتها إذا نكحت زوجاً غيره لا يحلها العقد دون ذوق العسيلة ؛ فدل بذلك أن ما يباح به الشيء أقوى مما يحظر به ؛ فكان الحنث والبر في عقد الأيمان مفترقين ؛ فلذلك من حلف ألا يفعل شيئاً يحنث بفعله لأن ذلك البعض قد حلف عليه ، ومن حلف ليفعله لم يبر إلا بفعله [جميعه] (٤) ؛ لأن [ذلك البعض قد حلف عليه] (٥) [ق/ ٧٣] ورأيت لأبي محمد قال : الذي يؤخذ به عند أصحابنا في الأيمان وجهان :

(١) سورة الإنسان : ٧ .

(٢) أخرجه البخارى (٦٣١٨) وأبو داود (٣٢٨٩) والترمذى (١٥٢٦) والنسائى (٣٨٠٦) وابن ماجة (٢١٢٦) وأحمد (٢٥٩١٩) وابن خزيمة (٢٢٤١) وابن حبان (٤٣٨٧) والشافعى (١٥٦٢) وغيرهم من حديث عائشة رضى الله عنها .

(٣) سقط من ب و ج .

(٤) فى أ : بعضه .

(٥) فى ب و ج : لأن ما أبقي قد حلف ليفعله فلم يفعله .

أحدهما - وهو أقواهما - النية فإنه يحمل [على] (١) ما نوى، فإن لم تكن له نية، فالبساط ينظر إلى بساط يمينه وعلى ما جرت.

قال: وإن عدما جميعاً فقد زدت أنا في ذلك وجهين آخرين؛ وذلك أنه إذا لم تكن للحالف نية ولا بساط نظرت إلى عرف الناس ومقصودهم في أيمانهم فحملته على ذلك، فإن لم تكن له نية ولا بساط ولا عرف ليمينه تلك [مقصد] (٢) عند الناس حملته على مخرج لفظه ذلك في اللغة على وجهها وظاهرها.

قال في «الكتاب» في الذي يقول: إن فعلت كذا فأنا محرم بحجة أو عمرة، فإن [فعله] (٣) قبل أشهر الحج لم يلزمه أن يحرم بالحج إلى دخول أشهر الحج إلا أن ينوى أنه محرم من يوم حنث فيلزمه ذلك وإن كان في غير أشهر الحج.

وأما العمرة فعليه أن يحرم بها وقت حنثه إلا ألا يجد صحابة ويخاف على نفسه فليؤخر حتى يجد فيحرم حينئذ.

حكى عن أبي محمد أنه قال: العمرة لا وقت لها؛ فلذلك وجب أن يحرم بها وقت حنثه، والحج فله زمان وهي الأشهر المعلومة؛ فمتى حنث قبلها لم ينبغ له أن يحرم [بالحج] (٤) [ق/ ١٥٧] حتى يدخل الأشهر، وهذا إذا كان يصل من بلده إلى مكة في أشهر الحج، فأما إن كان لا يصل إلى مكة من بلده حتى يخرج منها قبل أشهر الحج فإن هذا يلزمه الإحرام من وقت حنثه وإن كان قبل أشهر الحج.

أراه يريد بقوله: (وقت حنثه [فهذا يلزمه الإحرام من وقت حنثه] (٥)) إن كان لو أخر بعد ذلك فاته الحج، فأما إن كان لا يفوته الحج فله التأخير بعد حنثه إلى وقت يعلم أنه إذا خرج أدرك الحج فإذا بلغ إلى هذا الحد حينئذ يتوجه عليه

(١) سقط من أ.

(٢) في أ و ج: ولا مقصد.

(٣) في أ و ب: كلمه.

(٤) سقط من ب.

(٥) سقط من ب.

الإحرام، [والله أعلم] (١) .

قال عبد الحق : فى قوله : إذا أبهم يمينه أو نذره كذلك فمشى فعجز فركب ، له أن يجعل الثانى خلاف الأول من حج أو عمرة ؛ فعلى هذا يجعل المشى الثانى فى عمرة وإن كان الأول فى حج ، وإنما يصح هذا إذا لم يكن ركوبه أولى فى المناسك بمنى وعرفة .

فأما لو كان ركوبه فى هذه الأماكن فى حجته الأولى فلا يجعل الثانية فى عمرة؛ إذ لا يصل إلى أن يمشى ما ركب .

وقد ذكر عن سحنون أنه قال : ليس له أن يجعل المشى الثانى فى عمرة لأن عمل العمرة أقصر من عمل الحج .

وقوله : إذا نذر مشياً وهو ضرورة فحج ماشياً ينوى فرضه ونذره : يجزئه لنذره لا لفريضته ، وعليه قضاء الفريضة .

قال ابن المواز: معنى هذا إذا لم ينو حين نذره حجاً ولا عمرة فمشى لنذره حتى بلغ ميقاته فأحرم بحجة نوى بها فرضه ونذره فإنها تجزئه لنذره ، [وعليه قضاء] (٢) الفريضة لأنه نقصها بما جعل معها من نذره ، ولا يضره لنذره ما أشرك معه من حجه ، كما قال مالك فيمن مشى فى حج لنذره ففاته الحج : أن ذلك يجزئه عن نذره إذا طاف وسعى وحلق وإن كان حجه الذى أحرم به قد انتقض ؛ لأنه لو لم يفته الحج لمشى المناسك كلها فكذلك لا يضره فى نذره ما أدخل معه .

ولو نوى حين نذره حجاً فمضى فى حج نوى به فرضه ونذره فهذا يعيدهما جميعاً ؛ لأن كل واحدة منهما قد انتقضت [مما] (٣) وجبت عليه ؛ لأن هذا [مما] (٤) لم [ق / ٧٤ب] يكن يجزئه أن يحرم عن نذره بعمرة ، ولو مشى عن نذره فى حج

(١) زيادة من ب .

(٢) فى ب و ج : ويقضى .

(٣) فى ب و ج : عما .

(٤) فى ب : بمن .

ففاتة الحج لم يجزئه إحلاله بعمرة عن مشيه ، واستأنف الحج عن [نفسه] (١) من قابل بخلاف الأول ، وإنما لزم الأول قضاء الحج لفوات الحج لا لنقض النذر ؛ فأمرهما مفترق .

قال : ولو لم ينو [حين نذره حجاً ولا عمرة فمشى] (٢) لنذره حتى بلغ ميقاته فأحرم بحجة الفريضة وتمادى عليها [ق / ٣١ ج] ولم ينو في حجته لنذره شيئاً حتى فرغ من حجته ، ومشى المناسك فهذا يجزئه حجته هذه من فريضته وحدها ويعيد مشيه من موضع ميقاته الذى أحرم منه لفريضته ويجزئه ما مشى قبل ذلك كما لو أنه لو رجع من ذلك الموضع إلى مصره أو غيره ثم بدا له فرجع إلى قضاء نذره إنه يركب إلى حيث كان بلغ مشيه الأول ، ثم ينزل فيمشى من ثم حتى يتم مشيه الأول فيحرم له بحجة أو [عمرة] (٣) ويجزئه .

قيل لمحمد : فإن لزمه مشى وهو ضرورة هل يبدأ بنذره فيمشى في عمرة ثم يحج من مكة لفريضته أو يبدأ بفريضته ؟

قال : يبدأ بفريضته أفضل إذا كان في أشهر الحج ، فإن أراد الراحة بدأ بمشيه في عمرة ، فإذا [حل] (٤) منها أحرم لفريضته .
وهذا كله قول مالك .

قال [محمد] (٥) : إن كان في غير أشهر الحج لم يكن به بأس أن يبدأ بنذره .

قال عبد الحق : وقوله في « الكتاب » : (له أن يجعل مشيه في حج أو عمرة) إنما يريد أن له أن يجعله في حج إن كان غير ضرورة لم يحج حجة الإسلام فلا يجعل مشيه في حج ؛ لأنه يؤخر فرضه والبداية بفرضه أولى [به] (٦) من نذره

(١) في أ و ج : مشيه .

(٢) سقط من ب .

(٣) في ب : بعمرة .

(٤) في ج : تحلل .

(٥) سقط من ب .

(٦) في ج : له .

لاسيما [والحج عند مالك على الفور] (١) ، على ما حكاه البغداديون ، فاعلم ذلك .

قال بعض القرويين : [قوله] (٢) في مسألة « أنا أضرب بمالي كذا وكذا من الكعبة » (٣) : عليه الحج أو العمرة .

يناقض ما تقدم فيمن قال : على الانطلاق إلى مكة والسير والذهاب ، ونحو ذلك من العبادات ؛ لأن القائل : (أنا أضرب) قد عبر بغير لفظ المشى إلى مكة وبغير لفظ الركوب الذى اختلف فيه قوله .

وكذلك أيضاً قوله فى القائل : على أن أتى المدينة أو بيت المقدس ، ونوى الصلاة فى مسجديهما قد جعل عليه المضى وإن كان قد أتى بلفظ «على أن أتى مكة» الأمر فيها أقوى من هذا ؛ فلم يجعل عليه فى عبادته بالإتيان والذهاب ونحو ذلك شيئاً إذا لم يكن له نية .

والمسألة الأولى أبين فى الاعتراض بها عليه والمناقضة بها أوضح ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قوله فى «الكتاب» : (أنا أحج بفلان أوجب من قوله : [أنا] (٤) أحمله) لا يريد على عنقه ، حكى عن الشيخ أبى الحسن قال : معنى ذلك [أنه] (٥) أوجب فى خروجه هو وإلزامه الحج ؛ لأن قوله : (أنا أحمل فلاناً) يحتمل أن يحمله من ماله ولا يخرج هو ، وقوله : (أنا أحج بفلان) لا يحتمل ذلك ، وأما الجواب فيها فواحد .

حكى عن أبى محمد أنه قال [ق / ٥٨أ] فيمن [ق / ٧٥ ب] قال : على المشى إلى مكة ، فى غير يمين ، ونوى بيوت مكة أو موضعاً من مكة خارجاً من

(١) فى ب و ج تقديم وتأخير .

(٢) سقط من أ .

(٣) المدونة (١ / ٥٧٥) .

(٤) زيادة من ب .

(٥) سقط من ب .

المسجد : أنه لا شيء عليه في مذهب ابن القاسم ، ونحوه في « كتاب محمد » .

قال إسماعيل القاضي [البغدادى] (١) : ولو أن رجلاً جعل على نفسه المشى إلى مسجد مكة يريد الصلاة فيه دون الإحرام لَمَا ألزماه المشى ، وقلنا له : أنت مسجد مكة إن شئت راجلاً وإن شئت راكباً، غير أننا لا نجيز [له] (٢) أن يدخل مكة إلا محرماً .

قال عبد الحق : الفرق بين أن يسمى شيئاً من ماله [بعينه] (٣) صدقة أو هدياً : أنه يخرج جميعه وإن كان ذلك ماله كله ، وبين أن يقول : (مالي) ولا يعين شيئاً : أنه يجزئه الثلث .

فلأن الذى عين قد أبقى لنفسه شيئاً ولو ثياب ظهره أو ما لا يعلمه مثل ميراث لم يعلم به ونحو ذلك .

وأما الذى قال : (مالي) فلم يبق لنفسه شيئاً وأدخل ثياب ظهره وما جهله وعلمه من ماله ؛ فكان هذا من [الحرج] (٤) المرفوع ؛ فوجب قصره على الثالث لهذا ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إذا قال : (هذا الشيء هدي) إن شاء باعه وأخرج ثمنه ، وإن شاء أمسكه وأخرج قيمته ، وإذا قال : (صدقة) لم يحبسها ويخرج قيمته .

قال أبو محمد فى « مختصره » : يشبه أن يكون الفرق أنه لا يقصد فى هدى متاعه إلا إلى عوضه وفى صدقة متاعه يحسن أن يتصدق بذلك بعينه فكأنه تصدق به بعينه .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإذا [تصدق] (٥) بعرض تطوعاً أو حلف

(١) سقط من ب و ج .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من ب .

(٤) سقط من ب .

(٥) فى ج : تطوع .

بصدقة فحنت ، فأراد أن يخرج قيمة الثوب فيتصدق بها ، ذلك يختلف ؛ أما في اليمين فيجوز ، وأما في صدقته تطوعاً فلا [يجوز له] (١) .

والفرق بين ذلك : أن الحالف غير قاصد للقربة فلم يدخل في قول النبي ﷺ : «العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه» (٢) والحديث إنما خرج ، في الفرس الذي عمل عليه عمر [متطوعاً] (٣) ؛ فأمر ذلك مفترق ، والله أعلم .

قال عبد الحق : في « كتاب ابن حبيب » : قال مطرف ، وابن الماجشون : من حلف بالعزة والعظمة والجلال هكذا فهو كقوله : وعزة الله وعظمته [أيضاً] (٤) وجلاله ؛ إنما هو حالف بالله ؛ لأن ذلك لله ومن نعت الله ، وليكفر .

[ومن قال] (٥) : وكتاب الله وقرآن الله ، أو قال : لا والكتاب والقرآن لا والآيات ؛ فليكفر - أضاف ذلك إلى الله سبحانه أو لم يصفه ؛ لأن ذلك لله ومن الله ، [وهي] (٦) أيمان كثيرة غير أنها تجمعهن كفارة واحدة بمنزلة من حلف بالله مراراً .

قال عبد الحق : وذهب بعض المتأخرين إلى أن الحالف بصفات الله يجمعها في يمينه [عليه] (٧) إذا حنث لكل صفة كفارة ، بخلاف المكرر اليمين بالله أو يكرر شيئاً من أسمائه في يمينه ، وهذا قول له وجه في النظر ، والله أعلم .

قال عبد الحق : ذكر في الحالف على السمن يأكل سويقاً بسمن ، أنه حانث إلا أن ينوى السمن خالصاً .

وقال في الحالف : ألا يأكل خلاً ، فأكل مرقاً فيه خل : لا يحنث إلا أن ينوى ،

(١) في ب : يجوزه .

(٢) أخرجه مالك (٦٢٣) والبخارى (١٤١٩) ومسلم (١٦٢٠) من حديث عمر رضى الله عنه .

(٣) في ب : تطوعاً .

(٤) سقط من أ و ج .

(٥) في ب و ج وكذلك .

(٦) في ب : وإنما هي .

(٧) في ب : عليها .

ولا ما طبخ بخل ؛ ففرق بين المسألتين بأنه لما كان السمن يمكن إخراجه من [ق / ٧٦ب] السويق بالماء الحار وكان الخل قد ذهب عينه ولا يستطيع تمييزه ألبتة افترق الحكم لهذا.

قال إسماعيل القاضي : إنما فرق ابن القاسم بينهما ؛ لأن السمن الملتوت به السويق هو على حاله ، وإنما ألزق بالسويق إلزاقاً ، وأما الخل فقد انتقل عن الخل لما خالطه من الصنعة وصار اسمه غير اسم الخل ومعناه غير معنى الخل ، ولكن لو حلف ألا يأكل هذا الخل بعينه فإنه متى [ما] (١) أكل منه شيئاً فى قدر أو فى [غيره] (٢) وقد استحال عن أن يكون خلاً أو لا يستحيل فهو حائث.

قال ابن المواز : إذا حلف ألا يأكل شيئاً فأكل مما خرج من ذلك الشيء الذى حلف عليه فإنما يحنث عند ابن القاسم فى الشحم من اللحم ، والعصير من العنب ، والنيذ من التمر ، والزبيب من العنب ، والمرق من اللحم ، والخبز من القمح ، فأما غير هذه الأشياء فلا شيء عليه فيما يخرج من المحلوف عليه إلا أن يقول : منه ؛ فيلزمه ، أو تكون له نية أو سبب .

وقال ابن حبيب : إذا حلف لا أكلت رطب هذه النخلة ، أو هذا الرطب ؛ فإنه يحنث بأكل تمر ، وسواء عنده قال : من رطب هذه النخلة ، أو قال : من رطبها ، وسواء قال : من هذا الرطب ، أو قال : هذا الرطب ، ولم يقل : من ؛ فإنه يحنث بأكله من ثمره ، وكذلك إذا قال : لا أكلت هذا اللبن بعينه ، أو قال : لبن هذه الشاة ؛ فلا يأكل ما تولد [منه] (٣) . وهذا القول أقيس مما ذكره ابن المواز عن ابن القاسم ، والله أعلم ؛ فتدبره .

قال أبو محمد فى « مختصره » فى التفرقة بين أن يحلف ألا يأكل لحمًا فأكل

(١) سقط من جـ .

(٢) فى ب : غير قدر .

(٣) فى جـ : منها .

شحمًا [ق / ٥٩ أ] أو لا يأكل شحمًا فأكل لحمًا : [لأن] (١) اللحم مع الشحم يقع عليه اسم لحم ، فقد دخل الشحم في اسم اللحم ولا يدخل اللحم في اسم الشحم منفردا ولا يجتمع معه . وقد حرم الله [سبحانه] (٢) [لحم] (٣) الخنزير فتاب ذكره للحمة عن ذكر شحمه ؛ لأنه دخل تحت اسم اللحم ، وحرم الله سبحانه على بنى إسرائيل الشحم لقوله عز وجل : ﴿ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَا ﴾ (٤) فلم يقع بهذا عليهم تحريم اللحم ولم يدخل في اسم الشحم اللحم ؛ فلهذا فرق مالك بين الحالف في الشحم والحالف في اللحم .

قال في « الكتاب » في الذى حلف ألا يسكن هذه الدار فيبقى متاعه : أنه يحنث .

قال محمد عن ابن القاسم : إلا أن يبقى مثل الوتد والسقاطة فلا شيء عليه .

قال بعض شيوخنا : هذا إن ترك ذلك على ألا يعود لأخذه لخفة أمره ، فأما إن تركه ليرجع إلى أخذه حنث .

قال عبد الحق : رأيت لأبى محمد فى مسألة الحالف : ألا يكسو امرأته بهذين الثوبين .

قال : معناه عندى حلف ألا يكسوها [ق / ٣٢ ج] إياهما مجتمعين ولا مفترقين ؛ فكان مقصده ألا تلبسهما ولا أحدهما ؛ ففارق ذلك جوابه فى الذى حلف ألا يأكل خبزاً ولا جيناً أو خبزاً و[زيتاً] (٥) أنه نواه ؛ لأن المتعارف فى ذلك أنهما يجتمعان فى الأكل ، وعلى ذلك عرف الناس ، [فإن] (٦) نوى ألا يجمعهما

(١) سقط من أ و ب .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من أ و ب .

(٤) سورة الأنعام : ١٤٦ .

(٥) فى أ : زيتوناً .

(٦) فى ج : فإذا .

[مثل] (١) : نويته ، والثوبان المتعارف عند الناس أنهما [ق / ٧٧ ب] يلبسان مجتمعين ومفترقين ؛ فافترقا .

ذكر في «الكتاب» في الحالف بالطلاق ما له مال ، وقد ورث ما لا يعلم به ، أنه إن نوى ما لا يعلمه فلا يحنث .

قال بعض القرويين؛ بنوى في هذه المسألة وإن قامت على يمينه بينة ؛ لأن يمينه لما ذكر ممكنة غير مستبعدة ، والله أعلم .

قال ابن المواز عن ابن القاسم ؛ ولو تصدق عليه بصدقة قبل يمينه ولم يعلم بها ، ثم علم [بها] (٢) بعد يمينه فقال : لا أقبلها ، فلا شيء عليه إلا أن يقبلها حين علم بها فيحنث لا شك فيها ، وقيل : لا شيء عليه لأنها إنما صارت في ماله يوم قبلها .

قال عبد الحق ؛ قول ابن القاسم في مسألة الحالف : لا دخل على فلان [المبيت] (٣) ، فيدخل عليه المحلوف عليه : [أنه] (٤) لا يحنث إلا أن ينوى ألا يجامعه في بيت : يحتمل أن يكون معنى ذلك إذا خرج من ساعته ولم يتراخى ويجلس بعد دخوله [عليه] (٥) ، [فإن] (٦) توانى وجلس بعد دخول المحلوف عليه ولم يخرج مبادراً ، فيحنث ويصير ذلك كابتداء دخوله هو عليه كما قال في الحالف ألا يأذن لامرأته في الخروج فخرجت بغير إذنه ثم علم بها [فتركها] (٧) فجعل تركه لها بعد علمه بخروجها كابتداء إذن ، وإن كانت هذه المسألة أبين في وجوب حنثه فقد يحتمل أن يكون سواء ، والله أعلم .

قال بعض القرويين ؛ معنى مسألة الحالف ألا يأكل لرجل طعاماً فيدخل ابن [الحالف على] (٨) المحلوف عليه فيطعمه خبزاً فيأكل منه الأب : إن كان الأب

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من أ .

(٣) في ب و ج : بيتاً .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ب .

(٦) في ب : وأما إن .

(٧) سقط من ب و ج .

(٨) سقط من ب .

موسراً فله رد ما وهب لابنه من طعام لا يتتفع به إلا بأكله في الوقت كالكسرة والتمر [وشبهه] (١) مما يناوله الإنسان لمن دخل عليه وهو يأكل ؛ لأن الأب يقول : نفقة ابني عليّ فليس لأحد أن يحمل عني منها شيئاً بغير إذني ، [فلما أكلها ولم يردّها كان ذلك قبولاً منه لحبز الرجل المحلوف عليه] (٢) .

فأما لو كان الأب الحالف عديماً ؛ لا يلزمه نفقة ابنه ، وكان عيش الولد من [عند] (٣) غير الأب من الصدقات ونحوها فأعطاه ذلك الرجل المحلوف عليه خبزاً فأكل منه الأب لم يحنث .

هذا معنى قول مالك ، والله أعلم .

قال عبد الحق : ولو دخل عبد الحالف على المحلوف عليه فأطعمه [المحلوف عليه] (٤) خبزاً فأكل منه الحالف ولم يعلم لحنث أيضاً ، وعبده وولده في هذا سواء ؛ لأن له رد ما وهب [لعبده من ذلك] (٥) من قليل الأشياء وكثيرها ، إلا أن يكون على العبد دين فليس له رد ما وهب له من مال .

قال عبد الحق : وقع في « الكتاب » (٦) في مسألة الحالف بالطلاق ما يملك إلا ثوباً ، وله ثوبان مرهونان : إن كانا كفاف دينه لم يحنث إن كانت تلك نيته ، وسواء كانا كفاف دينه أو لا إذا كانت تلك نيته لا يحنث ، وكذلك قال يحيى بن عمر .

قال أبو محمد : وإنما لا يحنث إذا كان فيهما فضل وله نية إذا حلف متبرعاً ، فأما إن حلف [للغريم] (٧) له فهو حانث إن كان فيهما فضل ولا تنفعه [هاهنا نيته] (٨) [ق / ٧٨ ب] .

(١) في ب وج : وشبه هذا .

(٢) سقط من ج .

(٣) زيادة من ب .

(٤) سقط من ب و ج .

(٥) سقط من ب .

(٦) المدونة (١ / ٦٠٨) .

(٧) في أ و ب : الغريم .

(٨) في ب تقديم وتأخير .

قال أبو محمد في الخالف : لا وهب لامراته ، فكساها : إنما يعنى غير ثياب المهنة التى تلزمه ، فأما إن كانت ثياباً تلزمه فليست بهبة وهو أمر يلزمه فلم يهبها ، [والله أعلم] (١) .

قال عبد الحق : قال بعض شيوخنا [من القرويين] (٢) فى مسألة الخالف : ليقضين فلاناً ما له عليه إلى أجل وقته إن دفع الحق إلى وكيل لفلان غير مفوض إليه لما غاب فلان ، وأشهد على ذلك [ق / ١٦٠] فإن كان السلطان لا يتعذر وجوده والوصول إليه فهو حانث ، ولو كان وكيلاً مفوضاً إليه لم يحنث كدفعه إلى السلطان ، [لأن السلطان] (٣) والوكيل المفوض إليه أيديهما كيد صاحب الحق ؛ فاعلم [ذلك] (٤) .

قال عبد الحق : إنما فرق بين الموت والسرقة فى مسألة الخالف : لياكلن هذا الطعام غداً أو ليلبسن هذه الثياب أو ليركبن هذه الدابة أو يضرب هذا العبد غداً ؛ لأن الأجل إذا تم وهى ميتة استحال أن يفعل ما حلف عليه ولم يمكن ذلك فيها ، وفى السرقة لو مكثه السارق ذلك منها عند الأجل أمكنه فعل ما حلف عليه ؛ فكونها عند السارق أمر لا يعذره ؛ لأن من أصل ابن القاسم أن الخالف ليفعلن لا يعذر بالإكراه والغلبة إلا أن ينوى ذلك كما قال فى الخالف : ألا يفارق غريمه إلا بحقه ، ففر منه [أنه] (٥) يحنث إلا أن ينوى ذلك .

قال عبد الحق : ومسألة الخالف ليذبحن حمامات يتيمه فوجدها ميتة لم يحنثه فيها إذ كان الفعل فيها مستحيل لوجود إياها ميتة ، فهى بخلاف مسألة الخالف لبيعن أمته فباعها فألفيت حاملاً منه ، وقد ناقضه سحنون بها ، وليس يلزم ابن القاسم ذلك .

(١) سقط من ب .

(٢) سقط من ب .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ب .

(٥) فى ب : فإنه .

والمسألتان مفترقتان [وذلك] (١) لأن الأمة فعل البيع الذي حلف عليه فيها غير مستحيل لكن الشرع هو الذي منع من ذلك وَحَظَرَهُ عَلَيْهِ ، فصار منع الشرع له من البيع كمنع آدمى منعه من فعل ذلك ، وقد قدمنا أن من أصل ابن القاسم أن الحالف ليفعلن غير معذور بالإكراه والغلبة إلا أن ينوى ذلك .

[تم كتاب النذور بحمد الله وعونه] (٢) .

(١) زيادة من ج .

(٢) سقط من ب .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب النكاح الأول (١)

[قال عبد الحق] (٢) : النكاح على مذهب مالك مندوب إليه وليس بواجب ، والدليل على ذلك أن الله عز وجل قال : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ (٣) وهذا على موجب اللغة لا يقتضى الوجوب ؛ لأن القائل إذا قال : (كُلُّ مَا طَابَ لَكَ) خيره ولم يوجب ذلك عليه حتماً .

فإن قيل : [فإن] (٤) قوله تعالى : ﴿ مَا طَابَ لَكُمْ ﴾ إنما عني به النكاح الذى هو حلال لا غيره .

قيل : هذا [الذي] (٥) ذكرت مفهوم من قوله : ﴿ فَانكِحُوا ﴾ أنه النكاح [الحلال] (٦) لا السفاح .

وقوله فى الأمة : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ (٧) دليل أيضاً على نفى وجوب النكاح ؛ لأنه تعالى خير فى النكاح أو ما ملكت اليمين ؛ « فأو » هاهنا للتخيير .

وقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِأُزْوَاجِهِمْ حَافِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾ (٨) يستدل به أيضاً على صحة ما قدمنا ؛ لأن من حفظ فرجه على ظاهر الآية استحق المدح نكح أم لا .

وقوله : ﴿ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾ (٩) هذا تخيير أيضاً ،

(١) سقط من ب من أول كتاب النكاح الأول إلى أول كتاب العتق الأول .

(٢) سقط من أ .

(٣) سورة النساء : ٣ .

(٤) فى ج : إن .

(٥) سقط من أ .

(٦) زيادة من ج .

(٧) سورة النساء : ٣ .

(٨) سورة المؤمنون : ٥ ، ٦ .

(٩) سورة المؤمنون : ٦ .

والله أعلم.

وليس الغرض التطويل فى هذا [النوع] (١) وفيما قدمنا كفاية .

والنكاح على مذهب مالك ليس من [شرطه] (٢) إقامة البينة عليه حين عقده،
والحديث الذى جاء: « لا يتم النكاح إلا بولي وصداق وشاهدى عدل » (٣) أو كما
قال - إنما يريد [ألا] (٤) يتم عند المناكرة والمناظرة ، والله أعلم .

ويدل على أن عقد النكاح يصح وإن لم يكن بينة حين العقد : أن الحديث قد
ذكر فيه الصداق مع البينة والولى ، والإجماع أن النكاح يتم بغير إحضار صداق حين
العقد ؛ فكذلك البينة يصح النكاح مع عدمها حين العقد ، والله أعلم .
ثم لا يدخل حتى يشهد .

قال عبد الحق : إن قال قائل : لم قال فى نكاح الشغار : أنه يفسخ قبل البناء
وبعده ، ولم يجعله مثل المهر إذا كان فاسداً مثل الخمر والخنزير زوجها أو بشيء من
الغرر ، وقد قال فى هذا : يفسخ قبل البناء ويثبت بعده وللمرأة صداق المثل ،
والفساد فيهما جميعاً مشبه بما الفرق بين ذلك ؟

فالجواب : أن الصداق الفاسد الذى ذكرنا هو منفرد من العقد غير متعلق به ،
فإذا أبطل الصداق لم يبطل العقد ؛ لأن كل واحد منهما غير صاحبه ، وليس كذلك
عقد الشغار ؛ لأن كل واحد من البضعين بإزاء صاحبه وقد جعل صداقاً للآخر ليس
ينفرد البضع عن الصداق ولا [المعقود] (٥) عليه عن الصداق وهما شيء واحد ،

(١) فى حاشية أ عدلت هذه اللفظة إلى « الشرح » والمثبت من أ ، ج .

(٢) فى أ : شرط .

(٣) أخرجه ابن حبان (٤٠٧٥) والدارقطنى (٢٢٥ / ٣) والطبرانى فى « الأوسط » (٩٢٩١)
والبيهقى فى « الكبرى » (١٣٤٩٦) وابن الجوزى فى « التحقيق » (١٦٨٧) والخطيب فى تاريخه
(١٥٧ / ١٢) وابن عساكر فى « تاريخه » (٢٧٢ / ١٤) من حديث عائشة .

قال الألبانى : صحيح .

(٤) فى ج : لا .

(٥) فى أ : العقد .

فإذا بطل الصداق بطل العقد ، والله أعلم .

قول مالك للمرأة التي قالت له : (إن لى ابنة موسرة مرغوب فيها أراد أبوها أن يزوجه ابن أخ له فقيراً) : إنى لا أرى لك فى ذلك متكلماً ، وقول ابن القاسم : أنا أراه ماضياً إلا أن يأتى من ذلك ضرر .

ليس هذا اختلاف ، والله أعلم ، وإنما يرجع ذلك كله إلى أن ينظر فإن كان الرجل فقيراً [ق / ١٦١] يخشى أن يأكل مالها كان للأم فى ذلك مقال ، وإن كان لا يخشى من ذلك لصالح الرجل فلا مقال [لها] (١) وإن كان فقيراً ؛ كذا تأولها غير واحد من القرويين .

وذكر ابن حبيب : أن الأب إذا زوج ابنته بربع دينار وصداق مثلها ألف دينار لزمها ذلك ، ولا مقال فيه للسلطان ولا غيره [وقد زوج سعيد بن المسيب ابنته بثلاثة دراهم ولو شاء لأخذ لها ألف دينار] (٢) .

قال عبد الحق : قال لى غير واحد من شيوخنا القرويين فى المتزوج بمائة نقداً أو مائة إلى أجل ومائة إلى موت أو فراق إذا دخل بها وروعى صداق المثل إنما يقال : كم صداق مثل المرأة على أن فيه مائة مؤجلة ، ثم يكون ما وصفوا من أنه إن كان صداق المثل أقل من مائتين لم ينقص منهما مائة معجلة ومائة إلى الأجل ، وإن زاد على المائتين فالزائد يعطاه معجلاً مع المائة ومائة إلى الأجل ، واختلف فى الزائد على الثلاثمائة هل يسقط أو يكون لها ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : الفرق بين الصغير والصغيرة إذا لم يكن لهما أب فى حد تزويج الوصى لهما : أن الصغير يجوز أن يزوجه وإن لم يبلغ ؛ لأنه حتى بلغ وكره العقد قدر على حله ؛ لأن الطلاق بيده ، والصغيرة لا تقدر على حله متى كرهته ؛ لأن الطلاق ليس إلى النساء ، هذا من جهة المعنى .

(١) فى ج : للأم .

(٢) وجد هذا على حاشية (أ) وبعدها « صح » .

وأما الأثر : فقد خصص فيه اليتيمة بالاستثمار ، والاستثمار إنما يكون بالبلوغ .
وبنحو هذا التفريق الذى فرقنا يفرق بين المكاتب والمكاتبه فى جبر السيد المكاتب
على النكاح وأنه لا يجبر المكاتبه ؛ لأن المكاتب إذا كره العقد قدر على حله ،
والمكاتبه يدخلها فى أمر لا تقدر على حله ألبتة [ق / ٤٢ جـ] فافترقا .

قال عبد الحق : ذكر عن أبى محمد [رحمه الله]^(١) أنه قال : إنما كره مالك
أن يزوج الرجل أمّ ولده على وجه التنزه لذلك أن يعمد الرجل إلى أمّ ولده فيخرجها
من تحته ويزوجها [من غيره]^(٢) .

وفى كتاب أبى بكر الأبهري قال : إنما كره مالك ذلك ؛ لأن السيد إنما له
الاستمتاع بأمّ ولده دون سائر المنافع من البيع والإجارة والنكاح ؛ فلذلك كره مالك
تزوجها وإن رضيت .

واختلف قوله فى جواز إكراهها على النكاح .

قال عبد الحق : اعلم أن فى « المدونة » دليلاً أن السفية لا يجبره وليه على
النكاح ؛ وذلك قوله فى كتاب الخلع : (إذا زوج السيد عبده بغير أمره أو زوج
الولى السفية بأمره)^(٣) أو نحو هذا الكلام فشرطه بأمره يبين أنه لا يكرهه إذ شرط
فى العبد بغير أمره ، وأما فى السفية فقال : (بأمره) ؛ [فعلم هذا من ذلك ،
فاعلم]^(٤) .

وقد اختلف قوله فى جواز إكراهه على النكاح ، والصواب عندى : أنه لا
يكرهه ، وهو الذى تقتضيه « المدونة » على ما بينا .

ووجه ذلك بين [والله أعلم]^(٥) ، وذلك أنهم أجمعوا أنه إذا طلق لزمه ، فإذا

(١) زيادة من جـ .

(٢) فى جـ : لغيره .

(٣) المدونة (٢ / ٢٥١) .

(٤) فى جـ : فاعلم ذلك .

(٥) سقط من جـ .

أجبره على النكاح وهو كاره له أليس لا يؤمن منه أن يطلق فيؤدى ذلك إلى فساد ماله؛ فهذا القول أصح ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا في البكر العانس : يدخل الخلاف من قول مالك فيها هل يجبرها الأب على النكاح أم لا ؛ فعلى قوله أنها إذا عنست جاز أمرها فيما تفعل من بيع أو شراء أو هبة أو غيرها ، لا يجبرها على النكاح ، وعلى القول الآخر الذى منعها فيه من هذا يجبرها على النكاح ؛ لأنه قد أقامها مقام البكر غير العانس .

قال بعض القرويين : إنما فرق بين قول المرأة : ما وكلت ولا أرضى ، ثم نكلت فرضيت ، وبين السيد يقول ذلك إذا تزوج عبده بغير إذنه ؛ لأن نكاح العبد قد صح بينه وبين المنكوحه ، وإنما بقى فيه حق للسيد ؛ فهو على الجواز لصحته بين المتناكحين حتى يفسخه السيد بلفظ بين يريد به الفسخ .

وأما التى زوجت بغير أمرها فالنكاح هاهنا لم يصح عقده بين الناكح والمنكوحه ، فكان على الفساد .

قال عبد الحق : يريد بما قال : أن العبد إذا تزوج بغير إذن سيده وإن طال الأمد جداً قبل علم السيد ثم علم السيد له أن يجيز النكاح ، والمرأة إذا بعد إعلامها لم يجز وإن أجازته ؛ فنكاح العبد على الجواز حتى يفسخه السيد كما بينا ، والله أعلم .

أعاب بعض شيوخنا من القرويين ما قال سحنون فى مسألة الأب يقبض صداق ابنته الثيب بغير أمرها إذ قال : لا أدرى لم ضمنه وليس بوكيل فيأخذه على الاقتضاء ، وقال : لا يخلو فى قبضه المال أن يكون الزوج أرسله بها فهو أمين له فلا يضمنه [ق/ ١٦٢] إذا ضاع ، أو أرسلته المرأة ليقبض فهو أمين أيضاً ، وإنما على الزوج هاهنا أن يثبت أنه دفع إليه لتصح براءته ، وإن قبضه فتأخر وقعه إليها حتى ضاع فهو متعد فى إمساكه ويضمن .

قال غيره من القرويين : وإن قبض صداق ابنته على الاقتضاء ضمنه كالكفيل يقبض الطعام على الاقتضاء ، وإن كان أرسله به الزوج فلا يضمن ، ورأيت مثله لابن حبيب قال : إذا قبضه الأب بغير توكيلها على التقاضى منه ضمنه الزوج ، وإن كان

رسولا للزوج لم يضمن .

قال أصبغ عن ابن القاسم في « العتبية » : إذا أقر الأب أنه قبض صداق ابنته البكر وضاع منه ، ولا بينة للزوج على دفعه إلى الأب : إن الأب مصدق في ضياعه ولا شيء على الزوج .

قال بعض القرويين وهو ابن شبلون فيما حكى : هذا هو الصواب .

وقد ذكر مالك في كتاب الشهادات من « المدونة » ، وفي كتاب المديان : أن الوصى إذا أقر أنه قبض من الغرماء ما عليهم من الديون فضاعت أن الوصى مصدق ويجزئ الغرماء ؛ فالأب في إقراره بقبض صداق ابنته وضياعه أخرى أن يصدق ، والله أعلم .

وقال غيره من القرويين : الذى فى « كتاب ابن المواز » أصوب ؛ لأن الأب يهتم أن يكون وضع الصداق من غير طلاق ابنته فلا يصدق أنه قبضه إلا بينة ، والله أعلم .

قوله فى « الكتاب » : (إذا اختلف الأولياء وهم فى العقود سواء نظر السلطان)^(١) قال سحنون : يعنى [وكذلك قال ابن المواز]^(٢) فى الوصيين .

قال بعض القرويين : يريد أن الوليين إذا استويا ، فمن رضيت هى أن يعقد عليها كان له ذلك دون السلطان .

حكى عن أبى محمد بن التبان القروى أنه كان يتأول مسألة ابن القاسم : إذا تزوجت بغير ولى ففطن لذلك قبل الدخول [فإن كان بالقرب فإن أجازة الولى جاز ، وإن فسخته فسخ ، فإن طال ذلك قبل الدخول]^(٣) ؛ فليس فيه إلا الفسخ ، فإن بنى بها [ففطن]^(٤) لذلك قرب الدخول فله أن يجيز أو يفسخ ، فإن تطاول ذلك

(١) المدونة (٢ / ١٠٥) .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى ج : فإن فطن .

بعد الدخول [لم يفسخ] (١) و [يثبت] (٢) النكاح .

وعرضت هذا على بعض شيوخنا القرويين فلم يصوب قوله : (إذا طال قبل الدخول لا بد من الفسخ) وقال : [بل] (٣) إذا أجازته الولي جاز - طال قبل البناء أو لم يطل .

قال عبد الحق في الابن الصامت عند تزويج أبيه إياه : عندي أنه لو ناكر الأب وهو يعقد النكاح لم يكن عليه يمين ، وإنما حلف من أجل صمته بعد عقد النكاح ، ولو أنه أيضاً بعد الصمت طال المجلس ولم يتكلم ثم تكلم بعد طول لزمته النكاح .
وعرضت هذا على بعض شيوخنا [القرويين] (٤) فصوبه .

وقال عبد الحق : حكى عن أبي محمد - رحمه الله - في مسألة الابن الصامت عند عقد أبيه عليه أنه إن نكل عن اليمين لم يلزمه شيء وإنما جعلت اليمين رجاء أن يقر بصنيع أبيه فيؤخذ بإقراره ، فأما إذا نكل فلا يلزم النكاح بالنكول ، وإذا لم يلزم النكاح بالنكول ولم يلزمه صداق .

وقال غيره من القرويين : إذا نكل أدى نصف الصداق ولا يلزمه النكاح ؛ لأنه لا يقر به .

وقال غيرهما : إنما يلزم الولد اليمين إذا ادعى والد الصبية أن الولد أمر والده أن يزوجه بمخبر أخبره بذلك أو نحوه ، فإن حلف الزوج بريء ، وإن نكل حلف والد الزوجة على ذلك ويثبت النكاح إلا أن يشاء الزوج أن يطلق فيلزمه نصف الصداق ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إذا وكل رجل رجلاً على أن يزوجه ممن أحب فزوجه من غير أن يستأذنه لا يدخل في هذا الاختلاف في المرأة تقول لوليها : زوجني ممن أحببت .

(١) في جـ : لم يجز الفسخ .

(٢) في جـ : ثبت .

(٣) سقط من جـ .

(٤) سقط من أ .

والضرق بين ذلك على أحد القولين: أن الرجل إذا كره النكاح قدر على حله ؛ وذلك لأن الطلاق بيده ، والمرأة إذا كرهت ذلك لا تقدر على حله ؛ فمن أجل أنه أمر لا تستطيع دفعه إذا انعقد عليها استظهر فيها بإعلامها عند عقده عليها وإن تقدم تفويضها له على أحد القولين في ذلك ، والله أعلم .

قال عبد الحق: قوله في مسألة الذى أمره أن يزوجه بألف ، فزوجه بألفين : إن قال الرسول : أنا أغرم الألف الذى زدت وأبى الزوج : أنه لا يلزم الزوج ذلك ، [لأنه] (١) يقول : لا أرضى أن يكون صداقى ألفين (٢) .

العلة في ذلك أن الرسول يحب أن يفعل معروفاً ، ولا يلزم أحد قبول معروف يصنع فيه من هبة مالها أو غيره ، وليس العلة في ذلك ما يظن بعض الناس من أن الزوج يقول : أصير تلزمنى نفقة من صداقها ألفان ؛ وذلك لأن النفقة إنما هي على قدر حالها ومالها وحال الزوج [ق/ ٦٣أ] وليس يعتبر في النفقة صداقها ؛ لأن ذات المال الكثير قد تأخذ الصداق اليسير وذات المال القليل قد تأخذ الصداق الكثير ؛ فلا يعتبر في هذا بالصداق ، والله أعلم .

قال عبد الحق: قال بعض شيوخنا من القرويين في مثل نكاح المحرم والشغار ونحوه مما لا ينعقد عندنا ويجوز على مذهب غيرنا : تقع فيه الحرمة بلا اختلاف ، وليس يلزم على قوله: (لا طلاق فيه ولا ميراث) [ق / ٤٣ج] ألا تقع الحرمة به؛ لأن هذا باب عظيم يحتاط فيه بالتحريم .

وعلى القول الذى قال فيه : لا يلزم فيه طلاق ، لا تلزم الزوجة فيه عدة الوفاة إذا مات الزوج قبل الفسخ وإنما عليها ثلاث حيض ، ولا يلزم فيه الظهار .

وأما على القول الذى [قال] (٣) : ألزم فيه الطلاق ، فيلزمه فيه الظهار ويلزم المرأة عدة الوفاة إذا مات الزوج قبل الفسخ ، فاعلم .

(١) فى أ / أنه .

(٢) المدونة (٢ / ١١٣) .

(٣) سقط من ج .

قال عبد الحق : إذا زوج الأمة أحد الشريكين بغير إذن صاحبه إن جاء الغائب الذى لم يعلم بعد بناء الزوج فأجاز النكاح فللمجيز نصف [الصداق] (١) نقص ذلك عن نصف صداق المثل أو زاد عليه ؛ لأنه لما أجاز فكأنه رضى بنصف التسمية ، ولا بد من فسخ النكاح وإن أجازته ، وإن لم يجز النكاح فهأهنا إن نقص نصف التسمية عن نصف صداق المثل أكمل له .

قال لي بعض شيوخنا من القرويين : فيخير الشريك إذا جاء بين أن يرجع بنصف الصداق على شريكه الذى قبض أو على الزوج ؛ لأن الشريك قد تعدى . فإذا اختار الرجوع على الزوج بنصف الصداق ، رجع الزوج على الشريك الذى زوجته بما كان دفعه إليه وبجميع ما غرم للغائب .

قال : ولا يترك للعاقد نصف ربع دينار ؛ لأن البضع قد حصل له ما يكون صداقاً وهو ما أخذ الشريك الغائب ؛ ألا ترى أن من غر من وليته فزوجها فى عدة أو كان بها عيوب ترد منها أنه يرجع عليه بالصداق ولا يترك له منه ربع دينار ، بخلاف إذا كانت المرأة هى الغارة .

وهذا [الذى ذكره] (٢) بخلاف ما حكى عن الشيخ أبى الحسن وغيره من أنه يترك للعاقد نصف ربع دينار - أعنى فى هذا إذا كان العاقد قد غره وقال له : هى لى كلها ، أو قال له : هى حرة ، فأما إن أعلمه أن لغيره فيها شركاً فلا يرجع على العاقد كما وصفنا ؛ فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا تزوج العبد ولم يعلم السيد ثم باعه فعلم المشتري فرضى بذلك ثم اطلع على عيب قديم ، إنه إذا رده بالعيب القديم لا بد أن يرد ما نقص العبد عيب النكاح ؛ لأنه لما رضى بالنكاح فكأنه [عيب] (٣) حدث عنده لأن بسببه كان العيب لرضاه به ؛ فلا يرده إلا بما نقص ، والله أعلم .

(١) فى ج : التسمية .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى مسألة القائل: إذا مضى شهر فأنا أتزوجك . معناه : أنهما قصدا بعد الشهر أن يكون نكاحاً مستقراً لا يستأنفان عقده ولا يستطيعان رجوعاً فيه ، فهذا كنكاح المتعة ، ولو كانا بعد الشهر بالخيار وإنما قصدا أن يفعلا هذا على جهة الوعد لا التزام ذلك لم يكن ذلك فاسداً .

قال بعض شيوخنا من القرويين: إنما استقل مالك أن يتزوج العبد والمكاتب ابنة سيده ؛ لأن [الأب] (١) إذا مات ورثت الابنة نصيبها من زوجها فيؤدى ذلك إلى فسخ النكاح ؛ فلذلك كرهه .

فإن قيل : أليس للرجل أن يتزوج أمة والده فهلا كره هذا خيفة أن يموت الأب فيرث الولد الأمة فيؤدى ذلك إلى فسخ النكاح ؟

فالجواب [هاهنا : أنه] (٢) إذا انفسخ لم يبطل الوطاء ؛ لأنها تبقى له يطأها بملك اليمين ، والنكاح إذا انفسخ بما ذكرنا بطل الوطاء ولم يجز ؛ فافترق ذلك لهذا والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى مسألة العبد والمكاتب يتزوجا بغير إذن السيد: أما العبد فسواء غر الزوجة أو لم يغرها للسيد أن يسقط ذلك من ذمته .

وأما المكاتب فإن لم يغرها فله أن يسقط ذلك من ذمته ، وإن غرها فيوقف الأمر ، فإن عجز كان كالعبد له أن يسقط عنه وإن أدى فهو عليه ليس يسقطه ؛ فالمكاتب هو الذى يفترق فيه الوجهان لا العبد ، فاعلم [ذلك] (٣) .

قال بعض القرويين: إنما شرط فى تزويج العبد لابنة مولاه برضا مولاه ورضاها بمنزلته وكونه عبداً فلم يجبرها عليه ، وإذا كانت لا تجبر عليه فكذلك إذا دعت إليه وكره الولي لا يجبر الولي أيضاً على أن يزوجه منه .

ولم يجب فى الأمهات عن العبد إذا أبى أن يزوجه الولي منه وإنما أفصح بأنه

(١) فى أ : الأب السيد .

(٢) فى ج : أن النكاح هاهنا .

(٣) زيادة من ج .

يجبر إذا رضيت بمولى ، وليس المولى كالعبد الرقيق .

يدل على صحة هذا مسألة الولي إذا رضى برجل ليس لها بكفء فصالحها فبانة منه ، ثم أرادت المرأة أن تنكحه ، وأبى الولي ، فقد قال فيها إذا صالحها فرضيت [به] (١) بعد المصالحة وكره المولى ليس له ذلك ؛ لأنه قد رضى [ق/ ١٦٤] به مرة ، إلا أن يحدث فسقاً أو ما يكون فيه حجة غير الأمر الأول .

وفي آخر المسألة قلت : وكذلك إن كان عبداً ؟ قال : نعم ، وهو إنما احتج على الولي بأنه رضى به أولاً ؛ فهذا يدل أنه إن لم يرض بالعبد كان ذلك له على مذهب ابن القاسم ، والله أعلم . فتدبر ذلك وتأمل موضع استدلالنا على ما قلناه .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا فى الابن المتزوج أمة والده : ولاء ولده للجد ؛ لأنه عليه عتق ، فعورض بمسألة أمة الوالد يغير الولد فيزوجه على أنها حرة ثم يعلم الأب وقد ولدت ، قال فيها : إن ولاء الولد لا يكون للجد ؛ لأنهم إنما أعتقوا بالسنة .

فقال : لا تشبه المسألتان وهما مفترقتان .

وأرى الفرق الذى أراد أن الأب فى المسألة الأولى قد ابتداء تزويج أمته لولده ، وعلم أنها قد تلد فيكون الولد معتقاً عليه فصار قصده لهذا ودخوله عليه كابتداء عتق منه للولد ، وأما فى المسألة الثانية فالجد لم يعلم بذلك ولا دخل على عتق الولد فالحكم أوجب عتقه عليه ، وأما هو فلم يقصد عتقاً ولا ابتداءه ؛ فلذلك افترقت المسألتان فى الولاء ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إذا غرت المدبرة وأتم الولد رجلاً وتزوجته على أنها حرة فولدت فقتل الولد فأخذ الأب ديتهم ثم استحققت الأم [فإن المستحق] (٢) يأخذ قيمة الولد من الأب يوم قتلوا لو كانوا عبيداً ليس قيمتهم على الرجاء والخوف ، بخلاف الذين لم يقتلوا ، كذلك ينبغى ، والله أعلم .

(١) سقط من أ .

(٢) فى ج : فالمستحق .

اعلم أنه إذا كان الرجل واجداً للطول وتبعته نفسه أمة وخشى [العنت] (١) فيها يجوز له تزويجها وهو كالعادم للطول ؛ لأن الطول هاهنا لا يفيد لتعلق نفسه بها .

قال عبد الحق : إذا كان محبوب الذكر والخصى هذا لا يلزمه ولد ولا عدة على امرأته ، وإن كان محبوب الخصى فعلى المرأة العدة ؛ لأنه يطاق بذكره ولا يلزمه ولد ، وإن كان محبوب الذكر قائم الخصى فهذا إن كان يولد لمثله فعليها العدة ويلزمه الولد وإلا فلا .

وهذا معنى ما فى « المدونة » ، ونحوه حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين قال لى : والمحبوب الذكر والخصى إذا دخل بزوجه ثم طلقها فإذا بلغ إلى أقصى ما يمكن منه فعليه الصداق كاملاً ، وكذلك إذا دخل بها فادعت أنه فعل أقصى ما يقدر عليه فإن لها الصداق كله ؛ لأنه إذا بلغ أقصى ذلك قام هذا مقام الوطاء فيمن يقدر عليه ، فاعلم ذلك .

قال بعض القرويين : إنما قال فى وكيل [السلع] (٢) : له قبض الثمن ، ولم يجعل وكيل النكاح له قبض الصداق إلا بوكالة مستأنفة ؛ لأن بضع المرأة بيدها لم تسلمه ، فكان لها قبض صداقها ، والسلعة فى البيع قد سلمها إلى الوكيل فكان له [قبض] (٣) عوضها ، ولو أنه وكل على بيع سلعة ولم تسلم إليه إنما جعل إليه إشهادها فقط ، وهى بيد صاحبها كان ذلك مثل النكاح ليس له قبض [ق/ ٤٤ج] الثمن ، والله أعلم .

[و] (٤) **قال بعض أهل بلدنا :** إنما فرق بين ذلك لأن الناس لم تجر عاداتهم بإحضار الصداق عند عقد النكاح وفى البيع ستهتم التناجز فى الثمن والمثمون .

قال : ولو [كان] (٥) بيع السلعة بثمن مؤجل لم يكن للوكيل قبض الثمن إلا

(١) فى ج : على نفسه .

(٢) فى ج : البيع .

(٣) فى أ : قبل .

(٤) زيادة من ج .

(٥) فى ج : فإنه .

بوكالة عليه مستأنفة فتستوى المسألتان هاهنا للتراخي الموجود فيهما ، والله أعلم^(١) .

قال عبد الحق : قال لى بعض شيوخنا من القرويين : إذا اختلف الزوجان فى الصداق قبل البناء فتحالفا فبعد التحالف وقبل فسخ النكاح رضى الزوج بما ادعت المرأة أو رضيت المرأة بما ادعى الزوج ليس ذلك لمن أراده ويفسخ نكاحهما ، وليس ذلك مثل البيوع على مذهب ابن القاسم ؛ لأن النكاح باب ينبغى الحوطة فيه ، وإنما هو فيما وصفنا كاللعان بتمام التحالف يفسخ ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا وهب السيد لعبده زوجته فقبل العبد هبة السيد فالنكاح مفسوخ على كل حال اغترى السيد فسخ نكاحه أو لم يغتره ، ولا حجة له إن قال : لم أظن أن السيد قصد فسخ نكاحه ، وإنما يفترق اغترى السيد فسخ النكاح أو لم يغتره إذا لم يقبل العبد الهبة .

قال بعض القرويين فى دفع السيد العبد فى صداق زوجته وذلك قبل البناء فيجب فسخ النكاح وإن ترتجع عنده وإن مات العبد قبل أن ترتجعه بموت أو حوالة سوق فأعلى ضمته المرأة لأنها على الملك أخذته .

ذكر عن أبى محمد - رحمه الله - وغيره : أنه إذا تزوجها على حكمها ففرضت للزوج صداق مثلها لم يلزم ذلك إلا أن يرضى ، بخلاف الزوج يفرض لها صداق المثل ، هذه يلزمها ذلك كواهب السلعة إذا أعطاه قيمتها لزمه ذلك وليس يلزم الموهوب غرم قيمتها إلا برضاه أو فوتها ، والله أعلم .

حكى عن الشيخ أبى الحسن قال : إذا تزوجها على حكم [ق/ ٦٥] فلان . معنى قوله : (إذا رضى الزوج بذلك) إنما هو إذا فرض فلان أكثر من صداق المثل ، فأما إذا فرض صداق المثل فلا كلام للزوج .

قال لى بعض شيوخنا من القرويين فى المريض إذا تزوج ودخل فكان المسمى أكثر من صداق المثل : قول من قال : تكون الزيادة على المثل كسييل الوصايا فى

(١) هنا تم كتاب النكاح الأول فى (ج) ، ومن هنا إلى أول كتاب النكاح الثانى من (أ) .

المحاصة بذلك ، ليس بجيد ؛ لأنه لما كان لو لم يدخل الزوج لا يكون صداقها مما يحاص به الوصايا ، كذلك ينبغي إذا دخل بها أو زادت التسمية على المثل ؛ لأن البضع استحق صداق المثل بالدخول والزائد غير مستحق؛ فهو كالصداق قبل البناء الذى لم يستحق، لا فرق بين ذلك ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا فى الأب يقول: تزوجت الحرة ووطئت الأمة :

يتورع عن ذلك الولد فإن كان ذلك فاشياً من قول الأب ولا يقضى عليه ، وإن كان فاشياً وهو ظاهر «الكتاب» لأنه قد مثل ذلك بالمرأة تفشو من قولها : إنها أرضعت فلانة مع فلان. فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : الفرق بين من قال لأجنبية : أنت على كظهر أمى ، أو : أنت

طالق، وبين أن يقول : والله لا أطأك : أن الخالف على ألا يطأها ممكن أن يحدث فى يمينه قبل تزويجها بوطئه إياها [زنى]^(١) ، فلما كانت يميناً عقدها على نفسه واليمين قد يلزم الإنسان فيما يمكنه فعله أو لا يمكنه وجب أن يلزمه ذلك إذا تزوجها، والذى طلقها إنما حرمها بالطلاق ، وهى كحرمة ، وكذلك الذى يظهر منها ، كأنه إنما [أخبر نفسه حق]^(١) عليها فلم يتعلق عليها من ذلك شيء إذا نكحها إلا أن يريد: إن تزوجتك، فليزمه ذلك بوجود الصلة التى ذكرها ، وهى عقد النكاح ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : الفرق بين مسألة الوصى ينفق التركة على

الصبى ، ثم يقوم غرماء بدين لم يعلم به الوصى ، وبين ولد المفقود ينفق عليهم ثم يعلم بموت المفقود : أنه لما كان لو طرأ مال أخذه الغرماء صح أن ضمان المال المنفق على الطفل لم يكن منهم ولا معهم فى عينه خاصة ، وأما فى مسألة ولد المفقود فقد كان ضمانه من سائر الورثة فوجب رجوعهم به لهذا ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا قبضت المرأة نفقة ولدها فضاعت إن قامت

لها بيعة لا شيء عليها وإن لم تقم لها بيعة ضمنت ، وليس ذلك كالوديعة ولا كشيء

(١) هكذا بالأصل .

مضمون كالدين، وإنما ذلك كالمبيع بخيار وكمسألة الصناعات والرهن ونحو ذلك مما يتتفى الضمان فيه بقيام البيئة عليه .

حكى عن الشيخ أبى الحسن فى قول محمد : إذا علمت المرأة أن زوجها من السؤال أنه لا حجة لها إذا لم يجد ما ينفق عليها ، إلا أن يكون ممن يطوف للسؤال فترك الطواف فلها حجة بذلك وتطلق عليه فى عدم النفقة .

تم كتاب النكاح الأول بحمد الله وعونه .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
صلى الله على محمد وآله
كتاب النكاح الثاني

ذكر مالك أن النكاح والبيع لا يجوز .

قال ابن حبيب : كان البيع في [الصداق] (١) الذي أصدقها أو في سلعة غيره، وإذا فسخ النكاح قبل البناء فسخ بيع الشيء الذي وقع فيه البيع إن لم يفت .
فإن فات قال ابن القاسم في «العتبية» : بحوالة سوق أو بدن وإلا ففيه القيمة على قابضه، وقاله مطرف .

قال القاضي إسماعيل : أحسب أن مالكا ذهب في هذا إلى الاحتياط مخافة الذريعة إلى أن يستحل المرأة بغير صداق ؛ لأنه إذا أصدقها داراً على أن تعطيه عبداً أمكن أن يكون قيمتها سواء وأن يكون العبد الذي يدفعه إليه أكثر من قيمة الصداق، ولو كان الصداق أكثر من قيمة ما تدفع إليه المرأة لكان أيضاً فيه عيب ؛ لأن النكاح يكون موقوفاً حتى ينظر هل في الصداق فضل فكان العقد حين وقع لم يكن يدرى أتمَّ صداق أم لا : والنكاح لا ينبغي أن يكون إلا صحيحاً منبرماً في وقت العقد ، ولا يشبه النكاح في هذا الموضع البيع ؛ لأن الصداق فريضة . قال الله سبحانه : ﴿فَاتَوْهُنَّ أَجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ (٢) ، فلا ينبغي أن يقع حين يقع إلا على صداق معلوم أو على غير تسمية صداق ، فإن [كان] (٣) دخل بها كان لها صداق المثل .

قال غير القاضي من البغداديين : النكاح طريقه المكارمة والبيع طريقة المكايسة؛ فهما أصلان مختلفان لا يجتمعان، فإذا اجتمعا في عقد وجعل لذلك كله ثمن واحد لم يدر ما يخص البضع مما يخص السلعة من ذلك الثمن، فهذا نكاح بصداق مجهول .

(١) سقط من أ .

(٢) سورة النساء: ٢٤ .

(٣) سقط من ج .

قال عبد الحق : قال بعض [ق / ٦٦] شيوخنا من أهل بلدنا : وعلى قول غيره إذا كان يفضل للبضع ربع دينار يجوز النكاح وإن كان حين العقد لم يعلم حقيقة مقدار ذلك ؛ لأن الغير إنما خاف استباحة البضع بغير شيء ، فإذا كان يفضل له أدنى ما يكون صداقاً فأكثر جاز ذلك وإن لم يعلم ذلك المقدار ، وليس كصداق مجهول ؛ لأن النكاح فى كثير من الوجوه كبيع من البيوع ، والسلع فى البيوع إذا جمعت لم تحتج إلى معرفة ما يقع لكل سلعة من الثمن فكذلك هاهنا .

قال : [و] (١) إذا تزوجها بصداق معلوم وشرط عليها كسوة تسوقها إليه مع جهازها ولم توصف الكسوة أو وصفت ولم يضرب لها مثل آجال السلم فأكثر لم يجز هذا النكاح لا عند ابن القاسم ولا غيره ، ولا يحكم على الزوجة بكسوة وسطه على مذهب من يجيز نكاحاً وبيعاً من أجل أن هذا بيع فاسد قارن النكاح فأفسد النكاح ويسلك بالبيع مسلك البيوع الفاسدة ، ولا يحول هذا البيع [الفاسد] (٢) لمقارنته النكاح عن سنته مما يحكم فيه ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا كان النكاح فاسد العقد ودفع الزوج الصداق فتلف عند الزوجة وعثر عليه قبل البناء ففسخ ، ليس على المرأة من ذلك شيء إذا ثبت تلفه كالنكاح الصحيح إذا طلق فيه قبل البناء ؛ فوجب له الرجوع بنصف الصداق فوجد ذلك قد تلف ، وليس ذلك كالنكاح الفاسد لصداقه ، هذه إذا قبضت الصداق الفاسد وفسخ النكاح قبل البناء ، ما قبضت تضمنه ؛ وذلك أن هذا إذا دخل بها إنما لها صداق مثلها لا غير ذلك الصداق الفاسد ، وإذا كان النكاح فاسد العقد فدخل بها أخذت ذلك الصداق ، فلما كان لها عين ذلك الصداق جرى ذلك مجرى النكاح الصحيح الذى حقها فيه فى عين الصداق ، فإذا وجب للزوج رجوع وقد تلف ذلك تلفاً ظاهراً بغير سبب المرأة لم يكن عليها شيء ، والله أعلم .

وقال فى مسألة المتزوج بقلال خل يجدها خمرراً : (إن كانت القلال حاضرة لم

(١) زيادة من جـ .

(٢) سقط من جـ .

تفت فعلى الزوج مثلها) كمن أهرق لرجل قلة خل وهى حاضرة فعليه مثلها، ولو تلفت القلة غرم القيمة ؛ لأن [ما يؤكل ويشرب] (١) ما [يوزن ويكال] (٢) إذا ضبط فيه المثل لم يرجع إلى القيمة .

وقال سحنون فى مسألة [المتزوج بقلال خل] (٣) : أنها من باب الجزاف ، وقوله يرجع إلى ما وصفنا وهى أصولهم .

قال عبد الحق : وكذلك إذا تزوجها بطعام معين على الكيل فاستحق ، أو على شيء مما يكال أو يوزن إنما يرجع بمثله ، وليس ذلك كالبيوع ؛ ألا ترى إذا تزوجها بعرض بعينه فاستحق قبل البناء أن النكاح لا يفسخ بخلاف بيع السلعة بالسلعة .

وإذا تزوجها بثمرة لم يبد صلاحها على الجذ فأبقتها إلى أن طابت أن النكاح ثابت وترجع على الزوج بقيمتها مجذوذة بلحاً على ما كانت حين العقد، ويرجع الزوج عليها إن جذتها رطباً بالقيمة وإن جذتها تمرّاً بالمكيلة ، وفى البيع إذا نزل مثل هذا فسخ .

قال عبد الحق : وأراهم إنما فرقوا بين النكاح وبين البيع فى هذا ونحوه ؛ لأنه لو سلك بالنكاح مسلك البيع فوجب فسخه إذا لم يفت بالدخول كما يفسخ بيع السلعة إن كانت لم تفت إذا استحقت السلعة الأخرى أو ردت بعيب ونحو ذلك [لا تسع الضرر] (٤) فى ذلك لأن عقد النكاح قد تقرر وصحت فيه الموارثة ووجبت فيه الحرمة على الآباء والأبناء، وحرمت على الناكح أنها أيضاً بالعقد ، فلما تقررت هذه الأسباب التى ذكرنا وكانت له هذه الحرمة لم ينبغ فسخه ، والبيوع لا ضرر فى فسخها فى قيام السلعة ؛ فيفترقان لهذا ، والله أعلم .

قال : إذا نكحها على خادم ولم يصفها جاز النكاح ولها خادم وسط .

(١) سقط من ج .

(٢) فى جـ تقديم وتأخير .

(٣) فى جـ : القلال .

(٤) فى أ : لاتسع .

قال سحنون فى « كتاب الشرح » : إنما هذا إذا سُمى الجنس فى الأمة التى ذكر
فيكون عليه وسط من ذلك الجنس لا من العلية ولا من الوحش .

وإذا كان مجملاً لم يجز وفسخ النكاح قبل البناء ويثبت بعده ولها صداق المثل .

وفى « كتاب ابن المواز » فيمن تزوج بعبد بغير صفة ولا أجل : أنه جائز له
بخلاف البيع ولها عبد وسط حال ، وإن نكح برقيق ذكر العدة ولم يذكر حمران ولا
سودان لها وسط من الأغلب فى البلد من الصنفين .

وكذلك فى « المستخرجة » : قال ابن المواز : وإن لم يكن فى البلد غير حمران
وسودان وليس أحد الصنفين أغلب نظرت إلى وسط السودان ووسط الحمران فأعطيت
نصف ذلك وذلك على قيمة ذلك يوم [ق/ ١٦٧] وقع النكاح ، وكذلك إن طلق قبل
البناء ، وقاله أصبغ وقال : هى جيدة .

قال مالك فى « العتبية » : وتعطى الإناث دون الذكور وكذلك شأن الناس .

قال عبد الحق : الحماله بالصدقاك سواء كانت فى أصل عقد النكاح أو بعده إنما
يرجع على الحميل فى عدم الزوج ، وإن كان الحميل معدماً فالزوج لا محيص له من
الصدقاك ؛ إذ قد لزم ذمته ، وأما الحميل عن الزوج فهو على وجهين إن كان بعد عقد
النكاح فهو مثل الحالة لا يزول الصدقاك عن الزوج وإن كان الحامل ؛ لأنه إنما يحمل
ديناً توجه على الزوج [ق/ ٤٥ ج] .

وأما إن كان الحمل فى أصل عقد النكاح فهى مسألة « الكتاب » : إن كان الحامل
معدماً [لأنه إنما حمل] (١) ولم يدخل الزوج فإما أدى الصدقاك ودخل وإلا فارق .

وإذا كان الحمل بعد عقد النكاح [فهو] (٢) مجرى سائر الهبات إن مات الحامل
قبل أن يقبض ذلك منه بطل كهبة لم تقبض ، هكذا حفظت عن بعض القرويين .

ذكر ابن القاسم فيمن وهب لرجل مالاً فلم يدفعه إليه حتى قال لرجل : بعه

(١) سقط من أ .

(٢) فى ج : فهى .

فرسك بالذى وهبت له وأنا ضامن لك حتى أدفعه إليك، فقبض الفرس مبتاعه، ولم يذكر إن مات الواجب قبل قبض الفرس.

فحكى عن أبى محمد أنه قال : وإن لم يقبض الفرس مبتاعه حتى هلك الواجب وهو عديم لم يكن للمبتاع قبض الفرس حتى يدفع الثمن لبائعه .

وقال غيره : بل للمبتاع قبضه بلا غرم ؛ لأن الثمن قد وجب للبائع على الواهب كالحوالة .

قال عبد الحق : إذا تزوج بدار مضمونة عليه أو أسلم فى دار أو أقرض فى دار لم يجز ذلك كله؛ لأنه إذا وصف ذلك كله لا بد أن يذكر الموضع لأن المواضع تختلف تشاح الناس فيها ، وإذا ذكر الموضع صار مضموناً فى شيء بعينه ولا يكون المضمون فى شيء معين لأنه قد لا يصل إليه وقد يستحق ؛ فذلك من الغرر البين .

فاعلم أن النكاح والسلم والقرض فى الدور والأرضين والشجر لا يصح ذلك كله لما قدمناه ، ونحوه حفظت عن بعض شيوخنا [من] (١) القرويين .

وما وقع فى «الكتاب» : (إذا تزوجها على بيت أو شوار بيت) إنما يعنى به شوار البيت إلا أنه يزوجها على بيت مضمون ، وإنما سوى بين الإفصاح بذكر الشوار أو ترك الإفصاح .

وقوله : (بيت) لأنهم إنما قصدهم شوار البيت فاعلم ذلك .

اعلم أن على قول ابن القاسم إذا وهبت صداقها لأجنبى فلم يقبضه حتى تطلق الزوج إذ راعى عسرهما ويسرها يوم الطلاق، ولا ينظر إلى ثلثها إن كان حاملاً، إنما يراعى يسرها بذلك المقدار فقط لأنها زالت عن عصمة الزوج بالطلاق فلا يراعى الثلث .

وأما على قول غيره الذى يراعى يسرها يوم الهبة فيراعى إن كان الثلث تحمل فى ذلك الوقت لأنه إنما يراعى حالها فى وقت هى فيه زوجة، وهذا بين ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا زوجها بعبد موصوف فأعطاها عبداً على الصفة إلا أنه ممن يعتق عليها لم تجبر على قبوله وذلك ضرر بها .

قال عبد الحق : وكذلك على هذا القول لو كان الزوج عبداً فتزوجها على عبد موصوف فأعطاها سيد العبد العبد في صداقها وهو على الصفة لا تجبر على قبوله وذلك ضرر ؛ لأنها إذا قبلته انفسخ نكاحها .

فلما كان هذا فيما وصفنا صار كأنها ليست الصفة [المشترطة] (١) ؛ إذ من عقدهما صفة بتملك ويصح للزوجة أخذها ، وهذه صفة لا يصح لها ملكها فكان الأمر فيه على حسب ما علم من قصدهما ؛ فاعلم ذلك ، ثم يموت وهي حامل هاهنا للورثة بيعها باتفاقهم أو لدين عليهم .

والفرق بين المسألتين : أن الذي أعتق الجنين في حال الصحة قد مات والأمة ملكاً للورثة لا سبب له فيها فمنعنا إياهم من الأمة ضرر بهم .

والذي أعتق الجنين في حال المرض قد فعل في الأمة وهو مريض فعلاً يعتق جنينها فأشغل جميعها ؛ فوجب أن تجعل في الثلث ولا يكون سبيلاً إلى بيعها ؛ فصار حكم الجنين الذي أعتق في حال الصحة أضعف من حكم الذي أعتق في حال المرض على ما بينا . وهكذا حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين .

قال بعض القرويين : العلة في الأمة المخدمة أنه لا يطؤها سيدها أنه يفسد الحيازة على المخدم ، ليس لأنها قد تحمل فتبطل الخدمة ؛ لأنه قد قالوا : يجوز وطء المستأجرة فلو كانت العلة خوف الحمل كان يمنع هاهنا أيضاً ، والله أعلم .

واعلم أنهما إذا تقايلا في الأمة بعد الحيضة عند الحين فيها المواضعة ولا حجة على بائعها أولى بكونها عند الأمين وليس الأمين هاهنا كالمودع إذا حاضت عنده ثم اشتراها من صاحبها هاهنا يسقط فيها المواضعة بخلاف إذا باعها من غيره ؛ فاعلم افتراق ذلك وتدبره [ق / ٦٨] .

(١) في أ : المشترط .

واعلم أنه إذا ثبت أن الأمة زنت فبيعت لم يكن فيها مواضعة ، وهو منصوص
هكذا كمسألة الأمة المتزوجة تباع أو المعتدة من زوج أنه ليس في ذلك إذا لم يثبت
زناها .

تم كتاب النكاح الثاني بحمد الله وعونه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

صلى الله على محمد وآله وسلم

كتاب النكاح الثالث

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا تزوج امرأتين في عقدة واحدة ولم يسم لكل واحدة صداقها وفات ذلك لا يبلغ هذا مبلغ النكاح بالغرر في طرحه ووجوب صداق المثل ، بل يقسم المسمى على صداق مثل كل واحدة، وتعطى كل واحدة ما يخصها من ذلك ؛ ألا ترى أن في البيع إذا جمع الرجلان سلعتيهما فباعهما بثمن واحد.

في « كتاب » محمد : إذا نزل ذلك وفات فسمى المسمى ولم يقل إن في ذلك القيمة إذا فات كما [يعمل] (١) في البيوع الفاسدة ، والنكاح أيسر من البيوع . يريد إذ طريقه المكارمة ، ويجوز فيه أشياء لا تجوز في البيع ، فاعلم ذلك .

وقال غيره من شيوخنا القرويين : إذا طلق قبل البناء أو مات فليس لها شيء ؛ لأن الصداق مجهول ؛ فهو كالنكاح بغير يطلق فيه أو يموت إنه لا شيء لهما ، وهو ظاهر ما في « الكتاب » ، والله أعلم.

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإذا زوج رجل أمتيه من رجل في عقد ولم يسم صداق كل واحدة فهما كالحرتين سواء ، وذلك أن الصداق يتبعهما لو عتقتا فالمال لهما ؛ فكانتا كالحرتين لهذا ، ولا يستحق ذلك لكونهما ملكاً لرجل واحد ؛ فاعلم.

قال بعض شيوخنا من القرويين : في [مسألة] (٢) المتزوج أم امرأته فيدخل بها ولا يشعر بذلك حتى يأتي بولد فيقول : كنت عاملاً بحرام ذلك وإن الولد لاحق به ،

(١) في ج : يستعمل .

(٢) سقط من أ .

وهو مأخوذ بالحد لإقراره ، إلا أن يرجع ؛ وذلك أنه يتهم فى نفى نسب قد استقر للولد بظاهر الأمر ؛ فهذه مسألة يجتمع فيها الحد والنسب .

وكذلك الذى استحقت من يده أمة [بحرية] (١) وقد ولدت منه فقال : كنت اشتريتها وأنا عالم بحريتها ، عليه الحد ونسب الولد فات ؛ لأنه متهم أيضاً فى نفى نسب ولده .

سألته عن المسألتين فقال مثل ما ذكرنا ، [فاعلم ذلك] (٢) .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا تزوج أختاً على أخت عالماً بالتحريم ووطئ وجب عليه الحد إلا أن تكونا أختين من الرضاع ؛ [فالحد ساقط ، لأن هذا تحريم السنة والأول تحريم القرآن] (٣) .

وأما فى تزوجه المرأة على عمتها [أو] (٤) خالتها فلا يحد؛ لأن هذا تحريم السنة .

هذا أصل : كل ما كان من تحريم السنة لا حد فيه ، وما كان محرماً بالكتاب [فيه] (٥) الحد إذا لم [يعتذر بجهل] (٦) فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : فى المرأة التى طلقها طلاقاً رجعيّاً فأراد أن يتزوج أختها ، أو خامسة بها ، فقالت : (احتبس) (٧) الدم عنى : هى مصدقة حتى ينقضى لها سنة ، فإن ادعت التحريم بعد السنة لم يصدق على الزوج ؛ لأن ذلك يظهر فينظر إليها النساء فإن صدقها النساء وإلا لم يلزم الزوج أن يتربص إلى

(١) هكذا بالأصل .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى ج : فلا نجد لأن هذا تحريم السنة ، وهذا أصل كل ما كان من تحريم السنة لا حد فيه ، والأول تحريم القرآن .

(٤) فى أ : و .

(٥) فى أ : فعليه .

(٦) فى ج : يعتذر بجهالة .

(٧) فى أ : احتسب .

أقصى حمل النساء، والله أعلم.

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا حنث في [ظهاره] (١) ثم ارتد ثم أسلم

سقط عنه؛ لأنه إنما وجبت عليه كفارة .

يريد : فصار ذلك كندر نذره للمساكين أنه إذا ارتد ثم أسلم سقط عنه بخلاف

الظهار المجرد إذا لم تجب فيه كفارة، وذكر لى أن بعض القرويين كان يقول : لا فرق

بين أن يحنث أو لا يحنث في الظهار ، ذلك ساقط بالارتداد - كان ظاهراً مجرداً أو

غير مجرد ؛ لأن فيه الكفارة فتسقط بالارتداد بخلاف الطلاق الواقع ، ويتبع في ذلك

ظاهر «الكتاب» لأنه ذكر أنه يسقط بالارتداد ولم يفصل فيه [والله أعلم] (٢) .

وفرق بين الوجهين في « كتاب محمد » على ما قدمنا أولاً ، فاعلم .

وفي « كتاب محمد » : أن المرأة إذا أحلها لزوج كأن طلقها ثلاثاً ثم ارتدت

سقط الإحلال كما يسقط الإحصان .

قال عبد الحق : بخلاف ارتداد الزوج بعد أن أحل ، فاعلم ذلك .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا تزوجها على أن لا صداق لها ثم أسلما

بعد البناء لا شيء للمرأة ، وكذلك في « كتاب ابن المواز » .

وقد جمع في « المدونة » بين مسألة التي تزوج بخمر والتي تزوج بلا صداق ؛

لكن أجاب [عن] (٣) مسألة الخمر ، ألا تراه قال في المدخول [بها] (٤) : (إن لم

تكن قبضت) فذكر القبض إنما يحسن في مسألة الخمر .

وأما التي تزوجها بلا صداق فلا يحسن [ق / ٦٩] فيها هذه العبارة ؛ إذ لم

يدخل على قبض شيء فيقول : إن لم يقبض ، وليس الذي في « كتاب محمد »

بخلاف لما في « المدونة » ، والله أعلم .

(١) في ج : ظهار .

(٢) سقط من ج .

(٣) في ج : على .

(٤) سقط من أ .

قال ابن حبيب فى التى تزوجها بلا صداق : إذا أسلما قبل البناء خير الزوج من أين يعطيها صداق المثل أو يفسخ النكاح ، وإن أسلما [بعد البناء فلها صداق المثل ، فهذا قول آخر خلاف ما قدمنا .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإذا أسلما [(١) ولم يدخل بها وقد قبضت الخمر وتخللت فى يدها ، فإن كانت قيمة الخل ربع دينار فأكثر كان للزوج أن يدخل بها ، ولا شيء عليه غير ذلك .

قال عبد الحق : سألت بعض شيوخنا من القرويين : إذا أسلمت الزوجة خاصة قبل البناء وقد قبضت صداقها وهو خمر أو خنزير فقال : عليها قيمة ذلك وإن كان قائماً ، ويراق الخمر عليها ؛ لأنها لما أسلمت فمتعته منه بإسلامها فكانت كالمسلم يستهلك خمرًا لنصرانى أن عليه قيمته فى مذهب ابن القاسم ، وكما قالوا : إذا أسلف نصرانى لنصرانى خمرًا ثم أسلم المسلم أن عليه قيمة ذلك .

وقال غير واحد من شيوخنا القرويين فى مسألة الحربى يقدم مع زوجته إلى أرض الإسلام بأمان فيسلم أحدهما قال : إذا أسلم الزوج ليس للمرأة أن ترجع إلى بلدها وإن احتجت بالأمان فلا مقال لها ؛ لأنها علقَت نفسها بالزوج فلا كلام لها وإن أسلمت هى أيضاً فلا سبيل للزوج إليها .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما تبقى عصمة المجوسى على زوجته إذا أسلم ثم أسلمت [هى] (٢) بعد شهر أو أكثر منه عند الغفلة عن العرض عليها الإسلام إذا كان ذلك بعد البناء ، فأما قبل البناء إذا أسلم الزوج فلا تبقى زوجة له إذا لم يسلم بالقرب جداً ولا يستخف هاهنا الشهر ونحوه ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإذا قدمت الحربية بأمان فأسلمت أو لم تسلم ، ثم سبى الزوج [بقرّب ذلك فأسلم فى عدتها] (٣) فهما على نكاحهما ؛ لكن تخيير الزوجة فى أن تقيم معه أو تفارق من أجل أن الرق الذى طرأ عليه بسببى

(١) سقط من ج .

(٢) زيادة من ج .

(٣) سقط من ج .

المسلمين له ، كما تخير المعتقة تحت عبد .

وكذلك إذا سبى هو أولاً ثم قدمت هي بأمان فأسلمت أو لم تسلم ، فإن أسلم في عدتها فهما على نكاحهما إلا أنها تخير من جهة الرق الذي فيه ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما وجب أن تصدق التجار بين العبدین اللذين باعوا نكاحاً وإن كان التجار كفاراً ؛ لأنهم يقولون : إنما بعنا على أنهما زوجان ، فهو عيب باعوا عليه ونقص عليهم من أيمانهم ، وليس ذلك من باب [الشهادة] (١) .

قال بعض شيوخنا من القرويين في مسألة القادم من أرض الحرب مسلماً فيغتم المسلمون [أهله] (٢) وولده وماله : إنما يصح كون ولده فيئاً إذا كان من وطء في حال الشرك ، فأما إن كان الولد حادثاً بعد إسلام الأب فلا يكون فيئاً ، والله أعلم .

قال غير واحد من شيوخنا من القرويين : وإن عقل هذا الولد الكفر فترك عليه كما قال ابن القاسم في الذي أقر أولاده حين عقلوا دين الكفر ، وإن كان في هذه ولدوا في حال الكفر وفي مسألتنا ولدوا بعد الإسلام فهم إنما ولدوا في دار الكفر فلهم حكم الدار إذا عقلوا دين الكفر ، والله أعلم .

وقال في مسألة « الكتاب » : لا يكون الولد مسلماً لأنه إنما جعل له حكم الدار في كونه فيئاً للمسلمين ، فكذلك يكون كافراً ولا يكون مسلماً كأبيه ، والله أعلم .

وعلى قول غيره يكون الولد مسلماً إذا جعله تبعاً لأبيه إلا أن يعقل دين الكفر [ق/ ٤٧ج] [فيترك] (٣) عليه ، [والله أعلم] (٤) .

قال عبد الحق : أعرف لابن المواز إذا خرج مع المسلمين في الجيش فغنم معهم

(١) في ج : الشهادات .

(٢) في أ : ماله .

(٣) في : فترك .

(٤) سقط من ج .

أهله وماله قال : يفسخ النكاح بينه وبين زوجته من أجل أنه ملك [شيئاً منها] (١) .

ويتبين لى أن هذا على قول غير ابن القاسم الذى يرى أنه إذا سرق من المغنم لا يقطع ، وإذا وطئ جارية لم يحد ، وأما على مذهب ابن القاسم الذى يرى أنه يحد فينبغى ألا يفسخ النكاح ؛ لأنه إذا لم ينف الحد ولم ير ذلك شبهة وقد قال النبى - عليه السلام - : « ادروا الحدود بالشبهات » (٢) ، فكذا ينبغى على تقييد هذا لا يكون كمالك بعضها ولا يفسخ النكاح ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا طلق الذمى امرأته ثلاثاً ثم رافعا إلينا ورضيا بحكم الإسلام فحكم الحكم بالفراق [ق / ١٧٠] .

ثم أراد أن يردها إلى الزوجة ويبقيها على حال ما كانت أولاً كرهاً لم يكن له ذلك ومنع منه ، وأما إن تراضيا على النكاح لم يمنع منه ، وإن لم تتزوج زوجاً غيره ، وإن أسلما جميعاً جاز أن يتزوجها قبل زوج لأن طلاق الشرك ليس بطلاق .

فإن قيل : لم أمرت لهما أن يتراجعا في حال الكفر قبل زوج وهذا ترك لحكمنا بينهما الذي يتراضيا به ؟ .

فالجواب : أن هذا ليس رجوع عن حكمنا ، لأن حكمنا بينهما [(٣)] إنما أفاد أنه لا سبيل إلى ردها إلى حال الزوجية كما كانت أولاً ، فأما إذا تراضيا جميعاً لم يعرض لهما في ذلك .

قال : وأما إذا تراضيا وهما نصرانيان أن يحكم بينهما في الزنا فلا يحكم الحكم بالرجم ، لأن الرجم في الإسلام إنما يتعلق على من كان محصناً ، وليس هاهنا إحصان يوجب الرجم إنما الحكم بالجلد ، والله أعلم .

(١) فى أ : منها .

(٢) أخرجه الترمذى (١٤٢٤) والحاكم (٨١٦٣) والبيهقى فى «الكبرى» (١٦٨٣٤) والخطيب فى «تاريخه» (٥ / ٣٣١) وابن عساكر فى «تاريخه» (٦٥ / ١٩٤) من حديث عائشة .
ضعفه الزيلعى ، والحافظ ابن حجر ، والألبانى ، وجماعة .

(٣) سقط من ج .

وحكى لي بعض شيوخنا القرويين : عن الشيخ أبي الحسن [ابن] (١) القاسمى أن مذهبه إذا تراضيا بحكم الإسلام فى الطلاق وإنما يحكم الحكم بالفراق ، ثم إذا أسلما جاز أن يتزوجها قبل زوج ولا يمنع منها .

قال عبد الحق : سألت بعض شيوخنا [من] (٢) القرويين : لم قال ابن القاسم فى الذى أسلم وله ولد مراهق ثم مات : يوقف الأمر إلى بلوغ الولد ، وعلى مذهبه إذا قتلهم قاتل يقتل بهم ، فكيف يحكم لهم بحكم الإسلام فى وجوب القتل على من قتلهم ولا يحكم لهم بحكم الإسلام فى وجوب الميراث لهم دون ترقب بلوغهم؟
فقال : إذا قتلهم قاتل فقد قتلهم وهم على الإسلام حقيقة ولا يترقب منهم زوالاً عنه ، لأنهم ماتوا عليه ، فوجب لذلك قتل قاتلهم ، وأما فى الميراث فنحن لا ندرى هل يدوم إسلامهم إلى البلوغ [أو] (٣) لا فترقبنا بلوغهم لجواز أن يرجعوا عن إسلامهم ، والله أعلم .

قال : وجواب ابن القاسم فى وطء الصغيرة المجوسية إذا أسلمت يناقض جوابه فى الميراث ، ويلزمه أن يقول : لا توطأ خيفة أن ترجع عن الإسلام كما منع أن يرث الولد خيفة رجوعهم عن الإسلام وهو باب واحد فى الاحتياط .

قال بعض شيوخنا من القرويين : فى مسألة الذى أسلم ثم مات وله أولاد مراهقون : إنه إن مات بعد ذلك بعض ولده قبل بلوغهم ، فمن كان منهم عند الموت مسلماً فله حكم المسلم ويرث أباه ، ومن كان كافراً فلا يرث من أبيه شيئاً وله حكم الكافر فى جميع الأشياء ، وإنما كان أمرهم موقوفاً لينظر ما الذى يصح منهم عند البلوغ ، فأما إذا وقع الموت فهم محمولون على ما كانوا عليه عند الموت من كفر أو إسلام .

قال : وإنما يراعى حالهم عند البلوغ فمن ألف البلوغ مسلماً فهو مسلم ومن ألف

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى ج : أم .

البلوغ كافراً فهو كذلك ، ولا يقال لهم بعد البلوغ : أسلموا ، [و] (١) إنما البلوغ يكشف ما هم عليه حتى لو ألف البلوغ أحدهم مسلماً ثم أبى بعد ذلك من الإسلام كان حكمه حكم المرتد ، ولو قتل هؤلاء الولد قبل البلوغ فمن كان يظهر الإسلام منهم قتل قاتله ، ومن كان يظهر الكفر لم يقتل قاتله؛ لأنه لا يرجى منهم أمر بعد قتلهم فهم على ما كانوا عليه عند موتهم ، ولو جرح أحد منهم قبل البلوغ فها هنا يوقف أمرهم ، لأن المجروح يرجى إسلامه فيترقب أمره حتى يعرف ما يليقه البلوغ عليه ، بخلاف إذا قتل لأن هذا لا يرجى منه أمر لذهاب نفسه ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا أسلم زوج المجوسية الطفلة يعرض الإسلام على [أبيها] (٢) إذا كانت لا تعقل [الإسلام] (٣) ، وعرض الإسلام على [أبيها] (٤) كعرضه عليها لو كانت كبيرة إذ ذلك يوجب إسلامها .

قلت : فلو لم يكن لها [أب] (٥) ؟

قال : يبقى الأمر موقوفاً حتى تعقل .

قلت : فإنهما لا يتوارثان إذا وقع الموت ، فكيف يوقف من لا توارث بينهما ؟

فقال : لا بد من الإيقاف ليعلم ما يستقر أمرهما عليه .

قال بعض شيوخنا من القرويين في قول غيره : إذا أسلم عن أم وابنتها ولم يدخل بهما : لا تحبس واحدة منهما ، إنما يصح ما قال إذا كان تزوجهما في [عقد واحد] (٦) ، وأما إن كان تزوجهما واحدة بعد واحدة فإنما يفرق بينه وبين الثانية فقط ولا يكون أشد حالاً من المسلم إذا فعل ذلك أنه إذا تزوجهما في [عقدين] (٧) ولم

(١) زيادة من أ .

(٢) في أ : أبويها .

(٣) سقط من ج .

(٤) في أ : أبويها .

(٥) في أ : أبوان .

(٦) في أ : عقدة واحدة .

(٧) في أ : عقدين .

يدخل بهما إنما يفرق بينه وبين الثانية فقط ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إذا كان له أربع نسوة فطلق واحدة منهن في دار الحرب فأراد تزويج أخرى بعد طلاقه التي في دار الحرب طلقة رجعية أو طلقتين فلا يجوز له [التزويج] (١) إلا بعد [ق/ ١٧١] خمس سنين من يوم خرج من دار الحرب لاحتمال أن تكون حاملاً فينتظرها أقصى حمل النساء وهو خمس سنين ، وإن طلق بعد خروجه بسنة فلا يتزوج إلا بعد أربع سنين ، وإن طلق بعد سنتين فأكثر فلا بد من ثلاث سنين لاحتمال أن [تستراب] (٢) فتأتيها الحيضة قبل تمام السنة بيوم أو يومين ويضمنها في السنة الثانية كذلك وفي الثالثة يكمل إما ثلاث حيض أو سنة لا حيض فيها ، فاعلم أن ثلاث سنين مستقبلة لابد منها لما وصفنا ولو كان طلاقه إياها بعد خمس سنين أو أكثر من يوم خروجه عنها .

[تم كتاب النكاح الثالث بعون الله ونعمته] (٣) .

(١) في أ : أن يتزوج .

(٢) في أ : تستريب .

(٣) زيادة من أ .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الرضاع

قال الله [عز وجل] (١) : ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ﴾ (٢) وقال [الرسول] (٣) عليه السلام: «يحرم من الرضاعة ما يحرم من [الولادة]» (٤) (٥) ، وسقط : «حديث خمس رضعات» (٦) لأن عائشة التي روته خالفته واختلفت الروايات عنها في عدد الرضعات ، وقد أجرت هي بعد الرسول أكثر من خمس رضعات ، ولأنها أحالته على القرآن ، فلما لم يوجد [القرآن] (٧) فأخبار الأحاد بطل استعمال هذا الحديث إذ لا يكون قرآن مختلف فيه ولم يجمع على العمل به فيؤخذ بالإجماع .

فحديث ابن الزبير : « لا تحرم المصة ولا المصتان » (٨) روى من طريق صحيح عن ابن الزبير عن عائشة ، فعلم أنه مستخرج من حديث « خمس رضعات » ، وما روى عنها في توقيت ذلك من الاضطراب فسقط التوقيت بما ذكرنا ، وقد روى [عن النبي] (٩) عليه السلام : « أن المصة والمصتين تحرم » (١٠) فعارض هذا الحديث

(١) في أ : تعالى .

(٢) سورة النساء : الآية ٢٣ .

(٣) زيادة من أ .

(٤) في أ : النسب الولادة .

(٥) أخرجه البخارى (٢٥٣) ومسلم (١٤٤٤) من حديث عائشة رضى الله عنها .

(٦) أخرجه مسلم (١٤٥٢) وأبو داود (٢٠٦٢) والنسائى (٣٣٠٧) ، والدارمى (٢٢٥٣) وابن

حبان (٤٢٢١) والشافعى (١٠٧٧) والبيهقى فى « الكبرى » (١٥٣٩٧) وإسحاق بن راهويه

فى « مسنده » (١٠٠٧) من حديث عائشة رضى الله عنها .

(٧) سقط من أ .

(٨) أخرجه مسلم (١٤٥٠) وأبو داود (٢٠٦٣) والترمذى (١١٥٠) والنسائى (٣٣١٠) وابن

ماجة (١٩٤١) وأحمد (٢٤٠٧٢) وسعيد بن منصور (٩٦٩) من حديث عبد الله بن الزبير

عن عائشة .

(٩) فى ج : للنبي .

(١٠) لم أقف على هذا الحديث .

حديث عائشة فلم يكن أحد الحديثين أولى بالاستعمال من الآخر، هذا أشد الأمور علينا في حديث عائشة لو لم نجد سبيلاً إلى إسقاطه فإذا تعارضاً كما وصفنا أوقفنا الحديثين، ورجعنا إلى ظاهر كتاب الله - عز وجل - فأوجبنا الحرمة بأقل ما يقع عليه اسم رضاع وهو مصة واحدة فأكثر (١) [والله أعلم] (٢) .

قال عبد الحق: قال لي غير واحد من القرويين : إنما وجب الفراق في قول الأب : أرضع فلان مع ابنتي ، وكان بخلاف الأم في مذهب ابن القاسم ، لأنه لما كان الأب إليه عقد النكاح كان مقراً بأن عقد النكاح الذي بيده فاسد لا يجوز إقراره ، والأم ليس لها ذلك [ق / ٤٨ ج] فافترقا ، وكذلك ينبغي إذا قال ذلك الوصي ، لأن عقد النكاح إليه فهو كالأب ، ولو كان الأب إنما قال ذلك في ابنته الشيب أو ابنة الكبير لم يقبل ذلك ، لأنه لا يعقد عليهم كرهاً ، [وإذا] (٣) قال ذلك في صغرة الابنة ثم كبرت وصارت ثيباً فنكحته ، أمر الزوج بالفراق ولا يقضى عليه به ، ولو كان قد زوجها الأب بعد قوله في حال صغرها فحكم بالفسخ ثم كبرت ، فبعد ذلك نكحته ، فسخ النكاح ؛ لأنه قد تقدم الحكم بفساد ذلك .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا شهد رجل وامرأة في الرضاع وفشا ذلك من قولهما فذلك كالمرايتين يفسو من قولهما ولا يكون الرجل الذي انضاف إلى المرأة أضعف حالاً من امرأة .

قال بعض شيوخنا [من القرويين] (٤) : قوله : (إذا أرضعت امرأة أخيه صبيه حرمت) (٥) إنما ذلك إذا دخل الأخ بزوجته ، فأما إن لم يدخل بها فلا يحرم عليه لأن اللبن إنما يكون له إذا دخل وأما قبل بنائه فلا .

(١) وهو قول سفيان الثوري ، ومالك بن أنس ، والأوزاعي ، وعبد الله بن المبارك ، ووكيع ، وأهل الكوفة .

(٢) زيادة من أ .

(٣) في أ : ولو .

(٤) سقط من أ .

(٥) المدونة (٢ / ٣٠١) .

قال عبد الحق : قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا وطئ زوجته الميتة لا يحد، وعاب ما ذكر عن بعض الناس من وجوب الحد عليه ، قال : ألا ترى أنه يغشاها مجردة وينظر إليها فأى شبهة أعظم من هذا .

وقال عبد الحق : وإنما قالوا : إن من وطئ ميتة يحد ولم يوجبوا عليه لها صداقاً؛ لأن الصداق من حقوق الأدميين، فلما وجدناه لو قطع [لها] (١) عضواً لا قصاص فيه ولا دية فكذلك ها هنا، وأما الحد فمن حقوق الله تعالى فيجب عليه لعظم ما انتهك وفعل .

قال عبد الحق : واعلم أنه إذا أقر أحد الزوجين أن الآخر أخوه من الرضاعة وأكذبه الآخر ولا بينة على ذلك ، فإن كان الزوج هو المقر - وذلك قبل بنائه - فيعد كالمطلق قبل البناء ويلزمه نصف الصداق ويفرق بينهما بإقراره ، وإن كان بعد البناء فرق بينهما أيضاً وجميع الصداق قد وجب عليه بالبناء ، وإن كانت المرأة هي المقررة فتهتم على فسخ النكاح فلا قول لها إلا أن يصدقها الزوج ، فإن صدقها وذلك قبل البناء فرق بينهما ولا صداق عليه ، وإن كان قد بنى بها فيرجع [ق/٧٢ أ] عليها بالصداق لأنها غرته إلا أن تعذر بسبب ما مما يسقط كونها غارة فلا يرجع عليها بشيء ، والله أعلم .

قال عبد الحق : عن الشيخ أبي الحسن أنه قال في مسألة الأربع مراضع يتزوجهن ترضع جميعهن امرأة فاختر واحدة وفارق باقيهن ، قال : فراقه إياهن فسخ بلا طلاق عند ابن القاسم لأنه لا يرى لمن فارق صداقاً ، ومن رأى لهن من الصداق شيئاً أوجب عليه في كل واحدة طلقة .

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا فارق الأربع فيجب عليه نصف صداق يقسم على الأربع فيحصل لكل واحدة ثمن صداقها ، وذلك أن واحدة من الأربع تقر على إمساكها فقد طلقها قبل البناء فوجب لها نصف الصداق فقسم ذلك النصف على الأربع ؛ إذ المطلقة غير معلومة ، ويتفق في هذا السؤال جواب ابن القاسم وابن المواز

(١) في أ : عنها .

وإنما اختلافهما في مسألة «الكتاب» ، فابن المواز يقدر فيها [هذا] (١) التقدير الذي وصفنا في هذا السؤال ويرى أنه لما كانت التي له إمساكها غير معلومة فكأنه طلقها فوجب لها نصف صداق فقسم على الأربع وأكمل للتي أمسك بقية صداقها ، فأما إذا فارق الأربع فالأمر على هذا عند ابن المواز وابن القاسم لا يختلفان في ذلك ، فتدبره .

[تم كتاب الرضاع بحمد الله وعونه] (٢) .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب إرخاء الستور

قال عبد الحق: قال بعض علمائنا : المراد بذكر إرخاء الستور : خلوة الرجل بأهله والتخلية بينه وبينها ، ولم يرد به إرخاء ستر ولا غلق باب ، وسواء فى هذا كانت المرأة صغيرة أو كبيرة ، بكرًا أو ثيبًا ، يتيمة أو ذات أب ، ممن يولى عليها أو لا يولى ، حرة أو أمة ، مسلمة أو نصرانية فالقول فى ذلك قولها لها وعليها ، وإن لم تبلغ الصغيرة المحيض إذا بلغت الوطء ولا كلام فى ذلك للأب ولا للوصى ، لأن هذا مما لا يعرف صدقه ولا كذبه إلا بقولهن فهن فيه مأمونات مقبول قولهن ، كما هن مأمونات على الحيض والعود والسقط والولادة فقد جعل الله ذلك إليهن فى قوله : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ ﴾ (١) ، كذلك ذكر ابن حبيب عن غير واحد من أصحاب مالك .

وذكر عن سحنون أنه قال: إن كانت بكرًا أو أمة فلا قول لها أن الزوج لم يطاء ، والقول الأول أصوب لما [قدمنا] والله أعلم (٢) .

قال فى «الكتاب» : إذا قال الزوج : قد [وطئت] (٣) ، وقالت هى : لم يطاء ، قد أقر لها بالصداق ، فإن تعادت أخذته وإن [تعادت] (٤) أخذت نصفه .

قال سحنون : ليس لها أخذ جميع الصداق حتى تصدقه فإن صدقته وإلا فليس لها إلا نصفه .

قال بعض شيوخنا من القرويين: وليس قول سحنون هذا خلافاً [للمدونة] (٥) ، وفى «المدونة» بيان ذلك فى موضعين :

(١) سورة البقرة: ٢٢٨ .

(٢) فى ج : قدمنا .

(٣) فى أ : وطئتها .

(٤) هكذا فى جميع الأصول .

(٥) فى أ : لما فى «المدونة» .

أحدهما : فى هذا الكتاب .

والآخر : فى كتاب الرهن .

فأما الذى فى هذا الكتاب فهو ما فى آخر [رسم دعوى المرأة انقضاء عدتها] (١) لأشهب : إذا لم يعلم له بزوجه خلوة وطلقها فأقام بينة [على] (٢) إقراره بوطئها وصدقته ، فقد قال : لها النفقة والسكنى إن صدقته ، وإن لم تصدقه فلا نفقة لها ولا سكنى ، فمنعها من النفقة والسكنى إذا لم تصدقه ، وإن كان قد أقر لها .

وأما الذى فى كتاب الرهن ، فقول ابن القاسم : إذا قال المبتاع : اشتريت السلعة بثمان إلى أجل ، وأكذبه البائع ، قال : يؤخذ بما أقر به من الثمن حالاً إلا أن يقر بأكثر مما ادعى البائع فلا يكون للبائع إلا ما ادعى .

فمنع البائع من أخذ الزيادة التى أقر له بها المبتاع ، وقال : لا يكون للبائع إلا ما ادعى [فاعلم ذلك] (٣) .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا تقرارا أنه ارتجعا قبل تمام العدة وقد انقضت الآن العدة ولا بينة على ذلك ولا علم أن الزوج كان يبيت عندها فى العدة ويدخل عليها ينبغى أن تمنع المرأة من النكاح ؛ لأنها أقرت أنها فى عصمة الزوج ، والزوج يمنع من تزويج أختها ومن تزويج خامسة بها ، هذا إن تماديا على إقرارهما فأما إن نزعا عن ذلك أو نزع أحدهما فلا يمنعان مما [ذكرنا والله أعلم] (٤) .

وهذا كقولهم فى المرأة تدعى أن زوجها طلقها ثلاثاً فلا يقبل منها ، ثم بعد ذلك يخالعا زوجها ، فتريد بعد المخالعة أن تتزوجه ، فإن قالت : كنت كاذبة فى قولى : إن زوجى طلقنى [وتماديت للزوال] (٥) عن عصمته ، فلها [التزويج] (٦) ، وإن كانت متمادية على إقرارها فلا تتزوجه إلا بعد زوج .

(١) فى ج : الكتاب .

(٢) سقط من أ .

(٣) زيادة من أ .

(٤) فى ج : وصفنا .

(٥) فى أ : وإنما أردت الزوال .

(٦) فى أ فلها أن تتزوجه .

وقال لى غيره [ق/ ٧٣] من شيوخنا القرويين فى المسألة المتقدمة : يؤخذان بما تقدم من قولهما إلا أن [يستحدثا القول أن الزوج طلقها] (١) ، و[القول] (٢) الأول أصوب ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى قول أشهب فى المعتدة : أحب إلى ألا تنكح حتى تستمر بها الحيضة الثالثة ، إلى آخرها ، قال : إن نكحت ، ثم قالت : قد انقطع الحيض عنى ، صدقت فى ذلك وفسخ النكاح ولا تهمة عليها فى إرادتها فسخ النكاح ؛ لأن هذا أمر لا يعلم [إلا] (٣) من جهتها ، وقول أشهب : إنها إذا لم تستمر بها الحيضة وانقطعت ترجع إلى بيتها ولزوجها رجعتها .

تبين ما قلنا ، لأنه لم يتهمها فى رجعة الزوج ووجوب السكنى والنفقة فكذلك لا تتهم فيما وصفنا .

قال : وسواء قالت : رأيت أول الحيضة الثالثة ولا أدرى هل يدوم ذلك بى أو لا ، أو لم تقل ذلك لأن هذا معلوم من المرأة أنه قد ينقطع عنها كما ذكرت ، وأما لو قالت هذه المرأة : [ق/ ٤٩ ج] قد انقضت عدتي ، بهذا اللفظ ، ثم تزوجت فبعد ذلك قالت : إن الحيضة تستمر بى فلهذا قلت : انقضت عدتي ، [أو] (٤) قد انقطعت عنى ، فها هنا تتهم فى فسخ النكاح فلا يقبل ذلك منها ، والله أعلم .

قال عبد الحق : [حكى] (٥) لى عن بعض القرويين : إذا رأت الحيضة الثالثة ثم انقطعت ولم تستمر بها فراجعها زوجها كما ذكر أشهب ثم بعد ذلك الانقطاع [رأت] (٦) دمًا ، فإن رأت الدم بعد أمد يكون طهرًا ، فرجعة الزوج ثابتة ، لأن هذا

(١) فى أ : يستحدث الزوج الآن طلاقًا .

(٢) زيادة من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : و .

(٥) فى أ : ذكر .

(٦) فى أ : زادت .

حبض مؤتلف ، وإن رأت [الدم] (١) في أمدٍ لا يكون طهرًا ، لم تثبت رجعة الزوج ، لأن هذا الدم وما قبله مضاف بعضه إلى بعض لما لم يكن بين ذلك ما يكون طهرًا فالذى قبل هذا الدم هو أول الحيضة الثالثة [الذي] (٢) تخرج به من العدة لإتيان هذا الدم عن قرب فقد استمرت الحيضة الثالثة وبطلت رجعة الزوج ، وأضعف هذا بعض القرويين ورأى أن رجعته تامة في الوجهين ، والقول الأول عندي صواب ، فتدبره .

قال بعض شيوخنا من القرويين : واجب على الزوج إذا أراد أن ترتجع زوجته في عدتها من طلاق رجعي أن يشهد على الرجعة ، وإن كان غير واجد عليه إذا طلق أن يشهد .

قال : لأن الله تعالى قد أمر بالإشهاد بقوله : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِّنْكُمْ ﴾ (٣) .
[قلت] (٤) : فقد أمر بالإشهاد في البيع فقال : ﴿ وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَّاعْتُمْ ﴾ (٥) فإذا كان هذا على طريق النذب فكذلك ما تقدم .

فقال : قد قال تعالى في البيع : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فليؤدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾ (٦) ، فأبان هذا أنه ليس بواجب أن يشهد في البيع [والله أعلم] (٧) .

قال عبد الحق : ذكر في «الكتاب» في المطلق إذا وطئ في العدة ولم ينو به الرجعة لا يكون ذلك رجعة .

قال ابن المواز : ويكف عنها حتى تستبرئ من وطئه الآخر بثلاث حيض مبتدئات لا يرتجعها في ذلك ، إلا أنه إن أدركها في عدتها الأولى لم تخرج منها ، ارتجع إن شاء وأشهد ولم يقربها حتى تستبرئ من مائه الفاسد ، فإن لم يدركها إلا بعد

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : التي .

(٣) سورة الطلاق : ٢ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سورة البقرة : ٢٨٢ .

(٦) سورة البقرة : ٢٨٣ .

(٧) زيادة من أ .

خروجها من عدة الطلاق لم يرتجع ولم ينكحها هو ولا غيره حتى تستبرئ بثلاث حيض .

قال أصبغ : فإن فعل فسخ نكاحه ولم تحرم عليه للأبد كما أحرمها على غيره ولو نكحها فيه ومس لأنها عدة منه وليس هو وغيره في مائه سواء .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا ادعى الزوج أنه راجع زوجته في العدة وقد انقضت الآن العدة وادعى على ذلك بينة غائبة فإن كانت قريبة الغيبة منعت المرأة من النكاح حتى ينظر في ذلك ، وإن بعدت غيبة البينة لم تمنع من النكاح ، فإن تزوجت ثم أتت البينة فشهدت بما قال [الزوج] (١) فرق بينها وبين الذي تزوجته ورجعت إلى زوجها، قال : وكذلك لو تزوجت وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم تزوجها الثانى فسخ نكاح الثانى ورجعت إلى زوجها الأول الذى ادعى أنه كان راجعها فى العدة ولا يكون الزوج الثانى واطئاً فى عدة لأنها ذات زوج .

قال عبد الحق : إذا [قال : إذا] (٢) كان غداً فقد راجعتك ، إنما لم تكن رجعة لأن الرجعة كضرب من النكاح لأنه تبقى الزوجة على العصمة ، ووجدنا النكاح إلى أجل [ق/ ٧٤ أ] لا يصح فكانت الرجعة المؤجلة كذلك ، وأما إذا قال لزوجته : إذا كان غداً فقد طلقتك ، طلقت الآن لأن الطلاق لا يكون فيه الأجل لأنه يصير الزوج واطئاً إلى مدة ولا يكون الوطاء إلى مدة أصله نكاح المتعة ، والله أعلم .

قال عبد الحق : اعلم أنه فى مسألة الأمة إذا ادعى أنه كان راجعها فى العدة وصدقه السيد والعدة الآن قد ذهب : إن أراد الزوج أن يبقى على الزوجية دفع للسيد ثلاثة دراهم فيكون ذلك كنكاح مبتدأ لأن السيد مقر أنها زوجته فإذا دفع إليه الزوج ثلاثة دراهم جاز ذلك .

قال عبد الحق فى [مسألة] (٣) زوجة العبد تطلق : لا نفقة لها .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

إنما يعنى : إذا كانت حاملاً وقد طلقها طلاقاً بائناً ؛ لأنها إن كانت أمة فولدها رقيق فنفته على من هو له ملك ، وإن كانت حرة فولدها تبع لها فى الحرية فلا ينفق العبد على مولى يملكه سيده ، وأما إذا طلق طلاقاً رجعيًا فهى فى عصمته بعد ، فتلزمه النفقة كما تلزم الحر .

قال عبد الحق : قال بعض شيوخنا من القرويين : للمخيرة والمملكة إذا قضيا بالفراق من قبل الزوج ، وكذلك الذى يتزوج على الحرة أمة فتضار نفسها ، لها المتعة أيضاً لأن الطلاق كان إليها بسبب الزوج ، وليس ذلك كالمعتقة تحت عبد ، لأن هذا أمر لا صنع للزوج فيه ، والمعتد به لا شيء لها ، وإن كان للزوج فيه شيء من أجل أنها أعطت فمحال أن تعطى .

قال عبد الحق : إذا خالغ زوجته بعبد آبق لها على أن زادها الزوج من عنده عشرة دنانير (١) .

تجرى هذه المسألة عندى على نحو مسألة من صالح عن موضحة خطأ وموضحة عمدًا بشقص ، ويدخل فيها الاختلاف ، والمعنى الجامع بين ذلك أن الزوج أخذ الأبق عوضاً عن شيئين :

أحدهما معلوم [وهو] (٢) الدنانير ، والآخر البضع الذى أزاله عن يد وثمنه مجهول ، كما أن الشقص مأخوذ عن شيئين : أحدهما معلوم وهو موضحة الخطأ . والآخر : مجهول وهو موضحة العمد ، فيكون نصف الأبق على قول ابن القاسم للعشرة دنانير ونصفه للبضع ، كما جعل الشقص نصفه للموضحة الخطأ ونصفه للموضحة العمد ، فيفسخ البيع فى نصف الأبق وترد المرأة العشرة دنانير ويكون لها نصف الأبق ونصفه للزوج [بحق] (٣) الخلع ، فتأمل ذلك .

وجريان الخلاف فى المسألة ، وتدبره تجده صحيحاً إن شاء الله .

(١) المدونة (٢/٢٤١) .

(٢) فى أ : وهى .

(٣) فى أ : عن .

وقال : إذا خالغ زوجته واشترط أنها إن طلبت شيئاً عادت [زوجته] (١) فشرطه باطل والخلع يلزمه ولا رجعة له .

قال في «كتاب ابن المواز» : فإن ظنا أن شرطهما جار فطلبت ذلك فرده إليها وردّها إليه [وأصابها: قال مالك: يفارقها وليس لها بإصابته إلا ما كان رده إليها] (٢) بهذا يكون ذلك صداقها بإصابته كان أقل من صداق مثلها أو أكثر .

قال بعض شيوخنا من القرويين : يريد ما لم يكن ذلك أقل من ربع دينار فلا بد أن يتم لها ربع دينار .

قال: فإن قيل : فإن المرأة قد دخلت على ذلك المقدار ، فلا يكون لها غيره وإن نقص عن ربع ردينار كمن طلق قبل البناء أو طلق ثلاثاً بعد البناء ثم وطئ في العدة: أنه لا صداق لها ، لأنه لم يطاء على أن عليه شيئاً .

قيل : هذا لا يشبهه ، لأن هذا وطئ على الملك الأول وفي مسألتنا لم يطاء إلا على عوض ، وهو الشيء الذي طلبته ، فإذا كان ذلك العوض أقل من ربع دينار فلا بد أن يكمل لها؛ إذ الأبضاع لا تستحق بأقل من ذلك ، والله أعلم .

قال في «كتاب ابن المواز» : ولو أنها حملت منه فصالحها على شيء آخر أعطته أو على أن أبرأته من نفقة الحمل والرضاع كان الصلح الآخر باطلاً ويرد عليها ما كان أخذ منها ويكون عليه النفقة .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا خالغته على جنين في بطن أمه النفقة على المرأة إلى خروج الجنين ، وكذلك [إذا] (٣) خالغته على ثمر لم يبد صلاحه ، النفقة على [ق/١٧٥] الأصول على المرأة كالبيع سواء ؛ لأن الخلع على الثمرة قبل بدو صلاحها على بقاء الثمرة قد جوز ، فإنما هو كبيع الثمرة بعد بدو صلاحها أن السقى على البائع ، وليس للمرأة أن تجبر الزوج على جذ الثمرة ؛ لأنه إنما دخل على

(١) في أ : زوجة له .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : إن .

بقائها، وأما الخلع بالآبق فالزوج يطلبه ، فنفقته والأجر فيه على الزوج .

وقال غيره من شيوخنا القرويين : سقى الثمرة على الزوج وليس ذلك كالبيع ،
ألا ترى أن الثمرة في البيع إذا أصبحت للمشتري الدرك، وإذا أصبحت في الخلع
فهى من الزوج لا مطالبة له على الزوجة فليس الخلع كالبيع فى هذا .

قال غير واحد من شيوخنا القرويين : وإذا خالعتة على عبد آبق فثبت أنه كان
ميتاً قبل وقوع الخلع بينهما لم يكن للزوج درك على المرأة ؛ لأنه على الغرر
[ق/ ٥٠ ج] دخل إلا أن يثبت أن المرأة علمت بموت الآبق قبل الخلع فها هنا قد غرته
فعلها قيمة الآبق على غرره ، والله أعلم .

سألت بعض شيوخنا القرويين عن قوله : (إذا قال لها : أنت طالق على عبدك
هذا ، أنها إن قبلت قبل التفرق وإلا فلا كلام لها) هل هذا على أحد القولين فى
التملك ؟ فقال : لا يدخل الاختلاف ها هنا ، لأن هذا ضرب من المبايعة يقتضى
الجواب فى الحال فإذا افترقا ولم تجب فلا كلام لها .

وقال فى الذى يشترط أن أمر زوجته بيده فى عقد نكاحها : (إن فعل كذا أو
أرسل إليها بذلك رسولاً أو شرط لزوجته إن غاب عنها فأمرها بيدها) ونحو هذا لا
يقتضى هذا المجلس ولها أن تقضى فى هذا بعد المجلس لأن أصله على التراخى
بخلاف المسألة التى اختلف فيها قوله ، فاعلم ذلك .

قال بعض شيوخنا من القرويين فيما فى «المدونة» من رواية ابن وهب [وابن
القاسم] (١) قال (فيمن طلق وأعطى) (٢) والاختلاف الذى ذكر إنما هو فى «كتاب ابن
وهب» (فيمن صالح وأعطى) ليس (فيمن طلق وأعطى) ، وكذلك أيضاً فى «كتاب
ابن المواز» ، فهذا هو الصحيح والنقل الذى فى «المدونة» ليس بصحيح : (من طلق
وأعطى) لا خلاف فيه أن الرجعة له لأنه إنما وهبها هبة وطلقها فليس هذا من الخلع
[بشيء] (٣) ، والله أعلم .

(١) سقط من ج .

(٢) المدونة (٢ / ٢٤٤) .

(٣) فى أ : فى شيء .

قال غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا في القائلة لزوجها : **بمعنى طلاقى** بكذا، **فعل :** إنما تطلق عليه واحدة لا ثلاثاً ، قال بعضهم : ولو قالت : **بمعنى عصمتك على** . فهذا يقتضى الثلاث ، كمن قال لزوجته : لا عصمة لى عليك ، أن ذلك يقتضى الثلاث .

قال بعض شيوخنا من القرويين في الذى خالع زوجته ثم تبين أن به أو بها داء يجب الرد به : هذا الذى فى «المدونة» فى المسألة ليس هو جواب ابن القاسم وإنما هو لعبد الملك ، وأما على مذهب ابن القاسم : فلا فرق بين أن يظهر العيب بالزوج أو بالزوجة ، الخلع ماض فى الوجهين ، فاعلم ذلك .

قال غير واحد من شيوخنا القرويين : إنما كانت النفقة بعد الحولين ونفقة الزوج أمراً معلوماً به غرراً إذا خالعا على ذلك ، من أجل أن القصد فى ذلك حمل النفقة فى حال الحياة ، فإذا وقع الموت سقطت فلما كان هذا قصدهما [كان] (١) غرراً ، فأما لو أفصحنا أن الموت إذا نزل لم تسقط النفقة ووقع الطلب بها لجاز الخلع كما أن البيع يجوز فيه مثل هذا لو باع منه سلعة على أن على المشتري نفقة البائع أمداً معلوماً لجاز فكيف فى الخلع .

فإن قيل : فإذا كان الأمر على ما وصفت فى كون ذلك غرراً من أجل قصدهما حمل النفقة ما لم يقع الموت ، فما الفرق بين ذلك وبين سائر الغرر من التمر الذى لم يبد صلاحه والآبق والجنين ونحو ذلك ؟ .

فهذا سألت عنه غير واحد من شيوخنا القرويين فبعضهم يعبر عن هذا : بأنه لما كانت النفقة المذكورة فى المسألة غرراً يقدر على [إزالته] (٢) ، والآبق والثمره ونحو ذلك غرراً لا يقدر على طرحه ولا يقدران على رفع الغرر عنه ووجب افتراق ذلك لهذا .

وبعضهم يعبر : بأنه لما كان غرر النفقة هما صيراه غرراً بما قصدها والآبق والثمره

(١) فى أ : سقطت صار .

(٢) فى أ : إزالتها .

لم يصيراه غرراً فيفترقان بهذا .

ألا ترى أن ابن القاسم منع من الخلع بعبد بعينه على أن يقبضه إلى شهر ، وقال: إذا نزل الخلع يكون حالاً [ق/ ١٧٦] ، كذلك بمال إلى أجل مجهول يكون حالاً فهذا غررهما صيراه غرراً بشرطهما وهما يقدران على إزالة الغرر منه .

فإن قيل : فنفقة الولد في الحولين لم لزمتم ؟

قلنا : نفقة الحولين وجدناها تتوجه على الأم في حال إذا كان الأب قد مات ولا مال له ، فكأنه [شرط] (١) عليها ما يلزمها وما بعد الحولين لا يلزمها على حال فسقط لذلك ، والله أعلم .

وهذا كله عندي ليس بالقوى والاعتراض داخل عليه ، وقول غيره أقيس في المسألة ، [والله أعلم] (٢) .

قال بعض شيوخنا : إذا خالعت المريضة بجميع مالها يكون للزوج منه قدر ميراثه ، وليس قول من قال : يبطل ذلك لقصدها الضرر لما خالعت بجميع مالها بشيء .

قال عبد الحق : فعلى قول من يرى أن للزوج قدر ميراثه منها يوم الصلح يعجل ذلك له ، وعلى قول من يرى قدر ميراثه منها يوم الموت يكون ذلك موقوفاً إلى أن يموت فيعتبر ذلك ، فإن حدث لها مال بعد الصلح فمن يعتبر ميراثه [منها] (٣) يوم الصلح لا يجعل للزوج فيه شيئاً ومن يعتبر ميراثه منها يوم الموت يقول : له مقدار ميراثه منها من جميع ما عندها يوم الموت علمت المرأة بذلك المال الذي حدث لها أو لم تعلم ، وليس كالوصايا ويأخذ مقدار ميراثه [منها] (٤) يوم الموت على هذا القول مما علمته المرأة وما لم تعلمه ما لم يجاوز ذلك ما كان تنمة له عند الخلع فلا يزداد

(١) في أ : اشترط .

(٢) زيادة من أ .

(٣) في ج : منه .

(٤) سقط من ج .

عليه لأنه قد كان رضى به .

قال لى بعض القرويين فيمن قال لزوجته : أنت طالق أبداً : إنها طالق ثلاثاً ؛ لأنه كالمريد تكرار الطلاق والنهاية فيه ، قال : وكذلك فى «كتاب ابن المواز» وليس ذلك كمسألة «المدونة» : إذا طلق إحدى زوجتيه ، فقالت له الأخرى : ستراجعها ؟ فقال : هى طالق أبداً (١) . لأن الأبد هاهنا عائد على الارتجاع كأنه قال : إن راجعتها أبداً فهى طالق ، فليس يقتضى ذلك تكرار الطلاق والنهاية فيه ، لذا كان الأبد راجعاً إلى الارتجاع وصار ذلك كمن قال : أنت طالق ، ولا نية له أنها واحدة ، فاعلم افتراق المسألتين .

[تم كتاب إرضاء الستور بسم الله وعونه] (٢) .

(١) المدونة (٢ / ٢٥٦) .

(٢) زيادة من أ .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[وصلى الله على محمد وآله وسلم] (١)

كتاب طلاق السنة

الطلاق على وجهين : مباح ، ومحظور ، فالمباح منه : الذى أرشد الله إليه بقوله تعالى : ﴿ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ (٢) فمعنى ذلك أن يكون فى طهر لم يمس فيه ، وقد أبانت السنة ذلك فى حديث ابن عمر إذ طلق فى الحيض فقال النبى [عليه السلام] (٣): «مره فليراجعها ثم ليدعها حتى تطهر [ثم تحيض ثم تطهر]» (٤) ثم إن شاء طلق أو أمسك فتلك العدة التى أمر الله أن تطلق لها النساء « (٥) ، أو كما قال .

فأبان عليه السلام أن العدة التى أمر الله أن تطلق لها النساء الطلاق فى طهر كما بين . والله أعلم .

والأقراء هى : الأطهار ، على قول مالك بدليل الآية التى قدمنا من قوله [عز وجل] (٦) : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ (٧) وإنما يطلق فى طهر يعتد به ، وقرأ ابن عمر : (لقبل عدتهن) وفى حديثه دليل آخر إذ أمره النبى [عليه السلام] (٨) أن تطلق للطهر، وقال مالك : العدة التى أمر الله أن تطلق لها النساء ، وقال بعض متبعي

(١) زيادة من أ .

(٢) سورة الطلاق : ١ .

(٣) فى أ : ﷺ .

(٤) سقط من أ .

(٥) أخرجه مالك (١١٩٦) ومسلم (١٤٧١) وأبو داود (٢١٧٩) والنسائى (٣٣٩٠) وابن ماجه (٢٠١٩) وأحمد (٥٧٩٢) والدارمى (٢٢٦٣) والشافعى (٤٦١) والدارقطنى (٦/٤) والطبرانى فى «الكبير» (١٣٣٠٥) و«الأوسط» (١٤٣٤) وأبو يعلى (٥٤٤٠) وسعيد بن منصور (١٥٤٩) .

(٦) فى أ : تعالى .

(٧) سورة الطلاق : ١ .

(٨) فى أ : ﷺ .

مالك : والقرء مذكر ولو عنى به الحيض لقال ثلاث قرء ، والقرء جمع الدم ولا يجمعه إلا فى الطهر ومنه : قرئت الضيف ، أى جمعته إلى نفسك ، وقوله عز وجل : ﴿ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ﴾ (١) بعد قوله : ﴿ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ يدل على قول مالك لأنه لما ذكر إحصاء العدة عقب الطلاق [فكان] (٢) الطلاق لا يجوز فى الحيض علمنا أن الإحصاء المأمور به إحصاء الأطهار ، والله أعلم .

وإنما كره [مالك] (٣) أن تطلق فى طهر قد مس فيه لأنه إذا مسها لم يدر بما تعدد بالأقراء أم بالوضع ؟ لأننا لا ندرى هل هى حامل أم لا ؟ قال : إذا رأت القصة البيضاء وهى مسافرة فتيمنت إذا لم تجد ماء فلا بأس أن يطلقها بعد التيمم .

قال بعض شيوخنا : وسواء صلت أو لم تصل بعد التيمم له طلاقها [ق/٥١ج] ولا يقال فى هذا : إن التيمم قد انتقض لما صلت فلا يطلقها لأن الصلاة قد أبيحت لها بعد فيجوز طلاقها .

قال عبد الحق : وكرهيتهم لطلاقها بعد رؤية القصة قبل [ق/١٧٧أ] أن تغتسل أو تتيمم يعترض به فى تعليلهم النهى عن الطلاق فى الحيض [أنه] (٤) إنما كان لتطويل العدة على المرأة لأنها لا تأخذ فى العدة حتى يزول الحيض عنها فهذا الحيض قد ارتفع عنها برؤية القصة وقد كره له طلاقها ، وليس فى هذا تطويل عدة .

وقال عبد الحق : قوله : (إن العدة فى الطلاق بعد الرية أو فى الوفاة قبل الرية) (٥) يريد أن عدة الطلاق لما كانت بالأقراء ويمكن أن تبدأ بالاستبراء وترقب الحيض ، فإذا انقضى الاستبراء ولم يأت الحيض الذى كنا نترقبه علمنا أنها من ذوات الشهور فتعد ثلاثة أشهر بعد التسعة الرية عوضاً من الحيض الذى كانت ترقبه ، وأما فى الوفاة فالعدة إنما هى أيام فوجب أن تبدأ بها فإذا مرت عليها تسعة أشهر فقد

(١) سورة الطلاق : ١ .

(٢) فى ج : وكان .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) المدونة (٨/٢) .

دخلت أيام [العدة] (١) ومضت في هذه المدة التي هي استبراء ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : إذا مات سيد أم الولد وزوجها ولم يعلم أولهما موتاً عليها أربعة أشهر وعشر مع حيضة إن كان بين الموتين أكثر من شهرين وخمس ليال أو لم يعلم كم بين الموتين أقل من هذا المقدار أو أكثر ، وأما إن علم أن بين الموتين أقل من شهرين وخمس ليال أو شهرين وخمس ليال سواء ، فإنما عليها أربعة أشهر وعشر فقط بلا حيضة .

ووجه هذا الذي قدمنا : أنه يحتمل أن يكون مات الزوج أولاً فيجب عليها لوفاته شهران وخمس ليال فإذا كان بين الموتين أكثر من شهرين وخمس ليال فقد حلت للسيد في هذا الوجه [بمضي] (٢) عدتها من زوجها، ثم بموت السيد [وجبت] (٣) عليها حيضة ، ثم نقول : يحتمل أن يكون مات السيد أولاً فتكون حرة ثم مات زوجها فوجب عليها أربعة أشهر وعشر عدة الحرائر ، فلما كانت الوجهان لا ندرى أيهما نخاطب به منهما جمعت عليها الأمران ، وأما إذا كان بين الموتين أقل من شهرين وخمس ليال أو شهرين وخمس ليال سواء ، فالزوج إن كان الميت أولاً فهي لم تحل للسيد بعد إذ مات ولم تخرج من العدة فلم [تجب] (٤) عليها حيضة وأوجب أربعة أشهر وعشراً فقط لاحتمال موت السيد أولاً فتكون عليها عدة الحرائر بموت زوجها آخراً أربعة أشهر وعشراً ، وإنما تكون أربعة الأشهر والعشر من يوم آخرهما موتاً ، لأنه يحتمل أن يكون السيد مات أولاً فتجب عليها من أحدث الموتين وهو موت زوجها أربعة أشهر وعشر .

قال لى غير واحد من القرويين : وهذا الجواب إنما هو على رواية ابن وهب عن مالك فى التى يرتفع دمها من الإماء أن عليها تسعة أشهر إذا بيعت ، وأما فى قول ابن القاسم الذى يرى أنه يبرئها ثلاثة أشهر ، فلا حيضة عليها إذا كان بين الموتين أكثر من شهرين وخمس ليال ، [أما] (٥) إذا كان موت الزوج أولاً فتكون الحيضة

(١) فى أ : الحيضة .

(٢) فى أ : لمضى .

(٣) فى ج : وجب .

(٤) فى ج : يجب .

(٥) فى أ : وذلك أنه .

عليها بعد موت السيد ؛ إذ موته بعد الشهرين وخمس ليال ، فهي من أحدث الموتين تستقبل أربعة أشهر وعشراً [كما بينا ، فهذه الأربعة الأشهر وعشر التي تستقبلها إن عدت فيها الحيضة فقد زادت على الثلاثة أشهر التي تبرئها عند ابن القاسم إذا لم تر الحيضة فتستغنى عن الحيضة على قوله فإنما الجواب فى المسألة الذى قال على رواية ابن وهب ، والله أعلم .

قال لى بعض شيوخنا من القرويين : إذا جاءت بولد ، هذه التى تجب عليها أربعة أشهر وعشر [(١) مع حيضة فله أن يلحقه بأيهما ادعت أنه منه ؛ لأنها تعدت منهما جميعاً لا سبيل إلى غير هذا الذى وصفنا ، والله أعلم .

وأما إن وجبت عليها أربعة أشهر وعشر فقط بلا حيضة إذ بين الموتين أقل من شهرين وخمس ليال فالولد لاحق بالزوج لأنها منه تعدت خاصة ، فاعلم .

قال أبو بكر الأبهري : العدة فى المطلقة المدخول بها للاستبراء لا عبادة فيها ، وإنما جعلت على حسب حرمة المستبرأة ، فإن كانت أمة ليست بزوجة واستبرئت بحيضة [و] [(٢) إن كانت [أمة زوجة استبرئت بحيضتين] [(٣) إذا طلقت [وإن كانت حرة استبرئت بثلاث حيض] [(٤) فكان الاستبراء على حسب [ق/ ١٧٨] حرمة المستبرأة كالحذود [فإنها] [(٥) موضوعة على حسب حرمة المحدودين من العبيد والأبكار والمحصنين من الأحرار .

قال : والدليل على أن العدة فى الطلاق هى [للاستبراء] [(٦) لا عبادة فيها : أن الله - عز وجل - لم يوجبها على المطلقة غير المدخول بها ؛ لأنها لا تحتاج إلى براءة الرحم ، وأوجب العدة فى الوفاة التى هى عبادة على المدخول بها وغير المدخول بها ،

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : أنها .

(٦) فى أ : الاستبراء .

فعلم بهذا فضل ما بين العديتين .

قال عبد الحق : منع أبو بكر الأبهري أن تكون الحيضة الواحدة للاستبراء والزيادة عبادة ، وقد رأيت لبكر القاضي خلافة ، قال : إن القرء الأول لاستبراء الرحم والقرءان الآخران عبادة ، وهذا الذى ذكر بكر هو الصواب ، والله أعلم .

قال غير واحد من شيوخنا : إذا فقد رجل وهو ابن سبعين أو فوقها لا بد أن يستأنف الحكم [له] (١) [ليضرب] (٢) عشر سنين لأنه قد فقد حياً وهو على هذا السن فلا بد من ضرب شيء فيكون مقداره ما وصفنا ، والله أعلم .

قال بعض القرويين فى قوله : (إن زوجة الميت أحق بالمسكن إذا كان قد نقد كراؤه) (٣) : إنما شرط أن ينقد كراؤه لأنه أكرى كل سنة بكذا ، ودليل ما وصفنا من لفظ «الكتاب» قوله : (إذا لم ينقد الكراء فتغرم المرأة [الكراء] (٤) إلا أن يطلب منها صاحب المسكن مالا يشبهه ، فشرطه إلا أن يطلب ، مالا يشبهه) يدل على ما قلنا : أنه لم تكن سنة بعينها ، لأنه لو أكرى سنة بعينها كان قد لزم بما تعاقدها وليس لرب المسكن أن يطلب ما فوقه ، فإنما تحمل المسألة على ما وصفنا من أنه أكرى كل سنة بكذا [وكذا] (٥) ، فلذلك فرق بين أن ينقد أو لا ينقد ، وأما إذا كانت سنة بعينها فلا وجه فى القياس للتفريق بين أن ينقد الكراء أو لا ينقد لأن عقد الكراء قد لزم ووجب على الميت فى تركته .

قال عبد الحق : قال بعض شيوخنا : إذا أخذت الزوجة النفقة من أجل حملها ثم انفس الحمل وجب عليها رد ما أخذت لأنه قد انكشف لنا أن ما أخذت لم يكن يسوغ لها .

(١) زيادة من أ .

(٢) فى أ : ضرب .

(٣) المدونة (٢/٥١) .

(٤) سقط من أ .

(٥) زيادة من أ .

قال عبد الحق : وقيل فى المرتدة : إنما قال : (لها السكنى) (١) يعنى أنها ارتدت فلم ترفع [إلى] (٢) الحاكم حتى وضعت فيقضى لها على زوجها فيما مضى بالسكنى ، فأما لو رفعت إلى الإمام [لسجنها] (٣) حتى تضع وأمر الزوج بالإفراق ، ولا يقال فى هذه : إن لها السكنى .

وقال لى بعض شيوخنا من القرويين : إنما ذكر السكنى فى «المدونة» فى السؤال وجوابه قد قال فى آخره : (فمن هنالك لزمته النفقة) (٤) ، [فكلامه] (٥) على النفقة خاصة ولا جواب له فى السكنى ، [والله أعلم ، فتأمل ذلك] (٦) .

قال فى «الكتاب» : (إذا كانت [المرأة] (٧) المعتدة فى مسكن بكراء ، فلم تطلب به الزوج إلا بعد العدة ، أو لم يفارقها فطلبت به بعد تمام السكنى بالكراء ، فذلك لها إن كان موسراً حين سكنت وإلا فلا شيء عليه) (٨) .

قال بعض الأندلسيين : معنى [هذه المسألة] (٩) : أنها إنما اقتصرت المسكن بعدة زوجها ، وأما إن تزوجها وهى فى بيت يكرى ، فقد قال فى كتاب كراء الدور : (لا كراء على الزوج إلا أن يكون ثبت له أنها تسكن بكراء) وإن لم يكن هذا معنى هذه المسألة فهو تناقض من قوله ، والله أعلم .

قال عبد الحق : رأيت فى «كتاب حمديس» : قال مالك : المفقودون ثلاثة : فأولهم : إذا فقد الرجل فى أرض الإسلام ، فلم يدر أين توجه ، فإذا رفعت امرأته

(١) المدونة (٥٥/٢) .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى ج : سجنها .

(٤) المدونة (٥٥/٢) .

(٥) فى ج : وكلامه .

(٦) زيادة من أ .

(٧) سقط من أ .

(٨) المدونة (٢/٢٤٤) .

(٩) سقط من أ .

أمرها إلى السلطان كتب فيه ويبحث عن خبره ، فإذا سأل واستقصى فغمى أمره ، ضرب لامراته أجل أربع سنين ثم اعتدت بعد ذلك أربعة أشهر وعشراً بغير أمر السلطان ، فإذا مضى ذلك أعطيت صداقها إن كان لها ونكحت إن شاءت وأوقفت ماله حتى يأتي عليه من الزمان ما يعلم أنه مات أو يأتي عليه من السنين ما لا يحيى [إليه] (١) .

الثاني : المفقود بين الصفين في قتال العدو ، فهذا الذي لا تتزوج امرأته حتى يعلم أنه مات [ويوقف ماله] (٢) أو يأتي عليه من السنين ما لا يحيى [إليه] (٣) .

والثالث : المفقود في فتن المسلمين التي تكون بينهم ، فإنه يتلوم له قدر الانصراف من الهرب والانزهاض على قدر اجتهاد الإمام ثم تتزوج امرأته ويقسم ماله .

قال ابن القاسم : فإن كانت المعركة في بلاد المسلمين على بعد من بلد [ق/ ٥٢ جـ] المفقود [ق/ ١٧٩] مثل إفريقية ونحوها ضرب لامراته أجل سنة ثم تتزوج امرأته ويقسم ماله .

قال سحنون : وهذا إذا قامت بينة عادلة أنه شهد المعركة ، وإن كانوا إنما رأوه خارجاً من العسكر ولم يروه في معترك القتال فسيبيله سبيل المفقود .

[ومن «النوادر» : قال ابن حبيب : إن فقد في معترك المسلمين في بُعد في غير بلده أو في بلده فلتتربص سنة ثم تعتد ، ويؤخر ميراثه إلى التفسير .

وقال أصبغ : إلا أن تكون المعركة بموضعه ، فلا تتربص أكثر من العدة .

قال : ويقسم ميراثه .

[تم كتاب طلاق السنة بحمد الله وحسن عونه] (٤) .

(١) في أ : إلى مثله .

(٢) سقط من جـ .

(٣) في أ : إلى مثله .

(٤) سقط من جـ .

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ
 وصلی الله علی محمد وآله
 کتاب الاستبراء

روی أن النبی [علیه السلام] (١) قال یوم سبى أوطاس : « لا توطأ حامل حتی تضع ولا حائل حتی تحيض » (٢) فوجب أن کل من انتقل إلى ملكه ملك أمة بأى وجه ملكها أن یستبرئها بحیضة .

قال أبو بكر الأبهري : الاستبراء فی الأمة یجب بأربعة أوصاف : بالملك [یرید بالتزویج] (٣) وأن لا تعلم براءة الرحم [یرید مثل أن یشترى مودعة عنده] (٤) ، وأن یكون له الوطاء مباحًا فی المستقبل بعد الملك [یرید مثل أن یشترى ذات زوج] (٥) ، وأن لا یكون الفرج محللاً له قبل الملك [یرید] (٦) مثل من اشترى زوجته ، فمتى سقط أحد هذه الأوصاف لم یکن علیه استبراء .

قال بعض شیوخنا القرویین فی مسألة المشتري أمة مستحاضة فلا یرئها الثلاث [شهور] (٧) فیرتفع إلى تسعة [أشهر] (٨) ، للمشتري أن یردها ، وإن كان قد اشترى علی أنها مستحاضة [أو] (٩) لم یدخل علی ما حدث من تأخیرها للریبة التي بها .

(١) فی أ : ﷺ .

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٥٧) وأحمد (١١٢٤٤) والدارمی (٢٢٩٥) والحاكم (٢٧٩٠) والبيهقی فی «الكبرى» (١٠٥٧٢) وابن الجوزی فی «التحقیق» (٣٠٧) من حدیث أبی سعید الخدری رضی الله عنه .

قال الحاكم : صحیح .

وقال الألبانی : صحیح .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من ج .

(٧) فی أ : أشهر .

(٨) سقط من أ .

(٩) فی أ : إذا .

قال : وسألت أبا موسى بن مناس عن قوله فى التى رفعتها حىضتها وأحست من نفسها : تمانى إلى تسعة أشهر ، [قال] (١) : فإن زالت الرية حلت وإن تماندت الرية بعد التسعة الأشهر فلا يرئها التسعة .

فقلت : ما فائدة التسعة أشهر وهى إن زالت ربيتها قبل التسعة أشهر حلت وإن كانت الرية بها فالتسعة أشهر لا تبرئها حتى تزول ؟

فقال : معنى ذلك أنها إذا أحست شيئاً عند ثلاثة أشهر فارتفعت من أجل ذلك إلى تسعة كفتها [التسعة] (٢) إذا لم تجد تلك الرية بها وإنما بقيت على حالها فإن زادت ربيتها بالحبس والتحريك ، فهاهنا تزيد على تسعة أشهر ، فإنما فائدة التسعة : أنها إذا بقيت على الأمر الأول كفتها التسعة حتى يزيد الحبس والتحريك فيحتثد تزيد على التسعة حسب ما قدمنا ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : لا تحقق النساء أن بالمرأة حملاً إلا فى ثلاثة أشهر فأكثر ولا يتحرك الولد إلا فى أربعة أشهر فأكثر ، ولا يستهل الولد إلا فى ستة أشهر فأكثر ، وإذا حقق النساء [الحمل] (٣) فى ثلاثة أشهر وقطعن به ، وقد تزوجها رجل فسخ نكاحه إذ [أنه] (٤) نكح حاملاً ، ولاين المواز : إذا شرط النقد فى المواضعة وشرطاً أن يكون مختوماً عليه أنه لا يجوز ، عرضته على بعض شيوخنا القرويين فصوبه وقال : ليس [هو] (٥) كالرهن يشترطان الطبع عليه إذ هو مما لا يعرف بعينه هذا يجوز .

والفرق بين ذلك : أن الرهن ليس الحق فى عينه وإنما هو يوثقه إن لم يرد الحق يأخذ الطالب حقه منه ، والضمن فى المواضعة الحق فى عينه إذ هو الثمن بعينه فلا يجوز انتقاده وإن شرطاً الطبع عليه ، وكذلك فى بيع الخيار والغائب لا يجوز النقد

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : هما .

على شرط الطبع على الثمن، والله أعلم .

قال عبد الحق : واعلم أن الأمة إذا بيعت على الخيار وفيها مواضعة لا يجوز التطوع فيها بالنقد في أيام الخيار ، وذلك لأنه يؤول إلى فسخ الدين في الدين لأن الثمن دين على البائع فإذا تم البيع بانقضاء أيام الخيار (كأن) (١) المشتري اعتاض من ذلك الذى تقدم دفعه إياه جارية فيها مواضعة فلم يصح التناجز فيما قبض من ثمنه الذى صار ديناً على البائع ، وكذلك فى بيع الشيء الغائب بخيار ، والخيار فى السلم والأصل فى هذا أن الخيار إذا كان ينقضى فيعتاض دافع الثمن من الثمن الذى يعد شيئاً لا يتنجز قبضه [ق/ ٨٠] فذلك لا يجوز وهو فسخ دين فى دين فهذا أصل يدخل فى مسائل، وليس ذلك مخطوط فى مسائل بأعيانها [فاعلم] (٢) .

قال فى «الكتاب» : إذا تقابلا فى الأمة بعد حيضة عند الأمير ، للبائع على المبتاع فيها المواضعة إلى آخر ما ذكره ، قيل فى هذه المسألة إنما تصح الإقالة فيها بعد خروجها من الحيضة إذا كان قد نقده الثمن بغير شرط أو كان موقوفاً على ذوى عدل فإن لم يكن كذلك لم تجز الإقالة؛ لأن الثمن دين عليه فأخذته جارية تتواضع للحيضة فصار ديناً بدين ، وهذا قول صحيح بين ، فاعلمه .

ذكر فى «الكتاب» : إذا قبض الأمة على شرط الحيازة وسقوط المواضعة ويبرأ مع ذلك البائع فى العقد من حمل إن كان بها، وزعم أنه لم يطأ فكان البيع فاسداً ، إن ضمانها من المبتاع من يوم قبضها وعليه قيمتها إذا ماتت يوم القبض ، أقامت عند المشتري أمد الاستبراء أو أقل يعنى : عليه قيمتها على أنها مشكوك فى أمرها هل بها حمل أم لا ؟ - ليس قيمتها بريئة الرحم ولا على أنها حامل لأنه على ذلك قبضها ، إلا أن يتأخر الأمر إلى أن تحيض أو إلى أن يظهر حملها فتقوم بريئة الرحم أو مشغولة الرحم حسبما ظهر أمرها عليه ، بخلاف من لم يتبين أمرها ، وأما التى تبرأ من حملها ولم تنكر الوطاء وأقر به ، فهذه إنما تدخل فى ضمان المشتري إذا مضى لها أمد فيه استبراء وعليه قيمتها على أنها بريئة الرحم ؛ لأننا إنما نجعل عليه قيمتها فى

(١) فى أ : صار .

(٢) زيادة من أ .

وقت يمضى لها ما فيه براءة لرحمها .

والفرق بين هذا الوجه والوجه الأول فى مراعاة أمد فيه استبراء وإن كان البيع فاسداً فى الوجهين : أنه إذا أقر بالوطء فقد علقها بنفسه [إذ إن] (١) أتت بولد لحق به ، فوجب أن تكون فى ضمانه إلى أن يمضى لها أمد فيه استبراء ، وإذا قال : ما وطئت ، لم يعلقها بنفسه [فلا] (٢) يلحقه ولد إن أتت به ، فوجب أن يكون بالقبض فى ضمان المشتري كسائر البيوع الفاسدة .

وقال ابن المواز : إن الوجهين سواء وهى من البائع إذ لم يمض لها أمد به استبراء مثلها يشترط النقد فى أيام الخيار .

ويحتمل أن يكون الفرق عند ابن القاسم بين ذلك : أن أمد الخيار الذى يجب فيه الضمان من البائع ما تم غيره قط قد أبقياه وكانا يترقبانه وأمد المواضعة الذى يكون فيه الضمان من البائع قد أسقطاه وألغياه فى مسألتنا ، وقبض الأمة على نفاذ البيع وتماه فوجب أن يسلك [هذا] (٣) البيع مسلك سائر البيوع الفاسدة فى كون الضمان من المشتري بالقبض ، والله أعلم .

اعلم أنه إذا اشترى المأذون جارية فانتزعتها السيد منه استبراء [السيد] (٤) لنفسه ولا مواضعة فيها ، وأما إن اشتراها السيد منه ففيها المواضعة .

[حكى] (٥) عن الشيخ أبى الحسن فى الولد الكبير يغيب على الأمة فيعتصرها الأب ، قال : إنما قال : يستبرئ الأب لأنها غابت عن حوز الأب ونظر فلم يدر ما صنعت ، ولو كان إنما يخاف أن يكون ولده وطئها لأمره [أن لا] (٦) يطأها أصلاً ، فاعلم .

قال عبد الحق : اعلم أن الرد بالعيب نقض بيع على مذهب ابن القاسم لا شك

(١) فى أ : إذا .

(٢) فى أ : ولا .

(٣) فى أ : بهذا .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : ذكر .

(٦) فى أ : ألا .

فيه ألا تراه يقول : إذا ردت السلعة بعيب رد السمسار الجعل ، وغيرما مسألة من قوله تبين أن الرد بالعيب عنده نقض بيع ، وإنما قال : إذا ردت الأمة عليه بعيب فيها المواضعة لأن المشتري قبضها بريئة الرحم فيردها بريئة الرحم حسبما قبضها ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إذا اشترى [رجل] ^(١) زوجته وقد دخل بها ثم باعها قبل أن يطأها فوجب أن لا تحل إلا بحيضتين ، الأولى من الحيضتين تكون في مواضعة لأنها هي التي تبرئها للمشتري ، والثانية تتم بها عدة فسخ النكاح ، هكذا ذكر عن الشيخ أبي الحسن [ونحوه حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين وحكى عن الشيخ] ^(١) في مسألة الأب يطأ أمة ولده .

قال : قول ابن القاسم عندي أحسن من قول غيره حيث قال : إذا عزلها الأب عنده واستبرأها قبل أن يطأها ثم وطئها ، قال : لأن الأب [ق/ ٥٣ج] إذا تلذذ بجارية ابنه حرمت على الابن ، فكذلك هذا يجب عليه القيمة ويصير بعد ذلك قد أفضى في فرج أمة مستبرأة قد لزمته قيمتها [ق/ ٨١أ] فلا استبراء عليه بعد ذلك .

وقال في مسألة المشتري أمة في عدة طلاق وهي ممن تحيض فرفعها حيضتها يزيد في هذه المسألة : أنها وإن مسها القوابل بعد ثلاثة أشهر أو قبل تمام السنة وقلن : لا حمل بها ، فإن المشتري لا يطأها حتى تقضى السنة لأنها معتدة من طلاق فلا توطأ إلا بعد حيضتين من يوم الطلاق أو بمضى سنة كاملة لا حيض فيها وليست كالأمة المعتدة من وفاة يعلن القوابل بعد ثلاثة أشهر أو قبل تمام السنة ليس بها حمل هل يجوز لمشتريها وطؤها لأن العدة من الوفاة قد انقضت بمضى شهرين وخمس ليالٍ فالتربص لزوال الرية إنما هو فيما بعد العدة ، وفي المعتدة المطلقة إنما العدة هي الثلاثة الأشهر التي بعد التسعة التي يتربص فيها لزوال الرية فأمرهما مفترق .

[تم كتاب الاستبراء بحمد الله وعونه] ^(١)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الظهار

قال الله عز وجل: ﴿وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا﴾ (١) الآية فالعودة: إرادة الوطء والإجماع عليه، وقد روى مالك: أن العودة هي الوطء .

وجه قوله: (إن العودة إرادة الوطئ والعزم عليه لا نفس الوطء) (٢) أن الله تبارك وتعالى لما أوجب الكفارة قبل المسيس بقوله: ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا ﴾ (٣) دل أن العودة ليست الوطء، إذ لو كانت العودة الوطء جاز أن يطأ ثم تلزمه الكفارة فلما لم يجز أن يطأ لمنع الله عز وجل إياه من ذلك وأوجب الكفارة عليه بالعودة، فعلم أن العودة غير الوطء وهو العزم عليه كما قدمنا .

فأما من قال: إن معنى قوله: ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا ﴾ هو تكرار القول للظهار، فلا وجه لقوله، لأن القول الأول لا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون قد أوجب التحريم، فالكفارة تجب بإزالة التحريم وهو العزم على الوطء أو الوطء . أو يكون القول الأول لم يوجب تحريمًا، فالقول الثاني مثله .

قال أبو بكر الأبهري: عند مالك إن كنيات الظهار إذا أريد بها الطلاق كانت طلاقًا، وذلك مثل قوله: أنت على كأمي، أو: مثل أمي، أو كأختي، أو: مثل أختي، فذلك يكون طلاقًا إذا أراه، ومتى أراد بكنيات الطلاق الظهار لم يكن ظهارًا وكان طلاقًا مثل قوله: أنت خلية وبريئة وبائن وحرام .

والضرق بينهما: أن الطلاق لما كان أقوى من الظهار في التحريم لأنه يحل العقد وليس كذلك الظهار لأنه لا يحل العقد كانت كنيات الطلاق أقوى من كنيات

(١) سورة المجادلة: ٣ .

(٢) المدونة (٢/ ٣٢٠) بمعناه .

(٣) سورة المجادلة: ٣ .

الظهار، فلم يجز أن تنقل كنايات [الطلاق] (١) عما توجبه من تحريم العصمة إلى كنايات الظهار التي توجب تحريم الوطاء لا تحريم العصمة ، فأما إذا أراد بكل واحد من الصريح غير صاحبه لم يكن كما أراد وكان على ما يوجبه صريح ذلك مثل أن يقول لها : أنت طالق ، يريد بذلك الظهار ، أو : أنت على كظهر أمي ، يريد بذلك الطلاق فإنه يكون ظهاراً من قبل أنه لا يجوز له أن ينقل أصلاً من الأصول التي جعلها الله - عز وجل - لحكم وأوجب بها حكماً إلى أصل آخر ، أوجب حكماً ما، ولو جاز ذلك لكان قلباً للأصول ونقلها عما جعلت [له] (٢) فكان البيع طلاقاً والطلاق نكاحاً وما أشبه ذلك من مخالفة الأصول ونقلها عما وضعت عليه .

قال عبد الحق : قال بعض القرويين في مسألة القائل لامرأته : أنت على كظهر أمي ، أنت على كظهر أمي ، ثلاث مرات ، إذا نوى بذلك ثلاث كفارات وكفر كفارة واحدة عن ظهار جاز له وطء زوجته قبل أن يكفر الكفارتين الباقيتين لأن كفارة واحدة عن ظهاره واثنين كفارة نذره ، ولو وطئ ثم مات وأوصى بهذه الكفارات فإن واحدة منها كفارة ظهار تبرأ على كفارة اليمين والكفارتان الأخرتان تبرأ كفارة اليمين عليهما لأنهما نذر .

قال بعض شيوخنا من القرويين في مسألة المشتري زوجته وقد ظاهر منها : الظهار قائم عليه كان ظهاره منها ظهاراً مجرداً أو بيمين حنث فيها أو لم يحنث يعد ذلك كله سواء ، وليس ذلك كمثل إذا ظاهر بيمين ثم طلق ثلاثاً إن الظهار يسقط عنه إذا تزوجها ، وإنما هو إذا ظاهر بيمين ثم اشترى كمثل الذي يطلق واحدة فتقضى العدة ثم يتزوجها ، فكما أن الظهار يمين عائد [ق/ ١٨٢] فيما ذكرنا ، لأن النكاح قد زال في المسألتين ، فاعلم .

قال عبد الحق : إنما فرق بين القائل لزوجته : أنت طالق ثلاثاً ، وأنت على كظهر أمي ، وبين القائل لأجنبية : أنت طالق إن تزوجتك ، وأنت على كظهر أمي

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

لأن القائل ما وصفنا لأجنبية لم يقع [عليه شيء] (١) بنفس لفظه وإنما كان أمره مترقياً فإذا حصل منه النكاح فقد وقع الظهار والطلاق معاً بعقد النكاح؛ لأنهما توجهتا جميعاً عليه في عقده فلزمه ، والذي قال لزوجته : أنت طالق ثلاثاً ، بنفس هذا اللفظ وجب تحريمها إلا بعد زوج ، فصار لفظ الظهار الذي يتلو الطلاق واقعاً في غير زوجته ، وإنما مثال مسألة الأجنبية أن لو قال لزوجته : إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم قال لها : إن دخلت الدار فأنت على كظهر أمي ، فبنفس هذا القول لم يتعلق عليه حنث ، وإذا دخل الدار فبدخوله الدار وقعا معاً الحنث في الظهار والطلاق جميعاً ، فهذا يشبه مسألة الأجنبية فيلزمه .

قال عبد الحق : قوله إذا قال لزوجته : إن وطئتك فأنت على كظهر أمي ، فهو قول وإن وطئ سقط الإيلاء عنه ولزمه الظهار بالوطء ، ليس يعني أن له أن يطأ بدءاً لأنه بأول الملاقاة يحنث فيصير بقية وطئه يقع في امرأة ظاهر منها ، وإنما أراد أنه فعل الوطء نفسه من غير أن يؤمر به فإذا نزل ذلك ووطئ كان ما ذكروه .

وقيل في هذه المسألة : إن طلقة الإيلاء [لا] (٢) تعجل عليه أو لا بد منها ، وإذا وطئ في هذه المسألة فالكفارة تلزمه ، وإن ماتت المرأة أو طلقها لما قلناه من أنه بأول الملاقاة حنث وزال الإيلاء وباقي وطئه تلزمه به الكفارة عن ظهاره .

ولابن القاسم في «المستخرجة» خلاف هذا ، ونصه : قال ابن القاسم فيمن قال لامرأته : أنت على كظهر أمي إن وطئتك ، فوطئها مرة ثم ماتت أو طلقها فليس عليه كفارة ، فإن قال : أنت على كظهر أمي إن وطئتك ، فوطئها مرة ثم وطئها الثانية قبل أن يكفر فإن الكفارة عليه واجبة .

قال عبد الحق : وهذا يجري عندي على اختلافهم في القائل لزوجته : أنت طالق ثلاثاً إن وطئتك ، هل له أن يطأ مرة ؟ فقد روى عن ابن القاسم أنه يفضي عليها ويتمادى ، قال : وإن كان أحب إلي أن لا يفعل ، فإن فعل لم أره في ضيق

(١) في أ : تقديم وتأخير .

(٢) سقط من ج .

ولا إثم حتى يفرغ ، فقوله الذى ذكرنا أنه فى «المستخرجة» على مثل هذا والاختلاف يجرى فى ذلك ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قول مالك فى العبد إذا ظاهر : (لا يطعم وإن أذن له سيده والصوم له أحب إلى) (١) يحتتمل أن يكون معنى ذلك أن العبد عجز عن الصيام فأذن له سيده فى الطعام فقال : أحب إلى أن يؤخر حتى يقدم على الصيام فيصوم إذا كان يرجو ذلك ، وقد ذكر الأبهري نحو هذا وهو الذى تصح به المسألة ، والله أعلم ، إذ لا يطعم من قدر أن يصوم فالصيام هو الواجب عليه كما قال ابن القاسم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : معنى [ق/ ٥٤ج] قوله : إذا أعتق عبده عن رجل عن ظهاره أنه يجزئه إنما ذلك إذا كان الرجل قد وطئ فوجبت عليه الكفارة أو كان قد أراد العودة ، فأما إن أعتق عبده قبل أن يطاء وقبل إرادته العودة فلا يجزئ ذلك عنه بلا اختلاف ، ونحو هذا حكى عن الشيخ أبى الحسن أن معناه بعد أن وطئ ، قال : ألا ترى أنه قاس المسألة على ما قال مالك فى الذى مات بعد أن وطئ .

قال عبد الحق : أعلم أنه إذا أعطى فى الظهار دقيقتاً بريعه أو فى زكاة الفطر أجزاء ، وكذلك إذا أعطى حبها ، وأما السويق فلا يجزئ ؛ إذ لم يكن السويق خبزاً أبداً ، وقاله غير واحد من شيوخنا القرويين .

قال بعض شيوخنا من القرويين فيمن أعطى فى كفارة الظهار عرضاً جهلاً منه : فإن أفصح بأنها كفارته مثل أن يقول : هذه كفارتى فخذها ، فإنه يرجع بالعرض الذى دفع إن كان قائماً ، وإن باعه المساكين أخذ عنه إن كان قائماً ، وإن أتلفوا ذلك لم يرجع عليهم بشيء .

قال بعض شيوخنا من القرويين : [ما جرى] (٢) فى مسألة من ظاهر وهو مريض أو مرض بعد أن صام شهراً [ق/ ٨٣ أ] ليس باختلاف ، والمسألان سواء ، والله أعلم . وكان أبو القاسم بن سلمون يفرق بين المسألتين على ظاهر لفظ «الكتاب» .

(١) المدونة (٢/ ٣٢٠) .

(٢) سقط من أ .

قال عبد الحق: إذا ظاهر من زوجات له فأطعم عن واحدة غير معينة عشرة مساكين وعن أخرى غير معينة خمسة مساكين وعن أخرى غير معينة خمسة عشر وعن أخرى عشرين ، ثم ماتت واحدة ينبغي أن نبني على الأقل ونسقط أكثر الكفارات قاله غير واحد من شيوخنا .

قال بعض القرويين فى مسألة الحالف ألا يطأ بعثق رقبة فأخبر أن الإيلاء عليه فأعتق إرادة إسقاط الإيلاء : هذه المسألة بخلاف مسألة كتاب الإيلاء ، لأن فى تلك أوقفته زوجته فالسلطان يقول له : تطأ [فيزول] (١) إيلاؤك وتحنث وإلا طلقت عليك ، فإن أبى من الوطاء وقال : أنا أعتق ليزول عنى اليمين فإن لم تكن رقبة معينة لم يقبل منه ، وهاهنا لم توقفه زوجته وإنما أخبر أن الإيلاء لزمه فأعتق متبرعاً بذلك ولم يوافق السلطان ولا رفعته زوجته ، وإنما سأل هل يسقط الإيلاء عنه ؟ فأفتى : أنه يسقط ، فهما مسألتان مختلفتان ، والله أعلم .

تم كتاب الظهار بحمد الله وحسن عونه .

(١) فى أ : فيقول .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

[وصلى الله على محمد وآله] (١)

كتاب التخيير والتمليك

قال بعض القرويين: قيل لأبى محمد - رحمه الله : من أراد أن يخير زوجته هل تبيح له ذلك أم تكرهه ، كما تكره لمن أراد أن يطلق زوجته ثلاثاً في كلمة؛ لأن لها الخيار في أن تطلق الثلاث في كلمة؟ [فإن] (٢) قلت : إن الخيار كالطلاق ثلاثاً وكرهته له فقد خير رسول الله ﷺ أزواجه ؟

فقال : قد قال بعض أصحابنا من البغداديين : إن ذلك مكروه كالطلاق ثلاثاً في كلمة لأن الله - تعالى - ذكر التخيير للنبي [عليه السلام] (٣) في أزواجه لما علم أنهم يخيرنه ، وهذا لا يعلم في غير أزواج النبي عليه السلام ، ولكن من فعل ذلك ألزمناه بفعله كما يلزم المطلق ثلاثاً في كلمة، وإن كنا لا نبيح له أن يبتدئ ذلك .

قال عبد الحق: حكى عن الشيخ أبى محمد وأبى الحسن فى الذى يقول لزوجته: اختارى اليوم كله ، فمضى اليوم ، إنه لا خيار [لها] (٤) فى قول مالك الأول ولا الآخر (٥) ، وإن لم توقف ولم توطأ ، وليس ما وقت فيه من الخيار أجلاً كمثل إذا لم توقت .

قيل لهما : فقد رأى مالك فى قوله الأول : إن افتراقهما من المجلس أو دخولهما مع طوله فى حديث غيره إليه منتهى الخيار ، واختلف قوله فى ذلك ، فهلا كان اليوم كله كالمجلس .

فقال : المجلس أخذ بالاجتهاد فاحتمل فيه التأويل واليوم بالتوقيت فارتفع التأويل

منه .

قال : وهكذا كان علماءنا يقولون فى هذه المسألة .

(١) زيادة من أ .

(٢) فى أ : فإذا .

(٣) فى أ : ﷺ .

(٤) سقط من أ .

(٥) المدونة (٢/ ٢٧١) .

قال عبد الحق: وقال لى بعض شيوخنا من القرويين : القولان مجزئان فى هذا كله ، ولا فرق بين مضى اليوم وبين انقطاع المجلس وإن كان اليوم مجرداً ، ألا ترى أنها إذا قرت التملك لها القضاء ولا يلتفت إلى التجديد الذى جدد ، فحكم التجديد ساقط فى أحد القولين .

قال عبد الحق: حكى لى عن بعض الشيوخ من القرويين أنه قال : يفرق بين القائل : اختارى فى تطلقه ، وبين القائل : اختارى فى واحدة ، فى وجوب اليمين على مذهبه فى «المدونة» ، وإنما وقع التمثيل بين المسألتين فى كون الزوج مديناً فيما قال : اختارى فى تطلقه فى هذا تنفق المسألتان ، وأما فى وجوب اليمين فهى مفترقة فلا يحلف إذا أفصح فقال : اختارى فى تطلقه ، وإن زاد « وفى أن تقيمى » وليس من أجل لفظة ، وفى أن تقيمه يحلف لأنه أفصح بذكر الطلقة فلا يحلف .

قال عبد الحق: وقال لى بعض شيوخنا من القرويين : إنه يحلف لزيادة لفظة «وفى أن تقيمى» وذلك أن الزوج قد علم أنها بالطلقة فى عصمته مقيمة على حالها ، فلما زاد «وفى أن تقيمى» فمن أجل هذه الزيادة التى زاد استظهر عليه باليمين ، فأما إذا أسقط هذا اللفظ وقال : اختارى فى تطلقه ، هذا لا إشكال فيه أن اليمين ساقطة والله أعلم .

هكذا قال بعض شيوخنا من القرويين فى القائل لزوجته : اختارى أوامرك بيدك ، ولا نية له ، فقالت : قد طلقت نفسى ولا نية لها ، فهى طلقة ، كالزوج إذا قال : أنت طالق ولا نية له أنها طالق واحدة ، فإذا كان ذلك يقتضى طلقة [ق/ ١٨٤] واحدة على ما وصفنا فى التملك تلزمه واحدة ، وفى الخيار لا يبنى عليه ؛ لأن ما دون الثلاث فى الخيار لا يلزم الزوج به شيء .

قال بعض القرويين: إذا وجب أن يحلف فى التخيير قبل البناء فتزوجها قبل أن يحلف أنه لم يرد إلا واحدة فإنه يحلف الآن فإن نكل لزمه نصف الصداق إذا كان ذلك قبل البناء ويصير كمطلق .

وقال عبد الحق: حكى لنا بعض شيوخنا القرويين عن الشيخ أبى الحسن فى القائل : لا مرحباً ، يريد بذلك الإيلاء ، فقال: إنما معنى هذا أنه قال : والله لا مرحباً ، يعنى بلفظه «لا مرحباً» ترك الوطاء ، وذكر «الله» كما قلنا فأما إن قصده

بذكر لا مرحبًا : والله لا وطئتك ، ولم يذكر الله تعالى بلسانه فليس هذا يمينًا ، يريد إلا أن يقصد بلفظة « لا مرحبًا » مجردة على رقة لا وطئتك أو نحو هذا فيلزمه ذلك ، وإما أن يعبر بلفظ « لا مرحبًا » عن اسم الله تعالى فهذا لا يلزمه شيء وهو غير حالف ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إذا قال : الحلال على حرام ، إنما ينفعه المحاشاة (١) إذا كان قد نوى الزوجة من أول ما حلف ، كأنه ميزها عن الأشياء في نيته وجعل الأشياء كلها ما عداها محرمة فأما إن لم يكن نوى ذلك من أول اليمين لكن بعد قوله : الحلال على حرام ، فاستفاد فنوى زوجته فلا تنفعه هذه النية ، وإن كانت متصلة بيمينه حتى تلفظ بذلك قال استثناء الذي إنما يكون نظامًا ، ولو كان من أول ما حلف قد قصد الزوجة وغيرها من الأشياء بنيته ثم أخرجها من يمينه بلفظ أو نية لم ينفعه إخراجها بعد إدخاله إياها وتخصيصها [إياها] (٢) بالتحريم في يمينه ، وإن كان ذلك متصلًا بيمينه كذا ينبغي فيما وصفنا ، والله أعلم .

والمحاشاة فيما وصفنا تنفع بالقلب وباللسان [كانت على يمينه بينة أو] (٣) كان قد جاء مستفتيًا .

والفرق بين هذا وبين الحالف [ق/ ٥٥ ج] على دخول الدار ثم يقول : نويت شهرًا ، أو لألبس ثوبًا وقال : نويت وشيئًا أنه لا ينوى إن قامت عليه بينة ، وينوى [بالفتيا] (٤) أن الحالف بالحلال عليه حرام ينصرف بيمينه إلى وجوه شتى من تحريم مطعم ومشرب وملبس وغير ذلك ، فإذا قال : نويت هذه الأشياء التي تنصرف إليها وجوه التحريم صدقناه ، وأما الحالف بالطلاق لا دخلت الدار ، وقال : نويت شهرًا فقد ثبت عليه الطلاق بأمر لا ينصرف لفظه إلى غيره ، فإذا ادعى نية يجب بها إسقاط

(١) سميت هذه المسألة عند الفقهاء بهذا الاسم لأنه حاشى زوجته أولاً ، أى : أخرجها عن يمينه .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : فى الفتيا .

الطلاق على نفسه فلا يقبل منه فى القصد ويقضى عليه بما صح عندنا من لفظه ويقبل قوله فى الفتيا ، ونحو هذا رأيت لأبى محمد بن أبى زيد ، رحمه الله .

قال بعض شيوخنا من [أهل بلدنا] (١) فى الذى خطبت إليه ابنته فقال للخاطب:

هى أختك من الرضاة ، ثم قال : ما كنت إلا كاذبًا ، لا يتزوجها ، وإن فعل لم يقض عليه بالفراق ، بخلاف مسألة كتاب الرضاع ، لأن هذا إذا قال ذلك عند الخطبة إليه يحتمل أن يكون أراد صرفه بهذا القول ، فذلك بخلاف القائل من غير أن يخطب إليه ، والله أعلم .

[قال بعض القرويين : إن تزوج فرق بينهما ولا يعذر بما قال وهى كمسألة كتاب

الرضاع سواء] (٢) .

قال لى بعض شيوخنا من القرويين : إذا قال [لها] (٣) : أمرك بيدك ، ثم قال

لها : أمرك بيدك على ألف درهم فقضين بالثلاث ، فإن ناكرها الزوج وقال : أردت بالكلام الثانى الأول وحلف على ذلك فلزمته واحدة ، فإن أرادت المرأة ردت الألف وبانت [عنه] (٤) لأنها طلقة بمال ، وإن لم ترد المرأة دفع الألف فهى واحدة وللزوج الرجعة ، ولو قال الزوج : أردت بالكلام الثانى غير الأول ، وناكرها فى الأول لما قضت الآن بالثلاث فكانت واحدة فإن أرادت المرأة أن تؤدى الألف من أجل قوله : أردت بالثانى غير الأول ، فلها ذلك ، وتلزمه طلقتان ، وتملك نفسها إذا دفعت الألف ، لأنها طلقة على مال ، وإن لم ترد أن تدفع إليه الألف فهى طلقة وللزوج الرجعة ، فتدبر ذلك ، فهو بين إن شاء الله .

تم كتاب التخيير والتمليك بحمد الله وحسن عونه .

(١) فى أ : القرويين .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : لامراته .

(٤) فى أ : عليه .

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

كتاب الإيلاء

الإيلاء هو : الامتناع من فعل الشيء ، يقال : تألى فلان ألا يفعل [ق/ ٨٥] كذا ، أى : امتنع [منه] (١) ومنه قول الله تعالى : ﴿ وَلَا يَأْتَلِ أُولُو الْفَضْلِ مِنْكُمْ ﴾ (٢) أى لا يمتنع .

قال : قال لنا بعض شيوخنا من أهل بلدنا فى الخالف ليعزلن عن زوجته : لا يكون مؤلياً وليس كالخالف على ترك الوطء ، لأن هذا يظاً وإن كان لا يعزل عنها إلا بأمرها فهو لم يحلف على ترك الوطء جملة .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا وغيرهم : إذا قال لها : إن وطئتك فأنت طالق ثلاثاً ، على قوله يكون مؤلياً ؛ إذ لها أن تقيم بلا وطء إن رضيت بالإقامة بغير وطء ثم رجعت فلها ذلك كقولهم فى التى ترضى بالأثرة عليها وتترك أيامها : إن لها القيام ، وكذلك عندهم امرأة المؤلى إذا رضيت بتركه ثم قامت عليه ، لها أن تطلق عليه .

قال عبد الحق : إذا حلف بالله ألا يظأها واستثنى إنما جعله مؤلياً لأنه لما احتتمل أن يريد بقوله : إن شاء الله مثل قوله تعالى ﴿ وَلَا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَدًا ﴾ (٣) إلا أن يشاء الله ﴿ (٣) ، واحتتمل أن يريد بذلك الاستثناء الذى [يحل] (٤) اليمين وجب لاحتمال ذلك ألا يسقط حق المرأة ويزول الإيلاء بأمر محتمل .

فإن قيل : فإن ابن القاسم يقول : إذا كفر المؤلى يسقط عنه الإيلاء ويحتتمل هاهنا أن يكفر عن يمين سلفت كما قال أشهب ، فلم أسقط الإيلاء وهو أمر محتمل؟

(١) سقط من ج .

(٢) سورة النور : ٢٢ .

(٣) سورة الكهف : ٢٣ ، ٢٤ .

(٤) فى أ : يحتتمل .

[وهلا] (١) احتاط في ذلك للاحتمال كما احتاط في الاستثناء [للاحتمال الذي وصفت ؟

فيحتمل أن يكون إنما فرق بين ذلك لأن نفس الاستثناء [(٢) وهو قوله : «إن شاء الله» يحتمل أن يكون حل به اليمين] إن قصد به الاستثناء ، ويحتمل أن يكون نفس ذلك اللفظ لم يقصد به حل اليمين [(٣) فتكون باقية عليها ، والكفارة التي فعل هي تحل اليمين حقيقة لا شك فيها وإن كنا لا نعرف هل قصد بها حل هذا اليمين أو غيرها ، فهي على كل حال كفارة تسقط اليمين فكانت التهمة في ذلك أبعد ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قوله : إذا حلف أن لا يلتقى معها سنة إن كان يمتنع من الوطء [بيمينه] (٤) فهو مؤل ، إنما شرط هذا الاشتراط لاحتمال أن يريد : لا ألتقى معك في دار بعينها أو موضع بعينه ، وأما إن قصد بالالتقاء الوطء أو قصد التقائهما في موضع فهو مؤل لاشك إذ لا يقدر على الوطء في هذا .

قال بعض شيوخنا من القرويين في مسألة الحالف على الحج في قول غيره : إذا أمكنه الخروج أو جاء وقت الحج فتركه إلى وقت إن خرج لم يدرك ، منع من الوطء ، ثم قال بعد ذلك : فإن فعل ما يبرئه من الحج ، إنما معناه إن فعل الإحرام بالحج لا فعل الحج كله ، لأنه كيف يستطيع فعل الحج ، وهو قد قال : إنما يضرب له الأجل إذا فاته الحج أو كان إن خلى لم يدرك الحج .

وقال لي غيره من القرويين : إنما أراد غيره أولاً بقوله : إلى وقت إن خرج لم يدرك ، يريد على السير الذي اعتاده الناس ، ثم قوله : فإن فعل الحج ، يريد فإن سار السير السريع غير المعتاد [فأدرك] (٥) كان ما ذكره [أشهب] (٦) والله أعلم .

(١) في أ : هذا .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

قال : ومذهب ابن القاسم فى هذه المسألة أنه لا يؤخر إلى أشهر الحج ويؤمر بالإحرام فى وقته وإن لم تأت أشهر الحج وأراه فى «المستخرجة» ، هكذا قال : يحرم وإن كان فى شهر المحرم .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى الذى يترك وطء زوجته لا يمين عليه فىجب أن يتلوم له الحكم ولا يضيق عليه فى أجل التلوم بل يفسح له فى ذلك مقدار أجل الإيلاء وأكثر من ذلك وذلك أنه يقول : أنا لو حلفت على أربعة أشهر فأقل لم يكن على شيء ، فكيف إذا تركت الوطاء من غير يمين ؟ وقال لنا : إننى رأيت نحو هذا لبعض العلماء من البغداديين .

قال عبد الحق : إذا قال : إن وطئتك فكل مملوك أملكه من الفسطاط فهو حر ، فوطئ زوجته ثم بعد ذلك اشترى من الفسطاط فأعتق عليه ما اشتراه على القولين ، على قوله يكون مؤلّياً قبل الملك ، وعلى قوله لا يكون مؤلّياً حتى يملك من الفسطاط ، فاعلمه .

قوله : ولم يأمره سيده باليمين فى مسألة العبد يحلف بعتق الأمة ألا يشتريها سواء أمره باليمين أو لم يأمره إذا لم يأمره بالشراء ، فإن أمره بالشراء فهاهنا إن كان قد أمره باليمين وجب عتقها وإن كان لم يأمره فلا عتق لها ، ولهذا كان إذا أمره باليمين أشد إذ كان يعتق عليه إن أمره بالشراء ، وأما إذا لم يأمره بشرائها فلا فرق بين أمره بإياه باليمين وغير أمره؛ لأنه يقول [له] (١) : أنت متعدد فى شرائك إذ لم آذن لك فيه ، فلا يعتق عليه وإن أمره باليمين .

تم كتاب الإيلاء بحمد الله وحسن عونه .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب اللعان [ق / ٨٦]

أصل اللعان إنما جعل لدفع نسب ليس من الزوج ، ألا ترى أنه ليس بين الأجنبيين لعان ، لأنه ليس بينهما نسب ، فلو قذف أجنبي أجنبية بأى وجه كان برؤية يدعيها أو غير رؤية كان عليه الحد ولم يكن بينهما لعان؛ إذ لا ضرورة عليه فيما ذكر [والزوج] (١) فيه ضرورة إلى ذكر ذلك لدفعه بذلك نسباً ليس منه .

قال أبو بكر الأبهري : فإن قيل : إن [ق / ٥٦ جـ] كان لدفع النسب كما قلت لكان إذا قال لزوجته : رأيتك تزنين ، لم يكن لعاناً إذ ليس ثم نسب يلحق به .

قيل له : قد يحدث من هذا الوطاء ولد فيلحق به لو لم ينفه ، وقد يجوز أن يموت الزوج قبل ظهور الولد فجعل له أن يلاعن قبل ظهور الحمل لهذه العلة ، ووجه قوله : يلاعن فى العدة ، وإن لم يدع رؤية ولم ينف حملاً ، فلأن لعانه فى هذا الموضع يرفع به الحد عنه ، وإن كان أظنه جعل لدفع الولد فقد رفع الحد أيضاً ، ألا ترى لو ادعى رؤية فيمن لا تحمل مثلها لكان عليه اللعان ويجب عليه الحد إن امتنع من اللعان .

قال عبد الحق : سألت بعض شيوخنا من القرويين : إذا أبت المرأة اللعان ثم رجعت فقالت : تلاعن ، هل لها ذلك ؟ .

فقال : ذلك لها كالتى تقر بالردة على نفسها ، ثم تنزع أن لها ذلك لا فرق بين المسألتين ، والله أعلم .

وسئل : إذا لاعن النصرانية فى نفي الولد وأبت هى اللعان ، هل يلزمه النفقة عليها إلى أن تلد ؟

فقال : النفقة لازمة [له] (٢) وإن كان لا يطأها؛ إذ الولد ليس له فهى زوجته

بعد .

(١) فى أ : وللزوج .

(٢) سقط من أ .

قيل : فهل ينال منها [منال] (١) الرجل من زوجته الحائض ؟

فقال : يجرى ذلك على القولين فى مسألة المشتري الأمة حاملاً بالبراء .

قال ابن المواز فى من تزوج امرأة فى العدة قبل حيضة فأتت بولد : هو للأول إلا أن ينفيه بلعان ، فإن التعن لم تلتعن هى وكان بالثانى لاحقاً إلا أن ينفيه فإن نفاه بلعان التعت فإن نكلت حُددت ، ولو التعت ثم استلحقه الأول لحق به ولم يحد ؛ إذ لم ينفه إلى زنا ، [ولو كان الثانى هو مستلحقه] (٢) دون الأول لحق به وحداً ؛ لأنه كان نفيه إلى غير أب ، ومن استلحقه منهما أولاً لحق به ، ثم لا دعوى للثانى فيه ، ولو ادعاه الأول قبل لعان الثانى لم يقبل منه لأنه ابن للثانى ، ولو استلحقاه كلاهما بعد التعانها كان الأول أحق به ، قال فى كتاب العتق : (وتحرم على الثانى للأبد) .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا تلاعنا جميعاً اختلف هل تحرم على الأول

للأبد ؟

فقال أصبغ : تحرم على الأول والثانى .

وقال سحنون : لا تحرم على الأول لأنها لم تلاعن الأول ، وجعلها كالتى

[تغصب] (٣) فينفى الزوج حملها [لأنها لا تلاعن] (٤) ولا تحرم على الذى لاعنها

للأبد .

قال : والخلاف يجرى فى هذه المسألة أيضاً حكم المسألتين سواء ، فاعلم .

وسئل : لم قال أصبغ : (تحرم على الأول) وهى ملاعنة ، فهلا كان كرجل

لاعن ثم أقرت المرأة بالزنا أنها لا تحرم عليه ؟

فقال : الفرق بين ذلك : أن إقرار هذه بالزنا على نفسها أبطل حكم اللعان الذى

التعنه الزوج فكان ذلك كممثل ما لو لم يلاعن حتى أقرت المرأة بالزنا أن الزوجية

(١) فى أ : ما ينال .

(٢) فى أ : وإن استلحق الآخر دون الأول .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى ج : أنه يلاعن .

قائمة، وحكم اللعان في مسألة الغصب لم تبطل هذا ثابت به فنفي الزوج الولد لا يغير ذلك ، فهذا مفترق ، والله أعلم .

قال عبد الحق : [اعلم] (١) أن المرأة إذا ادعت أنها [غصبت] (٢) وصدقها الزوج على ذلك ، فأنت بولد لا ينفي الولد إلا بلعان ، [بخلاف التي أقرت بالزنا وصدقها الزوج في هذه ينفي الولد بلا لعان] (٣) عند ابن القاسم .

والفرق بينهما : أن هذه تحمد لإقرارها بالزنا فتنتفي التهمة للزوم الحد لها ، والتي أقرت بالغصب لا تحمد فلم يصدق على نفى نسب الولد من غير لعان ، ولو رجعت التي أقرت بالزنا عن إقرارها قبل أن تحمد لم ينتف الولد ، وصارت مثل المسألة التي قدمنا إذا أقرت بالغضب ، فاعلم .

والتي تدعى أنها غصبت وهي تحت زوج لا حد عليها فيما ظهر بها من حمل ؛ لأنها لو شاءت ألحقته بزوجه فليست كالتى لا زوج لها تدعى الغصب هذه إذا ظهر بها حمل تحمد ولا تقبل منها دعوى الغصب ، إلا أن تكون إذا نزل بها ذلك كانت قد حاضت وبلغت من فضيحة نفسها [ق / ١٨٧] إلى هذا فيسقط عنها الحد .

قال عبد الحق : ذكر أن الكتابية تلاعن في كنيستها وهي لو أقرت أو نكلت عن اللعان لم تحمد .

والصغيرة ، قال : لا تلاعن ؛ إذ لو أقرت أو نكلت لم تحمد .

فعلل الفرق بينهما : أن النصرانية قد يتعلق عليها بإقرارها أو نكولها حد عند أهل ملتها ؛ لأنها مردودة إليهم ، والصغيرة لا يتعلق عليها شيء ألبتة ، فافترقا لهذا ، والله أعلم .

تم كتاب اللعان بحمد الله وحسن عونه .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : زنت .

(٣) سقط من أ .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الأيمان بالطلاق

قال بعض شيوخنا من [أهل بلدنا] (١) فى مسألة القائل لزوجته : أنت طالق ، فيقول له رجل : ما صنعت ؟ فيقول : هى طالق ، [ويقل] (٢) : لم أنو إلا إخباره ولم أرد طلقة ثانية : إنما يجب عليه اليمين فى دعواه ما وصفنا ، إذا كان قد تقدمت له طلقة فى زوجته هذه قبل هذا أو طلق طلقة أخرى الآن مستأنفة لأن ذلك ثلاث على ظاهر الأمر وعلى دعواه هو اثنتان ، فلم يمكن من الرجعة إلا بيمينه ، وأما إن كان ما تقدمت له فى هذه المرأة طلقة ولا زادها الآن طلقة أخرى فلا معنى ليمينه ، لأنه إن كان كذب فى مقاله إن لم يرد طلقة فإنما وجب عليه طلقتين فهو له الرجعة كانت واحدة أو اثنتين فلا يمين عليه ، وإنما يحلف على ما قدمنا ، والله أعلم .

فإن نكل فى الموضوع الذى وصفنا عن اليمين فلا سبيل له إليها .

قال عبد الحق : إذا قال : أنت طالق إن أكلت أو شربت ، إنما يعنى شيئاً بعينه أو وقتاً ذكره ، وأما إن لم يكن هذا فيعجل عليه الطلاق الآن إذ لا بد لها من الأكل والشرب [وأما قوله : أنت طالق إن ركبت فلا يجعل عليه الطلاق ، إذ قد لا تركب أبداً ، فليس كالأكل والشرب] (٣) فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : إنما فرق بين قوله لزوجته : أنت طالق إذا شئت ، أو : إن شئت فى أحد قوليه لأن موضوع «إذا» فى اللسان لما يأتى على كل حال ، وموضوع «إن» لما يتوقع من الأمور مما قد يأتى أو لا يأتى (٤) ، ألا ترى تفرقة أهل اللسان بين قول القائل : آتيك إذا احمر البُسر ، وبين : آتيك إن احمر البسر ، ثم رجع مالك فساوى بين «إن» و«إذا» لأن المشيئة لا يعلم هل تقع أم لا فلم يراع افتراق اللفظ فى

(١) فى أ : القرويين .

(٢) فى أ : يقول .

(٣) سقط من أ .

(٤) الصحابى (ص / ١٧٦ و ١٩٣) .

اللسان ، والله أعلم .

وقولنا : (افتراق اللفظ في اللسان) إنما هو في تفرقهم بين «إن احمر البُسر» و«إذا احمر» قال تعالى : ﴿ إِذَا السَّمَاءُ انشَقَّتْ ﴾ (١) وقال ﴿ انفطرت ﴾ (٢) ولا تحسن العبارة بـ «إن» هاهنا إذ لابد من انفطار السماء وانشقاقها فـ «إذا» هاهنا فيما لابد من كونه فاستئسنا بهذا على طريق التشبيه وإذ قد يجوز أن [هذا] (٣) راعى هذا وإن كان على الحقيقة لا يلحق به ، ألا ترى أنه رجع عن هذا القول ورجوعه إلى المساواة بين «إذا» و«إن» هو الصواب ، والله أعلم .

وقال : إذا قال لامرأته : إن تزوجتك فأنت طالق ، ثم قال : كل امرأة أتزوجها من هذه القرية طالق وهي قرية التي حلف بطلاقها فتزوجها ، إنها طالق تطليقتين .
فإن قيل : ما فائدة تحصيلك العدد في قولك : تطلق تطليقتين ، وهي كلما تزوجها تطلق؟ لأنها تصير كإحدى نساء القرية فكلما تزوجها طلقت ؟ .

فالجواب : أن معرفة عدد الطلاق يفيد أنها إذا تزوجها فبعقده عليها تلزمه طلقتان ، ويجب عليه نصف الصداق ، ثم إن تزوجها تارة أخرى طلقت بالعقد ووجب عليه نصف صداق أيضاً ، ثم إن تزوجها بعد ذلك لم يجب عليه نصف صداق ، لأنها طلقت عليه ثلاثاً فصارت محرمة لا تحل إلا بعد زوج ، فلا يجب عليه صداق إذا تزوجها ، وإذا لم يحلف على عينها ، وإنما قال : كل امرأة أتزوجها من هذه القرية طالق . فتزوجها ، وجب [بالعقد عليه] (٤) الطلاق ونصف الصداق ، ثم إذا تزوجها [ثانية] (٥) وجب [عليه] (٦) الطلاق ونصف الصداق ، ثم إذا تزوجها

(١) سورة الانشقاق : ١ .

(٢) سورة الانفطار : ١ .

(٣) في أ : يكون .

(٤) في أ تقديم وتأخير .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

ثالثة طلقت ووجب نصف الصداق ، ثم [إن] (١) تزوجها رابعة لا يلزمه نصف صداق ، لأنها صارت لا تحل إلا بعد زوج فصار هاهنا لها نصف الصداق ثلاث مرات ، وفي الوجه الأول إنما لها نصف الصداق مرتين على ما بينا ، فهذه فائدة قولنا في المسألة [ق/ ١٨٨] : تطلق تطليقتين ، وهكذا [ذكر لي] (٢) بعض شيوخنا من القرويين وهو بين فتدبره .

فإن قيل : فهل علة وجوب التطليقتين [ق/ ٥٧ج] عليه فيما قدمنا هي ما وصفت من وجوب نصف الصداق مرتين وفي تزويجه الثالثة لا يجب لها نصف الصداق ؟

فالجواب : إن ما تقدم لنا لم نقل فيه إن ذلك علة لوجوب التطليقتين ، وإنما هو إخبار عما يفترق فيه السؤالين المتقدمين إن اعترض معترض فقال : إن السؤالين سواء في كون الزوج ممنوعاً من الزوجة كلما تزوجها ، فبيننا للمعترض أن المسألتين [وإن] (٣) اتفقتا في هذا الذي وصف فتختلف أحكامهما فصار تعداد الطلاق معرفته تفيد أحكاماً مختلفة على الوجه الذي بينا ، وليس ذلك علة لوجوب التطليقتين فيما وصفنا ، فاعلمه .

قال بعض شيوخنا من القرويين في الذي يطلق امرأته قبل البناء وهو مريض ثم تزوجها قبل حجته : يفسخ نكاحه [وإن دخل] (٤) وليس كما [قال] (٥) : إنه بعد البناء ثابت ، لأن الصداق إنما هو في الثلث ، فكيف نقر نكاحه ويباح له وطء امرأة صداقها غير مستقر ، إنما هو في ثلثه ولا يدرى ما يحمل الثلث منه ، وليس كالنكاح بالغرر ، لأنه إذا بنى فيه وجب صداق المثل ، وفي مسألتنا إنما صداق المثل في الثلث فلا يدرى ما يحمل منه فلا تجلس عنده امرأة لم يستقر أمر صداقها ، وهذا ظاهر

(١) في أ : إذا .

(٢) في أ : حفظت عن .

(٣) في أ : إذا .

(٤) سقط من ج .

(٥) في ج : قيل .

«الكتاب» لأنه قال : (هو كمن نكح في المرض وبني فيه)، واعلم أن ربع دينار للمرأة من رأس المال ، ويخلص به الغرماء ولا كلام لهم ، والزائد على ربع دينار هو الذى يكون فى الثلث ، فاعلم .

حكى لي بعض القرويين عن الشيخ أبى الحسن أنه قال فى مسألة ربيعة : إذا شهد ثلاثة كل واحدة بطلقة : معنى قوله أن كل شاهد يشهد عليه فى يمين حلف بها ، فلذلك إذا نكل عن اليمين تطلق عليه ثلاثاً ، يريد : وأما إن لم يكن ذلك فى يمين فتلغو شهادة اثنين فتكون [طلقة] (١) ويحلف مع الآخر ، وإن نكل لزمه طلقتين على أحد قولى مالك .

قال عبد الحق : وعلى ما قال الشيخ [على] (٢) إذا حلف سقطت الشهادة ولم يلزمه شيء ، وإن نكل لزمته الشهادات كلها فتطلق ثلاثاً حسبما قدمنا ، ولو شهد عليه ستة كل واحد بطلقة فى غير يمين [فيها ونكل اثنين يلغو فيلزمه الثلاث] (٣) ، فاعلم .

وحكى عن الشيخ أبى الحسن فى شاهد يقوم للمرأة وآخر يقوم للزوج ، أحدهما يشهد أن الخلع وقع بعبد ، والآخر يشهد أنه وقع بدراهم ، وتكافئاً فى العدالة : أنه ينظر ، فإن كانت المرأة تدعى أن الخلع وقع بالعبد فإن كانت قيمته مثل الدراهم فلا أيمان بينهما ويبيع فيعطى الزوج الدراهم ، وإن كان الزوج يدعى العبد وهى تدعى الدراهم فهانئاً تحلف المرأة ؛ لأن للزوج غرضاً فى عين العبد الذى يدعيه ، فلذلك تحلف المرأة ، وإن كانت قيمته مثل الدراهم ، ولو كان أحد الشاهدين أعدل قضى به ، وعند اعتدالهما يكون ما قدمنا ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إذا طلق زوجته وشك فلم يدر كم طلقها ، يأمر أن يتزوجها بعد زوج لاحتمال أن يكون إنما كان طلاقها ثلاثاً فتزوجها ثم طلقها واحدة ، يقال

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : شهادة كل اثنين تلفق فتلزمه الثلاث .

له: يحتمل أن تكون أولاً إنما طلقته اثنتين، وهذا الطلقة الآن تنمة الثلاث فلا تحل لك إلا بعد زوج، ثم تزوجها فطلقها طلقة، يقال [له] (١): يحتمل أن تكون أولاً إنما طلقته واحدة ثم طلقت أخرى وهذه ثالثة فلا تحل لك إلا بعد زوج، ثم إن تزوجها فطلقها طلقة يقال [له] (٢): يحتمل أن تكون أولاً طلقته ثلاثاً وقد حصل منك بعد ذلك ثلاث تطليقات فلا تحل لك إلا بعد زوج، فإذا تزوجها ثم طلقها زال الشك فيها عند بعض أصحاب مالك، وعلى قول ابن القاسم: لا يزول الشك فيها البتة، وهذه المسألة يسميها بعض علمائنا: الدولانية، لبقاء الشك فيها على قول ابن القاسم، وقوله فيها هو الصواب إذا اعتبرت ذلك؛ لأنه وإن طلقها بعد زوج رابع واحدة يقال له: يحتمل أن تكون أولاً إنما كنت طلقته اثنتين وواحدة من الأربع تنمة الثلاث فيحصل عليك ثلاث في النكاح الثاني [ق/ ١٨٩] ثم في النكاح الثالث طلقته طلقة وفي النكاح الرابع طلقة وفي الخامس طلقة، فذلك ثلاث فلا تحل لك إلا بعد زوج، ثم إن تزوجها بعد زوج خامس فطلقها واحدة أيضاً ثم تزوجها يقال له: يحتمل أن تكون أولاً إنما طلقته [طلقة] (٣) واحدة ومعك بعد ذلك خمس تطليقات فائتان منها تمام الثلاث، ويحصل معك ثلاث تطليقات، وحساب ذلك يطول وهو واضح فتدبره.

قال عبد الحق: ذكر عن الشيخ أبي الحسن في مسألة الذي قرب لقطع يد أو جلد فتطلق حينئذ، قال: قوله: (أما ما كان من ذلك يخاف عليه [من] (٤) الموت فينزل بمنزلة المريض، إنما يكون هذا بعد أن قطعت يده أو جلد فصار بذلك كالمريض، فأما قبل إقامة الحد فيبتعد فيه هذا، ولو خفنا عليه الموت ما أقمنا عليه الحد.

قال ابن القاسم: ومن نكح أمًا وابتنها في عقدين ثم مات ولم يعلم الأول منهما فإن بنى بهما فلكل واحدة صداقها المسمى ولا ميراث لهما.

قال أبو بكر بن اللباد: وعلى كل واحدة ثلاث حيض استبراء.

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من أ.

(٣) في أ: تطليقة.

(٤) زيادة من أ.

قال ابن القاسم : فإن لم يبين بهما فالميراث بينهما .

قال ابن المواز : بعد أن تحلف كل واحدة منهما : أنها هي الأولى .

قال ابن القاسم : ولكل واحدة نصف صداقها اتفق أو اختلف .

قال ابن اللباد : وعلى كل واحدة منهما عدة الوفاة أربعة أشهر وعشر لأن نكاح

واحدة منهما صحيح ولا ندرى من هي منهما فوجب عليهما جميعاً عدة الوفاة .

قال ابن المواز وابن حبيب : وإن بنى بواحدة معروفة ولم يبين بالأخرى فملتى بنى

بها صداقها كله .

قال ابن حبيب : ونصف الميراث [لأنها تنازع الورثة فيه .

وقال ابن المواز : لا شيء لها من الميراث .

وقال محمد [(١)] : وقيل : لها نصف الميراث ، ولا يعجبني .

قالا : وأما التي لم يدخل بها فلا شيء لها من الصداق ولا ميراث لأن نكاحها

مفسوخ كانت أولاً أو آخراً .

قال ابن اللباد : ويكون على المدخول بها من العدة أقصى الأجلين ؛ لأنها إن

كانت أولاً المعقود نكاحها فعليها أربعة أشهر وعشر ، وإن كانت آخراً فإنما عليها

ثلاث حيض ، فوجب عليها أقصى الأجلين احتياطاً ، وأما التي لم يدخل بها فلا

عدة عليها من وفاة ولا طلاق .

قال ابن سحنون في كتابه : وإن دخل بواحدة منهما غير معروفة فلكل واحدة

نصف صداقها ونصف الميراث بينهما ، من قبل أن المدخل بها إن كانت هي الأولى

منهما فنكاحها ثابت ، وإن كانت المدخول بها هي الآخرة منهما بطل نكاحها ونكاح

الأولى ، فلما ثبت الميراث مرة وزال أخرى أعطيتاهما نصفه .

قال ابن اللباد : وعليهما في العدة أقصى الأجلين .

قال ابن المواز : وإن نكح الأم وابنتها في عقدين فعشر على ذلك في حياته ولم

يعلم الأولى منهما فرق بينهما ويكون لكل واحدة نصف صداقتها .

وحكى عن أبى سعيد بن هشام أنه قال : بل تعطى كل واحدة ربع صداقتها .

قال ابن حبيب : ومن مات عن خامسة لا تعرف فالميراث بينهم أخماساً دخل بهن أم لا ، وإن بنى بهن كان لكل واحدة ممن بنى بها صداقتها المسمى ، وإن بنى ببعضهن فللتي بنى بها صداقتها ولكل من لم يبن بها نصف صداقتها [المسمى] (١) لأن المنازعة فيه بينهما وبين الورثة .

وقال ابن سحنون : [إن] (٢) دخل بأربع معروفات ولم يدخل بواحدة فلكل من دخل بها صداقتها ولهذه التي لم يدخل بها نصف صداقتها ، وإن كان إنما دخل بثلاث معروفات وبقي اثنتان لم يدخل بهما فللمدخول بهن صدقاتهن وللتين لم يدخل بهما صداق ونصف فلكل واحدة [ق/٥٨ ج] ثلاثة أرباع صداقتها ، وإن دخل بأربع مجهولات كان عليه لجميع الخمس أربع صدقات ونصف فلكل واحدة من الخمس أربعة أخماس صداقتها ونصف الخمس .

وحكى عن أبى سعيد بن هشام أنه قال : وإن مات عنهن قبل البناء بجميعهن فإنما عليه أربع صدقات يكون لكل واحدة منهن أربعة أخماس صداقتها ، وعلى كل من دخل بها من العدة أقصى الأجلين ، وعلى التي لم يدخل بها أربعة أشهر وعشر فقط ، وبالله التوفيق .

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : من .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب السلم الأول [ق/ ٩٠]

قال عبد الحق : الأصل في سلم الأشياء بعضها في بعض أن تختلف وتباين ، واختلافها على وجهين :

إما اختلاف أصلها ، أو اختلاف منافعها ، فإذا اتفق ذلك أو تقارب ولم يتفاوت منع من سلم بعض ذلك في بعض ، لأنهما وإن سميا ذلك سلماً فسيبيل فعلهما سبيل السلف ، لأن السلف أن تدفع شيئاً وتأخذ من جنسه مثله ، فلما وحدنا هذا هكذا سلكتنا به مسلك السلف ، ومنعنا من منفعة يتغيها السلف لنهى النبي [عليه السلام] (١) عما جر من السلف نفعاً ، والنفع المبتغى في ذلك على وجهين :

إما زيادة في الشيء المسلم فيه ، أو عدم زيادة فيه فتتقر لابتغاء الضمان .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإذا أسلم شيئاً في مثله واغترى نفع نفسه وفات ذلك ، فذلك كالبيع الفاسد يكون على القابض القيمة أو المثل فيما له مثل من المكيل والموزون ، وكذلك لو سموا ذلك سلماً [أو] (٢) اغترى الدافع منفعة نفسه إنما يكون فيها قبض القيمة في العروض التي لا تكال ولا توزن ، وليس يكون فيه المثل لعقدتها على سلف ، لأن السلف إذا [فسد] (٣) رجع حكمه حكم بيع فاسد فيكون على القابض القيمة فيما فات بيده مما لا يكال ولا يوزن أو المثل فيما له مثل كما قدمنا ، فإن لم يثبت أن الدافع قصد منفعة نفسه إلا بقوله فالمعطى مخير بين أن يصدقه فيكون ما وصفنا ، أو يكذبه فيدفع إليه المثل على كل حال لأنه يقول له : أنت متهم لعلك تحب أن تلزمني القيمة فيما قبضت ، فإنما يلزمني مثل ما تسلفت منك عند أجله حسبما استلفت منك ، والله أعلم .

قال : ويجوز على مذهبه في «المدونة» سلم صغير من الإبل في كبير أو كبير في صغير أو صغيرين ؛ لأن الصغر والكبر عنده اختلاف كصنفين فيجوز كيفما أسلم ،

(١) في أ : ﷺ .

(٢) في ج : و .

(٣) سقط من أ .

[وأصعب] (١) تفرقت في غير «المدونة» بين صغير في كبير أو كبير في صغير وبين كبير في صغيرين .

قال عبد الحق : ذكر في كتاب السلم (٢) هذا : أن الحمير والبغال صنف ما خلا حمر الأعراب على حسبما شرط وجعل الحمير والبغال صنفين في كتاب القسم ومنع من قسمتهما بالقرعة .

والفرق بين ذلك : أن الغرض في القسم رفع التخاصر [فيها] (٣) إذا كانت الحمير على حيالها تنقسم و[كانت] (٤) البغال على حيالها تنقسم ، كان قسم ذلك على حدة ، [أو] (٥) فجعلها كالصنفين احتياطاً لئلا يدخل في التخاصر ، وصيرها في السلم كصنف واحد خيفة سلم الشيء في مثله حتى يتباين [أمره فيبنى على الاحتياط] (٦) في ذلك كله ، فإن كان لا يحتمل القسم كل صنف ، وجب أن يجمع في القسم لأن الذي بين ذلك من الاختلاف يسير ، والله أعلم .

قوله في «الكتاب» : (لا يسلم ثوب في ثوب دونه أو رأس في رأس دونه) إنما ذلك في صنف واحد وأما في صنفين فجاز ، وقد أجاز في «المدونة» (٧) أن يسلم ثوب من غليظ الكتان مثل الربة وأشبهها في قصبى مؤجل وقرقى معجل وكلاهما من رقيق الكتان ، فإذا اختلفت [الأصناف] (٨) جاز ذلك .

قال بعض شيوخنا من القرويين في السلف في القرية الصغيرة : حكمها حكم [السلم] (٩) في حائط بعينه في وجهين :

أحدهما : أنك لا تسلم في ثمرها إلا بعد زهوه .

(١) في أ : ويصعب .

(٢) المدونة (٥٤/٣) .

(٣) سقط من أ .

(٤) زيادة من أ .

(٥) في أ : ولا .

(٦) في أ : أمرها فينا على الاختلاف .

(٧) المدونة (٧٣/٣) .

(٨) في أ : الأجناس .

(٩) في أ : السلف .

والوجه الثاني : أنك تشترط أخذ ذلك بسرًا أو رطبًا ، ولا يجوز أن تشترط [أخذه] (١) تمرًا؛ إذ [قد] (٢) يباع تمر [القرية] (٣) رطبًا لقلته فلا يجد من أين يعطيه ، وإنما يشترط أخذه رطبًا أو بسرًا كما قدمنا ، ويخالف حكم الحائط بعينه في وجهين : أحدهما : أنه يجوز أن يسلم إلى من ليس له في القرية حائط ؛ لأنه سلم مضمون عليه فلا يراعى أن يكون للمسلم إليه حائط .

والوجه الثاني : أنه لا يجوز تأخير رأس المال لأنه سلم مضمون كما قلنا .

قال عبد الحق : في «كتاب ابن مزين» : قال وسألته عن تفسير قول مالك في الذى يسلف فى تمر حائط بعينه وقد بدا صلاحه أو فى لبن الغنم بأعيانها دنائير أو دراهم ويشترط كىلاً يأخذه كل يوم فينقطع تمر الحائط أو لبن الغنم قبل أن يتقاضى هذا حقه .

فقال مالك : يتحاسبان ويأخذ ما بقى له من حقه .

كيف يتحاسبان : أعلى قيمة ما قبض وما بقى ، أم على الكيل [٣/٩١ أ] الذى قبض والذى بقى ؟

قال : بل على كيل ما بقى وما قبض ولا ينظر فى هذا إلى القيمة وإنما ينظر إلى القيمة فى الذى يتباع لبن الغنم جزافاً أياماً معدودة فيحلبها أياماً ثم تموت أو يموت بعضها .

قال عبد الحق : قال لى بعض شيوخنا من القرويين : قال الشيخ أبو الحسن : [بل] (٤) إنما يحسب ذلك عليه بالقيمة لا على الكيل لأنه إنما كان يأخذه شيئاً فشيئاً إلا أن يشترط عليه أن يجده من يومه فهذا يحسب على الكيل .

قال عبد الحق : قال لى بعض شيوخنا من غير أهل بلدنا فيمن أسلم فى شيء له إبان فمات المسلم إليه قبل الإبان : توقف تركة الميت حتى يأتى الإبان ولا سبيل

(١) فى أ : أخذ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : الحائط .

(٤) سقط من أ .

[له] (١) إلى قسم ماله .

قلت : فإن كان عليه ديون أخرى ؟ .

فقال : هاهنا يتحاصون في تركته ويضرب لصاحب السلم بقيمة ذلك الشيء الذي أسلم إليه على معتاد العرف منه .

قلت لغيره من شيوخنا القرويين : هل يضرب له بقيمة ذلك الشيء لو أسلم فيه الآن على أن يقبض في وقته ؟

فأبى من ذلك وقال : إنما يضرب بقيمة ذلك في وقته على عرف العادة [منه] (٢) قال : [وإن] (٣) جاء الإبان فكان غالباً فلا شيء له ، فإن كان أرخص فلا شيء عليه ما لم تكن في ذلك زيادة على جميع حقه فإذا وجد حقه كاملاً فلا يزداد عليه .

قال بعض شيوخنا من القرويين : قوله : (لا بأس أن يأخذ بقية رأس ماله) (٤) في مسألة من أسلم في شيء له إبان ففات الإبان قبل قبض جميع ما أسلم فيه ، يريد لا بأس إذا اتفقا ، وهذا راجع إلى قول ابن القاسم : من طلب التأخير منهما فذلك له إلا أن يجتمعا على المحاسبة فيجوز اجتماعهما لضرورة فوت الإبان الداخلة عليهما ، فلا يتهمان من أجل ذلك على قصد البيع والسلف وقال أشهب : يكره الثمن في مسألة من أسلم في سمن غنم بأعيانها .

قال سحنون : نحاه ناحية شراء زيتون على أن على البائع عصره .

قال أبو محمد : إنما تدخل [علة سحنون] (٥) لو أسلم في كيل من اللبن على أن يخرج له البائع منه أقطاً أو سمناً ما خرج ، وهذا إنما يسمى سمناً أو أقطاً معلوماً قدره .

[قال عبد الحق] (٦) : وطعن أبي محمد في اعتلال سحنون واضح .

(١) زيادة من أ .

(٢) زيادة من أ .

(٣) في أ : فإن .

(٤) المدونة (٦٢/٣) .

(٥) في أ : علة سحنون لأشهب .

(٦) سقط من ج .

[وأما] (١) وجه كراهية أشهب : أنه لا يدري كيف خروج السمن فى صفوه أو جودته ، وكذلك الأقط على قول أشهب يكره .

قال عبد الحق : قوله : (يسلم فى اللحم تحرياً) (٢) ، معناه يقول له : آخذ منك ما إذا تجرى كان فى وزنه رطل أو رطلان أو نحو ذلك ، هكذا قال غير واحد فى معنى قول ربيعة : إذا أسلف صياداً على صنف من الطير فلم يجد عنده من ذلك الصنف فأخذ منه عشر عصافير تطير واحد مما اشترط عليه .

قال سحنون فى «كتاب الشرح» (٣) : معناه [ق/٥٩ج] أن الطير الذى سلف فيه كانت مما لا تقتنى إنما كانت للحم ، [وإذا] (٤) كانت كلها للحم فحلال على التحرى والبدل ، ولو كانت مما تقتنى مثل الداجن المربوب فأخذ فيها أو فى أحدها طيراً أو عصافير مما لا تقتنى كان اللحم بالحيوان المنهى عنه ، وإذا كانت مما تقتنى فأخذ منه بدل ذلك مما تقتنى كان حلالاً لأن التفاضل يجوز فى ذلك .

قال لى بعض القرويين فى الصوف يشتري على ظهور الغنم : جزازه على المشتري ، ومثال ذلك الثمر يشتريه فى رؤوس [الشجر] (٥) : إن جزازه على المشتري ، وليس كالكيل والوزن [الذي] (٦) هو على البائع ، فاعلم .

قال عبد الحق : اعلم أن السلم فى الدور والأرضين لا يجوز؛ لأن المواضع مختلفة وتشاح الناس فيها يتباين ، فإن وصف موضعاً صار السلم فى شيء بعينه ، والسلم لا يكون إلا مضموناً فى ذمة ، وكذلك النكاح بالدور والأرضين المضمونة وقرضها لا يجوز ذلك كله لما قدمنا ، وكذلك حفظنا عن بعض شيوخنا من القرويين .

(١) فى أ : وإنما .

(٢) المدونة (٣/٦٥) .

(٣) يعنى : شرح الموطأ .

(٤) فى أ : فإذا .

(٥) فى أ : النخل .

(٦) سقط من أ .

قال ابن حبيب: إذا بيع تراب الذهب بذهب أو الفضة بالفضة رد ، فإن فات واستخرج [منه شيء] (١) كان ما [أخرج] (٢) منه [للبيع ورد أجره] (٣) للمبتاع وعليه قيمة التراب ، ولا يجوز بيع تراب الصاغة ، فإن [بدل] (٤) واستخرج ما فيه رد ما خرج منه للبتاع [وأدى] (٥) أجره المبتاع .

قال أبو محمد: يريد إذا كان فيما يخرج منه فضل عن أجر مثله .

والفرق بين المسألتين: أن الأصل فيما بيع بيعاً فاسداً [ق/ ١٩٢] وفات بيد مشتريه أن يغرم المثل فيما له مثل والقيمة فيما لا مثل له ، فتراب الصواغين لا مثل له ولا قيمة ، وتراب الذهب والفضة مما له قيمة ويباع بخلافه فجرى مجرى البياعات الفاسدة [في وجوب] (٦) القيمة فيه إذا فات بيد مشتريه ، والله أعلم .

قال بعض الأندلسيين في قول ربيعة في الكتان المنسوج بالكتان المغزول : هو بمنزلة الحنطة بالخبز والدقيق بالسويق .

معناه: أن النسيج صناعة في الغزل يجوز معها بيعه بالغزل غير المنسوج إلى أجل كما أن الخبز وعمل السويق صناعة يجوز معها التفاضل في الحنطة إذا بيعت بالخبز والسويق والتفاضل في الدقيق أيضاً إذا بيع بهما يدأ بيد .
وقوله في الغزل بالكتان : (إنه بمنزلة الحنطة بالدقيق) (٧) .

معناه: أن الغزل ليس بصناعة بغير الكتان حتى يجوز أن يباع بعض ذلك ببعض إلى أجل كما أن الطحين ليس بصناعة بغير القمح حتى يجوز أن يباع [الدقيق

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : استخرج .

(٣) سقط من جـ .

(٤) في أ : ترك .

(٥) في أ : ورد .

(٦) في أ : ووجوب القيمة فيه .

(٧) المدونة (٣/ ٧١) .

وقوله : وهذا يبين ما بينهما من الفضل .

معناه : أن الحنطة إذا طحنت تريح فكان الفضل فيها بيتاً .

وقوله : (ولذلك كره إلا مثلاً بمثل) .

معناه : ومع ذلك كره السديق بالحنطة إلا مثلاً بمثل لحنة مؤونة [الطحن]^(٢) ،

أى : فهذا الكتان إذا غزل منه رطل كانت قيمته أكثر من رطل غير مغزول ومع ذلك يبيع بعضه ببعض إلى أجل لا يجوز لحنة وزن الغزل .

قال : والذي تأولنا عليه فى قوله : «ولذلك» ، أنه بمعنى : «ومع ذلك» لغة موجودة ، ومنه قول تميم :

فلما تفرقنا كأننى ومالكاً
لطول اجتماع لم نبت ليلة معاً

أى : مع [طول اجتماع]^(٣) ، «اللام» بمعنى «مع» ، والله أعلم .

قوله فى «الكتاب» : وأجاز يحيى بن سعيد بيع رطل نحاس برطلين مضرويين أو

غير مضرويين نقلها أبو محمد فى كتابه : أجاز رطل نحاس برطلين فلوس ، فتأول أن معنى «مضرويين» أنها ضربت فلوساً ، فهذا خلاف قول ابن القاسم .

وذكر عن الشيخ أبى الحسن أنه قال : معنى قول يحيى : «مضرويين» أى :

مصوغين ، ولم يرد أنها ضربت فلوساً ، والله أعلم .

قال عبد الحق : حكى عن أبى محمد أنه قال : إذا لم يعلم هلاك الثوب الذى

هو رأس مال السلم إلا بقول بائعه ، أنه يحلف ، فإن نكل عن اليمين فحيثئذ يخير الذى عليه الطعام بين أن يغرمه قيمته ويثبت السلم أو لا يغرمه [ويفسخ]^(٤) السلم .

(١) فى أ تقديم وتأخير .

(٢) فى أ : الطحين .

(٣) فى أ تقديم وتأخير .

(٤) فى أ : فيفسخ .

وفى «كتاب ابن المواز» : إذا لم يعلم ذلك إلا بقول البائع خير الذى عليه الطعام، قال : ولو تعدى البائع فأحرقه لزمته قيمته والسلم بحاله ولا تصلح فيه الإقالة .

قال عبد الحق : وإذا ترك الثوب بيد الذى له السلم على جهة الوديعة، فأحرقه رجل ، شهد عليه الذى بيده الثوب فإن كان المسلم إليه معدماً لم تجز شهادة الذى له السلم على الجانى [لأنه] ^(١) يتهم أن يحيله عليه فيصير له مال يأخذ سلمه منه ، وإن كان المسلم إليه ملياً فشهادة الذى له السلم له جائزة ، إذ لا تهمة فى هذا ، والله أعلم .

(١) فى ج : أنه .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
كتاب السلم الثاني

قال عبد الحق: إذا أسلم في حنطة سلماً فاسداً رأيت لأبي العباس الإياني : أنه إن أخذ من الذي عليه السلم شعيراً أو سلماً لم يجز؛ لأن ذلك في البيوع صنف واحد.

ورأيت لبعض الأندلسيين أنه جائز ، وكذلك لو أخذ سمراء من محمولة ، وهذا الصواب عندي لأنه لم يأخذ نفس ما عاقده عليه [و] (١) هو غيره وقد أسلم في سمراء أو محمولة وقد أسلم فيها لأننا نتهمهما أن يكونا لم يتفاسخا وأبقيا الأول ، وأما فيما وصفنا فقد [أسقطا] (٢) ما تعاقدنا عليه لا شك ، وقبض غيره ، فذلك جائز لا فساد فيه ، والله أعلم .

واعلم أنه لا يجوز أن يأخذ من رأس المال وهو دنانير دراهم ، لأنهما يتهمان أن يظهرهما هذا السلم الفاسد تحليلاً لما رجعا إليه من الصرف المتأخر وأعرف مثل هذا لابن المواز .

قال عبد الحق: إلا أن يفسخ السلطان السلم بينهما فيجوز أن يأخذ مثل الصنف الذي أسلم [فيه] (٣) وأن يأخذ دنانير عن دراهم ؛ لأن التهمة ترتفع في هذا وإنما صار [ق/ ١٩٣] رأس المال ديناً على الذي عليه السلم فأخذ به منه ما وصفنا ، فذلك جائز ، وكذلك قال ابن حبيب : لا بأس أن يأخذ مثل الصنف الذي أسلم فيه إذا فسخ السلطان [السلم] (٤) بينهما .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا: وقوله ليس بخلاف للمذهب ، والله أعلم .

قال عبد الحق: وقوله : (إذا باع منه داراً على أن ينفق على البائع حياته ، إذا

(١) سقط من أ .

(٢) في ج : سقط .

(٣) في أ : إليه .

(٤) سقط من أ .

فسخ ذلك رجوع على البائع بقيمة ما أنفق) (١) يريد : إذا كان البائع [في] (٢) جملة عيال المشتري يده مع أيديهم ، فأما إن دفع إليه مكيلة من الطعام معلومة أو دنائير أو دراهم فيرجع عليه بمثل ما أعطاه على كيله أو وزنه .

قال عبد الحق : وينبغي عندي إن أنفق عليه شرفاء أن يرجع عليه بجميع ذلك لأن الزائد على النفقة الوسطة إنما هو كهبة من أجل البيع ، والهبة من أجل البيع إذا انتقض البيع وجب الرجوع بها فكذلك هاهنا ، والله أعلم .

وحفظت عن غير واحد من شيوخنا غير هذا : أنه إنما يرجع بنفقة وسطة والوجه عندي ما قدمته للعلة التي وصفت ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إذا وجد مشتري الطعام على التصديق نقصاً وكان قد بعث به إلى البائع ولم يعلم المشتري بذلك ، لا يجزئه أن يحلف لقد بعته على ما قيل ، لأن من حجة المشتري أن يقول : إنما رضيت بأمانتك أنت ولم أظن أنك لم تقف على كيله ، فللمشتري حيثنذ أن يرد ما وجد ويحلف أنه وجدته على ما ذكر ، وهكذا قال غير واحد من شيوخنا .

قال عبد الحق : وإذا قال الطالب للذي عليه السلم : كيله لى فى غرائرك أو [في] (٣) ناحية بيتك ، ففعل وقامت بذلك بينة جاز أن يبعه بذلك القبض ، وأما إن صدقه على كيله ، فلا يبعه بذلك القبض ؛ لأنه [متهم] (٤) فى ذلك فيحتاط فى بيعه ، وإن كان الضمان يرتفع عنه إذا هلك فى الوجهين ، فهى مفترقة فى جواز البيع ، وهكذا قال غير واحد من شيوخنا ، وهو بين ، والله أعلم .

سألت بعض شيوخنا : لم لا يجوز أن يوكل الذى له السلم على قبض السلم زوجة الذى عليه السلم ويتبعه بقبضها ، ويجوز أن يسلم المأمور إلى زوجته ما أمر بسلمه ؟

(١) المدونة (٣ / ٨٦) .

(٢) فى أ : من .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : يتهم .

فقال : الفرق بين ذلك : أن الزوجة إنما لم تكن قابضة ما على زوجها لأنها مع زوجها [و] (١) في داره فكان السلم لم يزل على الذى عليه السلم والمأمور بالسلم إنما أسلم شيئاً [ق/ ٦٠ ج] فى ذمة زوجته وأمر يتعلق بمالها فلا فرق بينهما وبين الأجنبى فى ذلك ، والله أعلم .

قال عبد الحق : وإذا أمره أن يسلم فى ثوب مروى فأسلم فى بساط شعر ، لم يذكر فى «المدونة» إن كان فى البساط فضل إذا بيع أو ذلك يكون للأمر ، وكذلك ينبغى على أصولهم ، لأن من أصلهم : أن من أذن له بحركة المال لا يستبد بالنتفع ، وسواء كان ما تعدى فيه عيناً أو عرضاً ، وذلك غير مختلف أن ما كان من فضل لا يستبد به المأمور ، وكذلك قال لى غير واحد من شيوخنا : إنه يلزم إذا كان فى البساط فضل إذا بيع أن تكون تلك الفضلة للأمر ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من غير أهل بلدنا : معنى قوله : (لا يمنع عبده النصرانى من بيع الخمر أو شرائها) (٢) : إنما يريد بذلك الشيء اليسير يكون بيده لقوته خاصة ، وأما لغير قوته فهو يمنعه فيما يحل تملكه ببيعه وشرائه ، فكيف بالخمر والخنزير ؟

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا اختلف البيعان فى الثمن ، وتحالفا فى قيام السلعة ، ثم أراد المشتري أن يأخذها بما قال البائع أو أراد البائع [يلزمها] (٣) للمشتري [بما] (٤) قال المشتري ، إنما يكون ذلك لمن أراده ما لم يفسخ بحكم إذا كانا قد ترافعا إلى الحكم ، فأما إن لم يترافعا إلى حكم واتفقا على الأيمان [فحلفا] (٥) ثم أراد أحدهما ما وصفنا ، فلا يكون ذلك لمن أراده ، وتراضيهما بالأيمان فسخ للبيع ، وأبى هذا التفريق غيره من شيوخنا ، ورأى ذلك سواء .

(١) سقط من أ .

(٢) المدونة (٩٨/٣) .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : كما .

(٥) فى أ : أن يحلفا .

حكى عن الشيخ أبي الحسن [أنه قال] (١) : إذا أمر رجلاً بسلم له فى طعام فأسلم ثم غاب المأمور فأقر الذى عليه [الطعام] (٢) بأن [ق/ ١٩٤] الطعام الذى عليه أقر المأمور أنه لفلان الأمر ولا بينة بذلك ، قال : لا يجبر المقر أن يدفع الطعام للمقر له ولا يكون شاهداً لأن فى شهادته منفعة لنفسه لأنه يحب أن يفرغ ذمته .

[قال] (٣) : وقد رأى بعض أصحابنا أنه يؤمر بالدفع إلى المقر له فإن جاء المأمور فصدقه وإلا غرم له ثانية .

قال عبد الحق : قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا أمر رجلاً ببيع له سلعة بثمن إلى أجل وسمى الثمن ، فباع له سلعة بمثل ذلك الثمن الذى سُمى له وكانت قيمة السلعة أكبر مما أمره به الأمر ، أن يغرم المأمور القيمة ولا حجة له عليه أنه أمره بها إلى أجل فقد وجدها نقداً لأن من حجته أن يقول : ظننت [أن] (٤) السلعة لا تساوى هذا فسميت لك هذا الثمن لثلاثاً [ينقص] (٥) .

قال عبد الحق : وهذا السؤال عندى يجرى على قولين وهما فى «العتبية» .

قال ابن القاسم : إذا أمر أن يبيع بعشرة إلى شهر فباعها [بسلعة] (٦) إلى شهر [فإن السلعة المؤخرة تباع بعشرة للأمر الأكثر من ذلك أو من قيمة سلعته ما لم يكن ذلك أكثر من العشرة التى أمره أن يبيع بها ، وإنما تباع المؤخرة إن كان فيها فضل وإلا فله القيمة إلا أن تكون أكثر من العشرة التى سُمى له إلى أجل .

وقد قال : لا ينظر إلى ما سُمى له من الثمن ولكن إلى قيمة السلعة ، فهذان القولان فى هذا السؤال جاريان فى المسألة التى قدمنا ، فاعلم [(٧)] .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : السلم .

(٣) سقط من أ .

(٤) زيادة من أ .

(٥) فى أ : تنقص منه .

(٦) فى أ : بسبعة .

(٧) ورد هذا فى «أ» بنفس المعنى ؛ ولكن بغير هذه الصياغة .

قال غير واحد من شيوخنا: إذا أخذ في أصل بيع رهناً مما لا يعرف بعينه من مكيل أو موزون من غير أن يطبع عليه ، يستقبلان الطبع عليه ولا يكون البيع فاسداً ، وإن كان قد [غاب] (١) على الرهن ، وليس ذلك كالعقد على بيع وسلف ، وقيل لى : إنه فى «المجموعة» هكذا ، فالتمسه هناك .

قال عبد الحق: إذا أسلم إليه فى عروض وأخذ رهناً يغاب عليه فادعيا ضياعه ولا بينة له على ذلك ثم أراد أن يتقاصا يعرف فساد المقاصة من صحتها بأن [يعتبر] (٢) ، هل يحسن أن يؤخذ الرهن عوضاً عن رأس المال ؟ وهل يحسن أيضاً أن يؤخذ عوضاً من السلم ؟

فإن كان ذلك يصلح أجزت المقاصة ، وإن كان الوجهان لا يصحان أو أحدهما لم تجز المقاصة .

بيان ذلك : إن كان الرهن دنانير ورأس المال دراهم ، فلا يجوز ، لأن السلم ملغى وكأنه وإنما أعطى دنانير ثم أخذ بها دراهم فيتهمان على الصرف المستأخر ، وإن كان الرهن دنانير ورأس المال دنانير والرهن أكثر ، فلا يجوز ؛ لأن السلم ملغى وكأنه أعطى دنانير وهى رأس المال فى أكثر منها وهو الرهن ، وإن كان الرهن مثل رأس المال فأقل فلا تهمة فى هذا ؛ إذ لا يتهم أن يدفع عشرة ويرتجع بعد ذلك عشرة أو ثمانية ، ولو كان [هذا] (٣) الرهن عرضاً وهو من جنس ما أسلم فيه أقل أو أكثر ، لم يجز ذلك ، لأنه فى الأدنى : ضع وتعجل ، وفى الأجود : حط عنى الضمان وأزيدك ، فقد اعتبرت فى هذا الوجه ما يجوز أن يؤخذ عوضاً من السلم مما لا يجوز ، ولو كان الرهن من غير جنس السلم وهو من جنس رأس المال أكثر منعت من المقاصة ، [لأنه] (٤) يصير دفع رأس المال وأخذ الرهن بعد ذلك وهو أحسن فيتهمان على السلف بزيادة ، وأما إن كان الرهن من جنس رأس المال مثله فأقل فلا تهمة فى

(١) فى أ : غلب .

(٢) فى أ : تعبر .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : لأنها .

ذلك ، فهذا الأصل الذى يعتبر فى فساد المقاصة وصحتها ، فإذا جاز أخذ الرهن عوضاً من السلم وجاز أخذه عوضاً من رأس المال أجزت المقاصة وإلا فلا ، فتدبر ذلك تجده صحيحاً إن شاء الله تعالى .

[فعلى] (١) هذا الذى بينا يكون معنى قوله فى «الكتاب» : (لا تجوز المقاصة إذا كان الرهن عيناً ورأس المال عيناً) إنما ذلك إذا كان الرهن أكثر من رأس المال أو ذهباً أو ورقاً مختلفاً فى سكوته أو هذا سكتى ، وهذا حلى ونحو ذلك ، فأما دنائير مثلها فأقل أو دراهم مثلها فأقل فليس فى هذا فساد .

ورأيت لابن ميسر: إن كان الرهن عرضاً ورأس المال عيناً فتراعى قيمة الرهن، فإن كانت أكثر من رأس المال لم تجز ، وإن كانت مثله فأقل جاز ، وهذا قول فيه نظر .

قال ابن ميسر: وإن كان رأس المال عرضاً والرهن عرضاً من غير صفة جاز [ق/١٩٥] أن يتقاصا بعد المعرفة بقيمة الرهن .

[قال أبو محمد بن أبي زيد: قول ابن ميسر هو الأصل] (٢) .

قال بعض [شيوخنا] (٣) البغداديين : إنما وجب حلول الدين بموت المطلوب لأن الدين إنما كان مبقى فى ذمة ، وقد بطلت الذمة بالموت فوجب تعجيله، وأيضاً فإن الله - عز وجل - قد أوجب قسم ميراث الميت بموته والدين يبدأ على الميراث فوجب تعجيل دينه لوجوب قسم ميراثه ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قوله : (إذا أسلم فى عروض موصوفة إلى أجل إن صالحه الكفيل بأمر يكون الغريم فيه بالخيار إن شاء أعطاه مثله أو أدى ما عليه فلا جبر فيه) يريد صالحه عن الغريم فما يفترق فى هذه المسألة صحة عن الغريم بما يكال أو يوزن أو بغيره أنه لا يجوز لأن السلم فى عروض فهو وإن صالحه على عروض خلافها

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

مخير عليه ، وكذلك إذا صالحه بدنانير أو بطعام أو غيرها ، ولا يجوز هاهنا الصلح إلا أن يدفع الكفيل للذى له الحق مثل العروض الذى تكفل بها سواء ، فيكون قد عجل له حقه ، بخلاف إذا كان الدين دنانير هاهنا تجوز المصالحة بدنانير أو بعرض أو بجراب من المكيل أو الموزون؛ لأن ذلك رجوع إلى القيمة ، وإنما لا تجوز بما يرجع فيه إلى المثل مثل المكيل والموزون على أحد قوليهِ؛ لأن ذلك غرر لا يدرى الدافع بما يرجع ، ويحل فيه فى القول الآخر لأن أصل الحماله معروف ليس على المكايسة كالهبة على الثواب لما كان طريقها على غير معنى التكايس خرجت عن البيع [المجهول] (١) وفارقت حكم من باع سلعة بقيمتها أو بثمان مجهول ، وإذا نزل الأمر فيما ذكرنا على ما لا يجوز رجوع الكفيل على الطالب بما دفع إليه ، ويكون للطالب أصل دينه على الغريم ، ولو كان أصل الدين دراهم فحكم الحكم [ق/ ٦١ جـ] على الحميل بها جاز هاهنا أن يدفع الكفيل دنانير ويرجع على الغريم بالدراهم التى كانت قبله إن أبى أن يدفع إليه دنانير ، ويشترى بالدراهم للكفيل مثل ما دفع ، وهكذا يستعمل فى دفعه دنانير عن دراهم من غير حكم عليه على القول الذى [جاز] (٢) فيه ، [هذا] (٣) أنه إن أبى الغريم من دفع ما دفع الكفيل وأدى ما كان عليه واشترى للكفيل ما دفع ، ونحو جميع ما وصفت حفظت عن بعض شيوخنا وهو بين ، فتدبره .

قال عبد الحق : قال لى بعض القرويين : إنما يحتاج حضور الغريم إذا اشترى الكفيل ما عليه من العروض لقبضه إذا كان أجل الدين لم يحل ، وأما إن كان الأجل قد حل فيجوز شراؤه ، إياها وإن كان الغريم غائباً لأن الكفيل مطلوب عند الأجل بما يحمل به وقبل الأجل لا يتوجه الطلب قبله فيصير كأجنبى اشترى شيئاً فلا يجوز أن يشتري شيئاً على غائب حتى يحضر ويقر ، والله أعلم .

حكى عن الشيخ أبي الحسن أنه سئل : إذا وكل رب الطعام الكفيل على قبض

(١) فى أ : للمجهول .

(٢) فى أ : أجاز .

(٣) سقط من أ .

طعامه من الغريم ووكل الغريم الكفيل على شراء الطعام ودفعه إلى من له الطعام ؟

فقال : لا تصلح هذه الوكالة لأن القبض الذى يقبضه [الغريم] (١) هو قبض للذى له الطعام ، بمنزلة أن لو قال الذى عليه الطعام للذى هو له : أنا أبتاع لك هذا الطعام وأقبضه . فلا يجوز وكذلك الكفيل ويدخله بيع الطعام قبل قبضه .

قال عبد الحق : إن سأل سائل عن الطعام إذا قبضه الكفيل على الاقتضاء أو الرسالة بأى شيء يعلم قبضه على الاقتضاء أو الرسالة وهو قد قال : (سواء تبرع بدفعه أو اقتضاه فيه الكفيل) فعلى أى [شيء] (٢) يحمل قبضه إياه إذا وقع مجملًا ؟ فالجواب : أنه إذا لم تكن قرينة تدل على الاقتضاء أو الرسالة فهانذا إن كان المطلوب قد تبرع بدفعه للكفيل حمل على الرسالة ، وإن كان الكفيل اقتضاه فيه فهو على الاقتضاء فيضمنه وإذا قال له : خذه على أنى بريء منه ، أو نحو هذا من الكلام فهذه قرينة تدل على الاقتضاء فيضمنه قابضه ، وإن كان لم يسلبه الكفيل ندب فيه ، والله أعلم .

قال بعض الأندلسيين فيما وقع فى هذه المسألة من قوله [ق/ ١٩٦ أ] : (بقضاء سلطان أو غيره) ذكر ابن وضاح : أن سحنون أنكر هذا اللفظ (بقضاء سلطان) وأنه قال : ليس للسلطان [ها] (٣) هنا كلام .

قال : ورأيت فيما أملاه بعض مشايخنا أنه قال : معنى قوله : (بقضاء من السلطان) - والله أعلم : أن يكون الذى له الحق غائبًا غيبة بعيدة ، فحل الأجل ، فقام الكفيل على الذى عليه الحق وقال : أخشى أن يغرم إلى أن يقدم الذى له الحق فأغرم أنا ، فإن السلطان ينظر له ، فإن كان الذى عليه الدين مليًا فلا يكون للحميل عليه شيء وإن كان يخاف عليه العدم ، أو كان مادًا ، قضى السلطان عليه بالحق وأبرأه منه وجعله على يدي رجل أو على يدي الكفيل إن كان ثقة .

(١) فى ج : للغريم .

(٢) فى أ : وجه .

(٣) زيادة من أ .

قال عبد الحق: قال بعض شيوخنا من غير أهل بلدنا في الكفيل إذا قبض الطعام فتعدى وباعه : إن للطالب أن يأخذ بطعامه الغريم أو الكفيل إذا قبضه على غير اقتضاء ، ولا ضمان عليه فيه ، وإنما ذكر ابن القاسم هذا الشرط إذا قبضه على غير اقتضاء ، لأن ما قبضه على الاقتضاء الأمر فيه أوضح في وجوب ضمانه ، فبين ما قد يشكل فقال : (يضمن إذا قبضه على غير اقتضاء) ، وأما من قبض على الاقتضاء ف ضمانه [أين] (١) فيصح هذا ، الذي وصفنا لفظ «الكتاب» ، وإن كان يحيى قد قال: وقع هذا اللفظ في غير موضعه .

قال عبد الحق: إنما قال : (لا يجوز [أن يسلم] (٢) دراهم في طعام ويأخذ رأس المال كيلاً) لأن ذلك من بيع الغرر؛ إذ لا يدرى الذي له السلم ما يحصل له رأس ماله أم ما أسلم فيه ، وسواء كان السلم في طعام أو عرض ولو تحمل الحميل في أصل العقد بمقدار رأس المال من الطعام خاصة جاز ، فإن بقي من الطعام المشتري شيء رجع به المشتري على الذي له [عليه] (٣) الدين .

قال عبد الحق: إذا زاده دراهم على أن يعطيه ثوباً أطول من الثوب الذي أسلم فيه من صنفه وذلك بعد حلول الأجل وشرط تأخيره بذلك فهو بيع وسلف يؤخره فما كان له قبله سلف والزيادة بيع بالدراهم ، وإذا كان على أن يعطيه من غير صنفه [مؤخراً أيضاً فذلك فسخ دين في دين ، وأما إذا زاده الدراهم قبل الأجل على أن يعطيه ثوباً أطول منه من صنفه] (٤) فعند ابن القاسم : ذلك جائز ، وهما صفقتان قال : (ولو كانت صفقة واحدة ما جاز) يريد : لو شرط عليه في أصل العقد أنى أزيدك بعد مدة [كذا دراهم] (٥) على أن يعطيني ثوباً أطول ، لم يجز ، وإنما يجوز

(١) في أ : بين .

(٢) في أ : السلم .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : كذا وكذا درهماً .

ما ذكرنا إذا كان قد بقي للأجل مثل آجال السلم فأكثر وإلا فلا يجوز لأنه يبيع ما ليس عندك؛ لأنه قد جعلها صفقة ثانية [فى قوله] (١) : (وهما صفقتان) وهذا بين فاعلمه .

ولو زاده قبل الأجل على أن يعطيه ثوباً أصفق أو أرق فلا يجوز ذلك بخلاف إذا لم يخرججه عن الصفقة؛ لأنه فى إخراججه إياه عن الصفقة يدخله فسخ دين فى دين ، وإذا لم يخرججه عن الصفقة فإنما زاده فى الطول فإنما هى صفقة ثانية عند ابن القاسم كما ذكر ؛ لأن الأذرع المشترطة قد بقيت على حالها والذى استأنفوه صفقة أخرى ، ورآه سحنون غير جائز ، وهو كفسخ دين فى دين ، وجوزه فى الإجارة وقال : (لأنها فى شيء بعينه) .

قال بعض شيوخنا من غير أهل بلدنا : و[هو] (٢) قول سحنون [هذا] (٣) فيه نظر ؛ لأنه فى الإجارة إن لم يشترط عمل يده فإنما ذلك فى ذمته ، ألا ترى [أن] (٤) لو مات لم تنفسخ الإجارة ويستأجر على ذلك من ماله ، فهذا والسلم سواء كلاهما مضمون ، وإن كان شرط عمل يده فى الإجارة - وهو الذى ذهب إليه - فهذا أيضاً يعارض فيه لأنه يمنع من نقل الأجير إلى شيء آخر [مما] (٥) قل وكثر [ويشدد] (٦) فى ذلك فكيف يسلم [على] (٧) هذه مسألة الإجارة ويقول : تجوز فى الإجارة؛ لأنها فى شيء بعينه ؟

قال : وإنما أجاز ابن القاسم إقالة [أحد] (٧) الشريكين غير المتعاضين من سلم بينهما بغير إذن الشريك ولم يجعله كالاقتضاء ، كما قال سحنون ؛ لأننا لو خيرنا

(١) فى أ : لقوله .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) زيادة من أ .

(٥) فى أ : فيما .

(٦) فى أ : وشدد .

(٧) سقط من أ .

الشريك فى ذلك آلت الإقالة إلى فساد ؛ لأن الإقالة على الخيار لا تجوز ، فلما كان ترقب إجازة الشريك تؤدى إلى هذا الفساد تسامح فيها ابن القاسم وأنفذهما وأجاز فعل الشريك ، والله أعلم .

وقال : (وإنما أجاز أن يسلم إلى رجلين) على أن أحدهما حميل بالآخر ولم يجعل [ق / ٩٧ أ] ذلك كسلعتين باعهما رجلان فى صفقة (واحدة) (١) لأن السلم المنعقد [عليهما] (٢) [شيء] (٣) متساوٍ فلا غرر [فى ذلك] (٤) ولا فساد وأعيان السلع لا تكاد تتساوى وتتفق ، فهذا مختلف .

قال : قوله فى مسألة الذى أسلم ثوبًا فى طعام وتقايلا : (أن الثوب إذا هلك قبل قبضه انفسخت الإقالة وبقي السلم على حاله) يريد : وإن قامت على تلفه بينة لأن الإقالة تفتقر إلى المتاجرة فلما لم يتاجرا حتى تلف الثوب لم تتم بينهما إقالة ، فليست الإقالة [ها] (٥) هنا كالبيع الحادث ، [فاعلم] (٦) .

قال : ولا يجوز على مذهب ابن القاسم أن يقبل من سلم رأس ماله ما يكال ويوزن وقد فات وأحضر مثله وهو ظاهر « المدونة » لأنه جمع فى أصل المسألة ما يكال ويوزن وما لا يكال ولا يوزن ، وكأنه أجرى الجواب على ذلك كله ورآه سواء ، وفى « كتاب ابن المواز » أوضح من ذلك لأنه لا يجوز بخلاف ما ذكره أشهب فيما ذكر ابن عبدوس [عنه من] (٧) جواز ذلك ، فاعلمه .

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : بينهما .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

(٦) زيادة من أ .

(٧) فى أ : فى .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
 وصلى الله على محمد وآله وسلم
كتاب السلم الثالث

قال : (إذا أسلم إليك مائة درهم فى مائة أردب حنطة قيمتها مائتا درهم فأقالك فى مرضه ثم مات ولا مال له [ق/ ٦٢ جـ] غيرها إما أجاز الورثة وأخذوا منك رأس المال ، وإلا قطعوا لك بثلث ما عليك من الطعام ، وإن حمل الثلث جميع الطعام جازت الوصية .

قوله : (جميع الطعام) (١) يريد به جميع طعام المحاباة خاصة ، وأما ما لا محاباة فيه فلم يرد ذلك ، وهذه المسألة التى ذكرنا قد تعقبها سحنون وقال : لا يجوز الإقالة بالمحاباة لأنها تأخير إلى موت .

وقال أبو بكر بن اللباد : معنى كلام ابن القاسم : أنه أقاله ثم مات مكانه وحكى عن الشيخ أبى الحسن : إن معناه أقاله فى وصية .

وهذه التأويلات كلها عندى تُعترض ، لأن الأمر إن حمل على ما قال أبو بكر ابن اللباد أنه أقاله مكانه ، أليس قد عقد الإقالة على فساد فليس موته بعد الإقالة بالغرر مما يوجب صحة الإقالة .

وما ذكر عن الشيخ أبى الحسن أيضاً أنه أقال فى وصية إذا صح له فى هذه المسألة هذا التأويل فما يصنع فى سائر تبرعه وأشربته بمحاباة فى غير هذا أليس قد أجاز ذلك ، وإن كان على غير وصية وقد جعل المحاباة فى الثلث وهو بيع عقدها يتربح فيه الموت فيستقر الثمن بعد النظر فى الثلث ؛ لأننا لا ندرى الثلث هل يحمل جميع المحاباة أو بعضها فيصير الثمن مجهولاً ، ويصيران دخلاً على إيقاف السلعة إلى أمد غير معلوم حتى [يعلم] (٢) هل الثلث حامل للمحاباة أو غير حامل ، وإنما أجاز ابن القاسم الإقالة فى هذه المسألة ، وأجاز بيع المريض وشراءه وجعل محاباته فى ثلثه ، ولم يراع ما فى ذلك لأنهما حين تعاقدتا لم يقصدا الفساد ولا دخلاً عليه وإنما كان

(١) المدونة (٣/ ١٥٧) .

(٢) فى أ : ينظر .

قصدتهما التاجر ، فإذا دخل عليهما ما وصفنا لحق الوارث ، اغتفر ذلك لعقدتهما على الصحة ، وهكذا قال لى بعض شيوخنا فى مسألة الإقالة التى ذكرنا وفى غيرها من بيع المريض أو شرائه بمحابة .

قال أبو محمد فى الذى أقال من سلم عليه [فى مرضه] (١) ولا يملك إلا ثمنه : يبدأ بدينه فيقضى وهو الطعام فما بقى كان له ثلثه إن لم تجز الورثة .

قال بعض شيوخنا من [غير] (٢) أهل بلدنا : قال ابن أبى هشام : يكون له ثلث ما بقى يشتري له به طعام ولا يعطاه عيناً .
فيدخل ذلك البيع والسلف وهو قول جيد فتدبره .

قال عبد الحق : قال بعض شيوخنا من القرويين إذا أسلم ثوباً فى طعام ثم باعه المسلم إليه من رجل فأتى ذلك الرجل إلى الذى له السلم : فقال له : ولنى السلم الذى لك بثوبك هذا الذى كنت أعطيته للذى عليه السلم ، فهذا جائز لأن التولية برأس المال بعينه ، فلم تخرج عن وجهها وهى رواية هكذا ذكرها أبو إسحاق البرقى وذكر عن الشيخ أبى الحسن أنه منع من ذلك و[قال] (٣) : ليس الأمر كذلك .

قال بعض شيوخنا من غير [ق/١٩٨] أهل بلدنا : إذا أسلم عبداً فى طعام فأصاب عينه بياض ثم زال أو استدان ديناً ثم زال الدين ونحو هذا من العيوب الحادثة ثم تزول وترجع السلعة على حالها ، تجوز الإقالة فى ذلك ولا يراعى ما كان طراً على السلعة ، لأنه إنما كان ذلك ممنوعاً للحادث الذى حدث ، فإذا رجعت السلعة على حالها فقد ارتفع المانع فلا وجه لمنع جواز الإقالة ، فاعلم .

قال : [وأجرة عن] (٤) الكيل فى طعام أشرك فيه أو ولى على الذى أشركه أو ولاه كالبيع سواء ، بخلاف إذا أقرض طعاماً هذا [كله] (٥) على مستقرضه وليس ما

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : عن .

(٥) فى ج : كيله .

ذكرنا كالقرض ، وإن كان ذلك كله على طريق المعروف [فالأشبهه] ^(١) بالتولية والشرك البيع ؛ لأن العهدة : فى ذلك والمطالبات .

قال عبد الحق : قوله : (وهو بمنزلة ما لو كان على رجلين) ^(٢) فى مسألة اللذين أرادا أن يتقاصا بطعامين من سلم لكل واحد منهما على صاحبه ، يحتمل أحد وجهين : إما أن يريد مثل ما يكون لك أنت طعام على رجل وله هو طعام مثله على رجل فكما لا يجوز أن تقاصا بأن تأخذ أنت ما كان له على غريمه على أن يأخذ هو [ما] ^(٣) على غريمك ، فكذلك إذا كان لك عليه وله عليك هو بمنزلة كون ذلك لكما على رجلين ، ويحتمل أن يكون أراد بقوله : (وهو بمنزلة ما لو كان على رجلين) ^(٤) أن يكون لك على رجل طعام يكون من سلم وعليك لرجل طعام من سلم فأحلت الذى له عليك الطعام على الذى لك عليه الطعام ، والتأويلان قد تأولا ، والتأويل الأول عندى أشبه بلفظ الكتاب» ، والله أعلم .

قال [لي] ^(٥) بعض القرويين : فى الصبرة المشتراة: كل قفيز بكذا يتعدى عليها أجنبى فيغرم القيمة فلا تؤخذ بالقيمة مثل تلك الصبرة أو تفضل عنها لرخص حادث أو غلاء ذلك [مراعاة] ^(٦) ، فإن اشترى للمبتاع طعام مثله وبقيت فى القيمة فضلة فهى للبائع ؛ لأن المشتري قد حصل له مثل ما اشتراه فلا كلام له ، وإن لم توجد بالقيمة إلا أقل من ذلك الطعام [و] ^(٧) كان ما نقص كاستحقاق فيراعى إن كان كثيراً فللمشتري الرد وفسخ البيع ، وإن كان يسيراً سقط عنه ما يخص ذلك من الثمن وألزم البيع فى باقيه ، والله أعلم .

قال بعض الأندلسيين فى مسألة «الكتاب» هذه : لم يتبين من الذى يشتري

(١) فى أ : بالأشبهه .

(٢) المدونة (١٣٦/٣) .

(٣) سقط من أ .

(٤) المدونة (١٣٦/٣) .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : فيراعى .

(٧) سقط من ج .

الطعام بالقيمة التي تؤخذ من المستهلك للصبرة والذي يدل عليه لفظ «الكتاب» وآخر المسألة : أن البائع هو الذى يتولى شراءه .

ومن الدليل على ذلك [أيضاً] (١) : أنه جاء لأشهب فى غير «المدونة» : إن البيع يفسخ إذا تعدى على الصبرة رجل فاستهلكها قبل الكيل ، وأرى أن أشهب إنما قال ذلك لأن البائع إذا كلف مؤونة شراء الطعام ويبيعه ظلم لغير شيء تعدى فيه [انظر هل يصح هذا الذى تأول فى قول أشهب ، فإن فى «كتاب ابن المواز» عن أشهب قال : يقسم البيع إلا أن يقر المستهلك بعدد كيل ، فيكون رب الصبرة بالخيار ، إن شاء أغرمه كيل ما أقر به بعد أن يستحلف ، وإن شاء أغرمه القيمة ، ولا يصدقه ، فيكون حينئذ المشتري بالخيار ، إن شاء أخذ الملكية التى أقر بها المستهلك ، وإن شاء أخذ القيمة يشتري له بها طعاماً ، وإن شاء فسخ البيع ، هذا يصير كخيار أشهب فى «كتاب ابن المواز» فقد قال أشهب : إنه إن شاء أخذ القيمة يشتري له بها طعاماً ، لو كان يذهب إلى تكليف البائع شراء الطعام من الظلم لم يقل : « إن شاء المشتري أخذ القيمة ويشتري بها طعاماً » بل كان يقول : « لا سبيل له إلى أخذ القيمة » وفى فسخ البيع ، فانظر] (٢) .

قال فى «المدونة» (٣) : (لا يجوز للذى عليه الطعام أن يدفع إلى الذى له السلم أكثر من رأس المال ولا أقل يشتري به طعاماً ولا أكثر من رأس المال إن كان السلم عرضاً .

قال ابن المواز : فإن نزل ودفع إليه أكثر من رأس المال فى الطعام والعرض ، أو أقل منه فى الطعام فقال : قد ابتعت مثل طعامى أو مثل سلعتى وقبضت حقى ، فإن لم يكن إلا قوله لم يصدق ورد الدنانير ورجع بحقه ، وإن كانت له بينة على شرائه الطعام أو غيره بأكثر من رأس المال وقبضه باسم صاحبه [ق/١٩٩] وحازه [ثانية] (٤) ثم قبضه بعد ذلك لنفسه [وفات] (٥) بعد ذلك بينهما فى الطعام وفى السلعة .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : الكتاب .

(٤) فى أ : باسمه .

(٥) سقط من أ .

وقال أشهب: إذا دفع إليه مثل رأس ماله أو أقل ليشتري به طعاماً لنفسه ، [فزعم] ^(١) أنه فعل وقبض حقه ، أجزت ذلك ، وإن زعم أنه بقي له شيء يكون أكثر من رأس ماله [أو أقل] ^(٢) ، لم يصدق ونقضت ذلك بينهما .

قال عبد الحق: انظر في هذا السؤال أجاز دفع مثل رأس المال في الطعام وجعله كالإقالة وهما لم يلفظا بلفظ الإقالة ، فهل هذا يضعف ما قيل من أنه إذا قال له : بعنى هذا الطعام الذى لك قبلى بعشرة دنانير ، رأس ماله عشرة دنانير ، إنه لا يجوز حتى يلفظ بلفظ الإقالة ؟ أليس فى المسألة التى قدمنا [أنه] ^(٣) قد دفع إليه مثل رأس المال ليشتري به طعاماً فيقبضه فأين لفظ الإقالة فى هذا .

وقد أجاز ذلك لما كان محصول ذلك كالإقالة لأنه دفع رأس المال سواء ، فاعلم . إلا أن يسامح فى هذا؛ إلا أننا لا ندرى هل يمك ذلك لنفسه أو لا يمك فإنما هو [باب تهمة ولسنا على حقيقة من ذلك ، ألا ترى إذا صح أنه اشترى مضى ذلك ونفذ] ^(٤) بينهما فليس ذلك كتركهما لفظ الإقالة وانفصالهما على لفظ البيع ، والله أعلم .

قال بعض الأندلسيين فى الذى يسلم فى طعام على أن يقبضه فى بلد آخر : إنما يجوز هذا إذا ضرب لبعض الطعام أجلاً فى البلد الذى يشترط أو يشترط أن يكون الخروج حالاً فهو بمنزلة [ق/ ٦٣ جـ] الأجل لأن مسافة البلد معروفة ، وهذا إذا كان طريقهما فى البر ، وأما إن كان [طريقهما] ^(٥) فى البحر فلا يجوز أن يشترط كون الخروج حالاً لأن السير فى البحر ليس له وقت معروف .

قال بعض القرويين: إذا أقرضه دنانير على أن يقبضها ببلد آخر ولم يضرب مع ذكر البلد أجلاً ، ضرب للقرض من الأجل مقدار مسافة البلد ، وأما إذا باع منه

(١) فى أ : فغرم .

(٢) سقط من أ .

(٣) زيادة من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

سلعة بدنانير على أن يقبضها ببلد آخر فالبيع مفسوخ إذا لم يضرب أجلاً مع ذكر البلد .

والفرق بين ذلك : أن البيع باب تكايس والقرض على جهة المعروف ، فسومح فيه في ذلك .

قال ابن القاسم في سماعه عن مالك : لا خير في الشاة اللبون باللبن إلى أجل أيهما عجل وآخر صاحبه .

قال سحنون : والذي عرفناه من قوله وقاله ابن القاسم غير مرة : إن اللبن بالشاة اللبون إلى أجل لا بأس به ، وأما الشاة اللبون باللبن إلى أجل فذلك الذي لم نشك فيه قط ولم يختلف علينا فيه قوله : إنه لا يجوز .

قال عبد الحق : ظاهر «المدونة» مثل ما ذكر ابن القاسم عن مالك في السماع ، وهو قول ضعيف .

قال بعض شيوخنا من القرويين : يحتمل أن يكون وجه ذلك : إذا قدم اللبن أنه يصير دفع لبناً ويأخذ عند الأجل لبناً والشاة زيادة ، والقول الأول أصوب ، وقد تأول متأول ما في «المدونة» من قوله : (في الجبن والحالوم بالشاة اللبون إلى أجل)^(١) إنه إنما يعنى الحالوم والجبن هو المؤجل فجعل قوله : (إلى أجل) عائداً على الجبن والحالوم وهو تأويل ممكن وإن كان [يبعد ذلك]^(٢) من ظاهر اللفظ ، وإنما أدى هذا القائل إلى هذا التأويل صعب المسألة فصرفها إلى ما ذكرنا ، والله أعلم .

قال عبد الحق : اعلم أن الدقيق بالعجين على التحرى ورطب الخبز بيبسه على التحرى جائز عند مالك ، يتحرى دقيق ذلك أن يكون سواء ، وإنما يجوز [هذا]^(٣) فيما قل ، والحوز فيما كثر ، ولا يباع الخبز بالخبز وزناً بوزن ، وخفف ذلك بعض شيوخنا من أهل بلدنا في أهل البيوت يستقرضون الخبز بالوزن؛ لأن ذلك بات

(١) المدونة (٣/١٤٩) .

(٢) في أ : فيه بُعد .

(٣) في أ : ذلك .

معروفاً وشيئاً قد تقع فيه الضرورة والحاجة ، وتحرى دقيق ذلك يصعب .

قال عبد الحق : حكى عن أبي محمد - رحمه الله - فى اللحم المطبوخ بالمطبوخ مثلاً بمثل قال : تتحرى اللحمان وما [تبعهما] (١) من المرق ، لأن المرق من اللحم ، قال : وكذلك الهريسة بالهريسة .

وقال غير أبى محمد : وإنما يتحرى اللحم خاصة حيث كان نياً ولا يلتفت إليه بعد ذلك ولا إلى ما معه من المرق .

قال عبد الحق : وكان هذا القول أصح يؤيده ما قدمناه فى الخبز بالخبز والعجين بالدقيق : أننا إنما نتحرى ما دخل ذلك من الدقيق ولا نراعى تماثل الأعيان الآن فى الحال .

واعلم أن خبز القطنية بعضه ببعض متفاضلاً غير جائز ، وإنما يجوز على التساوى لتقارب منافعه فيراعى على القول الذى أجاز فى أعيانها التفاضل ، تماثل الخبز ، ويراعى على القول الذى منع فى أعيانها من التفاضل ، تماثل الأعيان التى عملت لا الخبز ، وخبز قمح أو شعير بخبز الأرز متفاضل ، لا يجوز ، وعلى تساوى الخبز جاز ، ولا يراعى تفاضل أعيانها عند [ق/ ١٠٠] تساوى الخبز لأن التفاضل فى الأعيان جائز ، وذكر فى «المدونة» أن شاة مذبوحة بشاة مذبوحة على [طريق] (٢) التحرى جائز إن قدر على تحريهما فى جلودهما قبل السلخ .

قال بعض الأندلسيين : وينبغى على أصولهم ألا تجوز حتى يستثنى كل واحد منهما جلد شاته وإلا فهو لحم وسلعة بلحم وسلعة ، وهذا أيضاً إذا كان فى موضع يجوز فيه استثناء الجلد .

قال عبد الحق : فى «كتاب ابن المواز» فى مسألة مد حنطة ومد دقيق بمد حنطة ومد دقيق ، قال : إن كان هذا المد حنطة والمد دقيق أجود من الآخرين أو أدنى منهما حتى يكون الفضل من جهة واحدة يجوز ، وإنما منع من ذلك إذا كان أحدهما أدنى

(١) فى أ : معهما .

(٢) سقط من أ .

من حنطة صاحبه والآخر أرفع وجعلها كمسألة المرافلة بالأذهاب ، فتدبر ذلك .

قال بعض شيوخنا من القرويين ؛ إنما [يمنع] ^(١) من المبلول بالمبلول وأجاز العفن من القمح العفن إذا اشتبه ذلك ؛ لأن العفن لا صنع لهما فيه ، والببلل ربما كان من سبهما ، وأيضاً فإن المبلول يقدر على تركه إلى جفاهه [فبيعانه] ^(٢) حيثئذ لأن الببلل يزول والعفن لا يزايل الطعام ، فهذا مفترق ، والله أعلم .

[تم كتاب السلم الثالث ، بحمد الله وحسن عونه] ^(٣) .

(١) في أ : منع .

(٢) في أ : فيتبايعاه .

(٣) سقط من ج .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب العتق الأول

قال عبدالحق : قوله : أرأيت التدبير والعتق بيمين أمختلف ؟

قال : نعم لأن العتق بيمين إذا حنث عتق عليه إلا أن يجعل حنثه بعد موت فلان أو بعد حرمة العبد إلى أجل كذا [وكذا] (١) فيكون ذلك كما قال إنما سأله عن العتق بيمين يكون فيها على حنث وعن التدبير لما رأهما يجتمعان في كونهما من الثلث بعد الموت ؛ لأن العتق بيمين هو فيها على حنث إذا لم يبر في يمينه حتى مات كان في الثلث ، فلما كانا يتساويان في هذا سأله هل يختلفان ؟ قال : نعم ، لأن العتق بيمين يكون بمثل التدبير إذا لم يبر فيه حتى حنث بعد الموت [ق/٧٩ ب] إلا أن يجعل حنثه بعد موت فلان أو إلى أجل فصار العتق تارة يكون بعد الموت وتارة يكون معلقاً بموت فلان أو بأجل معلوم ، والتدبير لا يكون أبداً إلا بعد الموت في الثلث ، فهما يختلفان من هذه الجهة ، ويختلفان أيضاً في أحكام آخر ، وذلك أن المدبر لا يباع في الحياة لدين مستحدث ، وفي العتق بيمين هو فيها على حنث يباع في الدين ، وإنما افرقا في هذا الموضوع ؛ لأن صاحب اليمين هو قادر على البر فلا يحصل العتق جملة ، والتدبير لا يستطيع رفعه فكان أقوى في هذا ، والله أعلم .

ولهذا المعنى الذى وصفنا يبرأ عند ضيق الثلث المدبر في الصحة أو في المرض على عبد حلف بحريته في يمين هو فيها على حنث ومات ولم يبر فحصل المدبر أقوى حالاً منه لما كانت اليمين قد كان يقدر فيها على البر فلا يحصل للعبد عتق ، والتدبير لا يقدر على رفعه .

قال : قوله : إذا ابتاع عبداً بثوب فأعتقه ثم استحق الثوب عليه قيمة العبد .

قال بعض شيوخنا : إنما يرجع بقيمة العبد إذا كان دافع الثوب قد تقدمت له فيه شبهة ملك ، فأما إن لم يكن ذلك وإنما تعدى على ثوب رجل فابتاع به العبد فأتى صاحب الثوب فاستحقه فللمأخوذ من يده الثوب نقض عتق العبد [ق/١٠١ أ] وأخذ عبده ، والله أعلم .

قال عبد الحق : تمثيل ابن شبرمة ، القائل لعبده : إن بعتك فأنت حر ، بالقائل إذا مت [ق/٣٣ ج] فهو حر تمثيل حسن ، وذلك أنه لما كان بموته يصير ماله لورثته ثم لم يمنع ذلك من وجوب عتق العبد فكذلك القائل : إن بعتك فأنت حر ، يعتق على البائع وإن كان قد صار ملكاً للمشتري بعقد الشراء لأنه قد كان مرتهاً باليمين .

قال سحنون : ومال العبد هاهنا للبائع ، لأن العتق وجب وقد صح المال للبائع .

قال عبد الحق : ولو كان المشتري قد استثنى مال العبد كان المال تبعاً للعبد لأن شراء المشتري قد انتقض من أجل العتق فلم يصح له المال الذى استثنى والبائع لم يبقه لنفسه فكان تبعاً للعبد .

قال بعض شيوخنا : ولو قال : إن بعته هذا الشيء فهو صدقه ، فباعه لم ينقض البيع بخلاف اليمين بالعتق ؛ لأن الصدقة لا يجبر على إخراجها كانت على رجل بعينه أو على المساكين لأنها بيمين ، وإنما يفترق هذا وهذا فيما كان قبله من غير يمين ، ويستحب له الصدقة باليمين الذى قبض ، وأما العتق فهو محكوم عليه به فهذا مختلف .

قال عبد الحق : قول أشهب : إذا قال : إن دخلت الدار فكل مملوك أملكه أبداً حر ، فدخلها أنه لا يعتق عليه ما كان عنده من العبيد يوم اليمين ليس بخلاف لكلام ابن القاسم على رواية يحيى ، وهى الرواية الصحيحة [ق/٨٠ ب] وهو سؤال آخر ؛ لأن السؤال فى كلام ابن القاسم على رواية يحيى : إن دخلت الدار أبداً فكل مملوك أملكه حر ، ذكر أبداً فى دخول الدار لا فى الملك .

قال أبو محمد : وفى رواية أخرى - يريد فى كلام ابن القاسم - إن دخلت الدار فكل مملوك أملكه أبداً .

قال عبد الحق : فعلى هذه الرواية قول أشهب خلافاً ، لكنها ليست بصحيحة ورواية يحيى هى الصواب كما قال أبو محمد رحمه الله .

وأما مسألة ابن القاسم إذا قال : إن فعلت كذا أبداً فكل مملوك أملكه من الصقالبة حر ، فإنما قال فيها : يلزمه العتق إن حث فى كل ما يملكه من الصقالبة بعد يمينه ،

إلى آخر ما ذكره لأنه لم يكن عنده يوم اليمين من الصقالبة شيء على هذا حمل المسألة غير واحد ، والمسألة المتقدمة تين صحة هذا ، وأما لو كان عنده يوم اليمين من الصقالبة شيء لزمه عتقهم ، فتدبر ذلك .

قال عبد الحق : إذا حلف : إن فعلت كذا فعبدى حر ، فأفلس فباعه عليه السلطان ، الذى سمعت غير واحد يوجه به قول ابن القاسم فى هذه المسألة أنه لما أمكن أن يخبأ ماله ويظهر أنه عديم لبيع عليه ثم يرتجعه بالشراء بعد ذلك وجب لاحتمال ذلك أن يعود عليه اليمين ، والله أعلم .

وقد قال ابن بكير : إذا باعه إن اليمين ساقطة عنه كالقائل لزوجته : إن فعلت كذا فأنت طالق ، فيطلقها ثلاثاً ثم يتزوجها بعد زوج ، إن اليمين لا [يعود] (١) .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وهذا التمثيل الذى مثل ابن بكير لا يلزم ؛ لأن الطلاق الذى حلف به قد وقع فى الزوجة مثله ، والحرية التى حلف بها لم يقع مثلها ، ولو أنه باعه فعهد المشتري إليه فأعتقه وكان العبد نصرانياً فهرب إلى بلد الحرب قبل قضاء العهد ثم يسبى فملكه الحانث ، فها هنا إذا حنث لاشيء عليه لأن العبد الذى حلف به قد وقع فى العبد مثله وهذا ملك حادث فهذا يشبه مسألة الزوجة ، وكذلك لو أعتقه الخالف بنفسه فهرب إلى بلد الحرب ثم ملكه كما ذكرنا هذا ملك حادث فاليمين ساقطة فها هنا تشبه المسألتان لا فيما قاله ابن بكير ، والله أعلم .

وأيضاً [فإذا] (٢) وجدناه إذا طلق واحدة أو اثنتين اليمين [يعود] (٣) عليه ، وإنما لا يعود عليه اليمين فى طلاقه إياها ثلاثاً فالطلاق مرة أو مرتين [مشابه] (٤) لبيع العبد ، لأن الملك يتكرر فهو مثل النكاح يتكرر وقد بقى من طلاق الملك شيئاً ، فإذا صار ممنوعاً من الزوجة إلا بعد زوج ثم يشبه شراؤه [ق/ ٨١ ب] للعبد لأن

(١) فى أ : تعود .

(٢) زيادة من ب .

(٣) فى ب : تعود .

(٤) فى ج : مشبه .

العبد لا يمنع من شرائه بعد بيعه وإنما استحداث شرائه بعد بيعه كاستحداث نكاح المرأة بعد طلاقها مرة أو مرتين ، والله أعلم .

قال : إذا حلف بحرية شقص له في عبد [ق/١١٠٢] إن فعل كذا ، فحنث عتق عليه شقصه وقوم عليه باقى العبد إن كان مليا ، وإن ابتاع باقيه ثم حنث عتق عليه جميعه .

قال ابن المواز : إذا ابتاع باقيه حنث ، فأما الشقص الذى كان يملك ثم حلف فمعتوق عليه بالحنث ، وأما الشقص الذى ابتاعه فلا يعتق عليه حتى يحكم عليه بالعتق ، لأنه من باب من أعتق بعض عبده فيحكم عليه بعتق بعض عبده فيحكم عليه بعتق بقيته .

قال فى « الكتاب » : ولو باع شقصه من غير شريكه ثم اشترى شقص شريكه ثم فعل ذلك فحنث وهو كعبد آخر .

قال ابن المواز : إنما تصح مسألة ابن القاسم إذا باع مصابة ثم اشترى نصيب شريكه أنه لا يحنث إذا كان قد باع من غير شريكه ثم اشترى مصابة شريكه ثم دخل الدار ، وأما لو اشترى نصيب صاحبه قبل بيع مصابته ثم باع مصابه من غيره ثم دخل الدار عتق عليه ما بيده وقوم عليه باقيه ؛ لأن الذى باع بعد أن ملك جميعه مبتاع لا يقدر على تمييزه كما قد فعل أولاً .

قال عبدالحق : قال ابن القاسم فى « العتبية » : إن باع النصف الذى حلف بعتقه من صاحبه بدنائير أخذها منه ثم اشترى حصة صاحبه منه أو بادلته نصيبه إلى نصيبه فهو حانث ، أو اشترى نصيب صاحبه ثم باع حصته ثم كلمه حنثه .

وفى « كتاب ابن حبيب » : قال أصبغ : إن باع شقصه من شريكه بشقص شريكه ثم فعل ما حلف عليه فلا حنث عليه ، وعابه ابن حبيب وقال : بل حنث .

قال عبدالحق : حكى عن الشيخ أبى الحسن فى مسألة الخالف على ضرب عبده أن ذلك إنما يمكن منه إذا كان لجرم اجترمه العبد ونحو ذلك ، وأما إن حلف على ضربه لا لعلقة فلا يمكن من ذلك قل الضرب الذى حلف عليه أو كثر ؛ لأن ذلك من الظلم فلا يمكن أحد من فعل شيء من الظلم قليلاً أو كثيراً .

وذهب أبو محمد إلى أنه يمكن من ضربه إذا كان الضرب يسيراً ، والذي حكى عن أبي محمد استحسان ، والقياس ما قاله الشيخ أبو الحسن ، والله أعلم .

[قال عبدالحق :] (١) قال بعض شيوخنا من القرويين : الفرق عند ابن

القاسم بين قول العبد: اخترت نفسي ، وبين قول المملكة : اخترت نفسي: أن الزوجة إنما ملكها في أن تقيم أو تفارق والفراق لا يكون إلا بطلاق ، وأما العبد فممكن أن يختار نفسه للبيع لأننا وجدناه يفارق سيده ويخرج من يده بألوان شتى من البيع والهبة والصدقة ، فلا يكون قوله . [: اخترت نفسي] (٢) عتقاً [ق/٨٢ب] حتى يقول : أردت به العتق ، وأما الزوجة فلا تخرج من عصمته إلا بالطلاق ، فهذا مفترق .

وقال غيره : إنما فرق ابن القاسم بين ذلك لأن العبد إنما ملكه عتقه صراحاً فلو قال : قد قبلت عتقى ، كان قد أظهر لنا أنه قبل ما جعل له فيكون حينئذ كالمرأة في الخيار ، فلما عدا عن أن يتبين بلفظ صريح في القبول وأجاب بلفظ غير صريح القبول [كان] (٣) كالمخيرة تقول : قد قبلت أمرى ، أنها تسأل : ما أردت ؟ فإن قالت : ما أردت اختيار نفسي ، قبل منها .

قال: وقول ابن القاسم [بهذا] (٤) الذى [وصفت] (٥) أحسن من قول غيره ، والله أعلم .

قال عبدالحق : يحتمل أن يكون معنى مسألة الشريكين فى العبد يحلف أحدهما

إن كان دخل أمس المسجد بحريته ، ويحلف الآخر لقد دخل ، أن الحالفين معسران [فإن] (٦) كانا موسرين فينبغى أن يعتق على كل واحد نصيبه ؛ لأنه يقول : إن صاحبه حنث ، ووجب عليه التقويم فى باقى العبد ، ولو كان أحدهما معسراً

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : فكان .

(٤) فى أ ، ب : لهذا .

(٥) فى أ ، ب : وصفنا .

(٦) فى أ ، ب : فأما إن .

والآخر موسراً يستثنى عتق نصيب المعسر لأن المعسر يقول : إن صاحبه حانث وأن عتق العبد يلزمه ويقوم عليه فيؤخذ بإقراره [ق/٣٤ج] بناء على قول ابن القاسم في أحد الشريكين يشهد أن صاحبه أعتق نصيبه أو يشهد كل واحد منهما على صاحبه أنه أعتق نصيبه ، فتدبر ذلك تجده صحيحاً .

قال عبدالحق : قوله : (إذا باع عبدك سلعتك بأمرك فأعتقته ثم استحقت السلعة ولأمال لك لا رد للعتق لأنه دين لحقك بعد إنفاذه) معنى هذه المسألة فيما قال غير واحد [ق/١٠٣] إن الثمن [كان] ^(١) في يد المعتق يوم العتق أو مثل قيمة العبد ، فأما إن لم يكن للسيد شيء يوم أعتق العبد فالعتق مردود؛ لأن الثمن لم يزل في ذمته ديناً للمشتري ، وقد قال ابن المواز نحو هذا التفسير وهو معنى ما في «الكتاب» والله أعلم .

قال عبدالحق : قال بعض شيوخنا من القرويين : وليست هذه المسألة كمسألة كتاب الرهن إذا أعتق الأمة ثم طلقها الزوج قبل البناء فوجب للزوج أن يرجع بنصف الصداق فوجد السيد معسراً ، هاهنا لا يرد العتق لأن نصف الصداق إنما وجب الآن بطلاق الزوج وهو المختار للطلاق ، ولو شاء لم يطلق فالعتق تقدم قبل وجوب نصف الصداق ، وفي المسألة المتقدمة الثمن لم يزل ديناً ، إذ السلعة لم تكن لبائعها فهذا مختلف ، ولو طلق قبل البناء فوجب له نصف الصداق ثم أعتق السيد الأمة فهذا بين أن السيد كمديان أعتق؛ لأن نصف الصداق قد وجب عليه قبل العتق ديناً ، ولو زوج [ق/٨٣ب] الأمة تزويجاً يجب فسخه قبل البناء ثم أعتقها قبل فسخ النكاح ثم عثر على النكاح فسخ ووجب رد الصداق فوجد السيد عديماً وجب رد عتقها؛ لأن النكاح كان غير مستقر ، فالصداق من حيث قبضه السيد دين عليه فإذا أعتق الأمة بعد ذلك فهو كمديان أعتق .

قال عبدالحق : إذا اشترى عبداً فأعتقه ثم استحقه رجل فأجاز البيع ويعد العتق يتم ما كان للعبد من شهادة تقدمت أو شيئاً أقيم فيه مقام الحر ، وإن [كان] ^(٢)

(١) سقط من ج .

(٢) زيادة من ب .

أخذ المستحق العبد بطلت الشهادة التي تقدمت له وسائر ما تقدم له مما أقيم فيه مقام الحر، [وإن أخذ المستحق العبد] (١) وأما المديان يعتق العبد فيموت للعبد ولد فيرثه ثم يقوم الغرماء فيردون عتق العبد أو يجيزونه فلا يفترق هذا ولا ميراث له .

والفرق بين المسألتين : أن عتق المديان عتق عداء ففعله فيه كلا فعل والمشتري فعله غير عداء؛ لأنه إنما أعتق ملكه في ظاهر الأمر ، فإذا أجاز المستحق البيع بعد ما تقدم من شهادة أو ميراث ولو كان المشتري يعلم أن العبد لغير البائع وتعدى في شرائه وأعتقه وجب أن يكون مثل مسألة الغرماء يجيزون العتق لا يتم للعبد ميراث ولا شهادة، أجاز المستحق البيع أم لا ، لأن العتق وقع على طريق العداء والمشتري يعلمه أنه لغير البائع كغاصب ثان ، ونحو جميع ما وصفته حفظته عن بعض شيوخنا من القرويين .

قال عبدالحق : حكى عن الشيخ أبي الحسن أنه قال : قول مالك : إذا اشتري أباه وليس عنده إلا بعض ثمنه أنه يرد البيع ، يدل أن البيع يفسخ أيضاً إذا اشتراه وعليه دين يغترقه .

وقال أبو محمد في هذه : بل يباع عليه في الدين ، وكذلك نقلها في «مختصره» ولم يذكر في الأمهات «تباع في الدين» وإنما قال : إذا اشتراه وعليه دين لا يعتق [عليه] (٢) ولم يذكر «ويباع في الدين» ، لكن ذكر ابن القاسم عن مالك في سماعه : إذا اشتري الرجل بعض من يعتق عليه من ذوي قرابته وعليه دين يحيط بماله أنه لا يعتق عليه والدين أولى [من] (٣) العتق ، فهذا يؤيد ما نقل أبو محمد أنه لا يفسح البيع ويباع في الدين .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما افتقرت مسألة من اشتري هو وأجنبي أباه من مسألة من أعتق شركاً له في عبد وهو موسر ثم باع صاحبه نصيبه؛ لأن التقويم يجب ها هنا في العبد قبل بيع الشريك فدخل المشتري على فساد لأنه يؤدي

(١) سقط من أ و ب .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : به .

ثُمَّ عَلَى أَنْ يَأْخُذَ قِيَمَةَ مَجْهُولَةً ، وَمَسْأَلَةُ الْمُشْتَرَى هُوَ وَأَجْنَبِيٌّ أَبَاهُ لَمْ يَجِبِ التَّقْوِيمُ قَبْلَ الشَّرَاءِ وَلَا يُثْبِتُ فِي ذَلِكَ عِتْقٌ إِلَّا بِحُصُولِ الشَّرَاءِ ، فَهَذَا مُفْتَرَقٌ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .
وَحِكْمِيٌّ عَنْ سَحْنُونَ أَنَّهُ كَانَ يَغْمِزُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ إِذَا اشْتَرَى هُوَ وَأَجْنَبِيٌّ أَبَاهُ وَيَقُولُ :
كَيْفَ يَدْرِي مَا اشْتَرَى أَنْصَفَ الْأَبِ أَوْ نِصْفَ قِيَمَتِهِ الَّتِي يَرْجِعُ بِهَا عَلَى الْإِبْنِ ؟

قَالَ : وَيَحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَى كَلَامِ ابْنِ الْقَاسِمِ عِنْدِي أَنَّ الْمُشْتَرَى مَعَ الْوَلَدِ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ أَبُوهُ وَإِنَّمَا انْكَشَفَ ذَلِكَ لَهُ بَعْدَ عَقْدِ الْبَيْعِ ، فَلَمْ يَدْخُلْ عَلَى فِسَادٍ ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ . [ق/٤٠٤] .

قَالَ عَبْدُ الْحَقِّ : رَأَيْتُ لِأَبِي مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي زَيْدٍ : أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَجِزْ لِلْمَأْذُونِ بَيْعَ أُمِّ وَلَدِهِ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ لِاحْتِمَالِ أَنْ تَكُونَ حَامِلًا وَمَا فِي بَطْنِهَا فَهُوَ لِلسَّيِّدِ فَلَا يَبِيعُ مَلَكًا لِلسَّيِّدِ إِلَّا بِإِذْنِهِ .

وَقَدْ تَأَوَّلَ غَيْرُهُ إِذَا كَرِهَ بَيْعَهَا حَتَّى يَأْذُنَ السَّيِّدُ لِأَنَّ بَعْضَ النَّاسِ يَقُولُ : إِنْ الْعَبْدُ إِذَا عِتَّقَ كَانَتْ لَهُ أُمٌّ وَلَدٌ بِمَا كَانَتْ وَلَدَتْ مِنْهُ ، فَلَمَّا كَانَتْ تَكُونُ أُمًّا وَلَدٌ فِي هَذَا عَلَى قَوْلِ قَائِلِ كَرِهَ لَهُ بَيْعَهَا إِلَّا بِإِذْنِ السَّيِّدِ .

قَالَ بَعْضُ شَيْوَخِنَا : فَإِنْ بَاعَ أُمُّ وَلَدِهِ وَلَمْ يَسْتَأْذِنْ سَيِّدَهُ جَازَ الْبَيْعُ وَلَمْ يَفْسَخْ إِذَا لَمْ يَظْهَرْ بِهَا حَمْلٌ ، وَأَمَّا إِنْ بَاعَ مِنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ فَيَفْسَخُ بَيْعَهُ لِأَنَّ الْعِلَّةَ فِي أُمِّ الْوَلَدِ خَوْفُ الْحَمْلِ فَقَدْ ظَهَرَ أَنَّهَا لَيْسَتْ بِحَامِلٍ وَأَنَّ السَّيِّدَ لِاحْتِقَاقِهَا فِيهَا فَوْجِبَ إِمْضَاءُ الْبَيْعِ فِيهَا ، وَأَمَّا مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ فَإِنَّمَا كَرِهَ لَهُ بَيْعَهُمْ إِلَّا بِإِذْنِ السَّيِّدِ [رَجَاءُ أَنْ] (١) يَعْتَقُوا عَلَيْهِ إِنْ بَقُوا فِي يَدِهِ إِلَى أَنْ يَعْتَقَ ، وَالرَّجَاءُ [قَائِمٌ] (٢) لَمْ يَنْقَطِعْ ، فَوْجِبَ رَدُّ الْبَيْعِ فِيهِمْ لِهَذَا ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

قَالَ عَبْدُ الْحَقِّ : وَعَلَى الْإِعْتِلَالِ الَّذِي قَدَّمْنَا فِي أُمِّ الْوَلَدِ يَلْزَمُ أَيْضًا أَلَّا يَبِيعَ أُمَّةً لَهُ إِلَّا بِإِذْنِ السَّيِّدِ إِذَا كَانَ يَطَّأُهَا ، لِأَنَّهُ يَحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ حَامِلًا حَسَبًا تَقَدَّمَ مِنَ الْإِعْتِلَالِ فِي أُمِّ الْوَلَدِ .

(١) سَقَطَ مِنْ ب .

(٢) سَقَطَ مِنْ ج .

وحكي عن أبي موسى بن مناس أنه قال : لا يلزم هذا في الأمة لأن أم ولده قد صارت خزانة للسيد ، يريد أن السيد كأنه أوقفها للولد وصيرها له فهي بخلاف الأمة .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا أعتق المريض شقصاً له في عبد ولم يكن له مال مأمون لا يستعجل التقويم الآن ، وإنما يقوم بعد الموت ، بخلاف من أعتق وهو صحيح شركاً له في عبد إلى أجل هاهنا يستعجل التقويم قبل الأجل .

والفرق بين ذلك : أن عتق المريض يبطل الدين فارتقينا بالتقويم موته لضعفه ولم يستعجله ، وعتق الصحيح إلى أجل قوى لا يرده دين ولا يبطله شيء فلما كان أقوى حكماً استعجلنا التقويم ، والله أعلم .

تم كتاب العتق الأول بحمد الله وحسن عونه .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب

العتق الثاني

قال الله عز وجل : ﴿ أَنْ اشْكُرْ لِي وَلِوَالِدَيْكَ ﴾ (١) ، [ق/٨٤ب] وقال ﴿ فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرَهُمَا ﴾ (٢) .

وقال : ﴿ وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا ﴾ (٣) ، فلما كان استرقاقهما من الإذلال وأعظم مما نهى عنه من التأفف وغير ما أمر به من الإحسان إليهما لم يجز أن يملكهما .

ودلنا الله تعالى أنه رفع الرق عن الولد بقوله عز وجل : ﴿ أَنْ دَعَا لِلرَّحْمَنِ وَلَدًا... ﴾ (٤) إلى قوله : ﴿ إِلَّا آتَى الرَّحْمَنَ عَبْدًا ﴾ .
فدل أنه لا يكون الولد عبداً .

وقال تعالى : ﴿ وَقَالُوا اتَّخَذَ الرَّحْمَنُ وَلَدًا سُبْحَانَهُ بَلْ عِبَادٌ مُكْرَمُونَ ﴾ (٥) ، فدل أن الولد لا يكون عبداً لقوله : بل عباد .

ولاخلاف في عتق الأبوين والولد ودخل الجذ للأم مدخل الآباء لدخوله في قوله : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ ﴾ (٦) فلا يجوز نكح ما نكح الجذ للأم ، ودخل الجدات في الحرمة مدخل الأمهات .

(١) سورة لقمان : ١٤ .

(٢) سورة الإسراء : ٢٣ .

(٣) سورة العنكبوت : ٨ .

(٤) سورة مريم : ٩١ .

(٥) سورة الأنبياء : ٢٦ .

(٦) سورة النساء : ٢٢ .

وأما الإخوة فيعتقون إذا ملكهم لقرب ولادتهم ، وقد قال الله تعالى حكاية عن موسى [عليه السلام] (١) : ﴿ رَبِّ إِنِّي لَا أَمْلِكُ إِلَّا نَفْسِي وَأَخِي ﴾ (٢) فلما لم يجز أن يملك نفسه فكذلك الأخ لا يملك أخاه ، ولأننا وجدنا الأخوة يقومون مقام الولد في حجب الأم عن الثلث [ق/٣٥ج] إلى السدس وهم يجرون مجرى الولد في قسمة الميراث للذكر مثل حظ الأنثيين فكانوا كهم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : واللفظ الذي جرى في الأمهات وهم أهل الفرائض في كتاب الله، إنما هو عائد على الإخوة، يريد لأن فيمن يعتق على الإنسان من لا حظ له في الميراث كالجدة للأم وأولاد البنات هم يعتقون وإن كانوا لا يرثون .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإذا اشترى من يعتق عليه شراء فاسداً فوجب أن يغرم قيمتهم ويعتقون فلم يكن له مال إنما يباع منهم بالأقل من القيمة التي وجبت الآن أو الثمن الذي رضى به البائع ، فإذا كان الأقل الثمن بيع منهم مقدار ذلك وعتق الباقي وباقي القيمة يطلب بها ديناً ، لأن البائع إنما دخل على أخذ الثمن، فإذا وجده فلا يرد له من العبد أكثر من ذلك وإن كان الحكم يوجب القيمة لفساد البيع .

قال بعض شيوخنا [ق/١٠٥] من القرويين : إذا اشترى لابنه الصغير من يعتق عليه، لا يعتقون وإن كبر الصبي فلا يعتقون وإن كبر الصبي فلا يعتقون عليه بنفس البلوغ وله ألا يعتقهم ، لأن غيره تولى شراءهم له ، وليس كما قال أشهب : إنه يعجل بيعهم لثلاثين الصبي فيعتقونه عليه .

قال : ولو كان الأب عالمًا بأنهم يعتقون على الولد لم يعتقوا على الأب ، وليس كالمقارض يشتري أبا رب المال عالمًا ، ولا كالكفيل إذا اشترى من يعتق على الأمر عالمًا ، وقد اختلف في الكفيل ، لأن الصبي المشتري له ممن لا تصح أفعاله في العتق فالذي اشترى له مثله والمشتري له في مسألة المقارض والكفيل ممن تصح أفعاله في العتق .

(١) زيادة من أ .

(٢) سورة المائدة : ٢٥ .

قال : وقد قال محمد : إذا أعتق [ق/٨٥ب] عبد ابنه الصغير عن ابنه أنه لا يعتق عليه ، فهذا مثله .

قال عبدالحق : وقول أشهب : (لا يسترق الولد بالشك) فى مسألة المعتق ما فى بطن أمته .

قال لى بعض شيوخنا من القرويين : إنما يعتق على ما ذكره ما ولدت إلى تسعة أشهر .

[قال] (١) : وحكى أن غيره تأول أنه يعتق ما أتت به إلى أقصى حمل النساء ، وضعفه .

قال عبدالحق : سئل فى « الكتاب » عن إذا وهب ما فى بطن أمته لرجل أو تصدق به عليه أو أوصى له به ثم وهبها سيدها بعد ذلك لرجل آخر أو أعتقها هو أو ورثته بعد موته ، فقال : العتق أحق بها ويعتق جنينها وتسقط هبته وغيرها ، فتكلم على عتقها ولم يجب على إذا وهبها [فأعتقها الموهوب له] (٢) .

قال ابن المواز : عن ابن القاسم فىمن تصدق بأتمته على رجل وبما فى بطنها على غيره فوضعت أن الولد للذى وهب له والأمة لمن وهبت له ، وإن أعتقها المتصدق عليه بها قبل الوضع كانت حرة بما فى بطنها .

وقال أيضاً : [إنها] (٣) للمتصدق عليه بالولد قيمته على معتق الأم يوم يخرج ، إن خرج حياً ، وإن خرج ميتا لم يكن له فيه شيء .

وقال [فيها] (٤) أيضاً : لا عتق للمتصدق عليه بالأم حتى تضع وعتقه باطل . قال محمد : وهذا أحب إلينا لأنه لم تصر له الأم إلا بعد الوضع .

قال ابن القاسم : وكذلك إن أعتق صاحب الولد فلا عتق له حتى تضع فيتيم حرمة .

[قال ابن القاسم : فإن فلس الموهوب له الأمة ، فقامت عليه الغرماء قبل أن

(١) سقط من ب و ج .

(٢) سقط من ب و ج .

(٣) سقط من ب و ج .

(٤) فى ج : فيه .

تضع ، أن الأمة تباع بما فى بطنها] (١). إن [قال] (٢) قائل : لم قال : إذا وهب عبداً أو تصدق به على رجل يكون ماله للمعطى ، وإذا أعتق عبداً فماله تبع له ، فلم لم يكن هذا سواء لأنه معروف كله لم يأخذ له عوضاً ؟

فالجواب : أن العبد فى الهبة والصدقة إنما خرج من ملك إلى ملك فأشبهه البيع الذى خرج فيه العبد من ملك إلى ملك ، ففارق ذلك حكم العتق الذى خرج فيه العبد من ملك إلى حرية فكانت الهبة والصدقة أشبهه بالبيع من العتق للمعنى الذى وصفنا ، والله أعلم .

[واختلف قول مالك فى الوصية ، فقال : يكون ماله تبعاً له كالحرية التى وصفنا والله أعلم .

وقال : لا يكون تبعا كالهبة والصدقة] (٣) .

قال عبدالحق : إذا قال لرجل : خذ ألف درهم على أن تعتق أمتك وتزوجنيها ، فأعتقها ، وقال : هى حرة ولها ألا تنكحه والألف لازمة للرجل .

قال ابن المواز : إلا أن يتبين أنه زاد على قيمتها لموضع النكاح فيرد عليه ما زاد على قيمتها ، وما أعلم إلا وقد استحسنت ذلك أصعب وقال به .

[قال محمد : والحجة فى منع ذلك : أن السيد كأنه اشترط على أمته بغير إذن] (٤) ، وقف محمد عن قوله فيها واستحسان أصبغ ورأى أن قول مالك أصوب ورأى أن دفع المال فى الحرية كان قليلاً أو كثيراً ولا يدخل الاستثناء فى شيء من الثمن مثل ما لو قال له رجل : أعتقها بثلاثين ديناراً أدفعها إليك واستثنى لى عليها خدمة عشر سنين ، فأعتقها على ذلك ، لم يكن عليها من الخدمة شيء ولا يرجع على السيد مما دفع من الخدمة بشيء ، ألا ترى أن من اشترى نخلاً وفيها ثمر قد أبر قبل أن [ق/٨٦ب] يطيب بمائة دينار فطاب عنده فأصابته جائحة ، أنه ليس له فى ذلك على

(١) سقط من ب وج .

(٢) فى أ : فإن قيل .

(٣) سقط من ب وج .

(٤) سقط من ب وج .

البائع جائحة ، وإن كان ثمن أصل النخل قليلاً أربعين ديناراً أو أقل قائمة مائة دينار للثمرة لم ينظر فى شيء من الثمرة ولم يحكم له فيها بجائحة ؛ لأن الثمن كله إنما يقع للأصل ، والثمرة تبع .

قال عبدالحق : [لو] (١) دفع العبد عرضاً لرجل وقال له : اشترينى به لنفسك من سيدى ، ففعل فإن استثنى ماله فلا شيء عليه ، فإن لم يستثن ماله فالمشترى هاهنا ، كرجل اشترى سلعة بسلعة فاستحقت السلعة التى دفع فليسيد العبد أن يرجع فى عين عبده إن كان قائماً لم يفترق ، وإن فات بحوالة سوق [أو عتق] (٢) أو غيره كان على المشتري قيمة العبد .

[قال] (٣) قال بعض القرويين : إذا قال الصحيح لعبده : أد إلى كذا وأنت حر ، لم ينجم ذلك عليه ويتلوم له الحاكم فى ذلك بقدر ما يراه ، وإذا قال المريض لعبده : أد إلى ورثتى كذا وأنت حر فهذا ينجم عليه ، وهما [سواء فى الحكم] (٤) وإن افترقا فيما وصفنا من التنجيم فأحكامهما سواء فى تصرفهما فيما بأيديهما من مال وفى سقوط النفقة عن السيد ما فى هذا كالمكاتب والله أعلم .

قال لى بعض شيوخنا من القرويين : إذا أعتق النصرانى عبده النصرانى ثم أسلم العبد أو أسلم السيد لا يحكم عليه بحرته وله أن يرجع فيه ما لم يبين عن يده على أصل ابن القاسم ، وهذا الذى ذكر خلاف ما فى « كتاب ابن المواز » .

قال غيرواحد من شيوخنا : إنما منع النصرانى من رد عتق عبده النصرانى إذا بان عنه ليوجه الحرية عليه وكونه مطلوباً بها فيصير عليه حق للمسلمين فليس للسيد النصرانى إبطاله .

قال [لى] (٥) بعض شيوخنا من القرويين : على مذهب ابن القاسم إذا باع

(١) فى أ: إن .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ و ب .

(٤) سقط من ج و ب .

(٥) سقط من ب و ج .

شقصاً من عبد بعضه حر إن لم يشترط المشتري مال العبد حتى يكون موقوفاً بيده فالبيع فاسد ؛ لأننا إذا أحرنا البيع دون هذا الاشتراط إن صيرنا المال للبايع فهو لا يقدر أن يبين به ولا سبيل إلى قسمه من أجل حرية بعض العبد ، وإن بقى بيد العبد اتجر به أم لا يباح له التصرف فيه ، فهذا غير معتدل من غير ما وجه .

قال عبدالحق: إذا أقر أن أباه أعتق هذا العبد ومعه ورثة ، ذكر أن المقر يستحب له أن يبيع حصته من العبد ولم يقل : يعتق عليه ذلك الشقص الذى له ، وإذا باع ذلك الشقص ثم اشتراه بعد ذلك عتق عليه .

قال بعض شيوخنا من القرويين: يحتمل أن يكون إنما فرق بين حكم الشقص قبل أن يبيعه وبين حكمه إذا اشتراه بعد أن باعه لأنه أولى ، إنما الميراث [هو الذى] (١) جره إليه لم يجره هو إلى نفسه ، إذا باعه ثم اشتراه فقد استحدث ملكه اختياريًا ، فلما كان ذلك بسببه واختياره عتق ما ملك منه .

قال عبدالحق : وهذا [تفريق] (٢) فيه نظر لأنه غير سالم من الاعتراض عليه .

تم كتاب العتق الثاني بحمد الله وحسن عونه .

(١) سقط من ب و ج .

(٢) فى أ : التفريق عندى .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب المدبر

قال ابن سحنون : ولما أجمع المسلمون على انتقال اسم المدبر وجب انتقال حكمه كانتقال اسم المكاتب [ق/٨٧ب] وحكمه .

فإن قيل : ذلك كتسميتهم إياه موسى بعثته .

قيل : قولهم هذا صفة لنقل السيد ، وقولهم : مدبر اسم لعين العبد [ق/٣٦ج] ولما لم يختلفوا أنه يرجع في الموصى به بالقول وكان التدبير لا يرجع فيه بالقول وإنما قال قوم : له هبته وبيعه ، افترقا ، وحديث جابر يدل [على] (١) أنه بيع في الدين لأن النبي عليه السلام دعا به فقال : « من يشتريه » ، فلما بطل أن يلي النبي عليه السلام بيعه لغير معنى لم يبق إلا أنه حكم وليه لتنفيذ ما لزم واحتمل بيعه في دين بعد الموت أو في الحياة دين قبل التدبير ، وقد روى عن جابر أيضاً أنه قال « لم يكن له مال غيره فمات » فقال النبي عليه السلام « من يشتريه ؟ » واختلف فيه عن جابر فروى أنه أعتق رجلاً ، وروى أنه دبر ، وقد قضى عمر بإبطال بيعه في ملاء خير القرون فما أنكروا عليه ، وهذا كالإجماع ، وهو حجتنا في منع بيع أمهات الأولاد .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا قال لعبد : أنت حر يوم أموت ، يجب أن يكون حكمه كحكم القائل لعبد : أنت حر قبل موتى بشهر .

فدل على صحة هذا ما نصه مالك : إذا قال [ق/١٠٧أ] لزوجته : أنت طالق يوم أموت [أنها تطلق الساعة ، بخلاف القائل لزوجته : أنت طالق بعد موتى ، أنها لاتطلق ، وكذلك في الحرية يفترق قوله : أنت حر بعد موتى ، من قوله : يوم أموت] (٢) ، ولم يجب في « المدونة » في مسألة : أنت حر يوم أموت ، بشئ ، وإنما ذكر مسألة : أنت حر بعد موتى فقط ، ولم يرد أنها مثلها ، والله أعلم .

وأما أبو محمد - رحمه الله - فجمع المسألتين في « مختصره » على جواب واحد ، فاعلمه .

والجواب في مسألة القائل لعبد : أنت حر قبل موتى بشهر أو ستة : أن

ينظر ، فإن كان السيد ملياً أسلم إليه يخدمه ، فإذا مات نظر فإن كان من رأس ماله ورجع بكراء خدمته بعد الأجل في رأس مال السيد ، وإن حل وهو مريض فهو من ثلثه ولا رجوع له [بخدمة] (٣) وإن كان السيد غير ملى خورج العبد وأوقف خراجه

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ ، ب : بخدمته .

فإذا مضت السنة وشهر بعدها من السنة الثانية أعطى السيد خراج شهر من أول السنة الماضية بقدر ما ينوب كل شهر من الخراج ، فكلما مضى شهر من هذا أعطى خراج شهر من تلك ، فهكذا يعمل فيما قرب من الأجل أو بعد ، هكذا ذكر ابن حبيب عن ابن القاسم وابن الماجشون .

قال عبدالحق : فالقائل لعبده : أنت حر يوم أموت ، يجب أن يكون مثل هذا الذى قال : أنت حر قبل موتى بشهر ، سواء ، لأن العبد عتيق بدخول أول جزء من اليوم الذى يموت فيه ، فتدبر ذلك تجده صحيحاً إن شاء الله .

قال لى بعض [شيوخنا] (١) القرويين : على هذا المعنى تجرى مسألة القائل لأمته : [ق/ ٨٩ب] إذا حملت فأنت حرة ، إذا وطئها مرة فى طهر توقف خراجها فإن صح الحمل وعتقت فهو مردود عليها ، ولو كان السيد موسراً مكن من خراجها ثم ينظر إن وجب عتقها فترجع عليه حسبما مسألة القائل : أنت حر قبل موتى بشهر ، سواء .

قال : ولا ينفق عليها من خراجها ونفقتها على السيد ، لأنها إن لم تحمل فهى أمته ، وإن حملت فهو ينفق على ولده كما ينفق على الحامل المبتوتة من أجل ولده منها .

قال بعض شيوخنا : إذا دبر وبتل فى فور واحد جماعة عبيد تحاصوا عند ضيق الثلث ثم بعد المحاصة ما ناب المدبرين عتق بالحصص وما ناب المبتلين عتق بالسهم .
وقوله : (إن المدبر والمبتل إذا اجتمعا يتحاصان) إنما يريد به إذا كانا فى فور واحد ، فأما إن كان أحدهما قبل صاحبه فيبدأ الأول لأن الأول قد استقر له ما عقد فيه ، فليس له أن يحدث ما يسقطه أو يسقط شيئاً منه ، ومثل هذا إذا اجتمع عليه زكاة ومبتل عتق يراعى أى ذلك قدم فى مرضه ، فإن كان العتق البتل سائغاً بدى على الزكاة .

وقوله فى « المدونة » : (إن الزكاة تبدأ على كل شيء من عتق أو غيره سوى المدبر فى الصحة) إنما يريد إذا كان ذلك فى فور واحد أو قدم الوصية بالزكاة فأما إن كان العتق البتل تقدم فيبدأ على الزكاة لأن التبئيل قد انعقد عليه ولزمه فليس له إحداث ما يبطله أو ينقصه ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا : إذا أمهر زوجته مدبرة ، فإن لم تعلم المرأة بذلك كان

(١) سقط من ب و ج .

كالاستحقاق على الزوج قيمة المدبر لو جاز بيعه عبداً عشر على ذلك قبل البناء أو بعده ، وإن تزوجها عليه وهى تعلم أنه مدبر ، فسخ النكاح قبل البناء وثبت بعده ، ولها صداق المثل كالذى ينكح بحر والمرأة تعلم بذلك أنه يفسخ نكاحها قبل البناء ويثبت بعده ولها صداق المثل .

[قال عبدالحق:] (١) إذا كاتب عبده ثم دبره ثم مات ، جعل فى الثلث الأقل من قيمة الرقبة .

قال لى بعض شيوخنا من القرويين : والفرق بين ذلك : أنه إذا سبق التدبير فقد كاتبه وهو مالك للرقبة حقيقة فوجب أن يجعل فى ثلثه ما كان يملك منه حتى كاتبه ، فإذا كاتبه ثم دبره فهو حين عقد الكتابة أولاً لم يملك منه شيئاً متقررًا لأننا لا ندرى أيعجز فيملك رقبته أو يؤدى الكتابة فيكون إنما ملك منه مالا ، فلما لم يتقرر له أمر معلوم جعل الأقل ، والله أعلم .

قلت : وإنما يصح ما قدمنا إذا كاتبه ثم دبره أو دبره ثم كاتبه وهو صحيح أو تقدمت الكتابة فى الصحة والتدبير فى المرض ، وأما إن كان تدبيره إياه وكتابته جميعاً فعلهما وهو مريض فهاهنا إنما يجعل [ق/ ٩٠ب] قيمة الرقبة لا الأقل [ق/ ١٠٨أ] تقدم عقده للكتابة أو التدبير فصوب ما قلته ، وقال به وهو بين فتدبره .

قال عبدالحق: فى مسألة المدبر يكاتبه ثم يموت السيد : (إن اغترق الدين قيمة رقبته تباع كتابته) يريد : أنه لا فضل فى الكتابة .

وقوله : (إن اغترق الدين بعض الرقبة يباع من كتابته بقدر الدين) يريد : وفى الكتابة فضل .

قال ابن المواز : فإن كان الدين يغترق قيمة رقبته وفى الكتابة فضل سقط التدبير وثبت الكتابة ويبيع منها بقدر الدين ثم يعتق ثلث ما بقى ويسقط من الكتابة بقدر ذلك ، وإن كان الدين يحيط بالكتابة وحدها وفى الرقبة فضل فقيل : لا بد من تعجيزه حتى يباع من رقبته بقدر الدين ثم يعتق ثلث ما بقى .

وقال ابن القاسم : يترك على كتابته يؤديها لأهل الدين على نجومه فإن أدى عتق، وإن عجز عتق منه ثلث ما يفضل بعد قضاء الدين ، وقاله أصبغ .

قال عبدالحق : سألت بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا كان الدين يغترق لكنه يغترق من الرقبة نصفها ومن الكتابة ثلاثة أرباعها كيف العمل هاهنا ، أبيع ثلاثة أرباع الكتابة وهو قد يعجز فيرق ثلاثة أرباعه فيكون بيع نصف رقبة أولى ؟

فقال لي : إذا كان الأمر على ما وصفت فهي كمسألة محمد إذا كان الدين يحيط بالكتابة وحدها وفي الرقبة فضل ، فعلى قول غير ابن القاسم لا بد من تعجيزه ، وعلى مذهب ابن القاسم لا يباع منه شيء ويؤدى على نجومه ، فإن عجز كان كالمدير لا كتابة فيه يباع منه بقدر الدين ويعتق ثلث ما بقى ، وإنما يباع من كتابته مقدار الدين إذا كان يغترق من الكتابة مثل ما اغترق من الرقبة أو أقل ، مثل أن يغترق نصف الرقبة ويكون نصف قيمة الكتابة مثل نصف قيمة الرقبة أو أكثر ، فأما إذا كان يغترق نصف الرقبة ومن الكتابة أكثر من نصفها فالجواب على ما قدمنا من الاختلاف .

سألت بعض شيوخنا من القرويين عن المدير يهرب إلى أرض العدو فيغنمه المسلمون فيقسم ثم يأتى سيده فيأبى من افتكاكه فيبقى يخدم المشتري فيموت السيد والثلث لا يحمله [لم] (١) قال [ق/٣٧ج] : إن ما لم يحمله الثلث منه يكون رقاً للمشتري ولا خيار للورثة فيه ، وفي كتاب الجنایات قد قال : يخير الورثة فيما رق منه إذا أسلمه فى الجنایة ومات السيد والثلث لا يحمله ، ففرق بين المسألتين والسيد فقد أسلمه فيهما ؟

فقال : يحتمل أن يكون إنما فرق بين ذلك ولم يجعل للورثة خياراً فى مسألة كتاب المدير لأن المشتري [ق/٩١ب] قد أخذ في الأصل على ملك رقبة ، وفى مسألة كتاب الجنایات لم يأخذه المجنى عليه ملك رقبة وإنما أسلمت إليه فى الأصل خدمته فهى أصعب ، والله أعلم .

قال عبدالحق : إن قيل : لم إذا قتل ولد المدبرة ، على قاتله قيمته عبداً ، وقال في المدبرة : إذا غرت رجلاً فتزوجته على أنها حرة وأولدها ، إن سيدها يأخذ قيمة الولد على الرجاء والخوف ولم يقل : قيمتهم عبيداً .

فالضرق بين ذلك : أن في مسألة المدبرة الغارة الزوج لم يتعد ولا فعل ما لا يجوز ، والقاتل فعله تعد لا يسوغ ، فكان الحكم فيه أغلظ لذلك ، والله أعلم .

قال عبدالحق : قال لى بعض القرويين في المعتق إلى أجل يأتى ف يتم لأجل ثم يأتي وقد كسب مالاً في حال إباقه : للسيد أخذ ذلك المال ، وحكي أن غيره يخالفه في ذلك وضعفه .

تم كتاب المدبر بحمد الله وحسن عونه .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب المكاتب

قال الله تعالى: ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ (١) ، فكان ذلك ندبا ندب الله إليه ، وكذلك قوله تعالى: ﴿ وَأَتَوْهُمْ مِنْ مَالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ﴾ (٢) ، فضل حض الله عليه ، والدليل على أن الكتابة ندب ليست بواجبة على السيد : الإجماع على أن أحداً لا يجبر على بيع عبده ولا على عتقه والكتابة ، فلا يخلو أن يكون ضرباً من البيع ، لأنه باع العبد من نفسه بالمال الذي جعل عليه ، أو عتقاً لأن العبد يفضى بها إلى الحرية ولا يجبر أحد على بيع عبده [ق / ١٠٩ أ] ولا عتقه .

وأما الوضيعة عن المكاتب من الكتابة فيدل أنها غير واجبة : أن الواجبات لا بد أن تكون مقدرة معلومة ، فلما لم يرد في كتاب الله ولا في [سنة ثابتة] (٣) توقيت شيء معلوم يوضع عن المكاتب دل ذلك على أنها ليست بواجبة ، ولو كانت الوضيعة واجبة وإن كان لا يعلم مقدارها صار ما يجب أدائه مما وقعت به الكتابة مجهولاً ولا تكون الكتابة مجهولة عند العلماء ، وليس الغرض التطويل في هذا ، وفيما قدمناه كفاية .

قال غير واحد من شيوخنا : إذا كاتب عبده على خدمة شهر ، لا يختلف ابن القاسم وأشهب في ذلك إلا في وجه واحد ذكره أشهب في غير « المدونة » وهو: إذا عجل قيمة الخدمة ، فرأى أشهب أنه يعجل عتقه كتعجيله الكتابة ، وعلى مذهب ابن القاسم ليس يعجل عتقه وليس يعجل قيمة الخدمة كتعجيل نفس الكتابة ، في هذا يختلفان فقط فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين: هذا الذي كاتب عبده على خدمة أمد معلوم له حكم المكاتب لا حكم المعتق إلى أجل من أجل لفظ الكتابة فكان السيد أراد

(١) سورة النور : ٣٣ .

(٢) سورة النور : ٣٣ .

(٣) في أ : نبيه صلى الله عليه وسلم .

إجراؤه على سنة [ق/٩٢ب] المكاتب فله حكم المكاتب في حيازته ماله ونفقتة على نفسه .

قال : وقوله : (إذا عجل الكتابة سقطت عنه كل خدمة) إنما يصح ما قال في الخدمة اليسيرة لأنها في حيز التبعية ، فأما لو كان عظم الكتابة خدمته وأقلها مالا فمعجل المال لم يستقم أن توضع الخدمة عنه .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا شرط على مكاتبه أنك إن شربت خمرًا أو نحو ذلك إنك مردود إلى الرق ، ففعل العبد ذلك ليس للسيد أن يرده في الرق من أجل هذا الشرط وليس كالمعتق إلى أجل يشترط عليه إن أبقت فلا حرية لك هذا له شرطه .

والفرق بين ذلك : أن ما يفعل المعتق إلى أجل من الإباق ضرر على سيده؛ لأنه يخل عليه منافعه به ، وما أحدث المكاتب من شرب الخمر ونحوه لا يخل بنجومه ، فإذا أتاه بنجومه ولم يعجز عنها لم يقدر شربه الخمر فيها شيئًا ، فلذلك لم ينتفع بشرطه ، والله أعلم .

قال عبدالحق : شرط سحنون تعجيل عتق المكاتب وسيده من المتابعة .

غمزه بعض شيوخنا القرويين واعترض عليه بقولهم : إن قناعة أحد الشريكين بإذن شريكه جائزة فقد جوزوا له أن يأخذ أقل من نصيبه قبل الأجل ، وليس في ذلك تعجيل عتق .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا قاطع أحد الشريكين بإذن شريكه ثم قتل المكاتب قبل أن يؤدي للشريك الآخر يكون ذلك مثل عجز المكاتب وليس كموته ، لأن القيمة المأخوذة من القاتل عوض من رقبة المكاتب فيجب أن ينظر فإن كان الذي حصل من قيمته مثل الذي قبض المقاطع فلا كلام للذي لم يقاطع ، وإن قبضت أقل مما أخذ المقاطع أو أكثر كان سبيل ذلك سبيل ما وصف في « الكتاب » في عجز المكاتب ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا أعتق السيد أحد المكاتبين فلم يجز

أصحابه ذلك ثم أدوا ، لم يرجع الذى كان أعتق السيد على سيده بشئ ، ومثل هذا ليحيى بن عمر ، وذلك أن السيد قد أخذه بوجه جائز فلا يرجع عليه به. ، ولو كان يرجع به على السيد إذا أعتق وجب أن يسقط أولاً عن المكاتبين ويسعى جميعهم فيما بقى ، فإذا كان لا يسقط أولاً ، فكذلك لا يرجع به آخر إذا أدى .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : وإذا أعتق أحد المكاتبين وهو زمن لاحجة لأصحابه أنهم إذا أدوا يرجعون عليه فلا يعتق إلا برضاهم ، وذلك أنه لما كانت نفقة الزمن عليهم كان ضرر النفقة التى تسقط عنهم بعث السيد إياه أعظم لهم فى المنفعة من احتجاجهم بأنهم يتبعونه إذا عتق لأن هذا ضرر يسقط عنهم [ق/ ١١٠] حقيقة وما يحتاجون به من مطالبته يوماً ما قد لا يتم لهم [ق/ ٩٣ب] بأن يموت فقيراً ولا يستفيد مالا ، فلهذا لا يلتفت إلى احتجاجهم بما وصفناه ، والله أعلم .

قال عبدالحق : قال لى بعض شيوخنا من القرويين فى مسألة : الذى كاتب على نفسه وعلى عبد للسيد غائب : إذا قدم الغائب فكره ذلك يؤاخره المكاتب الآخر ويكون له من إجارته مقدار نفقته والزائد على نفقته إن أدى الكتاب وبقيت منه بقية فهى للذى كره الكتابة ترك طالبه صاحبه بعد العتق بما يجب له عليه من ذلك ، هذا على قول مالك .

وأما على قول ابن القاسم فلا يرجع عليه بعد العتق بشئ ، يريد أن ما يجب أن يطالبه به بعد العتق يدخل فيه اختلاف مالك وابن القاسم إذا أعتق عبده وعليه كذا [وكذا] (١) فعند مالك يطلبه بعد العتق ، وعند ابن القاسم جائز والمال ساقط ، فكذلك المسألة التى قدمنا ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا نزلت حمالة أجنبية بالكتابة وفات ذلك بالعتق فحرية المكاتب ماضية ويرجع الحميل على المكاتب ويحاصص غرمائه بما أدى عنه ، وليس له أن يرجع على السيد بما دفع إليه ، والله أعلم .

قال عبدالحق : إن قيل : لم إذا عجز المكاتب الأعلى يؤدى الأسفل للمبتاع

ولا يؤدي للمكاتب الأعلى العاجز وكتابة الأسفل مال للأعلى ، فهلا كان ذلك كمكاتب عجز ويده مال أنه باق على ملكه حتى يتبرعه السيد ؟

قيل : هذا مال بائن عن يده ، وإنما هو كعبد حجر عليه وله دين على رجل فلا سبيل له إلى قبضه ، لأن قبضه من الغريم تصرف وهو بالحجر ممنوع من التصرف ، فكذلك المكاتب الأعلى بعد العجز محجور عليه ، فلو جاز أن يقبض الكتابة من الأسفل صار ذلك [ق/٣٨ج] تصرف لمحجور بغير إذن سيده وهذا بين ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا: في المكاتب يغنمه المسلمون فيعلم أنه مكاتب ولا يعرف سيده فتباع كتابته في المقاسم ثم يأتي سيده وقد قبض المشتري بعض الكتابة: إن السيد إذا أحب افتكاكه قاص المشتري بما قبض من المكاتب ، فإذا كان الذي قبض مثل نصف الكتابة افتكه السيد بنصف الثمن ، وإن قبض المشتري ثلث الكتابة حسبه عليه بثلث الثمن يجعل هكذا ما قبض جزءا من الكتابة [يسقط] (١) من الثمن جزءا مثله ، قال : ولا يبدأ في هذا الموضع المكاتب بالتخيير فيقال له : أد وإلا عجزت ، لأنه لم يقسم على أنه عبد ، وإنما بيعت الكتابة ، وإنما يخير المكاتب أولاً إذا قسم على أنه عبد ثم علم أنه مكاتب ، وأما سيده فيقال للمكاتب : أد ما اشتراك به المشتري وإلا عجزت ، فإن عجز خير سيده بين أن يسلمه رقيقاً أو يفتكه رقيقاً كسبيله إذا جنى أنه يبدأ بالتخيير ، فاعلم ذلك .

قال بعض شيوخنا : إذا اختلفت المكاتب وسيده في النجوم واتفقا على [عدد] (٢) [ق/٩٤ب] الكتابة إنما كان ذلك عند ابن القاسم بخلاف اختلافهما في عدد الكتابة ، أعنى إذا أقاما بينة وتكافأتا في العدالة لأن بينة السيد قد زادت لا محالة في اختلافهما في عدد الكتابة ففوضى بالزائدة ، وأما في اختلافهما في

(١) في أ : ليسقط .

(٢) في ب : عدة .

النجوم، فكل بيعة نفعت صاحبها ، بيعة المكاتب شهدت له بنفع وهو التأخير لزيادة النجوم ، وبيعة السيد نفعته لشهادتها بنجوم أقل من النجوم التي شهدت بها بيعة المكاتب ، والعدد فلم يختلفا البيعة فيه فيقابل النفع في ذلك ولم تنفرد بيعة أحدهما بزيادة ، فهذا مختلف ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما قال : (إذا أوصى بوضع ما على مكاتبه أو بكتابته لرجل يجعل في الثلث الأقل من قيمة الرقبة أو قيمة الكتابة) لأن الذى يملك السيد غير متقرر لأنه قد يؤدي فيخرج حرّاً فيكون إنما ملك منه مال الكتابة ، وقد يعجز فترق رقبته فلما لم يتحقق تملك أحدهما جعل أقلهما في الثلث حسبما عللنا به مسألة من كاتب عبده ثم دبره ثم مات ، والله أعلم .

قال بعض القرويين : قلت للشيخ أبى الحسن ابن القاسبي [ق/١١١] : ما وجه قول ابن القاسم فى المكاتب : إذا رهن سيده رهناً فى أصل الكتابة فاستهلكه السيد إنه يرجع بقيمته ما لم يفلس ، فإذا أفلس لم يرجع به ، و[راه] ^(١) كالانتزاع ، فإن كان ذلك عنده انتزاعاً فيلزمه أن يقول : لاشيء للمكاتب فيه ، ^(٢) [وإن لم يفلس سيده ، فإن لم يره انتزاعاً فللمكاتب أن يحاص [به] ^(٣) غرماء سيده فقال لى : يقر ذلك من السيد إذا اشترطه فى أصل الكتابة كأنه انتزعه منه ، وقوله : [هو] ^(٤) رهن كأنه وعده أن يرده إليه بعد وفاء كتابته وذلك منه كالهبة يقوم عليه بها مالم يفلس .

قال عبدالحق : قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا كاتب عبده فى المرض وحابى وقبض الكتابة فجعل فى الثلث قيمة الرقبة كلها بخلاف إذا حابى المريض فى

(١) فى أ : أراه .

(٢) سقط من ج .

(٣) زيادة من أ .

(٤) بداية سقط كبير من ب .

بيعه ، هاهنا إنما يجعل في الثلث المحاباة خاصة لأن الكتابة في المرض عتاقة .

قال : وإذا حابى فكان الثلث يحمل رقبته جاز ذلك ولم يقوم فى النجوم المقبوضة ولا يضاف إلى مال الميت فيكثر به ، وإن كان الثلث لا يحمله ردت النجوم المقبوضة إلى يد العبد ثم أعتق منه بماله محمل الثلث ، لأن الثلث إذا كان حاملاً أخذ المال الورثة فلا يكثر مال الميت به ولا يدخل فيه العبد ، فإذا لم يحمل الثلث ووجب رد المال إلى يد العبد فيعتق منه بماله محمل الثلث .

قال لى بعض شيوخنا من القرويين فى مسألة من كاتب فى الصحة وأقر فى المرض : تقبض الكتابة والثلث يحمله ، إنما يصح ما ذكر إذا كان الثلث فارغاً لم يوصى فيه بشيء ، فأما إن كان قد شغل الثلث بوصاياها فهذا أحب [إلى] (١) أن يستغرق وصاياها ثلثه ويخرج العبد الذى أقر أنه قبض كتابته من رأس ماله فهو كالقائل : أعتقت عبدى فى صحتى ، فلا يعتق والوصايا خارجة من ثلثه .

وحكى عن بعض شيوخنا من القرويين أنه خالف هذا وقال : سواء شغل الثلث بوصاياها أو لم يشغله يجوز إقراره إذا كانت الوصايا مما يبدأ عليها عتق هذا العبد .

تم كتاب المكاتب بحمد الله وحسن عونه .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب أمهات الأولاد

قال النبي عليه السلام في أم ولده إبراهيم : « أعتقها ولدها » ^(١) ، وقد اتفق أن بيعها في حال حملها لا يجوز ، فإذا وضعت فهي على الأصل لا تنتقل إلا بدليل ، وقد روى عن ابن عباس أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أيما رجل ولدت منه أمته فهي معتقة عن دبره » ^(٢) ، وعن علي بن أبي طالب أنه قال : إن غمز قد أعتقتك ، وعن ابن محيريز أنه قال : دخلت المسجد فرأيت أبا سعيد الخدري فجلست إليه فسألته عن العزل ، فقال أبو سعيد : خرجنا مع رسول الله في غزوة بني المصطلق فأصبنا سبياً من سبي العرب فاشتهدنا النساء واشتدت علينا ^(٣) العزبة وأجبنا الفداء فأردنا أن نعزل ، فقلنا : نعزل ورسول الله بين أظهرنا قبل أن نسأله ، فسألناه عن ذلك فقال : « ما عليكم أن لا تفعلوا ما من نسمة كائنة إلى يوم القيامة إلا وهي كائنة » ^(٤) ، فعلم بهذا الخبر أن الحمل منهن يمنع البيع ويذهب بالثمن ، وليس غرضنا التطويل في هذا ، وفيما قدمناه كفاية .

قال عبدالحق : ما احتج به سحنون على ابن القاسم من استلحاق المديان ولد أمة في مسألة المريض ، لا يلزم ابن القاسم من وجهين : أحدهما : أن هذا المديان إن استلحق ولد أمة هي في ملكه والمريض إنما استلحق ولد أمة قد باعها وزالت عن ملكه .

والوجه الآخر : أن المديان ألقى لغرمائه عوضاً ، وهي [] ^(٥) فيها والمريض [] ^(٦) وهو عوضاً فهذا مفترق ، ولو كان المديان إنما استلحق الولد بعد بيع

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٥١٦) والحاكم (٢١٩١) والدارقطني (١٣١/٤) والبيهقي في «الكبرى» (٢١٥٧١) من حديث ابن عباس ؛ بسند ضعيف .

(٢) أخرجه أحمد (٢٧٥٩) وعبد الرزاق (١٣٢١٩) وابن أبي شيبة (٤٠٩/٤) والبيهقي في «الكبرى» (٢١٥٧٠) وابن أبي عاصم في «الأحاديث الثماني» (٣١٣٣) بسند ضعيف .

(٣) نهاية السقط الذي أشرنا إليه في ب

(٤) أخرجه البخاري (٣٩٠٧) ومسلم (١٤٣٨) .

(٥) قدر كلمة لم أتبينها .

(٦) قدر كلمة لم أتبينها .

الأمة لكان ينبغي أن يكون كالمریض سواء ، والله أعلم .

قال بعض القرويين : وما اعترض به على ابن القاسم فى الأب يظاً أم ولد ابنة أنه إنما أفسد عليه متعة فلا يلزمه شيء كالذى يشهد عليه بطلاق زوجته بعد أن بنى بها ثم أقر الشهود أنهم شهدوا [ق/١١٢] زوراً ، أنهم لا يغرمون للزوج شيئاً ، لأنهم إنما أتلفوا عليه متعة ، هذا غير لازم لأن أم الولد بحال الأمة فى أرش الجنائيات وانتزاع المال ، فقد حرم سيدها ذلك ، وعلى هذا الاحتجاج [ق/٩٥ب] الذى اعترضوا به يلزم إذا قتل رجل أم ولد ألا تكون عليه قيمة ، لأنه إنما أفسد متعة فليس هذا بشيء .

قال عبدالحق : قول غيره : لا يجوز للابن تبرؤ زوجته الحامل من أبيه لأن ما فى بطنها قد عتق على جده إلى آخر ما ذكره .

ليس بخلاف لقول ابن القاسم وإنما تكلم لقول ابن القاسم إذا اشتراها وفعل وفات ذلك ، وليس له أن يبتاعها يوماً على قوله ويلزم الولد قيمتها يوم قبضها بالشراء على أن حملها حر أنه كبيع فاسد فات بالولادة فاعلم ، ومثل هذا [حكى] (١) عن الشيخ أبى الحسن رحمه الله .

وقال غيره أيضاً : إنه لا يرق جنينها ولا يلحقه دين ، ليس بخلاف لابن القاسم وليست كمسألة من ابتاع زوجة والده حاملاً .

والفرق بين ذلك : إن الولد خلق حراً فى المسألة الأولى وفى هذه إنما عتق بشراء الولد ، فأشبهه ذلك العتق المبتدأ عند ابن القاسم فقال : إنها تباع فى الدين ، وجعلها غيره كالمسألة الأولى لأن ذلك كله عتق شبه ، فوجب أن يتساوى الحكم ، وإن كان فى إحدى المسألتين إنما هو معتق بالشراء وفى الأخرى هو من أصله [حر] (٢) فقد تساوى المسألتان فى كونه معتقاً بشبهه لا باقتراف فاعلم .

قال عبدالحق : [ق/٣٩ج] إذا زنا بزوجة [ابنه] (٣) لا يلحق به الولد ، وإن كان ولده غائباً عن زوجته أمداً فيه استبراء ولو خمس سنين أو أكثر ، بخلاف إذا وطئ أم ولد ابنة أو زوجة لعبدته وهى أمته لأن الولد فراشه صحيح والأب الواطئ لا فراش له ، فصاحب الفراش أولى بالولد ، وأما فى وطئه أم ولد ابنة [أو] (٤) أمته

(١) فى أ : ذكر .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى ج : أبيه .

(٤) فى ج : و .

التي هي زوجة لعبده فهو وطء ملك ، فلذلك إن غاب الزوج أو الابن غيبة في مثلها استبراء كان الولد للواطئ ، وهاتان المسألتان : مسألة الواطئ أم ولد ابنه ومسألة الواطئ أمته التي هي زوجة عبده أو زوجة أجنبي - إنما تتفق إذا وطئ بعد أمد فيه [استبراء] (١) الزوج غائب .

وأما إذا وطء قبل حيضة فالمسألتان مختلفتان [فأما] (٢) في وطئه أم ولد ابنه فيدعى للولد القافة لأنه كوطء مالكين في طهر واحد ، وأما في وطئه زوجة عبده أو أجنبي وهي أمته فلا قافة هاهنا والولد للزوج لأن فراش الزوج أولى .

وقد نقل بعض المختصرين هذه المسألة نقلاً ليس بصحيح لأنه جمع بين المسألتين في وطئه قبل حيضة وبعد حيضة على جواب واحد ، والأمر في ذلك مختلف على ما بينا وهو معنى ما في « المدونة » ونحو هذا حفظت عن بعض شيوخنا [من] (٣) القرويين .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا أقر السيد بوطء أمته وأتت بولد فادعت أنه منه ولا بينة لها أنها ولدته ، فإن أتت بولد حي فهي مصدقة وإن أتت بولد ميت فلا تصدق حتى تثبت الولادة ، وإن كان السيد مقرأً بالوطء .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما لم يمض عتق المأذون الذي أعتقه السيد في أمته الحامل [ق/٩٦ب] ويعتق جنينها وكان بخلاف من أعتق أمة قد وهب جنينها لرجل لأن السيد ملكه للجنين ملك أصلي فلم يبطل ملكه بعتق المأذون للأمة ، والذي وهب الجنين ليس له ملك أصلي .

[قال] (٤) : وقوله : (إلا أن يملك المأذون حملها) يريد بهبة أو بصدقة أو بشراء ، فإذا وقع عقد البيع فقد وقع الفوت في الجنين لحصوله الحرمة فيه لأنه معتق

(١) سقط من ج .

(٢) في ج : وإنما .

(٣) زيادة من أ .

(٤) سقط من أ .

بنفس الشراء وليس لا يفوت إلا بالوضع كما زعم بعض الناس ، بل عقد الشراء فوت ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا استحلقت ولد أمة باعها وهي حامل واتهم في الأم فلم ترد إليه ورد إليه الولد بما ينوب معرفة ما ينوب الولد أن يقال : كم قيمته يوم عقد الصفقة على هيئته الآن ثم تقوم الأم بلا ولد فيرد من الثمن حصاص الولد .

قال بعض شيوخنا من القرويين : في قول محمد في الأمة بين الشريكين يطأها أحدهما : إن وطئ مرة يقوم الوطاء يوم الحمل فيقوم يوم الوطاء ، وإن وطئ مرارا خير الشريك ، قال : إنما يصح تخييره [ق/١١٣أ] إذا كان بين كل وطئة حيضة ، فأما إن وطئ مراراً قبل حيضة فلا تخير هاهنا ويحمل على أن الولد من الوطاء الأول ، فأما إذا حاضت في خلال الوطاء فله أن تقوم عليه عند أول وطئة إذا كان له لو لم تحمل أصلاً أن تقوم عليه فله اختيار ذلك الآن ، فاعلم .

قال : وإذا حملت هذه الأمة التي وطئها أحد الشريكين والواطئ معسر فبيع نصفها فكان قيمته نصفها أكثر من نصف القيمة التي لزمته لا تباع منها من أجل نصف قيمة الولد التي لزمته بشيء ، لأن قيمة الولد دين عليه ، [فكما] (١) لا تقضى ديونه بثمانها ، كذلك لا تقضى به ما لزمه من قيمة الولد ، وإنما يبيعها فيما لزمه من أجلها خاصة لا ما تعلق عليه من غيرها ، والله أعلم .

تم كتاب أمهات الأولاد بحمد الله وحسن عونه .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الولاء

إن قال قائل : لم جاز أن يعتق عبده عن رجل ، وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الولاء وعن هبته (١) فلم لم يكن هذا كهبة للولاء ، ولم جاز العتق ونفذ وإن كره المعتق عنه ولم يكن ذلك كمعروف لا يجبر على قبوله ؟

فالجواب في الوجه الأول : إن هذا ليس من ناحية نقل الولاء لأنه إنما نهى عن نقل ولاء قد تقرر ، وهذا لم يتقرر فيه الولاء ثم نقله بهبة وغيرها فليس بداخل في ظاهر الحديث ، وأما نفاذ العتق [بغير] (٢) مراعاة قبول المعتق عنه فلأن هذا أمر ثبت فيه الحق لعقب الرجل وغيرهم ممن يدور إليه الولاء فليس له أن ينقص حقاً ثبت لغيره ففارق ذلك هبة المال وصدقته في مراعاة قبول الموهوب والمتصدق عليه ، والله أعلم .

قال بعض القرويين في مسألة من أعتق عبده عن عبد رجل : معنى كلام ابن القاسم أن سيد المعتق [ق/٩٧ب] عنه علم بذلك ، فلذلك كان له الولاء ولم يعد إلى عبده إن عتق فيصير كعتق العبد بإذن سيده ، وأما لو لم يعلم سيده بعتق الرجل عن عبده حتى أعتق العبد كان الولاء للعبد المعتق عنه لا لسيده بمنزلة العبد يعتق عبده فلا يعلم السيد بذلك حتى يعتقه ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : قوله : (إذا أعتق عبداً نصرانياً عن أبيه النصراني ولاؤه لأبيه إن أسلم أبوه) إنما ذكر إسلام أبيه لأنه إذا أسلم هاهنا يحكم له بذلك فأما إن لم يسلم فهم نصارى لا يعرض لهم ولا يحكم بينهم ، فهذا فائدة شرطه (إن أسلم أبوه) ، وقد أسقط هذا اللفظ بعض المختصرين ولم يرى له معنى ، وهو في الأمهات ووجهه ما ذكرناه .

قال : إذا قدمت حربية بأمان وأسلمت فكان ولاؤها للمسلمين ثم سبى أبوها بعد ذلك فعتق جرة الوالد فخالف بين هذه وبين مسألة النصراني يعتق عبداً ثم يلحق

(١) أخرجه مالك (١٤٨٠) والبخاري (٢٣٩٨) ومسلم (١٥٠٦) من حديث ابن عمر .

(٢) في أ : دون .

بدار الحرب فسبى ويعتق فلم يجعله يجبر الولاء، والولاء قد ثبت لمن ثبت فى المسألتين وإنما فرق بين ذلك من أجل أن أبا الحرية قد كان الرق مسلطاً عليه إلا أن امتناعه بنفسه منع من إرقاقه ، فلما حصل موقوفاً فكأنه أمر لم يزل عليه لتسلط حكم الرق عليه ، فذلك جر الولاء ، والرق غير متسلط على الذى نقض العهد فيما تقدم وملكه إنما هو حادث لسبب أوجب ذلك فلم يجبر ولاء قد تقدم ثبوته له لمن استحدث ملكه له وأعتقه ، هكذا قال لى بعض شيوخنا من القرويين .

قال : ولو كان الأب سبى فملك ثم قدمت ابنته بأمان فأسلمت فهذا ليس فيه اختلاف أن الأب إذا أعتق جر الولاء ، لأنه قد ملك ملك حقيقة قبل قدوم ابنته .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا اشترى عبداً فأقر أن الذى باعه منه كان

أعتقه والبائع منه منكر فوجب عتقه على المشتري لإقراره أنه حر فمات العبد عن مال فللمشتري أن يأخذ من ذلك المال مقدار ثمنه وباقى المال يكون للبائع إن ادعاه وإلا كان موقوفاً ، وإن ترك العبد أقل من ثمن المشتري فليس للمشتري غيره ، ولو مات البائع أولاً قبل موت العبد ثم مات العبد ، فإن كان [البائع] (١) لم يترك مالاً فليس للمشتري [ق/ ٤٠ ج] من مال العبد الميت شيء لأنه مقر أن ورثة البائع يرثونه بالولاء ، وبالثمن الذى له على البائع إنما يلزم تركته والبائع فلم يترك مالاً كما ذكرنا ، فلم يكن له شيء ، ولو كان البائع قد ترك مقدار الثمن [ق/ ١١٤ أ] فأكثر لم يكن للورثة أخذ ما ترك العبد حتى يدفعوا للمشتري ثمنه أو مقدار ما ترك البائع إن كان إنما ترك أقل من الثمن ، فإذا دفعوا ذلك أخذوا ما ترك العبد .

قال بعض شيوخنا من القرويين : فى العبد النصرانى بين مسلم ونصرانى

يعتقانه جميعاً : عليه نصف الجزية ، وهو النصيب الذى يخص النصرانى .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما قال ابن القاسم : يقضى فى شهادة

السمع فى الولاء بالمال دون الولاء لاحتمال أن يكون هذا السماع أصله واحد ، فلذلك لم يقض بالولاء ، وقضى بالمال خاصته .

(١) فى أ : العبد .

وقول أشهب في مسألة الذي أقام بينة أن هذا الميت مولاه ، ولم يقولوا : لمعتقه ، تفسير لقول ابن القاسم ، وإنما قال ابن القاسم : لا يجوز الشهادة حتى يقولوا ، أعتقه لأنه يقدر على استفهامهم ، فإذا لم يقدر على ذلك جازت الشهادة كنفلهم عن غيرهم قد جوزه ، وإن لم يقولوا : أعتقه ، لأن ذلك ضرورة كله ، والشهادة على الجواز .

[الفرق عند ابن القاسم] (١) بين مسألة من ورث رجلاً بولاء يدعيه ، وأقام عليه آخر بينة أنه مولاه وتكافأت البيتان ، وبين مسألة الغير التي احتج بها على ابن القاسم في الثوب يتداعيان فيه أنهما اشترياه من رجل قد مات ، ويقيمان بينة فيتكافأ أن الولاء لم يجز فقسم المال الذي تداعيا جميعاً بينهما ، والثوب قد حازه أحدهما ، فلا يخرج من يده إلا بأمر هو أقوى مما احتج هو به ، وقول غيره : أن الثوب للحائز ويتحالفان .

لفظة «يتحالفان» عبارة مأخوذة فيها . وإنما أراد والله أعلم يحلف الحائز خاصة ، فإن نكل حلف الآخر ، ولم يرد أنهما يحلفان جميعاً ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين في مسألة كتاب اللقطة إذا وصف اللقطة فدفعت إليه ثم جاء [آخر فوصف أو أقام] (٢) بينة ، وأقام قابضها بينة وتكافأت ، فاللقطة لقابضها كما قال أشهب ، وليس ذلك بخلاف لكلام ابن القاسم ، ولا يشبه [ذلك] (٣) مسألة الولاء التي قدمنا ، لأن قابض اللقطة قد حازها بأمر جائز ، والذي ورث رجلاً بولاء لم يكن أخذ المال أخذاً جائزاً ، ولا حازه حيازة صحيحة لأنه لو رفع بدعواه خاصة ، فواصف اللقطة لا يكلف أكثر من ذلك ، ودفعها إليه واجب ، فقد أخذ ما يجوز له ، فلم يخرج من [حوز الحائز] (٤) إلا بأمر أقوى مما أقام هو به ، والله أعلم .

(١) في أ : أعلم أنه إنما فرق ابن القاسم .

(٢) في ج : الآخر فوصفها ولا تقام .

(٣) سقط من ج .

(٤) في أ : جواز الجائز .

قال بعض شيوخنا من القرويين : يحتمل أن يكون معنى ما جرى في حديث عمر بن عبد العزيز في النصارى والمسلمين : إن جاؤوك فاحكم بينهم [بحكم الإسلام ، وقسم ذلك على فرائض الإسلام] ^(١) وإن أبوا فردهم إلى أهل دينهم .

يريد بذلك فاحكم بينهم بحكم الإسلام في قسم ذلك على فرائض الإسلام ، وقوله : فإن أبوا تردهم إلى دينهم ، أى إلى قسم أهل دينهم ، لأنهم يردون إلى النصرانية فعلى هذا يكون ذلك ، وليس بخلاف ما قاله ابن القاسم ، والله أعلم

وكذلك قوله في « المدونة » في بعض الروايات : فاحكم بينهم بحكم الإسلام ، ولم ينقلوا عن مواريثهم ، يريد بحكم الإسلام الذى هو ألا ينقلوا عن مواريثهم .

[ق/١١٥أ]

تم كتاب الولاء بحول الله





فهرس الموضوعات الجزء الأول

الصفحة

الموضوع

٣	مقدمة المحقق
٥	ترجمة المؤلف
٧	موارد أبي محمد فى كتاب النكت
٩	وصف النسخ الخطية
١١	صور المخطوطات
٢٥	كتاب الطهارة
٤٧	كتاب الصلاة الأول
٥٩	كتاب الصلاة الثانى
٧٦	كتاب الجنائز
٨٧	كتاب الصيام
٩٩	كتاب الاعتكاف
١٠٢	كتاب الزكاة الأول
١١٧	كتاب الزكاة الثانى
١٣٤	كتاب الحج الأول
١٤٩	كتاب الحج الثانى
١٥٩	كتاب الحج الثالث
١٧٥	كتاب الصيد
١٧٩	كتاب الذبائح
١٨١	كتاب الضحايا
١٨٧	كتاب الجهاد
١٩٤	كتاب النذور

٢٠٧	كتاب النكاح الأول
٢٢٢	كتاب النكاح الثاني
٢٢٩	كتاب النكاح الثالث
٢٣٨	كتاب الرضاع
٢٤٢	كتاب إرخاء الستور
٢٥٣	كتاب طلاق السنة
٢٦٠	كتاب الاستبراء
٢٦٥	كتاب الظهر
٢٧٠	كتاب التخيير والتمليك
٢٧٤	كتاب الإيلاء
٢٧٧	كتاب اللعان
٢٨٠	كتاب الإيمان بالطلاق
٢٨٧	كتاب السلم الأول
٢٩٥	كتاب السلم الثاني
٣٠٦	كتاب السلم الثالث
٣١٤	كتاب العتق الأول
٣٢٣	كتاب العتق الثاني
٣٢٩	كتاب المدبر
٣٣٤	كتاب المكاتب
٣٤٠	كتاب أمهات الأولاد
٣٤٤	كتاب الولاء



كِتَابُ

الْبَيْكِي وَالْفُرُوقِ

لِمَسَائِلِ الْمَدَوْنَةِ وَالْمُخْتَلَطَةِ

تَصْنِيفُ

الإمام الفقيه والحافظ المتقن
أبي محمد عبد الحق بن هارون الصقلي

رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى
(ت / ٤٦٦ هـ)

اعْتَقَى بِهِ

أبو الفضل الدمياطي

أحمد بن علي

عفا الله عنه

الجزء الثاني

دار ابن حزم

مركز الدراسات الثقافية والبحوث

جميع الحقوق محفوظة

الطبعة الأولى

١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م



9 789953 817897

ISBN 978-9953-81-789-7

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبير عن آراء واجتهادات أصحابها

مركز التراث الثقافي المغربي

الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس

هاتف: 442931 - 022 / فاكس: 442935 - 022

المملكة المغربية

دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع

بيروت - لبنان - ص.ب: 14/6366

هاتف وفاكس: 701974 - 300227 (009611)

بريد إلكتروني: ibnhazim@cyberia.net.lb

كِتَابُ
النِّكَاحِ وَالْفُرُوقِ
لِمَسَائِلِ الْمَدَوْنَةِ وَالْمَخْنَأَةِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

وصلی الله علی محمد وآله وسلم تسلیما

كتاب الصرف

قال عبد الحق : إذا صرف دنانیر بدراهم ثم وجد درهماً زائفاً إنما ينتقض صرف دينار [واحد] (١) ما بینك وبين صرف [واحد] (٢) دينار ، فإن زاد شيئاً وإن قل انتقض صرف دينارین علی هذا البناء ولا ينتقض صرف الجملة ، لأن كل دينار منفرد بنفسه ولا ينتقض ما يخص الزائف فقط ، إذ لا يجوز كسر دينار ، ولا يجوز أن يشتركا فی الدنیا بمقدار ما وجدا رديئا ؛ لأنه لا يجوز فی الصرف أن يفترقا وبينهما علقه ، فوجب لما وصفنا أن ينتقض صرف دينار .

قال ابن الجلاب فی كتابه : وهذا إذا رتبنا لكل دينار [شيئاً] (٣) معلوماً حين تعاقد الصرف ، وأما إن لم يتعاقد هكذا وإنما ضاربه جملة دنانیر بجملة دراهم فينتقض الصرف كله بوجود درهم واحد زائف ، هذا معنى ما ذكر فيما أعرف ، وهذا التفصيل الذى فصل فيه نظر عندى ؛ لأن من أصلهم فى البيع إذا رتب لكل سلعة ثمناً وبيعت فى صفقة أن ذلك الترتيب لا حكم له فى طرئان الاستحقاق والرد بالعيوب .

قال بعض الأندلسيين : وهذا إذا كانت سكة الدنانیر كلها واحدة فينتقض صرف دينار كما وصفنا بوجود درهم واحد ردىء ، فأما إن كانت السكة مختلفة فقد قال أصبغ : ينتقض صرف أجود الدنانیر ، وكان سحنون يقول : ينتقض الصرف كله لأن الدرهم له حصة من كل دينار ، وقول سحنون أقيس .

قال بعض شیوخنا من القرويين فى اللذين اصطرفا واستقرض أحدهما الدينار : إنما يصح قول ابن القاسم إذا كان صاحبه غير عالم أنه لا شيء عنده ، فأما إن علم [ذلك] (٤) فلا يجوز هذا الصرف لا عند ابن القاسم ولا أشهب ، وقال فى

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : ثمناً .

(٤) سقط من أ .

معرفة حلية السيف هل هي تبع أم لا : لست أراعي قيمة الحلية إنما نراعي وزنها ، فإذا كان الوزن مائة وقيمة النصل مائتين فهي في حيز البيع ، وإن كانت قيمة الحلية أكثر من مائة من أجل الصناعة فلا يراعى ذلك ، وكذلك إذا سرق السارق شيئاً مصوغاً إنما يراعى في ذلك إن كان وزنه يبلغ ما فيه القطع ولا يراعى قيمته ، فإن كان وزنه ليس فيه ما يجب فيه القطع وقيمته أكثر من ذلك تبلغ ما [يجب] (١) فيه القطع لم يقطع .

وقال في قول سحنون : إذا لم ينقد ثمن السيف بالحصص وانقطع أو انكسر ، إنه يرد وزن الفضة وقيمة النصل ، والحق ليس هذا أصلهم ؛ لأنهم يقولون فيمن استهلك مصوغاً كخلخالين ونحوهم : يغرم القيمة فيهما ، فكيف يقول سحنون : يرد الوزن؟

قال : وقول ابن القاسم في هذه المسألة مسألة السيف لا تفيته حوالة الأسواق ، توضح [أن] (٢) قول محمد في الحللى الجراف يباع بيعاً فاسداً حوالة سوقه فوت خلافاً لقول ابن القاسم لأن حلية السيف المرتبطة به جزاف .

[قال عبد الحق] (٣) : ولا سيما وهي مبسطة بعرض ، فإذا كانت حوالة الأسواق فيها ليس بفوت على قوله فالحللى الجراف أخرى ألا تكون حوالة الأسواق فيه فوتاً .

قال بعض القرويين : وقول سحنون : إن حلية السيف إذا استحقت وهي تبع لا ينتقض [ق/٤٢ج] من أجلها البيع ولا يرجع المشتري بشيء إذ لا حصة لها من الثمن كمال العبد ، ليس كما ذكر لأن الحلية مرئية مشاهدة ومال العبد غير مرئى فهو فى حيز البيع .

قلت : فالثمرة التى لم يبد صلاحها ليست مرئية وهى محكوم لها بأنها تبع للأصول .

فقال : الثمرة وإن كانت مرئية يحكم لها بحكم التبع لكونها متولدة عن الأصول

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

وما ذكرنا فليس بمتولد مما أضيف إليه .

قال عبد الحق : حددوا في بيع وصرف إذا كان مع السلعة صرف دينار فأكثر ، وما كان أقل من صرف دينار فهو في حكم التبع ، ولم يحددوا في السلعة إذا كانت تبعاً كم تكون قيمتها ؟

فقال لى بعض القرويين : عن أبي موسى بن مناس : إن كانت السلعة أيضاً قيمتها أقل من دينار فهي في حكم التبع ، ولم يذهب إلى تحديد ثلث الصفقة كما ذهب بعض الناس ، ورأى أنه لا فرق بين [الذهب وبين الورق] (١) الذى يحد فيه أقل من دينار ولا بين السلعة [ق/١١٦أ] أن ما كان أقل من دينار فهو الذى يحكم له بحكم التبع .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : ورباعى بلدنا يجرى مجرى الدينار الكبير [فى هذا وكذلك فى بدل الناقص بالوازن وإنما يجوز من ذلك مثل الرباعيين والثلاثة حسب ما يستعمل فى الدينار الكبير] (٢) لا فرق بين ذلك .

قال أبو بكر الأبهري محتجاً فى منع البيع والصرف : معنى ذلك - والله أعلم - أنه يؤدى إلى صرف بنسبة من قبل أن الاستحقاق إذا وقع فى السلعة المقرونة إلى الصرف احتيج إلى أن يقسط الثمن على المبيع من السلعة والصرف ، فكان الثمن الذى يصيب الصرف غير معلوم فى حال العقد وإنما يعلم فى [وقت] (٣) ثان وذلك غير جائز ، فأما إذا كان شيئاً يسيراً جاز ؛ لأن ذلك تبع للكثير إذا كان القصد فى ذلك البيع لا الصرف .

قال عيسى بن دينار : فإن وقع البيع والصرف فى شيء كثير فإن لم تفت السلعة رد ذلك كله ، وإن فاتت بنماء أو نقصان أو اختلاف أسواق لزم المشتري بقيمتها يوم قبضها ويتدان العين على وزنه .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا صرف دنانير بدراهم ثم رد إليه دنانيره

(١) فى تقديم وتأخير .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

وأخذ منه دراهم خلاف عيون دراهمه أقل أو أكثر في المجلس أو بالقرب فلا يجوز ذلك؛ لأنه قد آل أمرهما إلى أن دفع إليه دراهم وأخذ منه دراهم أقل منها أو أكثر، فهذه فضة بفضة غير مساوية، ولو أخذ منه دراهم في مثل وزن دراهمه سواء والعيون مختلفة قبل تفرقهما فهذا جائز؛ لأنه إنما راطله دراهم بدراهم مثلها فلا فساد في هذا، فإن تفرقا في هذا الوجه أو كان بالقرب ولم يطل فذلك غير جائز؛ لأنه فضة بفضة غير يد بيد، وإن تباعد ذلك وطال فذلك جائز لأن التهمة ترتفع فتصير بيعة حادثة بينهما، وإن أعطاه الدنانير وأخذ منه مثل عيون دراهمه أقل أو أكثر في المجلس فذلك جائز إذ لا تهمة في هذا أن يدفع مائة ويأخذ خمسين من عيونها، فإن كان بعد التفرق من المجلس وبالقرب فهانئا لا يجوز وذلك كسلف بزيادة، فاعلم ذلك.

قال عبد الحق: الفرق بين أن يودعه دنانير فيشترى بها سلعة تعدياً إن رب الدنانير ليس له سبيل إلى سلعة وأقاله مثل دنانيره، وبين أن يودعه طعاماً أو عرضاً فيبيعه بدنانير أنه مخير بين أخذ الدنانير التي أخذها عوضاً أو إغرامه المثل فيما له مثل والقيمة فيما لا مثل له:

إن المشتري بالدنانير والدرهم إنما هو مشتر بدمته لأن الدنانير والدرهم لا تتراد لأعيانها، ألا ترى أنها إذا استحقت لم تنتقص من أجل ذلك البيع فلا حجة لصاحبها فيما اعتاضه المشتري بها والمشتري بطعام أو سلعة إنما هو مشتر بغير ذلك لا بدمته، إذ ذلك مما يراد لعينه، ألا ترى أن ذلك [الشيء] (١) الذي اشترى به إذا استحق انتقض البيع، فلما كان مشترياً بعين ليست له كان صاحبها مخيراً فيما أخذه عوضاً عنها أو إغرامه القيمة أو المثل على ما بينا، والله أعلم.

قال عبد الحق: حكى عن أبي محمد [رحمه الله] (٢) في بيع السلعة بخمسة دنانير إلا سدس، قال: إنما يقع البيع بأربعة دنانير وخمسة أسداس دينار، فإذا

(١) سقط من أ.

(٢) زيادة من أ.

تشاحا فى هذه الخمسة أسداس دينار قضى على المتباع بخمسة أسداس دينار دراهم تصرف يوم القضاء ، قال : وعلى هذا مدار الكلام فى هذا الأصل إلا ما روى عن مالك فى هذا من كراهية البيع ، فإنه اختلاف من قوله .

قال عبد الحق : ذكر فى «الكتاب» : إذا غصبك جارية جاز أن تبيعها منه وهى غائبة وينتقدك إذا وصفها لأنها فى ضمانه قال : والدنانير فى ذلك أبين .

قال بعض شيوخنا من القرويين : أنه [إنما] ^(١) قال : (والدنانير أبين) لأنه فى مسألة الجارية إذا هلكت قبل عقدهما البيع وجبت على الغاصب قيمتها يوم الغصب وهى قد تكون أقل من الثمن الذى دفع الغاصب فيسترد الغاصب باقى الثمن ، فلهذا غفر ذلك لأنه يصير كقند فى غائب ، لكنه لما أمكن أن تكون القيمة كفافاً للثمن أو أكثر من الثمن فلا يجعل ذلك كقند فى غائب ، وإنما يخشى من كون القيمة أقل ، لأن فى هذا الوجه يسترجع باقى الثمن فلم يتهمهما فى ذلك إذا لم يدخل على أن الثمن تارة يكون ثمنًا وتارة سلفًا كما دخل فى القند فى الغائب ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى مسألة ابن المسيب : إذا باع [ق/١١٧أ] طعاما بدينار ونصف درهم فأعطاه المتباع بالنصف الدرهم طعاماً من ذلك الطعام الذى اشترى ، وذلك قبل أن يقبضه : لا يجوز ذلك وهو بيع الطعام قبل القبض إلا أن يعرفا الصرف ويتقايلا بمقدار النصف درهم فذلك جائز ، وأما إن أعطاه المشتري قبل القبض شعيراً أو سلتاً فذلك بيع يجوز ، وأما إن أعطاه تمرًا أو زبيباً أو شيئاً مما يجوز التفاضل بينه وبين الحنطة ، فذلك جائز ، لأنه بيع حنطة بتمر أو زبيب ودينار ، [فإن] ^(٢) كان المتباع قد قبض الطعام الذى اشترى ولم يعب عليه فإنه دفع إليه بالنصف درهم من الطعام بنفسه فذلك جائز ، لأننا قد سلمنا من بيعه قبل قبضه ، وإن أعطاه شعيراً أو سلتاً أو تمرًا أو زبيباً فذلك مفترق على ما بيناه فى الوجه الذى ذكرنا ، وأما إن كان قد قبض الطعام الذى اشترى وعاب عليه فلا يجوز أن يعطيه

(١) فى ج : إنه .

(٢) فى أ : فلو .

المبتاع طعاماً منه على زعمه ولا من غيره من جنسه أو من غير جنسه [فهو بين على أصولهم ، فتدبر ذلك] (١) .

قال ابن القاسم : ولا يباع حلى فيه ذهب وفضة بذهب ولا فضة كانت الفضة الأقل أو الذهب ، وهو يفرق فى حلية السيف بين كونها تبعاً أو غير تبع .

فالفرق بين ذلك عنده - والله أعلم - : أن حلية السيف إنما جعلت للسيف ومن أجله ، فإذا كانت على ما وصف فهى فى حيز التبع ، والحلى الذى فيه الذهب والفضة لم يجعل أحدهما من أجل صاحبه ؛ لأن كل واحد منهما أصل فى نفسه ؛ لأن الذهب والفضة هما أثمان الأشياء ، وبهما يتصرف فى المثلونات فلا يغلب الكثير على القليل فى هذا لما وصفنا ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إذا استحقت الدراهم التى صارفه بها ، قال فى «الكتاب» : إذا أعطاه مثلها مكانه جاز .

قال فى « كتاب ابن المواز » : إذا تراضيا بذلك ، وعليه عمل مسألة « الكتاب » على التراضى لا على الجبر ، فاعلم .

وإنما قال فى مسألة الخلخالين : إذا استحقا فأجاز ربهما البيع وقد غاب الخلخالان : لا يجوز حتى يكونا حاضرين ؛ لأن [ق/٤٣ ج] رب الخلخالين قد ملك فسخ البيع فصار رضاه بتمامه يشبه بيعاً مبتدأ ؛ فلذلك قال : لا يجوز حتى يحضر الخلخالان ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا قال له : استرخصت منى الدينار فردنى ، فقال له : أزيدك هذا الدرهم ، فوجده زائفاً فلا يرد له لأنه إنما رضى أن يهبه عين الدرهم على ما هو به فليس له أن يلزمه غيره ، وأما إن قال له : أنا أزيدك درهماً ، ثم عمد فأعطاه درهماً فوجده زائفاً ، فعليه أن يبدله له لأنه قد أوجب على نفسه

(١) فى أ تقديم وتأخير .

درهماً جيداً .

قال عبد الحق : وقوله فى « الكتاب » : (زاده الدرهم نقداً أو إلى أجل) يريد : أنه قال له : (أنا) أزيدك ، أو لم يقل شيئاً ، وقال : تأتى إلى أجل كذا ، ثم عند الأجل الذى قال له أتاه فأعطاه درهماً فوجده زائفاً فليس عليه بدله ؛ لأنه إنما رضى بما دفع إليه ولم يلزم نفسه غير ذلك ، بخلاف القائل : أزيدك درهماً ، لأن قوله « درهماً » إنما يقتضى درهماً صحيحاً جيداً غير معيب [فلزمه بذلك] (١) ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : اعلم أن زيادة العدد فى القرض وزيادة الكيل فى الطعام مكروهة لأن الزيادة فى الكيل منفصلة فهى مكروهة .

وإن قلت : وليست كزيادة الجودة ورجحان الميزان الذى هو غير منفصل هذا يسامح فيه ، وكذلك إذا كانت الأولى عدداً لا وزناً فقط قبل عددها ، وإن تفاوت وزنها كثيراً ، يجوز ذلك الاتفاق للعدد ، وذلك لأن النبى عليه السلام استسلف بكرة ففضى جملاً خياراً رباعياً ، فإنما زاد فى الصفة ولم يزد فى العدد ، ويقال : إنه ﷺ إنما تسلف للمسلمين ففضى لذلك من إبل الصدقة ، وكان المدفوع إليه فقيراً ، فلذلك زاده فوق حقه بمعنى الصدقة عليه ، فإذا كان هكذا صار الحديث ليس باطلاً لما قلناه من جواز الزيادة فى الصفة دون الزيادة فى العدد .

قال لى بعض القرويين : والحديث أيضاً فيه شىء من أجل أنه قال فيه : «جملاً خياراً رباعياً» (٢) وهذا السن ليس يؤخذ فى الزكاة .

[قال عبد الحق] (٣) : ذكر فى «الكتاب» : إذا كان لك عليه مائة قائمة لا يجوز

(١) فى أ : فيلزمه بدله .

(٢) أخرجه مالك (١٣٥٩) ومسلم (١٦٠٠) وأبو داود (٣٣٤٦) والترمذى (١٣١٨) والنسائى

(٤٦١٧) وأحمد (٢٧٢٢٥) والدارمى (٢٥٦٥) والشافعى (٦٧٢) والطيبالى (٩٧١)

والطبرانى فى «الكبير» (٩١٣) وعبد الرزاق (١٤١٥٨) من حديث أبى رافع رضى الله عنه .

والبخارى (٢٢٦٢) حديث أبى هريرة رضى الله عنه .

(٣) سقط من ج .

أن يقضيك مائة مجموعة أزيد عدداً .

وقال : إذا كان لك مائة مجموعة فقضاك مائة قائمة بغير وزن فذلك جائز .

فإن قيل : ما الفرق بين السؤالين وقد ترك في السؤال الثاني فضل العدد لفضل عين ووزن كما في السؤال الأول [ق/١١٨أ] ترك فضل عين ووزن لفضل العدد ؟

فالفرق بين ذلك : أنه إذا كانت [له] ^(١) قائمة فقد ثبت عليه ديناً على شرط العدد فصار الحكم له ، فلما أخذ منها مجموعة أكثر عددا علمنا أنه إنما ترك ما وجب له من عدد القائمة وفضل عيونها لفضل عدد المجموعة ، وأما إذا كانت له مجموعة فهو لم يترتب له عدد معلوم ؛ لأن العدد يسقط حكمه مع الكيل ، فلما لم يثبت له عدد معلوم وإنما ثبت له وزن [فقد] ^(٢) أخذ أكثر وزناً وأفضل عيوناً فصار الفضل من جهة واحدة فجاز ذلك لهذا ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : وإذا باع بدراهم كيلاً وشرط عددها كذا فأعطاه أقل عدداً في مثل الوزن ، له ألا يرضى بذلك لشرطه العدد ، وإنما الذى فى «الكتاب» : إذا رضى بذلك .

قال عبد الحق : قال بعض القرويين : قوله فى الدرهمين الفردين : (إذا عرف وزن كل واحد منهما ولم يجمعا فى الوزن لا يجوز أن يأخذ بوزنهما تبر فضة) يريد : عرف الوزن فيهما على التحرى ، وأما إن لم يكن على التحرى ، فلا فرق بين معرفة وزن كل واحد على الانفراد وبين معرفة وزنهما على الاجتماع ، وإنما يتنقى أن يكون بين الشيء إذا عرف وزنه منفرداً وبين أن يعرف وزنه مجتمعاً تفاضلاً فيما كثر جداً ، فاعلم .

قال لى بعض القرويين : إن الشيخ أبا الحسن كان يعلل قول مالك فى بدل الدينار الناقص بالوازن وهما من سكتين ، وليس للناقص فضل فى عينه بأن يقول :

(١) فى أ : لك .

(٢) سقط من ج .

الأصل فى هذا الباب أنه يفاضل بين الذهبين وقد حظرت الشريعة ذلك ، لكن الإجماع على جواز بدل الناقص بالوازن من سكة واحدة ، فخرج هذا بالإجماع بقى ما عداه على الأصل ، فلهذا منع مالك من ذلك ، والله أعلم :

قال عبد الحق : وقد علل قول مالك أيضاً بأن الناقص قد يكون يوماً [ما] (١)

أفضل من الوازن إذ هما سكتان فاتقى مالك هذا وراعه .

قال عبد الحق : إنما قال ابن القاسم فى النقرة بين الشريكين : (يجوز

أن يدفع أحدهما لصاحبه مثل نصف الوزن وإن كانت تنقسم) لأن قسمها قد يؤدى عليه أجرة وقد لا ينقسم على نصفين وينقسم على أجزاء كثيرة ، ففى هذا ضرورة توجب جواز ذلك مع أنهم قد أجازوا المراطلة بالمثاقيل ولا ضرورة فى ذلك ، وكذلك فى مسألة النقرة ، وقد بينا أن فى ذلك بعض الضرورة .

قال لى بعض القرويين فى مسألة الكيس الذى بينهما إذا طبعاً عليه وعلماً ما

فيه ولم يشتري شيئاً : جاز أن يعطى أحدهما صاحبه مثل نصف ما فيه وإن كان لا ضرورة فى ذلك كإجازتهم المراطلة بالمثاقيل .

قال عبد الحق : إذا استقرضه نصف دينار فدفع إليه ديناراً فصرفه [ذلك] (٢)

على وجهين : إن قال له : اصرفه وخذ نصفه ، فإنما له عليه دراهم كما قبض ، وإن قال له : خذ نصفه وجنبنى بنصفه أو لم يقل جنبنى بنصفه أو دفع إليه ديناراً وسكت بنصفه أو دفع إليه ديناراً وسكت فمضى القابض فصرفه ففى هذا كله إنما دفع إليه ذهباً فإنما يعطيه عند المشاحة نصف دينار [يصرف] (٣) يوم القضاء ، وإذا ضاع هذا الدينار من يد القابض فإن كان الذى وجب عليه ذهباً فقد ضمن نصف دينار والنصف

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

[الثاني] (١) هو فيه أمين، وإن كان الذى يجب عليه دراهم لقوله صرفه كما قدمنا فلا يضمن منه شيئاً؛ لأن حقه إنما يجب بعد الصرف وقد ضاع قبل تصرفه فهو كالأمين حتى يصرفه، فإذا ضاع قبل الصرف لم يلزمه منه شيء ، ولو صرفه ثم بعد الصرف ضاع ضمن فى الوجهين ؛ لأن حقه قد صار فى عين ما بيده ، فلا فرق فى هذا إذا ضاع بعد الصرف بين أن يقول: له صرفه أو لا يقول له ذلك إنه ضامن لما استقرض منه وهو فى النصف أمين على كل حال لا يضمن ولا يحلف إلا أن يتهم فيحلف .

قال لى بعض القرويين : قول أشهب فى الدرهم المغشوش : يجوز بدله على وجه الصرف بدراهم جياذ وزناً بوزن ، ليس بخلاف لكلام ابن القاسم ، لأن أشهب إنما يعنى بذلك بعد الكسر لا قبله ، لأنه [قد] (٢) قدم أنه لا يجوز بيعه بفضة ولا بعرض حتى يكسر ، فقوله بعد ذلك : ويجوز بدله على وجه الصرف بدراهم وزناً بوزن يريد بعد كسره ، والله أعلم .

قال فى « الكتاب » : (إذا باع ثوباً بنصف دينار على أن يأخذ به دراهم نقداً ، فإن عرفا الصرف فلا بأس إذا اشترط كم الدراهم من الدينار) .

وقال فى مسألة: (الفلوس إذا سميها فللدائن من الفلوس أو كتبها عارفين بعدد الفلوس جاز) فشرط فى مسألة النصف دينار بعد معرفتهما إن سميا كم الدراهم من الدينار ولم يجتزئ بمعرفتهما ، ولم يشترط ذلك فى مسألة الفلوس .

حكى عن الشيخ أبى الحسن أنه قال : معنى ذلك عندى فى بلد الدنانير [المختلفة السكك] (٣) المختلفة الصرف ففيها وإن عرف الصرف فلا بد أن يسميا كم الدراهم [ق/٤٤ج] من الدينار ، فتسميتها لذلك تعرف على أى سكة وقع بيعها ، ولو كانا ببلد ليس فيه إلا سكة واحدة لكان كمسألة الدائق فلوس ، والله أعلم .

تم كتاب الصرف بحمد الله وعونه .

(١) فى أ : الباقي .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الأجال

قال الله عز وجل : ﴿ وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ ﴾ (١) فنهى الله تعالى عن سب الأصنام لئلا يكون [ذلك] (٢) ذريعة للمشركين فى سبهم الله تعالى ، وقال تعالى : ﴿ لَا تَقُولُوا رَاعِنًا وَقُولُوا انظُرْنَا ﴾ (٣) ، وذلك أن اليهود كانت تقول هذه اللفظة تقصد بها سب النبى - عليه السلام - فنهى الله تعالى عن ذلك ، لأن فيه ذريعة لليهود ، وأبواب الذرائع فى الكتاب والسنة يطول تتبعها ويكثر ، وقول عائشة رضى الله عنها فى الحديث : « بئس ما شريت وبئس ما اشتريت أبلغى زيدا أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله إن لم يتب » (٤) يدل ذلك على أن عندها فى ذلك سنة من النبى عليه السلام - وذلك أن بطلان الجهاد لا يعلم قياساً وإنما يعلم فى هذا من طريق التوقيف ، وقولها : بئس ما شريت وبئس ما اشتريت قيل : يحتمل أن تكون [إنما] (٥) عابت البيع والشراء لمآل الأمر فى آخره [إلى] (٦) الربا ، وقد يحتمل أن تكون إنما عابت البيع إذا كان الثمن إلى العطاء وهو مجهول ، ويحتمل أن تكون السلعة قد فاتت ، والسلعة إذا فاتت فسخت البيعتان جميعاً الأولى والثانية .

وقد قيل : تفسخ البيعتان وإن كانت السلعة قائمة فقد يصح الذى ذكرت على هذه الرواية ويكون ذلك المذهب عندها ، ويحتمل أن يكون « شريت واشتريت »

(١) سورة الأنعام : ١٠٨ .

(٢) زيادة من أ .

(٣) سورة البقرة : ١٠٤ .

(٤) أخرجه الدارقطنى (٥٢/٣) وعبدالرزاق (١٤٨١٨) والبيهقى فى « الكبرى » (١٠٥٨٠) وابن

الجوزى فى « التحقيق » (١٤٥٤) بسند ضعيف جدا .

ضعفه الدارقطنى وابن الجوزى والزيلعى .

(٥) زيادة من أ .

(٦) فى أ : من .

بمعنى واحد وإنما [هو] (١) تكرير [فى الكلام] (٢) وهذا سائغ فى لغة العرب ، وأكثر هذه الوجوه التى ذكرتها حفظتها عن بعض شيوخنا من غير أهل بلدنا .

قال بعض الأندلسيين : ومن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر ، ثم اشتراها البائع بخمسة دراهم نقداً ، و[قد] (٣) فاتت السلعة عند البائع الأول ، فإنما ينظر إلى قيمتها ، فإن كانت عشرة فصاعداً غرم البائع الأول للمشتري الأول تمام قيمتها ويقاص المشتري الأول بالخمسة التى كان قبض أولاً ، وإن كانت القيمة من العشرة التى وقع بها البيع أولاً ، فإنما يفسخ البيع الأول ويرد المشتري الأول على البائع الأول الخمسة التى كان قبض منه ، لأنهما يتهمان هاهنا على أنهما عملا فى إعطاء قليل فى كثير إلى أجل ، هكذا فسره ابن عبدوس عن ابن القاسم .

قال محمد : إذا كانت البيعة الأولى إلى أجل فهو من بيوع الآجال التى ينظر ما آل أمرها إليه ، وإن كانت الأولى نقداً فلا نبالى ما كانت الثانية وهى من بيوع النقود فلا يتهم فيها إلا أهل العينة ، وإذا كان أحدهما من أهل العينة فاحملهما على أنهما من أهلها .

قال ابن القاسم عن مالك فى الدابة أو البعير يتباعهما بثمن إلى أجل فسافر عليها المستاع إلى مثل الحج وبعيد السفر فىأتى وقد نقصها ثم يتباعها منه بأقل من الثمن نقداً ، فلا يتهم فى هذا أحد ، ولا بأس به .

وروى عنه أشهب أنه قال : وإذا حدث بها غرر أو عرج أو قطع [ق/ ١٢٠] حتى يعلم أنهما لم يعملوا على قبيح ، قال : لا يصلح [هذا] (٤) ولا يؤتمن عليه أحد ، ورواية أشهب مأخذ سحنون فى « العتبية » .

قال عبد الحق : الرواية الأولى أقيس ؛ لأن السلعة إذا تغيرت عن حالها تغيراً

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) زيادة من أ .

(٤) سقط من أ .

شديداً بعدت التهمة وكانت بيعة حادثة وتصير السلعة بما طرأ عليها كأنها سلعة أخرى، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا باع منه ثوبين بثمن إلى أجل واسترجع البائع أحدهما بأقل من الثمن نقداً وزيادة ثوب فنزل ذلك بينهما ، فأما الثوب الذي بقى بيد المشتري فلا يفسخ [فيه] (١) البيع ولا يكون كثوب قارنه سلف ، لأن العقد فيه صحيح ، فينظر ، فإن كان الثوبان الآخران قائمين رداً ، وإن فاتا ، فأما الثوب الذي رجع إلى البائع فلا يفите عنده حوالة الأسواق وإنما يفите التغيير الشديد أو تلفه ، فإذا فات بما ذكرنا سقط من الثمن المؤجل حصاص ذلك الثوب من الثمن وهو ما سمياه له ، وأما الثوب الذي دفعه البائع فيحكم فيه بحكم الثوب يقارنه سلف ، فإذا فات ففيه القيمة حسب البيع والسلف ويفيته ما يفيت البيع والسلف فيحصل فيما ذكرنا لكل ثوب من الثلاثة أثواب حكم ، فتدبر ذلك .

وعلى معنى ما تقدم يجرى حكم الثوب الواحد يبيعه ثم يشتريه بأقل من الثمن ، وبثوب [فإن] (٢) حوالة الأسواق في الراجع ليس بفوت ، فإن تلف أو حدثت فيه عيوب سقط الثمن كما إذا كانا ثوبين فارتجع أحدهما يسقط حصاص الراجع ، كذلك إذا كان المبيع واحداً يسقط الثمن والثوب الذي دفع البائع قد قارنه السلف فحكمه يجرى على نحو البيع والسلف كما قدمنا في السؤال الأول ، والله أعلم .

قال عبد الحق : وإذا باع ثوباً بقبض حنطة إلى أجل [فاشتراه] (٣) بقبضين حنطة نقداً فلا ينبغى ، ويتقى أن يكون دفع قبضين لوضع ضمان القبض إلى أجل ، فذلك بخلاف العين الذي لا ضمان فيه ، وقيل : الأمر [فيهما] (٤) سواء [لأن] (٥) التهمة

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : فأراد أن يشتريه .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى ج : أن .

مرتفعة ، والأول أصوب وهى مسألة يتنازع فيها ، وما علمت فيها رواية .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا باع منه طعاما بثمان إلى أجل ثم اشترى منه قبل الأجل طعاماً إن كان المبيع أولاً حنطة والثانى شعيراً أو سلماً والأول محمولة والثانى ثمرًا ، فذلك لا تهمة فيه ، لا خلاف بين ذلك ، وإنما تدرك التهمة على ما وصف إذا كان شيئاً واحداً الأول محمولة والثانى محمولة أو ثمرًا والثانى ثمرًا ، فمحصول ما فى ذلك فاسدًا أن نعتبر وجهين ، إن كان شراؤه بأقل من الثمن فلا يجوز ألبته كان [شراؤه الذى اشترى] (١) أقل مما باع أو أكثر أو مثل الكيل ، وإن كان اشترى أكثر من كيل الطعام الذى باع لم يجز أيضاً كان شراؤه بمثل الثمن أو أقل أو أكثر ، وإنما يعتبر أحد هذين الوجهين ، فأقل من الثمن لا يسوغ ألبته وأكثر من الكيل لا يسوغ ألبته ، وما عدا هذين الوجهين فجائز ، فتدبر ذلك تجده صحيحاً إن شاء الله .

قال فى « الكتاب » : (إذا بعث ثوب فرقبياً بدينارين إلى أجل فلا بأس أن يشتري منه قبل الأجل ثوباً فى صفته وجنسه بأقل من الثمن أو أكثر ، نقداً أو إلى أجل وليس كرجوع ثوبك إليك) .

وقال ابن المواز : لا يجوز ذلك لأن الثوب سلف فقضاه ثوباً من جنسه وأسلفه ديناراً ليأخذ [منه] (٢) عند الأجل دينارين فهو ربا .

قال محمد كما قال ابن القاسم : إذا أقاله من ثياب أسلمها فى حيوان على أن أعطاه مثلها من جنسها وزيادة معها .

حكى عن أبى محمد أنه قال : لا يلزم ابن القاسم ما ألزمه ابن المواز ، والفرق بين المسألتين : أن مسألة السلم لما أقال منها إنما قصدا إلى نقض البيع الأول فصار ما رجع إليه من الزيادة على ثيابه زيادة فى السلف ، ومسألة الآجال لم يقصدا فيها إلى نقد البيع الأول ، وإنما قصدا إلى بيع مؤتلف لا يقدر فى الأول بحال [ق/١٢١]

(١) فى أ : الذى اشتراه .

(٢) زيادة من أ .

فلم يتهما فيه ، لأن الذى ابتاع من صنف عروضه بأقل من ثمنها فقد نقد ما ابتاعها به فصار بيعاً مؤتلفاً ثمناً ومثموناً ، والبيع الأول [ق/٤٥ج] يبقى على هيئته فسلم من التهمة وهو لم يسترجع سلعته بعينها ، والذى أقال من العروض التى أسلمها فى حيوان فأخذ من صنفها وزيادة لم [يؤد] (١) فيما يأخذ ثمناً مؤتلفاً ، وإنما أخذه عوضاً مما أسلم فيه فصار آخر أمره أن دفع عروضاً ورجع إليه من صنفها وزيادة معها فاتهم فى ذلك .

قال عبد الحق : قوله فى مسألة الفرس : يدخل ذلك «حط عنى الضمان وأزيدك» دخولاً ضعيفاً .

إنما قال : (دخولاً ضعيفاً) يريد : أن الناس فى الأغلب لا يقصدون الضمان ، وإنما يقصدون فى الأغلب التعجيل والوضعية ، وأما هذا فقل من يقصده ، فإذا وجد ذلك فهو «حط عنى الضمان وأزيدك» حقيقة .

قال بعض شيوخنا من القرويين : فإذا أنزل فى مسألة الفرس ما ذكر وفاتت الثياب التى عجلها له كانت فيها القيمة ولا يكون [عليه] (٢) مثلها لقولنا : إنها سلف ، من أجل أن السلف إذا كان فاسداً رجع إلى حكم البيع الفاسد تكون فيه القيمة فيما لا مثل له والمثل فيما له مثل من المكيل أو الموزون ، والفرس أيضاً إذا فات ففيه القيمة .

قال : وليست [مسألة الفرس] (٣) كمسألة العبدین اللذين باعهما بيعين [فاسدين] (٤) أحدهما على شرط تعجيل ثمن الآخر ، هاهنا إذا نزل ذلك وفات العبد الذى قبض ليس يحكم فيه بالقيمة ، لأننا إن حكمنا [فيه] (٥) بالقيمة معجلة

(١) فى أ : يوجد .

(٢) فى ج : عليها .

(٣) فى أ : المسألة .

(٤) فى أ : فاشترط .

(٥) سقط من ج .

فالقيمة عين ، فتدفع عينا ويرجع عند الأجل بعين أكثر منه ، وفي مسألة الفرس إذا غرم القيمة عينا رجع عند الأجل بالثياب ، وهى عروض فليس فى إيجاب القيمة فساد كما إيجاب القيمة فيه فساد فى مسألة العبدین ، فتأمل ذلك .

مسألة الحمار لربيعه

قال ربيعة - رحمة الله عليه - فيمن باع حماراً بعشرة دنانير إلى سنة ثم استقاله المبتاع فأقاله البائع بريح دينار عَجَلَهُ ، وآخر باع حماراً بنقد ، فاستقاله المبتاع فأقاله بزيادة دينار أخذه عنه إلى أجل : إن الذي استقاله جميعاً كان بيعاً ، وإنما الإقالة أن يزداد البائع والمبتاع ما كان بينهما من البيع على ما كان البيع عليه ، فأما الذي ابتاع حماراً إلى أجل ثم رده بفضل عَجَلَهُ ، فإنما ذلك بمنزلة من اقتضى ذهباً فتعجلها من ذهب ، وأما الذي ابتاع الحمار بنقد ثم جاء فاستقال صاحبه ، فقال الذي باعه : لا أقبلك إلا أن تربحنى ديناراً إلى أجل ، فإن هذا لا يصلح لأنه آخر عنه ديناراً بالنقد وأخذ الحمار بما بقي من الثمن فصارت ذهباً بذهب لما آخر من نقده ، ولما ألغى الذي رد الحمار من عرضه ولو كان في التأخير أكثر من دينار أضحى [لك] (١) قبحه ، وهاتان البيعتان مكروهتان ، هذا نص لفظ ربيعة رحمه الله .

شرح ما قد يتعذر على الطالب معرفته من لفظ :

قوله : (فأما الذي ابتاع حماراً إلى أجل ثم رده بفضل عَجَلَهُ فإنما ذلك بمنزلة من اقتضى ذهباً فتعجلها من ذهب) يريد : أن ذلك من باب ضع وتعجل ، وبيان ذلك أن البائع للحمار كأنه باعه بعشرة دنانير وهو يساوى ثمانية دنانير نقداً ؛ لأن الأغلب في المعاملات أن ما بيع في النسيئة يستزاد في قيمته ، ثم لما استرجعه [البائع] (٢) ومعه دينار ، صار بمنزلة من اقتضى تسعة دنانير نقداً من عشرة دنانير وجبت له إلى أجل فيها «ضع وتعجل» ، ومثل هذا ما قاله مالك في مسألة من باع طعاماً بثمن إلى أجل ثم [أقال] (٣) من بعضه على أن يعجل له ثمن ما بقي ، فقد قال فيها : يدخل ذلك تعجيل الدين على أن يوضع عنه ، وقال أيضاً [ذلك] (٤) في

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : قال .

(٤) زيادة من أ .

مسألة الفرس .

وعندى أن ما ذكره ربعة في مسألته وما قاله مالك في هاتين المسألتين من دخول « ضع وتعجل » إنما هو خوف أن يقصدا بهذا الفعل « ضع وتعجل » وليس ذلك نفس « ضع وتعجل » وإنما نفس « ضع وتعجل » أن يأخذ من جنس ما وجب له مؤجلاً أدنى منه معجلاً ولا يفارق ذلك الذى تعجله زيادة شىء ، وقد أبان فى مسألة الفرس نحو ما قلنا ، وذلك أنه قال فيها : قلت : وأين [يدخله] (١) « ضع وتعجل » فقال : ألا ترى أن الطالب [لو] (٢) أتاه فقال له : عجل لى حتى قبل محل الأجل فقال للذى عليه الحق : لا أعطيك ذلك إلا أن تضع عنى ، فقيل لهما : إن ذلك لا يصلح ، فقال الطالب للمطلوب : أنا أقيل منك سلعة تساوى أربعة أثواب وخمسة أثواب معها ، فقد أخبر بهذا أنهما أرادا أن يفعلا « ضع وتعجل » ، فلما قيل [ق/١٢٢أ] لهما : إن ذلك لا يصلح رجعا إلى أمر أرادا به التوصل إلى ما نعا من فعله ، فهذا كما قدمنا من أن ذلك سبب لهما إلى « ضع وتعجل » ، وليس هو نفس « ضع وتعجل » فاعلم .

وقوله : (وأما الذى ابتاع الحمار بنقد ثم استقال بئعه فقال : لا أقيلك إلا أن تربحنى ديناراً إلى أجل) إن ذلك لا يصلح لأنه أخرج عنه ديناراً بالنقد ، يعنى آخر ديناراً من النقد فالباء هاهنا بمعنى [من] (٣) وهذا سائغ فى اللغة .

وقوله : (وأخذ الحمار بما بقى فصار ذهباً بذهب) يعنى ذهباً وعرضاً ، وهو الحمار بذهب .

وقوله : (ولما ألغى الذى رد الحمار من عرضه) العرض هو الحمار ، وإلغاؤه تركه .

(١) فى ج : دخله .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : مع .

فصل

ومسألة ربيعة هذه في بيعة النقد والنسيئة يدخل كل بيعة منها بيع وسلف وعرض وذهب بذهب .

وبيان ذلك في بيع النسيئة : أنه باع الحمار بعشرة دنانير إلى شهر ثم تقايلا على أن يرد الحمار إلى البائع، ويعجل له المشتري ديناراً فكأن البائع اشترى الحمار بتسعة من الدين على أن أسلفه المشتري ديناراً عاجله له [يقبضه] (١) من نفسه لنفسه إذا حل الأجل، فهذا بيع وسلف ، وأيضاً فقد باع العشرة التي له في ذمة المشتري بحمار ودينار أخذه ، فهذا عرض وذهب بذهب .

(١) في أ : ليقبضه .

فصل

وبيان ذلك في بيعة النقد : أن البائع باع الحمار بعشرة دنانير ، فلم يقبضها حتى تقايلا على أن يأخذ البائع الحمار ويؤخر المشتري بدينار إلى شهر يأخذه منه عند حلول الشهر ، فكأن البائع اشترى الحمار بتسعة من العشرة التي له على المشتري ، وأسلف المشتري الدينار العاشر يقبضه منه إلى شهر ، فهذا بيع وسلف ، لأنه وجب له قبض الدينار فتأخيره به إلى شهر يعد سلفاً ، فالسلف في بيعة النقد هذه من البائع ، والسلف في بيعة النسيئة من المشتري على ما قدمنا ، فاعلم ذلك . وأيضاً فقد اشترى حماراً نقداً وديناراً إلى شهر فالعشرة دنانير التي أسقطها عن المشتري فهذا عرض وذهب بذهب ، ولو كان البائع قد قبض العشرة دنانير من مشتري الحمار ثم تقايلا على أن يقبض البائع الحمار ويدفع المشتري العشرة التي قبض منه ويؤخره بدينار منها إلى شهر لم يجز ذلك أيضاً ، ودخله ما تقدم [مما] (١) يفترق الحكم إذا قبض البائع العشرة وإذا لم يقبض إذا وقعت الإقالة على هيئة ما وصفنا .

وإنما تجوز زيادة البائع إذا كان قد قبض العشرة فتقايلا على أن يأخذ المشتري من البائع تسعة ويعطيه البائع ديناراً إلى أجل ، فهذا [يجوز] (٢) لأن البائع قد اشترى الحمار بدنانير عجلها وديناراً إلى أجل ، فليس [في] (٣) هذا فساد ، وسيأتي ذكر هذا إذا كانت الزيادة من البائع ، وما يجوز من ذلك مما لا يجوز بعد هذا إن شاء الله . وقول أبي محمد : « إذا كانت البيعة الأولى بالنقد فلا يتهم في الثانية إلا أهل العينة » ليس بخلاف لما قاله ربيعة في بيعة النقد .

وقد رأيت جواباً لأبي محمد سئل فيه عن هذا ، فقال : الذي قال مالك وربيعه

(١) في أ : فيما .

(٢) في ج : لا يجوز .

(٣) سقط من ج .

صحيح ، والذي قال ابن المواز : وليس فى ذلك تناقض ، لأن ابن المواز إنما يعنى بقوله : إذا كانت البيعة الأولى بالنقد فلا يتهم فى الثانية إلا أهل العينة ، إنما ذلك فى بيعة لو انفردت لكنت صحيحة ، وأما فى بيعة لو انفردت لم يجز تقدمها بيع أم لا فليس كذلك ، فأظنه فى مسألة ربيعة إنما له عليه عشرة نقدًا فاشترى منه تلك السلعة أو غيرها بتسعة دنائير وأخره بالدينار العاشر ، فهو السلف والبيع ، فقد أخبر أبو محمد - رضى الله عنه - أن ما قاله ربيعة ليس مما ذكره ابن المواز ؛ إذ كانت مسألة ربيعة بيعة غير جائزة على انفرادها لو لم يتقدمها بيع ، فهذا يبين ما قلنا [ق/٤٦ج] إذا كان البائع قبض العشرة وعقد الإقالة على أن يردها ويؤخر المشتري بدينار إلى أجل أن ذلك غير جائز حسبما تقدم ، فاعلم ذلك .

تفرع فى بيع النسئة :

[قال : (١)] ولو زاده المبتاع فى بيعة النسئة دينارًا إلى الأجل نفسه لجاز ذلك إذا كان الدينار من سكة الثمن الذى وقعت به صفقة البيع الأول فى عيونها ووزنها ، لأن البائع كأنه اشترى الحمار بتسعة من العشرة الدين وأبقى عليه الدينار العاشر إلى أجل فليس فى هذا فساد ، ولو زاده المبتاع ها هنا ورقًا نقدًا أو إلى أجل لم يجز ذلك لأنه بيع ذهب إلى أجل بورق ودين بدين إذا كان الورق مؤجلًا ولو زاده عرضًا أو طعامًا إلى أجل لم يجز [ق/١٢٣أ] وهذا دين بدين ، ويجوز أن يزيده ما شاء من الطعام والعروض نقدًا ولو حل الأجل والمسألة على حالها جاز أن يتقايلا على أن يزيده المبتاع دنائير أو دراهم أو عروضًا أو طعامًا نقدًا إذا كانت الدراهم يسيرة كالعشرة ونحوها ، فأما أن يزيده من الدراهم ما يكون صرفًا [لم يجز] (٢) ويدخله إن كان المؤخر عرضًا أو طعامًا أو دراهم فسح دين فى دين وصرف مستأخر فى الدراهم ، وإن كان المؤخر ذهبًا فهو بيع وسلف ، تأخير البائع [إياه] (٣) وجب له قبضه من الذهب يعد سلفًا أو البيع الحمار بما أسقط عنه من الذهب .

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : فلا يجوز .

(٣) سقط من أ .

تفريع في بيعة النقد :

ولو كانت زيادة المبتاع في بيعة النقد معجلة فلا بأس بذلك كائنة ما كانت من عين أو طعام أو غير ذلك من جميع الأشياء إلا الدراهم ، فلا يجوز أن يزيد منها ما يكون صرفاً ، وإن كان ما زاده منها يسيراً أقل من صرف دينار جاز ، ولو زاده ذلك مؤجلاً لم يجوز ودخله في الطعام والعروض والدراهم فسخ دين في دين مع صرف مستأخر في أخذه دراهم .

فصل

ولو كان البائع هو المستقيل بزيادة زادها للمبتاع فلا بأس أن يزيده ما شاء من جميع الأشياء كلها العين وغيرها نقداً أو إلى أجل ، وسواء كان في هذا كان الثمن الأول نقداً أو إلى أجل تفرقا أو لم يتفرقا ؛ لأنه كأن البائع اشترى الحمار بالثمن الذي وجب له على المبتاع وزيادة زادها إياه فليس في ذلك فساد ، إلا أن تكون الزيادة من صنف الحمار ، فإن كانت من صنفه فيجوز نقداً ، ولا يجوز إلى أجل ، لأن كل شيء بمثله إلى أجل لا يجوز في المبايعه .

قال عبد الحق : كنت أفردت الكلام على هذه المسألة ، فرأيت أن أذكر ذلك في كتابنا هذا على حسب ما كنت صنعته ، وإن كان فيما كنت صنعت زيادة على ما ذكرنا ها هنا ففي هذا متسع إن شاء الله .

اعلم أنه إذا أسلم إليه في سمراء ، فقال له قبل الأجل : اجعلها لى سمراء أجود منها أو أدنى إلى أجلها ، ذلك جائز بخلاف مسألة « الكتاب » : إذا أسلم في محمولة ، فقال له : اجعلها لى فى سمراء إلى أجلها ، لأن هذا أخرجها عن الصفة ، وفى المسألة الأولى لم يخرجها عن الصفة التى أسلم فيها ، فاعلم أن ذلك مفترق .

قال عبد الحق : إنما كره بيع الطعام على التصديق بثمان إلى أجل خيفة أن يجد المشتري نقصاً فيغتفره رجاء أن يؤخره بالثمان عند الأجل ، فذلك من ناحية فدية المديان ، وإن نزل ذلك لم يفسخ ، قاله بعض شيوخنا .

قال عبد الحق : يجوز أن تقرض جارياً لامرأة أو لمن يعتق عليه ، مثل أن تقرضه أمه [أو أخته أو ابنته] (١) وكذلك إن أقرضه من ذوات محارمه ممن لا يعتق عليه للسلامة فى هذا كله من عارية [الفروج] (٢) التى هى العلة المانعة من قرض

(١) فى أ تقديم وتأخير .

(٢) فى ج : الفرج .

الجوارى ، ونحو هذا حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى مسائل المقاصة بالعروض : ينبغى إذا كان

العرضان من سلم أن ينظر إلى رؤوس الأموال ، فإن كانت سواء مثل أن يسلم هذا إلى هذا عشرة دنانير ويسلم الآخر إليه أيضاً عشرة ، أو يكون آخر المسلمين رأس ماله أقل فيجوز ، وأما إن كان آخر المسلمين هو الأكثر فذلك غير جائز ويتقى أن يتعاملا على دنانير بأكثر منها [ويظهرا] ^(١) السلم تحليلاً ، وكذلك إن كان رأس مال هذا دنانير ورأس مال الآخر دراهم ، لايجوز ويتقى فيه الصرف المستأخر .

قال عبد الحق : ويشد ما ذكره فى مراعاة رؤوس الأموال مسألة كتاب السلم

الثانى : إذا ضاع الرهن وأراد المقاصة ولو كان فيما ذكرنا قد أسلم كل واحد منهما إلى صاحبه فى وقت واحد لم تراعى رؤوس الأموال إذ لا تهمة فى ذلك وإنما التهمة إذا كان السلم فى غير وقت واحد فيراعى ما قدمناه ، والله أعلم .

اعلم أنهما إذا تقاصا بعرضين من بيع وهما جنس واحد إلا أن أحدهما أفضل من صاحبه والأجلان مختلفان ، فإن كان الأدنى يحل أولاً فهو « ضع وتعجل » وإن كان الأفضل فهو « حط عنى الضمان وأزيدك » فيمنع من ذلك فى الوجهين إذا كانا من بيع ، وأما إذا كانا من قرض فإن كان الأدنى يحل أولاً فلا يجوز وهو « ضع وتعجل » ، وإن كان الأفضل فيجوز [ق/١٢٤ أ] ، وإن كانا جنساً واحداً - كما وصفنا - إلا أنهما مختلفا العدد ففى البيع لايجوز [لدخول] ^(٢) العلتين اللتين وصفنا ، إما « حط عنى الضمان وأزيدك » أو « ضع وتعجل » وأما فى القرض فإن كان أقلها عدداً يحل أولاً فهو « ضع وتعجل » لايجوز ذلك ، وإن كان أكثرها عدداً يحل أولاً فهو زيادة فى العدد فى القرض فذلك مكروه فى المجلس ، وأما إن حلت الأجلان فيما قدمنا فيجوز ذلك كله فى البيع وأما فى القرض فيكره ذلك إذا اختلفت الأعداد من أجل كراهية الزيادة فى العدد كما بينا ، وأما إن كان أحدهما من بيع

(١) فى أ : ويظهر .

(٢) فى ج : بدخول .

والآخر من قرض والأجلان مختلفان فإن كان العدد غير مختلف وكان أولها حلولاً أدناها فهو « ضع وتعجل » فلا يجوز كان أولهما حلولاً من قرض أو بيع وإن كان أولهما حلولاً أفضلهما وهو من بيع فذلك جائز ، وإن كان أولهما حلولاً أفضلهما وهو القرض فذلك « حط عنى الضمان وأزيدك » وإن كان العدد مختلفاً وهما من جنس واحد ، فإن كان أولهما حلولاً أقلهما عدداً فهو « ضع وتعجل » فلا يجوز كان أولهما حلولاً من قرض أو بيع ، [وإن] (١) كان أولهما حلولاً أكثرهما وهو من قرض فهو « حط عنى الضمان وأزيدك » لا يجوز ، وإن كان من بيع ، فهو زيادة فى العدد فى القرض فيكره ذلك على ما بينا ، وإن حلت الأجلان فى هذا جاز ذلك إلا أن يختلف العدد فيكره ذلك ؛ لأنه زيادة فى العدد فى القرض ، وأكثر هذا أعرفه لابن المواز ، وذلك بين على أصولهم فتدبره .

(١) فى أ : فإن .

كتاب البيوع الفاسدة

قال عبد الحق: إنما قال : (إن حوالة الأسواق في الربيع ليس بفوت) وفرق بينهما وبين سائر العروض ، لأن الأغلب في الربيع أنه إنما يشتري للقنية لا للتجارة به ، فلم يكن التأثير في ثمنه فوتاً ، وغيره من القروض الأغلب أنها تشتري للتجارة ويطلب النماء فيها فكان التأثير في أثمانها مفيداً لها ، والله أعلم .

وإنما قال ابن القاسم في العروض إذا حال سوقها ثم رجعت إلى ذلك السوق : إن القيمة قد وجبت ، وقال : إذا باعها ثم رجعت إليه بشراء أو غيره [أنها] (١) ترد من أجل أن التي حال سوقها ثم رجع لم يرجع السوق بنفسه ، وإنما رجعت إلى سوق مثله وإذا رجعت [له] (٢) بشراء أو غيره من وجوه الملك فقد عادت إلى الملك الأول نفسه ، وأيضاً فإن حوالة الأسواق ليس بأمر يقدر عليه المشتري ولا هو من فعله ، والبيع [بسبب] (٣) المشتري ومن فعله .

قال عبد الحق: قد احتج لابن القاسم بما وصفنا وبغيره ، وليس ذلك عندي بالقوى [ق / ٤٧ ج] ، وقول أشهب أقيس ، والله أعلم .

لأن هذه [الحوادث] (٤) كلها من عقد البيع أو حوالة سوق نظروها قد وجبت ولزمت فلما لزمت في حال لم تبطل ، ألا ترى لو تحاكما حيثئذ ، أما كان يقضى بالقيمة ، فليس رجوعها إلى ما ذكر مما يسقط القيمة التي ترتبت ولزمت ، والله أعلم .

وإنما قال ابن القاسم في الهبة للثواب : إذا باعها الموهوب قبل أن يثيب عليها ثم رجعت إليه إن القيمة قد لزمته .

(١) في أ : فإنها .

(٢) في أ : إليه .

(٣) في ج : من سبب .

(٤) في أ : الجوابات .

وفرقَ بين ذلك وبين مسألة البيع الفاسد من أجل أن الموهوب له أن يلتزم الهبة بقيمتها وإن لم يثيب ، فلما بسط يده فيها بالبيع كان ذلك اختياراً منه للقيمة ، والبيع الفاسد ليس كذلك إذ هما مغلوبان على فسخه ، وإنما رجعت إليه فسخ بيعهما ما لم يكونا قد تراجعا القيمة أو فاتت بشيء من وجوه الفوت .

قال : إذا اشترى جارية بجاريتين غير موصوفتين ففاتت الجارية جاز أن يجتمعا على إردادها إلى ربها .

قال محمد : بعد معرفتهما بالقيمة .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إنما يصح هذا إذا كانت الجارية وحشاً لا

تتواضع ، فأما التي فيها المواضعة فلا يجوز تراضيها فيها بما وصفنا ؛ لأن القيمة دين على المشتري أخذ البائع في ذلك الدين جارية فيها مواضعة فذلك فسخ دين في دين ، وهذا بين فاعلمه .

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا غلب الحب في الخلفة كلها أو في بعضها بعد

جزه للرأس وجب التقويم [يوم] (١) عقد الصفقة على أن يقبض في الأوقات المعتادة، وإن غلب الحب في جميع الرأس وفي بعضه فليس في هذا [ق/١٢٥] تقويم ؛ لأنه إن غلب في جميعه انتقض البيع ورجع بالثمن ، وإن غلب في نصفه فيسقط نصف الثمن ، أو في ثلثه فيسقط ثلث الثمن ، فمحصول ما ذكرنا أن التقويم لا يكون في الرأس وإنما فيه القياس ، وإنما يكون التقويم في الخلفة ولا تقوم الرأس من جهة فساد بعضه .

واعلم أن قليل ما تحبب وكثيره سواء في هذا بخلاف الجوائح التي يراعى الجائحة إن كانت يسيرة أو كثيرة من أجل أن الذي يحبب مردود على البائع ، فلا بد له أن يغرم ما يخصه سيراً كان أو كثيراً ، وفي الجائحة إذا كان القليل قد ذهب لا يقع للبائع فيه ، فلم يلزم البائع ما يخصه حتى يبلغ ذلك ما قامت السنة فيه ، وذلك أن يكون الثلث فأكثر .

(١) سقط من أ .

واعلم أنه إنما يجوز شراء الخلفة بعد الرأس إذا كان مشتري الرأس لم يجزه حتى اشترى الخلفة، فأما إن جز الرأس مما زاد شراء الخلفة فهو وغيره سواء [لا يسوغ] (١) له ذلك ، لأنه غرر منفرد ، وأولاً قد أضافه إلى الأصل فاستحق ، وكان في حيز التبع ، فهذا مفترق ، والله أعلم .

واعلم أن الخلفة لا تكون للمشتري إلا باشتراط كمال العبد ومأبور تمر النخل وليس كحلية السيف التي هي له ، وإن لم يشترطها حتى يشترطها البائع لنفسه ، لأن شراء السيف إذا وقع مجملاً إنما هو على هذه الجملة المرثية [المرتبطة] (٢) حليتها بنصلها [فليس ذلك سواء] (٣) فاعلم .

قال بعض شيوخنا من [غير] (٤) أهل بلدنا : قوله : (كتب عمر (٥) بقطع المعادن) (٦) إنما يعنى كتب ألا يعمل فيها أحد كما في « كتاب ابن المواز » ولم ترد كتب بإقطاعها أن يقطع لمن يعمل فيها ، وذلك لأن النبي عليه السلام قد أقطعها مما يحتاج إلى أن يخبر بأن عمر بن عبد العزيز كتب بذلك ، وإنما أراد أنه أمر ألا يعمل فيها كما وصفنا ، [فاعلم ذلك] (٧) .

قال : قال غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا وغيرهم في الذي يبيع ويشترط على المشتري : إن لم يأت بالثمن إلى أجل كذا فلا يبيع بينهما ، فكان البيع جائزاً والشرط باطلاً : لا يؤخذ الثمن إلا إلى الأجل ولا يؤخذ حالاً إذا عرى الأمر من دليل على أنهما قصدا تعجيل الثمن ومن غيره هو محمول على أنه يبيع بثمان مؤجل .

قال بعض شيوخنا من غير أهل بلدنا فيمن باع سلعة بثمان إلى أجل ،

(١) في أ : لا يجوز .

(٢) في أ : المرابطة .

(٣) في أ : فتين ذلك .

(٤) سقط من ج .

(٥) ابن عبد العزيز .

(٦) المدونة (٣/ ١٩٥) .

(٧) زيادة من أ .

فتراخى قبضها إلى أن حل الأجل : يجرى الأمر فيها على قولين فى إمساكه إياها حتى يقبض الثمن ، والقولان [اللذان] (١) أردنا فى مسألة المرأة يتزوجها بنقد وأجل فيتراخى الدخول إلى أن حل الأجل ، فقليل : ليس يدخل حتى يدفع المؤجل وللرأة أن تمنعه [من] (٢) نفسها ، وقيل : ليس لها منعه ، وإذا أتى بالمعجل دخل ، فهذان القولان يجريان فى المسألة التى ذكرنا ، فاعلم .

قال لنا بعض شيوخنا من القرويين : إذا بقيت السلعة بيد البائع إلى أن حل الأجل ، أو فلس المشتري أو مات ، فوجب حلول الثمن ، يجب على مذهبه فى «المدونة» أن يكون للبائع حبسها حتى يقبض الثمن ويصير ذلك كبيع النقد سواء ، يدل على ما قلنا من مسائل «المدونة» مسألة من نكح على نقد مؤجل فادعى الزوج دفع المؤجل ، فقد قال فيها : (إن بنى بها بعد الأجل صدق الزوج) فجعله إذا بنى بعد الأجل كمن نكح على صداق حال غير مؤجل أن الدخول يبرئ الزوج ، فالمسألة التى ذكرنا مثلها ، والله أعلم .

قال غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا وغيرهم : إذا باعه سلعة على أن يعطيه رهناً ثقة من حقه فأعطاه رهناً فهلك لا يلزمه رهن ثان ، وبحوزه إياه صار كالمعين ، لأنه قد شرط أن يوثقه ففعل ، وليس عليه غير ذلك [وليس كالراحلة غير المعينة تهلك فيجب عليه أن يأتى بغيرها] (٣) لأن الغرض فى الكراء المضمون بلوغ المسافة التى شارطه عليها لآعين الراحلة فلا بد له من تبليغه ، فالحكم فى ذلك مفترق ، والله أعلم .

تم [الكتاب] (٤) بصد الله وعونه . [ق/١١٢٦ أ] .

(١) فى أ : التى .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : [أن يأتى بغيره ، بخلاف من أكرى دابة ليست بعينها فأتاه بها فهلك بعد الركوب فعليه أن يأتى بغيرها] .

(٤) فى أ : كتاب الآجال ، وهذا كتاب البيوع الفاسدة ، وكتاب الآجال قبل هذا الكتاب .

كتاب بيع الخيار (١)

قال عبد الحق: يجوز الخيار في الدابة اليومين والثلاثة كما قال في الثوب ، وإنما ذكر في «الكتاب» إذا اشترط ركوبها ، فقال : الدابة تركب اليوم ونحوه ، وأما من غير شرط ركوب فيجوز فوق ذلك [اليوم] (٢) واليومين والثلاثة كما ذكرنا فاعلمه .

وذكر في « المدونة » أمد الخيار في الدور ولم يذكر الأرضين ، ورأيت في «كتاب ابن حبيب » أن الدور والأرضين سواء يجوز الخيار فيها الشهر والشهرين ، ولا وجه لتفرقة من فرق بين الدور والأرضين ، ولا حجة له بذكر عشرة أيام في مسألة البئر لأن ذكره عشرة أيام في مسألة البئر لم يذكره على جهة تحديد أمد الخيار فيه ، وإنما السؤال جرى على ذلك ، والأمر في الدور والأرضين سواء كما قدمنا ، والله أعلم .

قال عبد الحق: وإنما فرق بين الدواب والرقيق في أمد الخيار ؛ لأن الرقيق يعقل فقد يظهر العبد أو الأمة من [النشاط والعمل] (٣) ما لا يدوم عليه ، والدواب هذا غير موجود فيها ، فكان الأمد فيها أقصر .

قال عبد الحق: قال حمديس في « مختصرة » : ولا يجوز على أصله أن يشترط لباس الثوب في الخيار وسكنى الدار ، لأن اختيار ذلك إنما هو بالنظر والمشورة ، وهو قول أشهب في الثوب ، وهذا الذى ذكر في سكنى الدار فيه نظر عندى ، بل يحتمل أن يجوز ذلك لأن بسكناه فى الدار يختبر جيرانها ويعرف أمره بينهم كيف يكون [إذا جاورهم] (٤) فليس ذلك كشرط لبس الثوب ، والله أعلم .

(١) هنا اختلاف وقع فى « أ » فى ترتيب الكتب .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ تقديم وتأخير .

(٤) سقط من ج .

قال ابن سحنون: من شرط النقد فى أيام الخيار فهو كمن اشترى وأسلف فى

فوات السلعة .

وهذا الذى ذكر خلاف « المدونة » ؛ لأنه قد جرى فيها فى مسألة من وجد عيباً فيما ابتاعه بالخيار وشرط النقد ذكر القيمة ، ولم يقل الأكثر كما يستعمل فيمن اشترى وأسلف ، وإنما أجراه بسبيل سائر البيوع الفاسدة فى إيجاب القيمة ما بلغت .

قال بعض [شيوخنا من] (١) القرويين: وإنما سلك بهذا البيع [ق/٤٨ع]

مسلك البيوع الفاسدة ولم يكن كمن اشترى وأسلف ؛ لأن وجه فساد ذلك أن النقد يصير ديناً على قابضه دفع به جارية فيها خيار ، فهو كمن قبض من دين له سلعة فيها خيار ، أو أمة فيها مواضعة ونحو ذلك مما لم يجز قبضه ، فذلك فسخ دين فى دين ، [وأضعف] (٢) الاعتلال بأنه تارة سلفاً وتارة ثمناً وأن البيع والسلف ، السلف فيه خارج عن الثمن والمثمن ، وقال : ليس هذا مما يفرق به بين ذلك .

قال بعض الأندلسيين: وإذا وقع البيع باشرط النقد فليلهما : إن هذا لا

يجوز ، فقال البائع : أنا أسقط تعجيل النقد ، أمضى البيع بالخيار ، فينبغى على أصولهم ألا يكون ذلك له وأن يكون بيعهما فاسداً ، بخلاف من باع سلعة واشترط أن يسلفه المشتري سلفاً ، ثم قال : أنا أسقط السلف ، قبل أن يقبضه وأمضى البيع ، فتدبر ذلك .

حكى عن أبى محمد فى مسألة الخيار فى السلم المضمون : إن التطوع بالنقد لا

يجوز فيها ويدخله أن المبتاع إذا اختار جواز السلم بعد انقضاء أجل الخيار صار قد فسخ الثمن الذى كان دفعه للبائع فى شىء لا يتعجل قبضه ، بخلاف جواز النقد بعد العقد فى بيع شىء على خيار أو أمة على مواضعة ؛ لأن هذا إذا انقضى أجل الخيار أو خرجت الأمة من المواضعة فقبضه المبتاع بما كان دفع لم يدخله فسخ شىء فيما لا يتعجل ، والله أعلم .

(١) فى أ : شيوخ .

(٢) فى أ : ويضعف .

قال بعض [شيوخ] (١) القرويين : وإذا تطوع بالنقد فى الخيار فى السلم فأخبر بفساد ذلك فرجع فأخذ ما نقد قبل تمام الخيار أو بعده ، صح السلم ، لأن عقدة السلم فى الأصل صحيحة وإنما فسد ما أحدثاه ، فإذا أبطل ما أحدثاه لم يبطل العقد الأول الصحيح ، والله أعلم .

قال عبد الحق : فى مسألة : (العبدین يبيعهما بثمن إلى أجل على أن يرد أحدهما عند الأجل بنصف الثمن) يريد رد أحدهما بعينه أنه يصير إنما اشترى أحدهما واستاجر الآخر إلى ذلك الأجل [بالثمن] (٢) الذى يبقى عليه ، فهذا إنما يصح إذا [سمى ما] (٣) يستعمل المردود فيه [ق/١٢٧أ] أو دخلا على أن يعمل شيئاً قد عرفوه ، وإلا فهو كمن استأجر أجيراً ولم [يعمله] (٤) فيما يستعمله فذلك فاسد ، قاله غير واحد من [شيوخنا] (٥) قالوا : وإن لم يعين المردود وإنما شرط إرداد [أحدهما مبهماً] (٦) فذلك فاسد ، فإن فاتا جميعاً فعليه نصف قيمتهما ونصف إجارتهما لأن أحدهما مبيع والآخر مستأجر ، وكذلك إن فات أحدهما فعليه نصف قيمته ونصف إجارته ويرد الباقي ، فاعلم ذلك .

حكى عن أبى محمد فى كلام أشهب [فى مسألة خيار الورثة] (٧) فى وجه النظر : والاستحسان إذا ورث قوم الخيار ، قال : يصير ذلك إذا أجاز البيع أحد ورثة المشتري ورده الآخر ، فهانئ إن رضى البائع أن يتماسك بنصيب الراد ويجيز للآخر نصيبه ، لزم الآخر نصيبه ولم يكن له فى النظر ولا فى الاستحسان أخذ نصيب الراد إلا برضا البائع ، فأما إن قال البائع : لا أجاز لهذا الذى رضى بالبيع أخذ نصيبه ، فهانئ يفترق النظر والاستحسان ، فأما على وجه النظر فإنه يقال حيثئذ للمتمسك : يلزمك أن ترد نصيبك على البائع كما رد صاحبك ، وليس لك

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : بنصف .

(٣) هكذا بالأصل .

(٤) فى ج : يعلمه .

(٥) فى أ : شيوخ صقلية .

(٦) فى أ : واحد منهما .

(٧) سقط من ج .

أن يتماسك بنصيبك ، فتكون قد أخذت بعض الصفقة بغير رضا البائع ولا لك أخذ نصيب صاحبك لأنه قد رده على البائع فليس لك أخذه منه بغير رضاه ، هذا وجه النظر هاهنا .

وأما [على] ^(١) وجه الاستحسان فيه : فإن الذى يتماسك بالبيع إن شاء أن يرد الجميع أو يأخذ الجميع ، فإن رضى حيثئذ أخذ الجميع مصابته ، ومصابة الراد كان ذلك له وإن كره البائع [لأنه يقال] ^(٢) للبائع : أنت إنما كنت تطلب من المشتري ثمن جميع سلعتك ، فإن رضى المتمسك أن يدفع إليك جميع الثمن ويأخذ جميع السلعة فلا حجة لك عليه فى الاستحسان ، وكذلك ما جرى فى «الكتاب» فى الوارث الكبير الذى يلى نفسه إذا أراد رد البيع هو وأحد الوصيين معه فنظر السلطان فى ذلك وأمر الأوصياء بالأخذ أو الرد ، أنه ينظر إلى البائع فإن رضى أن يتماسك بنصيب الكبير الراد ويسلم للأوصياء أخذ نصيب المولى عليه كان ذلك له ولزم الأوصياء ذلك ، وإن لم يكن لهما حيثئذ فى النظر ولا فى الاستحسان أن يأخذا من البائع نصيب الراد إلا برضاه ، وإن لم يرض البائع أن يتماسك الأوصياء بنصيب المولى عليه لزمهما رده على البائع كما رد الكبير ولم يكن لهما أن يتماسكا به ، وهذا على وجه النظر .

وأما فى الاستحسان فللأوصياء حيثئذ رد الجميع ، فإن رضيا أخذ الجميع مصابة المولى عليه ومصابة الكبير الراد كان ذلك للأوصياء وإن كره البائع ، لأنه إذا وجد جميع الثمن الذى كان له فلا حجة له .

قال : قال بعض الأندلسيين فيما أملاه بعض مشايخنا ، قال : معنى قول

أشهب : (وأستحسن لمن أجاز منهم أن يأخذ مصابة من لم يجز إن شاء) إنما ذلك فى المشتري إذا مات وكان له الخيار ؛ لأنه إن أجاز بعض الورثة ورد بعضهم فأخذ المخير مصابة الراد لم يدخل فى ذلك ضرر على الراد ولا على البائع إذا أمضى ذلك

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : فإنه يقول .

ولا يدخل ذلك فى ورثة البائع إذا كان الخيار له فأجاز [بعضهم] (١) ورد بعضهم ، ولا يقال لمن أجاز : خذ مصابة من لم يجز ، لأنه إن قيل له ذلك لم يتتفع أبناء الراد برد البيع وأخذ ماله كرهاً وألزم عهدة نفر منها ، ووقع الضرر أيضاً على المشتري فى تبعض الشراء عليه إذا أبى من ذلك ، وهذا قائم فى النظر ، ولو أن قائلاً قال : إن أشهب لم يرد إلا أن يكون لورثة البائع من الخيار ما لورثة المبتاع ، لقلت : ما أبعدت إتباعاً للفظ « الكتاب » .

قال عبد الحق : وسألت بعض [شيوخنا من غير أهل بلدنا] (٢) عن اختلاف

ورثة البائع هل يكون بمنزلة اختلاف ورثة المشتري ؟

فقال : يكون الذى يريد فسخ البيع من ورثة البائع بمنزلة الذى يريد إمضاء البيع من ورثة المشتري ، ويجرى الجواب سواء فىكون للذى لم يرد إمضاء البيع من ورثة البائع أن يأخذ مصابة من أراد إمضاء البيع ، لأن الذى أراد الإجازة من ورثة البائع قد رضى بإخراج نصيبه من يده وأخذ الثمن فيه ، فإذا قال له الذى أراد إبطال البيع : أنا أخذ نصيبك وأعطيتك الثمن الذى أردته ودعوت إليه ، كان ذلك له ، وهو أقوى حجة من يريد الإجازة إذا قال المريد الفسخ : أنا أخذ نصيبك ، فاعلم ذلك .

وقال لى بعض شيوخنا من القرويين : ما ذكر أشهب من النظر والاستحسان

لا يدخل فى ورثة البائع ، وليس للذى أراد الإجازة (ق/١٢٨ أ) أن يأخذ نصيب الذى أراد الرد ، ولا للذى أراد الرد أخذ نصيب الذى أراد الإجازة ، وإنما يصح ما ذكر أشهب فى ورثة المشتري خاصة حسبما ذكر ، والله أعلم .

حكى عن أبى محمد أنه قال فى مسألة : (الذى يشتري سلعة بخيار ثم يموت

قبل [أن] (٣) يختار وعليه دين فيختار الغرماء أخذاً أو رداً ، وذلك أوفر لتركته .

قال : إنما لهم ذلك إذا كان ما طلع من فضل فللميت يقضوا منه دينه ، وإن

(١) فى أ : بعض الورثة .

(٢) فى أ : شيوخ صقلية .

(٣) سقط من ج .

كان نقصان فعلى الغرماء بخلاف المفلس يؤدي عنه الثمن) هذا [ق/٤٩ج] ما كان من فضل أو نقص فعلى المفلس وله ؛ لأن الثمن كان له لازماً والذي ابتاع بخيار لم يلزم ثمنًا فافترقا .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإذا اختار الغرماء رد السلعة التي اشتراها الميت بخيار وكان أخذهم نظرًا فليس للسلطان أن يجعلهم يأخذونها لأنهم يقولون : قد وجب لنا أن نأخذ حقوقنا مما ترك وليس يلزمنا أن ننجز للميت . وهذا بخلاف إذا وهب هبة للثواب فأراد الغرماء ردها وكان أخذها نظرًا هاهنا ليس للغرماء الرد .

والفرق بين ذلك : أن هبة الثواب قد ضمنها الموهوب بقبضه إياها ، وبيع الخيار ضمانه من بائعه ، فهذا مفترق ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قال بعض [شيوخنا من غير أهل بلدنا] (١) : ذهب ابن لبابة أنه إذا باع على رضا فلان ، إن اختار البائع خاصة إمضاء البيع واختار ذلك فلان خاصة وأباه البائع ، إن البيع تام باختيار أحدهما على ظاهر « المدونة » وخالفه غيره في هذا التأويل .

قال عبد الحق : قال بعض القرويين في مسألة : (المشتري سلعة من رجل ثم يجعل أحدهما لصاحبه الخيار فيها) معناها أن المتباع قد نقد الثمن وقبض السلعة ثم جعل للبائع فيها الخيار ، فأما إن لم يكن نقد الثمن فجعل المتباع للخيار فلا يجوز ذلك وهو كمن باع بالخيار على شرط أن ينقد لأن الثمن في ذمة المتباع ، فكأنه باع السلعة من البائع على بقاء الثمن الذي في ذمته له ، ولو كان البائع هو الذي جعل الخيار للمتباع لكان كذلك ، ويدخله أيضًا إذا لم ينقد سلعة على خيار من دين له على المتباع ، وهذا لا يجوز .

قال عبد الحق : قول أبي محمد في مسألة : (إذا نظر إلى بعض الخنطة فرضيه ثم نظر إلى ما بقي فلم يرضه) يريد ولا عيب فيما رضى ، يريد أنه لو كان الذي رضىه معيبًا ثم كان الباقي لما نظره معيبًا مثل عيب الذي رضى به سواء أن له

(١) في أ : شيوخ صقلية .

رده ولا حجة عليه بما رضى به [لأنه] (١) إن يقول : ظننت الثانى سليماً فاغتفرت العيب فيما تلف أولاً ولو علمت أنه معيب كله لم أرض به ، فذلك له الرد إن كان باقيه معيباً حسب عيب الذى رضى به ، فاعلم .

وأما مسألة الثياب والرقيق لو نظر إلى بعضها فرضيه ، فلا يلزم باقياها وإن كان على الصفة ، إلا أن المبتاع ليس له أخذ ما رضى به كان أقل الصفقة أو أكثرها ، وإن رضى البائع ، لأن حصة ذلك من الثمن مجهولة ، وإنما له أخذ الجميع أو رد جميع الصفقة ، وهذا بخلاف ما ذكر ابن القاسم فى القمح ، حكى هذا عن أبى محمد [وأبى القاسم بن شبلون] (٢) رحمهما الله .

وحكى أيضاً عن أبى محمد أنه قال : ولو قال قائل : إن هذا مثل القمح إذا رضى بعضه لزمه باقيه إذا كان على الصفة ، ما أبعد ، والله أعلم .

حكى عن أبى محمد فى الأمة تشتري [بختيار] (٣) فيرضى بها ثم يطلع على عيب قديم ويحدث عنده عيب مفسد ، قال : إذا اختار المشتري الرد قومت الأمة ثلاث قيم ، يقال ما قيمتها بعيب الخيار يوم الصفقة ؟ فإن قيل : عشرة ، قيل : وما قيمتها [أيضاً] (٤) به وبعبء التدليس يوم الصفقة ؟ ، فإن قيل : تسعة ، قيل : وما قيمتها أيضاً يوم قبضها بالعيب الذى حدث عنده ؟ فإن قيل : ثمانية ، ردها ورد معها عشر الثمن ، ولا يجوز هاهنا إذا ردها أن يخيرا فيها بقيمتين لأننا إذا قلنا : كم قيمتها بعيب الخيار وبالعيب الذى دلس به البائع ؟ فيقال : تسعة ، وقلنا : كم قيمتها بذلك وبالعيب الذى حدث عند المبتاع ؟ فيقال : ثمانية ، وجب أن يرد المشتري معها تسع الثمن وإذا قومت ثلاث قيم كما وصفنا رد معها عشر الثمن فنظلم المشتري إذا أغرمناه تسع الثمن ، وإنما يلزمه عشر الثمن ، والله أعلم .

وقوله فى «الكتاب» : (يقوم يوم الصفقة) يريد بعد أيام الخيار وبعد خروجها

(١) فى أ : لأن له .

(٢) فى ج : ابن شبلون .

(٣) فى أ : بالخيار .

(٤) سقط من أ .

من المواضعة ، لأنها من يومئذ تحصل فى ضمان المتباع ولا تقوم قبل ذلك فى حال هى فى ضمان البائع .

وحكى عن ابن مناس أنه كان يقول : القيمة يوم [ق/١٢٤أ] عقد البيع على ظاهر «الكتاب» ، وفى «الكتاب» قد ذكر يوم الصفقة وذكر يوم القبض فى القيمة بالعيب الحادث فلا تعلق بظاهر «الكتاب» فإذا لم نتعلق [بظاهره] (١) لما قلنا من أنه ذكر يوم الصفقة وذكر يوم القبض فالرجوع إلى ما يوجب النظر أولى ، وذلك أن تكون القيمة يوم حصولها فى ضمان المشتري لا فى وقت هى متعلقة بضمان البائع ، واحتج ابن مناس فيما ذكر بمسألة كتاب الشفعة : إذا باع شقصاً بخيار وباع صاحبه شقصه بيع بتل ، فقد قال : إن تم بيع الخيار فالشفعة لمبتاعة . فراعى عقد الصفقة ولم يراع تمامها ، وهذه مسألة لم يتفق عليها ، وقد أنكرها سحنون فيما أظن ، [فاعلم] (٢) .

قال بعض الأندلسيين فى قوله فى هذه المسألة : (ولا ينظر إلى العيب الذى حدث فى أيام الخيار فى شئ من ذلك) إنما معناه : لا ينظر إلى نقصانه فيرده المشتري كما رد ما نقص العيب المفسد الحادث عنده .

قال عبد الحق : اعلم أن هذه المسألة إذا كان البيع صحيحاً يقوم فى الرد ثلاث قيم ، وفى الإمساك قيمتين كما تقدم ، وأما إذا فسد البيع باشتراط النقد فى الخيار والمسألة على حالها ، فإن أراد الرد فتقوم قيمتين ، وإن أراد الإمساك فقيمة واحدة . وبيان ذلك : إن أراد إمساكها تقوم بعيب الخيار والعيب القديم فيكون عليه قيمتها بالعيين جميعاً ، وإن أراد الرد نظر إلى قيمتها بالعيب القديم والعيب الحادث فى أيام الخيار فيقال : خمسون ، ثم ينظر إلى قيمتها إن لو كان فيها يوم قبضت هذا العيب أيضاً الذى حدث [بها] (٣) عند المشتري مع العيين القديم والحادث فى أيام الخيار ،

(١) فى أ : بظاهر الكتاب .

(٢) فى أ : والله أعلم .

(٣) سقط من ج .

فيقال: أربعون ، فبرد المشتري ما بين القيمتين ، وذلك عشرة .

قال ابن المواز وغيره في هذه المسألة : ولو لم يحدث بها غير حوالة الأسواق وشاء أن يحبسها فإن عليه قيمتها بعيب الخيار فقط على أنها سليمة من عيب التدليس؛ لأن حوالة الأسواق لا يفيت ردها بالعيب ، وكأنه قد رضيه وبقيت البيع الفاسد فصارت القيمة كالثمن في البيع الصحيح لا ينقض منه لعيب يملك الرد به .

قال ابن عبدوس : وهذا قول ابن القاسم وأشهب ، وخالفهما سحنون فقال : عليه قيمتها بالعيين جميعاً .

قال عبد الحق : قد احتج ابن المواز بما ذكر .

ووجه قول سحنون في ذلك : أن الجزء المعيب لم يصح للمشتري فيه قبض وقد بقيت حصته عند البائع فإذا أمسكها المشتري فإنما عليه قيمة الأجزاء المعيبة بعيب الخيار والتدليس حسبما قبض ، ولا يختلفوا إذا حدث عيب مفسد عند المشتري ، لأن الرد قد فات من أجل العيب الحادث ، فاعلم .

ولو لم يتغير سوقها ولا حدث عنده عيب فسخ البيع ولا خيار له في حبسها ، فاعرف الثلاثة أوجه إذا لم تفت بشيء ، وإذا فاتت بحوالة الأسواق فقط ، أو فاتت بطرئان عيب مفسد ، الأمر فيها على ما بينا ، فتدبر .

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا اشترى ثوباً من ثوبين يختار أحدهما على الإيجاب في أحدهما فضاعاً جميعاً ، فسواء قامت بينة على الضياع أو لم يقم أحدهما من البائع والآخر من المبتاع إذ على الإيجاب أخذه ولو تلف أحدهما بينة أو بغير بينة فمصيبة التالف منهما والباقي بينهما ، ولا خيار للمبتاع في أخذ بقية الثوب الذي بقى بينهما [ق/ ٥٠٠ج] وفي هذه المسألة إذا كان أحدهما على الإيجاب فذهب أيام الخيار وتباعدت ، لزمه نصف كل ثوب ولا خيار له ، كان الثوبان بيده أو بيد البائع ، وأما إن كانا على غير الإيجاب فمضت أيام الخيار وتباعدت لم يكن له أخذ واحد منهما كانا [بيد] (١) البائع أو المبتاع ، بخلاف إذا كان الخيار في ثوب واحد .

(١) في أ : يد .

والفرق بين ذلك : أن في مسألة الثوب وقع البيع على غير واحد فبمضى أيام الخيار وتباعدها وإمساكه الثوب علم أنه قد اختاره ، وفي مسألة الثوبين وقع البيع على واحد منهما غير معين ، فإذا مضت أيام الخيار وتباعدت لم يعلم أيهما يختار ، فإن أراد أخذ أحدهما بعد ذلك صار كمختار بعد أيام الخيار فلم يكن له ذلك .

قال [غير واحد من شيوخنا من غير أهل بلدنا] (١) : وما وقع في مسألة الدنانير ، ومعناه إن تلفه الدينارين لا يعلم إلا بقوله ، (هذا ليس بصحيح) على ما قيدنا في مسألة الثياب إذا كان أخذهما على الإيجاب ، وسواء علم تلف الدينارين أو لم يعلم إلا بقوله .

قال بعض شيوخنا من القرويين في مسألة : الثوبين يشتريهما على أن يختار [ق/ ١٣٠ أ] البيع فيهما جميعاً أو يردهما فيضيع أحدهما لو كان الهالك أفضلهما اتهم أن يكون غيبه ، فيجب لذلك عندى أن يلزمه جميعاً ، وليس له رد الباقي ويكون ذلك كمثل [أن] (٢) لو ضاعا جميعاً ، والله أعلم .

اعلم أن الثوب المبيع بخيار إذا كان بيد البائع والخيار له لا يحتاج بعد أمد الخيار إلى الإشهاد إذا كان إنما يريد فسخ البيع ، وإن كان إنما يريد إمضاه فيشهد على ذلك ، وإن كان الثوب بيد المشتري وأراد إمضاه البيع ، [أمضاه] (٣) ولا يحتاج إلى إشهاد ، وإن أراد رد البيع فها هنا يحتاج إلى الإشهاد وهذا بين ، فاعلمه .

قال بعض [شيوخ] (٤) القرويين في مسألة : الثوبين يختار أحدهما : إذا قال بعد هلاك أحدهما : إنما هلك بعد أن اخترت هذا الباقي ، قال في « كتاب ابن المواز » : هو مصدق ، والذي في « المدونة » أحسن ، [أنه] (٥) غير مصدق إلا أن يشهد على ذلك ، لأنه متهم أن يضع عنده أحدهما فيفر من ضمانه بأن يحدث في

(١) فى أ : بعض شيوخ صقلية .

(٢) فى أ : ما .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .

الآخر ما يجب عليه ضمانه .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وما ادعى ضياعه مما اشتراه على خيار وهو مما لا يعاب عليه ، فلا بد في ذلك من يمينه كان متهمًا أم لا ، وكذلك في العارية إذا كانت حيوانًا ، وفي دعواه ضياع ما استأجر يحلف في هذا كله المتهم وغيره ، بخلاف الودائع ، لأن [ما] (١) وصفنا قبضه لمنافعه والودائع لم يقبضها لمنافعه ، إنما النفع فيه لربها في صيانة هذا لها [وحوطته إياها] (٢) فلا يمين عليه في ضياعها إلا أن يكون متهمًا ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : الذى يجوز أن يشترط البائع خياره من غنم باعها أو نحوها ما كان مثل ثلث الصفقة فأقل ، وما هو أكثر من الثلث ففي حد الكثير لا يجوز له ذلك .

قال عبد الحق : إنما قال مالك في البائع لأصل حائطه : (يجوز أن يستثنى منه خيار أربع نخلات أو خمس وهي ثمرة) (٣) لأن البائع يعلم حائطه وحده من دينه ، فكان ذلك الذى استثنى هو معلوم عنده ، فليس يتوهم عليه أنه قد يختار هذه ثم ينتقل إلى هذه كما نقول فى المشتري ؛ لأن المشتري لا علم له بالحائط ، فهذا الذى يحمل عليه التنقل ، والبائع كأنه قد استثنى معلوماً له قبل الاختيار ، فاعلم ذلك .

تم كتاب بيع الخيار بحمد الله وحسن عونه .

(١) فى أ : فيما .

(٢) فى أ : حيطته عليها .

(٣) المدونة (٢٣٣/٣) .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على محمد وآله وسلم

كتاب المراجعة

قال عبد الحق: اعلم أن ما كان من صنعة قائمة كالصبغ والخياطة والكماد والطراز والفتل ونحو ذلك يحسب فى بيع المراجعة ويحسب له الربح ، وما كان ليس بعين قائمة لكنه ينمى السلع فى أنفسها أو صفق أسواقها كنفقة الرقيق وكراء الحمولة ، فهذا يحسب ولا يحسب له ربح ، وما كان ليس بعين قائمة ولا فيه تنمية للسلع فى أنفسها ولا هو مما ينفق أسواقها فلا يحسب ولا يحسب له ربح ككراء البيت ونفقة نفسه ونحو ذلك ، فذلك ثلاثة أقسام .

واعلم أنه لو كان هو تولى الطراز والصبغ ونحو ذلك لم يجوز أن يحسبه ويحسب له الربح ، لأنه يصير كمن وصف على سلعة ثمناً باجتهاده ، وإنما يصح ما ذكر فى « الكتاب » إذا كان قد استأجر على ذلك [لا أنه] ^(١) هو الذى فعل ذلك ، وهذا بين فاعلمه .

وما جرى فى « الكتاب » إذا ضرب الربح على الحمولة ولم يبين ، راجع إلى [ما قاله] ^(٢) سحنون وهو معناه : إن السلع إذا كانت قائمة خير بين إزالة ما لا يحسب وربحه وإزالة ربح الحمولة وربح نفقة الرقيق ، أو رد السلعة إلا أن [يتماسكها] ^(٣) المبتاع ، فإن فاتت كانت كمسألة الكذب إن لم يضع البائع ما ذكرنا كان على المبتاع القيمة إلا أن تكون أكثر من جميع الثمن فلا تزداد ، أو تكون أقل من الثمن بعد طرح ما لا يحسب وربحه وطرح ربح ما يحسب ولا يحسب له ربح فلا ينقص ، وكذلك قال ابن عبدوس : إن معنى المسألة على ما ذكر سحنون ، وإنما لم يذكر القيمة فيها إذا فاتت لأن القيمة أقل بعد طرح ما يجب طرحه أو مثل ذلك

(١) فى أ : لأنه .

(٢) فى أ : قول .

(٣) فى أ : يتماسك بها .

سواء ، فلذلك لم يذكر القيمة .

قال عبد الحق : والذي ذكر واضح ؛ لأن هذا الذي حسب ما لا ينبغي أن يحسب إما أن يكون عالماً بأن ذلك لا يحسب فحسبه أو جاهلاً ، والخطأ وتعمد الكذب سواء في زيادته [في الثمن] (١) في المراجعة فجرى ذلك ، وإنما المسألة مبهمة في « الكتاب » ومعناها على ما قدمنا ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قال بعض شيوخنا من غير أهل بلدنا في مسألة : المشتري سلعة بثمن إلى أجل [ق/١٣١أ] فيبيع بالنقد ولايين ، فقال المشتري : أنا أقبل السلعة بالثمن إلى الأجل : قوله : (لا خير فيه ولا أحب ذلك له) إنما يعنى إذا فاتت السلعة ، لأنه فسخ القيمة التي وجبت بالفوت في أكثر منها فذلك حرام ، وإن كان قد قال : (لا خير فيه) فربما تقع له مثل هذه العبارة في أمر هو حرام ، قال : والذي في « كتاب ابن المواز » في هذه المسألة : فليس ذلك له وإنما ذلك إذا كانت السلعة قائمة .

قال عبد الحق : وهذا الذي ذكر خلاف نقل أبي محمد في « مختصره » لأن أبا محمد حمل ما في « المدونة » وما وقع في « كتاب ابن المواز » على وجه واحد .

وقال بعض شيوخنا من القرويين : إنما قال : (لا خير فيه ولا أحب ذلك له) إذا كانت السلعة قائمة ووجه ما ذكره : أن السلعة لما كان له ردها عليه إذ هي قائمة صار التأخير بالثمن إلى الأجل إنما اتفقا عليه من أجل ترك القيام الذي كان له أن يفعله ، فهذا من باب السلف جر نفعاً ، السلف التأخير بالثمن ، والنفع ترك القيام في السلعة وإردادها كمن وجد عيباً في سلعة اشتراها فقال البائع : لا ترددها عليّ وأنا أؤخرك بالثمن ، إن ذلك سلف جر منفعة لا يجوز .

قال عبد الحق : قال [غير واحد من شيوخنا من غير أهل بلدنا] (٢) : إنما

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : من شيوخ صقلية .

جوز ابن القاسم المراجعة على العروض ولم [يجعل ذلك] (١) من بيع ما ليس عندك ، لأنهما لم يقصدا بيع ما ليس عندك ولا أراداه ، ألا ترى [أنهم ق/ ٥١ ج] اتفقوا [(٢) في الشقص المبيع بشيء من المكيل أو] (٣) الموزون [وإن لم يكن عنده] (٤) أن للشفيع أن يأخذه بمثل ذلك المكيل أو الموزون وإن لم يكن عنده ، والأخذ بالشفعة كبيع ثان ولم يجعلوا ذلك من بيع ما ليس عندك ، [فاجتماعهم] (٥) على هذه المسألة وإخراجهم إياها عن بيع ما ليس عندك إذ لم يقصد إليه ، يقوى ما [ذهب] (٦) إليه ابن القاسم في مسألة المراجعة ، والله أعلم .

قال بعض [شيوخنا من غير أهل بلدنا] (٧) : لم يبين في « المدونة » إذا باع على ما نقد ولم يبين ما عقد عليه وفات ذلك ، وفي الأسمعة جواز ذلك وإمضاؤه ، بخلاف إذا باع على [ما عقد] (٨) ولم يبين ما نقد ، لأن الأغلب أنه قد يوضع عنه فيما نقده ، [ويساوى] (٩) ابن حبيب بين بيعه على ما نقد ولم يبين ما عقد ، وبين بيعه على ما عقد ولم يبين ما نقد ، وظاهر « المدونة » محتمل ، والذي في الأسمعة أصوب ، والله أعلم .

قال عبد الحق : وقع في « الكتاب » : (إذا اشترى بشيء من الطعام ونقد العين فإنما يصح إذا كان الطعام جزاءً وإلا فهو بيع الطعام قبل قبضه) .

قال عبد الحق : إذا اشترى نصف سلعة ، وورث نصفها ثم باع نصفها

(١) فى أ : يجعله .

(٢) فى أ : أنهما اتفقا .

(٣) فى أ : و

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : وإجماعهم .

(٦) فى أ : يذهب .

(٧) فى أ : شيوخ صقلية .

(٨) فى أ : عقد عليه .

(٩) فى أ : وساوى .

مراوحة، ولم يبين ، فالذى باع نصفه مشتري فيمضى فيه البيع بنصف الثمن ونصف الربح موروث فيكون فيه الأقل من قيمته أو ما يقع له من الثمن والربح ، وهذا إذا فات المبيع ، وأما إن كان قائماً فللمشتري رد الجميع ، وإذا ابتاع رجلان عرضاً ثم اقتسماها ، فباع أحدهما ما وقع له ولم يبين فباع نصفه ، فهو ملكه القديم فيمضى بنصف الثمن وما [يعادله] (١) من الربح والنصف الآخر إنما أخذه عوضاً من نصيبه الذى صار لصاحبه ، فكأنه اشترى عرضاً بعرض ، فيرجع الأمر فى المسألة إلى ما قال فيمن عقد على عين ونقد عرضاً وباع ولم يبين فينظر ما هو خير للمشتري حسب ما ذكر فيها ، والله أعلم .

قال عبد الحق : اعلم أن ابن القاسم جعل القيمة فى مسألة بيع الكذب يوم القبض وقال : (إنه شبه بيع فاسد) وفى رواية على (القيمة يوم البيع) وفى رواية ابن القاسم (إن فاتت السلعة بحوالة أسواق أو نماء أو نقصان) وليس فى رواية على (حوالة أسواق) وإنما فيها : (إن فاتت بنماء أو نقصان) فاعلم ذلك .

اعلم أنه إنما لم يجعل الإقالة كبيع حادث فى المراوحة إذا تقايلا بالحضرة قبل انتقاد الثمن والافتراق ، فأما إذا نقد الثمن وافترقا ثم بعد ذلك تقايلا ، فهذا بيع مبتدأ وإن سموه إقالة وله أن يبيع على الثمن الآخر ، والله أعلم .

قال عبد الحق : وهذا الباب أكثر مسائله ناقصة فى « المدونة » لم يذكر الحكم فيها إذا نزلت البياعات على غير بيان فيما يجب على المشتري بيانه ، وقد تكلم على أكثرها ابن عبدوس وابن سحنون ، فأغنانا ذلك عن ذكره فى كتابنا ، وإذ قصدنا ترك الإطالة والإكثار مما يجده الإنسان مبسوطاً فى كتب أصحابنا إذا التمسه .

تم بحمد الله وحسن عونه . [ق/١١٣٢] .

(١) فى أ : يقابله .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الوكالات

قال عبد الحق : قوله في مسألة المأمور أن يسلم سلماً إذا أتى المسلم إليه بالدرهم زائفة فلم يعرفها المأمور ولا قبلها : (إنه يحلف للبايع أن [يحلف] (١) الأمر) (٢) إنما الرتبة في ذلك أن يبدأ بيمين الأمر أولاً .

وقوله في «الكتاب» : (وللبائع أن يحلف الأمر) «الواو» لا توجب رتبة ، وقد نقلها بعض المختصرين : (ثم للبايع أن يحلف الأمر) وليس كذلك لأن «ثم» من حروف الترتيب وقد يحتمل أن يكون إنما ذكر المأمور أولاً إذ الأمر [غائب] (٣) وغير حاضر فلذلك قال : (يحلف المأمور ثم إذا حضر الأمر يحلف أيضاً) ، والله أعلم .

قال بعض [شيوخنا من غير أهل بلدنا] (٤) : وقوله في هذه المسألة : (إذا قبلها المأمور ولم يعرفها) (٥) فيحلف الأمر فيه نظراً ، لأن المأمور لا يدعى على الأمر يقيناً ، فكيف يحلفه على المشهور من قولهم في أثواب الشك أن اليمين لا تكون فيها إلا بيقين الدعوى وإن كان قد وقع لهم في ذلك وجوب اليمين وهو ضعيف .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا اشترى المأمور من يعتق على الأمر عالماً لا يعتق عليه ، بخلاف المقارض على [أصل قول] (٦) ابن القاسم ، لأن المقارض له شبهة في المال وقد تكون له فيه حصة ، وهما مختلفان في غير ما وجه ، ألا ترى لو وطئ المقارض [أمة] (٧) من المال لم يحد ، والوكيل لو وطئ أمة اشتراها للأمر وجب

(١) في ج : يحلفه .

(٢) المدونة (٣/٢٧٥) .

(٣) زيادة من أ .

(٤) في أ : شيوخ صقلية .

(٥) المدونة (٣/٢٧١) .

(٦) سقط من ج .

(٧) في أ : جارية .

عليه الحد فأمرهما مختلف ، والله أعلم .

قال عبد الحق : وكذلك ذكر أبو محمد في «مختصره» : أن يحيى بن عمر فسر كلام ابن القاسم على ما قلنا أنه إذا اشتراه عالماً يسترقه المأمور ويبيع عليه في الثمن ، قال : وقاله لى عبيد بن معاوية .

وقال أبو إسحاق البرقي : إن علم المأمور عتق العبد وضمن للآمر الثمن [فإن] (١) لم يكن له مال بيع العبد في ذلك أو بعضه وعتق ما فضل منه والولاء للآمر .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا أمره ببيع سلعة فباعها فجحدته المشتري الثمن وإنما يغرم المأمور قيمة السلعة لا الثمن الذي لزم المشتري ، وذلك أنه إنما وقع عداوة في تسليم السلعة بغير إشهاد ، فالسلعة هي التي تضمن ولا يصح أن يقال: إن الثمن هو الذي وقع فيه العداء ، إذ ليس عليه عند عقد البيع إحضار شهود وإنما وقع تفريطه في تسليم السلعة .

وحكى أن غيره يخالفه في هذا الجواب .

قال بعض [شيوخنا من غير أهل بلدنا] (٢) : إذا أخذ الوكيل بما باع به السلعة رهنا يغاب عليه ، يحتمل أن يكون له أن يتركه ويرده إذا كان مثله يجهل أنه يضمه ويتوهم أن ذلك إنما يلزم الأمر ، وأما إن أخذ حميلاً فليس له أن يسقطه .

قال بعض شيوخنا من القرويين في الذي رد نصف حمل وقال : هذا الذي ابتعت ، وقال البائع : بل حملاً كاملاً : إذا كان ما يقول المشتري يشبه ونكل عن اليمين فحلف البائع ، هذا بخلاف إذا ادعى المشتري ما لا يشبه فكان القول قول البائع وحلف ، وموضع اختلاف ذلك هو أنه إذا أتى المشتري بما يشبه ونكل عن اليمين [فرجعت] (٣) اليمين على البائع فحلف ، يقال للمشتري : قد [أدق] (٤) البائع

(١) في أ : وإن .

(٢) في أ : شيوخ صقلية .

(٣) في أ : فوجبت .

(٤) في أ : أحق .

بيمينه ، ما قال من أنه باع منك حملاً كاملاً فرد نصف حمل ثان وإلا فلا شيء لك [أو تملك] (١) النصف حمل بجميع الثمن ، إذ حكم الطعام إذا وجد العيب ببعضه ليس للمشتري إمساك ما سلم منه بما يخصه من الثمن ، فإما أن ترد نصف حمل ثان وإلا فلا شيء لك قبل البائع ، وأما إن كان المشتري قد أتى بما لا يشبه فلم يقبل منه فرجعنا إلى البائع فأحلفناه ، فهاهنا البائع يدعى نصف حمل ثان فيقال للمشتري : احلف فتبرأ من نصف حمل ثان ، فإن حلف رجع على البائع بنصف الثمن ، وإن نكل فلا شيء له ويكون الأمر كما إذا نكل وقد ادعى ما يشبه أنه يمك نصف الحمل بجميع الثمن أو يرد نصف حمل ثان كما قال البائع فيأخذ الثمن .

قال : وأما في مسألة العبد فلا ترجع اليمين على المشتري إذا كان أولاً قد أتى بما لا يشبه ورجعنا إلى البائع فحلف ؛ لأن المشتري له أن يمك أحد العبدین بما يخصه من الثمن وليس له أن يمك السالم من الطعام بما يخصه من الثمن وإنما له رد جميعه أو إمساكه بعيه ، ولو كان الأدنى من العبدین هو الذى بقى على زعم البائع وهو الذى رد المشتري بالعيب هو الوجه كان ذلك كمسألة الطعام سواء [ق/٥٢ج] إذ ليس له هنا إمساك الأدنى [ق/١٣٣أ] بما يخصه [من الثمن] (٢) وإنما الحكم رد الجميع ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : وقال غيره [من شيوخنا من غير أهل بلدنا] (٣) : ما جرى فى «الكتاب» إذا أتى المشتري بما لا يشبه وحلف البائع ، [لا يرد] (٤) البائع من الثمن إلا نصفه ، ولا غرم على المتباع إذا حلف .

قوله : (إذا حلف) إنما يعود على أول المسألة فى قوله : (القول قول المتباع إذا أتى بما يشبه) فهاهنا لا غرم عليه إذا حلف ، وليس يعنى إذا حلف البائع وكان

(١) فى أ : ويمك .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : صقلية .

(٤) فى أ : ليرد .

المشترى قد أتى بما لا يشبه يرجع اليمين على المشتري وإنما الكلام عائد على ما قدم أولاً ، والله أعلم .

قال عبد الحق : وهذه المسألة ينبغي أن [يفرق فيها] ^(١) إن كان المشتري قد نقد الثمن البائع أولم ينقده على حسب تفرقة ابن القاسم بين النقد وغيره في مسألة «الكتاب» جامع العيوب في مشترى عبيد يهلك أحدهما ويجد بالآخر عيباً فيختلف هو والبائع في صفة الهالك فتأملها فإنها مثلها لا فرق بين المسألتين ، والله أعلم .

وهكذا قال بعض شيوخنا من القرويين : فإن قيل : فقد قال في هذه المسألة : إذا حلف البائع يرد من الثمن نصفه ، فقوله (يرد نصفه) دليل على أنه انتقد وهو قد قال : (القول قول المشتري) وإنما رجوع إلى أن القول قول البائع إذا أتى المشتري بما لا يشبه فقد يحتمل أن يكون معناه يحكم الحكم برد ذلك ، فإذا صرف إلى هذا لم يكن فيه دليل على أنه انتقد ، فإن لم يكن هذا وإلا فذلك تناقض من القول ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : فإن قيل : قد قال في [هذه المسألة : إذا حلف في] ^(٢) مسألة المأمور بشراء اللؤلؤ فيدعى أنه ضاع بعد شرائه [إياه] ^(٣) وإنما كانت بخلاف مسألة الذي أمر غريمه أن يكتال الطعام في غراره فيقول : إنه فعل ، [وضاع] ^(٤) ولا بينة له على كيئه ، لافتراق السؤال في ذلك ، وذلك أن الذي في الذمة هاهنا هو الذي ادعى كيئه وضياعه بعد الكيل ، وفي مسألة اللؤلؤ لم يدع ضياع الثمن الذي أراد شراء اللؤلؤ به وإنما ادعى ضياع ما صرف فيه الثمن ، ولو أنه وزن الثمن الذي أراد أن يشتري به اللؤلؤ فضاع قبل شرائه فهاهنا إن شهدت له بينة بذلك رجوع به وإلا فلا ، وتصير كمسألة الطعام سواء ، ولو كان السلم مما يجوز بيعه قبل قبضه فوكله على استيفائه وعلى بيعه ، فقال :

(١) في أ : يفترق منها .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

إني [قد] (١) فعلت ذلك وبعته وضاع [مني] (٢) الثمن ، فهأنا لا يضمّن وإن لم تقم بينة وتصير كاللؤلؤ المشتري ، فاعلم أن المسألتين إنما اختلفتا لاختلاف السؤال ، وأما في اتفاق سؤالهما على ما بينا فهي سواء ما كان في الذمة هو الذي يحتاج فيه إلى الإشهاد ، وأما العرض المشتري فلا يحتاج فيه إلى الإشهاد ، لأنه بالحركة فيه والتصرف تصير يده فيه كيد الأمر ويصير كسائر الأماناء الذين لا يضمّنون ما ادعوا ضياعه ، ولهذا قال ابن القاسم في غير «المدونة» في الذي أمر من له عليه دين أن يشتري له عبداً بذلك الدين في غير البلد ، فمضى إلى ذلك البلد واشترى له فأبق العبد : إنه لا شيء على الذي كان عليه الدين ؛ لأنه لما فعل ما أمره به وتصرف فيه كان ذلك يوجب له حكم الأمانة ، فهذا هو عوض ما في الذمة لا نفس ما كان في الذمة ، فهو على ما بينا من أن عوض ما كان في الذمة لا يحتاج فيه إلى الإشهاد ، فتدبر ذلك .

تم كتاب الوكالات بحمد الله وحسن عونه .

(١) زيادة من أ .

(٢) زيادة من أ .

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

كتاب اشتراء الغائب

قال عبد الحق : حديث عثمان وعبد الرحمن بن عوف - رضى الله عنهما - تأول فيه أنهما كانا متراوضين فيما وقع بينهما أولاً وأن العقد إنما تم بينهما بما اتفقا عليه أخيراً ، وقيل : يحتمل أن يكونا صنعا ذلك قبل الافتراق على ما جاء أن «البيعين بالخيار ما لم يتفرقا» (١) والتأويل الأول أصوب .

قال بعض [شيوخنا من غير أهل بلدنا] (٢) : وقد ذكر ابن حبيب حديثاً أبان فيه أنهما كانا متراوضين ، فهذا الحديث الذى ذكر ابن حبيب يبين هذا الذى هو مشكل لا بيان فيه .

قيل له : فإن بعض الناس قال فى هذا الحديث : لما كان ما شرطاه أخيراً جاز أن يبتدئا العقد به جاز أن يفعله بعد العقد كما قال مالك فى أحد قوليه فى شراء مال العبد بعد العبد وثمر النخل بعد الأصول ، وقال : إن ما جاز جمعه فى صفقة [واحدة] (٣) جاز على الانفراد .

فقال : ليس هذا بصواب [ق/١١٣٤ أ] ، لأن فى شراء مال العبد بعد العبد وثمر النخل بعد النخل هذا الشراء الذى استحدثه لا يبطل الصفقة الأولى ، وإنما هو زيادة معها ، وما اشترطا فى حديث عثمان هو إبطال للصفقة الأولى وشىء غيرها ، فهذا مفترق ، وأيضاً فقد جعلاً للضمان ثمناً ولا يحل أن يكون للضمان ثمن وإنما وجه الحديث ما قدمناه أولاً ، والله أعلم .

قال : والحديث ذكر فيه شرط كون الضمان من عبد الرحمن ثم عقدا على كون الضمان من عثمان ، فليس فيه دليل إذا وقع البيع دون اشتراط بضمن يكون له

(١) أخرجه البخارى (١٩٧٣) ومسلم (١٥٣٢) من حديث حكيم بن حزام رضى الله عنه .

(٢) فى أ : شيوخ صقلية .

(٣) سقط من ج .

الضمان، لأنه إنما نزل ذلك في الوجهين بينهما بالشرط .

قال عبد الحق: قوله في « الكتاب » بعد ذكر اختلاف قول مالك في ضمان الغائب إذا هلك ممن يكون (والنقص والنماء كالهلاك في القولين) النماء إنما يعنى به شيئاً يوهب لها أو أرش جناية عليها ونحو ذلك ، فذلك يجرى على القولين في كونه للبائع أو للمشتري ، وكذلك ما فسره سحنون رأيته مذكوراً عنه في بعض حواشى الكتب .

قال عبد الحق: إذا استأجرت منه داراً بثوب في بيتك وصفته ثم اشتريته منه ، ذلك جائز إن علم أنه عندك [فى] (١) وقت الصفقة الثانية .

قال بعض شيوخنا من القرويين: إنما شرط إن علم أنه عندك وقت الصفقة الثانية لأنه إن كان موجوداً عنده [و] (٢) انهدمت الدار في بعض المدة ينتقص من الثوب مقدار ذلك ، وإن كان الثوب ليس عنده وقت الصفقة الثانية فكأن الكراء إنما وقع بالدرهم فإذا انهدمت الدار كان الرجوع فيها فوجب لهذا لما كان لا يدرى في ماذا رجع أفى الدراهم أم فى الثوب ؟ ألا يجوز حتى يعلم ذلك [فيدخلان] (٣) على أمر معلوم .

وقال لى غيره : إنما شرط إذا علم أنه عنده ، لأننا لا ندرى هل باع منه شيئاً موجوداً أم لا ، فعقد البيع إذا وقع جاز ثم ينظر فإن علم أنه عنده فقد صحت لنا الصفقة الأولى وإلا فلا .

قال بعض [شيوخنا من غير أهل بلدنا] (٤) فيمن اكرى داراً بعبد غائب فأوقفت الدار حتى يقبض العبد ما يعلم أن العبد الغائب لا يوصل إليه إلا فى مثله من الأمد فهو ساقط من أمد السكنى لأنهما عليه دخلاً مثل أن يكره سنة والعبد لا

(١) زيادة من أ .

(٢) فى أ : فان .

(٣) فى أ : فيدخلان .

(٤) فى أ : شيوخ صقلية .

يقبض إلا بعد شهر فقد دخلا على أن يسكن أحد عشر شهراً والشهر الذي بتمامه يقبض العبد الغائب ساقط من أمد السكنى فإن لم يقبض العبد إلا في أكثر من هذا [المتعارف] (١) بذلك الزائد كاستحقاق ينتقص مقداره من العبد ، يريد ويرجع بقدر ذلك في عين العبد أو في قيمته ، فتدبر ذلك .

قال عبد الحق : (إذا اشترى عموداً عليه بناء للبائع ، قال : العمود على البائع) ذكر عن الشيخ أبي الحسن : أن معنى ذلك إن على البائع أن يزيل ما فوق العمود ليصل المبتاع إلى قبضه ، فإذا أزال ما فوقه لم يلزم البائع نقضه من موضعه لأن البائع قد أزال [ق/٥٣ج] ما فوقه ومكنه من قبضه ، وكذلك قال لنا بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٢) إنه إنما على البائع تعليق ما على العمود من البناء ، ويقال للمبتاع : خذ من موضعه ، وما أصابه في زواله من كسر أو غيره فهو من المبتاع .

قال عبد الحق : إنما قال : (إذا تعدى فباع متاعاً عنده وديعة ثم مات ربه فكان المتعدى وارثه أن المتعدى نقض البيع) وقال في كتاب الغصب : (إذا باع ما غصب ثم اشتراه من ربه ليس له نقض البيع الذي باع) لأن الميراث هاهنا لم يجزه ولا هو من قبله والشراء من نفسه فكانه إنما أخذه بالقيمة التي لزمته بالعداء ، فليس له أن يفعل فعلاً تسبب به إلى نقض بيع عقده ، فهذا مفترق ، والله أعلم .

قال : وإذا ابتاع جارية بمائة فقام فيها بعيب فأنكره البائع ، فقال أجنبي : أنا أخذها منكما بخمسين على أن يتحمل البائع نصف الخمسين الباقية والمبتاع نصفها . قال بعض الأندلسيين : قوله في هذه المسألة : أنا أخذها منكما ، فيه نظر ، ولو قال : (أخذها منك) كان أصوب لأن الأجنبي إنما يأخذها من المبتاع وعليه تقع عهده على هذا يدل النظر ، والله أعلم .

قال عبد الحق : فإن استحققت هذه السلعة أو ردها المشتري بعيب ردها على المشتري أولاً وأخذ منه الخمسين التي دفع إليه ويرجع المشتري على البائع [ق/١٣٥]

(١) في أ : المتطرف .

(٢) في أ : شيوخ صقلية .

منه بخمسة وسبعين ؛ لأنه قد كان استرجع من المائة خمسة وعشرين حيث قال المشتري: أنا أخذها على أن يتحمل البائع نصف الخمسين ، فإنما بقي في يد البائع من المائة خمسة وسبعون بها استقر بيعه فيما يرجع عليه ، وهذا بين فاعلمه ، والله أعلم .

تم كتاب اشتراء الغائب بحمد الله وحسن عونه .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
 وصلی الله على محمد وآله وسلم
كتاب العرايا

إن قال قائل: لم جوز مالك شراء خمسة أوسق في العرايا ، وقد شك من

حدثه في الخمسة ؟

فالجواب : أن الراوى لما لم يحدد ما دونها فكما إن أجزنا أربعة أو أقل يمكن أن يكون دون ذلك ، فمراعاة ذلك يؤدي إلى طرح القول بالعرية ؛ إذ ليس هاهنا يقين يرجع إليه ، فوجب إذا حصل ذلك غير معلوم الاقتصار على خمسة أوسق التي هي حد [الصحيح] (١) في أن الزكاة لا تكون في أقل منها ولم يأخذ مالك بحديث يزيد بن أبي حبيب في شرائها قبل بدو الصلاح لجريان العمل على [خلافه] (٢) بالمدينة ولولا ذلك لوجب الأخذ به من وجهين :

أحدهما : أنه زيادة مرفق في الرخصة وهي إنما طريقها المرفق ، فهذا زيادة فيه .

والوجه الآخر : أن الحديث الذي عندنا لم يذكر فيه وقت جواز شرائها وهذا قد فسر فيه ذلك ، والمفسر من الأحاديث يقضى به على المجمل وإذا اشترى العرية بخرصها تمرا إلى الجذاذ فأعطاها عند الأجل تمراً من غير صنفها .

ذكر عن الشيخ أبي الحسن أنه جوز ذلك وقال : هو كالطعام القرض يجوز أن يأخذ فيه بعد الأجل خلاف [صنفه] (٣) قبل الكيل ، وليس كطعام بيع بثمر إلى أجل فأعطاه بعد الأجل طعاماً خلاف صنف الطعام الذي باع منه مثل كيله هذا لا جوز ، لأن هذا طريقه المكايسة والعرايا طريقها المعروف فالقرض أشبه [بها] (٤) ، والله

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : خلافها .

(٣) في أ : صنفته .

(٤) في أ : لهذا .

أعلم .

قال عبد الحق : يجوز له شراء العرية ، وإن باع أصل حائطه على قول ابن القاسم ؛ لأنه يجيز شرائها لوجهين : [لوجه] (١) المرفق ، ودفع الضرر ، فأما على قول غيره : الذى يراعى الضرر فلا يجوز له ذلك إذا باع أصل الحائط ، وكذلك يشتري الأصول بلا ثمرة لا يجوز على قول غيره أن يشتري العرية لأن الضرر غير مرتفع ، فاعلم .

قال أصبغ : إذا ابتاع ما أعرى من ثمر الفواكه الرطبة حين جواز بيعها بخرصها نقدًا أو إلى أجل تناهيتها فليرد ما لم يقبض ويفوت فأمضيها وكأنها هي ضمنها له .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وسواء فات ما دفع إليه أو فاتت العرية بفوت أحدهما بمضى ذلك يريد لأنه أغرمه شيئًا فيما فات فهو يرجع عليه بمثله فلا معنى لذلك ، بل يجعل ذلك كمقاصة لما كان كل واحد منهما يجب له مثل الذى يجب عليه فى فوت ذلك .

قال أصبغ : وأما إن ابتاع ما يدخره بخرصه فهذا يفسخ وإن فات ويرد المثل فى الإبان والقيمة فى غير الإبان .

قال بعض القرويين : قال لنا الشيخ أبو الحسن : إذا أعرى حوائط يجوز أن يشتري خمسة أوسق من كل حائط أعرى الحوائط لرجل واحد أو لرجال .

قال : وبلغنى عن أبى محمد أنه قال : إن أعرى تلك الحوائط لرجل واحد فلا يشتري من جميع الحوائط بالخرص إلا خمسة أوسق [فقط] (٢) .

قال [حاكى] (٣) القولين : والذى يظهر لى أنه إن كان أعرى ذلك لرجل واحد فى لفظ واحد وعقد واحد ، فهى عارية واحدة ولا يشتري من الحوائط كلها إلا خمسة أوسق فقط ، وإن أعراه من هذا الحائط ثم أعراه من آخر فيحسن هاهنا أن

(١) زيادة من أ .

(٢) زيادة من أ .

(٣) فى أ : محكى .

يشترى من كل حائط خمسة أوسق بخرصها لأنها عرية بعد عرية ، والله أعلم .

قال عبد الحق : يؤيد هذا التفصيل الذى قال قول مالك فيمن اشترى حوائط فأصابها جائحة : إنه إن كان اشترى ذلك فى صفقات فجائحة كل حائط على حدة ، وإن كان اشترى الحوائط فى صفقته روعى ثلث الجميع .

قال بعض الأندلسيين : قول ابن القاسم فى شراء المنحة بالطعام ضعيف عند أهل النظر ؛ لأن البيع إنما يقع فى المنحة على اللبن وليست كبيع الشاة اللبون بالطعام لأن البيع فى الشاة إنما يقع على رقبة الشاة لا على اللبن .

قال بعض [شيوخنا من غير أهل بلدنا] (١) : قول ابن القاسم فى ذلك جيد [ق/١٣٦أ] لأن رقبة الشاة ممنوعة منه من أجل المنحة التى جعل فيها فشاؤه إنما قصد به تخليص الرقبة لنفسه ، فأشبه ذلك ما ذكر من شراء الشاة اللبون بالطعام ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إن قال قائل : لم جاز أن يشتري ما منح من لبن وغلة وكان ذلك ليس من باب الرجوع فى الهبة أو الصدقة ؟

فالجواب : أن النهى الوارد إنما هو محمول على ما تصدق الإنسان بأصله أو وهبه ، وأما ما منح من غلة فدليل جواز شرائها : إباحة النبى - عليه السلام - لشراء العرية إذ هى غلة ، فأخرجها عن باب الرجوع فيما وهب أصله ، فاعلم .

حكى عن الشيخ [أبى الحسن] (٢) أنه قال : جاز على مذهب ابن القاسم أن يسكن الرجل الرجل حياته ثم يشتري ذلك منه بسكنى دار له أخرى حياته لأن الأول معروف وكذلك الثانى على سبيل المعروف ، قال : وأبى من ذلك سحنون وقال : الأول معروف والثانى على طريق المبايعه .

قال أبو الحسن وسحنون : الذى قال فى هذه المسألة إنما معناه [إذا كان

(١) فى أ : شيوخ صقلية .

(٢) سقط من أ .

السكنى الذى يشتري به معلوماً وقوله خلاف مذهب ابن القاسم [(١)] ويقول ابن القاسم يأخذ أبو الحسن ، قال : ورأيت أبا محمد يرى قول سحنون [مفسراً] (٢) لقول ابن القاسم ويستحسنه .

تم كتاب العرايا بحمد الله وحسن عونه .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : تفسير .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على محمد وآله وسلم

كتاب التجارة إلى أرض الحرب

قال غير واحد من القرويين : ليس التجارة إلى [أرض] (١) الحرب بجرحة على ما فى « المدونة » بخلاف ما ذكر عن سحنون ، ألا ترى أن فى « المدونة » جواز شهادتهم ، وقد قال مالك فى غير « المدونة » : (لا أرى ذلك حراماً ولا يجرح إلا بارتكاب محذور) وليس [ق/٥٤ هـ] الأمر كما قيل : إن الذين أجاز شهادتهم إنما يعنى بعد توبتهم ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قال بعض القرويين عن أبى موسى ابن مناس : فى أرض الصلح إذا وقع فيها البيع على مذهب ابن القاسم الذى يرى الخراج على الذمى البائع إن مات كان ذلك فى ماله ، وإن كان لا مال له سقط عن المشتري ولم يلزمه ، وعند أشهب إنما يكون الخراج حيث الأرض لأنه عن عيبتها يؤخذ ، ومن أجلها ، وعلى ظاهر رواية ابن نافع عن مالك : إن كانت على الأرض جزية منع من بيعها .
ورأيت لأبى محمد قال : لما كان إذا باعها ثم أعدم لا بد للإمام أن يبيع الأرض حيث كانت ، لأن الجزية مرتبة عليها ، صار الأمر يؤول فيها إلى الغرر ، هذا وجه ما ذكر ابن نافع .

قال عبد الحق : سألت بعض شيوخنا [من غير أهل بلدنا] (٢) عن النصرانى يبيع خمراً من مسلم فيجب أن يتصدق بالثمن عليه إن لم يقبضه .
فقلت : رأيت إن كان عليه دين هل يكون الثمن لأهل دينه لأن الصدقة عليه إنما هى من باب العقوبة له وهو لو حصل الثمن فى يده لم ينزع منه فلا يضر بأهل الدين فى الصدقة به ومنعهم منه ؟

(١) فى ج : بلد .

(٢) سقط من أ .

فقال لى : لا شىء لأهل دينه فيه ويتصدق به ، وإنما لأهل دينه ما يملكه ويكون له قبضه ، فأما ما لا [يملكه] (١) ولا له قبضه فلا حق لأهل دينه فيه ، والله أعلم .

قال عبد الحق : ذكر لى بعض القرويين فى عبيد النصرانية إذا أسلموا فوهبتهم لأولادها ، قال : اختلف شيوخنا فى ذلك ، قيل : ليس هذا بخروج من ملكها لأن لها أن تعتصرهم ، وقيل : الاعتصار حادث وملكها الآن قد انتقل حقيقة .

قال عبد الحق : ويؤيد القول الأول ما قال فى « المدونة » فى الأختين تحرم إحداهما بأن تهبها لابن له صغير ، فقال : (ليس هذا بتحريم لأن له الاعتصار) (٢) ومسألة «الكتاب» إنما قال فيها : تصدقت بهم على ولدها لما أسلموا . والصدقة لا تعتصر ، ولم [يذكر] (٣) الهبة ، فاعلم إذا وهب ولد الأمة لغير ثواب فكان الحكم أن يجبر على أن يجمعها بينهما فى حوز [واحد] (٤) لا فى ملك على مذهب «المدونة» أو يبيعهما .

قال ابن حبيب : إذا جمعاهما فى حوز يكون رضاع الولد الموهوب على أمه وإن كره الواهب لبني غيرهم أم لا ، ولا أجر رضاع على الموهوب وهو كمن تصدق بأرض لها سقى وهو [فى] (٥) داخلها فالسقى مع الأرض فى الصدقة للمتصدق عليه وإن لم يذكره ، وبقيّة مؤنة ابنتى غير الرضاع على الموهوب ، [له] (٦) .

قال : وكان ابن القاسم يقول أيضاً : إذا قال المتصدق : لم أتصدق بالولد وأنا أريد أن ترضعه أمه ، فذلك له ويحلف وعلى المعطى أجر الرضاع إلا أن يسترضع له غيرها ، وبالأول أقول .

(١) فى ج . يملكه .

(٢) المدونة (٤/٤١١) .

(٣) فى أ : تعتبر .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من ج .

قال فى الذى باع أمة على الخيار ثم اشترى ولدها فى أيام الخيار بغير خيار فاختر إمضاء البيع فى الأم : يرد البيع إلا أن يجمعها فى ملك .

و [قال] (١) : إن كان [ق/١٣٧ أ] الخيار فى الأمة للمبتاع فاختر الشراء إما أن يجمعها فى ملك أو يبيعها ولم يذكر فى [هذا] (٢) نقض البيع .

فالفارق بين ذلك : إن الخيار فى الأمة إذا كان للبائع فهو يستطيع على نقض البيع ما يحصل تفرقة فلما رضى بإمضائه صار مبتدئ التفرقة بين الأم والولد ففسخ البيع إلا أن يجمعها فى ملك ، وإذا كان الخيار فى الأمة للمشتري فالبائع ليس بيده نقض [الصفحة] (٣) لأن الخيار لغيره فلم تنقض عليه صفقته لهذا ، والله أعلم .

قال عبد الحق : أعلم أن حديث المصرة (٤) [أصل] (٥) فى كل غش أو عيب أن الرد يجب للمشتري من أجل ذلك ، ويستفاد منه أن المشتري لا يرجع بقيمة العيب إذا شاء أن يتماسك وإنما له الرضا بالعيب أو رد البيع فى قيامه ، وقيل : فوته .

واختلف قول مالك فى رد الصاع ، فقال فى رواية أشهب عنه : قد جاء ما يضعف الصاع وهو قوله عليه السلام : « الخراج بالضمان » (٦) فكأنه احتمل عنده أن يكون قوله : « الخراج بالضمان » ناسخ لحديث المصرة ، والأشبه أن يكون ليس بناسخ لأن هذا حديث عام ، قوله عليه السلام : « الخراج بالضمان » فحديث المصرة فيه التخصيص لبعض ما اشتمل عليه قوله : « الخراج بالضمان » والمخصص يقضى به على العام كما المفسر يقضى به على المجمل فليس فى هذا نسخ ، وإنما يقع النسخ فى شىء يتضاد ولا يمكن تخريجه على ما وصفنا ، فاعلم .

وأيضاً فجواب آخر : أن الخراج إنما ينطلق على ما كان حادثاً عند المشتري وهذا

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : هذه .

(٣) فى أ : بيع .

(٤) أخرجه البخارى (٢٠٤١) من حديث أبى هريرة رضى الله عنه .

(٥) سقط من ج .

(٦) أخرجه أبو داود (٣٥٠٨) والترمذى (١٢٨٥) والنسائى (٤٤٩٠) وابن ماجه (٢٢٤٣) وأحمد

(٢٤٢٧٠) وابن حبان (٤٩٢٨) والحاكم (٢١٧٦) من حديث عائشة رضى الله عنها .

قال الترمذى : حسن صحيح .

قال الألبانى : حسن .

اللبن لم يحدث عند المشتري، بل كان يوم عقد البيع موجوداً في [الضروع] (١) .

قال بعض الأندلسيين : وسئل ابن مزين عمن اشترى شاة مصراة فتبين له ذلك بعد الحلاب الثانى فرضى بحبسها ثم اطلع بعد ذلك على عيب فيها فأراد ردها بالعيب ؟

فقال : إن ردها لزمه رد الصاع معها الذى كان وجب عليه فى التصرية .

وذكر أشهب هذه المسألة فى ديوانه وقال : [لا] (٢) يلزمه رد الصاع ، قيل لعيسى بن دينار فى المصراة : إذا حلبها أول مرة فظن أن ذلك منها غريزة ثم حلبها ثانية فنقص لبنها فظن أن ذلك من استنكار الموضع أو نحو هذا ، ثم حلبها الثالثة فتبين له أنها مصراة فجاء ليردها .

قال : أرى أن يحلف ما كان ذلك منه رضا بها ولا رغبة فيها .

قال فى « الكتاب » : وإذا بنى رجل فى أرضك رحى فلك عليه كراء الأرض وأما الماء فلا كراء له .

وحكى عن أبى محمد أنه قال : تقوم الأرض كم يساوى كراؤها على أن فيها هذا المجرى كما هو ؟ وقد قيل فى تأويل المسألة غير هذا ، والصواب ما ذكر عن أبى محمد ، والله أعلم .

فإن اعترض فيه ، قيل : أليس إذا قومت على أن الماء يجرى فيها قد صار للماء كراء ، وقد قال فى « الكتاب » : وأما الماء فلا كراء له ؟ فقال : إنما يعنى ليس للماء كراء على الانفراد يقال : كم قيمة الانتفاع بهذا الماء فى الأمد ، وأما الأرض إذا قومت فلا بد أن يجعل من صفاتها نهراً يجرى فيها ، والله أعلم .

قال غير واحد من شيوخنا من غير أهل بلدنا فى لبن الغنم يشتريه جزافاً فيهلك بعض الغنم : ليس للمشتري رد ما بقى فى يديه وإن كانت التى هلكت أكثر

(١) فى ج : الضرع .

(٢) سقط من ج .

الغنم ويلزمه ما بقى كجوائح الثمار سواء ، وقد قيل غير هذا ، والصواب ما ذكرناه ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما أجاز اكتراء ناقة أو بقرة واستثناء حلابها

استحقاقاً منه لما كان القصد الكراء ليس اللبن ؛ فلذلك لم يجعله كسواء لبن البقرة الواحدة أو الناقة ، ولا نقول : إنه فى حكم [التبع] (١) لمال العبد وما شابه هذا ، لأنه قد قال : يجوز ذلك إذا عرفا وجه الحلاب ، فلو قلنا : إنه فى حكم [التبع] (٢) لزمنا جواز ذلك وإن لم يعرفا وجه الحلاب ، فإنما [نقول] (٣) : إنه استحق ذلك لما كانت الرغبة فى الكراء ، وأما اللبن فمشتري ومقصود على الحقيقة ، فاعلم .

قال عبد الحق : ومن الناس من يجعل هذا اختلاقاً من قوله فى إجازة شراء

لبن البقرة الواحدة ، والأول أصوب ، والله أعلم .

تم كتاب التجارة إلى أرض الحرب بحمد الله وعونه .

(١) فى أ : البيع .

(٢) فى أ : البيع .

(٣) فى أ : يقال .

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ
كتاب جامع العيوب

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا اطلع على عيب وقد حدث عنده عيب مفسد فوجب تخييره بين أن يرجع بقيمة العيب أو يرد ، ويرد ما نقص العيب الحادث عنده إنه إنما يقوم فتعرف قيمة العيب القديم ويعلم أيضاً ما نقصه العيب الذى حدث عنده ، فإذا علم ذلك فحيثذ يخير [ق / ١٣٨ أ] ولا يخير قبل [أن يعلم] (١) ذلك فيكون دخل على أمر مجهول لا يعلم مقداره .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٢) فى قول ابن حبيب : إذا كان الذى حدث بالعبد عنده مثل سرقة أو شرب خمر أو زنا إنه [ق/٥٥ج] يرده ، ولا شىء عليه فى نقصان ذلك ؛ إذ ليس هو تأثير فى البدن يحتمل أن يكون هذا خلافاً لقول ابن القاسم ، ولا فرق على مذهب ابن القاسم بين أن يكون ما حدث عنده تأثيراً فى البدن أو غير تأثير ؛ لأنها عيوب كلها تنقص العبد نقصاناً كثيراً ألا ترى أن ابن القاسم يقول : يرد ما نقص عيب النكاح ، وهذا ليس بتأثير فى البدن ، فكذلك يجب على مذهبه فى السرقة والزنا وسائر ما ذكره ابن حبيب ، والله أعلم .

وإذا قال المشتري : أنا أمسك وأرجع بقيمة العيب ، فقال البائع : أنا أرد [عليك] (٣) الثمن وأخذ السلعة معيبة ، إنما قال ابن القاسم : إن ذلك للبائع ؛ لأن المشتري إنما يحتج الرجوع بقيمة العيب بالنقصان الذى يرد مع رقبة العبد ، فذلك فوت يوجب له قيمة العيب ، فإذا سقط عنه النقصان صار العبد المشتري كأنه لم يحدث فيه عيب إذا أسقط عنه البائع ما يجب فيه فلا كلام للمشتري ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : والحادث من العيوب على أصل ابن

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : شيوخ صقلية .

(٣) فى أ : إليك .

القاسم، ومذهبه على ثلاثة [أوجه] (١) :

فوجه يرد فيه العبد ولا يغرم ما نقص دلس البائع ، أم لا .

ووجه إذا رد العبد رد ما نقص [العيب] (٢) إن كان البائع غير مدلس وإن كان مدلساً لم يرد ما نقص .

ووجه يرد فيه ما نقص كان البائع مدلساً أم لا .

بيان هذه الجملة : [إن] (٣) كان العبد أبقاً فأبق عند المشتري أو سارقاً فسرق عند المشتري ، فهذا إذا رد العبد من أجل الإباق لم يرد [معه] (٤) ما نقصه الإباق الذى أحدثه العبد عنده ؛ لأن هذا هو العيب [الذى] (٥) يقوم به ، وإنما تكرر الأمر الأول نفسه الذى يرد العبد من أجله كان البائع مدلساً أو غير مدلس ، فإن قام بإباق وقد أبق العبد عند المشتري فهلك أو قام بسرقة وقد سرق العبد عند المشتري فقطعت يده فهاننا إن كان البائع مدلساً رجع عليه المشتري ولم يغرم له شيئاً ، وإن كان غير مدلس فلا يرد العبد إلا بما نقص فى قطع [اليد] (٦) أو يرجع بالثمن فى مسألة : إذا أبق فهلك ؛ لأن قطع اليد والهلاك غير الأمر الأول الذى يقوم به على البائع لكنه بسببه كان ، فأما إن دلس بالإباق فزنا فهاننا لا بد أن يرد ما نقص لأن هذا ليس الأمر الأول ولا يكون بسببه فسوء دلس البائع [أو] (٧) لا ، فتدبر الثلاثة [أوجه] (٨) فهى بيّنة ، والله أعلم .

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا اشترى عبيدين أحدهما وألفى الآخر معيباً يرد المعيب ويرجع بما يخصه [من الثمن] (٩) كان المعيب وجه الصفقة أو لا إذا كان

(١) فى ج : أقسام .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : إذا .

(٤) زيادة من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : يده .

(٧) فى أ : أم .

(٨) فى أ : وجوه .

(٩) سقط من ج .

الثلث عينا ، وكذلك إن كان الثلث عرضاً قد فات ، فأما إن كان الثلث عرضاً قائماً فهاهنا يفترق وجه الصفقة من غيره ، فإن كان المغيب وجه الصفقة رده وقيمة الهالك ورجع في غير عرضه ، وإن كان المغيب ليس بوجه الصفقة رجع بحصته من قيمة العرض لا في عينه لضرر الشركة ، هذا مذهب ابن القاسم .

وإنما [لم] (١) يفترق وجه الصفقة من غير إذا كان الثلث [عيناً] (٢) ؛ لأنه إن كان أن يرد قيمة الهالك إذ العيب بوجه الصفقة رد قيمة ذلك عينا ورجع في عين ، فلا فائدة في ذلك ، فأما إذا كان عرضاً فكلف غرم قيمة التالف غرم ثمناً ورجع في عرض فهذا مفترق ، وإذا كان عرضاً قد فات صار كالعين لأنه يرجع إلى القيمة وهي ثمن ، فاعلم افتراق ذلك .

واعلم أنه إذا وجد العيب بأرفع العبدین وكان الأدنى إنما حال سوجه ، ردهما جميعاً وليس ذلك بفوت كما أنه لو كان العيب في سلعة واحدة اشتراها ردها وإن حال سوقها ، لأن الأدنى تبع للأعلى ، فما حدث عليه من حوالة الأسواق كمثل حوالة سوق الأعلى بنفسه ، وهذا بين ، والله أعلم .

اعلم أن قول سليمان بن يسار في العبد يبيعه ويحبسه البائع حتى يقبض الثلث فمات : إن ضمانه من المشتري ، أحسن من قول ابن المسيب ، وذلك أنه لا يخلو هذا العبد أن يجرى مجرى الرهن بما أمسكه البائع ليقبض الثلث ، أو يجرى مجرى الودائع إن تركه المبتاع بيد البائع طوعاً ، وفي كلا الوجهين يرتفع الضمان ، لأن الرهن إذا كان لا يغاب عليه ضمانه من الراهن ، والوديعة هي من صاحبها على كل حال . [ق/١١٣٩] .

قال ابن حبيب : فإن اختلفا بعد ضياع ما يغاب عليه فقال البائع : أبحتك لكَ فتركته [بيدي] (٣) وقال المبتاع : بل حبسته عنى ، فإن علم هلاكه فهو من المبتاع

(١) سقط من ج .

(٢) في ج : عرضاً .

(٣) في أ : في يدي .

كيفما تركه وإلا صدق المتباع مع يمينه وضممه البائع حتى يقيم بينة أنه أباحه له فتركه بيده ، وقاله ابن القاسم وأصيح .

قال مالك فى رجل ابتاع أمة فأراد أن يتخذها أم ولد فإذا نسبها من العرب فأراد ردها لذلك خوفاً أن تلد منه وتعتق فتجر العرب ولاءها دون ولده وأنه ليس بعبى ؟ ذكر عن [. . .] (١) أنه قال : قوله : (فتجر العرب ولاءها) [يريد] (٢) إن نسبها يستفيض ويغلب حتى ينسى ولاءها فيقال : فلانة بنت فلان ، ولا يقال : فلانة مولاة فلان ، هذا الذى يعجر الولاء ، (لا أن) (٣) الولاء ينتقل عن المعتق بحال .

وسئل يحيى بن عمر عن قرشى تزوج أمة رجل من العجم فأولدها فأعتق الرجل ولد القرشى .

فقال : إنهم يرجعون إلى أنساب قريش حتى كأنهم لم يمسه رق قط ، وكذلك العرب لأن أنسابها معروفة يتوارث بها ، واحتج بمسألة مالك [هذه] (٤) .

ورأيت لبعض الأندلسيين : قال : جميع أصحاب مالك مجتمعون : أن الولاء لمن أعتق ما لم يكن المعتق من العرب ، فلا يكون لمن أعتقه ولاء ، إلا أشهب فقال : ولاؤه لمن أعتقه .

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا ابتاع عبداً بيعاً فاسداً فلم يقبضه حتى أعتقه المشتري ولا مال له لا يجوز عتقه ويفسخ البيع إن لم يكن فى العبد فضل للعتق لأنه لم يصح عتقه ولا عتق شيء منه فهو بيع فاسد قائم يرد على بائعه ، فإن كان فيه فضل عن القيمة التى لزم المشتري بيع من العبد مقدار القيمة وعتق ما بقى ويباع على التبعض ، وصفة ذلك أن تكون القيمة عشرين وهو يساوى ثلاثين ، فيقال : من يشتري منه بعشرين ، فيقول رجل : أنا آخذ نصفه بعشرين على أن [يكون] (٥)

(١) لم أتبينه .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : لأن .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من أ .

نصفه الثاني حرّاً ، ويقول الآخر : أنا أخذ ثلثه بعشرين ، ويقول الآخر : أنا أخذ ربه بعشرين على أن يكون الباقي حرّاً ، على هذا المعنى يكون النقصان في جزء الرق والزيادة في جزء العتق ، فاعلم ذلك .

[فإن] (١) كان إن بعناه على هذا المعنى لم يسوى إلا [التام] (٢) اليسير من أجل عينه بالعتق الذي يحصل فيه وإن بيع كله سواء أكثر من القيمة التي لزمّت ، فقد قال بعض شيوخنا القرويين : من ابتاع كله بغير شرط عتق وما فضل عن القيمة يجعل في رقبته .

قال عبد الحق : فإن كانت القيمة التي [لزمّت] (٣) أكثر من الثمن الذي عقدا به البيع ، ففي « كتاب ابن المواز » : قال فيها أشهب : يرد من عتق العبد قدر الثمن فقط الذي وقع به البيع ، لأنه لم يلزمه ما سوى ذلك من بقية القيمة إلا بعد عتقه ، ولكنه يتبع بذلك ديناً لأنه مما لم يحكم به إلا بعد العتق .

قال محمد : وهذا مذهب ابن القاسم وهو رجوع من أشهب إلى قول ابن القاسم في مسألة [الدور] (٤) الذي أعتق عبده وعليه دين يحيط بنصف قيمته ثم استدان بعد عتقه ديناً آخر ، فزعم أشهب أنه يرد عتقه كله .

وقال ابن القاسم : لا يرد إلا قدر دين الأول [ويتحاص الغريم] (٥) في ثمن ما رد من عتقه .

اعلم أنه إذا أقام المشتري بينة أنه ابتاع بيعاً فاسداً والبائع منه غائب وكان المبيع قد فات فحكم [الإمام] (٦) بالقيمة على المشتري وفيها فضل عن الثمن الذي أخذ البائع لا يأخذ السلطان ذلك الفضل فيوقفه بل يبقيه [ق/٥٦ج] في ذمة المشتري ولا

(١) في أ : وإن .

(٢) هكذا الأصل .

(٣) في أ : ألزمنه .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : ويتحاصن الفرعين .

(٦) في أ : الحاكم .

ينقله من ذمة إلى أمانة ؛ ولأن السلطان أيضاً لا يحكم [لغائب] (١) فى أخذ ديونه إلا أن يكون مفقوداً أو مولى عليه إلا أن يقول الذى عليه الدين : لا أريد بقاءه فى ذمتى ، ويقول للسلطان : خذه فياخذه منه السلطان ، وهكذا قال بعض شيوخنا من القرويين .

اعلم أن عيوب الدار على ثلاثة أوجه :

فوجه لا ترد به الدار ولا ترجع [على البائع] (٢) من أجله بالعيب الكثير ، وما يخشى منه سقوط الدار ، وسقوط الحائط من أجل الصدع الذى فيه .

ورأيت فى أسئلة سئل عنها بعض شيوخنا لأبى محمد بن أبى زيد - رحمه الله - فى الدار إذا وجد فى حائط منها صدعاً قيل لأبى محمد : لم لا يردها ؟ وما الفرق بينها وبين سائر السلع ؟

فقال : الدار تفارق السلع فى أشياء كثيرة فى البيع ، ألا ترى أن الدار إذا اشترت ثم سحق بعض جدرانها تملك جميعه (ق/ ١٤٠) أو بشركة أو حمل جذوع لجاره إن ذلك لا ترد به ولا يرجع المشتري فى ذلك على البائع بشيء ؛ لأن ذلك أمر متعارف فى الدور لا تكاد دار أن تسلم من ذلك إلا أن يشترط المشتري على البائع فى شراء الدار الأربع الجدران فيستحق منها شيء فها هنا يرجع المشتري على البائع بمصابة ذلك من الثمن ، وأما فى البيع المتمم فلا يرجع عليه بشيء وهى أيضاً إذا سحق بعضها وكان الأقل بيده الثانى بحصة من الثمن ، فلذلك فارق حكمها حكم الحيوان والثوب ، وذكر أن ذلك قول مالك وأصحابه .

قال عبد الحق : وضعف هذا بعض شيوخنا من القرويين ، وقال : إنما وجب أن

يرجع بقيمة العيب فى الدور لأن الأغلب فى شرائها الفنية ولا تشتري للأثمان والتجارة فلم يكن العيب القليل موجباً لرد الدار ، والسلع غيرها تشتري [للتجارة] (٣)

(١) فى أ : على الغائب .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

والأثمان في الأغلب فكان العيب الذى يؤثر في عينها موجباً للرد ، كما فرقنا بين الرباع وغيرها من العروض في فوت ذلك إذا كان البيع فاسدا فلم تكن حوالة الأسواق فيها فوتاً ؛ إذ ليست في الأغلب مشتراة للأثمان وكانت حوالة الأسواق من العروض فوتاً إذ الأغلب شراؤها للثمن فكان التأثير فيها قوياً لهذا ، والله أعلم .

قال : قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (١) : إذا وجد الأمة رسخاء لا

يردها ، لأنه شىء يرى ويظهر ولو اشتراها وهى غائبة على صفة فوجدها رسخاء لكان له الرد لأنه شىء لم يشاهده .

قال عبد الحق : ذكر عن سحنون في الزعراء العانة ، وقال : معناه إذا لم

ينبت الشعر في عانتها فهو عيب في وطئها ؛ لأن الشعر يشد الفرج فإذا لم يكن شعر استرخى .

قال عبد الحق : ورأيت لابن حبيب قال : هو ما تبقى عاقبته من الداء السوء

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا باع عبداً اشتراه ثم اطلع على عيب لا يرجع على

بائعة شىء عند ابن القاسم كان ما باع به أقل من الثمن الذى اشترى به أو أكثر لأنه على أحد أمرين كما ذكر إما عالم بالعيب فقد رضى به لما باع ، أو غير عالم فلم ينقص من أجل العيب شىء ، وهذا تعليل جيد .

قال ابن القاسم في « كتاب ابن المواز » : ولو أن [المشترى] (٢) باع بعد أن

علم بالعيب إلا أنه ظن أنه عنده حدث فباع وبين ذلك لمن اشتراه ، ثم علم أن العيب كان عند البائع فإن كان باع بأقل من رأس ماله كان على البائع أن يدفع بقية رأس ماله أو قيمة ذلك العيب ما شاء من ذلك البائع ، غير لو نقص من أجل العيب ولم يعلم أنه كان به عند بائعه أو باعه وكيل له أو غير ذلك بهذه الوجوه لرجع عليه بقيمة العيب أو يعطيه البائع بقية رأس ماله .

(١) فى أ : شيوخ صقلية .

(٢) فى أ : المتباع .

قال عبد الحق : بعد طرد ابن القاسم الأغلال الذي وصف فإذا وجده قد نقص من أجل العيب بالوجوه التي تقدمت إما لأنه ظن أن عنده حدث أو باعه وكيل له وتبرأ من العيب ، ولم يعلم أن الأمر اشتراه على أن لا عيب فيه فله مطالبة بئعه بما ذكر .

قال في « المدونة » : (فإن رجع إليك العبد فلك القيام بالعيب) .

قال أشهب : إن رجع بشراء فيخير في رده على بئعه منه أخيراً أو على البائع الأول .

فإنما يصح ما قال أشهب إذا لم يعلم بالعيب حتى اشتراه ، وقد وقع في سؤال المسألة الذي يائره كلام أشهب : إذا ادعى عيباً بعد بيعه ، قال : لا كلام له ، ثم قال : فإن اشتراه فله القيام بالعيب ، ففي هذا السؤال لا يصح أن يردده على البائع منه أخيراً لأنه قد اشتراه منه ، وقد تقدم علمه بالعيب فكلام أشهب ليس على السؤال وإنما جرى جوابه إذا لم يعلم حتى اشتراه فهاهنا يخير كما ذكر ، لكنه وإن كان قد علم بالعيب قبل أن يشتريه له أن يردده على البائع منه ولا يضره علمه بالعيب ؛ لأن من حجته أن يقول : إنما اشتريته لأرده عليه ؛ إذ قد بقيت حصة العيب عنده ، فأما البائع منه أخيراً فلا حجة له في رده عليه ؛ لأنه اشتراه منه علماً بعيبه ، وهكذا قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (١) : إن له رده على البائع منه أولاً ولا يردده على البائع منه أخيراً إذا كان علم بالغيب قبل شرائه منه .

وذهب غيره إلى أنه لا يراده لا على البائع منه أولاً ولا أخيراً إذا علم بالعيب قبل شرائه ، والصواب ما قدمناه .

قال بعض [ق/١٤١أ] شيوخنا من القرويين : إذا اطلع على العيب بعد بيعه إياه فلم يرجع بشيء - على ما ذكر ابن القاسم - ثم باعه المشتري منه من بائع باعه

(١) في أ : شيوخ صقلية .

فلا تنتقض البياعات ؛ لأن هذا شراء حادث ، قال : وغيرى يخالفنى فى هذه المسألة ويرى أن ذلك كالأستحقاق وتنتقض البياعات كلها .

قال : وعلى قول أشهب إذا رجع بالأقل من قيمة العيب أو بقية رأس ماله كما وصفنا ثم رجع إليه بشراء أو غيره فله أن يرده على البائع منه ، وغيره يخالفه فى هذا أيضاً ويراه حكماً قضى به لما رجع بالأقل .

قال عبد الحق : ورأيت فى « كتاب ابن حبيب » قال : إذا باعه المبتاع بمثل الثمن فأكثر ثم رجع إليه بشراء أو ميراث أو هبة وهو بحاله لم يتغير فأراد رده بالعيب على بائعه ، فإن كان قد قام عليه قبل أن يرجع [عليه] (١) فقضى عليه أن لا يرجع بشىء لخروجه من يده بالبيع بمثل الثمن أو أكثر فلا قيام له الآن ، وإن لم يكن قام عليه ولا حكم بينهما بشىء فهو على أمره يرد أو يحبس .

وفى « كتاب ابن المواز » ، قال ابن القاسم : إذا باعه فعاب عند المشتري الثانى بما يوجب الرجوع بقيمة العيب من ثمنه فرجع بذلك ، فإن للمشتري الأول حيثئذ أن يرجع على بائعه بقيمة ذلك العيب من ثمنه هو ما لم تكن أكثر مما غرم للمبتاع منه فلا يرجع إلا بما غرم .

قال محمد : ما لم تكن أكثر من بقية رأس ماله ، فإنما له الأقل من الثلاثة الأوجه .

قوله : (إذا وجد العبد مختئاً) يريد يؤتى (والأمة المذكورة) يريد التى هى مخيلة لشرار النساء فإذا اشتهرت بذلك فهو عيب ، هكذا فى « كتاب ابن حبيب » قال : وأما توضيح كلام العبد ولينه فى خلقه ، وتذكير كلام المرأة فى طبعها وهما سالمان من الفاحشة ، فليس ذلك عيباً يردان به .

قال بعض (شيوخنا من أهل بلدنا) (٢) : هذا الذى فسره ابن حبيب ليس بخلاف « المدونة » وإنما شرط فى الأمة إذا اشتهرت بذلك لأن هذا لم يثبت وإنما

(١) فى أ : إليه .

(٢) فى أ : شيوخ صقلية .

نسب إليها ، فلذلك شرط اشتهاها بذلك ، فاعلم .

رأيت لبعض الأندلسيين : إذا ادعى البائع على المبتاع لما رد عليه بعيب أن مخبراً أخبره أنه رضيه .

قال : يحلف البائع لقد أخبره مخبر ، وكذلك يحلف المبتاع ، قال : وهكذا رواه يحيى عن ابن القاسم قال : وكان بعض مشايخنا يقول : ويلزمه أن يقول فى يمينه : أخبرنى مخبر صادق .

قال : وإن أقام البينة المخبر وقال : هذا الذى أخبرنى سقطت عنه اليمين إن كان المخبر مسخوطاً فى حاله ، قال : وهكذا كان يقول فيه بعض مشايخنا .

قال فى « الكتاب » : إذا باع سلعة بمائة دينار ثم أخذ بالمائة ثوباً [ق/٥٧ج] فألفاه معيباً فرده يرجع بالمائة .

وهذا مما لا اختلاف فيه وكذلك من أخذ من ثمن الطعام طعاماً إنما ينقض عليه البيع الآخر وإنما اختلف الناس فى السلعة الأولى .

ذكر عن ابن لبابة أن قوله : (إنما اختلف الناس فى السلعة الأولى) يريد أن يوجد العيب بالسلعة الأولى فترد ويأخذ الذى ردها ثوبه وتسقط المثاقيل ، هذا القول الذى قاله أهل العراق ، ومالك يقول : إذا ردها أخذ مثاقيله التى وقع بها بيعه وأخذ السلعة عنده عن المثاقيل خلاف [أخذ] (١) الدراهم عن المثاقيل .

قال ابن لبابة : وقد قال ابن القاسم : إن القياس فى الدراهم لا يأخذ إلا مثاقيل ، وقد تأول بعض الناس أن قوله : « فى المسألة الأولى » إنما يقبضه فيمن اقتضى طعاماً من طعام إذا اشترى ثوباً فقطعه ثم اطلع على عيب وقد نقضه القطع ، فقال البائع : علمت العيب والقيمة .

قال مالك فى « كتاب ابن المواز » : لا يحلف البائع حتى يخير المشتري فإن اختار الإمساك والرجوع بقيمة العيب فلا يمين على البائع ، وإن اختار الرد حلف

البائع وغرم له المشتري قيمة القطع .

قال أصبغ في « كتاب ابن المواز » : ولو قطعه وخالطه فاختار المشتري حبسه والرجوع بقيمة العيب ، فقال البائع : أنا أقبل ثوبى ولا ألزمك نقصان عيب قطعه ولزم لك خياطتك حتى لا يكون لك حجة لتحبسه بها فليس ذلك للبائع ، وليس هو مثل قوله : أنا أطرح عنك قيمة عيبه الحادث إذا لم تكن فيه خياطة ، كما ليس للمبتاع أن يقول : أنا أردته عليك وألزمك قيمة خياطة تغرمها .

يعنى أن ذلك إنما افترق من أجل الصنعة [ق/١٤٢أ] التي للمشتري فيه وهي الخياطة التي أحدث ؛ فلذلك لم يكن له أن يعطيه الثمن ويأخذه .

قال عبد الحق : إذا رد المشتري الثوب وقد صبغه صبغاً يزيد في ثمنه ، حكى عن الشيخ أبى الحسن أنه قال : إنما تُقَوَّم يوم الحكم لا يوم البيع ؛ لأنه إذا رده فقد فسخ البيع بالقيمة يوم الحكم لا يوم البيع .

قال عبد الحق : إنما قال فى الرد بالعيب : (يكون شريكاً بما زاد الصبغ) وقال فيمن استحق ثوباً من يد مشتر وقد صبغه فأبى أن يعطيه قيمة الصبغ وأبى المشتري أن يعطيه قيمة الثوب فوجب أن يكونا شريكين المشتري يكون شريكاً بقيمة الصبغ ولم يقل بما زاد الصبغ من أجل أن الذى يرد بالعيب لو شاء تمسك وأخذ قيمة العيب فلما كان باختياره لم يكن شريكاً إلا بما زادت صنعته فى الثوب ، والمستحق من يد الثوب لا خيار له وهو مجبور على أن يؤخذ من يده فكان شريكاً بقيمة الصبغ لهذا ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى مسألة الذى اشترى عبداً فباع نصفه ثم اطلع على عيب فكان الحكم تخيير البائع كما وصف ثم بعد ذلك رد مشتري نصف العبد ما اشتراه بالعيب وكان البائع قد غرم نصف قيمة العيب ، فالآن قد حصلت السلعة كلها بيد المشتري ، فللبائع أن يقول له : إنما غرمت لك نصف قيمة العيب من أجل تبعض السلعة والآن قد حصلت جميعها عندك ، فيقال للمشتري : رد الآن

الجميع وخذ ثمنك ، أو احبس ولا شيء لك ، والمشتري هذا أيضاً ، وإن لم يشأ البائع لأنه إنما كان الحكم تخيير البائع كما وصفنا لضرر الشركة في السلعة فإذا صارت كلها بيد المشتري رجعا إلى ما يوجب الحكم في العيوب من قبول المشتري السلعة بالعيب ولا يرجع بشيء أوردتها ويأخذ ثمنه ولا يكون ما نزل بينهما كحكم مضى ، وقد ذهب غيره إلى أن الأمر لا ينتقض وذلك شيء مضى لا ينقض ، والله أعلم .

واعلم أنه على قول أشهب إذا باع نصف العبد يراعى ما باعه به فإن كان بأقل من نصف الثمن الذى اشترى هو به رجوع بالأقل من تمام نصف الثمن أو نصف قيمة العيب ولو باع نصفه وهب نصفه ، فأما النصف الذى باعه فلا رجوع له من جهته بشيء على قول ابن القاسم ، ومذهب أشهب على ما قدمناه ، وأما النصف الذى وهب فيرجع فيه بنصف قيمة العيب على القولين جميعاً ، وأما إن وهب نصفه وبقي نصفه بيده فالنصف الموهوب قد وجب له الرجوع فيه بنصف قيمة العيب . ويخير البائع بين أن يغرم نصف قيمة العيب فى النصف الآخر فيكون قد غرم قيمة العيب كله أو يأخذ نصف العبد ويرد نصف الثمن ، وهذا كله بين فاعلمه .

اعلم أنه إذا أتى البائع فتبرأ من عيب بعد تقدم بيعه وأتى بيينة على العيب الذى ادعاه .

قال أشهب فى « كتاب ابن المواز » : لا تنفعه البيينة إن لم يقبلها المشتري إلا بإيقاف السلطان له فى الأخذ أو الرد ، فإن لم يثبت بيينة ولم يقبل منه المشتري ما زعمه وليس العيب بظاهر ثم أراد المشتري بعد ذلك أن يرده .

قال فى « كتاب ابن المواز » : فإن كان البائع مقيماً على إقراره بالعيب رد عليه وإلا فليس له ذلك .

قال بعض العلماء : إنما فرق مالك بين البراءة فى الرقيق وغيرها ، لأن عيب الرقيق قد لا يعلم إلا من جهته فربما لم يظهر ما به ويكتم ذلك ، وله فى ذلك غرض صحيح وهو محبته أن يكون عند بائعه الذى هو عنده لا يخرج عنه فيكتم ما

به لثلا يباع فيجوز لبائعه بيعه بالبراءة إذا لم يعلم بالعيب وليس كذلك سائر الحيوان لأن كتمانها لعيوبها مستحيل منها لعجمتها فافترقا لهذا ، والله أعلم .

قال ابن حبيب : وإنما يجوز أن يبيع الرقيق بالبراءة من قد لبث عنده العبد واختبره فلم يعلم به ، فأما إن لم تطل إقامته عنده ولم يبق في يديه ما يختبره فيه فيكره له أن يبيع بالبراءة ؛ لأنه يصارع المخاطرة .

قال أصبغ : فإن وقع مضى ولم يفسخ .

قال ابن حبيب : وهو يرى في بيع البراءة من كل عيب لم يعلمه ، وإن أتى ذلك [ق/١٤٣] على كل الثمن قاله مالك وأصحابه ، إلا المغيرة فإنه قال : هذا ما لم يجاوز العيب ثلث الثمن ، فإن جاوزه رد ولم تجز فيه البراءة ، ولسنا نقول به .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما قال : إن الوكيل عليه أن ينقد الثمن ، وإن قال : إني إنما أشتري لفلان حتى يشترط أن فلاناً [ينقد دوني ، وقال : إذا قال : إن السلعة التي أبيع لفلان لا عهدة عليه] (١) ، من أجل أن العهدة إنما هي قد تطرأ يوماً ما والبيع قد يتأخر فيه ، وصح قبض الثمن والمثمون ، وأما نقد الثمن فالوكيل قد أخذ شيئاً فعابه إذا عوضه ، فليس ذلك كالعهدة الطارئة بعد التفاضل من الثمن والمثمون ، والله أعلم .

قال : إذا رد السلعة بعيب رد السمسار الجعل .

قال أبو بكر بن اللباد : معناه إذا لم يدلس ، [البائع] (٢) أما إن دلس فجعل الأجير .

حكى عن الشيخ أبي الحسن قال : هذا إذا لم يعلم السمسار بالعيب فله الجعل ، أو كان البائع قد دلس ورد الثوب أو لم يرد [فإن] (٣) كان السمسار علم بالعيب أيضاً فدلس به كما دلس البائع ، فإن رد الثوب فلا جعل له ، وإن لم يرد فله أجر مثله .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : فأما إن .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصلح

قال ابن القاسم : ومن ابتاع عبدا بمائة دينار دفعها إلى بائعه ، ثم أصاب بالعبد عيباً ، والعبد لم يفت فصالحه البائع على عشرة دنانير بعدها جاز ؛ لأنه استرجع عشرة من دنائيره وأخذ العبد بتسعين .

يريد أن العشرة دنانير من سكة الثمن المدفوع ، ولو كانت من غير سكة الثمن لم يجز وهو عرض وذهب بذهب .

قال في « الكتاب » : وإن كانت الدنانير إلى أجل لم تجز ؛ لأنه يبيع وسلف من المشتري للبائع إلا أن يكون تأخيرها من غير شرط فيجوز .

قال عبد الحق : فينبغي هاهنا إذا كانت الدنانير إلى أجل بشرط فتراضيا على تعجيل العشرة وإسقاط الأجل أو كان البائع خاصة هو الذي دعا إلى تعجيل العشرة أن ينظر فإن فعلا ذلك قبل افتراقهما من المجلس الذي عقدا فيه أن تكون العشرة إلى أجل ، فذلك جائز ، وأما إن افترقا ثم فعلا ما وصفنا فذلك غير جائز ؛ لأنهما لما افترقا صارت العشرة كسلف غيب عليه والسلف [ق/٥٨ج] إذا غيب عليه لم يجز لمشرطه إسقاطه وإتمام البيع لأن الربا قد تم بالغيبية عليه ويكون البيع منقوضاً ، وإن فات ففيه القيمة ما بلغت على ما قال سحنون - رحمه الله .

فإن قيل : فإنهما وإن لم يفترقا من المجلس فقد كان البائع قبض الثمن الذي جعلت العشرة منه سلفاً ، وغاب على ذلك فهلا كان غير جائز لأنه سلف غيب عليه؟

قيل : ليس الأمر كما ذكرت ، لأن البائع إنما قبض الثمن أولاً على أن جميعه ثمن لعبده لم يقبضه على أن شيئاً منه سلف [ق/١١٤أ] فهو قبض صحيح ، وإنما الآن بما أخذناه يجعل بعض المقبوض كسلف بالافتراق يتقرر بينهما سلف غيب عليه ، ونحو هذا حفظت عن بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (١) .

(١) في أ : شيوخ صقلية .

قال في «الكتاب» : وإن صالحك البائع على أن دفع إليك مائة درهم إلى شهر لم يجز ؛ لأنك فسخت قيمة العيب من الذهب في دراهم إلى أجل ، فذلك ذهب بورق إلى أجل ، والذي عبر بعض المختصرين عن هذا أيجاد وذلك أنه قال : لأنه بيع عند نقد أو دراهم إلى أجل بدنانير نقداً فذلك صرف مستأخر .

وإنما قلنا: إن هذه العبارة أيجاد ، لأن [قيمة العيب] (١) لم تجب و [...] (٢) لأن العبد قائم لم يفت فكيف يقال : إنه فسخ قيمة العيب من الذهب في دراهم ، ولو كان الصلح هاهنا على عرض نقداً جاز كان البائع قد انتقد الثمن [أم لا] (٣) ولو كان العرض مؤجلاً جاز إن لم يكن البائع انتقد الثمن ، فإن كان البائع قد انتقد الثمن فقد قال أصبغ : لا يجوز وهو دين في دين ، ولو فات العبد فصالحه البائع على عرض إلى أجل ولم يكن البائع قبض الثمن فذلك جائز ، لأن حصة العيب قد وجبت للمشتري بفوت العبد فباعها المشتري من البائع بعوض إلى أجل فذلك جائز إذا عرف حصة العيب ، ولو صالح البائع على دراهم إلى أجل لم يجز ؛ لأن المشتري باع حصة العيب وهي ذهب بدراهم إلى أجل ، فهذا صرف مستأخر ، وأما بعرض أو دراهم معجلة فجائز بعد المعرفة بحصة العيب ، ونحو هذا لأصبغ ، وهو بين فتدبره .

قال في «الكتاب» : ولو ابتاع العبد بدراهم إلى أجل فطعن فيه بعيب ما ذكره البائع وزعم أنه لم يكن عنده فرده المشتري قبل الأجل مع دراهم أو دنانير نقداً لم يجز ويدخله في رده دراهم يبيع وسلف من المشتري للبائع يقبضه من نفسه لنفسه ، وفي زيادة الدنانير تأخير الصرف .

قال عبد الحق : إجراء هذه المسألة مجرى البيع المبتدأ وهي كمسألة ربيعة في الحمار إذا أقاله منه يدخلها ما دخلها ، فإذا كان العبد المردود مع ما يعجله من

(١) في أ : قيمته .

(٢) قدر كلمة لم أتيناها .

(٣) في أ : أم لم ينتقض .

الدرهم دون الثمن المؤجل فهو « ضع وتعجل » كما قال ربيعة فى مسألة الحمار فى قوله : إنما ذلك بمنزلة من اقتضى ذهباً فتعجلها من ذهب وهو عرض وذهب بذهب مع البيع والسلف ، كما قدمنا .

قال فى كتاب الصلح : ولو حل الأجل جاز أن يزيده مع العبد عرضاً أو دنائير أو دراهم نقداً .

فأما قوله : (دراهم) والبيع قد وقع بدراهم فهذا بين أنه جائز ، فأما إذا دفع دنائير فكيف يجوز هذا وهو يمنع من بيع وصراف ، وإنما يصح هذا لو دفع ذهباً أقل من دينار وهو قد قال : ادفع دنائير فهذا غير صحيح على ما بنى المسألة عليه من جعله المسألة كالبيع المبتدأ ، ولعله جرى على غير تحصيل ، والله أعلم .

قال غيره فى « الكتاب » فى فوت العبد بعثت أو موت أو تدبير وقد ابتاعه بدراهم مؤجلة : لا يجوز أن يزيده البائع دراهم نقداً ؛ لأنها سلف للمبتاع يردّها بما عليه إلى الأجل ، وإنما ينبغى أن يضع عنه حصة العيب مما عليه قصاصاً .

فحكى عن الشيخ أبى الحسن بن القاسبي رحمه الله أنه قال : قوله : (إنها سلف للمبتاع يردّها إلى الأجل) يريد أنه سلف من البائع للمبتاع دفع به عن نفسه خصومة المبتاع له فى قيمة العيب ؛ لأنه لو لم يرض تعجيل ما عجل له لأمكن أن لا يوافق على قيمة العيب فإذا أمكن ذلك صار سلفاً جر منفعة .

وذكر عن أبى محمد - رحمه الله - أنه قال : لا أدرى ما معنى قول [ق/١٤٥أ] غيره : (إنه سلف للمبتاع) وإذا كانت الدراهم التى يعطيها البائع نقداً مثل حصة العيب والعبد قد فات مما يمنع عندى من سلفها شىء إلا أن تكون الدراهم التى يعطيه البائع أقل من حصة العيب فيستهم البائع فى دفع قليل فى كثير ، والله أعلم .

قال عبد الحق : على اعتلال الشيخ أبى الحسن لا يجوز ذلك كان المدفوع مثل حصة العيب أو أقل أو أكثر بخلاف ما قال أبو محمد ، فاعلم .

قال عبد الحق: قال غير واحد من [شيوخنا من أهل بلدنا] (١) فى مسألة الطوق إذا صالحه على دراهم من سكة الثمن فتأخرت من غير شرط : لم يجز ذلك ، بخلاف ما قال فى مسألة العبد .

قال عبد الحق: ولو وقع الصلح فى مسألة الطوق بعرض نقدًا فهو بيع وصرف فلا يجوز إلا أن يكون العرض يسيرًا ، وأما إن كان العرض إلى أجل فلا يجوز على [كل] (٢) حال لأنه كبيع طوق معجل وعرض إلى أجل بثمن معجل فتأخير ما مع الطوق كتأخير الطوق ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين: إذا وقع صلحهما من مائة درهم ادعاها عليه على خمسين إلى أجل والمدعى عليه منكر لا يجوز ذلك على قول مالك ، لأن المدعى عليه لو نكل عن اليمين وحنث على المدعى فصار المدعى قد انتفع بطرح اليمين من أجل تأخيره بالخمسين إلى الأجل ، فذلك سلف جر نفعًا .

وابن القاسم لما سئل : إذا كان الصلح على الإنكار ، قال : لم أسمع من مالك فيه شيئًا ، وجوز هو ذلك وساوى بين الإقرار والإنكار ولا يستوى ذلك عند مالك على ما بينا ، والله أعلم .

قال عبد الحق: وقع فى مسألة الشريكين فى دين لهما يبيع أحدهما [نصيبه] (٣) من الغريم أو يصلحه [من] (٤) غير الطعام والإدام ، فرأيت لبعض الأندلسيين قال : إذا كان الذى على الغريم طعام من بيع باعاه منه فلا يجوز لأحدهما أن يأذن لصاحبه فى الخروج لاقتضاء حقه خاصة ؛ لأنها مقاسمة فيدخله بيع الطعام قبل استيفائه ، فلذلك قال فى صدر المسألة : غير الطعام والإدام .

قال عبد الحق: ويحتمل عندى أن يكون شرطه غير الطعام والإدام إنما هو عند

(١) فى أ : شيوخ صقلية .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : حصته .

(٤) فى أ : منه على .

ذكره بيع أحدهما نصيبه أو صلحه منه ، لأنه إذا كان الذى لهما طعاماً أو إداماً لم يجز لأحدهما بيع نصيبه أو مصالحته للغريم منه ؛ لأن ذلك بيع الطعام قبل قبضه ، وهذا الذى يشبه أن يكون أرادته ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا كان دينهما عينا فصالح أحدهما من نصيبه على عرض يكال أو يوزن فشرکه صاحبه فيه ، ثم [تربصاً] ^(١) إلى أن يقبض نصيبه، فيرد عليه على أحد القولين ، إنما يرد عليه القيمة لا المثل ، وكذلك قال فى مسألة من قال : فدى رجلاً من دار الحرب بشيء من المكيل أو الموزون إنما يرد عليه قيمته ، وكذلك فى الهبة للثواب إذا كانت [مكيلاً] ^(٢) أو موزوناً وفاتت باستهلاك الموهوب لها يدفع قيمة ذلك لا المكيلة .

وقال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] ^(٣) فى مسألة الشريكين : إنما يدفع مثل ما قبض منه إذا كان يكال أو يوزن أو قيمته إن كان من غير المكيل أو الموزون ، وهذا أصوب عندى ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا أعذر أحد الشريكين فى الدين إلى صاحبه فى الخروج وأشهد على رضاه ، ومضى ، فلم يجد مع الغريم إلا مقدار حقه فأخذه، لا كلام لشريكه ، بخلاف مسألة كتاب الكفالة : إذا لم يوجد مع الغريم إلا مقدار حظ الحاضر فقضى السلطان له بذلك ثم قدم الشريك الغائب ؛ لأنه فى مسألة الصلح لما كان الشريك [ق/٥٩ ج] حاضراً وأشهد على رضاه فقد رضى بالمقاسمة، وفى مسألة كتاب الكفالة السلطان هو الذى قضى للحاضر فأخطأ فى قضائه لما دفع إليه جميع حقه ، وهو جملة ما بيد الغريم ؛ فلذلك دخل عليه صاحبه فيما قبض .

وأما مسألة كتاب السرقة : إذا سرق لرجلين فأخذ أحدهما من السارق شيئاً

(١) فى أ : يرتضيا .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : شيوخ صقلية .

فهاهنا يشركه صاحبه فيما قبض ، وإن كان قد قضى له بما ينوبه .

وإنما افرقت هذه المسألة من حكم ما قدمناه : لأن الشريك الذى لم يحضر فى مسألة السرقة لم يرض بمدائنة السارق ولا جعل حقه تطوعه فى ذمته فكان ما قبض الشريك بينهما .

وفى مسألة كتاب الكفالة الشريك رضى بمدائنته وكون حقه فى ذمة الغريم ؛ فلذلك إذا قضى القاضى بالقسمة من أجل الغيبة وقضى للحاضر بما ينوبه وأبقى نصيب الغائب فى ذمة الغريم [ق/١٤٦] الذى رضى بمدائنته لا كلام للشريك ، فاعلم افرق الثلاث مسائل على الوجوه التى قدمنا فهى بيّنة ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : تمثيل غير ابن القاسم فى صلح أحد الوليين من الدم عن نصيبه بعدد بينهما يبيع أحدهما نصيبه منه : أن شريكه لا يدخل عليه ، ليس يلزم ابن القاسم .

والفرق بين ذلك : أن فى بيع الشريك نصيبه لم يتغير الحق الذى بينهما وقد أبقى نصيب شريكه على حسبما كان له قبل البيع جزءاً شائعاً ، وفى الصلح عن الدم قد [يتغير] (١) الأمر بصلح الشريك ؛ لأنه قد صار بصلحه مالاً بعد أن كان دماً فافترق الحكم فى ذلك لهذا ، والله أعلم .

قال بعض الأندلسيين فى مسألة الذى يصالح على الإنكار ثم يقر : معنى ما ذهب إليه ابن القاسم أنه كان الطالب صالح وهو يعلم أن له بنية أن الصلح تام ولا ينتقض بإقرار المقر .

وقال بعض شيوخنا من القرويين : إنما شبهها ابن القاسم بمسألة الذى يقيم بيّنة وهو يعلم بها أو لا يعلم [بها] (٢) ، لأنه جعل إقرار المطلوب بعد الصلح كمثلاً إذا لم يعلم بالبيّنة ، فلما كان له القيام بها كذلك إذا أقر له المطلوب يقوم عليه إن شاء .

(١) فى أ : تغير .

(٢) سقط من أ .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا صالح عن موضحتى عمد وموضحة خطأ بشقص على قول ابن القاسم لا يكون لموضحتى العمد نصف الشقص بل تأخذ بخمسين وبثلثى قيمة الشقص ، وأبى ما قال بعض الناس : إن المجهول كله يجعل له نصف الشقص كان موضحتى عمد أو أكثر ، فاعلم ذلك .

قال : إذا كان لك عليه دراهم نسيما مبلغها جاز أن تصطلحا على ما نسيما من ذهب أو عرض أو ورق ، ومغمز التقية فيه سواء .

وذكر عن الشيخ أبى الحسن أنه قال : إنما تصح هذه المسألة على أنهما نسيا الدراهم ممن صارت قبله لا يدریان من بيع سلعة أو غيرها أو قرض أو غيره ، فحينئذ يدخل ما يصطلحان عليه من عرض ما يدخل فى الدراهم ؛ إذ يمكن أن تكون الدراهم ممن عرض لا ينبغى أن يقتضى هذا العرض الذى اصطلحا عليه من ثمنه .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا اصطلحا فى هذه المسألة على شىء ثم تقايلا فى الصلح لم يجز ذلك ؛ لأنهما يرجعان من معلوم ثبت بينهما إلى أمر مجهول ، فاعلم ذلك .

تم كتاب الصلح بحمد الله وعونه .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
كتاب الجعل والإجارة

قال عبد الحق : إذا باع منه سلعة بمائة على أن يتجر له بثمنها سنة إنما يتم ذلك إذا أخرج المشتري الثمن وأحضره لينتقل من ذمة إلى أمانة فتصح الإجارة عليه ، ويسمى أيضاً في أى أنواع التجارة يتجر له بها ، ولا يلزمه أن يتجر له في ربحها وإن شرط عليه أن يتجر في ربحها لم يجز [ذلك لأنه] (١) مجهول بخلاف الراعى يشترط عليه رعاية ما تلد الغنم ، هذا جائز لأن ما تلد معروف ولو أنه لم يحضر الثمن وتجر سنة كان الربح للمشتري والخسارة عليه ، ويرتجع البائع من سلعته مقدار الإجارة ، وذلك أن الإجارة على الدنانير إنما تصح متى أخرجت ، [فإذا] (٢) لم يحضر مكانه لم يتجر له ، فتقوم تجارته بها سنة وتضاف إلى الثمن ، ثم يعلم مقدار الإجارة فإن كان الثمن مائة والإجارة في السنة تساوى خمسين فالإجارة مقدارها من الجميع الثلث فيرجع البائع بثلاث قيمة سلعته أو بثلاث عينها إن كانت قائمة على الاختلاف المذكور في الذى باع منه نصف ثوب على أن يبيع له النصف [الباقى] (٣) [شهرًا] (٤) فباع في بعض الشهر ، وهاتان المسألتان سواء ، فتدبر ذلك .

وأجود القولين ألا يرجع في عين السلعة لزيادة ضرر الشركة ؛ لأنه إذا رجع البائع في عينها صارت بين ثلاثة بعد أن كانت بين رجلين فزيادة ثالث تكثر به الضرر ، وإذا أحضر الدنانير فصحت الإجارة عليها كما قدمنا فعمل بها نصف السنة ثم مات ، جرى هذا السؤال مجرى الأول في انتقاض ما يخص باقى الأمد من السلعة المباعة ، ويرجع البائع بمقدار ذلك في عينها أو قيمتها على الاختلاف في ذلك كما وصفنا ، فتدبر ذلك .

وإذا تاجر بالمائة فانقضت السنة وهى في عروض ، لم يلزمه بيعها ، بخلاف

(١) فى أ : ولا يلزمه ربحها لأن ذلك .

(٢) فى أ : فأما إذا .

(٣) فى أ : الآخر .

(٤) فى أ : فى شهر .

المقارض وتسلم إليه تلك العروض ، فإذا تاجر بالمائة فنقصت خلال السنة فللبائع أن يزيده تمام المائة يتجر فيه المشتري ولا كلام له ، ولو استحققت السلعة المشتراة وقد تاجر [فيه] ^(١) المشتري بعض [ق/١٤٧] السنة كان له أجر المثل فيما تاجر ويرجع على البائع بثمنه والربح والخسارة في المائة التي تاجر فيها للبائع وعليه ، ولو تاجر المشتري بالمائة نصف السنة ثم اطلع على عيب في السلعة التي اشترى وقد فاتت فقيمة العيب قد وجبت له ، فإن كانت قيمة العيب ينقصها الربع رجع مشتري السلعة على البائع ربع المائة وهو خمسة وعشرون ، ويرجع عليه أيضاً بربع قيمة [إجارته] ^(٢) في الستة أشهر الماضية ويتاجر في الستة الأشهر الباقية بخمسة وسبعين دينارا لأنه يحط عنه ربع ما استؤجر له ، ولو اطلع على العيب قبل أن يتاجر في شيء وقد فاتت السلعة وكان العيب ينقصها الربع كما ذكرنا ، فإنه يرجع عليه بخمسة وعشرين ويتاجر له بخمسة وسبعين في السنة التي استأجره ليتاجر له بها ، وأكثر هذه الوجوه التي ذكرت حفظتها عن القرويين وذلك كله بين على أصولهم ، فتدبره .

قال بعض شيوخنا من القرويين في الجعل على بيع [كثير من] ^(٣) السلع :

معناه على أنه لا يأخذ شيئاً إلا أن يبيع جميعها ، وأما إن كان على أنه ما باع فله قدره من الإجارة فذلك جائز .

وقوله في الجعل على شراء كثير الثياب : (إنه يجوز) ^(٤) يريد : لأنه كلما اشترى أخذ بحسابه ، فأما إن كان لا يأخذ شيئاً إلا بشراء الجميع فلا يجوز ذلك ، فالجعل على الشراء والبيع لا فرق بينه ، وإنما يختلف ذلك على ما بيناه ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين في مسألة الغزل يدفعه لحائك يعمل له منه

ثوباً على أن يسلفه فيه رطلاً : إذا نزل ذلك يدفع إليه مثل ما أسلفه والثوب له

(١) سقط من ج .

(٢) في أ : الإجارة .

(٣) في ج : كثير .

(٤) المدونة (٣/٤٢٣) .

وللحائك أجر مثله ما بلغ ؛ لأن السلف قد انتفع به فقد تم الربا بينهما كما ذكر سحنون ، وليست هذه المسألة كمسألة ابن المواز فيمن دفع إلى صائغ خمسين ديناراً على أن يسلفه خمسين أخرى [ق/ ٦٠ ج] ويعمل له سوارين ويعطيه أجرته ؛ لأن عين الذهب هنا قائمة والغزل مستهلك بالصنعة التي صنعها ، وإنما هي كمسألة ابن المواز في اللجام يدفعه إليه ليموهه ويزيده من عنده ؛ لأن اللجام ما جعل فيه مستهلك ، فهذه كمسألة الحائك لا كمسألة السوارين ، والله أعلم .

وحكى عن الشيخ أبي الحسن أنه قال في مسألة الحائك : يكون الثوب بينهما على قدر ملك كل واحد من الغزل ، وللحائك أجر مثله في حصة صاحبه قياساً على مسألة السوارين ، والقول الأول أصوب لما قدمناه ، والله أعلم .

قال بعض [الشيخوخ] (١) القرويين : إذا استأجره على طحن قمح معلوم بدرهم وقفيز من دقيق القمح يملك القمح قبل الطحين انفسخت الإجارة ، وإن هلك بعض الطحين وقبل القبض نظر كم يساوى القفيز من الدقيق ؟ فإن قيل : أربعة دراهم ، فقد علمنا أن الدرهم خمس الإجارة فيدفع إليه الدرهم وإجارة مثله في طحنه أربعة أخماس القمح .

وحكى عن الشيخ أبي الحسن في مسألة الجلود يدفعها ليدبغها بنصفها قال : إن دفع الجلود ليدبغها بنصفها قبل الدبغ على أن يدبغها كلها ، فإن فاتت بالدبغ لزم الدبغ نصف قيمتها يوم قبضها وله في النصف الآخر أجر مثله ، وإن قال له : ادبغها ولك نصفها بعد خروجها من الدبغ ، فإن خرجت من الدبغ فهي كلها لربها وللعامل أجر مثله ، فإن لم يقبضها ربها بعد الدبغ حتى فاتت بيد القابض بحوالة سوق فأكثر لزمه نصف قيمتها يوم خروجها من الدبغ وله أجر مثله في دباغ الجلود كلها .

قال : إذا أجرته على بيع سلع كثيرة شهراً على أنه متى شاء تركه جاز إن كان إذا باع قبل ذلك أخذ بحساب الشهر .

(١) سقط من ج .

قال حمديس في «مختصره» : وينبغي لو كان الأمر على ما ذكره من الخيار أن تفسد الإجارة ؛ لأنه إنما يجوز من اشتراط الخيار في الإجارة ما يجوز في البيع ، وإنما مخرج هذه المسألة عندي - والله أعلم - أن يكون معناها : إنى أبيع لك هذه السلعة على حساب الشهر بكذا وكذا ولا ينقده ، بمنزلة ما قال مالك : إذا أكره داره على حساب الشهر بكذا وكذا .

وحكى عن الشيخ أبى الحسن فى هذه المسألة أنه قال : معنى هذه المسألة أنه بالخيار ما لم يعجل فإما أن يكون بالخيار بعد العمل فلا ينبغي إذا أجرته على رعاية مائة شاة هى بينكما نصفان ، فعند ابن القاسم كأن الإجارة إنما وقعت على خمسين شاة ، فإن اقتسما الغنم ، فوقع للذى أجر صاحبه [ق/١٤٨] أكثر من خمسين ، لم يلزم صاحبه رعاية ما زاد على الخمسين ، وإن وقع له أقل من خمسين كان لصاحبه أن يتمها خمسين ، فلا يحتاج على ما وصفنا أن نعتدل فى القسمة عند ابن القاسم بخلاف ما قال غيره ، هكذا قال لى بعض القرويين .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما افرق جوابه فى مسألة من استأجر سبيل مصب مرحاض ومسألة مسيل ماء الميازيب لافتراق السؤال ، وأما السؤال إذا اتفق فلا فرق بين ذلك .

بيان ذلك : من استأجر نصف مرحاض إنما استأجر سبيل المرحاض من كان إلى جار صاحبه ، فذلك كطريق استأجرها يدخل فيها إلى داره [من دار] (١) رجل ، ومسيل ماء الميازيب إنما اشترى [فى] (٢) ذلك ما يسيل من ميازيب جاره إلى داره ، وأما لو قال له : نعطيك شيئاً على أن تجرى ميازيبى إلى دارك ، فذلك كمسألة المستأجر نصف مرحاض ذلك جائز كطريق استأجرها كما قدمنا ، وسواء طال الأمد أو قرب ، وذكر أن غيره يفرق بين الأمد اليسير والكثير؛ لأن فى اليسير قد يقع المطر أو لا ، فهو غرر ، والكثير يقع فيه المطر لا بحاله على جري العادة والغالب المتعارف .

(١) سقط من ج .

(٢) فى ج : فى .

اعلم أنه إذا أجره على تعليم عبده سنة ، وله نصفه ، فنزل ذلك فإن كان إنما جعل له نصفه بعد السنة فله أجر مثله في تعليمه والعبد لسيدته ، وإن جعل له نصفه الآن على أن يعلمه سنة ، فذلك أيضاً غير جائز ، إلا أنه نزل وفات ، كأن العبد هاهنا بينهما وعلى الذى علمه نصف قيمته للآخر وعلى الآخر له نصف قيمة تعليمه .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإن دفع إليه غلامه ليعلمه سنة فعلمه فيها

فمات العبد فى نصف السنة فينظر كم تعليمه فى نصف السنة الأولى ، فإن كان الثلثين ، والنصف الثانى الثلث لأن تعليمه فى نصف السنة الأول أشق ، وتعليمه فى النصف الثانى أسهل ، وتعليمه أيضاً فى النصف الأول أقل أجرة وفى النصف الثانى أكثر أجرة ، فلا بد أن تعرف اختلاف ذلك ، فإذا كان تعليمه فى النصف الأول الثلثين كما قدمنا فإن كان كراؤه فى ذلك النصف الثلث ؛ إذ كراؤه أبخس كما قدمنا والنصف الثانى الثلثين إذ الناس فيه أرغب فقد استوفى على ما رتبنا الثلث وبقي له ما بين ذلك إلى الثلثين وذلك ثلث فيرجع بثلث إجارة المثل ، فتدبر ذلك .

إذا أجره يحمل له طعاماً إلى بلد كذا بنصفه ، ولم يشترط قبض نصفه الآن ولا إلى البلد ، ووقع الأمر بينهما ، فعلى مذهب ابن القاسم هو على الفساد حتى يشترط قبض جزئه الآن ، وعند غيره هو جائز حتى يشترط ألا يقبضه إلا بعد البلوغ ، فإن اشترط أن يقبض جزئه إلى البلد وفات ذلك وحمل الطعام ، فقال بعض المتأخرين : يكون للحمال نصفه وعليه مثله فى الموضع الذى حملة منه ، وله كراؤه فى النصف الآخر على أنه بلغه .

وعاب هذا القول بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (١) وقال : يلزم على هذا القول إذا هلك الطعام أن يضمن نصفه ؛ لأنه على قوله بالقبض حصل فى ذمته وهذا يبعد لأن المسألة إنما كان الأمر فيها فاسداً ؛ لأنه منعه من قبض نصف الطعام ولم

(١) فى أ : شيوخ صقلية .

يجعل له أجرة إلى أن يصل إلى البلد فكيف يضمن إذا هلك قبل البلدة ، وهو إنما صيره له بعد الوصول إليها .

قال عبد الحق : ينبغى [إن] ^(١) باع داره ممن يتخذها كنيسة وفاتت أن تقوم الدار بغير شرط كونها كنيسة ، وتقوم بشرط كونها كنيسة ، فينظر ما بين القيمتين فيتصدق من الثمن بما يخصه ، وأما إن أكرها على أن تتخذ كنيسة ، وفاتت ذلك ينبغى ها هنا أن يتصدق بالكراء كله ، ولو كان إنما أكرى أرضه على أن تبنى فتتخذ كنيسة مدة فينبغى فى هذا أن ينظر ما زيد من أجل بنائها كنيسة فيتصدق به حسبما قدمنا فى البيع ، والله أعلم .

وإجارة المسلم نفسه من نصرانى على ثلاثة أوجه ، فإن استأجر نفسه فى مثل رعاية الخنازير وحمل الخمر وشبه ذلك فهذا يفسخ إجارته متى ما عثر عليها ، فإن فات ذلك وقبض الإجارة تصدق بها عليه ، فهذا وجه .

والوجه الثانى : إن استأجر نفسه فى شىء يمتهنه النصرانى فيه ويكون تحت يده من خدمة ونحوها فهذا يفسخ متى ما عثر عليه ، فإن فات ذلك لم يتصدق عليه بالأجرة وساعت له الأجرة .

والوجه الثالث : إن استأجره فى شىء لا يكون فيه تحت يده ولا امتهانه مثل حراسة وقراض يأخذ منه يعمل به فهذا إذا نزل مضى بالثمن وساعت له الأجرة .

اعلم أنه إذا أجر عبده ثم باعه ، وكانت [ق/٦١ج] الإجارة قريبة كاليوم [ق/١٤٩] واليومين إن لم يرض المشتري بذلك فله رد البيع إذا لم يعلم [أنه فى إجارة] ^(٢) وإنما يتم البيع إن رضيه وليس ذلك كمثلى الأمة المحرمة بقرب من الإحلال والمعتدة بقرب من انقضاء العدة ، هذا وإن كان لم يعلم المشتري بذلك إذا قرب ذلك لزمه البيع لأن منافع الأمة من خدمة وغيرها فى هذا قائمة والعبد المستأجر يوماً أو يومين لا ينتفع به فى ذلك اليوم واليومين ، وربما كانت إجارته اليوم واليومين لها

(١) فى أ : إذا .

(٢) فى أ : بالإجارة .

ثمن كبير ؛ فلذلك كان له الرد ، ولا يلزمه البيع إلا برضاه ، فاعلم .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (١) : إذا كان راعى الغنم يضمه إلى نفسه فيكون تحت يده ليس عليه أن يسمى عدة ما يرعى له من الغنم ، بخلاف الذى لا يشترط ضمه إلى نفسه المشترك لجميع الناس هذا لا بد أن يسمى له عدة الغنم التى يؤاجر عليها ، ورأيت لابن حبيب نحو هذا .

قال عبد الحق : إذا شرط على الراعى ألا يرعى غنماً أخرى فأجر نفسه فى رعاية غنم أخرى ، ذكر ابن القاسم : أن الأجرة للذى أجره ، ولم يذكر تخيير كما خيره فى أجير الخدمة يؤجر نفسه أن له أن يأخذ الأجر [منه] (٢) أو يسقط حصة ذلك من المسمى ، والأمر فى ذلك سواء فينبغى أن يقال : كم تساوى إجارته على ألا يرعى مع الغنم غيرها ، وتقوم أيضاً على أن يرعى مع الغنم غيرها فيعرف ما بين ذلك ، ثم يخير بين أن ينظر ما يخصه من الكراء الذى سمي ، فيسقطه من إجارته أو يأخذ ما أجر به نفسه ، والله أعلم .

قال بعض (شيوخنا من أهل بلدنا) (٣) : إذا أجزت الظئر (٤) نفسها على أن ترضع فى بيت الصبى فمات زوجها رجعت إلى بيت زوجها تعتد فيه وليس لها المبيت بغيره .

قيل : أليس قد حصلت بالشرط فى أمر قد لزمها من أجله المقام قبل وجوب العدة عليها ؟

فقال : قد طراً ما هو أقوى مما انعقد عليها وهى العدة التى جعلت فى المسكن حفظاً للنسب واحتياطاً له من إدخال الشبهة فيه .

قلت : أليس قد قال : إذا سبق الاعتكاف الطلاق لم تخرج منه ، فما الفرق بين المسألتين ؟

(١) فى أ : شيوخ صقلية .

(٢) زيادة من أ .

(٣) فى أ : شيوخ صقلية .

(٤) الظئر : بكسر الظاء المعجمة بعدها همزة ساكنة ، المرضعة غير ولدها ، ويقال لزوجها: ظئر .

فقال : إن مبيتها في بيتها إنما هو لما ذكرنا من حفظ النسب والمعتكفة موضعها المسجد فيؤمن عليها أن يحدث فيه حدثاً وهي من أجل اعتكافها ممنوعة من النكاح ، فمن أجل هذا تركت فيه ، والله أعلم .

اعلم أنه إذا أجر ظئرين واحدة بعد أخرى فماتت الأولى إنما يكون للثانية مقال إذا علمت حين عقدها إجارتها أن معها غيرها ، فأما إن لم تعلم بالأولى فلا كلام لها ؛ لأنها دخلت على أن ترضع الصبي وحدها ، وكذلك ذكر حمديس في كتابه وهو بين ، والله أعلم .

واعلم أنه إذا قدم الأب للمعلم أجر التعليم ثم مات فإن ما قدمه الأب لا يكون ميراثاً ، بخلاف تقديمه إجارة الظئر .

والفرق بين ذلك : إن الأب لا يلزمه تعليم ولده إلا أن يشاء ، فلما أوجب على نفسه ما لم يكن واجبا عليه لزمه حياً وميتاً ، وأما الرضاع فهو واجب على الأب ، فإنما قدم ما يلزمه في حياته فإذا مات سقط عنه إلا أن يعلم أن الأب إنما قدم ذلك تبعيةً للولد خوف الموت فيكون عطية أوجبها له في صحته ، فلا سبيل إلى أن يكون ذلك ميراثاً ، ويستوى في هذه المسألة أجر التعليم وإجارة الظئر ، وأعرف نحو هذا التفسير لابن المواز .

قال بعض شيوخنا من القرويين في مسألة الأجيرين على حفر بئر مرض أحدهما بعد حفرهما لبعضها : إن كانا شريكين في هذه الصنعة فهانئاً من مرض منهما بذلك يلزم ماله ويلزم صاحبه ، فإذا عمل صاحبه وأتم جميعها فالأجرة بينهما ويرجع به على صاحبه المريض بما يخصه من العمل ، إلا أن يكون عملاً يسيراً ، وأما إن لم يكونا شريكين في هذه الصنعة ، وشرط عمل أيديهما أو شرط أن يكون مضموناً على كل واحد منهما ، فالوجهان سواء الذي عمل متطوع لصاحبه لأنه ليس بشريك له في الصنعة ولا كان هذا متوجهاً عليه عن المريض ومخاطب به ، فهذا مفترق ، والله أعلم .

اعلم أنه إذا قال رب المتاع للصانع : عملته لى باطلاً ، وقال الصانع : بل بأجر

كذا ، فكان على قول ابن القاسم الصانع مصدقاً إذا قال ما يشبه أجرته لايمن على رب المتاع إذ لا يفيد شيئاً ؛ لأن الصانع يأخذ ما ادعى من الأجر ، سواء حلف رب المتاع أو نكل ، وأما إن كان ما ادعى الصانع لا يشبه أجرته فهاهنا يحلف رب المتاع لأن يمينه تسقط ما زاد من التسمية على أجر المثل ، وعلى قول غيره الذى قال : يحلف الصانع [ق/ ١٥٠] ويأخذ الأقل ، يريد ويحلف أيضاً رب المتاع إن كانت التسمية أكثر من أجر المثل ؛ لأن يمينه تسقط [عنه] (١) ما زاد من التسمية على أجر المثل ، وأما إن كان ما ادعاه الصانع مثل أجر المثل فأقل فلا يمين على رب المتاع ، إذ لا تفيد يمينه شيئاً وإنما يحلف الصانع وحده ، وهذا بين فتدبره .

وإذا قال : دفعت إلى هذا الثوب لأصبغه لك ، وقال ربه : بل سرق منى ، فإن اختار رب الثوب أن يأخذ ثوبه ويعطى قيمة الصبغ نظر فإن كانت قيمة الصبغ مثل ما ادعى الصابغ أو كان ما ادعى الصابغ [أقل ودى ذلك رب الثوب ولا يمين عليه ، وإن كانت قيمة الصبغ أقل مما ادعى الصابغ] (٢) فإن رب الثوب يحلف ما دفعه إليه ويؤدى قيمة الصبغ ، وإن قال : أنا أريد أن أضمنه ولا آخذ الثوب ، فإن طاع [الصابغ] (٣) أن يعطيه قيمته أيضاً فلا يمين على واحد منهما ، وإن أبى من ذلك تحالفاً وكانا شريكين فى الثوب ، هذا مذهب ابن القاسم .

وأما على قول غيره الذى قال : الصابغ مدع ، فيحلف رب الثوب أنه ما دفعه إليه ثم يلزم الصانع غرم قيمة الثوب جبراً على ما أحب أوكره .

وإذا قال اللتان : دفعت إلى هذا السويق لألته لك بعشرة ، وقال ربه : ما دفعت إليك شيئاً .

فهذا مثل قوله فى الثوب : سرق منى ، فإن اختار رب السويق أن يعطيه قيمة اللتان فكان قيمة اللتان مثل ما ادعاه اللتان وأدى ذلك بلا يمين ، وإن كانت القيمة أقل مما ادعى اللتان حلف صاحب السويق أنه ما دفعه إليه وأدى القيمة، وإن لم يرد

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

رب السوق أخذه قيل للثلاث : ادفع إليه مثل سويقه أو أسلمه بثلثاته ولا يكونان شريكين فإن دفع إليه مثل سويقة فلا يمين عليه ، وإن أسلمه بثلثاته حلف لأن رب السوق يقول : أنا لا أرضى أن يكون سويقى ملتوتاً بسمن .

وقال أبو محمد بن أبي زيد في قوله في « الكتاب » : يغرم له مثل سويقه وإلا أسلمه بثلثاته أدى .

ابن القاسم : يريد إذا شاء ربه قبوله حين أسلمه إليه اللثات فإن أبي فله تضمينه ، قال : ويحتمل أن يكون معنى قول ابن القاسم : أنه لم يقر أنه دفعه إليه إيداعاً ولا لصنعة ، ففارق الصباغ الذي أقر أنه حوزه إياه بإيداع فصدق الصابغ ، إذ الغالب منهم أنه يدفع إليهم للصنعة ، ومسألة اللثات لم يقر صاحبه أنه [ج/٦٢ ج] أسلمه إليه .

قال عبد الحق : وإذا كان قبوله ملتوتاً لا يلزم ربه كما قال أبو محمد فكيف جاز له أن يقبله وهو يصير قد باع سوق وجب له غير ملتوت بسويق ملتوت ، فهذا التفاضل في الطعام ، ولهذا العلة منع غير ابن القاسم من قبوله إياه .

[وقيل] (١) : إذا امتنع رب السوق أن يعطيه ما لته به قضى على اللات بمثل سويقه غير ملتوت ، يريد ولا يجوز له أخذ [هذا] (٢) السوق الملتوت وأرى ابن القاسم إنما جوز قبول رب السوق له ولم يكن عنده كمن غصب سويقاً فله [بسمن] (٣) لأنه لا يجوز رضاه بالسويق الملتوت للتفاضل في الطعام كما قدمنا من أجل أن الكراء هاهنا لم يثبت لأن الصانع يقول : استعملني ، ألا ترى أنه يجوز له أن يعطيه ما ادعى من الأجر ويأخذه ولا يكون بيع الطعام متفاضلاً لأن الصانع يقول : ما تعديت ، فليس كأمر علم فيه الكراء وثبت ، فلهذا جوز له ابن القاسم قبوله ، والله أعلم .

ولو قال صاحب السوق : أودعته لك ، وقال اللثات : أمرتني بثلثاته ، لكان

(١) في أ : وقال .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

القول قول اللتان عند ابن القاسم ، والقول عنده فى الآخر قوله إذا أتى بما يشبه تغابن الناس ويحلف وحده ، وإن [أتى بما لا] (١). يشبه حلفاً جميعاً وغرم صاحب السوق قيمة اللتان ، يحلف رب السوق ليسقط عن نفسه ما ادعى عليه اللتان من الأجر ، ويحلف اللتان ليسقط عن نفسه ما ادعى عليه صاحب السوق من التعدى ، وعلى قول غير ابن القاسم الذى قال : الصانع مدع ، يريد فى الأجر يحلف رب السوق إن كانت القيمة أقل ويغرم القيمة ، وليس له أن يضمه لأنه أقر أنه وضع يده عليه بخلاف قوله : سرق منى ، هكذا الجواب فى مسألة الثوب إذا قال صاحبه : أودعته لك ، وقال الصانع : بل استعملتني وإذا قال الحجام : أمرتني بقلع هذا الضرس ، وقال الذى استأجره : أمرتك بغيرها ، فعند ابن القاسم : القول قول الحجام فى طرح الضمان والأجر ، وعند غير ابن القاسم الحجام مدع فى الأجر والآخر مدع عليه ضمان ضرسه فيتحالفان ولا يعقل له ضرسه ولا أجر [ق/١٥١] له على [المقلوع] (٢) ضرسه ، هذا معنى قول غيره ، والله أعلم .

وقال سحنون : كل واحد منهما مدع ومدعى عليه فيتحالفان ويكون للحجام أجر مثله ما لم يجاوز التسمية .

يريد سحنون : وإنما يتحالفان جميعاً إذا كانت التسمية أكثر من القيمة لأن يمين الحجام يرفع عنه حكم العداء ويوجب له التسمية ويمين الآخر يرفع ما زاد من التسمية على القيمة فأقل فلا معنى ليمين المقلوع ضرسه إلا أن ينكل الحجام عن اليمين فيحلف الآخر ويسقط عنه الأجر .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٣) : وإذا تحالفا كان المبتدأ باليمين الحجام لأنه بائع منافعه كالسلة يختلفان فى ثمنها أن المبتدأ باليمين بائعها ، والله أعلم .

ومن جعل لرجل إن جاءه بعبده الآبق فله نصفه ، فقدم به فقبل أن يدفعه إليه هلك العبد ، فذلك جعل فاسد وللمجوعول له على الجاعل قيمة عنائه فى ذهابه فى

(١) فى أ : لم يأت بما .

(٢) فى أ : المقلوعة .

(٣) فى أ : شيوخ صقلية .

طلبه ، ونصف قيمة عنائه في رجوعه إلى وقت هلاكه ، وللجاعل على المجعول له نصف قيمة عبده يوم قبضه .

قال عبد الحق : إذا جعل لرجل عشرة دنائير في طلب عبده الأبق وجعل لآخر عرضاً فأتيًا بالعبد جميعاً ، فأما على قول ابن نافع ، فلهذا نصف العشرة ولهذا نصف العرض ، لأن كل واحد إنما [أتى] ^(١) بنصفه فله نصف ما جعل له ، وأما على قول ابن القاسم فيقوم العرض ، فإن ساوى خمسة دنائير ، فلصاحب العشرة ثلثا العشرة ويخير الآخر بين أن يأخذ ثلث العشرة أو يأخذ [ما نقص] ^(٢) ذلك من العرض وهو ثلثا ذلك العرض الذي جعل له ، كذا ينبغي أن يكون الجواب على مذهب ابن القاسم ، وقاله لى بعض القرويين .

اعلم أنه إذا قال له : احصد هذا الزرع ولك نصفه فحصده يخيران على دراسته ويقتسمانه حباً ، ولا يجوز لهما قسمة قتاً لأنه خطر ويدخله التفاضل .

قال يحيى بن [عمر] ^(٣) عن ابن القاسم في « العتية » : وإذا أجره عليه بنصفه فحصده أو بعضه ثم تحرقه النار فهو منهما وعليه أن يستعمله في مثله [وإن حصد بعضه وبقي بعضه فله أن يستعمله] ^(٤) مثل ما بقى عليه .

قال سحنون : عليه قيمة نصف الزرع وليس عليه حصاد مثل نصفه .

[قال] ^(٥) يحيى بن عمر : لأن الزرع يختلف ، قال ابن القاسم : ولو قال : فيما حصدت فلك نصفه ، فضمن ما حصد منه وضمن ما لم يحصد من ربه ولا يتبع أحدهما الآخر بشيء ، ولو قال : احصده كله وادرسه وصفه ولك نصفه ، فهلك بعد حصاده فضمنه كله من ربه وللأجير أجر مثله لفساد الإجارة .

تم كتاب الجعل والإجارة بحمد الله وعونه .

(١) في أ : جاء .

(٢) في أ : ما يقابل .

(٣) في ج : يحيى .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
كتاب تضمين الصناع

قال [عبد الحق : قال] (١) بعض شيوخنا من القرويين : قول غيره : يعطى الصانع بحساب ما عمل فى مسألة من دفع إلى حائك غزلاً ينسجه سبعةً فى ثمانية فنسجه ستاً فى سبعة .

معناه : ينظر إلى أجر عمله على ما شورت ، وأجر مثله فيما عمل ، فيعرف ما بين ذلك فيسقط من المسمى ذلك المقدار .

قال عبد الحق : ورأيت لفضل بن سلمة : قال : ولو تعدى الحائك فزاد على الأذرع المشترطة عليه ، فأما على قول ابن القاسم الذى رأى النقصان من عدد الأذرع كالعيب إذ يقول : إنه إذا لم يرد تضمينه يعطيه الأجرة كلها ، فلا أجر له فى الزيادة ، وأما على قول غيره الذى يرى النقصان كنقص الطعام فى الاستحقاق ونحوه فيكون له أجر الزيادة ، أو قال : يكون شريكاً [بالزيادة] (٢) أشك أى ذلك ، قال : ولكن الذى يشبه أن يكون قال : يكون له الأجر فى الزيادة ، والله أعلم .

وأحفظ عن بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٣) : قال : إن زاد على الأذرع المشترطة متعمداً فلا أجر له ، وإن قال : فعلت ذلك غلطاً ، كان له أجر المثل فى ذلك مع المسمى .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما لم يكونا شريكين عند ابن القاسم فى الذى غلط فأعطى المشتري ثوباً غير الذى باع منه ، وفى مسألة القصار ، وفارق ذلك حكم المشتري يخيظ ثوباً ثم يستحق ، من أجل أن فى مسألة الغلط قبل أخذ الثوب شىء من التفريط ، وذلك أنه قصر إذ لم ينظر هل هو ثوبه أم لا ، والمشتري لا تفريط قبله ؛ لأنه إنما اشترى من سوق المسلمين بعوض بعد دفعه فهذا عذر ، ولهذا فرق ابن القاسم بين المسألتين ، والله أعلم .

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : فى زيادة .

(٣) فى أ : شيوخ صقلية .

وأما سحنون فقال بالشركة في ذلك قياساً على ما قلناه من مشتر يستحق من يده ثوب قد أحدث فيه [ق/١٥٢أ] صنعة أو أرضاً فبناها ، ونحو ذلك لأن كل هؤلاء بسطوا أيديهم في أملاكهم على ظنهم ولم يتعدوا ، فذلك شبهة فوجب لذلك إذا أبا بما دعيا إليه أن يكونا شريكين ، وهذا أقيس ، والله أعلم .

قال عبد الحق : ذكر في مسألة الغلط هذه إذا قطع الثوب أخذه أنه لا يغرم ما نقص القطع ، وقال فيمن اشترى ثوباً فقطعه ثم اطلع على عيب : لا يردده المشتري إلا بما نقص القطع إذا كان البائع غير مدلس بالعيب .

فالفارق بين ذلك : أن الذي وجد العيب قد كان قادراً على إمساك الثوب وأخذ قيمته العيب فاختر رده ، فلما كان الرد من قبله لم يردده إلا بما نقصه ، وفي مسألة الغلط ليس الذي قطعه مختاراً لرده بل تؤخذ من يده بالجبر ، فكان أعذر ، فلم يكن عليه ما نقص القطع لهذا ، والله أعلم .

ومن «كتاب محمد» : روى ابن القاسم وأشهب عن مالك في الغسال [ق/٦٣ج] يخطئ فيدفع الثوب إلى غير [ربه] (١) ، فلبسه ، أن الضمان على الغسال دون اللابس ، إلا أن يلبسه عالماً .

وقال أشهب في روايته : إذا لبسه الأيام فلا شيء عليه إلا أن يكون أبلاه .

وروى [عيسى] (٢) عن ابن القاسم في «العتبية» قال : إن كانت قيمة الثوب الملبوس دينارين وقيمة الآخر [ديناراً] (٣) نظر كم كان ينقص ثوبه هذا الثاني لو لبس ذلك اللبس في تلك المدة ، فإن كان ينقص نصف دينار وقد نقص من الملبوس دينار كان على اللابس الذي لم يلبس ثوبه نصف دينار والنصف الآخر على الغسال ، وإن كان الملبوس نقص أقل من نصف دينار فليس على اللابس إلا ذلك الأقل ، ولا شيء على الغسال ، وإن كان قيمة الملبوس ديناراً أو قيمة الذي لم يلبس دينارين

(١) في أ : صاحبه .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : دينارين .

قيل: كم كان ينقص ثوب اللابس لو لبس ثوبه؟ فإن قيل: نصف دينار، وقد نقص الملبوس ربع دينار، غرم ربع دينار إلى ما فوق ذلك في القيمة، ما لم يجاوز نصف دينار فلا يغرّم أكثر منه، ولو لبسه وهو يعلم أنه غير ثوبه غرم ما نقصه قل أو أكثر ولا شيء على الغسال إلا أن يكون اللابس عديماً فيتبع بذلك الغسال ذمة اللابس بذلك. وإن لبس كل واحد منهما ثوب صاحبه وهو يعلم واختلف نقصان ذلك، رجع من له الفضل على صاحبه، وإن لم يكن في القيمة فضل فلا شيء لواحد منهما على صاحبه.

قال غير واحد من [شيوخنا من أهل بلدنا] (١): إنما يضمن الصناع إذا

نصبوا أنفسهم للناس أخذوا أجراً أو لم يأخذوه، وأما من لم ينصب نفسه للناس فعمل لرجل عملاً فإنه إن أخذ أجراً ضمن، وإن لم يأخذ أجراً لم يضمن.

وقال غير واحد من شيوخنا القرويين: إن لم ينصب نفسه للناس سواء أخذ

أجراً أو لم يأخذ، لا ضمان عليه، وفي «المستخرجة» بيان هذا فيمن باع ثوباً على أن يخيطه فضاع، قال: لا يضمن لأنه لم ينصب نفسه فهذا كمن أخذ أجراً لأنه باع الثوب والخياطة المشترطة عليه بالثمن فلم يضمنه.

قال عبد الحق: قوله: (إذا تجاهل الورثة ثمن السلعة وهي قائمة لم تفت

يحلف ورثة المتاع ثم يحلف ورثة البائع، فبدأ ورثة المتاع) (٢) ليس هذا مخالف للبيعين بأنفسهما لو كانا حين، بل لو كانا حين وتجاهلا الثمن كان الحكم أن يبدأ المشتري باليمين، لأن اليمين عليه وهو المطلوب به فهو الذي ينبغي أن يبدأ أو السلعة أيضاً بيده بخلاف إذا كان كل واحد تحقق ثمناً، فاعلم أن الورثة والبيعين بأنفسهما لو كانا حين الحكم فيهم سواء، والله أعلم.

واعلم أن رواية ابن وهب: إذا اختلفا في ثمن السلعة وقد قبضها المشتري أنه

مصدق، أقوى الأقاويل في هذه المسألة، وذلك أن السلعة إذا كانت بيد البائع فقد

(١) في أ: شيوخ صقلية.

(٢) المدونة (٣/٤٠٥).

كان له أن يمسكها حتى يقبض الثمن وذلك من حقه ، فلما ترك ما كان له من ترك تسليمها حتى يقبض الثمن فقد رضى بأمانة المشتري فى الثمن ، فوجب تصديق المشتري ولا معنى لشرط حوالة سوقها بيد المشتري لأنها لو كانت بيد البائع وحال سوقها لم يكن ذلك موجباً لتصديق المشتري فى الثمن ، فكذلك إذا حال سوقها بيد المشتري ليس ذلك موجباً [ق/١٥٣] لتصديقه ، وإنما النظر فى تسليم البائع السلعة للمشتري أو كونها بيده ، وأعرف لابن عبدوس نحو هذا الاحتجاج لهذه الرواية .

قال عبد الحق : ووجه آخر : أن السلعة إذا كانت بيد البائع اختلف فى ضمانها إذا هلكت ، هل يكون من البائع أو من المشتري ؟ فإذا قبضت زال الخلاف وضمنها المشتري باتفاق فوجب لحصولها فى ضمانه تصديقه فى ثمنها ، والله أعلم .
اعلم أنه إذا التقط لقيطاً لزمه أن ينفق عليه إذا لم يكن بيت مال ينفق عليه منه ، كمن التقط لقطه وأراد ردها بعد أخذها أن ذلك ليس له ويلزمه تعريفها ، وكمن أعتق صغيراً لا يقوم بنفسه أن نفقته تلزمه ، وأحفظ نحو هذا عن بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (١) ومثله فى « كتاب ابن المواز » ونصه : قلت : أياكون الملتقط المنبوذ أن يبدو له ويرده بعد [ما] (٢) أخذه ؟ قال : قال مالك : ليس له أن يطرحه بعد أخذه وعليه نفقته أبداً حتى يبلغ ويستغنى ذلك واجب عليه [الذي فى « كتاب ابن المواز » إنما ظاهره أنه أخذه على طريق أنه عليه ، ويكون [] (*) فليس له ذلك لأنه قد التزم أن يكلفه فتلزمه نفقته كما ذكره مالك .

وقد حفظت عن بعض شيوخنا : إنما يصح على هذا ، لكن قوله : يلزمه إذا لم يكن بيت مال [(٣)] .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٤) ويدل من « المدونة » أن من أعتق من لا يقوم بنفسه عليه أن ينفق عليه .

(١) فى أ : شيوخ صقلية .

(٢) فى أ : أن .

(٣) سقط من ج ، وفى كثير منه طمس .

(٤) فى أ : شيوخ صقلية .

(*) قدر كلمة بالأصل لم أتبينها .

مسألة: الأمة التي لها ولد رضيع حر إذا باع الأم يشترط رضاع الصبي ونفقته أمداً معلوماً ، وعلى أنه إن مات أَرْضِعَ له أخرى لا بد من هذا كله فلولا أن النفقة تلزمه لم يؤمر بشرط هذا في عقد البيع ، ألا ترى لو كان الولد مملوكاً وأمه حرة فباع الولد لم يكن عليه شرط نفقة أمه على المشتري لأن نفقتها على نفسها ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق في مسألة من اختلط له رطل زيت في رق زئبق : يحتمل أن يكون ابن القاسم وإنما أتى جوابه فيها بخلاف جوابه في القمح المختلط بشعير لعله الزيت الواقع في الزئبق ، وإنما مثاله : لو وقع يسير من الشعير في كثير من القمح ، فينبغي أن يكون الجواب سواء في المسألتين إما أن يعطيه مثل الشعير الذي سقط له أو يأخذ مقدار ذلك من القمح المختلط كما قال في الزيت والزئبق ، وإن كان الزيت [والزئبق كثيرين] (١) يكون ذلك كمسألة القمح والشعير المختلط أن يحكم فيه [بيعه] (٢) والشركة في ثمنه ، وإن أراد أن يشتركا في عين الطعام بكيل كل واحد جاز ، وأما إن اشتركا بقيمة كل واحد فلا يجوز ويدخله التفاضل ويجوز بيعه جزافاً وكيلاً ، وقد بينا هذه المسألة في كتاب الودیعة وأوضحناها هناك بأكثر من هذا .
وبالله التوفيق .

تم كتاب تضمين الصناع بحمد الله وحسن عونه

(١) في أ : الزيت كثيرا والزئبق كثيرا .

(٢) في أ : بيع الجميع .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب المساقاة

قال عبد الحق: قول مالك : أحب إلى أن يلغى البياض للعامل وهذا أجله ، إن اعترض فيه معترض فقال : أليس قد ساقى النبي - عليه السلام - أهل خيبر على شطر ما أخرجت من حب أو ثمر (١) ، فلم استحِب مالك إلغاء البياض [للعامل] (٢) ولم يستحب ما فى الحديث من كونه بينهما (٣) ؟

فالجواب: أنه جاء فى حديث آخر أنه إنما ساقاهم النخل خاصة وترك لهم بياض النخل فاستحب مالك هذا ، إذ على كونه ذلك بينهما كراء الأرض بما يخرج منها فلما كان بإلغائه يسلم مما قلنا استحبه ولم يمنع من ذلك للحديث الذى رواه هو من أنه ساقاهم على شطر الثمر والحب ، هكذا حفظت عن بعض شيوخنا من أهل بلدنا قال : وقول ابن حبيب فى البياض إذا سكتا عنه كان للعامل ملغى إن كان يسيراً إنما يكون ذلك إذا كان بيعاً لنصيبه خاصة لا بيعاً لجملة الثمرة ، فأما إن كان بيعاً لجملة الثمرة ولم يكن بيعاً لنصيبه فلا يكون للعامل خاصة [ق/١٥٤] ويكون بينهما .

قال عبد الحق: وظاهر ما فى «كتاب ابن المواز» يقتضى أنه إذا كان البياض بيعاً لجملة الثمرة وسكتا عنه فهو للعامل خاصة ، وإنما يجوز فى البياض على قول ابن القاسم أن يكون بينهم للعامل فيه كتسميته فى الثمرة سواء ، هذا مذهبه .

وقال أصبغ : يجوز أن يشترط العامل ثلاثة أرباعه [] (*) [وإن كان فى الثمرة النصف ، قال : لأنه إذا [] (*) جاز أن يكون له كله كما جاز أن يكون له ثلاثة أرباعه] (٤) ، وإنما الذى يكره أن يكون لصاحب الأصل أكثر من النصف .

قال ابن حبيب: وإن كانا اشتراطاً أن يبقى البياض لرب الحائط خاصة يعمله

(١) أخرجه البخارى (٢٩٨٣) ومسلم (١٥٥١) من حديث عبد الله بن عمر رضى الله عنهما .

(٢) سقط من ج .

(٣) انظر «الموطأ» (٧٠٣/٢) .

(*) قدر كلمة لم أتبينها .

(*) قدر كلمة لم أتبينها .

(٤) سقط من ج .

بنفسه ، فإن كان يناله سقى الحائط إن كان الحائط يسقى لم يجز كاشتراط زيادة .

قال عبد الحق : قد تضمن ما قدمناه الحكم فى البياض إذا شرطاً كونه للعامل خاصة ولرب الحائط خاصة أو بينهما أو سكتا عنه ، وأما بياض الزرع فرأيت فى « كتاب ابن المواز » : إذا عجز عن الزرع فدفعه مساقاة وله بياض أنه مثل بياض النخل والشجر استحب أن يلغى للدخال وأجاز أن يشترط [ق/٦٤ج] كونه بينهما .

قال عبد الحق : وأحسب إنه جرى فى بعض مجالس شيوخنا أنه لا يجوز أن يشترط كونه بينهما ويدخله طعام بطعام إلى أجل ؛ لأنهما إنما يتاجران عند الطياب فلذلك ذكرت ما فى « كتاب ابن المواز » من جواز كونه بينهما وأراه غلطاً وقع ، أعنى ما ذكرت أنه جرى فى بعض المجالس ، والله أعلم .

وأما الزرع يكون فيه شجرات قلائل فلا يجوز أن يشترطها العامل لنفسه خاصة ، وإنما يكون بينهما حسبما اشترط فى الزرع ؛ لأن الزرع يجوز مساقاته للضرورة فقام مقام الثمرة وكانا كشيء واحد فلم يجر فى ذلك إلا أن يكون الشجر والزرع بينهما على جزء واحد على مذهب ابن القاسم وأما الزرع التابع للنخل ، فقال فى « كتاب ابن المواز » : يجوز فيه المساقاة وإن لم يعجز عن الزرع ربه إلا أنه صغير لم يحل بيعه وإذا كان الزرع كثيراً فيه النخل اليسيرة التى هى تبع للزرع لم يجز أن يدفع ذلك مساقاة حتى يعجز عن الزرع صاحبه فيكون سقاء واحد .

قلت : فإن كان فى الحائط موز وهو تبع يجوز مساقاته ؟

قال : نعم ، وقد قال مالك : لا بأس أن يساقى الحائط وفيه الشيء اليسير من الموز الثلث فأدنى .

قلت : أفيجوز فى الموز أن يكون بينهما ؟

قال : هو عندى مثل الزرع مع النخل إذا كان تبعاً للنخل ، ففى قول ابن وهب الذى رواه عن مالك : أنه لا يجوز إلا أن يكون للدخال وحده وفاته باكتراء الدار والأرض وفيها الزرع والنخل ، وقاسه ابن القاسم بالحائط الواحد يكون فيه أنواع من الشجر .

قال محمد : وقول ابن القاسم أحب إلى .

قال عبد الحق : قال بعض القرويين : إذا دفع حائطة مساقاة وفيه زرع ونخل ، فإن كان الزرع تبعاً للنخل فمساقناته جائزة وإن لم يعجز عنه صاحبه ؛ لأنه لما كان الزرع تبعاً فكأنه نخل كله ، وإن لم يكن الزرع تبعاً لم تجز مساقناته حتى يكون قد عجز عنه ، فإن نزل ذلك ولم يعجز عنه رد العامل في النخل إلى مساقاة مثله وكان في الزرع أجيراً تكون له فيه إجارة مثله ، ولو كانت النخل تبعاً للزرع ووقع جميع ذلك مساقاة ، فإن كان قد عجز عن الزرع جازت مساقناتهما ، وإن لم يعجز عنه لما تجز المساقاة ، فإن نزلت المساقاة فيها رد الزرع إلى إجارة مثله ، لأن النخل لها كانت تبعاً للزرع جعل حكمها كحكم الزرع إذا كانت تبعاً فألغيت فكان الحكم للذي هو أكثر فكان في الجميع إجراء أجر المثل .

قال عبد الحق : وهكذا حكم الزرع وحده إذا ساقاه ولم يعجز عنه للعامل فيه إجراء أجر المثل .

قال ابن حبيب : ولو لم يطلع الزرع من الأرض لم تجز مساقناته عجز عنه ربه أو لم يعجز ، فإن نزلت المساقاة فيه فهو مثل الذي قد طلع ولم يعجز عنه أنه يكون له أجر المثل في ذلك .

قال في « المستخرجة » : إذا استثنى العامل البياض وزرعه فأصاب الحائط جائحة يكون على العامل كراء البياض .

قال سحنون : جيدة ، والحجة في ذلك : أنه لم يعطه البياض إلا على عمل السواد ، فلما ذهب السواد رجع عليه بكراء البياض .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : فإن اجتبح بعض الحائط ، نظرت فإن كان البياض تبعاً لما بقى من ثمرة الحائط فلا كراء عليه في البياض .

يريد : وإن لم يكن تبعاً فعليه من الكراء بقدر ما اجتبح من الثمرة إن اجتبح نصفها فعليه نصف كراء البياض أو ثلثها بثلث كراء البياض على هذا المعنى ، والله

أعلم [ق/ ١٥٥] .

قال : لا بأس بمساقاة حائط ببلد بعيد .

قال أبو محمد : يريد يصل إليه قبل طيبه .

قال بعض شيوخنا من القرويين : فإن تشاغل في طريقه فلم يصل إليه إلا بعد

طيبه لم تفسد المساقاة ؛ لأن العقد وقع قبل طيب الحائط ، وليس هذا كالزرع يشتري على القطع فتأخر الأمر إلى طيبه لأن الحائط إذا عقدت فيه المساقاة كان القبض فيه والتأخر عند الطيب مؤخرًا ، وليس البيع في الزرع والثمر كذلك إذا اشترى قبل بدو صلاحه ، فهذا مفترق .

وقال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (١) : وإذا كان لا يصل إلى الحائط

الغائب إلا بعد طيبه تجوز مساقاته على قول سحنون لأنك إن جعلت الحكم للعقد فهي مساقاة في ثمر لم يبد صلاحه ، وإن جعلت الحكم حين الوصول فسحنون يجيز مساقاة ما طاب ، وقال : هي إجارة بنصفه .

قال غير واحد من [شيوخ] (٢) القرويين : إنما منع ابن القاسم من مساقاة ما

أزهى ولم يجعل ذلك كإجارة عليه ببعضه ، لأن عرف المساقاة أن لا يأخذ أحدهما شيئًا [إلا] (٣) إلى جذاذ الثمرة فكأن كل واحد شرط على صاحبه ألا يقاسمه وأن لا يتصرف في نصيبه إلى حين القسمة عند الجذاذ ، وهو في الإجارة لو شرط هذا لم يجز وإنما يجوز في الإجارة عليه ببعضه إذا كان كل واحد منهما له أن يقاسم ويتصرف في نصيبه [متى] (٤) شاء ، فإن اعترض على هذا بقوله في كتاب الشفعة في بيع أحد المساقين سهمه فقد أجاز ذلك والمشتري لا يقدر على الجذ ، فلعل هذا إنما سومح فيه لأنه لما وقعت المساقاة أولاً على بقاء الثمرة ووجب التأخير وكان هذا

(١) في أ : شيوخ صقلية .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) في أ : بما .

محتاجاً إلى بيع نصيبه كان منعه من بيع نصيبه ضرراً فسمح في ذلك لما قد يقع من الضرورة ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا استعملت العامل في الحائط الدلاء والحبال التي شرطها فتلفت بالاستعمال فهي عليه في المستقبل لا على رب الحائط ، وليس ذلك كالدابة تهلك ، وهلاك الدابة إنما هو كمثل ما لو سرقت الدلاء والحبال فها هنا جعلها على رب الحائط ، لأن الدلاء والحبال إنما ينتفع بها حتى تستهلك أعيانها وليست الدابة ينتفع بها باستهلاك عينها ، فليس يشبه موت الدابة ذهاب الدلاء والحبال بالاستعمال ، والله أعلم .

وذكر أن غيره يخالفه في هذا ويرى المسألتين سواء ، [فاعلم] (١) .

قال عبد الحق : الفرق بين المساقاة والقراض إذا اشترط في ذلك معونة رب المال : أن في المساقاة يكون العامل على مساقاة المثل ، وفي القراض له أجر [المثل] (٢) [لا] (٣) قراض المثل أن ذلك في القراض أشد في الفساد [إذ صارت] (٤) يده مع [يده] (٥) العامل يتصرف ويبيع ويغيب على ذلك فصار القراض كأنه في يده لم يسلمه للعامل ولا رضى أمانته ، وفي المساقاة التمر في رؤوس النخل لا يغاب عليه وأيديهما على الثمرة فليس لرب المال بينونة بشيء من الثمرة ولا عينه عليه فكان ذلك أخف في المساقاة فلم يجعل أجيراً وكان له مساقاة [المثل] (٦) .

وقول سحنون : إذا جاز اشتراط غلام رب الحائط جاز اشتراط [عونه] (٧) بنفسه للعامل ليس الأمر كذلك ، لأنه في اشتراط عون رب الحائط كأنه لم

(١) في أ : والله أعلم .

(٢) في أ : مثله .

(٣) في ج : إلا .

(٤) في أ : إذا صار .

(٥) سقط من ج .

(٦) في أ : مثله .

(٧) في أ : عون رب الحائط .

يسلم [إليه] (١) [الحائط] (٢) ولا رضى أمانة العامل للنظر الذى له معه، وإذا شرط غلامه فقد انقطع نظره هو وسلم الحائط [ورضى] (٣)، فهذا مختلف، والله أعلم.

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٤) : وعلى قول ابن القاسم لو كان رب الحائط هو الذى اشترط أن يعمل مع العامل فى الحائط فهاهنا يكون أجيراً لأنه لم يسلم الحائط إليه ، بخلاف مسألة « الكتاب » : إذا كان العامل هو الذى اشترط أن يعمل معه رب الحائط ، لأن هذا حق للعامل يقدر على إسقاطه ، وإذا كان رب الحائط هو الذى اشترط هذا فالعامل لا يستطيع إسقاط ذلك فلم يصح التسليم إليه واتمناه عليه .

قال بعض شيوخنا من القرويين فيمن انهارت بثره فدفع حائطه مساقاة إلى جاره يسوق مائه إليه وكراهية ابن القاسم لذلك [وقوله:] (٥) لولا أجازة مالك ، ليس يعنى أنه يسوق فضل مائه لأن فضل الماء [ق/٦٥ج] يأخذه عند ابن القاسم بلا ثمن، فلو كان كلامه على فضل الماء لم يقل : ولولا إجازة مالك لذلك لكرهته .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٦) : ما كان يرجع فيه العامل إلى مساقاة المثل يكون أولى بالثمن من الغرماء فى الموت والفلس حتى يأخذ حقه ، وكذلك فى القراض إذا كان يرجع فيه إلى قراض المثل .

يريد : وأما ما يرجع فيه إلى أجر المثل فلا يكون أولى بذلك من الغرماء فى القراض فى موت ولا فلس ، وأما فى المساقاة فيكون أولى بذلك فى الفلس حتى يأخذ أجرته ، وهو فى الموت أشد الغرماء فكذا ينبغى ، والله أعلم .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : شيوخ صقلية .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى أ : شيوخ صقلية .

قال غير واحد من [شيوخنا] (١) : ما كان يرجع إلى مساقاة المثل أو إلى قراض المثل يقسم ما لم يعمل العامل فإذا عمل ترك [ق/١٥٦أ] وأما ما يرجع فيه إلى أجر المثل فيفسخ عمل أو لم يعمل .

قال عبد الحق : ورأيت لابن حبيب خلاف هذا ، قال : ما كان من القراض يرد فيه إلى قراض المثل أو أجر المثل فهو مفسوخ عمل أو لم يعمل ، وأما في المساقاة فما يرد فيه إلى مساقاة المثل لا يفسخ بعد العمل وما يرد فيه إلى أجر المثل فهو الذى يفسخ قبل العمل وبعده ، وهذا [كله] (٢) مذكور فى كتاب القراض .

قال بعض القرويين فى [مسألة] (٣) من أخذ حائطاً على النصف فدفعه على الثلثين : معنى هذا أن المساقى الثانى لم يعلم أن الأول إنما أخذ الحائط على النصف فلذلك [أجيزت] (٤) ويرجع الثانى على الأول بمثل سدس الثمرة ، وأما لو علم الثانى أن الأول إنما أخذ الحائط على النصف فسدت المساقاة الثانية وكان للعامل الثانى أجر مثله والأول على مساقاته ، وإنما أفسد بالمساقاة إذا علم لأنه كأنه ساقاه على حائط على نصف ثمرته وعلى مثل سدس ثمرته يدفعها إليه من غيره ، وليس هكذا مساقاة المسلمين .

قال غير واحد من [شيوخنا] (٥) : إذا أعطاه نخلاً لم تبلغ حد الإطعام مساقاة وهى تبلغ حد الإطعام فى بعض الأمد الذى ضرباه ، فإن استفيق لذلك قبل بلوغها حد الإطعام ، فسخ ذلك وللعامل نفقته وإجارة مثله ، وإن لم يستفيق لذلك حتى بلغت الإطعام ، لم تفسخ المساقاة بقية المدة ووجب للعامل فى باقى المدة مساقاة المثل .

قال عبد الحق : مثال هذه المسألة : مسألة من طابت ثمرته فدفعها مساقاة ثلاث

(١) فى أ : شيوخ صقلية .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : مساقاة .

(٤) فى أ : أجيز .

(٥) فى أ : شيوخ صقلية .

سنتين أنه في السنة الأولى يكون أجيراً وتفسخ ما لم يعمل في السنة الثانية [فإن عجل في السنة الثانية] (١) فيتمادى ويكون له في السنين مساقاة المثل .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما قال في المساقى إذا وجد سارقاً : لا يردده بذلك .

وقال في كتاب الجعل والإجارة في أجير العمل يوجد سارقاً : إنه يرد بذلك .

لأن المساقى إنما السقاء في ذمته لا في عينه ، ألا ترى أن ذلك يلزم من ماله إذا مات بخلاف أجير الخدمة فكان كبائع السلعة بثمن إلى أجل يجد المشتري عديماً أنه على الذمة دخل فلا حجة له ، وأما أجير الخدمة فإنما اشترت منافع بعينه فذلك كسلعة اشتراها فوجد بها عيباً أن له ردها ، والله أعلم .

تم كتاب المساقاة بحمد الله وحسن عونه .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الجوائح

قال عبد الحق : اضطرب إذا اجتبح [أول بطن من بطون] (١) المقناة هل يستعجل التقويم فيما بقى من البطون الآن على ما جرى من عرف عاداتها أم يستأنى [بها] (٢) حتى يجنى جميع بطونها ؟

وأصوب القولين فى ذلك عندى الاستثناء حتى يجنى جميع بطونها ولا يرجع إلى الاجتهاد فى أمر يعلمه حقيقة ويشاهده عياناً ولا حجة لمن احتج بأن البائع قد يفلس إن تربصنا ؛ لأن التفليس أمر طارئ وغير متحقق .

[واعلم] (٣) أن من باع ثمرته على ألا جائحة عليه البيع جائز والشرط باطل على قول مالك ، [ومثل] (٤) ذلك من باع جارية مثلها تواضع على شرط تلك المواضعة أن البيع جائز والشرط باطل ويحملان على المواضعة والوضع فى الجائحة على قسمين :

فقسم يراعى فيه الثلث ، وقسم توضع الجائحة فيما قل منه وما كثر ، فمثل النخل و الشجر ونحو ذلك مما له أصل ثابت يراعى فيه الثلث وما كان من البقول مثل السلق والبصل والفجل ونحو ذلك فيوضع ما قل وما كثر ، وذلك لأن آفة هذه الأشياء من عدم الماء وفساد الأرض ، هكذا رأيت لبعض البغداديين وأما أبو بكر الأبهري فقال فى « شرح كتاب ابن عبد الحكم » : إنما وضعت الجائحة فيما قل وما كثر ، وذلك فى هذه الأشياء التى قدمنا لأنه لا يوصل إلى مقدار ثلث ذلك لأنه يخرج أولاً فأولاً فليس يكاد يضبط قدر ما يذهب منه ، أعنى : الثلث - فوجب أن

(١) سقط من ج .

(٢) زيادة من أ .

(٣) فى أ : فاعلم .

(٤) فى أ : ومثال .

يوضع قليل ذلك وكثيره .

قال أبو بكر الأبهري : وقد قال : إنه لا يوضع شيء من ذلك ، ووجه هذا القول : أن المشتري يقدر على قطع ما اشتراه في الحال وليس لبياضه وقت يتوقع كما يكون في الثمرة فلما فرط مشتري البقل في أخذه مع قدرته على ذلك فقد فرط فليس يرجع على البائع بشيء .

وقد قال : يراعى في ذهابه الثلث كالتمر ، وهذا القول هو الصحيح .

اعلم أن ثمر [ق/١١٥٧] المساقاة إذا اجتتبح فإن كانت الجائحة أقل من الثلث سقى الجميع ولا كلام للعامل كانت الجائحة شائعة أو منفردة ، فأما إن كانت الجائحة تبلغ الثلث فصاعداً نظرت ، فإن كانت منفردة ، سقط عنه سقى المجاح خاصة ، وليس له رد ما بقي لأن حكم الجائحة في البيع ألا يرد ما بقي من الثمرة ، وإن ذهب أكثرها بخلاف الاستحقاق وإن كانت الجائحة شائعة فهو مخير إن شاء سقى الحائط وإلا ترك جميعه ، وإنما خير إذا كانت الجائحة شائعة لأنه إن حط عنه السقى مقدار الجائحة أضر ذلك برب الحائط في شجره ولا يصلح أن يلزم السقى فيسقى ما لا ينتفع به فوجب لذلك تخييره بين سقى الحائط [كله] (١) أو تركه .

ذكر عن أبي محمد وأبي الحسن أنهما قالا : إنما يكون السارق جائحة عند ابن القاسم إذا كان سارقاً لا يعرف بعينه ، فأما لو عرف السارق لأتبعه المبتاع بقيمة ما سرق له ألفاه ملياً أو معدماً ولا يكون حينئذ جائحة يرجع بها على البائع .

قال عبد الحق : الفرق بين اشتراط المشتري لما أزهى من [الثمرة] (٢) أنه لا يفترق أن تكون الثمرة تبعاً للأصل أو غير تبع [أنه] (٣) لا جائحة في الثمرة ، وبين مكترى الدار يشترط ثمرة فيها إنما كانت غير تبع للكراء وقد طابت حين العقد

(١) زيادة من أ .

(٢) في أ : الثمار .

(٣) في أ : لأنه .

[فيها الجائحة] (١) أن ثمرة الأصول المبيعة [متكونة] (٢) عن الأصول متولدة منها فكانت في حكم التبعية لما هي منه والثمر المضاف إلى كراء الدار لم تضاف إلى ما هو متكون عنه ومتولد منه فلم تكن في حيز التبعية إلا أن يكون يسيراً .

تم كتاب الجوائح بحمد الله وحسن عونه .

(١) في أ : أن الجائحة فيها .

(٢) في أ : مكونة .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
كتاب كراء الرواحل

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا ابتاع عبداً أو اكرى راحلة بعينها صفقة واحدة فماتت الراحلة ، يفترق إن كانت الراحلة وجه الصفقة أو لا حسب ما يستعمل في البيوع إذا اشترى سلعتين فاستحقت إحدهما أو وجد [ق/٦٦ج] بها عيب ، وكما قال فيمن اكرى حمامين فانهدم أحدهما فراعى وجه الصفقة من غيره ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : ولو اشترى العبد بدنانير وبكراء راحلة بعينها يركبها البائع فهلكت الراحلة قبل أن يركب البائع شيئاً أو بعد ركوبه شيئاً [يسيراً] (١) من المسافة والبائع للعبد ثمن عبده شيئان دنانير وكراء راحلة ، فإذا لم يصح له كراء الراحلة رجع بما يخصها من قيمة العبد إن كان قائماً أو في عينه إن كان قائماً على الاختلاف في ذلك فعلى أصل قول ابن القاسم إنما يرجع بحصاص ذلك ثمناً ، كان العبد قائماً أو فائتاً [لضرر الشركة] (٢) [وإنما قول] (٣) غيره يرجع بحصاص ذلك في عين العبد إن كان قائماً كمسألة من باع عبداً بثويين فاستحق أدنى الثوين أو وجد به عيباً .

ومثال هذه المسألة أيضاً : مسألة من باع نصف ثوبه على أن يبيع له المشتري في النصف الآخر شهراً فيبيعه بعض الشهر فتدبر ذلك تجده صحيحاً إن شاء الله .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما لم يجز [مالك] (٤) الكراء والبيع بالدنانير المعينة الغائبة إلا بشرط ضمانها إن تلفت إذا كانت السلعة شرط قبضها ؛ لأنه يصير كمنقذ في غائب تصير الدنانير الغائبة كسلعة اشترت بسلعة حاضرة ، فإذا شرط قبض الحاضر فذلك كمنقذ في غائب ، كذا وقع لابن المواز ونحا إلى أنه تفسير

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : وقال .

(٤) سقط من أ .

لما فى « المدونة » لا خلاف .

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا اكرتري راحلة بخيار يوم أو يومين وعجل النقد بغير شرط لا يجوز ذلك على مذهب ابن القاسم ، لأنه إذا اختار إمضاء الكراء [صار] (١) ما نقد بغير شرط دينًا فكأنه [أخذ ممن له عليه دين] (٢) ركوب راحلة إلى بلد ، وذلك على مذهب ابن القاسم [وروايته] (٣) غير جائز ، ويجوز على مذهب أشهب ، وقد ذكرنا أصل هذا فى غير هذا الموضوع ، وأوضحنا اطراده فى مواضع .

قال بعض شيوخنا من القرويين : تفرقة بين مسألة الراحلة المكتراة تقيل فى الطريق وبين العبد يمرض فى مدة الإجارة ، إنما المسألتان مفترقتان لاختلاف السؤال ، وذلك أن سؤال مسألة الأجير فى الحضر ومسألة الدابة فى السفر ولو كانت الدابة فى الحضر أو الأجير فى السفر لكانت المسألتان سواء جوابهما واحد ، فاعلم ذلك .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا اكرتري دابة يومًا فحبسها شهرًا [ق/١٥٨] ، وربها حاضر ، فهلكت الدابة ، لا يضمناها على قول ابن القاسم ، وإن كان يجب عليه كراء المثل فيها لا على حساب ما أكرها ؛ لأن ربها قد كان يقدر على أخذها ولم ينه المكرتري فلم يحصل من المكرتري عداء .

يريد : وأما على قول غيره الذى يرى عليه فيما حبسها بحساب ما اكرتري لكون ربها حاضرًا فذلك [أبين] (٤) فى رفع ضمانها وأوضح [فاعلم ذلك] (٥) .

قال عبد الحق : اعلم أن المكرتري إذا جاوز المسافة بقليل أو كثير يضمن بخلاف الزيادة على الحمل هاهنا يراعى إن زاد ما يعطب فى مثله أولاً .

والفرق بين ذلك : أن مجاوزته الأمد تعد كله ، وزيادة الحمل اجتمع فيه تعد

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : فسحه فى .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : بين .

(٥) سقط من أ .

وإذن ، فإذا كانت [زيادة] (١) لا تعطب فى مثلها لم يدر موتها من الإذن أو من التعدى ومثل [هذا رأيته] (٢) [لابن حبيب] (٣) .

قال عبد الحق : فإذا اكتراه ليحمل عشرة [أفقرة] (٤) فحمل أحد عشر قفيزاً فإن أكمل العشرة أفقرة وحمل القفيز منفرداً لم يحمله معها ، فهذا يضمن الدابة وإن كان القفيز لا يعطبه فى مثله كالزيادة على المسافة لأنه تعد صريح بخلاف إذا حمل القفيز مع غيره فيما أذن [له] (٥) فيه ، وكذلك الذى [يستأجر] (٦) ثوراً على أن يطحن شيئاً معلوماً فيزيد عليه [تعدياً] (٧) بعد [فراغ ما] (٨) أذن له فيه ، هذا يضمن وإن كان لا يعطب فى مثل ذلك الذى زاد لأنه يعد كله كزيادته على المسافة ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا أكرى دابة ليحمل عليها حمل مثلها من شئ معلوم ، فحمل عليها ربها شيئاً مع ذلك ، نظرت فإن كان المكترى حمل أقل من حمل المثل فكراء ما حمل عليها المكترى وإن كان قد حمل عليها حمل المثل فكراء ذلك لرب الدابة وقد كان للمكترى منعه لكنه قد استوفى شرطه وما هو له من الحمل فلا يأخذ كراء ذلك .

قال عبد الحق : قوله : (إذا اكرى الدابة ليحمل عليها شيئاً فحمل ما هو أضر فهلكت أن له كراء فضل الضرر إن شاء) (٩) معنى ذلك أن يقال : كم يساوى كراء مثل الذى عاقده عليه ؟ ، فيقال : عشرة ، ويقال : ما كراء مثل الذى حمل على الدابة مما هو أتعب والوزن واحد ؟

(١) زيادة من أ .

(٢) فى أ : ذلك رأيت .

(٣) فى أ : لعبد الملك بن حبيب .

(٤) فى أ عبر « بالمد » بدلاً من « القفيز » .

(٥) زيادة من أ .

(٦) فى أ : استأجر .

(٧) سقط من أ .

(٨) فى أ : فراغه مما .

(٩) المدونة (٣/٤٩٦) .

فيقال : اثنتى عشر ، فبين عشرة واثنتى عشر سدس فيكون لرب الدابة إن ترك تضمينه كراؤه كاملاً الذى عاقده عليه ما بلغ ويكون له سدس كراء مثل الذى حمل على الدابة مما هو أتعب ؛ لأن الكراء مرة قد يكون غالباً أو رخيصاً ، وقد يتغابنان ولا يتغابنان ، وقد يكون كراؤه الذى عقد عليه هو أقل تعباً مثل كراء الذى حمل على الدابة مما هو أتعب ، ونحو هذا التفسير رأيت لفضل بن سلمة .

قال ابن حبيب : معنى إجازة مالك فى الحمل والمحامل ، للمكترى أن يكرهها فى مثل ذلك إنما هو إذا كان رب الدابة معها يتولى سوقها والحط عنها والحمل عليها ، فأما لو كان إنما يسلمها للمكترى فيتولى سوقها [لنفسه] (١) فذلك مثل ركوبها بسرجهما وله منعه من الكراء من غيره فى الحمل ، لاختلاف سوق الناس ورفقتهم ، [إلا] (٢) أن يكون المكترى ممن لا يتولى سوقها بنفسه قد علم ذلك المكبرى ، وإنما يرسلها مع عبده أو أجيده أو من يكفيه ذلك فلا حجة للمكبرى فى منعه أن يكرهها من غيره فى مثل حملها ؛ لأنه قد علم حين أكرها [إياه] (٣) أنه هو لا يتولى سوقها .

قال عبد الحق : ذكر فى اختلاف المتكاريين ثلاث أسئلة :

فالسؤال الأول : ذكر فيه اختلافهما فى المسافة فقط .

والسؤال الثانى : اختلف فى المسافة و[فى] (٤) الكراء .

والسؤال الثالث : اختلف فى الكراء فقط .

وإنما يتتفع المكبرى بانتقاده فى مسألة الاختلاف فى المسافة ، وفى مسألة الاختلاف فى المسافة ، والكراء جميعاً ، وأما فى مسألة اختلافهما فى الكراء فقط فلا يتتفع المكبرى إن كان انتقده ، لأنه إذا بلغ المسافة فالمكبرى يدعى زيادة فعلية البيان

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) زيادة من أ .

فيها ، فلا معنى للنقد فيها .

وقول غيره في مسألة الاختلاف في الكراء فقط : ليس المعين كالمضمون .

يريد : أن المضمون [يتفاسخان] ^(١) فيه ، وعند ابن القاسم لا يتفاسخان في المضمون ويبلغان المسافة التي اتفقا عليها ، وشبه المضمون إذا قبض كالمعين ، ولو كانت الراحلة المضمونة قد هلكت لاتفق جواب ابن القاسم وغيره أنهما يتفاسخان ؛ لأن المكترى لم يجز شيئاً [هو] ^(٢) في يده فيصدق من أجله فهو مدع لانشغال ذمة المكري ، فلا يصدق .

وقول غيره في المسألة [ق/١٥٩أ] فقط وكان ذلك قبل الركوب أو بعد ركوب شيء [كثير] ^(٣) أن الحمال إذا انتقد فالقول قوله ، كمن قال : بعتك بهذه المائة التي قبضت منك مائة أردب إلى سنة ، وقال المبتاع : بل اشتريت بها منك مائتي أردب إلى سنة ، وكان ما قال البائع يشبه أن القول قوله والمشتري مدع [عليه] ^(٤) ، ليس بجامعه ابن القاسم على هذا النظير ، بل مذهب ابن القاسم [فيه] ^(٥) : أن يتحالفوا ويتفاسخا إذا اختلفا بقرب عقد السلم ، فاعلم ذلك .

واعلم أنهما وإن اختلفا في المسافة [أو المسافة] ^(٦) والكراء إذا لم يبلغ أدنى المسافتين ووجب تصديق المكري في المسافة لا بد أن يركبه إلى أدنى المسافتين ولا تفسخ ما بقى من أدنى المسافتين ، وهكذا حفظت عن بعض [ق/٦٧ج] شيوخنا في سائر ما قدمت في اختلاف المتكاريين .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا كراه على حمل طعام فادعى ضياعه ويعلم يقيناً أنه لم يبلغ الموضع الذي كراه ليوصله إليه مثل أن يدعى ضياعه ،

(١) في أ : يفاسخا .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : يسير .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من ج .

قبل أن يخرج إلى الموضع ، أو قبل أمد يبلغ في مثله ولا بينة له على ذهابه فلا يضمن مثله في موضع ضاع ، وإنما يضمن المثل في الموضع الذي يوصله إليه إذا أمكن أن يكون وصل إلى الموضع بالطعام أو ذكر بعد وصوله [أنه قد ذهب] (١) ، قال : وغيرى يخالفنى فى هذا ويرى أن ذلك سواء ، وليس بصواب .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٢) : إذا كراه على حمل طعام وهو معه ثم ذهب عنه فى بعض الطريق فادعى المكترى ضياع الطعام نظرت فإن كان صاحبه ذهب على أنه لا يعود إليه كمرض أصابه ولا يرجى أن يدركه ونحو ذلك فإنه يضمن وإن كان ذهب ليدركه ويرجع إليه فلا ضمان على الحمال ؛ لأنه إذا كان لا يعود رجع إلى أصل الضمان وخرج عن باب الأمانة وصار مضطراً إليه فيه ، وهذا كقوله فى الإكراء : إذا بلغوا المسافة وحازوا العروض حيازة الرهن ليقبضوا كراؤهم أنهم يضمنونها ، فكما كان هؤلاء فى الأصل لا يضمنون فيه لهم إلى الضمان لقبضهم إياها وحيازتهم لها كذلك فيما ذكرنا ، وإن كان لا يضمن بذهاب رب الطعام وحوز هذا له وانقطع ربه عنه يضمن ، فالمسألان سواء فى الانتقال عن الحكم الأول إلى حكم ثان ، والله أعلم .

وحكى عن الشيخ أبى الحسن فىمن دفع طعاماً بالساحل إلى صاحب مركب بكيه ويدفعه إليه وينصرف عنه فىوسقه رب المركب بغير [حضرة ربه] (٣) فإذا جاء وقت الإقلاع ركب معه رب الطعام : أن رب المركب ضامن لما نقص من الطعام لأنه قد غاب على الطعام ولو لم يدفعه رب الطعام حتى أوصله إلى المركب ثم غاب فأتى وقت الركوب فركب معه فلا يضمن رب المركب ، كمن سحب طعامه ثم تخلف عنه فى الطريق لأنه لم يسلمه إلى الحمال من أول ما حملة .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : شيوخ صقلية .

(٣) فى أ : حضور رب الطعام .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا كان فى الطعام الذى كراه عليه زيادة ، وكان الحمال هو الغالط بالزيادة والحامل فوق المشترط عليه فأراد [رب] (١) الطعام أخذ الطعام ودفع الأجر فله ذلك ، وإن شاء فله مثل الطعام بالبلد الذى حمل الطعام [منه] (٢) ، وهذا بخلاف من غصب طعاماً فحملة إلى بلد آخر فأراد ربه أخذه ودفع أجر الحمل [هذا] (٣) لا يجوز لأنه يصير بيع طعام ودراهم بطعام ، وفى مسألة الحمال الطعام إنما حملة لربه لم يحملة لنفسه فلم يكن كبيع طعام ودراهم بطعام ، فاعلم .

تم كتاب كراء الرواحل بحمد الله وحسن عونه .

(١) فى أ : صاحب .

(٢) فى أ : فيه .

(٣) فى أ : فذلك .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب كراء الدور والأرضين

اعلم أنه إذا كان السواد تبعاً للأرض المكتراة لا يجوز مساقاته وكراء الأرض في صفقة [واحدة] (١) لأن ذلك مساقاة وبيع ، وإن كانت الأرض هي التبغ ، لم يجوز أيضاً كون السواد بينهما وكراء الأرض في صفقة ، وإن كانت الأرض النصف والسواد النصف لم يجوز كراء الأرض على أن يكون السواد للمكترى ملغى ولا بينهما ولا مساقاة الثمر على أن تكون الأرض ملغاة ولا يكون الزرع بينهما ، ولا يجوز في هذا إذا كانت الأرض النصف والسواد النصف جمع ذلك في صفقة وإنما يكرى الأرض على حدة ويساقى السواد على حدة ، فتدبر ذلك .

قال بعض شيوخنا من القرويين : معنى ما جرى له إذا شرط المكترى على

المكترى في كنس المراحيض .

إنما يريد بذلك : كنس ما يتكون بعد عقد الكراء [ق/ ١٦٠] وأما ما كان يوم عقد الكراء في المراحيض فهو على المكترى شرط عليه أم لا ولا محيص له [من] (٢) ذلك كما لو كان في أحد البيوت التي أكرى شيئاً أن عليه إزالته وتفريغ البيت للمكترى وكذلك المرحاض ، فاعلم .

قال غير واحد من شيوخنا في مسألة المرأة تنكح وهي في دار بكراء ، قول

غيره : عليه الأقل من كراء المثل أو ما اقتصرت به ، يريد : عليه الأقل من ثلاثة أوجه : من كراء مثل الدار ، أو من كراء مثل ما ينبغي أن يكون على الزوج للزوجة ، أو المسمى الذي اقتصرت به المرأة .

وحكى عن الشيخ أبي الحسن في مسألة المرأة هذه ، قال : إن كانت هي التي

دعت الزوج إلى الدخول بها في دارها أو في دار هي فيها بكراء ولم تذكر له أنها تغرمه كراء فلا يلزمه شيء من الكراء ، وإن لم تكن هي التي [دعت الزوج] (٣) إلى

(١) سقط من ج .

(٢) في أ : عن .

(٣) في أ : دعت .

الدخول عندها [و] (١) هو الذى اختار ذلك فيلزمه كراء الدار التى هى فيها بكراء أو كراء دارها بعد أن تحلف : ما أسكنته إلا [لتأخذ] (٢) منه الكراء .

قال عبد الحق : انظر هذه المسألة ومسألة كتاب العدة إذا كانت المعتدة فى مسكن بكراء فطلبت الزوج بالكراء بعد تمام المدة ، قال : إن لها [كراء] (٣) ذلك إن كان موسراً حين سكنت .

قال بعض الأندلسيين : معنى هذه المسألة عندى على أنها إنما اكرت المسكن بعدما تزوجها ، وأما إن تزوجها وهى فى بيت بكراء فقد قال فى كتاب كراء الدور : لا كراء على الزوج إلا أن يكون يثبت له أنها تسكن بكراء ، وإن لم يكن هذا معنى المسألة فهو تناقض من قوله ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإذا شرط على المكترى أن لا يوقد تنوراً فأوقد فاحترقت دور جيرانه ضمن ، لأن أصل هذا [كسب] (٤) فعل لا يجوز له ، وإن كان مما يجوز له لولا الشرط الذى شرط عليه .

مثال ذلك : قوله فى الذى يحفر بئراً فى داره للسارق : إنه يضمن ما سقط فيه من سارق وغيره وإن كان [حفره للبئر جائزاً] (٥) [يريد :] (٦) فى داره لكن لما فعله للسارق ضمن السارق وغيره ، لأنه فعل ما لا يجوز له ، فاعلم .

قال عبد الحق : هدم بعض الدار المكتراة على ثلاثة أوجه : أما إذا انهدم ما لا يضر [به] (٧) شيئاً كالشرفات ونحو ذلك فهذا لا كلام فيه للمكترى ولا يسقط من

(١) فى أ : بل .

(٢) فى ج : لأخذ .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : سبب .

(٥) فى أ : حفر البئر جائز .

(٦) سقط من ج .

(٧) سقط من ج .

الكراء من [أجل ذلك] (١) شيء ، وأما إن انهدم شيء ينتفع به المكترى وليس فيه كثير مضرة عليه فهأنا يسقط من الكراء قدر ذلك كاستحقاق اليسير من المبيع ، وأما إن كان الذى انهدم [مما] (٢) فيه ضرر كثير فللمكترى رد الدار ، وإن شاء سكن وأدى جميع الكراء ، وأما إن أراد أن يسكن ويؤدى بحساب ما بقى سالماً فلا يجوز وإن رضى له المكرى بذلك ؛ لأن ما يخص ذلك مجهول ولو انهدمت الدار كلها وبقيت قاعة فقال المكترى : أنا أؤدى جميع الكراء وأنتفع بالقاعة على حالها فله ذلك وليس للمكرى منعه ، وهكذا حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين فيما وصفته .

قول غيره فيمن أسكنته دارك ثم طلبته بالكراء فادعى أنك أسكنته باطلاً ، عليه الأقل من دعواك أو كراء المثل بعد أيانكما إنما يحلف الساكن إذا كان كراء المثل أقل مما يدعى رب الدار ؛ لأن عينه توجب المثل وتبقى التسمية التى يدعى رب الدار ، فأما إن كان كراء المثل مثل التسمية أو أكثر منها فلا معنى ليمين المكترى ، وإنما يحلف رب الدار فقط ويأخذ التسمية التى ادعاها ، فاعلم .

اعلم أن النقد فى كراء الأرض على ثلاثة أوجه :

فأما أرض المطر فلا يلزمه أن ينقده حتى يتم زرعه .

وأما أرض النيل أو المأمونة من أرض المطر كأمن النيل [ق/٦٨ج] فينقده إذا

رويت .

وأما أرض السقى التى تزرع بطوناً فينقده عند ابن القاسم كلما سلم بطن أعطاه ما يقع له ، وعند غيره [عليه] (٣) حصّة أول بطن ، يريد : إذا روى ، وكذلك البطن الثانى وما بعده أعطاه إذا روى كراؤه ولا فرق بين الأول وغيره فى جواب الغير ولا فى جواب ابن القاسم ، فاعلم ، وهكذا قال بعض شيوخنا من القرويين .

قيل لابن القاسم فى « كتاب ابن المواز » : إن اكرت أرضاً ثلاث سنين بمائة

(١) فى أ : أجله .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : ينقده .

دينار، كم ينقده للسنة الأولى ؟

قال : ثلث المال ولا ينظر إلى اختلاف الكراء على تشاح الناس إنما ذلك فى الدور ؛ لأن ذلك معروف فيها وأرض المطر لا يعرف ذلك فيها ، قد يأتى المطر فى عام أكثر من آخر ويأتى فى عام ولا يأتى فى آخر .

قال بعض القرويين : فإن قيل : فإن فى باب بعد هذا فىمن اكرى أرضاً ثلاث سنين [ق/ ١٦١] فغارت بثرها أو انقطعت عينها بعد سنة أنه ينظر ما يلزمه فى السنة التى عمل فيها على قدر الغلاء والرخص فقيل : هذه بخلاف أرض المطر لأن البثر والعين معروف ماؤهما وتشاح الناس فيهما والعطب فيهما إنما هو حادثة فهما أشبه شىء بالدور وأرض المطر لا نعرف ذلك منهما .

قال غير واحد من القرويين فى الأرض المكتراة يذهب أمد الكراء وفى الأرض شجر فيها ثمر : إن كان الثمر غير مؤبر لم يجبر رب الأرض على بقاء الغرس وله أن يكلف المكترى قلع الشجر ، وإذا كان الثمر مأبوراً عند تمام الأمد جبر على بقاءه وعليه قيمة الكراء لأنه إن كلفه القلع أضربه فى فساد ثمرته عليه .

قال عبد الحق : قول غيره : إذا صالح رب الأرض على بقاء الغرس عشر سنين على أن له نصف الشجر بتلاً لا يجوز وهو فسخ دين فى دين .

قال أبو محمد فى «مختصره» : يريد غيره لأنه لما كان له أن يعطيه قيمة الشجر مقلوعة فكأنه أكرى منه بقاء نصف الشجر التى بقيت للمكترى فى الأرض بالقيمة التى وجبت له عليه فى نصف الشجر الذى أسلمه إليه فصار كراء الأرض بدين لك على رب الأرض .

وقال بعض الأندلسيين : إنما يدخله الدين بالدين ، لأن رب الأرض كان له أن يعطيه قيمتها مقلوعة فكأن المتكارى تحول من تلك القيمة إلى نصف الشجر يكون بيده عشر سنين ثم يكون رب الأرض مخيراً عليه فيها أيضاً فلم يبق بالنصف الذى تحول إليه بينونة تامة ، هكذا رأيت لبعض العلماء .

قال : وإن شئت قلت : لما كان له أن يعطيه قيمتها مقلوعة فكأنهما اصطلاحاً

على أن يقبض رب الأرض نصف الشجر بتلاً بنصف القيمة ، ويتحول المتكاري مما
وجب له في ذلك إلى نصف الأرض و يكون بيده عشرة أعوام يعمل فيها النصف
الذي بقي له من الشجر فصار ذلك بمنزلة من اكرت أرضاً من صاحبها بدين ووجب
له قبله ، فتدبر ذلك تجده صحيحاً إن شاء الله .

وقال أيضاً في الذي يكتري الأرض عشر سنين على أن يغرسها على أن الثمرة
للغارس فإذا انقضت المدة فالشجر لرب الأرض، في قول سحنون ، ويدخله بيع
الثمر قبل بدو صلاحه ، ويدخله أيضاً كراء الأرض بالثمر إنما يدخله بيع الثمر قبل
بدو صلاحه فيما أرى ؛ لأن رب الأرض لما صارت له الشجر أخيراً فكأنه باع ثمرتها
في العشر سنين بالثمن الذي صار على المتكاري في الغروس ويعمله فيها إلى انقضاء
المدة ، وأما القول : (ويدخله كراء الأرض بالثمر) فلم أجد له معنى إلا أن تكون
المدة تنقضى وفي الشجر طلع فيأخذه رب الأرض مع الشجر فكأنه أكرى منه أرضه
المتكاري في الغروس وهذا الطلع ، والله أعلم .

قوله في أرض السقي التي تكتري على الشهور والسنين : (إذا تمت المدة وله
فيها زرع أخضر ليس لرب الأرض قلعه وعليه تركه إلى تمامه وله فيما بقي كراء مثلها
على حسب ما أكرها منه) .

قال بعض شيوخنا من القرويين : معنى هذا أن يقال : كم يساوي كراء المثل
في السنة الثانية ثم ننظر إلى الأمد الذي ترك المكتري فيه زرعه إلى تمامه كم مقداره
من ذلك ؟

فإن كان الربع ، فله فيه ربع المسمى ، أو الخمس فله خمس المسمى فهذا معنى
كراء مثلها على حساب ما أكرها ، والله أعلم .

قال عبد الحق : رأيت لبعض القرويين قال : انظر الأرض غير المأمونة إذا
اكتريت بعبد بعينه أو بعرض وهي مما لا يجوز [اشتراط] ^(١) النقد فيها أن الكراء لا
يجوز ، لأن شرط النقد يفسد الكراء ، وإن اشترط بقاء العبد أو العرض إلى أن

(١) سقط من ج .

يحصد الزرع صار قد أكرى أرضاً بشيء بعينه لا يقبضه إلا إلى أجل وإنما ينبغى أن يكرى منه هذه بالعين أو بشيء مضمون فى ذمة إلى أجل ينقضى أجل الكراء قبله ، ولو اكرتت هذه بأصل دار أو أرض لا تقبض إلى أجل [انقضاء] (١) الكراء لجاز لأن الدار آمن من الحيوان [والرقيق] (٢) .

قال عبدالحق : هذا كلام فيه نظر ، وذلك أن السلعة الغائبة غيبة لا يجوز فيها النقد يجوز شراؤها بالعين والعرض وتكون العروض موقوفة لا يشترط نقدها ، فإذا جاز هذا ولم تكن العروض الموقوفة كأنها شيء بعينه اشترى لا يقبض إلى أمد بعيد وجاز هذا لضرورة غيبة الغائب ، فكذلك لا يجوز فيما وصفنا إذ الأرض غير المأمونة لا يصح جواز النقد فيها بشرط [ق/١٦٢أ] فما الفرق بين المسألتين ؟ بل هما سواء ، والله أعلم .

قال بعض الأندلسيين فى قول غيره : إذا أكرى مائة ذراع من أرض وإن استويت الأرض لا يجوز حتى يسمى الموضع .

إنما لم يجزه غيره لأن من قول أصحاب مالك أن من باع من رجل ثوباً من ثوبين صفتها [واحدة] (٣) أو قيمتهما واحدة على أن يضربا عليهما بالقرعة فأيهما خرج أخذه المشتري : إن ذلك لا يجوز لأن المبيعة فى هذا ليست كالقسمة وينبغى أن يكون [الكراء] (٤) فى هذا كالبيع [فيكون حينئذ] (٥) المتكاريين كأنهما تخاطرا ، لأنهما إن تشاحا ولم يتفقا ودعوا إلى القسمة بالقرعة والتعديل لم يكن ذلك لهما ، وهذا رأته لبعض العلماء ، وهو كلام صحيح [المعنى] (٦) إن شاء الله .

قال : إذا أعطيته أرضك ليزرعها بحبه على أن له طائفة أخرى من أرضك

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) زيادة من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أتقديم وتأخير .

(٦) سقط من ج .

ليزرعها لنفسه [لا يجوز] (١) .

قال بعض شيوخنا من القرويين : فإذا نزل ذلك وزرع الأرض [كان الزرع] (٢)

للذى دفع إليه الأرض ويعطيه كراء عمله ، ولا يكون الزرع للعامل بخلاف الشركة الفاسدة فى الزرع .

يريد : لأن هذا إنما زرع لغيره ، فلذلك كان الزرع لغيره وفى الشركة الفاسدة

قد زرع لنفسه ولغيره ؛ فلذلك كان الزرع للعامل على قول ابن القاسم .

وقال لى غيره : بل يكون الزرع لمتولى العمل كمسألة الشركة الفاسدة سواء لأن

البذر غير مقبوض إذ هو فى يد العامل فلا يكون الزرع لرب الأرض ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : قول غيره : لايجوز أن يضمنا

حملانه فى مسألة الحمال يفلس فيضمن الغرماء حملان المكترى ، [إنما هذا

الخلافا] (٣) بين ابن القاسم وغيره إذا كانت الإبل المكتراة معينة فرأى ابن القاسم أن

ضمانهم لحملانه يجوز لضرورة التفليس [الحادثة] (٤) ، ومنع غيره من ذلك ، وأما

إن كان الكراء مضموناً فيجوز أن يضمنا حملانه بلا اختلاف من ابن القاسم وغيره ،

ألا ترى أن الحماله بالمضمون تجوز فإذا جازت الحماله جاز تحوله على الغرماء

والحماله بالمعين لا تجوز ، فكذلك لا يجوز [تحويله] (٥) على الغرماء ، فاعلم .

تم كتاب كراء الدور والأرضين بحمد الله وحسن عونه .

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : فالزرع .

(٣) فى أ : إنما هو بخلاف .

(٤) فى أ : الحادث

(٥) فى ج : تحوله .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب القراض

قال الليث : كان القراض فى الجاهلية فأقر ، وصار سنة فى الإسلام ، وقد عمل به عمر وعثمان وصدر الأمة [ق/ ٦٩ ج] واتبع فيه خلف الأمة سلفها ، وهو كالذى سن الرسول ﷺ فى المساقاة سواء ، وذلك مستخرج بالرخصة من الإجارة المجهولة وكاستخراج [بيع] (١) العرية ، والشركة فى الطعام والتولية ، والعمل به جائز على ما جرى من سنته ما لم يتغير ذلك بفساد عقد أو شرط فيخرجه عن حد رخصته ، وإذا خرج عن سبيل ما ينبغى فمن ذلك ما يرد فيه المقارض إلى أجر المثل ومنه ما يكون له فيه قراض المثل ، والأصل فى ذلك أن [كل] (٢) زيادة أو منفعة اشترطها أحد المتقارضين هى للمال وداخله فيه ليست خارجه عنه ولا خالصة لمشترطها فهو يرد إلى قراض مثله ، وكل زيادة أو منفعة اشترطها أحدهما لنفسه خارجه من المال خالصة لمشترطها فهو يرد إلى [أجر] (٣) مثله ، وكل خطر وغرر تعامل به خرجا به من سنة القراض الجائز فهو يرد إلى أجر مثله ، فعلى هذه الثلاثة معان يجرى القراض الفاسد على مذهب [قول] (٤) مالك فى رواية ابن القاسم عنه ، وفى هذا الأصل تنازع كثير .

قال ابن المواز : وكل ما يكون فيه أجيراً من القراض الفاسد فهو أسوة الغرماء فى الموت والفلس ، وقاله ابن القاسم .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٥) : وأما ما يرد فيه إلى قراض المثل وما كان فى المساقاة يرد إلى مساقاة المثل فهو أولى بما فى يديه من الغرماء فى الموت و[الفلس] (٦) ،

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : كان .

(٣) فى أ : إجارة .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : شيوخ صقلية .

(٦) فى أ : التفليس .

لأن حقه فى عين المال ولو تلف لم يكن له شىء ، وأما ما يكون فيه أجيراً فأجرته ثابتة على رب المال وإن تلف المال .

قال عبد الحق : وما كان فى المساقاة يكون فيه أجيراً فينبغى أن يكون أولى بثمر الحائظ فى الفلوس وهو فى الموت أسوة الغرماء بأجر مثله .

قال أبو محمد بن أبى زيد : ورأيت لسحنون فيما يكون له إجارة مثله ويكون فيما عمل بعد ذلك على قراض مثله ثم [أفلس] (١) رب المال ، قال : فالعامل أحق بما فى يديه فى الموت والفلوس حتى يأخذ أجر مثله ، ولم أروه .

قال ابن حبيب : وكل قراض فاسد مما يرد فيه العامل إلى قراض مثله أو أجر مثله فإنه [ق/١٦٣] يفسخ متى ما عثر عليه قبل العمل وبعده ، وأما المساقاة الفاسدة فإنها تفسخ قبل العمل كانت مما يرد فيها [العامل] (٢) إلى مساقاة مثله أو أجر مثله ، وإن [أدركت] (٣) بعد العمل وكانت يرد فيه العامل إلى مساقاة مثله لم تفسخ وإن كان يرد فيها إلى أجر مثله فسخت وأخذ العامل أجرته فيما عمل ، كذلك [سمعت] (٤) أهل العلم يقولون .

قال عبد الحق : وحفظت عن غير واحد من [شيوخنا] (٥) خلاف هذا فيما يرد فيه إلى مساقاة المثل وقراض المثل أن ذلك سواء إذا عثر عليه بعد العمل لم تفسخ .

قال عبد الحق : دافع العروض قراضاً على وجهين : إما أن يجعل رأس المال عرضاً مثله فالأسواق لا تبقى على أمر واحد فلا يدرى أيجده بمثل الثمن الذى باع به العرض المدفوع إليه أو بأقل أو بأكثر ويجعل رأس المال ثمن العرض فيصير قد شرط عليه زيادة وهو بيع عرضه وذلك منفعة ، وبنحو هذا علل مالك وجه ذلك وأبانه فى «الموطأ» بياناً واضحاً على نحو ما قلناه ، وأما مسألة عبد العزيز إذا قوما العرض

(١) فى أ : فلس .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : أدرك .

(٤) فى أ : سمعنا .

(٥) فى أ : شيوخ صقلية .

بقيمة فقد قال فيها أبو محمد - رحمه الله : يظهر لى فى مسألة عبد العزيز أنه إن كان قصدا إلى أن يعمل بالثمن ويكون ما قامت به عليه رأس المال عند مفاصلتهما أنه أجير فى كل شىء لأنها زيادة مشرطة إما لرب المال أو للعامل بخلاف القراض بالعرض لا يرتب له ثمنا ، وهذا على أصل ابن القاسم ، وأما عبد العزيز فيرى فى كل قراض فاسد أجرة مثله .

قال عبد الحق : وذكر لى بعض القرويين أن ابن وهب فى « موطنه » ذكر قول عبد العزيز هذا ، وقال إياه مالك ، فجعل ابن وهب على قول مالك أن القراض بالعرض سواء رتب له ثمنا أو لم يرتب يكون له أجر المثل فى بيع العرض وقراض المثل فى الثمن ، والذى قال أبو محمد من اختلاف الوجهين صواب بين ، والله أعلم .

قال ابن حبيب : إن قال له : بع هذا العرض واعمل به قراضا ، فباعه بعرض ثم باع العرض الثانى بعين وعمل به [قراضا] (١) فرأس مالهما الأكثر من قيمة العرض الأول أو من ثمن الثانى وله أجره فى بيعه العرض الأول لا فى الثانى ولو قال له : خذ هذا العرض قراضا .

والمسألة بحالها كان رأس المال قيمة العرض الأول وله أجره فى بيعه الأول ولا ينظر إلى ثمن العرض الثانى ولا قيمته لأنه داخل فى تجارة قراضهما .

قال أبو محمد بن أبى زيد : إنما له أجره فى الأول عندى إذا أجاز بيعه إياه بالعرض واختار ثمن الثانى ، إذ هو أوفر من القيمة ، وأما إن اختار قيمة الأول إذ هى أوفر فلا أجر له لأنه تعدى وأما قوله : إن دفعه إليه قراضا فرأس المال قيمة الأول .

فإنما يعنى عندى : إن باع الثانى بأكثر من قيمة الأول ، فأما لو باعه بمثل قيمة الأول أو أقل لم يضمن شيئا وكان رأس المال ما باع به الثانى .

(١) سقط من ج .

قال بعض [شيوخنا] (١) : إذا قارضه على الثلثين ولم يبين لمن الثلثين فقال العامل : كان نيتي أن يكون الثلثان لى ، وقال رب المال : إنما نويت أن يكون الثلثان لى ، فالقول قول العامل ويحلف على ما نوى ، فإن نكل فالقول قول رب المال مع يمينه بمنزلة إذا تداعيا لفظًا ، ولذلك مثل ابن القاسم المسألة بالتداعى لفظًا .

وأما ابن المواز فقال : إن أشبه أن يكون الثلثان للعامل [فهو له ، وإن أشبه أن يكون لرب المال كان له ، وإن أشبه أن يكون] (٢) الثلثان لهما فذلك للعامل ويحلف إن ادعاه ، فذلك خلاف لما فى « المدونة » ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما فرق فى « المدونة » بين المتوجه إلى أهله وبين الماضى فى حاجة يأخذان مالا قراضاً فى توزيع النفقة لأن الماضى إلى أهله لابد له من السير إليهم والحاجة فقد يكفأها وقد يبذله عنها فذلك مفترق ، وأما الماضى للحج أو الغزو فهو ماض فى عمل بر لم يقصد بطلب [التجارة] (٣) فلم يكن له نفقة .

قال عبدالحق : وأيضاً فإن الماضى إلى الحج إذا دخل فى الإحرام لم يقدر على حله فيصير متوجهاً من أجل نفسه والماضى إلى الغزو أيضاً إذا حصل بأرض العدو لا يستطيع رجوعاً والماضى إلى أهله ينفد إليهم فى الأغلب وذهابه واجب عليه من أجلهم ، فليس ذلك كخروج إلى حاجة يجوز أن يكفأها أو يبذله فيها أو يجدها قبل خروجه ونحو هذا من الأمور الموجبة لجلوسه .

قال عبدالحق : اعلم أن المقارض إذا صبغ الثياب بمال من عنده ، الخلاف فى ذلك بين ابن القاسم وبين غيره فى ثلاثة مواضع :

أحدها : أن ابن القاسم يرى إن دفع إليه رب المال ما أدى كان على القراض ، وغيره يرى أن ما دفع إليه رب المال لا يكون على القراض ولكن يكون له شريكاً

(١) فى أ : شيوخ صقلية .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : الحاجة .

فيقسم - على قول غيره - الربح [ق/١٦٤] على رأس المال وعلى قيمة الصبغ فما صار منه لرأس المال كان على شرطهما ، وتكون قيمة الصبغ وما صار لها من الربح لرب المال ويكون للعامل أجر مثله فيما تولى من ذلك .

والوجه الثاني: الذى يخالف الغير فيه : إن لرب المال ألا يعطيه شيئاً وأن

يضمنه قيمة الثياب ، وابن القاسم لا يرى له تضمينه .

والوجه الثالث : أن ابن القاسم يقول : إذا لم يدفع إليه كان شريكاً بما أدى ،

وعند غيره إذا لم يضمنه ولا أعطاه شيئاً يكون شريكاً فى الثياب بقيمة الصبغ من قيمة الثياب لا بما أدى ، فاعلم ذلك . [ق/٧٠ ج] .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا أجر رب المال المشتري بالثمن فإن كان

ذلك مقدار رأس المال وما يخص رب المال من الربح فأقل من ذلك جاز ، وإن كان أكثر من ذلك طرح [الزيادة] ^(١) ولم يجز فيه ما صنع ؛ لأن ذلك إذا كان مثل ما يجب لرب المال فأقل منه [متى استرده] ^(٢) فلا كلام للعامل ويتفصلان إن شاء [العامل] ^(٣) حيثئذ ، ولو كان العامل إنما باع بخلاف جنس رأس المال مثل أن يكون رأس المال دنائير فيبيع بدراهم أو بعرض لم يجز تأخير رب المال ، فاعلم ذلك .

قول غيره : إذا قارض أجيره ليس الأجير كالعبد ولا يجوز .

قال بعض الأندلسيين : أراه إنما فرق بين الأجير والعبد ؛ لأن الأجير إذا

شغله بالقراض خفف عنه بعض ما استأجره له فيكون ذلك التخفيف بمنزلة زيادة يشترطها العامل على رب المال ، والله أعلم .

قال بعض القرويين فى قول ابن القاسم : إن كان الأجير مثل العبد فذلك

جائز، لعله يريد : مثل أن يكون استأجره ليجيئه بالغلة ولم يؤقت عليه ما يأتيه به إنما استأجره ليتجر فى السوق ويخدم فى التجارة فمثل هذا إذا قارضه فلم ينقله من عمل

(١) فى أ : الزائد .

(٢) فى أ : كأنه شيء استرده .

(٣) سقط من أ .

إلى خلافه بل بقاءه على العمل وأحسن إليه بجزء من الربح ولو كان عملاً بعينه مثل البناء والقصارة فنقله إلى التجارة لكان كما قال سخنون ، والله أعلم .

قال عبد الحق : ذكر ابن مزين فى كتابه فى «تفسير الموطأ» فى مسألة (من دفع) (١) لرجل مالا قراضاً على النصف ثم دفع مالا آخر إليه قبل اشتغال الأول على الثلث على أن يخلطهما أن ذلك جائز؛ لأنه يرجع إلى حساب معلوم .

وتفسيره : لو قارضه بمائة على النصف ومائة على الثلث ، فإن ربح قسم الربح على سبعة أسهم فللعامل ثلاثة أسهم ولرب المال أربعة أسهم ، هكذا فسر ابن مزين .

قال الشيخ أبو الحسن بن القابسي - رحمه الله : الذى وقع له فى هذه المسألة غلط ؛ لأنه شرط نصف ربح النصف وثلث ربح النصف الآخر فربح أحد النصفين مقسوم على ثلاثة فلا بد من ضرب ثلاثة فى اثنين فيكون ستة نصفها مقسوم على اثنين لا يصح ، فيضرب ستة فى اثنين لا يصح ، فيضرب ستة فى اثنين فيكون اثني عشر نصفها ستة مقسوم على اثنين للعامل أحدهما وهو ثلاثة ونصفها الآخر وهو ستة مقسوم على ثلاثة للعامل أحدها وهو سهمان مع الثلاثة التى تقدمت صارت خمسة أسهم من اثنتى عشر سهماً ولرب المال ما بقى وهو سبعة أسهم .

قال عبد الحق : إذا أخذ مالا قراضاً ليشتري به سلعة معينة فهذا على وجهين : إما أن يأخذ المال قبل أن يشتري السلعة ، [أو يأخذه بعد اشتراؤه السلعة ليدفعه لبائعها منه] (٢) فأما إن كان أخذه قبل أن يشتري السلعة نظرت فإن [كان] (٣) لم يسمها له ولا بائعها وإنما قال له : وجدت سلعة رخيصة تباع فأعطني ما أشتريها به ، فهذا وجه جائز لا فساد فيه ، وأما إن قال له : تشتري سلعة فلان فهذا لا يجوز ويصير كأنه أخذ قراضاً على أن لا يشتري إلا سلعة فلان [بعينه] (٤) فإن نزل ذلك غرم مثل المال

(١) فى أ : الدافع .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

الذى قبض والسلعة له ، فهذان وجهان قبل شراء السلعة [هكذا حفظت عن بعض القرويين ، إذا قال له اشترى سلعة فلان ، وترك ذلك يؤدي مثل الذي قبض ، والسلعة له ، وأراه غلط ، وإنما يجب فى مثل هذا القراض أجيراً ، وهكذا فى «كتاب ابن المواز» ونصه : إذا قال : إنى وجدت سلعة فأعطنى مالا قراضاً أشتريها . لم يكن بذلك بأس ، وقد فعل عثمان بن عفان ذلك ، قال محمد : وإنما خيف ذلك عندنا حين لم يسم له الرجل ، ولم يسم له السلعة ، ولو أنه سمي له السلعة وسمى صاحبها لم يكن فيه ضير ، وكان العامل بذلك أجيراً ، فهذا الذى ذكر محمد هو الصواب ، وإنما يصح أن يغرم مثل المال الذى قبض إذا كان اشترى السلعة ولم يتعد فيها ، يقال له : إنى اشتريت سلعة من فلان فأعطنى مالا قراضاً أنقده فيها ، فهذا إذا [] (*) تكون السلعة له وعليه غرم مثل المال الذى قبض ، فاعلم أن الأمر مختلف إذا كان ذلك قبل شراء السلعة أو بعد اشتراؤه على ما قدمناه ، فاعلم [(١)] .

فأما إن كان قد اشترى السلعة نظرت فإن أخذ منه المال ولم يعلمه بذلك وصح ولم يكن لغلاء جاز ، وإن كان لغلاء غرم رأس المال والسلعة له ، وأما إن عرفه بأنه يدفع ما أخذ منه فى ثمن السلعة التى [اشترى] (٢) فلا يجوز ذلك ، وإن نزل [ذلك] (٣) فإنما عليه رأس المال الذى قبض والسلعة له ، فهذان وجهان بعد الشراء على ما قدمته ، ونحو هذا حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين .

إذا أخذ مالا قراضاً على ألا يبيع إلا بالنسيئة فباع بالنقد ، فإن كانت السلعة قائمة خير بين أن يجيز البيع أو يرده ، فإن رده دفع إلى العامل أجر مثله فى شرائه ولا أجرة [له] (٤) فى بيعه ، وإن اختار إمضاء البيع كان للعامل أجر مثله فى الشراء والبيع بالغ ما بلغ ، وإن لم يفظن لذلك إلا بعد فوت السلعة عند المشتري فإنه بالخيار فإن ضمنه قيمة السلعة فللعامل أجر مثله فى شرائه ، وإن شاء أخذ الثمن وكان للعامل أجر مثله فى شرائه وبيعه ، هذا الذى يجري على مذهب ابن القاسم ، والله

(*) قدر كلمة لم أتبينها بالأصل .

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : اشتراها .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

أعلم .

قال عبد الحق : وإذا اشترى العامل أبا رب المال أو أبا نفسه وهو عالم ، يفترق ذلك فيما يغرمه العامل فأما فى أبى رب المال فلا يغرم إلا الثمن الذى اشترى به ، وإن كان فيه ربح فله نصيبه منه ولا ينظر إلى قيمة الأب الساعة إن كان فيه فضل ؛ وأما فى شرائه أبا نفسه فيغرم العامل رأس المال وحصه ربه من الربح الآن إذا كان فيه فضل لأن رب المال ممن تملك أبا العامل فله الحجة فى ربح إن كان فيه ولا يملك أبا نفسه فلم تكن له حجة فى ربح إن كان .

وقوله : (يغرم الثمن إذا اشترى أبا رب المال) وقوله فى العسر : (يباع قدر رأس المال وحصه رب المال من الربح ذلك سواء) إنما يعنى أن الثمن الذى اشترى [به] (١) كان فيه فضل يوم اشترى فلا فرق بين العسر واليسر فى ذلك ، فاعلم .

وهذا معنى ما حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين .

قال بعض القرويين : وإذا اشترى العامل أبا نفسه وهو يعلم أو لا يعلم وفيه فضل ولا مال له وقد اشتراه بمائة وهو يساوى مائة وخمسين ، فينبغى أن يباع منه لرب المال مقدار رأس ماله مائة ويكون نصف ما بقى مملوكاً لرب المال ، والنصف الآخر يكون حراً على العامل ، ويصير كشقص فى عبد بين رجلين أعتق أحدهما مصابته ولا مال له سواء .

قال عبد الحق : إن قيل : لم إذا قال : قبضت المال منك وديعة وقد ضاع ، وقال دافعة : بل قراضاً ، يكون القول قول الدافع .

وإذا قال : قبضت الثوب منك وديعة وقد ضاع ، وقال دافعه : بل رهناً ، فعليك قيمته ، أن الدافع لا يصدق وفى كلا المسألتين القابض يبرىء نفسه من الضمان؟

فالفارق بين ذلك - والله أعلم - : أن الثوب قد اتفقا أنه [لربه] (٢) وأن

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : لرب الثوب .

القابض غير مالك له فلا اجتماعهما أنه لم يحصل ملكا للقابض لم يقبضه ، والدنانير دافعها يقول: قد قبضتها ملكا لك ، والآخر ينفي ملكها ليزول عنه ضمانها فكان مدعيا في رفع الضمان منهما فيه ، والله أعلم .

قال عبدالحق: ذكر لى بعض القرويين أن الشيخ أبا الحسن قال: إذا قال العامل: ما فى يدى من المال ربح إلا أنه حصتى خاصة ، وقد دفعت إليك رأس المال وحصتك من الربح ، أن القول قول العامل بخلاف مسألة « الكتاب » : أنه إذا قال : ما فى يدى ربح وهو بيننا ؛ لأن هذا أقر أن حق رب المال باق والآخر لم يقر له بشيء ، يريد : وهو مصدق [فى دفعه] (١) إذا كان [قد] (٢) قبضه بغير بينة .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا وهب المقارض أو حابى فى بيعه يجوز فى حصته وينفاصلان فى الوقت إذا ليس له أن ينقض مال القراض ، وإن كانت السلعة التى وقع ذلك منه فيها جميع المال وتفاصيلاً أيضاً ، ولا يلزم ابن القاسم إنكار سحنون فى هذه المسألة ومسألة كتاب الشركة .

قال : وإذا باع أحد العاملين من صاحبه يبعاً حابى فيه والمالان لرجل واحد فينظر فإن خسرا جميعاً أو ربحا فلا حجة لرب المال [لأن رب المال] (٣) إنما تقوم له الحجة إذا خسر الذى حابى ؛ لأنه يقول : لو كان معه ذلك الشيء الذى حابى به لم يخسر ، فإذا كان صاحبه الذى حابى قد خسر أيضاً سقطت حجة رب المال ، وكذلك إن ربحا كما قلنا ، فإن خسر أحدهما وربح الآخر فإن كان الذى ربح [هو] (٤) الذى حابى ، فلا كلام لرب المال ، وإن كان الآخر الذى ربح والذى حابى خسر فهانها لرب المال تضمينه ، وإنما أصل هذا ما تعلقت فيه المضرة على رب المال يكون له [ق/٧١ج] فيه متكلم ، وإذا سقطت صحته فيما قدمنا فلا كلام له ، هكذا حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين ، فتأمل ذلك [ق/١٦٦أ] .

(١) فى أ : لدفعه .

(٢) زيادة من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الشركة

الشركة على ضربين : شركة [بالمال] (١) ، وشركة بالأبدان ، وأصل ذلك في كتاب الله - عز وجل - فـشركة الأموال في قوله تعالى : ﴿ فَأَبْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ ﴾ (٢) الآية ، وأما شركة الأبدان فقوله : ﴿ وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِّن شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ ﴾ (٣) ، فالأربعة أخماس للغائمين يقسم بينهم ، وهم إنما نالوا ذلك بعمل أبدانهم .

قال عبد الحق : الفرق بين شريكي المال : أن افتراقهما في موضعين جائز ، وبين شريكي عمل [البدن] (٤) أن افتراقهما في موضعين غير جائز : إن شريكي المال قد حصلت بينهما الشركة فيه وصار بينهما وهو الذي يجر الربح وبسببه يكون فلم يلتفت إلى افتراقهما ، وأما شريكا البدن إذا افتراقا فقد صار كل واحد منهما مستبدًا بما يعمل فلم يحصل بينهما شركة ، فافترق الحكم لهذا ، والله أعلم .

واعلم أنه إنما لا تجوز شركة ذوى صنعتين متى كانا يعملان [بأبدانهما] (٥) فأما إن كانا يتجران في [صنعتين] (٦) بأموالهم فذلك جائز .

وكذلك رأيت لأشهب في «كتاب ابن المواز» قال : لا بأس أن يخرجنا مالاً [متساوياً] (٧) على أن يعقد هذا بزازاً وهذا قطاناً .

واعلم أن اللذين يشتركان على أن يتداينا ويتحمل كل واحد منهما بصاحبه في

(١) في أ : بالأموال .

(٢) سورة الكهف (١٩) .

(٣) سورة الأنفال (٤١) .

(٤) في أ : الأبدان .

(٥) في أ : بأيديهما .

(٦) في أ : صنعتين .

(٧) في أ : يتساويا فيه .

سلعة غائبة أو حاضرة مجتمعان في شرائها إنما تجوز حمالة كل واحد منهما بصاحبه إذا كانت أنصابهما متفقة ، فأما إن كانت أنصابهما مختلفة مثل أن يكون لأحدهما الثلث وللآخر الثلثين لم يصلح أن يضمن الذي له الثلث إلا مثل ما يضمن عنه صاحبه لا أكثر .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (١) في الشركة بالذمم إذا نزلت فاسدة :

إنما يكون ما اشترى بينهما إذا كان قد اجتمعا في شراء ذلك ، فأما إن افترقا فما اشترى كل واحد [منها] (٢) كان له وعهده عليه خاصة .

وقال غيره من شيوخنا : بل يكون ما اشترى بينهما ، وإن لم يجتمعا في ذلك ؛

لأن كل واحد منهما إنما اشترى بإذن صاحبه .

ورأيت في « كتاب حمديس » قال : وينبغي إذا لم تقع عهدة ما ابتاع كل واحد

عليهما جميعاً أن يكون ربح كل ما ابتاع كل واحد وضمائه عليه ، وله في باب

الشركة في المفاوضة غير هذا فقال : إذا اشترك رجلان على ما أخرجاه فتفاوضا على

أن يشتريا بهذا المال وبالدين فما رزق الله في ذلك فبينهما فلا يعجبني أن يتفاوضا

على أن يشتريا بأكثر من رؤوس أموالهما لأن الشركة لا تجوز إلا على [رؤوس] (٣)

الأموال فإن فعلا فما اشترى بالدين فهو بينهما وكل ما اشترى [أحدهما] (٤) بينه وبين

صاحبه ، ومحمل هذه المسألة في جعل ما اشترى كل واحد فبينه وبين صاحبه محمل

الوكالة .

قال عبد الحق : وظاهر ما في « كتاب ابن المواز » يقتضى أنهما إذا اشتركا

بوجودهما بغير مال على أن يشتريا بالدين ويبيعا ، وفات ذلك أن ما اشترى كل

واحد بينهما جميعا وإن كانا قد افترقا في الشراء لأن كل واحد [منهما] (٥) كالوكيل

(١) في أ : شيوخ صقلية .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : كل واحد .

(٥) سقط من ج .

لصاحبه وتفسخ الشركة من ذى قبل .

قال عبد الحق : مسألة الذى يفقد رجلاً فى حانوته على ثلاثة أوجه :

إن كان صاحب الحانوت هو الذى يتقبل المتاع وعهدته عليه فالغلة له وهو الضامن دون الصانع وإنما للصانع أجر مثله ، وإن كان الصانع هو الذى يتقبل وعليه العهدة فالغلة له ولصاحب الحانوت أجرة المثل إن كان يتولى الأخذ له على أن الضمان على [العامل] (١) خاصة ، وإن كانا يتقبلان جميعاً فالضمان عليهما والغلة بينهما ويتراجعان فى الأجرة .

وذكر عن بعض القرويين : عن الشيخ أبى الحسن فى مسألة الشريكين فى

المعدن، يموت أحدهما ، قال : معنى قول ابن القاسم : (أدركا نيلاً) أنها أخرجاه واقتسماه فليس لورثة الميت التمادى على العمل فى المعدن على سبيل المعدن إلا بقطيعة من الإمام يقطعه لهم أو لغيرهم ، ولم يتكلم ابن القاسم على أنهما لم يخرجاً شيئاً ، والله أعلم .

وذكر عن الشيخ أبى الحسن فى كراهية مالك طلب الكنوز فى قبور الجاهلية ،

قال : إنما ذلك للحديث الذى جاء : « لا تدخلوا على هؤلاء المعذبين إلا وأنتم باكون فإن لم تكونوا باكين فلا تدخلوا » (٢) فلا ينبغى أن يدخل عليهم إلا للاعتبار والبكاء ، فأما لطلب [الدنيا و] (٣) اللهو فلا .

وقيل : عن الشيخ أبى محمد أنه قال : إنما كره مالك ذلك خيفة أن يصادف قبر

نبي أو رجل صالح .

قال عبد الحق : إذا نزلت الشركة بالعروض فاسدة وباعا عرضيهما لكل واحد

ثمن عرضه [ق/١٦٧أ] فإن لم يعرف ما بيعت به سلعتاهما فلكل واحد قيمة عرضه يوم البيع ، وليس هذا بمنزلة البيع الفاسد إذا قبض لأن أيديهما على السلعتين ، وإنما

(١) فى أ : العاقد .

(٢) أخرجه البخارى (٤٢٣) ومسلم (٢٩٨٠) من حديث ابن عمر رضى الله عنهما .

(٣) سقط من أ .

لم يجعل لكل واحد السلعة التي اشترت بماله في الشركة [بدنانير] (١) من [عند] (٢) هذا [ودراهم من الآخر] (٣) وجعل هاهنا لكل واحد ثمن سلعته ؛ لأن الدراهم والدنانير قد فات الأمر فيها لما تصرفا فيها واشترى بها ، وأما العرضان اللذان اشتركا بهما شركة فاسدة فلم يحصل فيها فوت لأن كل سلعة ثمنها معلوم ويد كل واحد على سلعة قيمتها له .

قال عبدالحق : وجه كراهية مالك للشركة بالطعام وإن تساويا فيما سمعت غير واحد يعلل قوله به أن الشريكين كل واحد منهما باع نصف ما في يده بنصف ما [بيد] (٤) صاحبه ، ويد كل واحد على ما باع فإذا تصرفا وباعا حصل في ذلك بيع الطعام [قبل قبضه ، واعلم أن بيع الطعام بالطعام إلى أجل إذ يد كل واحد على ما باع فإذا باعه بعد ذلك دخل ذلك أيضاً بيع الطعام] (٥) قبل قبضه لعدم القبض لما كانت يد كل واحد على ما باعه ، فاعلم ذلك .

ومن « المبسوط » لإسماعيل القاضي - رحمه الله - : قال إسماعيل : أحسب أن مالكا كره الشركة بالطعام وإن استويا في الكيل والجودة ؛ لأن الدنانير والدراهم الجملة فيها مستوية لا فضل [في شيء] (٦) منها على شيء إلا أن يكون شيء منها خاص له فضيلة على ما سواه فذلك الذي لا تجوز الشركة به إذا ضم إلى ما ليس مثله فيفرد هذا المخصوص بذلك ، فأما جملة الدنانير والدراهم فإنما هي للاستواء عند الناس بذلك ، على ذلك أن الرجل يشتري الحنطة وغيرها بالدراهم والدنانير فيسمى مبلغها ولا يحتاج أن يذكر صفتها ، ولا أن تكون بأعيانها ، وليس الطعام بهذه المنزلة ، لأنه لا يجوز أن يشتري طعاماً ولا يبيعه إلا أن يكون طعاماً بعينه أو على صفة موصوفة ، فلما كان الطعام بهذه المنزلة وكانت الشركة لا تجوز إلا على

(١) في أ : بالدینار .

(٢) في أ : غير .

(٣) في أ : وبالدراهم من عند هذا .

(٤) في أ : في يد .

(٥) سقط من ج .

(٦) في أ : لشيء .

الاستواء فى القيمة وكان الطعام ليس مما يحوز بعضه ببعض فى البيع إلا على الاستواء فى الكيل ، وإن اختلفت قيمته وكانت الشركة لا تجوز إلا على الاستواء فى القيمة احتيج فى الطعام إلى أن يستوى أمره فى الشركة فى الكيل والوزن والقيمة وكان الاستواء فى ذلك لا يكاد يكون فكرهه ، فإن احتج محتج بأن الرجل إذا أتلّف طعاماً لرجل كان عليه مثل كيله وصفته كما يكون عليه فى الدنانير والدرهم إذا أتلّفها ، قيل له : إن الشيء إذا تلف فقد فات وصار التلف أمراً قد مضى فلم يكن فيه إلا التوخى فى القيمة أو [فى] (١) المثل [ق/ ٧٢ج] والشركة أمر يستقبل فلأن تشبه بالبيع المستقبلية أولى من أن تشبه بما قد فات .

قال بعض [شيوخنا من القرويين] (٢) : تجوز على مذهب ابن القاسم الشركة بالطعام المختلف اختلافاً يسيراً كما تجوز عنده الشركة ببيزيدية ومحمدية مختلفة النفاق شيئاً يسيراً .

اعلم أنه إذا كانت [كل صرة بيد صاحبها] (٣) فتلفت دنانير أحدهما ثم اشترى الآخر أمة بعد التلف ، فإن كان عالماً بالتلف خير عليه شريكه بين أن يشركه فيها أو يدعها له ، وإن اشترى لنفسه فهى له ، وإن لم يعلم بالتلف واشترى أو اشترى ثم كان التلف فتكون الأمة بينهما ، كذا ينبغى ، والله أعلم .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٤) : إنما تجوز الشركة بالمال الغائب على مذهب ابن القاسم إذا لم تكن غيبته بعيدة جداً ، وأما على قول سحنون فلا تجوز الشركة بالمال الغائب وإن قربت غيبته .

قال : وإنما يجوز ذلك أيضاً عند ابن القاسم إذا كانا لا يتجران إلا بعد قبض المال الغائب ، فأما إن كان يتجران إلى أن يقبضا [المال] (٥) الغائب فلا يجوز ذلك .

(١) زيادة من أ .

(٢) فى أ : شيوخ أهل القيروان .

(٣) فى أ : صرة كل واحد بيده .

(٤) فى أ : شيوخ صقلية .

(٥) سقط من ج .

قال عبد الحق : إذا اشترى الجارية للتجارة ثم عمد [فوطئ] (١) ، فهاهنا يخير شريكه بين مطالبته بالقيمة أو تركها بينهما ، وأما إن اشتراها لنفسه ليطأها وعلى أن الخسارة فيها والربح على المال فهذه مسألة الكتاب التي ذكر [ق/١٦٨] فيها المقاواة، ولو أنه اشترى بإذن شريكه على أن [نصفها] (٢) إن خسر [أو يكون ربحها له] (٣) إن ربح فهذا كسلف أسلفه شريكه ، [فاعلم ذلك] (٤) .

قال بعض شيوخنا من القرويين : يجوز للشريك [التأخير للغريم] (٥) قصداً لإسلافه ، وليس ذلك من باب سلف جر منفعة ، لأن المؤجر قد لا يشتري منه شيئاً أبداً فلم يدخل عليه نفع بتأخيره .

ذكر عن الشيخ أبي الحسن في مسألة [إذا استعار أحد الشريكين دابة] (٦) بغير إذن شريكه فتلفت ، إنه قال : إنما يضمن المستعير هذه الدابة وحده إن قضى به قاض ممن يرى ذلك ، وهو رأى أهل الكوفة ، وكان القاضى بمصر يومئذ ممن يذهب إلى ذلك .

وحكى عن الشيخ أبي الحسن أيضاً [أنه] (٧) قال : إنما لم يجز لأحد المتفاوضين أن يأذن لعبد من شركتهما في التجارة .

لأن العبد قد يلحقه دين فيصير عيباً في العبد ، وأيضاً فإذا أذن له في التجارة فقد فوض إليه وليس له أن يفاوض بالمال بغير إذن شريكه ، وهو خلاف إذا قارض أحد الشريكين [بالمال] (٨) بغير إذن شريكه أن ذلك جائز أو لا يدخله ما يدخل في العبد .

(١) في أ : فوطئها .

(٢) في أ : قيمتها .

(٣) في أ : ويكون له ربحها .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : التأخر بما على الغريم .

(٦) في أ : أحد الشريكين يستعير دابة .

(٧) زيادة من أ .

(٨) سقط من ج .

قال بعض القرويين: الفرق عند ابن القاسم بين أن يقضى الغريم أحد الشريكين بعد افتراقهما أنه لا شيء عليه إذا لم يعلم بافتراقهما وبين أن يقضى الغريم للوكيل وهو لا يعلم بخلعه أنه يضمن ما دفع إليه : أن افتراق الشريكين لا يقطع الشركة في الدين بل ذلك باق بعد الافتراق وعزل الوكيل يرفع يده فافتراقا لهذا ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين: [قول غيره]^(١) في مسألة خلع الوكيل : إذا قبض من الغريم وقد علم أحدهما بخلعه ، أن الدافع يضمن ، يريد : لأن الغريم وإن كان لا يعلم فالوكيل إذا علم بخلعه فقد تعدى في قبض الدين وهو ضامن له إن تلف والدافع إذا غرم رجوع على الوكيل القابض فلذلك وجب ضمان الدافع .

[وفي «كتاب ابن حبيب» : أما السلف والشركة فيفسخ متى عثر عليه قبل العمل في الشركة أو بعد ربح السلف] [(*) بعضه ، لأنه ضمنه]^(٢) .

تم كتاب الشركة بحمد الله وحسن عونه .

(١) سقط من أ .

(*) قدر كلمة لم أتبينها بالأصل .

(٢) سقط من ج .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الأفضية

قال عبد الحق : وقع بين المختصرين اختلاف فى نقل مسألة القاضى يقضى بشيء فيه اختلاف فيريد نقضه ، لوقوع لفظها فى الأمهات مشكلاً ونص لفظ الأمهات هو ما أذكره .

قلت : هل كان مالك يرى للقاضى إذا قضى بقضية ، ثم تبين له أن غير ما قضى به أصوب مما قضى به أن يرد قضيته ويقضى بما رأى بعد ذلك وإن كانت قضيته الأولى مما اختلف فيها العلماء ؟

قال : إنما قال [ذلك] (١) مالك إذا تبين له أن الحق فى غير ما قضى به رجع ، وإنما الذى لا يرجع فيما قضت به القضاة مما اختلف الناس فيه .

فقال أبو محمد . رحمه الله . فى « مختصره » فى نقله لهذا الكلام : وإذا بان للقاضى أنه أخطأ فيما قضى هو به فلينقض قضيته ، وإن كان قد أصاب قول قائل من أهل العلم وقد فعله عمر بن عبد العزيز ، ورأيت فى « اختصار حمديس » : فأما إذا حكم بما قضت به القضاة أو بما اختلف الناس فيه فلا ينقضه .

ورأيت فى مختصر لبعض الأندلسيين قال فى لفظ الأمهات : رأيت [بين] (٢) المختصرين اختلاف فى تأويل هذا اللفظ فمنهم من تأوله على أن له أن ينقض ما قد قضى به ، وإن كان قد أصاب قول قائل من أهل العلم ، ومنهم من تأوله على أنه إذا حكم بما قضت به القضاة أو بما اختلف الناس فيه فلا ينقضه وهذا التأويل أقرب إلى لفظ « الكتاب » .

قال عبد الحق : إنما قال : ترفع شهادته إذا [أثبت] (٣) خطه ولم تثبت الشهادة [لأنه] (٤) قد يرى الحكم إجازتها على قول للاختلاف فى ذلك ، ومما يستدل به

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : بعض .

(٣) فى أ : ثبت .

(٤) فى أ : إذ .

على منع جواز هذه الشهادة من القرآن قوله تعالى : ﴿وَمَا شَهِدْنَا إِلَّا بِمَا عَلَّمْنَا﴾ (١) ،
والذى عرف الخط لم يعلم الشهادة وإنما علم خطه ، وقوله تعالى : ﴿ذَلِكَ أَدْنَىٰ أَنْ
يَأْتُوا بِالشَّهَادَةِ عَلَىٰ وَجْهِهَا﴾ (٢) ، والشهادة على الخط ليست بالشهادة على وجهها .

وقال لى بعض القرويين : إن ظاهر كتاب [ق/١٦٩أ] الله تعالى يدل على
جواز [هذه] (٣) الشهادة ، لأنه تعالى أمر بالإشهاد وبالكتاب فلو كان الكتاب إذا
رآه الشاهد لا يشهد حتى يعرف الشهادة وتوقيعها لم يكن للكتاب معنى وصار وجوده
وعدمه سواء إذا كان إنما يشهد إذا أثبت الشهادة .

وهذا الذى استدل به فيه نظر ، لأنه يجاب عن هذا الذى ذكره بأن يقال له :
ليس وجود الكتاب وعدمه سواء ، وذلك أنه إنما أمر به لعله يتذكر فى الشهادة فقد
يكون بوقوفه على الكتاب ونظره فيذكر ما كان ، ففائدته أنه قد يكون سبباً لمعرفة
الشهادة ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إنما لا يجوز تزكية الشاهد الغائب حتى يكون معروفاً مشهوراً
إذا كان غائباً عن مجلس الحكم وهو حاضر البلد أو قريب جداً ، فأما من بعدت
غييبته فيجوز أن يزكى وإن كان غائباً كما يقضى عليه وهو غائب ، ورأيت نحو هذا
لأبى محمد رحمه الله .

**قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٤) فى الغائب يحكم عليه بطلاق أو
عتاق ثم يقدم :** أنه على حجته فى الطلاق وترد إليه الزوجة إذا أثبت ما يوجب ذلك
وإن تزوجت زوجته كان أولى بها ما لم يدخل بها الذى تزوجها فلا يقبل حينئذ
للغائب حجة كامرأة المفقود ، وأما العتق فهو فيه على حجته وينقض وإن كانت
المعتقة أمة فتزوجت كان الحكم فيها كالحكم فى المستحقة .

(١) يوسف : ٨١ .

(٢) المائدة : ١٠٨ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : شيوخ صقلية .

[قال عبد الحق] (١) : الفرق بين العدالة والجرحة : أن الحاكم يمضى ذلك بعلمه وبين حكمه بالإقرار عنده وما علمه فى الخصوم أنه لا يحكم به : أن الجرحة والعدالة أمر يشترك فيه مع غيره ، فإذا قبل [العدل] (٢) أورد غير [العدل] (٣) علم الناس ذلك لأن مراتبهم لا [تحصى] (٤) ، وأما الحكم بالإقرار ونحوه فهو [أمر] (٥) يستبد بمعرفته ويخصه ذلك ولا يحكم أحد بعلمه .

دليل ذلك : أن النبى عليه السلام لم يحكم بعلمه فى المنافقين وفى أشياء غير هذا مذكورة فى الآثار ، وقد ذكر الأبهري [ق / ٧٣ ج] نحو ما وصفته .

قال عبد الحق : إن قيل : لم قبلت قول المأذون فى دين بقربة بعد الحجر عليه ولم تقبل قول القاضى بعد عزله وكلاهما كان مطلق اليد ؟

فالفرق بين ذلك - والله أعلم - أن المأذون لا تهمة عليه فى إقراره لأن ضرر الإقرار عليه لأنه أقر بدين يتعلق بذمته ، ألا ترى لو ضاع المال يعنى الدين متعلقاً بذمته والحاكم قد [يسقط] (٦) أمره بالعزل فلا يقبل قوله .

اعلم أن الذى يفسخه القاضى من قضاء من تقدمه من الشاذ فيما ذكر ابن حبيب عن ابن الماجشون مثل ما ذهب إليه أهل العراق فيمن أعتق شقصاً من عبد وهو عديم أنه يستسعى العبد فيما بقى والقضاء بالشفعة للجار ، والحكم للنصرانى على النصرانى بشهادة النصارى ولليهود على اليهود بشهادة اليهود ، وقولهم فى ميراث العممة والخالة [وتوريث] (٧) المولى الأسفل وشبه ذلك مما تواطأ على خلافه أهل المدينة ، وكذلك فيما هو [ترك] (٨) من الحكم لما فعل الفاعل من ذلك ما جاء من

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : العدالة .

(٣) فى أ : العدالة .

(٤) فى أ : تخفى .

(٥) فى أ : شيء .

(٦) فى أ : سقط .

(٧) فى أ : وتوريثهم .

(٨) فى أ : يرد .

[الحديث] (١) بالطلاق والعتق قبل الملك ونكاح المحرم والحكم بالقسامة وطلاق المخيرة ، فقد قيل : إنها واحدة [بائنة] (٢) لأن تركه هذا ليس بحكم .

وذكر عن ابن القاسم فيمن طلق امرأته ألبتة فرجع إلى من رآها واحدة فجعلها واحدة ونكحها زوجها الأول أنه يفرق بينهما ، وليس هذا من الاختلاف الذي يقر ، وابن عبد الحكم يمضى هذا كله ولا [ينقض] (٣) عنده إلا ما كان خطأ محضاً لم يختلف فيه ، هذا معنى ما ذكره ابن حبيب في جميع ما قدمناه .

تم كتاب الأفضية بحمد الله وعونه

(١) في أ : الحنث .

(٢) في أ : ثابتة .

(٣) في أ : يسقط .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الشهادات

اعلم أن الشهادة فرض على الكفاية يحملها بعض الناس عن بعض كالجهاد إلا في موضع ليس فيه من يحمل ذلك فيجب حينئذ على الإنسان أن يشهد ، وقد تنازع الناس في قوله تعالى : ﴿ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ﴾ (١) ، هل ذلك في الابتداء أم بعد أن تلزم الشهادة ؟

والصحيح من القول وعليه أكثر الناس : أنها ليست في الابتداء وأن الناس لا تجب عليهم ، وإنما هي أمر يحمله بعض الناس عن بعض كما قدمنا ، فاعلم [ق/ ١٧٠] .

قال في [المدونة] : (٢) (لا تجوز شهادة من هو في عيال رجل له) (٣) .

قال في « الواضحة » : وأما إن كان المشهود له في عيال الشاهد جازت شهادته إذ لا تهمة هاهنا .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٤) : أما إن كان المشهود له من قرابة الشاهد كالأخ ونحوه فينبغي ألا تجوز شهادته له بمال لأنه يدفع [عن نفسه] (٥) بذلك نفقته ، وإن كانت النفقة عليه لا تلزمه فإن تركه للإتفاق على أخيه والصلة له إذا كان فقيراً معرة عليه فشهادته له يصير له مالاً فيتهم في سقوط نفقته عن نفسه ، وأما إن كان هذا المشهود له الذي في عيال الشاهد أجنبياً فشهادته له جائزة ؛ إذ لا تهمة في هذا .

قال : وتجاوز شهادة الفقير الذي يقبل الشيء ممن يعطيه إياه [لكنه] (٦) لا يسأل

(١) البقرة : ٢٨٢ .

(٢) في أ : الكتاب .

(٣) المدونة : (٤/ ١٨) .

(٤) في أ : شيوخ أهل صقلية .

(٥) سقط من ج .

(٦) في أ : إلا أنه .

أحدًا لأنه قد جاء : أن ما أتاك من غير مسألة [فخذه] (١) فإنما هو رزق رزقه الله ، فهو خارج عن باب السؤال .

ذكر عن أحمد بن نصر في المدمن في لعب الشطرنج الذي لا تجوز شهادته إذا لعب بها في السنة أكثر من مرة [واحدة] (٢) فقد صار مدمنًا .

[قال] (٣) : اعلم أن قول ربيعة وسحنون في شهادة النساء في الاستهلال وقتل الخطأ إنما يجوز ذلك إذا كان الجسد حاضرًا ، هذا خلاف قول ابن القاسم ، وقد قال ابن القاسم في « كتاب ابن المواز » في المرأتين إذا شهدتا على الاستهلال وأن المولود ذكر : إن شهادتهن جائزة ويكون مع شهادتهما اليمين .

وقد قال في كتاب الوصايا من « المدونة » : (إذا شهد النساء مع رجل على موت ميت إن لم يكن إلا قسم المال جاز فهذا والبدن غير حاضر) (٤) ومن هذا الأصل قول ابن القاسم في شاهد على الولاء يؤخذ به المال ولا يثبت الولاء ، ومن ذلك قوله في شاهد لرجل أنه نكح امرأة وقد ماتت : إنه يرثها ، فقد قضى ابن القاسم بالمال فيما قدمنا ، والأصل ما يثبت بشهادة رجلين ، وأشهب يخالف في سائر هذا ، وهكذا قال لى بعض القرويين .

قال بعض الأندلسيين : قوله : (شهادة النساء في الموارث جائزة) (٥) معناه مثل أن يترك الميت أخوين فيختلفان في أقعدهما بالميت فتشهد النساء لأحدهما أنه أقرب إلى الميت بأم ، ومن ذلك أيضًا مثل أن يترك وارثًا واحدًا أو ورثة يكون بينهم نسبهم بائنًا من [قبل] (٦) الميت فتشهد النساء : إنا لا نعلم للميت وارثًا إلا فلانًا ، أو تشهدن على عدد الورثة فتجوز شهادتهن مع يمين الوارث أو الورثة ، وتجوز أيضًا في ذلك مع رجل .

(١) سط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) المدونة (٢٧/٤) .

(٥) المدونة (٢٢/٤) .

(٦) سقط من أ .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (١) في قول المخزومي : (إن [شهادة الإناث] (٢) تجوز) (٣) إنما ذلك إذا قارنهن ذكر ، وأما وحدهن دون أن يكون معهن ذكر فلا يجوز ، وكذلك لو شهد ذكر وأثنى واحدة لم تجز الشهادة ، وإنما الأثنان عنده مقام ذكر واحد ، فاعلم .

قال : وقول ابن نافع في صبي شهد عليه صبيان أنه جرح صبيًا ثم نرى في جرحه فمات : إن أولياءه يقسمون : من ضربه مات .

هذا خلاف قول ابن القاسم لأن القسامة عند ابن القاسم لا تكون مع الصبيان .

قال عبد الحق : ووجه قول ابن نافع هذا : أنه لما كانت شهادتهم على الجرح جائزة وشهادتهم على القتل جائزة فكانت على [الأصل] (٤) وما آل إليه من الموت إذا اجتمع ذلك يجوز كقتل إذا انفرد سواء ، والله أعلم .

وعلى قول ابن القاسم إذ لم يجعل معهم القسامة أرش الجرح على الضارب أو على عاقلته إن بلغ ثلث الدية فأكثر ؛ لأن الجراح شهادتهم فيها جائزة فلا تسقط عقل الجرح على قوله ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : قوله : (إذا شهد رجل وامرأتان على وصية رجل ، فإن كان في الوصية عتق وأبضاع النساء فلا تجوز الشهادة) (٥) هذا على وجوه ، وإنما ينظر فإن كان إنما له مدبرون أو مكاتبون أو أمهات أولاد أو زوجات فلا يضر هذا ؛ لأنه معلوم بالبينة ولا حكم للوصى في ذلك ، فالشهادة حينئذ على الوصية جائزة ، وأما إن كان في ذلك عتق نسمة بغير عينها فلا يجوز ذلك ؛ لأن الشهادة تصير على العتق ، وإن كانت رقبة بعينها فالشهادة جائزة إذ لا حكم للوصى

(١) في أ : شيوخ صقلية .

(٢) في أ : شهادتهن .

(٣) المدونة (٤/٢٦) .

(٤) في أ : الأصول .

(٥) المدونة (٤/٢٩) .

فى ذلك ولا خيار له ، وإن كان للميت بنات ثيب فلا وصية [ق/١٧١أ] له عليهن وفى الأبكار النظر للسلطان ، ويبقى نظره فى غير ذلك من المال جائزاً [أو] (١) لا تبطل الشهادة كلها ، وأما شهادة النساء مع رجل على موت ميت فهذا إن كان له مدبرون أو أمهات أولاد أو زوجات ونحو ذلك فذلك سواء ، ولا تجوز الشهادة وإن كان إنما له مال يقسم فقط فالشهادة جائزة فى مذهب ابن القاسم ، فاعلم ذلك .

اعلم أن الصبى إذا قام له شاهد بحق فحلف له الغريم ثم بلغ الصبى فنكل عن اليمين [أنه] (٢) لا ترد له اليمين على المطلوب ، لأنه قد حلف أولاً ، وإنما ردت على الصبى بعد بلوغه ؛ لأنها عليه كانت فى الأصل فإذا لم يحلف فلا يحلف له المطلوب مرتين ؛ لأنه قد حلف أولاً ونفى عن نفسه ما شهد به الشاهد .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإذا حلف الغريم واستثنى بالصبى ليكبر

فيحلف فمات الصبى قبل بلوغه فلورثته [ق/٧٤جـ] أن يحلفوا ويستحقوا ويقوموا مقام الصبى لو كبر ، قال : ولو كان هذا الحق للصبى ولاخ له كبير فنكل الكبير عن اليمين وحلف الغريم على نصيب الصغير واستثنى بالصغير أن يكبر فمات قبل بلوغه فكان أخوه الكبير وارثه ، فإنه ليس له أن يحلف ، لأنه قد نكل أولاً وهو الحق الذى شهد به الشاهد فلا ترجع عليه يمين قد نكل عنها ، والله أعلم .

[قال] (٣) : اعلم [أن قوله فى شاهد] (٤) على خمسين [وشاهد] (٥) على مائة [إنما جوابه] (٦) [أجزأ] (٧) إذا كان ذلك فى مجلس واحد ، وإذا كان ذلك فى مجلسين حلف الطالب واستحق مائة وخمسين ؛ لأنهما مالان وشهادتان لما كانت فى مجلسين [مختلفين] (٨) ، وهكذا قال بعض شيوخنا من القرويين وهو بين ، والله

(١) فى أ : و .

(٢) سقط من جـ .

(٣) فى أ : و .

(٤) فى أ : أنه إذا أقام شاهداً .

(٥) فى أ : وآخر .

(٦) فى أ : أن الذى جرى به فى «الكتاب» .

(٧) سقط من جـ .

(٨) سقط من جـ .

أعلم .

[قال] (١) : إنما قال : ([إن] (٢) شهادة من شهد في وصية له فيها شيء يسير جائزة) وفرق بين الوصية والحقوق لأن الوصايا فيها ضرورة إذ قد يخشى معاجلة الموت ولا يحضر إلا الذى وصى له ولا تقوم الضرورة فى التوثق والإشهاد فى غير الوصايا من الحقوق فهذا مفترق ، والله أعلم .

وقول يحيى بن سعيد: إن كان مع [الشاهد] (٣) غيره جازت شهادته له ولغيره، وإن كان وحده جازت لغيره ولم تجز له .

قال سحنون في كتاب ابنه : معنى قول يحيى بن سعيد هذا أن الشاهد إذا كان معه غيره أخذ ما شهد به لنفسه بغير يمين إذا كان تافهاً يسيراً، وإن كان وحده لم يأخذ غيره ما شهد له به حتى يحلف إلا أن يكون الذى شهد به الشاهد لنفسه [كثيراً] (٤) فلا تقبل شهادته له ولا لهم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وقوله فى « المدونة » : (إذا شهد وارثان أن فلاناً تكفل لفلان ولوالدهما فى شيء [آخر] (٥) بكذا ، فشهادتهما للأجنبي [جائزة] (٦)) (٧) .

وقوله فى الوصية : (يشهد فيها وله فيها شيء) [ينبئ] (٨) عن أنه إنما كلامه فى ذلك كله على ذكر حق واحد فيه هذا ، فاعلم ذلك .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا شهد شاهد على وصية بعثت وشهد آخر

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى ج : يسيراً .

(٥) فى أ : واحد .

(٦) فى أ : غير جائزة .

(٧) المدونة (٤/٢٧ و ٦٧) .

(٨) فى أ : يبين .

بمال فلصاحب المال أن يحلف مع شاهد ويستحقه وليس ذلك كالشاهد الواحد بالوصية بالعتق وبالمال ، ويلزم الورثة اليمين من أجل شاهد العتق ، فإن نكل الورثة ووجب [العتق] (١) على أحد قولى مالك لم يضر ذلك المشهود له بالمال ؛ لأن نكول الورثة الآن يعد كابتداء عتق فعلوه فلا يضر ذلك الموصى له بالمال ، فاعلم .

قال عبد الحق : سألت بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٢) عن الذى بيده وديعة فيشهد أن صاحبها تصدق بها على فلان البعيد الغيبة ؟

فقلت : أ رأيت إن قال للسلطان : خذها من يدي لا أريد إمساكها .

فقال : إن كان ذلك حين أتى يشهد ، قال للحاكم : إن فلاناً أودعنى كذا وقد تصدق به على فلان الغائب فخذة وأزله عن يده فشهادته جائزة ، وإن شهد ولم يذكر ذلك ثم أتى يقول هذا فيتهم أن يقول هذا لينفى الظنة عنه التى قد بطلت من أجلها شهادته .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى الشاهدين على السماع فى عتق فى «كتاب ابن المواز» : إن الشهادة فى غير البلد فلذلك يقضى بالمال دون الولاية عند ابن القاسم لاحتمال أن يستفيض ذلك عن رجل واحد ، وأما بالبلد فبعيد استفاضة ذلك عن رجل واحد فيقضى فى ذلك بالمال والولاية .

وقال فى قول أشهب : وتفصيله [ق/١٧٢] بين أن يغيب الشهود ولا يقدر على كشفهم أو يقدر فى مسألة الذين شهدوا أنه مولاه ولم يقولوا : إنه أعتقه : هذا التفصيل من أشهب ليس بخلاف لقول ابن القاسم ، كما إذا شهدوا على شهادة غيرهم يعذرون لغيبة شهداء الأصل ، فكذلك الشهود بأنفسهم إذا غابوا قبل أن يسألوا ، ذلك سواء ، فاعلم .

قال سحنون فى « كتاب الشرح » لابنه فى قول ابن القاسم فى هذه المسألة : إذا شهدت بينة أن هذا الميت مولاه لا يعلمون له وارثاً غيره لم تتم الشهادة على الولاية حتى يقولوا : أعتقه ، أو أعتق أباه ، أو يشهدوا على إقرار الميت أن هذا مولاه أو

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : شيوخ أهل صقلية .

على شهادة بينة أن هذا مولاه .

فقال سحنون : [إن] ^(١) شهدوا على شهادة أحد أن هذا مولاه أليس إنما نقلنا شهادة غائبين فهما لو كانا حاضرين لم تقبل شهادتهما حتى يكون فيها أنه مولاه أعتقه فكيف يقبل الحاكم شهادة غائب نقل [العدول] ^(٢) شهادته وهو لو كان حاضراً لم يقبل ذلك منه ، وهذا أمر قد غلب عليه الناس بإفريقية وغيرها يكون الرجل الشريف فى الكورة أو المحلة فيتولاه أهل تلك المحلة ويقولون : نحن مواليك وإنما هم أهل ذمة أسلموا فليس ولاؤهم لأحد وهم يقولون : نحن موالى فلان وليسوا كذلك ، وقد قال ابن القاسم فى أول المسألة : إذا شهدوا [أن هذا مولى فلان] ^(٣) لم يقبل ذلك حتى يكون فى شهادتهم أنه أعتقه أو أعتق أباه ، فما أدرى ما هذا ؟

وفى « العتبية » : قال أصبغ : قيل لابن القاسم : ما الخلطة الموجبة لليمين ؟ فقال : يبايعه ويشتري منه ولو أقام بينة أنه باع منه وقبض الثمن وقبض السلعة لم يوجب هذا اليمين إلا أن يبايعه مراراً فهى مخالطة ، وإن تقابضاً فى ذلك الثمن والسلعة وقبل التفرق فهى مخالطة ، وقاله أصبغ .

قال غير واحد من القرويين : وإنما تراعى الخلطة فيما يتعلق بالذمم من الحقوق ، وأما الأشياء المغيبة يقع التداعى بينهما فيها فاليمين فى ذلك واجبة من غير خلطة ، وفى « المدونة » مسائل كثيرة فى هذه الأشياء بعينها ذكر فيها اليمين ولم يشترط خلطة ، من ذلك مسألة كتاب الشفعة : إذا أنكر المشتري الشراء وادعى البائع فتحالفا ، ومسألة كتاب السرقة : إذا ادعى السارق ذلك الشيء الذى سرقه فقد قال : يحلف له ربه أنه ليس له ، وكذلك فى كتاب القذف : إذا ادعى أن الأمة التى شهد عليه بوطئها قد ابتاعها من سيدها فذكر يمين السيد ولم يذكر خلطة ، وإنما ذلك لأن الحديث ورد بيمين المدعى عليه من غير شرط خلطة فحكم عمر بن عبد العزيز

(١) فى أ : إذا .

(٢) فى أ : الشهود .

(٣) فى أ : أن فلاناً مولاه .

بالخلطة فى أبواب الحقوق المتعلقة بالذمم ، وقال ذلك من قاله من التابعين ، فبقي ما سوى الحقوق المتعلقة بالذمم على ظاهر الحديث فى إيجاب اليمين ، والله أعلم .

وقال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (١) : لا تجب اليمين إلا بخلطة فى

الأشياء المغيبة [وغيرها] (٢) ، قال : الأمثل أن يعرض رجل سلعته فى السوق للبيع فيأتى رجل فيقول [له] (٣) : قد بعته منى ، فمثل هذا تجب فيه اليمين وإن لم تكن خلطة ، وكان هذا القول عندى أبين - والله أعلم - لأن الخلطة إنما رآها العلماء من أجل المضرة التى تدخل على الناس لو كان كل مدع على إنسان يحلفه بدعواه دون أن يعلم بينهما خلطة ، فإذا وجبت اليمين فيما ذكرنا من غير خلطة فهذا ترك لما جعلت الخلطة من أجله وضرر بالناس ، والله أعلم .

قال بعض القرويين : إذا باعه بنسيئة ولو مرة واحدة فهى خلطة ، وأما بالنقد

فحتى يبيعه مراراً .

قال أصبغ : خمسة تجب عليهم الأيمان بلا خلطة : الصانع والمتهم بالسرقة

والرجل يقول عند موته : إن له على فلان ديناً ، والرجل يمرض فى الرفقة فيدعى أنه دفع ماله لرجل وإن كان المدعى عليه عدلاً غير متهم ، وكذلك من ادعى عليه رجل غريب نزل فى مدينة أنه استودعه مالاً .

[قال] (٤) : اعلم أنه إذا حلف الطالب للمطلوب ولم يرفعه إلى السلطان وله

بينة [غائبة عليه بعيده] (٥) فله القيام بينته إذا قدمت ؛ لأنه لو رفع الأمر إلى الحاكم لكان هذا الذى يفعل يحلف له المطلوب لبعد غيبة البينة ، وذلك [ق/١٧٣] لو صالح المطلوب على شيء لبعد غيبة بينته ، هذا قد رضى بما أخذ فلا قيام له

(١) فى أ : شيوخ أهل صقلية .

(٢) فى أ : وغير المغيبة .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : بعيده الغيبة .

بالبينة إذا قدمت وهذا [بين] (١) ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين على قول ابن القاسم فى نفقة العبد الموقوف المدعى فيه [ق/٧٥ ج] : أن النفقة على من تقضى له به غلته يجب أن تكون كذلك لمن يقضى له به لا فرق بين الغلة والنفقة ، فإن تشاحا فى النفقة كانت عليهما جميعاً ثم ينظر بعد ذلك من يقضى له به [يكون عليه] (٢) .

وقال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٣) : إن لم يتطوع أحدهما بالنفقة وتشاحا كانت على من هو بيده لأنه على أصل ملكه لا يخرج الاتفاق حتى ينظر فيه ، يريد : فإذا ألزم النفقة ثم ثبت للآخر رجوع عليه بذلك .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإذا أقام شاهداً فلم يحلف [المدعى] (٤) وأوقف ذلك الشيء فهلك [فللذئ] (٥) اشتراه أن يحلف المدعى لأنه يقول له : قد أوقف كسبه من أجل شاهدك ، فإن حلفت وإلا فقد تعديت على ملكى ولم يثبت لك شيء لأنك تركت شاهدك ، فإما أن يحلف وإلا أغرمه قيمة ذلك الشيء الذى هلك وعاب قول من قال : إنه يحلف الآن بعد هلاك ذلك الشيء فيكون يمينه قد ثبت له ويجب بذلك رجوع المشتري على بائعه بالثمن ، وقال : كيف يحلف ليرجع غيره [بالثمن] (٦) لا يستقيم أن يحلف لحق [ثبت] (٧) لغيره .

قال : إذا أقام شاهدين وأوقف القاضى الشيء المدعى فيه لينظر فى تعديلهما فخاف فساده أو أقام شاهداً واحداً فكان الحاكم ينظر فى تعديله ، فالجواب سواء يباع ذلك الشيء بخلاف لو أقام شاهداً واحداً عدلاً وأبى أن يحلف معه وقال : يأتى

(١) فى أ : أبين .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : شيوخ صقلية .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : إن للذئ .

(٦) فى أ : باليمين .

(٧) فى أ : يثبت .

بآخر فخاف الحاكم فساد ذلك الشيء ، هاهنا يسلمه [إلى المطلوب] (١) .

يريد : لأن هذا قادر على إثبات حقه بيمينه مع شاهده الذى ثبت له فترك ذلك اختياراً ، والذى ينظر فى تعديل شاهده أو شاهده الذى أقامه لا حجة عليه .

قال : وإذا أقام شاهدين فلم تثبت عدالتهما وقد باع الحاكم ذلك [الشيء] (٢) لخوف فساد فسد فدفع الثمن إلى المدعى عليه البيع وكان الثمن أقل مما شهدت به البينة التى قامت للمشتري فليس يقال للمشتري هاهنا تخرج لأن البائع قد رجع إليه ثمن سلعته فهو كرجوع عينها إليه والمشتري فيقول : ما سلم إلى ما باعه منى ولا صح لى من المبيع شيء فلا ثمن له [قبلى] (٣) ، فاعلم ذلك .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٤) : قوله : لو أن داراً فى يدي ورثتها عن أبى ثم أقام ابن عمى بينة أنها دار جده وطلب مورثه هذا من وجه الحيازة التى عرفتك قد جعل فى هذا الكلام الحيازة بين القرابة وبين الأجنبيين سواء ، بخلاف ما فرق فى غير « المدونة » .

وقال [غيره من شيوخنا من أهل بلدنا] (٥) : ما كان فى الحيازة من تأثير هدم أو بناء ونحوه فيستوى فى ذلك القرابة والأجنبيون ، وما كان ليس فيه تأثير وإنما هى حيازة فقط فتفرق القرابة من الأجنبيين فى طول ذلك ، هذا الأصل عندى ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى قول ابن القاسم الذى طرحه سحنون فى مسألة من أقام بينة غير قاطعة أن للذى هى بيده أن يبيع : إنما يعنى يبيع ولا يأخذ ثمناً يتصرف فيه ولا يتصرف المشتري فى المبيع حتى ينظر ما يثبت فيه وأما أن يحمل [عليه] (٦) أنه يقول : يقبض الثمن ويتصرف أيضاً فى المبيع فهذا بعيد، والله أعلم .

(١) فى أ : للمطلوب .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : شيوخ صقلية .

(٥) فى أ : بعض شيوخ صقلية .

(٦) فى أ : عنه .

قال عبد الحق : [والاعتذار] (١) لهذا القول بما وصف ضعيف أيضاً ، كيف يبيع شيئاً يجوز له [و] (٢) لا يمكن من قبض ثمنه ولا يمكن المشتري من التصرف فيما اشتراه ، وكيف [يصح] (٣) بيع مضمون يمنع صاحبه منه إلى غاية مجهولة ؟ ، فقول ابن القاسم ضعيف على كل حال ، والصواب : أن البيع غرر لا يجوز ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا أقام بينة في دار أنها له ولأخيه الغائب فأخذ نصيبه وبقي نصيب [الغائب] (٤) بيد المدعى عليه على قول ابن القاسم فقامت غرماء بدين على الغائب ينبغي أن يباع لهم في دينهم حظ الغائب ؛ لأنه لو كان حاضراً ونكل عن اليمين لكان للغرماء أخذها ويبيعها في دينهم ، فإن أخذها الغرماء ثم قدم الغائب فحلف فقد مضى ذلك ، وإن نكل عن اليمين غرم للمدعى عليه ما أخذه الغرماء ويتبع [ق/١٧٤أ] [في ذلك] (٥) في عدمه ولا شيء على الغرماء الذين يبيع لهم نصيب الغائب على كل حال .

قال عبد الحق : وقول ابن القاسم في بقاء نصيب الغائب بيد المدعى عليه ولا يوقف أولاً من القول الآخر ، لأن الغائب عليه اليمين أنه ما باع ولا وهب ، [أو] (٦) ما علم أن أباه باع ولا وهب فكأن الحكم له لم يتم ولم يجب له شيء حتى يحلف .

ذكر عن الشيخ أبي الحسن : [إذا] (٧) وجبت اليمين على يهودى أو نصرانى فأحب الطالب أن يحلفه يوم السبت أو الأحد أن ذلك له ، وإن طلب الذمى التأخير

(١) في أ : الاعتلال .

(٢) في أ : ثم .

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : أخيه .

(٥) في أ : بذلك .

(٦) في أ : و .

(٧) سقط من أ .

إلى ذهاب يوم السبت أو الأحد ، وأبى المسلم ، لم يمكن الذمى من مراده .

وقال : رأيت لو قتل يوم السبت أو سرق أما يحكم عليه يوم السبت ؟! فكما

يخلفون فى مواضع يكرهون ويعظمون ، فكذلك فى يوم يعظمونه .

تم كتاب الشهادات بحمد الله وحسن عونه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب المديان

قال بعض البغداديين : يدل على جواز حبس المديان قوله عز وجل : ﴿ وَمِنْهُمْ مَنْ إِنْ تَأْمَنَهُ بَدِينًا لَأُيُودَهُ إِلَيْكَ إِلَّا مَا دُمْتَ عَلَيْهِ قَائِمًا ﴾ (١) وذلك أنه إذا كان [يجوز] (٢) له ملازمته ومنعه من التصرف جاز حبسه ولا خلاف في ذلك بين فقهاء الأمصار ، وحبس المديان على ثلاثة أوجه : فحبس على طريق التلوم والاختبار إذا لم يتهم أن يكون خبياً مالاً ولا ظهر منه لرد ، أو حبس لتهمته أو لرد فهذا يحبس حتى يقضى أو يظهر عدمه ، وحبس من أجل أنه خبياً مالاً علم ذلك وتيقن فهذا يحبس أبداً حتى يخرج ذلك المال فيقضى دينه منه .

قال ابن الماجشون في « الواضحة » في المجهول العدم أو المتهم بمال غيبه : أقل ما عليه من الحبس في الدريهمات اليسيرة نصف شهر ولا يحبس في الكثير من المال أكثر من أربعة أشهر ، والوسط من الحبس في الوسط من الدين شهران .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] : (٣) لا يحبس الوالد في دين الولد إلا في نفقة الولد الصغير فإن ذلك للحاكم لأن هذا من باب [الغيائة] (٤) فإذا امتنع منها حبسه الحاكم فيها ، ولا يدخل ذلك أيضاً عقوق لأن الصغير لا صنع له في هذا لأن الحاكم هو الذى يتولى ذلك باجتهاده .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٥) : قوله في الورثة أو الوصى إذا قضاوا بعض الغرماء وهم يعلمون بدينه : يرجع الغرماء القادمون على الوصى أو الورثة ويرجع الورثة أو الوصى بذلك على الغرماء .

وفى موضع آخر : إن وجد الغرماء معدمين رجع على الورثة .

(١) آل عمران : ٧٥ .

(٢) زيادة من أ .

(٣) في أ : شيوخ صقلية .

(٤) في أ : العناية .

(٥) في أ : شيوخ صقلية .

هذا اختلاف من قوله كأنه مرة رأى أن يرجع على القابضين ومرة رأى أنه يرجع أولاً على الدافعين .

وقال بعض شيوخنا من القرويين : ليس هو اختلاف قول وإنما مرجع ذلك إلى أنهم مخيرون بين أن يرجعوا على الورثة أو الوصى وبين أن يرجعوا على الغرماء أولاً، فاعلم .

قال عبد الحق : وقول غيره في المريض إذا قضى بعض غرمائه المريض لم يحجر عليه في التجارة وهو كالصحيح في تجارته وفي إقراره بالدين لمن لا يتهم عليه، مفهوم هذا أن قضاءه جائز وإنما أبان قوة سببه في الإقرار بالدين وتصرفه فلما كانت أموره ماضية في هذا فكذلك في قضاؤه .

قال بعض القرويين : ومثله قال سحنون في «كتاب ابنه» : أن قضاءه جائز ، وسحنون [فهو] (١) الذي أدخل كلام غيره في « المدونة » يبطل بهذا تأويل من قال: إن قول غيره ليس بخلاف .

قال بعض القرويين : وقال إسماعيل : وإنما لا يجوز قضاؤه إذا لم يكن عنده كفاف الدين فأكثر .

قال عبد الحق : اعلم ، إن [أقرت الزوجة] (٢) [ق/٧٦ج] في مرضها بقبض المهر من زوجها [وأقر] (٣) الزوج في مرضه لزوجته بدين أو مهر لا فرق بين ذلك، وقد قال مالك في غير « المدونة » : إذا أقرت في مرضها أنها قبضت مهرها [من الزوج] (٤) والزوج حتى فلا يجوز إلا أن يكون لها ولد من غيره وكان بينها وبين زوجها أمر سيء فلا تتهم هذه ، فشرط فيها ما ذكرنا حسبما شرط في «المدونة» في إقرار الزوج [لامرأته] (٥) [من أنه] (٦) إذا لم [ق/١٧٥أ] يعرف

(١) في أ : هو .

(٢) في أ : إقرار الزوجة .

(٤) زيادة من أ .

(٣) في أ : إقرار .

(٦) سقط من أ .

(٥) سقط من ج .

بانقطاع إليها وله ولد من غيرها ، وإنما فرق بين إقراره للزوجة وبين إقراره لغيرها من ورثته ، لأن الورثة فى الظنة أقوى لأن سببهم باق غير منقطع وسبب الزوجية منقطع بالموت والطلاق ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قول غيره : إذا أمر رجلاً يقضى [عنه] (١) دنائير فيقضى دراهم أو عرضاً لا يربح فى السلف ، معناه : مثل أن يدفع المأمور ما قيمته دون ما [أمره] (٢) أن يدفع من الدين ، فإن رجع بما أمره كان قد ربح فى السلف الذى أسلف الأمر .

والصواب فى هذه المسألة : الرجوع بما أمره لأن المأمور إذا دفع غير ما أمر [به] (٣) فإنما ذلك مباحة مستأنفة بينه وبين القابض وشيء لم يكن للأمر أن يمنع منه .

قال لى غير واحد من [شيوخنا من أهل بلدنا] (٤) : وعلى القول الذى قال : لا يربح فى السلف إذا كان المدفوع عرضاً ، ينبغى أن يرجع المأمور بالأقل من قيمة ذلك العرض أو الدنانير التى أمر بها .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٥) : إذا باع ديناً له من رجل والمشتري للدين قاصد بشرائه ضرر الغريم والبائع غير عالم بقصده فإن هذا البيع يفسخ مثل تواطئهما جميعاً البائع والمشتري على ذلك وأبى من بيع الدين على المشتري وإنفاذ شرائه ، وقال : كما إذا قصد بسلفه النفع والقابض للسلف لا علم له بذلك أنه يفسخ إذا ثبت ذلك ولا حجة للقابض أنه لم يعلم بذلك ولا دخل عليه وكبيع من تلزمه الجمعة ممن لا تلزمه أن البيع مفسوخ كمثل ما لو كانا ممن تلزمهما الجمعة ، ولا حجة لمن لا تلزمه الجمعة فكذلك ما وصفنا .

وخالفه غيره فى هذا الجواب ورأى أن البائع إذا لم يعلم بقصد المشتري للضرر لا تفسخ عليه صفقته ويباغ الدين على المشتري فيرتفع الضرر عن الذى

(١) سقط من أ .

(٢) فى ج : أمر .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : شيوخ صقلية .

(٥) فى أ : شيوخ صقلية .

عليه الدين .

ذكر عن أبي محمد : أن للوصى أن يدفع مالا للصبي يختبره به ولا يضمن الوصى ما نقص [منه] (١) .

قال ابن حبيب : وإذا دفع الوصى مالا لتيمة [ليختبره] (٢) به ثم أنكر ذلك اليتيم فالوصى مصدق فيما دفع إليه ويضم ذلك إلى ما اتفق عليه إذا علم أن اليتيم كان يتجر .

وحكى عن الشيخ أبي الحسن فى مسألة المولى عليه يدفع إليه وليه بعض ما يستخبره به ، قال : إنما ينبغى أن يبايع فيه على النقد فمن بايعه على غير النقد [فهذا] (٣) الذى لا يكون له فى المال الذى فى يد المولى عليه شيء إلا أن يكون فى يد المولى عليه أكثر مما كان دفع إليه وليه فيكون حق الذى دأبه فى الزائد إذا كان الزائد من معاملته إياه .

تم كتاب الديان بصد الله وعونه

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : يستخبره .

(٣) فى أ : فهو .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب التفليس

قال بعض البغداديين : إنما وجب أن يحل الدين المؤجل بالفلس أو الموت من أجل أنه في الموت قد انقطعت ذمته ، وأيضاً فبموته وجب قسم ميراثه ، وقد بدئى الله تعالى الدين على الميراث فوجب حلول الدين لوجوب قسم الميراث ، وأما إذا أفلس فصاحب الدين إنما رضى بذمة سليمة من الدين فإذا طرأ على ذمته عيب لم يرض به عند المدائنة وجب تعجيل حقه ، ولما وجب تفرقة ماله بين غرمائه وكان هذا أحدهم وجب أن يشركهم فيما يقبضون .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا كان على رجل دين حال ودين إلى أجل فقام صاحب الحال التفليس المطلوب ويبد المطلوب كفاف دين الذى حل دينه فإنه يفلس حتى يكون بيده فضل عن الدين الحال يتصرف فيه ، فأما إن لم يكن بيده [فضل عن الدين] (١) إلا مثل ما يدفع لصاحب الحال فى دينه أو أقل ويبقى لا شيء له فيفلس ، وذكر أن غيره يخالفه إذا كان بيده كفاف دين الذى حل دينه ويقول : لا يفلس وإن كان لا يبقى بيده فضل .

قال عبد الحق : وإن قيل [لهم] (٢) : إذا فلس وله ثمرة لم تطب لم لا تباع على الجذ ، كما تباع ديونه التى لم يحل أجلها ؟

فالجواب : أن الثمرة إذا بيعت قبل بدو صلاحها على الجذ بيعت بفساد فلم يضر به فى ذلك وليس بيع الدين قبل أجله بيع [ق / ١٧٦أ] فساد ، فهذا مفترق ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا كان الموقف للغرماء دنائير وحقهم دراهم فضاع فى الاتفاق لم يضمونه ، وإنما معنى كلام ابن القاسم فى العين الموقف : إذا كان من جنس حقوقهم التى يقتضونها ، وقوله : (لا يضمون

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

العروض) يريد : إذا كانت حقوقهم خلاف تلك العروض ؛ لأنهم إنما يأخذون حقوقهم من أثمانها فهي على ملك الغريم حتى تباع ، فأما إن كانت حقوق الغرماء عروضاً مثل تلك العروض الموقوفة سواء فضمانها منهم .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (١) : إنما اختلاف الغير وابن القاسم إذا [علم] (٢) بعض الغرماء وكانوا حضوراً في حال تفليس الغريم إذا لم يحضروا حين القسمة ، فأما إذا شاهدوا القسمة لماله وسكتوا فلا رجوع لهم على من قبض من الغرماء بلا اختلاف من ابن القاسم وغيره وهذا بين ، فاعلم .

[قال عبد الحق :] (٣) ولم يختلف قوله : أن إقرار من أحاط الدين بماله بدين جائز ، واختلف قوله في قضائه .

[فالضرق] (٤) بين ذلك : أن إقراره بالدين يوجب تخليده في ذمته والقضاء شيء أزال الدين به عن ذمته وولجته إلى من لا يستحق جميعه لوجوب التحاوص في جميع [ماله] (٥) فليس له تخصيص بعض الغرماء [ببعضه] (٦) على أحد قوليته ، وأيضاً فإن من قضائه دفعاً لجملة ما يستحقه المديان وإقراره بالدين إنما يوجب للمقر له الحصا لا جملة حقه فهو أخف من القضاء ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين في مسألة العبد يكون له على سيده دين وعليه هو أيضاً دين : إنما يضرب العبد مع غرماء سيده بجميع دينه ، فإن وقع له في المحاصة مثل الدين [الذي] (٧) عليه فأقل ، أخذه وإن وقع له أكثر من الدين الذي عليه لم يكن له ذلك ، ولا يصح أن يضرب العبد بالأقل من دينه أو الدين الذي

(١) في أ : شيوخ صقلية .

(٢) في أ : عرف .

(٣) سقط من ج .

(٤) في أ : فالقول .

(٥) في أ : مال المفلس .

(٦) في أ : عن بعض .

(٧) سقط من أ .

عليه ، فاعلم .

قال أبو محمد : وإذا بيع العبد لغرماء سيده دخل في ثمنه غرماء السيد وغرماء العبد ؛ لأن العبد أحد غرماء سيده ، وتفسير ذلك مثل أن يكون على العبد دين عشرين ديناراً وعلى السيد دين ستين ديناراً ، لثلاثة رجال لكل واحد عشرون ديناراً ومع السيد عشرون ديناراً عيئاً ، وهذا العبد المديان فإن العبد يحاص غرماء سيده في هذه العشرين ديناراً التي بيد سيده فيقع له منها في الحصاص خمسة دنائير فيدفعها العبد إلى غرمائه ويأخذ كل واحد من غرماء السيد في المحاصة خمسة دنائير ، فقد علمت أن غرماء العبد إنما بقي لهم خمسة عشر ديناراً وبها يجب أن يحاصوا غرماء السيد [في ثمن العبد] ^(١) والباقي لغرماء السيد في ثمن العبد خمسة وأربعون ديناراً وغرماء العبد إنما يكون لهم في ذمته ما يبقى من دينهم بعد أخذهم لربع ثمن العبد لمعرفة كيف ينادى على هذا العبد حتى يتوصل إلى بيان ما وصفناه ، إذا كانت قيمة العبد أقل من ستين ديناراً لو بيع بلا دين عليه أن يقال : من يشتري هذا العبد بثمن على أن يدفع ربع ذلك الثمن إلى غرماء العبد ويكون لهم في ذمة العبد ما يبقى من دينهم بعد ذلك ؟

فإذا قال رجل : أنا آخذه بعشرة على أن في ذمته اثنتي عشر ديناراً ونصف .

قيل : من يأخذه بأكثر من عشرة على هذا التنزيل ، لأن العبد إذا بيع بعشرة كان لغرمائه [ق / ٧٧ ج] ربعها يحسب عليهم من دينهم فيبقى لهم اثنا عشر ديناراً ونصف [دينار] ^(٢) فهي التي تكون لهم في ذمة العبد .

فإن قال رجل آخر : أنا آخذه بأحد عشر على أن يكون في [ذمته] ^(٣) اثنا

عشر ديناراً وربع .

يقال : فمن يأخذه باثنتي عشر على أن يكون في [ذمته] ^(٤) اثنا عشر ؟

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من أ .

(٣) في أ : ذمة العبد .

(٤) في أ : ذمة العبد .

فإن أصيب ذلك ، قيل : فمن يأخذه بثلاثة عشر على أن يبقى في [ذمته] (١) اثنا عشر ديناراً غير ربع .

فإن أصيب ذلك قيل : فمن يأخذه بأربعة عشر ديناراً على أن يبقى في [ذمته] (٢) أحد عشر ديناراً ونصف ، فهكذا ينادى عليه حتى يقف على ثمن لا زيادة فيه فيباع به ويكون لغرماء العبد ربع ذلك الثمن ويبقى لهم في ذمة العبد ما بقى لهم من دينهم بعد الذى أخذوه من ربع ثمنه وإن كان [قيمة العبد] (٣) ستين ديناراً فأكثر بيع بغير [ق / ١٧٧] اشتراط دين فأخذ غرماؤه من ثمنه خمسة عشر وأخذ غرماء السيد دينهم فإن بقى بعد دين العبد ودين السيد شيء من ثمنه كان لسيد .

وذكر عن أبى القاسم بن شبلون أنه قال : إنما يباع العبد لغرماء سيده فيأخذ غرماء سيده ثمنه كله فى دينهم ولا يدخل معهم فيه غرماء العبد بحال ، وذكر له ما وقع فى آخر كتاب الحمالة لابن المواز وما جرى فى « المستخرجة » من هذا مما يوافق كلام أبى محمد ، فقال : [هذا] (٤) خلاف ظاهر ما فى « المدونة » .

قيل له : رأيت إن لم يكن على السيد دين إلا دين عبده وعلى العبد دين مقدار الذى له على سيده ولا مال للسيد غير العبد هل يباع العبد على سيده فيما للعبد عليه ويأخذ غرماء العبد من ثمنه مقدار ما وجب للعبد على سيده .

فقال : لا يباع لهم العبد بحال ولا شيء لهم فى ثمنه وإنما يبقى دينهم فى ذمة العبد بحاله ويبقى العبد رقاً لسيد .

قال عبد الحق : مثال ما ذكر ابن القاسم فى مسألة الزرع المرهون إذا كان ثمن الزرع أقل من دين المرتهن : أن يكون للمفلس غريمان سوى مرتهن الزرع لكل واحد منهما عشرة ومرتهن الزرع عشرة أيضاً ومال [المفلس] (٥) [الزرع] (٦) وخمسة

(١) فى أ : ذمة العبد .

(٢) فى أ : ذمة العبد .

(٣) فى أ : قيمته .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى ج : الميت .

(٦) سقط من أ .

عشر ديناراً] فأخذ كل واحد خمسة وبقي لكل واحد من دينه خمسة فحل بيع الزرع فيبيع فكان ثمنه] (١) خمسة دنائير فمرتتهن الزرع أولى بهذه الخمسة؛ لأنها ثمن رهنة وبقيت له خمسة بها كان يجب أن يحاصص أولاً فهو قد كان حاصص [أولاً] (٢) بعشرة فيؤتف الحصاص الآن، ويقال : هذا غريم له خمسة ولغريمين آخرين عشرة عشرة ومال المفلس خمسة عشر ، فالخمس عشرة على هذا مقسومة على خمسة أجزاء لمرتتهن الزرع جزء منها ولكل واحد من صاحبيه جزآن لأن لكل واحد مثلي ما يجب له؛ إذ لكل واحد منهما عشرة وإنما له خمسة فيقع له من الخمسة عشر ثلاثة دنائير وهو خمسها وقد كان قبض في [المحاصة] (٣) أولاً خمسة دنائير فيرد دينارين فيتحاص فيها صاحباه لكل واحد منهما دينار [دينار] (٤) لتساوى حقهما ، هذا الترتيب الذي وقع في « المدونة » ، وعلى ترتيب يحيى بن عمر إنما يقال للمرتتهن : قد ظهر [لك] (٥) أنه إنما يجب أن تحاصص بخمسة ، فاقبض مما كنت أخذت في المحاصة نصف حقتك وهو ديناران ونصف كما كان قد قبض كل غريم نصف حقه ويرد الدينارين ونصف الآخرين فيتحاص فيها هو وصاحباه كمال طراً للمفلس ، فيتحصل له فيها نصف دينار ولكل واحد من صاحبيه دينار، فقد حصل له ثلاثة دنائير ، وكذلك حصل له على ترتيب ابن القاسم فالمعنى واحد ، وإن كان الترتيب من ابن القاسم ويحيى بن عمر مختلف [في اللفظ] (٦) ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : سقى الزرع المرهون على ربه ، فإذا أفلس ربه لم يكن للمرتتهن أن يقول : يحاصص بالسقى الذي هو واجب عليه ؛ لأن السقى شيء غير مقبوض فلا حصاص له به ، وهكذا قال بعض شيوخنا من القرويين .

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من أ .

(٣) في أ : المقاصة .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : لنا .

(٦) سقط من ج .

قال : اعلم أنه إذا ابتاع أمة فولدت عنده ثم باع الأمة خاصة وبقي الولد ثم أفلس البائع أخذ الولد بحصته من الثمن ، بخلاف إذا ماتت الأم هاهنا يأخذ الولد بجميع الثمن إن شاء أو يحاوص ، وذلك أن في البيع قد أخذ الثمن عوضاً من الأمة .

قال غير واحد من [شيوخنا من أهل بلدنا وغيرهم] (١) : ويقوم الولد على هيئته اليوم لو كان مع أمه يوم عقد الصفقة ، فهكذا يعرف ما يقع عليه من الثمن .

قال عبد الحق : فأما إن يبيع الولد أو مات وبقيت الأم ثم [أفلس] (٢) فيأخذ الأم بجميع الثمن ، ولا يفترق هاهنا موت الولد من بيعه بخلاف الأم التي ذكرنا أن الموت والبيع فيها مفترق على [ما بينا] (٣) ، وهذا منصوص في غير « المدونة » على حسب ما ذكرنا ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا كانت الهبة للشواب قائمة فسواء [أفلس] (٤) الموهوب له أو مات الواهب أولى بها من الغرماء ، وأما إن فاتت فأما في التفليس فله أخذها وأما في الموت فليس له أخذها ، فإذا فاتت صار ذلك كالبيع لأن القيمة ترتبت فيها ووجبت كوجوب الثمن في البيع في ذمة المشتري بعقد البيع ، وهذا بين ، فاعلم [ق/١٧٨] .

تم كتاب التفليس بحمد الله وحسن عونه

(١) في أ : شيوخ صقلية .

(٢) في أ : فلس .

(٣) في أ : حسب ما ذكرنا .

(٤) في أ : فلس .

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

كتاب المأذون

قال : ومن خَلَى [بين عبده] ^(١) وبين التجارة ، تاجر فيما شاء ولزم ذمته ما دابن الناس به من جميع التجارات ، لأنه أقعده للناس ولا يدري الناس لأى أنواع التجارات أقعده .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] ^(٢) : لو أذن له فى نوع من التجارات وأشهر ذلك [وأعلمه] ^(٣) لم يلزم ماله ما دابن فى غير ذلك النوع ، وظاهر «الكتاب» يؤيد ما قال لشرطه ولا يدري الناس لأى أنواع التجارات أقعده ، فإذا أعلن ذلك وأشهره فقد علم لماذا أقعده ، كما أنه إذا حجر عليه وأشهر ذلك لم يلزم ماله ما تداين [به] ^(٤) بعد الحجر ولا يعذر من لم يعلم بتحجير السيد إذ إنما عليه الإعلان والإشهار وقد فعل ذلك .

روى أصبغ عن ابن القاسم فى « العتبية » فىمن استأجر عبده بمال وأمره ألا يبيع إلا بالنقد ويشترى به فداين الناس : إنهم أحق بما فى يديه وإن لم تكن هى أموالهم بعينها .

قال أصبغ : لأنه مأذون حين أطلقه على البعض وكمن أذن له ألا [يتاجر] ^(٥) إلا فى البر [فيتاجر] ^(٦) فى غيره .

قال ابن القاسم : فإن قصر ما فى يديه عن دينهم فإنى أستحسن أن يكون ذلك فى ذمته ، وفيه ضعف .

(١) فى أ : بينه .

(٢) فى أ : شيوخ صقلية .

(٣) فى أ : أعلنه .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : يتجر .

(٦) فى أ : فيتجر .

وقال سحنون : هو كما شرط السيد ليس له أن يتعداه كما لو أعطاه قراضاً كان به مأذوناً ، وحكم [المقارض] ^(١) ألا يبيع بالدين فكذلك إذا اشترط عليه ألا يبيع بالدين لم يجز على سيده تعديه .

قال عبد الحق : فيحتمل أن يكون هذا الخلاف إذا لم يشهر ذلك و [لم] ^(٢) يعلنه ، والله أعلم .

قال عبد الحق : اعلم أن من أقعد عبده صانعاً مثل عمل القصاراة ونحوها فأفسد شيئاً لا يلزم ذلك في أجرته التي يأخذها ، لأن أجرته خراج للسيد لا يتعلق فيه الدين ، فاعلم .

ولا يكون أيضاً ذلك الذى لزمه فى آلة القصاراة التى يستعين بها عليها إن كان السيد قد أعطاه ذلك ليستعين به لأن ذلك كعارية من السيد له .

حكى بعض القرويين عن الشيخ أبى الحسن أنه قال : معنى قوله فى «الكتاب» : (يكون دين المأذون فى مال وهب له أو تصدق به عليه [ق/٧٨ج] ليقضى به دينه) فحيثذ يكون لغرمائه أخذه ، وأما إن لم يوهب له لذلك فهو بمنزلة ما اكتسبه من غير التجارة .

وحكى عن أبى محمد بن أبى زيد : أن ذلك سواء وهب له بهذا الشرط أو بغير شرط لغرمائه أخذه فى دينهم لأنه ليس من مال السيد ولا من كسب عبده .

قال عبد الحق : الذى علل به غير واحد فى أم ولد المأذون أنه لا يبيعها إلا بإذن السيد من أجل أنها قد تكون حاملاً وحملها للسيد فىكون قد باع شيئاً للسيد [من غير] ^(٣) أمره .

قال بعض القرويين : ولا يلزم هذا فى أمة يطأها المأذون ، لأن أم الولد قد صارت خزانة للسيد لإيلادها فى المتقدم ، وكأن سيد المأذون أوقفها للولد ، ومن

(١) فى أ : القراض .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : بغير .

الناس من قال : لما كان العبد إذا عتق تكون له أم ولد على قول قائل لم يبيعها لذلك إلا [ياذن] (١) السيد ، والتعليل [الذى ذكرنا أولاً] (٢) أصوب .

فإن اعترض عليه بأنه [قد] (٣) قال : يبيعها في دينه وإن لم يستأذن سيده وهي فقد يجوز أن تكون حاملاً .

فالجواب : أن الدين متيقن وهي ملك للعبد حقيقة فلا وجه لاستئذان السيد في أمر لا يتحقق أن له فيه حقاً وهو إنما يبيعها في الدين بعد اشترائها ، فإن بيعت في الدين ثم ظهر أنها كانت حاملاً [فقال : قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا] (٤) : للسيد أن يفسخ البيع ، وقال بعضهم : ليس للسيد فسخه لأن البيع قد وقع جائزاً فلا يرد .

فإن قيل : فقد قال في المكاتب يبيع أم ولده إذا خاف العجز وهي قد تكون حاملاً وحملها مكاتب : يكون حكمه حكم أبيه ، فلم يشترط استئذان السيد .

فالجواب : أن بيع المكاتب إنما هو ضرورة لخوف عجزه فيبيعها فيما عليه من الكتابة فأشبهه ذلك المآذون يكون عليه دين أنه يبيع ولا يستأذن السيد لأن كليهما يبيع في حق عليه وأمر مطلوب به .

قال بعض شيوخنا من القرويين : اشترط في مسألة الذي أسلم دنانير في طعام ثم أفلس المسلم إليه إن شهدت عليها بينة لم تفارقه وكذلك ينبغي إذا قال : من بعض الطعام الذي أسلم فيه ورأس المال دنانير يحتاج أن تكون البينة لم تفارق ، وأما إذا فارقت البينة فيما ذكرنا [ق/ ١٧٩أ] ثم شهدت على أعيان الدنانير أنها هي فلا حكم لأعيانها ، بخلاف من استحق دنانير ، هاهنا إذا شهدت له بينة أنها [دنانير] (٥) كانت له ، وإن غاب عليها الذي أخذها لأن هذا مال أخذ على غير [طريق] (٦)

(١) في أ : بأمر .

(٢) في أ : الأول .

(٣) زيادة من أ .

(٤) في أ : فقد قال بعض شيوخ صقلية .

(٥) في أ : دنانيره .

(٦) سقط من ج .

الطوع من صاحبه فله أخذ عين شيئه الذى شهدت له به البينة ، وما ذكرنا أولاً مال طاع به صاحبه فاحتيج فى ذلك إلى أن لا تفارق البينة .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (١) : قوله : (يجوز إقرار المأذون بدين بعد الحجر عليه) يريد : إذا كان ذلك بقرب الحجر ، وأما إن لم يكن بالقرب فلا يقبل قول العبد فى ذلك .

وقال بعض [شيوخنا] (٢) : إذا حجر على المأذون ثم دفع إليه غريم له ديناً عليه وهو لا يعلم بتحجير السيد عليه فلا يعذر بذلك على قول ابن القاسم ، كالوكيل إذا قبض الدين بعد أن عزل أن الدافع يضمن ولا يعذر بأن لم يعلم بأن الوكيل عزل ، قال : وهذا إذا كان حين حجر عليه السيد ضرب على ماله وقبضه ، وأما إن حجر عليه وأبقى ماله بيده فيبرأ من قضائه وهو لا يعلم .

قال غير واحد من [شيوخنا من أهل بلدنا] (٣) : وإذا عجز المكاتب ويده مال ، فإن كان قبل الكتابة مأذوناً له فى التجارة بقى على ذلك الإذن حتى يستأنف السيد الحجر عليه ، وإن كان محجوراً عليه فهو على ذلك إنما يرجع بعد العجز إلى أصل ما كان عليه [العجز] (٤) .

وقال غير واحد من القرويين : إنه لا يبقى مأذوناً ، لأن الإذن المتقدم عقد الكتابة أسقط حكمه فإذا عجز فهو كسائر العبيد لا يتصرف إلا بإباحة مستأنفة من السيد له .

قال عبد الحق : اعلم أن السيد إذا ادعى الثوب الذى أقر به العبد المحجور [عليه أنه] (٥) لفلان يحلف ، وصورة يمينه أنه إن قال : هو لى ، حلف على البت ، وكذلك إن قال : لعبدى ، يعلم أصل شرائه أو ملكه إياه ، وأما إن قال : هو [بيد عبدي] (٦) ، فيحلف ما أعلم لك فيه حقاً .

تم كتاب المأذون بحمد الله وعونه

(١) فى أ : شيوخ صقلية .

(٢) فى أ : شيوخ صقلية .

(٣) فى أ : شيوخ صقلية .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى أ : بيدي .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحمالة

قال الله عز وجل : ﴿وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ (١) ، يريد حميل فهذه حمالة المال ، وقال تعالى في قصة يعقوب : ﴿لَن أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتُنِي بِهِ إِلَّا أَن يُحَاطَ بِكُمْ﴾ (٢) ، فهذا ضمان لعينه وحمالة [لنفسه] (٣) .

قال عبد الحق : واختلف [شیوخنا من أهل بلدنا] (٤) : إذا قال له : أنا حميل أو زعيم أو كفيل ، لم يزد على هذا هل ذلك يقتضى المال أو محمول على حمالة الوجه إذا عرى الكلام من دليل على أحد الوجهين .

وأصوب القولين عندي - والله أعلم - : أن تكون على المال لأن النبي عليه السلام قال : « الزعيم غارم » (٥) أو كما قال ، فالحمالة تقتضى غرم المال حتى ينقل عن ذلك بأمر واضح يبرأ منه ، وأيضاً فوجدنا الحمال بالوجه تجر إلى المال فى بعض الوجوه ، فالأصل فى الحمالة المال حتى يشترط غير ذلك أو يكون اللفظ الجارى إنما يقتضى الوجه فيحتمل الأمر عليه ، [والله أعلم] .

وإذا قال : تكفلت لك بزید ، وقد أقر زید بذلك وقال الذى له الحق : إنما

(١) يوسف : ٧٢ .

(٢) يوسف : ٦٦ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : شیوخ صقلية .

(٥) أخرجه الترمذي (١٢٦٥) وابن ماجة (٢٤٠٥) وأحمد (٢٢٣٤٩) والدارقطني (٤٠/٣) والطيالسي (١١٢٨) والطبراني فى «الكبير» (٧٦٢١) وسعيد بن منصور (٤٢٧) وعبد الرزاق (١٤٧٦٧) وابن أبي شيبة (٣١٦/٤) والبيهقي فى «الكبرى» (١١١٧٤) والقضاعي فى «مسند الشهاب» (٥٠) وابن الجارود فى «المنتقى» (١٠٢٣) وتام فى «الفوائد» (٣٨٤) من حديث أبي أمامة .

قال الترمذي : حسن غريب .

وقال الألباني : صحيح .

تكفلت لى بعمرو ، فالقول قول الكفيل ، ويحلف ، ولا تلزمه الكفالة بعمرو ولا يجب لصاحب المال الرجوع على زيد بما أقر له به ، لأن صاحب المال أنكر أن يكون له عنده شيء [(١)] ، وأما إن اختلفا فقال الطالب : شرطت عليك الحماله بالمال ، وقال الكفيل : بل شرطت أنا الحماله بالوجه ، وقد أحضر الغريم معدماً ، فينبغي أن يكون القول قول الحميل ، لأن الطالب يدعى انشغال ذمته فعليه البيان على أصلهم فى التداعى ، والله أعلم .

قال فى « الكتاب » : إذا قال رجل لرجل : أنا كفيل لك بما قلت إنه لك على فلان ، فأتى فلان وأنكر لم يلزم الكفيل شيء حتى يثبت ذلك بيينة .

قال محمد : لا بإقرار المطلوب ، معناه : إذا كان المطلوب معسراً ، وأما إن كان المطلوب موسراً فلا تهمة فى ذلك ، لأنه إن أخذ الكفيل بالغرم على أحد قولى مالك فالكفيل يرجع عليه وأما فى القول الآخر فالمطلوب المبدى بالغرم ، وهذا بين فاعلم .

قال عبد الحق : وهذا القول الذى ذهب فيه إلى أن المطلوب المبدى بالغرم وأنه إنما يرجع على الكفيل فى عدم المطلوب أولى القولين ، وهو الذى اختار ابن القاسم ، وذلك أن الحميل إنما أخذ توثقه فأشبهه [ق/ ١٨٠] الرهن ، فلما كان لا سبيل إلى [غلق] (٢) الرهن إلا عند عدم المطلوب فكذلك لا سبيل على الكفيل إلا عند عدم المطلوب ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إذا حلف الكفيل أنه لا يعلم جملة الدين لغيبه المطلوب فهو وإن نكل فيغرم بعد رد اليمين على الطالب ، فإن حلف الطالب وأخذ ما حلف عليه ثم قدم المطلوب لم يغرم الكفيل ما غرم إلا أن يقر بذلك ، وللكفيل أن يحلف المطلوب فإن نكل أغرمه ما غرم ، هكذا حفظت عن بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٣) .

قلت له : فكيف يغرم وهو يقول : لو كانت الدعوى بينى وبين الطالب فنكلت

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : شيوخ صقلية .

لم أغرم حتى تحلف وأنت إنما حلفتني بسببه ودخلت مدخله فكيف أغرم من غير رد يمين؟

فقال له : قد حلف الطالب أولاً واستوجب الحق فلا مقال لك فى يمينه وإن كانت يمينه على غير الرتبة فقد تغيرت الرتبة لضرورة غيبة المطلوب ، وقد نجد مثل هذا فى الأصول وذلك فى الصبى يقوم له شاهد على حق فإن المطلوب [ق/٧٩ جـ] يحلف [وإن كانت الرتبة قد تغيرت لضرورة غيبة المطلوب يحلف] (١) وإن كانت الرتبة يمين المدعى للشاهد فذلك ضرورة لصغر الصبى ، ثم إذا كبر الصبى له أن يحلف مع شاهده فلم تتغير الرتبة اختياراً فما قدمنا مثله ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى مسألة المختلفين فى الألف المقبوضة هل هى من القرض أو الكفالة : إنما يصح ما ذكر ابن القاسم من قسمة الألف على الحقين إذا كان المطلوب حين قبض الألف معسراً والآن حين تنازع الكفيل والقابض موسراً ، فأما إن كان الآن معسراً فالقول قول القابض لأنه يقول له : أرأيت لو صدقتك أن الألف من القرض أليس لى طلبك بالكفالة لعسر المطلوب ، ولو كان حين الدفع موسراً والآن حين التنازع موسراً أيضاً فالقول قول الدافع أيضاً للألف ؛ لأنه لما كان المطلوب موسراً لم يتعلق على الحميل غرم فالقابض يدعى أنه تبرع له بدفع الكفالة فهو معروف يدعيه قبله لا يصدق فيه فالمسألة على ثلاثة أوجه كما بينا ، فتدبر ذلك تجده [صحيحاً] (٢) إن شاء الله .

قال عبد الحق : وسواء على قول ابن القاسم كان حين الدفع قد قال : قضيتك وبينت لك ، وقال الآخر : شرطت عليك ، [أو] (٣) اتفقا أن الأمر وقع بينهما مجملًا لم يبيناً شيئاً أن الألف مقسومة على الحقين كما ذكر ، وكذلك فى «كتاب ابن المواز» ويحلفان جميعاً .

قال محمد : ومن نكل منهما كان القول قول الخالف ، فإن حلفا جميعاً أو

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : و .

نكلا جميعاً قسم ذلك على الحقين على قول ابن القاسم وروايته .

قال محمد : ذكر ابن القاسم مثله عن مالك في حقين أحدهما برهن والآخر بلا رهن ، وقال ذلك أيضاً مالك في حقين أحدهما بلا حمالة والآخر بحمالة قال مالك : وكذلك حق بيمين وحق بلا يمين .

قلت : فإن ادعى أحدهما أنه بين عند القضاء ، وقال الآخر : ما بين أحدنا شيئاً .

قال أصبغ في هذا : القول قول من ذكر أن ذلك كان [مبهماً] ^(١) إلا أن يكون لمن ادعى أنه قد كانا بينا عند القضاء بينة .

قال أبو محمد : وهذا خلاف مذهب ابن القاسم ، وهو مذهب أشهب وعبد الملك .

قلت : فإن أقرا جميعاً أنه كان منهما بلا شرط بينهما ولكن كان ذلك نياتنا . قال : هذا لم يختلف فيه ابن القاسم وأشهب أن ما اقتضاه يقسم على الحقين جميعاً .

قال عبد الحق : وإنما تصح المسألة إذا لم يحل الحقان أو كانا قد حلا جميعاً . فأما إن حل أحدهما ولم يحل الآخر فالقول قول من ادعى أن الألف من الحق الحال كان القابض أو الدافع مع يمينه ، وهذا في كتاب ابن المواز المذكور ، فاعلم .

قال يحيى بن عمر في مسألة الشريكين في اللذين يغيب أحدهما فيقضى الإمام للحاضر بما ينوبه في المحاصة إذا لم يكن عنده إلا قدر حقه : ذهب ابن القاسم إلى أن يقضى له بما ينوبه ويقر الباقي بيد الغريم ، ولا يعجبني .

قال أبو محمد : لعل ابن القاسم يعني أنه يقضى بالقسم للحق للضرورة فيصير هذا أولى بحصته .

قال عبد الحق : وقع في لفظ ابن القاسم : إن جهل فقضى له بجميع حقه كان للغارم الدخول معه لأنه كالتفليس [ق/١٨١] .

(١) في أ : بينهما .

وقال غيره : يدخل عليه الغارم قضى له به كله أو [ببعضه] (١) لأنه كالتفليس [فمثل] (٢) كل واحد منهما بالتفليس ، وأرى ابن القاسم إنما وقع تمثيله بالتفليس فى القضاء بما ينوبه فى المحاصة وتمثيل الغير بالتفليس إنما أراد به فى خطأ الإمام فى فعله لتركه نصيب الغائب بيد الغريم ؛ لأن سبيل التفليس أن يوقف للغريم الغائب حقه ففعل السلطان غير جائز عنده فكان كالتفليس الذى لا يستبد فيه غريم بما قبض ، وقد ذكرنا هذه المسألة وما يلتبس بها مما هو غير مشتهر لها فى غير هذا الكتاب .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإذا كان دين الشريكين مائة دينار فكان بيد المطلوب ثمانون فقضى للحاضر بخمسين ، فإن الغائب إذا أبى يرجع على صاحبه بنصف ما قبض ولا يرجع بنصف الزائد على الأربعين خاصة لأن [ذلك] (٣) القضاء وقع فاسداً لما أعطاه خمسين وإنما كان يجب أن يعطيه أربعين ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : [اعلم أن] (٤) الفرق بين الذى يقول لرجل : احلف أن الدين الذى تدعى قبل فلان حقاً وأنا ضامن ، ثم يرجع قبل اليمين : إنه لا ينفعه رجوعه ، وبين القائل : دائن فلاناً فما دايته به من شيء فأنا ضامن له ، ثم يقول له قبل المداينة : لا تفعل .

فقد بدا لى فى الحماله أن ذلك له أن الذى أتاه قبل المعاملة لم يدخله فى شيء حتى تعامل فلاناً فيكون قد أدخله فى ذلك فيتعلق عليه ما ضمن والآخر قد أدخله فى ترك صاحبه وتسريحه ونفى الطلب عنه ، وأيضاً فإن الضمان أوجه بشرط اليمين التى هى إلى الطالب وقادر عليها بنفسه [والمعاملة لا تحسن منه بنفسه] (٥) حتى يعامله فلان وقد لا يرضى بمعاملته فلا تصح له مداينته [فافترقا] (٦) لهذا ، والله

(١) فى أ : بنصفه .

(٢) فى أ : حمل .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

(٦) فى أ : فيفترقان .

أعلم .

ولأن الذى قيل له [لما حلف] ^(١) يقول للضامن : إنما ضمننت لى حقًا تقدم وأمرًا وجب لى .

وأما الذى قيل له : عامل فلائًا ، لم يجب فى ذلك الحق بعد لأن المدائنة لم تكن فليس ما وجب فى الماضى كأمر يستأنف ولم يجب ، فهذا مفترق والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى الحميل بعروض [تطلب] (٢) بها [فيشتريها] ^(٣) بثمان : فإنه يرجع [بالثمان] ^(٤) غلت العروض أو رخصت وليس للمطلوب أن يعطية العروض التى فى ذمته لأنه [فيه] ^(٥) علم أن الكفيل إذا طولب فقد يشتري بثمان أو قد يكون عنده مثلها فيدفعها فعلى ذلك دخل فيغرم الثمن ولو كان الحميل تحمل عنه بغير إذنه فما هنا إنما ينبغى أن يطالبه بالأقل من الثمن الذى اشتري العروض به أو نفس العروض أى ذلك أقل فهو الذى على الغريم .

قال عبد الحق : (إذا أخذ منه حميلًا أو رهناً على أن يوفيه حقه إلى دون الأجل ، إنه جائز) إنما يصح هذا إذا كان الحق عينًا أو عرضًا من قرض ، فأما إن كان الحق عروضًا من بيع فلا يجوز لأنه « حط عنى الضمان وأزيدك » ، فاعلم .

قال أبو محمد بن أبى زيد فى مسألة الثلاثة الذين اشتروا سلعة وتكفل بعضهم ببعض فمات أحدهم فادعى ورثته أنه دفع المال وأقاموا شاهدًا : معنى قول ابن القاسم : لا يمين على الشريكين ، يعنى : إذا ادعى أن الميت دفع الثمن من ماله ويغرمان ما ينوبهما للبائع ، وذلك أن [المال] ^(٦) على جميعهم فى أنفسهم وهم حملاء بعضهم عن بعض ويغرم الورثة للبائع ما ينوبهم لتكولهم بعد رد اليمين على

(١) فى أ : احلف .

(٢) فى أ : إذا طلب .

(٣) فى أ : فاشتراها .

(٤) فى أ : بذلك الثمن .

(٥) فى أ : قد .

(٦) فى أ : الثمن .

البائع أنه ما قبض من وليهم شيئاً ، وهذا إذا كان الميت ملياً بما ينوبهم اليوم فإن كان عديماً اليوم كان لهذين أن يحلفا ، وإن كان دعواهما أن الميت دفع الجميع من ماله ليبرئا من حمالة الثلث الذى الميت به عديم ، فإن حلفا غرما الثلثين للورثة و غرم الورثة للبائع ثلث الحق مما قبضوا من الشريكين لنكول الورثة ، وإن ادعى أن الثمن من عندهما حلفا أن [لقد دفع الميت] (١) ذلك وبرئا ورجع البائع على الورثة بما ينوبهم لنكولهم بعد أن يحلف البائع : أنه ما قبض من وليهم شيئاً ، وللشريكين أن يرجعا عليهم فيقولوا لهم : نحن دفعنا جميع الثمن للميت ، فإما أن تحلفوا على علمكم أنا ما دفعنا إليه شيئاً [ق / ٨٠ جـ] وتبروا وإن نكلتم حلفنا لقد دفعنا الجميع و غرمتهم [ثلثى جميع] (٢) الثمن لنا .

قال أبو محمد : وقوله فى أول المسألة : (لا يمين على الشريكين) يعنى [إذا] (٣) ادعى أن الميت دفع الثمن من ماله ، يريد : ولا يغرمان للورثة شيئاً من أجل قولهم : إن الميت دفع عنا الثلثين ، لأن الشريكين يقولان : الميت لم يشهد حين دفع وقوله : لم يدفع بحضرتنا وإنما بلغنا ذلك عنه فلا يلزمنا شيء للورثة بإقرارنا أنه دفع عنا ، والله أعلم .

قال عبد الحق : ورأيت لبعض الأندلسيين قال : هذه المسألة فيها نظر ، وينبغى على أصولهم إذا حلف الشريكان أنهما دفعا إلى الميت ما لزمهما وأنهما أمراه [ق / ١٨٢ أ] بالدفع ، أن يكون للبائع أن يتبع ذمة الميت بحصة بعد أن يحلف أنه ما دفع إليه شيئاً ، وإن قال الشريكان : دفعنا إليه الجميع وأمرناه بالدفع عنه وعنا وحلفا على ذلك لكان لهما أن يتبعا ذمة الميت بحصة إذ لم يحلف ورثته وعلى الشريكين إذا حلفا أن يزيدا فيما يحلفان به ولقد دفع ما أمرناه بدفعه .

قال عبد الحق : فقوله : إذا قالوا : (دفعنا الجميع من أموالنا وحلفا) يتبعان ذمة الميت خلاف ما تقدم من كلام أبي محمد ، فاعلمه .

(١) فى أ : أن الميت قد دفع .

(٢) فى ج : ثلث .

(٣) سقط من ج .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى مسألة العبد المتحمل بسيدته : إنما خير الطالب بين إتباع ذمة السيد فبيع العبد وبين إتباع ذمة العبد لأنه جعل ذلك كشيء واحد ذمة العبد وذمة [السيد] (١) .

قال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٢) : هذا الذى قال ابن القاسم إنما يجرى على قول مالك أنه يتبع الكفيل إن شاء فى يسر الغريم ، ورأى أن ابن القاسم خالف أصله فى ذلك لأنه يقول : لا يطلب الكفيل إلا فى عدم الغريم .

قلت له : [ففعل ابن القاسم رأى أن العبد لما كان غير مستقر الملك] (٣) جعل ذمة العبد وذمة السيد كشيء واحد ، فلذلك خير الغريم .

فقال : ليس كذلك ، لأن العبد على مذهبنا مالك وحكم ماله غير حكم مال السيد الذى بيده .

وقال لى بعض شيوخنا من القرويين : ليس هذا بخلاف لأصل مذهب ابن القاسم ، ولا جعل ذمة السيد والعبد كشيء واحد ، وإنما محتمل المسألة أن السيد مات مفلساً ، إنما يريد أفلس وهو حى أو مات وهو مفلس فخير الطالب لأن الغريم إذا أفلس وخاف الطالب المحاصة له إتباع الكفيل ، فاعلم .

واعلم أنه إذا طالب السيد فبيع العبد فلم يف بالدين أن له مطالبة العبد بما بقى له ، كما أن الحر إذا تحمل برجل فلم يكن فى مال المطلوب وفاء بالدين أو له مطالبة الكفيل بما بقى ، فهذا مثله ، وقاله غير واحد من [شيوخنا] (٤) وهو بين فاعلم .

قال أبو محمد فى قول غيره : ليس له أن يطلب ذمة العبد إلا بما عجز عنه مال سيده : كيف يباع وأنت لا تعلم [كم] (٥) يبقى فى ذمته من الحماله فيبرأ منه على قول غيره : إنما يتبع ذمة العبد بما عجز عنه مال السيد ، والعبد هو من مال

(١) فى أ : سيده .

(٢) فى أ : شيوخ صقلية .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : شيوخ صقلية .

(٥) سقط من أ .

السيد فما له وجه إلا على التبعض في المزايدة ، مثل أن يكون الدين مائة فيقال : من يشتريه بخمسين على أن يبقى في ذمته خمسون ، فيقول رجل : أنا آخذه بستين على أن يبقى في ذمته أربعون هكذا حتى يقف على ثمن معلوم .

قال : اعلم أن ما يؤخذ من ثمن العبد [مسقط]^(١) عن ذمته ، فإن كان على سيده أيضاً دين فما أخذ من ثمنه لأجل الدين فيه نصيب فما حصل لهم منه باق في ذمة العبد فتصير ذمة العبد في هذا عامرة بما عجز ثمنه عنه وبما أخذ أهل الدين .

مثال ذلك : أن يكون على السيد دين مائة دينار وتحمل العبد عنه بمائة دينار ، فيقال : من يشتري هذا العبد بمائة على أن يبقى في ذمته خمسون ، لأن المائة بين الغرماء نصفان فيحصل للذين تحمل لهم العبد من المائة خمسون تسقط عن ذمة العبد ويبقى في ذمته خمسون ، ويقول آخر : أنا آخذه بمائة وعشرين على أن يبقى في [ذمته]^(٢) أربعون ، لأن العشرين التي زدنا بين الغرماء نصفان فيسقط عن ذمة العبد نصفها على هذا المعنى ، فتدبره .

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا أوصى بعتق جارية ولم يقل : إن حملها الثلث ، فكان ثمنها يزيد على الثلث الدينار أو نحوه يرق ذلك المقدار منها ، وليست كمسألة «الكتاب» لأنه شرط في مسألة «الكتاب» إن حملها الثلث وإلا فلا ، فاعلم أن المسألتين مختلفتان ، وكذلك قال بعض [شيوخنا]^(٣) .

تم كتاب الجمالة بحمد الله وحسن عونه .

(١) في أ : مسقوط .
 (٢) في أ : ذمة العبد .
 (٣) في أ : شيوخ صقلية .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحوالة

قال النبي عليه السلام : « مطل الغنى ظلم ومن أتبع على مليّ فليتبّع » (١) .

قال أبو محمد - رحمه الله : وقول الرسول عليه السلام « فليتبّع » على الندب . والله أعلم ، يدل عليه قوله : « مطل الغنى ظلم » فإذا أحاله فلم يرض فقد [مطله] (٢) لأنه مليّ بتعجيل حقه ، ولو كان يلزمك حوالة بغير رضاك كان لكل من أحلت عليه أن يحيلك إلى ما لا نهاية له فهذا الضرر ، ومن ناحية المطل الذي جعله الرسول عليه السلام ظلماً أو يحيلك على ملي متعد أو سلطان ونحوه .

قال عبد الحق : وقوله عليه السلام : « مطل الغنى ظلم ومن أتبع على ملي فليتبّع » يؤخذ منه أن الحوالة لا تكون إلا بما حل من الدين لا بما لم يحل لأن المطل إنما يكون بعد حلول الأجل وطلب الحوالة عند القيام بأخذ الدين ، والله أعلم .

قال عبد الحق : سألت بعض شيوخنا [ق/١٨٣أ] من القرويين : لم فصل في الحوالة بين أن يغر من عدم أو لا يغر ولم يجعل ذلك كالعيب في البيوع أنه سواء غر منه أم لا تقام عليه ؟

فقال : البيوع على سبيل [التكايس] (٣) فغلظ على البائع فيها والحوالة على [طريق] (٤) المعروف فسهل على المحيل فيها حتى يغر من عدم بعلمه فهذا خديعة منه فعليه الدرك [في ذلك] (٥) .

وقال في شرط تعجيل العتق في حوالة المكاتب للسيد : إنما سامح في ذلك

(١) أخرجه مالك (١٣٥٤) والبخاري (٢١٦٦) ومسلم (١٥٦٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) في أ : ظلّمه .

(٣) في أ : المكايسة .

(٤) في أ : سبيل .

(٥) في أ : حينئذ .

بتعجيل العتق ، لأن المأخوذ ثمن المعتق قصد به منفعة المعتق فسومح فيه ، وإذا لم يقع تعجيل العتق فهو باب مبايعة قصد به ابتغاء المنفعة فمنع منه .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا لم تحل الكتابة وأحال المكاتب سيده بها بشرط أن يعتق الآن معجلاً أو بشرط ألا يعتق ، لا يختلف ابن القاسم وغيره في هذين الوجهين إذا وقع الشرط [فإن] ^(١) أحاله وسكت عن شرط تعجيل العتق وعن شرط بقاء الكتابة فهأنا الاختلاف ، فعند ابن القاسم يفسخ ذلك ، يريد: ما لم يفت بالأداء ، وعند غيره يحكم بتعجيل عتق العبد .

قال عبد الحق : وقول ابن القاسم لما كره مالك بيع الكتابة من أجنبي لشيء إلى أجل كرهنا الحوالة أيضاً .

هذا قياس فيه نظر ، وذلك أن الحوالة أمر بين السيد ومكاتبه أسقط عنه الكتابة واعتاض ما في ذمة الأجنبي فالأجنبي لا فرق بين أن يؤدي ذلك للمكاتب أو لسيدة فلم يقع بين السيد وبين الأجنبي مبايعة إنما وقع ذلك بينه وبين عبده ، وأما في بيع السيد للكتابة ، فهذه معاملة بينه وبين أجنبي لا بينه وبين عبده ، فهذا مفترق ، والله أعلم .

تم كتاب الحوالة بحمد الله وعونه

(١) في أ : فإذا .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الرهن

اعلم أن حوز الرهن إنما لم يتم إلا بمعاينة البينة لذلك ، ولم يجز في ذلك إقرار المتراهنين لتعلق حق الغرماء به [ق/٨١ج-] إن طرؤوا ، وذلك أنه يتهم أن يقول له : دعنى أنتفع به ، ونشهد لك أنك قبضته فتكون أحق به من غرمائى .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإذا أذن المرتهن للراهن فى العروض التى

يزال بها أن ينتفع بها لم تخرج من الرهن بنفس الإذن دون أن يحاز ، بخلاف ما لا يزال به من الرياع لأن العروض التى يزال بها هى فى يده فلا يكون إذنه فيها تسليمًا حتى تحاز دونه ، فاعلم ذلك .

قال : وإذا ضاع الرهن وهو مما لا يغاب عليه ولم يعلم ذلك إلا بقوله ، لا بد من يمينه كان متهمًا أم لا ، وكذلك فى عارية ما لا يغاب عليه ، وكذلك فى المبيع الخيار وضياع الشيء [المستأجر] (١) وذلك أن هذه الأشياء إنما أخذها لمنفعة نفسه ، فسواء كان متهمًا أم لا ، يحلف ، بخلاف الوديعة التى لم يقبضها لمنفعة نفسه وإنما المنفعة لصاحبها فى حفظها له وصيانتها .

فإن اعترض على ما قلنا بالقراض إذا ادعى ضياعه أنه لا يحلف فيه إلا أن يكون متهمًا وهو قبضه لمنفعة نفسه ؟

فالجواب : أن هذا ليس له منفعة [متيقنة] ، وذلك أنه قد لا يكون له ربح يجب

له منه شيء ، فرأس المال يرد لا منفعة [(٢) له فيه فليس كالأشياء التى قدمنا التى ينتفع بها حقيقة ، والله أعلم] (٣) .

وقال بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] (٤) فى ضياع الرهن الذى لا يغاب

عليه : قيل : إنه يحلف ، وقيل : [إنه] (٥) لا يحلف .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : فاعلم .

(٤) فى أ : شيوخ فى صقلية .

(٥) سقط من ج .

قال : [وتفترق] (١) عندى صورة اليمين فى المتهم [وغيره] (٢) ، فأما المتهم فيحلف لقد ضاع وما فرطت ولا تعديت ، وأما غير المتهم فيحلف ما ضيعت ولا فرطت ولا يحلف على الضياع وهو مصدق فيه .

اعلم أنه إنما لم يجعل الثمر مع الأصول فى الرهن ، وإن كان قد طاب وجعل الصوف رهناً مع الغنم إذا كان قد كمل يوم الرهن ، لأن من باع نخلاً فيها ثمر مأبوه ثمرها للبائع ، ومن باع غنماً عليها صوف هو للمشتري ، فلما افترقا فى البيع وجب أن يفترقا فى الرهن .

فإن قيل : فهلا قست مسألة الصوف على مسألة الثمر ؛ لأن الثمر فيه شبه وليس فى مسألة الغنم شبه ؟

فقل : إن الثمرة تكونت بعمل البائع ونفقته فكانت له والصوف ليس له فيه شبه مع أن الإجماع على مسألة الصوف ، وهكذا قال لى بعض [شيوخنا من غير أهل بلدنا] (٣) لما اعترضت عليه بما وصفته .

وقال لى بعض القرويين : إذا رهنه نخلاً فيها ثمر قد ييس يجب أن يكون للمرتهن كالصوف التام ، وذلك أنه إنما فرق بين المسألتين ؛ لأن الثمرة تركت لتزداد طبيياً فهى غلة له لم يرهنها إياه والصوف فلا معنى لبقائه ، فلما سكت عنه كان تابعاً للغنم رهناً [ق/١٨٤أ] معها ، فإذا كان الثمر يابساً يتأتى فيه الجذ ولا معنى لتأخيره فسكت عنه فهو رهن مع الأصول كالصوف سواء ، والله أعلم .

قال عبد الحق : ذكر فى مسألة من تكفل وأعطى رهناً فهلك عند المرتهن وهو مما يغاب عليه : « أنه إن كانت قيمته كفاف الدين فقد استوفى المرتهن حقه وترجع أنت على الذى عليه الحق بقيمة رهنك » يحتمل أن يكون معنى هذا أن الذى عليه الدين معدم فتكون الحماله متوجهة والرهن أخذه [سائغ] (٤) من أجل ذلك ؛ فأما إن

(١) فى أ : وتختلف .

(٢) فى أ : وغير المتهم .

(٣) فى أ : شيوخ صقلية .

(٤) فى ج : مانع .

كان الغريم موسراً فالحمالة لا تلزم ورهنه لا يجب أخذه ليسر الغريم فينبغي حينئذ أن لا يتم ما قال إلا برضا الذى له الرهن ، فإن لم يرض فله إتباع الطالب الذى ضاع الرهن عنده بقيمته ؛ لأن الذى ادعى ضياعه [متهم] (١) أن يحبسه استعجالاً لحقه من هذا دون غريمه فلا يمكن من ذلك ، ونحا بعض شيوخنا من القرويين [فى هذه المسألة : إذا ضاع الرهن] (٢) والدين لم يحل أجله والرهن كفاف الدين إن المرتهن قد استوفى حقه ولا حجة عليه أنه كمقتضى دين قبل أجله .

قال : لأنه إنما اتهم لغيبته عليه ونحن لا [نتيقن] (٣) أنه احتبسه أو تعدى فيه .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا كان الرهن بيد عدل فأمره السلطان ببيع

الرهن ليأخذ المرتهن حقه ، فقال : بعته وضاع [منى] (٤) الثمن ، ولم يثبت بيعه إياه إلا بقوله فإن الراهن لا يبرأ من الدين ؛ لأن صاحب الدين لم يأتمنه على هذا البيع والثمن الذى قبض وإن كان يبرأ من الضمان لتوكيل السلطان إياه فلا يزول الدين من ذمة الراهن حتى يثبت بيع العدل إياه ببينة ، وذكر أن غيره يخالفه [فى هذا] (٥) ويقول : ضمان الثمن الذى ادعى العدل ضياعه من المرتهن .

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا دفع إليه رهناً بكل ما أقرض لفلان فما دابن به

فلاتاً من قليل أو كثير كان الرهن به رهناً ما لم يكن ذلك أكثر من قيمة الرهن ، ولا يراعى فى هذا ما دابن به مما يشبه أن يداين به ، بخلاف مسألة كتاب الحمالة إذا قال له : دابن فلاتاً فما دابنته به من شيء فأنا ضامن له ، لأن الأول قد أعطاه ما يستقرض عليه ، فكأنه إنما أباح له الاستقراض على قيمة ما دفع إليه فأقل ، والله أعلم .

قلت لبعض شيوخنا من القرويين : إذا افتك العبد الجانى المرتهن فكان على

(١) فى أ : يتهم .

(٢) فى أ تقديم وتأخير .

(٣) فى أ : نوقن .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

قول ابن القاسم إنما يباع بعد حلول الأجل من ينفق على هذا العبد .

فقال : نفقته على السيد الذى كان ينفق عليه قبل ذلك ؛ لأن حكمه قد بقى على أصل ما كان عليه . اعلم أنه إذا [قال] ^(١) المرتهن نؤدى أرش الجناية من مال العبد وأبى ذلك الراهن فذلك للراهن كان مال العبد مشروطاً كونه رهناً أم لا ؛ لأن المال إذا قبضه أهل الجناية فقد يستحق فيتعلق على السيد غرم مثله لأن رضاه بدفعه إليهم كدفعه ذلك من ماله وهو لو دفع أرش الجناية من ماله فاستحقت غرم مثلها ، فأما إن أراد الراهن ذلك وأبى المرتهن فينظر إن كان لم يشترط المرتهن كون المال رهناً فلا كلام له ، وإن اشترط [كونه] ^(٢) رهناً فإن دعا إلى أن يفتديه كان ذلك له ، وإن أسلم العبد فذلك للراهن ؛ لأنه يقول له : أنت قد أسلمته وأهل الجناية يأخذونه بماله إذا أسلم فى الجناية فلا حجة لك فى ماله إذا رضيت أنا بدفع الأرش من مال العبد ، فاعلم ذلك .

قال بعض شيوخنا من القرويين : قوله : اتفق على أن نفقتك فى الرهن وأنفق بما أنفقت رهناً ، سواء لا فرق بين ذلك ، وذكر أن ابن شبلون كان يفرق بين ذلك ويرى أن ذلك الذى يقتضيه ظاهر «الكتاب» .

قال عبد الحق : ويؤيد أنه لا فرق بين اللفظين : قوله فى كتاب الوكالات فى مسألة الذى أمره أن يشتري له وينفذ عنه ويحبسه حتى يدفع إليه الثمن ، فقد جعله بلفظ احبسه بسبيل الرهن وهو [لم] ^(٣) يقل : والذى يشتري بالثمن الذى ينفذ عنى رهناً ، وقوله : احبسه ، وقوله : نفقتك فى الرهن ، هو سواء ، لأن القائل : نفقتك فى الرهن ، إنما معناه تحبسه حتى يدفع إليك ، وهذا بين ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى المرتهن ينفق على الرهن والراهن غائب : يطالبه بجميع ما أنفق وإن جاوز قيمة الرهن وليس كمسألة الضالة ونحوها ؛ لأن صاحب الرهن قد تركه وعلم أنه محتاج إلى النفقة عليه فهو كالإذن فى ذلك فلا حجة له .

(١) فى ج : أبى .

(٢) فى أ : كون المال .

(٣) فى أ : فلم .

قال : إذا رد المرتهن الرهن للراهن بعارية أو إجارة ، إنما فرق ابن القاسم [ق/ ١٨٥] بين ذلك لافتراق السؤال ، وذلك أن معناه فى العارية أنها غير مؤجلة فليس له أخذه بعد دفعه إليه إلا أن يعيره على ذلك ، ولو كانت العارية [مؤجلة] (١) إلى [أجل] (٢) أخذها بعد [ق/ ٨٢ج] انقضاء الأجل والإجارة هى مؤجلة فله أخذها بعد حلول الأجل ، وليس له أن يأخذه قبل تمام الأجل ، فإذا اتفق السؤال على ما وصفنا فلا فرق بين ذلك ، والله أعلم .

قال : ومسألة المختلفين فى المائة المدفوعة هل هى التى فيها الرهن أو التى لا رهن فيها . إنما تصح إذا كانت المائتان حالتين ، فأما إن كانتا مؤجلتين فالقول قول الدافع للمائة لأنه يقول : إنما قصدت تعجيل المائة لأخذ الرهن ، فالقول قوله ولا تقسم المائة وهى بخلاف مسألة كتاب الكفالة : إذا اختلفا هل المائة المقبوضة من القرض أو [من] (٣) الكفالة ، هاهنا تقسم على الحقين إذا كانتا مؤجلتين كمثل إذا كانتا حالتين ، بخلاف المسألة التى قدمنا لعذره بما وصفنا من أنه يقول : عجلتها لأخذ الرهن ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا أخذ الوصى رهناً من يتيم له إلى يتيم

آخر فى مبايعة باعها من أحدهما للآخر لم يكن جائزاً للرهن ولا يجوز من نفسه لنفسه ، وجعل ذلك كأخذه رهناً لنفسه فى سلف أسلفه الوصى لليتيم ونحوه .

وقال : إذا طلق زوجته الأمة فوجب له نصف الصداق وقد أعتقها سيدها ، هذه المسألة بخلاف مسألة كتاب العتق : إذا باع العبد سلعة بأمر سيده واستحقت السلعة وقد [أعتق] (٤) السيد العبد ؛ لأن نصف الصداق هاهنا إنما وجب بالطلاق الحادث بعد العتق الذى الزوج محدثه ومبتدئ إيقاعه ، والثلث فى مسألة كتاب العتق أخذ غير جائز فهو لم يزل ديناً من حيث قبض ، ولو كان طلق قبل العتق فى هذه المسألة

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : الأجل .

(٣) زيادة من أ .

(٤) فى أ : عتق .

فالعق هاهنا وقع والسيد مديان فهى كمسألة كتاب العتق وقد ذكرناها فى غير هذا الموضوع .

قال : وإذا رهنه رهناً فقال الراهن : يكون عندك ، وقال المرتهن : بل على يدي عدل ، يريد : ولم يشترط عند الرهن شيئاً فإنه يوضع على يدي عدل ، لأن المرتهن يقول : إذا أخذته وضاع ضمانته فلا يلزمنى إلا أن أرضى .

قال : ومثلها مسألة الطعام يكرى على حملة للمكرى أن يكلف ربه أن يمضى معه ؛ لأنه يحتج بالضمان فلا يلزم ذمته إلا برضاه .

حكى عن الشيخ أبى الحسن أنه قال فى شرط منفعة الرهن : إنما كره [مالك] (١) ذلك فى الثياب ؛ لأن إجارة الثياب جائزة ولا يضمن والرهن فيها جائز ويضمن ، فلما اجتمع هذان كرهه ، وأما الحيوان فقد جرى من [قول] (٢) مالك فيها قولان فى الرهن فى الضمان ، فعمل قوله هاهنا قاله إذا كان يرى الحيوان يضمن .

[قال] (٣) : قال غير واحد من [شيوخنا من أهل بلدنا] (٤) وغيرهم : إذا ضاع الرهن المشترط منفعته أمداً معلوماً وهو مما يغاب عليه ضمانته ولا يكون كسائر الأشياء المستأجرة ؛ لأنه إنما أخذه رهناً فيغلب حكم الرهن فى وجوب ضمانه إذا هلك ، وخالف هذا [بعض شيوخنا من غير أهل بلدنا] (٥) وقال : لا ضمان عليه كسائر الأشياء المستأجرة ، والأول أصوب ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا كسر الخلخالين المرتهن فاستحسن إيجاب القيمة عليه وإذا تعدى عليهما رجل فكسرها فعليه ما نقصهما ، وذلك لأن المرتهن ضامن لهما لو هلكا فيجرى مجرى الغاصب إذا كسرها لحوزهما للرقبة ، بخلاف المتعدى الذى لم يحز الرقبة وإنما تعدى وأتلف شيئاً فيضمن مقدار ما أتلف ، فهذا

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : شيوخ صقلية .

(٥) فى أ : بعضهم .

الذى استحسنت فى ذلك لما وصفته ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا شرط فى أصل عقد البيع إن لم يفتك

الرهن إلى الأجل فالرهن له بدينه ، فهو بيع فاسد ولا يبطل الرهن خاصة [ويجيز]^(١) البيع ، وإن كان بعد عقد البيع بطل الرهن خاصة وجاز البيع . واعلم أنه إذا اختلف الراهن والمرتهن وإنما كان المرتهن مصدقاً إلى مبلغ قيمة الرهن يوم الحكم والتداعى لا يوم الرهن ؛ لأن الرهن بيد المرتهن كالشاهد وإنما أحيا شهادته [حين]^(٢) الحكم فوجب أن ينظر فى شهادته حين الحاجة إليها ، فأما إن كان الرهن قد ضاع فالقول قوله إلى مبلغ قيمته يوم قبضه ؛ لأنه كشاهد شهد ثم ذهب وإنما ينظر إلى شهادته حين شهد .

قال بعض [شيوخنا [ق/١١٨٦] من القرويين] ^(٣) : وإذا قال الراهن :

رهنتك فى عشرة ، وقال المرتهن : فى عشرين ، والرهن يساوى خمسة عشر فالرهن كشاهد بخمسة عشر ، وإنما يحلف المرتهن على خمسة عشر التى شهد بها شاهده لا على العشرين التى يدعى ويحلف [له]^(٤) المطلوب فيما بقى ، ولا يصح أن يقال: يحلف على العشرين التى يدعى ثم يأخذ خمسة عشر ، ومن عيب هذا القول أنه لو حلف على عشرين فوجب له أخذ خمسة عشر ويمين المطلوب على الخمسة [الزائدة]^(٥) فنكل المطلوب ، أليس يرد اليمين على الراهن فيصير يحلف مرتين على دعوى واحدة فهذا غير مستقيم .

قال عبد الحق : وأحفظ عن بعض [شيوخنا من أهل بلدنا] ^(٦) : أنه إنما

يحلف المرتهن على جميع ما يدعى وإن كان الرهن قيمته أقل من دعواه .

(١) فى أ : ويجوز .

(٢) فى أ : يوم .

(٣) فى أ : شيوخ القيروان .

(٤) سقط من أ .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى أ : شيوخ صقلية .

قال عبد الحق : قوله في الوصى يجد في التركة خمراً : (يهريقها بأمر الإمام خيفة أن يتعقب بأمر) إنما يعنى خوفاً من أن يكون الإمام ممن يرى تخليلها إذا رفعت إليه فيرفعها لذلك .

قال : **قال بعض شيوخنا من القرويين :** قوله : (إذا أعتق العبد الرهن قبل الأجل يعجل للمرتهن حقه) إنما ذلك إذا كان مما له تعجيله ، فأما إن كان الحق المؤجل مما لا يعجل إلا برضا من له ذلك مثل أن يكون عرضاً من بيع فلا يجبر على تعجيله ويبقى العبد رهناً في يديه إلى الأجل ، فاعلم .

[قال:] (١) : وإذا أعتق عبداً وعليه دين فرد الغرماء عتقه ، فقال العبد: نؤدى الدين ويتبع سيدى به فليس له ذلك ، بخلاف أجنبي يؤدى عن رجل ديناً ، وبخلاف الذى حمل صداقاً [عن:] (٢) رجل ولم يدخل بزوجه فى هذا إن شاء [أن:] (٣) يؤدى لها الصداق ويتبع ذمة الحامل به ، لأن العبد إنما يفعل ما يفعل لمنافع نفسه ليحصل له العتق فلا يرجع بذلك إذا أدى كمن فدى زوجته من بلد الحرب أنه لا يتبعها بشيء لأنه فدى منافعه .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا اشترى المأذون من قرابة سيده من يعتق عليه وهو عالم ينبغى أن ينفذ البيع فيه ويباعوا عليه ولا تفسخ صفقة البائع فيظلم . وقال غيره من شيوخنا القرويين : يفسخ البيع ولا حجة للبائع إذا تعدى فى شرائهم عالمًا .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى مسألة « الكتاب » : إذا أخذ من أجنبي مالاً فأنفقه فى الزرع المرهون : إنما يكون الأجنبي أحق بمبلغ نفقته إذا قال له : تنفقه فى هذا الزرع ويكون لك رهناً ، وأما إن لم يقل له فيكون لك رهناً وإن أخبره أنه [ينفقه] (٤) عليه فلا يكون أحق بذلك ؛ لأنه سلف فى ذمته .

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : ينفق .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا سكن الأب المتصدق بالدار الأقل مضى الجميع للولد كان الولد صغاراً أو كباراً ، وإذا سكن الأكثر فإن كانوا كباراً صح لهم ما جازوا ، وإن كانوا صغاراً بطل الجميع ، وهاهنا فى هذا الوجه يفترق الصغار من الكبار .

وأحفظ عن بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا سكن أبو الأصغر بيتاً أنه على ثلاثة أوجه ، إن سكن أكثر من النصف بطل الجميع .

وإن سكن النصف صح ما لم يسكن وبطل ما سكن [ق/٨٣ج] ، وإن سكن أقل من النصف صح لهم ما سكن وما لم يسكن .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : وإذا سكن القليل وأبقى [الأكثر]^(١) خالياً لم يجز لهم ذلك حتى يكرهه للأصغر ؛ لأن تركه لكرائه منع له فكأنه أبقاه لنفسه فذلك كإشغاله إياه بسكناه ، والله أعلم .

تم كتاب الرهون بحمد الله وحسن عونه

(١) فى أ : الكثير .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الغصب

قال الرسول عليه السلام : « الخراج بالضمان » (١) ، وقال : « من أحبب أرضاً مية فميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق » (٢) والغاصب هو من العرق الظالم .

قال ربيعة في « كتاب ابن حبيب » : العروق أربعة : عرقان فوق الأرض ، وهما : الغرس والبناء ، وعرقان في جوفها : المياه والمعادن .

وفي « كتاب ابن شعبان » : العروق أربعة : عرقان ظاهران وعرقان باطنان ، فالظاهران : البناء والغراس ، والباطنان : الآبار والعيون .

اعلم أن من تعدى على سلعة فأفسدها فساداً كثيراً فاختار ربها أخذها وأخذ ما نقصها إن كان ثوباً يأخذ ما نقص بعد أن يرفأ له إن كان مما يصلح فيه الرفو أو يخاط

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٠٨) والترمذي (١٢٨٥) والنسائي (٤٤٩٠) وابن ماجه (٢٢٤٣) وأحمد (٢٤٢٧) وابن حبان (٤٩٢٧) والحاكم (٢١٧٨) والشافعي (٩١٧) والدارقطني (٥٣/٣) والطيالسي (١٤٦٤) وأبو يعلى (٤٥٣٧) و(٤٦١٤) وعبد الرزاق (١٧٦/٨) وابن أبي شيبة (٣٧٣/٤) والبيهقي في « الكبرى » (١٠٥١٩) والطحاوي في « شرح المعاني » (٥١٣٣) وإسحاق ابن راهويه (٨٥٠) وابن الجعد في « مسنده » (٢٨١١) وابن الجارود في « المنتقى » (٦٢٦) وتام في « الفوائد » (٧٠٥) من حديث عائشة .

قال الترمذي : حسن صحيح .

وقال الحاكم : صحيح .

وقال الألباني : صحيح .

(٢) أخرجه أبو داود (٣٠٧٣) من حديث سعيد بن زيد .

قال الألباني : صحيح .

وأخرجه الترمذي (١٣٧٩) وأحمد (١٤٣١٠) والدارمي (٢٦٠٧) وابن حبان (٥٢٠٢) وأبو يعلى (١٨٠٥) وابن أبي شيبة (٤٨٧/٤) والبيهقي في « الكبرى » (١١٥٩٤) والنسائي في « الكبرى » (٥٧٥٦) والدارقطني في « جزء أبي الطاهر » (٧٢) وابن الجوزي في « التحقيق » (١٦٠١) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه .

قال الترمذي : حسن صحيح .

وقال الألباني : صحيح .

إن كان مما تصلح فيه الخياطة ، وتشعب له القطعة أيضًا ونحو ذلك كما قال فى الفساد [ق/١٨٧] اليسير : أنه يأخذ الثوب وما نقصه بعد الرفو له ، فاعلم أن اليسير والكثير لا يفترق إذا أخذ ذلك فى رده على هيئته ما كان ثم يأخذ ما نقصه ، وأما الدابة وغيرها من الحيوان فليس على الجانى أن يغرم ما نقص بعد أن يداوى له ذلك .

والفرق بين المداواة وبين الرفو والخياطة ونحو ذلك مما قدمنا : أن ما يتفق على المداواة غير معلوم ولا يدرى هل يرجع إلى الهيئة التى كان عليها أو يتراخى الأمر إلى غير ذلك ، وأما الرفو والخياطة [ونحو ذلك] (١) فمحصل معلوم ما ينفق عليهما وهما فيرجعان إلى الهيئة بهذا الفعل فهذا مفترق ، والله أعلم .

واعلم أن الغاصب إذا تعدى على ما غضب أو حدث فيه عيب بغير عداء لرب ذلك أن يغرمه القيمة فيه وإن قل ما أحدث فى السلعة من عيب بخلاف المتعدى غير الغاصب هذا فى اليسير إنما يغرم ما نقص ولا يغرم القيمة كلها .

والفرق بين ذلك : أن الغاصب متعدد على جملة السلعة لحيازته إياها كلها على طريق الغصب والمتعدى إنما هو جان على بعض أجزاء السلعة ولم يحز جميعها ولا تعدى فى جملتها ، فلم يكن عليه إلا مقدار ما أتلف من أجزائها ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا فى العبد يجنى عليه رجل جناية مفسدة مثل أن يقطع يديه جميعاً : فلربه أن يغرمه القيمة فيه ويعتق [عليه] (٢) العبد إنما هذا إن طلب ذلك سيده ، وإن أبى من ذلك كان له أخذ العبد وما نقصه وليس العتق بأمر وجب للعبد لا بد له منه ، فاعلم .

قال عبد الحق: الفرق بين الغاصب يعجف الدابة بركوبه : أنه إذا لم يختر ربها إغرامه القيمة وأخذها لا يطالبه بما نقص وبين ما يحدث الغاصب فيها من قطع عضو أنه يغرمه ما نقص إن شاء : أن العجف ليس بأمر ثابت قائم لأنه يزول تارة ويثبت أخرى ولا تبقى الدابة على حالة واحدة ، وأما فى قطع عضو فهو تأثير قائم باق

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

فلذلك كان له إغرامه ما نقص في ذلك ، والله أعلم .

وأيضاً فإن [نفس] (١) العجف ليس هو فعل الغاصب وإنما فعله الركوب والتأثير الذى قطع به عضواً هو [نفس فعل] (٢) فافترقا .

قال عبد الحق : اعلم أنه لا فرق بين أن يبيع الأمة وقد ذهب بياض عينها أو يبيعها بالبياض ثم يزول عند المبتاع إذا أجاز المغصوب منه البيع ثم علم بذهاب البياض لا كلام له ، وقوله فى «الكتاب» : (إنه ترك أن يستثبت ولو شاء لم يعجل) يعم الوجهين جميعاً ، وهذا يتنازع فيه .

وقد فرق بعض شيوخنا بين الوجهين وقال : إذا ذهب البياض ثم باعها فأجاز البيع ثم علمه أن البياض قد كان ذهب فقال : إنما أجزت البيع لأنى ظننت أنه لم يذهب ، فله بذلك حجة ؛ لأنها بيعت على غير الصفة التى غصبت عليها بخلاف مسألة «الكتاب» إذا كان البياض إنما ذهب عندى المشتري ؛ لأن هذا إنما باعها وبها البياض موجود حين البيع .

وحكى لنا بعض القرويين مثل هذا التفريق عن أبى موسى بن مناس ، والأول أصوب ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إذا تعدى على سلعة رجل فباعها ثم ورثها عنه له نقض البيع ، وإذا تعدى على سلعة رجل فباعها ثم اشتراها من ربها ليس له نقض البيع .

والفرق بين ذلك على مذهب ابن القاسم [فيهما] (٣) : أنه إذا ورثها [فلم] (٤) يجرها إلى نفسه إنما جرها الميراث فدخل مدخل من ورثها عنه فى نقض البيع وأورده ، وإذا اشتراها فهو اجترها فكأنه إنما تحلل صنعة وغرم القيمة الواجبة عليه حسبما [علل] (٥) فى «الكتاب» ، والله أعلم .

(١) فى أ : تغيير .

(٢) فى أ : تعميم فصله .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : فى الإراءة لم .

(٥) فى أ : قال .

قال عبد الحق : إنما قال : (إن الأصواف والألبان يردها الغاصب أو مثلها) وفَرَّقَ [مالك] ^(١) بين ذلك وبين غلة العبيد والدابة ؛ لأن غلة العبيد والدابة متكونة بسببه وفعله والألبان والأصواف ليس [له] ^(٢) فيها فعل إنما هي نامية بأنفسها ، وأيضاً فالأصواف ونحوها متولدة عن الأعيان وكائنة منها فوجب أن يكون لها حكمها وغلة الدابة والعبد ليست بكائنة عنهما ولا متولدة منهما ، فافترق [ق/١٨٨أ] الحكم لهذا ، والله أعلم .

وإنما فَرَّقَ أيضاً بين غلة الرباع وغلة الحيوان على أحد قوليه ؛ لأن الرباع مأمونة فكان غاصبها إنما هو مريد لنفعها فلم يكن له ذلك ، والحيوان الغالب فيه [التلف] ^(٣) فصار التعدي على الأعيان فلم يضمن إلا الأعيان لا ما يكون عنها من غلة ، وإنما فَرَّقَ بين المستعير والمكرى وبين الغاصب فى غرم الكراء ، لأن المستعير والمكترى إنما تعديا على المنافع لا على الرقاب فغرم كراء تلك المنافع والغاصب إنما غصب الأعيان فلم يكن عليه قيمة المنافع ، ولو أنه قصد إلى غصب المنافع خاصة لكان عليه كراؤها على القولين مثل أن يريد دابة يركبها إلى موضع فيأخذها غصباً من رجل أو يسأله فى الكراء منه قياماً فيأخذها غصباً ونحو هذا مما يعلم أنه لم يقصد إلى غصب الرقبة ، وإنما قصد الانتفاع بها [وإردادها] ^(٤) فهذا يلزمه الكراء ويصير كالمستعير والمكترى اللذين إنما تعديا على المنافع فالسؤال إذا حقق مختلف فلذلك فرق ، وإذا اتفق السؤال بأن يكون العداء على المنافع فذلك سواء ، لا فرق بين غاصب ومكترى ومستعير ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : وينبغى فى المستعير والمكترى إذا تعديا بالدابة المسافة وأصابها فذلك عيب يسير فوجب لربها ما نقص العيب أن يسقط من كراء الزيادة على المسافة مقدار ذلك الجزء الذى نقص من قيمة الدابة مثل أن يكون نقصها العيب الخمس

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : وأراد ردها .

فيستقط من كراء الزيادة على المسافة [ما كان] (١) خمسة أو [ربعه] (٢) فيستقط من كراء الزيادة على المسافة ربعه ، وأبى هذا بعض شيوخنا من أهل بلدنا ، وهو صواب عندي فتأمله [ق/٨٤ج] .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا خلط الغاصب قمحاً لرجل بشعير لآخر وكان عديماً فوجب بيع المخلوط عليه وأن يشتري لكل واحد مثل طعامه يقوم القمح غير معيب والشعير غير معيب أيضاً فيعرف كم ذلك فيشتري لكل واحد بما يخصه من الثمن مثل شئيه وما بقى لهما من المكيلة ففي ذمة الغاصب يريد مثل أن تكون قيمة القمح قدر الثلثين وقيمة الشعير ، الثلث فيشتري بثلثي الثمن قمحاً لصاحب القمح وبثلث الثمن شعيراً لصاحب الشعير ، ومن بقى له شيء من كيله تبع الغاصب ما بقى له ، وهى بخلاف إذا اختلط القمح بشعير من غير غذاء هاهنا يقوم القمح معيماً ، فاعلم .

ويجوز بيعه كيلاً وجزافاً ، وليس كصبرة قمح وصبرة شعير على أن كل قفيز بكذا ؛ لأن الصبرتين لا ضرورة في بيع كل واحدة على الانفراد فقد قصد الحصر بجمعهما إياهما ، وهذا المخلوط الضرورة في خلطه أوجبت بيعه كذلك لأن بعضه لا يبين من بعض ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : ما جرى له في أهل الذمة [الحكم] (٣) بينهم في الربا وإن تراضوا يريد [وإن تراضيا] (٤) بأن يمضى ذلك الربا [عليهما] (٥) ، فأما إن تراضيا أن يحكم بينهما بما في شرعنا من ردهما إلى رأس المال وفسخ الأمر بينهما فيحكم بينهما .

تم كتاب الغصب بحمد الله وحسن عونه .

(١) سقط من ج .

(٢) في ج : الربع .

(٣) في أ : لا يحكم .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : بينهما .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الاستحقاق

اعلم أن الأرض المكترة للبناء والغرس إذا استحقها مستحق قبل تمام أمد الكراء وفسخ باقى المدة [واختار] (١) أن يدفع قيمة البناء والغرس [قائماً] (٢) فإنما يدفع قيمته على أنه يقلع إلى وقته ، وكذلك إذا أبى من دفع ذلك وأبى المكترى من دفع قيمة الأرض فوجب أن يكونا شريكين هذا بقيمة الأرض، وهذا بقيمة الغرس أو البناء يكون أيضاً شريكاً بقيمة البناء أو الغرس قائماً على أن يقلع إلى وقته ، وكذلك قال غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا .

قال بعض شيوخنا من القرويين : فى الأرض المستحقة من يد مشتر وقد بنى أو غرس فأبى مما دعيا إليه ، ووجب أن يكونا شريكين بالقيم كما ذكرنا إنما تقوم الأرض براحاً وتقوم الأنقاض لو كانت هكذا فى أرض قائمة كم تساوى ولا تقوم ما زادت الأرض من أجل ما فيها من الأنقاض على مذهب ابن القاسم ، قال : وهو موضع تنازع .

قال بعض القرويين : وإنما يعتبر ما زاد فى هذه المسألة على قول ابن القاسم وليست كمسألة الثوب يصبغه المشتري ثم يستحق هذا ، لا يعتبر فيه ما زاد ، لأن الصبغ ربما زاد [فى] (٣) الثوب وربما نقصه والبناء والغراسة هو زيادة على كل حال ، فإنما يقال : كم قيمة الأرض [ق/١٨٩] براحاً ؟ ثم يقال : كم قيمتها بما فيها من البناء ؟ فيعرف ما زاد فيكون بذلك شريكاً ، والله أعلم .

قال ابن المواز فى الأرض إذا استحقها من يد غاصب فى إبان الزراعة والزرع صغير جداً فرضى المستحق أن يسلم أرضه للغاصب بكرأ مثلها ورضى الغاصب بذلك : إنه لا يحل ويدخله بيع زرع لم يحل مع كراء الأرض ، وذلك أن الزرع

(١) فى أ : فإن اختار .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

لصاحب الأرض يحكم به .

وحكى عن أبى محمد [ابن أبى زيد] (١) أنه قال : لو كان الزرع يتتفع به [الغاصب] (٢) لو قلعه فاستحق الأرض ربها فى إبان الزراعة فرضى هو والغاصب أن يبقياه فى الأرض بكراء مثلها فذلك جائز .

قال عبد الحق : اعلم أن ما جرى من قوله : (يكلف الغاصب القلع إن كان فى إبان الزراعة) إنما يعنى إبان الشيء المزروع فيه لا غيره ، فإذا فات إبان ما يزرع فيها فليس لرب الأرض تكليف الغاصب القلع ، وإن كان يمكنه أن يعمل فيها مقناة أو شيئاً [ما] (٣) غير الذى زرع فيها ، وهذا لأصبع بين ، هكذا فى «المستخرجة» ، وهو معنى ما فى «المدونة» ، وكذلك حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين . واعلم أن إبان الزرع إذا كان قائماً والزرع يتتفع به للمستحق أن يعطى الغاصب قيمته مقلوغاً إن شاء ويأخذه ، وليس دفع القيمة فيه كثيراً له قبل بدو صلاحه لأنه أمر يحكم له به . وكذلك رأيت فى «كتاب ابن المواز» : أن له إن شاء أن يدفع إليه قيمته ويأخذه ، وهو ساقط من بعض الكتب لكنه صحيح على ما ذكرنا ، والله أعلم .

قال عبد الحق : ذكر عن أبى محمد فى مسألة الأخ يكرى ويحابى ثم يطرأ له أخ [أنه قال : قوله] (٤) (يبتدى بالرجوع على أخيه بالمحاباة) (٥) معناه إذا حابا [الأخ فى الكراء] (٦) وهو يعلم أن له أخاً ، وأما إن لم يعلم فلا يجب [له] (٧) أن يرجع بالمحاباة إلا على الساكن .

قال : ويدل على ذلك قول ابن القاسم فىمن اكترى داراً من رجل فهدمها

(١) سقط من ج .

(٢) فى ج : ربه .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) المدونة (٤/١٩٢) .

(٦) سقط من ج .

(٧) سقط من ج .

المكترى فوهب له قيمة الهدم ثم استحقتها ربها ، فقال : إنما للمستحق طلب الجاني دون الواهب ، وكذلك من اشترى عبداً فسرقه منه رجل فهلك بيده فوهب له قيمته ثم استحقه ربه ، وإنما يتبع ربه السارق خاصة دون هذا الواهب ؛ لأنه فعل ما يجوز له ولم يتعد ولا انتفع ، فهذا يدل [على] (١) أن الأخ إذا لم يعلم بأن له أخاً لا يرجع عليه بشيء من المحاباة ويرجع بذلك على المكترى ويكون قول غير ابن القاسم فيه «إذا لم يعلم» وقول ابن القاسم سواء .

وأبى هذا الذى ذكر عن أبى محمد بعض شيوخنا من القرويين ، وقال : على قول ابن القاسم : (سواء علم أو لم يعلم) الجواب واحد ، وهذا القول عندى أشبه بظاهر «الكتاب» ، والمسألان اللتان ذكر مفارقتان لهذه المسألة ، والله أعلم ، فتدبر ذلك .

[والفرق بين ذلك واضح وهو : أن المكترى لم يجب عليه شيء فأسقطه عنه الأخ ، لأنه إنما اشترى على ذلك المسمى الذى فيه المحاباة وبه رضى ، وفى المسألتين اللتين ذكر قد وجب على الهادم والسارق شيء وتعلق بذمته فأسقط عنه من ليس ذلك بيده فلا يتم له شركه له وأسقط عنه مما تعلق بذمته لغيره] (٢) .

اعلم أنه إذا استحق الدار المكتراة قبل تمام الأمد فأجاز المستحق الكراء باقى الأمد وقد نقد المكترى الكراء إنما يدفع للمستحق كراء ذلك إذا كان مأموناً إن كان المستحق قد علم أن المكترى قد نقد الكراء أو كانت سنة الناس النقد ، فقد دخل على أن يأخذ حصاص باقى الأمد ، فأما إن لم يكن ما وصفنا فليس للمستحق أن يتعجل حصة باقى المدة ، ويحمل أنه إنما أجاز ليأخذ بحساب ما سكن المكترى ، فكل ما سكن المكترى شيئاً ودى بحسابه ، وإنما يكون للمكترى الامتناع من دفع حصة باقى الأمد إذا كان المستحق غير مأمون متى كان لو انهدمت الدار لم تسو قيمتها مهدومة مقدار الكراء الذى دفع المكترى ، وأما إن كان قيمتها مهدومة تساوى ذلك فأكثر فلا

(١) زيادة من أ .

(٢) سقط من أ .

كلام له لأن له ذمة [فيدفع] (١) إليه حصة ما فى الأمد ، وهكذا حفظت عن بعض شيوخنا من أهل بلدنا .

قال عبد الحق : وإذا كان المستحق غير مأمون فأبى المكترى من دفع كراء بقية الأمد ، فيقال للمستحق : إن شئت أن تجيز الكراء على أنك لا تأخذ إلا كراء ما يسكن كلما سكن شيئاً أخذت بحسابه وإلا فلك فسخ بقية المدة .

قال عبد الحق : الفرق بين المشتري يهدم الدار ثم يستحق أنه لا يطالب بما نقص الهدم ، وبين المشتري يلبس الثوب فينقصه ثم يستحق أن لربه مطالبته بما نقص اللبس : أن فى اللبس إنما [يوفي] (٢) قيمة ما انتفع به والهدم لا يقع له فيه .

قال ابن المواز : قال مالك فيمن اشترى داراً فهدمها ثم استحقها ربه : أنه لا يكون عليه فى الهدم شيء ، وقال أيضاً مالك فى الثوب يشتره [ق/٨٥جـ] فيتلفه : أنه لذلك ضامن .

قال محمد : صواب كله ، لأن هدم الدار ليس بمتلف ؛ لأنها مما يقدر أن ترد بحالها وأفضل وأصح وأجود ، وكذلك الحلئ يشتره فيكسره ثم يستحقه ربه فلا يكون على هادم الدار شيء ولا على كاسر الحلئ ؛ لأن أصل فعله ليس بتلف ولا خطر ، وقاطع الثوب إنما قطعه قطعاً لا يرجع إلى حالته أبداً ولا يقدر على ذلك فيه ، وكذلك [ذبح الشاة وكاسر العصا] (٣) ، وكذلك [ق/١٩٠أ] الذى بعث الغلام إلى موضع إن تلف فيه لا يرجع أبداً ، وكذلك عندى الذى يركب الدابة وخرج بها أو بعث بها فهو ضامن إن تلف شيء من ذلك .

قال عبد الحق : وإنما فرق بين الأمة يستحقها من يد مشتر وقد افتضاها فنقصها وطؤه ، وبين الثوب يلبسه فى إغرام ما نقص ؛ لأن اللبس ينقص أجزاء الثوب ويتلف عينه وليس الافتضاض كذلك .

(١) فى جـ : فدفعت .

(٢) فى أ : يؤدى .

(٣) فى أ : الذى ذبح الشاة وكسر العصا .

فإن قيل : فلم جعل على المشتري إذا رد الأمة بعيب وقد افتضها أن يرد ما نقص الافتضاض ؟

فالجواب : أن المشتري لو شاء أمسك ورجع بقيمة العيب ، فلما كان مختاراً للرد وجب عليه غرم ما نقص الافتضاض ، وأما في مسألة الاستحقاق ، فإن الأمة تؤخذ من يد المشتري بالجبر ، [فعذر] ^(١) ولم يكن عليه ما نقص ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا : إذا ادعى عبد الحرية ، فاستأجره رجل في عمل ودفع إليه الأجرة ثم أتى سيده يريد : وقد أتلف العبد الأجرة - فلا غرم على الذى استأجره إذا كان ظاهر العبد الحرية لأنه لم يتعد في الدفع إليه ، وكذلك حكى له عن بعض من تقدم من شيوخ بلدنا إلا أنه قال : إن طالت إقامة العبد بالبلد واستفاضت حرته ، وإن لم تطل إقامته فيغرم دافع إلى غير مستحق .

قال عبد الحق : وهذا عندى أقيس والأول أشبه بمذهب «المدونة» قياساً على من مات فأنفذت وصاياه وبيعت تركته ثم استحقت رقبة وقد كان معروفاً بالحرية أو غير معروف .

اعلم أنه إنما رجع في مسألة الذى يشتري السلعة بدنانير وينقد دراهم إذا استحقت السلعة بالدراهم التى أنقذ لا بالدنانير المعقود عليها لأنه لو رجع بالدنانير التى عقد عليها صار كغيره مستأجر لأنه دفع دراهم ارتجع منها دنانير والسلعة لا حكم لها لما استحقت ، وبهذا سمعت غير واحد يعلل المسألة ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : إذا استحق أمة من يد مشتر وقد أولدها فأخذ قيمتها منه على أحد الأقاويل رجع المشتري على البائع بالثمن الذى دفع إليه كله كان أقل مما دفع من القيمة أو أكثر ، لأن أخذ قيمتها كأخذ عينها فلما كان فى أخذ عينها يرجع بالثمن لا نتقاض البيع ، فكذلك القيمة إذ هى عوض عن [قيمتها] ^(٢) .

فإن قيل : أليس المفدى زوجته من بلد الحرب لا يرجع عليها بذلك ؛ لأنه فدا

(١) فى أ : فلذلك .

(٢) فى أ : عينها .

منافعه ، فهلا كان هذا الذى دفع القيمة كذلك ، لأنه كالمتوصل إلى منافعه بالقيمة التى دفع من القيمة أو أكثر لأن أخذ قيمتها كأخذ عينها ، فلما كان فى أخذ عينها يرجع بالثمن لانتفاض البيع ، فكذلك القيمة إذ هى عوض عن نفسها؟

فالجواب : أن هذا مجبور على أن تؤخذ القيمة منه لا اختيار له فى ذلك وهو قد دفع ثمنًا على أنها ملك له لا يثبت عليه غير ما دفع من الثمن فكان البيع [منقوضًا] ^(١) الذى وقع بينه وبين البائع منه لسبب الاستحقاق لما قلنا من أن أخذ القيمة كأخذ عينها ، وأما المفدى زوجته من بلد الحرب فمختار لفداء منافعه فلا يرجع عليها بشيء ، ونحو هذا حفظت عن بعض شيوخنا من أهل بلدنا فيما قدمته .

قال غير واحد من القرويين : قوله : (ما فضل من دية اليد للأب) فى مسألة ولد الأمة المستحقة بقطع يده - إنما يعنى للأب النظر فيه لصغر الولد وليس يعنى يكون للأب ملكًا .

قال لي بعضهم : وفى لفظ المسألة دليل على هذا وهو قول : (إذا قطعت يد الولد فأخذ الأب ديتها ثم ذكر الحكم فى ذلك) فالأب لما أخذ ديتها ؟ ليس ذلك إلا لأن الوليد صغير ، فلهذا قال : (ما فضل من دية اليد للأب) يعنى : النظر فيها كما قدمنا ، و الله أعلم .

قال ابن القاسم فى « المجموعة » : ولو قتل الولد عمدًا فصالح الأب فيه على أقل من الدية فعليه الأقل من ذلك أو من قيمته يوم القتل ، فإن كان ما أخذ أقل من القيمة رجع على القاتل بالأقل من باقى القيمة أو باقى الدية .

وذكر عن أبى محمد أنه قال : ولو عفا الأب عن قاتل ابنه على غير شيء ثم أتى مستحق الأمة فلا شيء له على الأب وللمستحق على القاتل الأقل من قيمة الولد يوم القتل أو الدية ، واحتج بمسألة « المجموعة » التى قدمنا .

وذكر عن ابن شبلون أنه قال : إذا عفا على غير مال ثم قام المستحق فلا شيء له على القاتل بخلاف عفو الأب على مال ، وجعل ذلك كمسألة كتاب الديات فى عفو

(١) فى أ : انتقض .

البنين على غير شيء أنه جائز على البنات ، ولو عفوا على مال اشترك جميعهم فى ذلك ، قال : فكذلك ما قدمنا ؛ لأن القتل للبنين دون البنات كما أن القتل للأب فى مسألتنا خاصة ، فاعلم .

واعلم أن الولد إذا قتل إنما يغرم الأب ما قبض من الدية ، فإن كانت لم تقبض فيأخذ ذلك المستحق منجماً حتى يستوفى الواجب له ، وكذلك إذا ضرب بطن الأمة ولم يأخذ الأب الغرة ، إنما يأخذ المستحق [ق/١٩١أ] عشر القيمة من الغرة كما يأخذ ذلك من الدية إذا قتل كما قدمنا ، فاعلم .

قال عبد الحق : يحتمل أن يكون ابن القاسم إنما قال فىمن استحق داراً وقد بنيت مسجداً : له هدم المسجد . لأنه لو أمر بدفع القيمة زال كونه مسجداً وملك وهو قد بنى لله فكان هدمه وجعل الأنقاض فى غيره أولى ، ففارق ذلك حكم ما بنى للسكنى الذى يقال فيه للمستحق : ادفع قيمة البناء ، فإن أبى قيل للآخر : ادفع قيمة الأرض ؛ ولأنك لو قلت للمستحق : ادفع القيمة فأبى ، لم تستطع أن تجبر الآخر على دفع قيمة الأرض إذ بنى ما قد انبت عن يده وزال ، وإن حكمت بالشركة أيضاً لم يستقم ذلك فكان الأولى هدم هذا المسجد لما وصفنا ، والله أعلم .

ويحتمل أن يكون إنما جعل ذلك ابن القاسم كالعبد يعتقه ثم يستحق من أجل أن العتق قرينة [لله] (١) ، وهذا بنى فى العرصة أيضاً شيئاً لله ، وإن كانت المسألتان [مفترقتين] (٢) لأن العبد المعتق قد استحق عينه والأنقاض التى جعلت لله لم تستحق أعيانها ، بل غيرها هو المستحق .

قال أبو محمد فيما ذكر عنه :

ويجعل النقض إذا هدم فى مسجد آخر ، فإن لم يكن بموضعه مسجد فلينقل ذلك النقض إلى أقرب المساجد إليه ويكون الكراء على [نقله] (٣) منه ، ويجوز لمن

(١) فى أ : إلى الله .

(٢) فى أ : مفترقة .

(٣) فى أ : نقلانه .

أخذه في كرائه ملكه .

[قال أبو محمد : (١) ويحتمل أن يقال : معنى كلام ابن القاسم فيمن اشترى داراً مبنية فهدمها وبنى بنقضها فيها مسجداً ولم يزد فيه على نقضها شيئاً فإنه يكون للمستحق أن يهدمه ويرد القاعة إلى ملكه والنقض ، كما له رد العتق ويرد العبد إلى ما [كان] (٢) عليه من الملك [ق/٨٦ج] ويكون للمستحق إذا هدم المسجد أن يأخذ نقضه مع القاعة باستحقاقه ، ولا شيء له على باني المسجد فيما هدم من الدار لأنه هدمها بوجه شبهة ، ويلزم على هذا أن يقال للمستحق : إذا أبنى [لك] (٣) أن تلزم الباني قيمة النقض منقوضاً ؛ لأنه لما بنى به المسجد فقد أفاته لأنه إذا هدمه لا يتحصل بكماله كما كان أولاً ، فإذا أدى الباني قيمته منقوضاً وهدمه بعد ذلك جعل النقض في مسجد آخر لأنه قد أبانه عن نفسه وجعله لله وإن رضى المستحق أن يأخذ النقض كان له ملكه باستحقاقه ولم يلزم الباني شيء كما ذكرنا ، والله أعلم .

اعلم أنه إنما لم يجز بيع صبرة قمح وصبرة شعير كل قفيز بكذا لما في ذلك من التخاطر بين المتبايعين ، وذلك أن المشتري يطمع أن يكون القمح أكثر فيكون أخذه بسعر الشعير ، والبائع يقول : لعل الشعير أكثر فبعته منه بسعر القمح ، ولو قال : عشرة أقفزة من هذا وعشرة أقفزة من هذا كل قفيز بكذا ، جاز .

قال بعض شيوخنا من القرويين في مسألة من اشترى عبداً فوجد به عيباً فصالح البائع على عبد آخر فاستحق أحد العبدین نقض الثمن على قيمة العبد الأول يوم العقد وقيمة العبد الآخر يوم أخذه لا يوم العقد في العبد الأول إنما ينظر إلى قيمة كل عبد منهما يوم وجب .

قال عبد الحق : قول ابن القاسم في مسألة : (الثوبين يسلمهما في فرس فيستحق أحد الثوبين وهو الأدنى : يرجع بقيمته) يريد بذلك ما يخصه من قيمة

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

الفرس فى صفته إلى أجله هو قيمته كما ذكر ابن المواز لا بقيمة الثوب ؛ لأنه قد قال: وهذا وما بيع يداً بيد سواء ، فكيف ساوى بين ذلك فى تشبيهه ؟

ويحمل عليه أنه [إنما] ^(١) أراد قيمة الثوب المستحق ، هذا لا يصح وإنما تستعمل قيمة المستحق فى مثل الدم العمد والخلع والنكاح ونحو ذلك مما لا ثمن [له] ^(٢) معلوم لعرضه ، وهكذا سمعت غير واحد من أهل [بلدنا] ^(٣) يتأول على كلام ابن القاسم .

تم كتاب الاستحقاق بصد الله وحصن عونه

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من أ .

(٣) سقط من أ .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
 كتاب اللقطة والآبق

قال الرسول عليه السلام للسائل عن اللقطة : « اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشانك بها » (١) فالعفاص : ما فيه اللقطة من خرقه وغيرها ، والوكاء : هو الرباط ، وقيل بعكس هذا ، والذي ذكرنا أصوب ، فإن عرف العفاص والوكاء ولم يعرف عدد الدنانير أو عرف العفاص وعدد الدنانير ولم يعرف الوكاء أو عرف الوكاء ولم يعرف ما سوى ذلك فقد قال أشهب في [كتبه] (٢) : إن ذلك يجزئه إذا حلف ، قال : ولو وصف العفاص والوكاء وأخطأ في ضرب الدنانير لم يعط شيئاً .

وقال محمد بن عبد الحكم : لو أصاب تسعة أعشار الصفة وأخطأ العشر لم يعط إلا في معنى واحد أن يصف عدداً فيصاب أقل ، فإن أشهب يعطيه إياها ، وقال : أخاف أن يكون أغفل فيها ، وقال عليه السلام في ضالة الإبل : « مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها » (٣) ، فقوله عليه السلام : «حذاؤها» يعني : أخفافها ، لأنها لا تبالي حيث وطئت ، و «سقاؤها» [ق/١٩٢أ] يعني : كرشها ، أى أنها ترد الماء وتشرب من غير سقي ، وقال عليه السلام في ضالة الغنم : «هي لك أو لأخيك أو للذئب» ، فقوله : «هي لك» هذه لام التمليك ، فقد جعلها له ملكاً فلذلك لا يضمنها ، لأن من أكل ملكه فلا شيء عليه ، وقد أنزله عليه السلام في أخذه إياها وأكلها بمنزلة الذئب الذي لا يتعلق عليه ضمان ، فإن ذبح الشاة ثم وجدها ربها مذبوحة كان أحق بها ما لم يأكلها ذابحها .

قال عبد الحق : إن قيل : لم إذا أقام شاهداً سيد الآبق يحلف مع الشاهد ويأخذه ، وهو إذا ادعاه ولا شاهد له وصدقه العبد أخذه فما فائدة يمينه مع الشاهد؟

(١) أخرجه مالك (١٤٤٤) والبخاري (٩١) ومسلم (١٧٢٢) من حديث زيد بن خالد الجهني .

(٢) في أ : كتابه .

(٣) تقدم تخريجه .

فالجواب : إن الذى يقيم شاهداً ويحلف يأخذه على جهة الملك ، ألا ترى إن جاء غيره يدعيه وأقام شاهداً ينظر أى الشاهدين أعدل ، وإذا أخذه بدعواه كان صاحب الشاهد أولى منه ، وأيضاً فإن الذى أقام شاهداً فحلف وأخذه لو هلك عنده بأمر من الله لم يضمنه وإذا أخذه بدعوة ضمنه ، وأيضاً فالذى يقيم شاهداً يحلف ويستحقه للوقت من غير استثناء والذى يأخذه بالدعوى لا يأخذه إلا بعد الاستثناء والتلوم باجتهاد الحاكم ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : إنما قال : إن الأبق إذا باعه الإمام ثم أتى سيده بعد ذلك فقال : كنت أعتقه ، أنه لا يصدق ، وإذا كانت أمة ، فقال : كنت أولدتها ، يصدق إن لم يتهم فيها .

ففرق بين المسألتين من أجل أن العتق سبيله أن يتوثق فيه وتشهد هذه عادات الناس فيه ، فلما لم يثبت ذلك اتهم فى مقاله ، وولادة الأمة ليس شأن الناس فيه الإشهاد عليه والإشهار له ، فإذا انتفت التهمة عن السيد صدق [فى ذلك ، والله أعلم] (١) .

إن قيل : أليس العبد الأبق إذا أعتقه [سيده] (٢) عن ظهاره معيياً بالإباق فكيف جاز عتقه إذا علم أنه يوم العتق حياً سالماً من العيوب فالجواب : أن الإباق عيب ليس بتأثير فى الجسم ، وما كان من العيوب ليس بتأثير فى الجسم جاز أن يعتق العبد ونفى به عن واجب ، وما كان تأثيراً فى الجسم فهو الذى لا يجرى فيه العتق ، وهكذا قال لى بعض القرويين .

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا استحق دابة من يد رجل فقال المستحقة من يده : نخرج بها إلى بلد البائع منى ، فوضع قيمتها ومضى بها فهلكت الدابة وضاعت القيمة ، ضمان القيمة من مستحق الدابة؛ لأن الدابة لما هلكت وجبت تلك القيمة له فهي منه ، وهو منصوص لابن القاسم رواه عنه عيسى ، فاعلم .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

وقياسه الثمن فى المواضعة إذا هلك أن ضمانه ممن يجب له، وقد ذهب ذاهب إلى أن القيمة إذا ضاعت ضمانها من الخارج بها إذا هلكت الدابة وعليه القيمة ثانية لمستحق الدابة بخلاف الثمن يهلك فى المواضعة قال : لأن الثمن فى المواضعة قد تراضيا بكونه ثمناً للجارية المبيعة والمستحق فى مسألتنا لم يرض أن تكون [هذه] (١) القيمة ثمناً للدابة قال : وإنما القيمة هاهنا كالرهن الموقوف بيد عدل إذا هلك أنه من ربه .

وليس هذا الذى ذكر مما تفرق به [المسألتان] (٢) ؛ لأن ما أوجبه الحكم عليه وألزمه إياه كمثل ما يوجبه على نفسه ، فقد أخذت القيمة من المستحق من يده الدابة وجعلت للمستحق عوضاً إن طرأ على دابته هلاك فكما إذا هلكت الدابة وسلمت القيمة يأخذها ، فكذلك إذا هلكت الدابة وذهبت القيمة هى منه ؛ لأنه قد ذهب ما يبين لنا أنه مستحقه وليس كالرهن الموقوف ، كما ذكر هذا القائل الذى وصفنا ؛ لأن القيمة هاهنا إنما وقفت ليؤخذ عينها إن هلكت الدابة ، والرهن لم يوقف لتملك عينه وإنما يأخذ حقه من ثمنه أو عينه ويرد باقيه إن زاد على حقه أو يطالب بباقي حقه إن لم يف بدينه ، فالأشبه بالقيمة الثمن فى المواضعة الذى يملك جميعه ، والله أعلم .

قال عبد الحق : قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : تقبل عدالة على عدالة إذا كان الشهود نساء ويقومون مقام الغرباء لقلّة خبرة الرجال [لهن] (٣) ومعرفتهم [منهن] (٤) .

تم كتاب اللقطة والآبق بحمد الله وحسن عونه

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : المسألة .

(٣) فى أ : لهم .

(٤) فى أ : بهم .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب حريم البئر وأحياء الموات

قوله عليه السلام : « لا يمنع فضل الماء ليمنع به الكلاً » (١) هم القوم يفضل عن سقى [ق/١٩٣] مواشيهم الماء فيقضى عليهم [ق/٨٧ج] بإبذاله لعامة الناس ، وذلك لأن الماشية لا تأكل كلاً الأرض إذا لم تجد [ماء] (٢) تشربه فصار منع الماء منعاً للكلاً ، وقال : « لا يمنع نقع بئر ورهو بئر » (٣) .

فقيل : الرهو والنقع : الماء الواقف الذي لا يستقى عليه أو يسقى عليه وفيه فضل .

ومنه قوله تعالى : ﴿ وَأَتْرَكَ الْبَحْرَ رَهْوًا ﴾ (٤) ، والله أعلم .

وقيل في معنى : « لا يمنع نقع بئر » : هو أن يزرع الرجل على بئر [فينهار] (٥) وله جار له بئر فيها فضل فلا يمنع ذلك الفضل .

قال غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا : في البئر بين الجماعة يكتسبها بعضهم ويأبى الآخرون فيكون الذين كتسبوا أحق بما زاد

(١) أخرجه مالك (١٤٢٧) والبخاري (٢٢٢٦) ومسلم (١٥٦٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) سقط من أ .

(٣) أخرجه مالك (١٤٢٨) وعبد الرزاق (١٤٤٩٣) والبيهقي في « الكبرى » (١١٦٢٦) و(١١٦٢٧) من حديث عمرة بنت عبد الرحمن مرسلًا . قال البيهقي : هذا هو المحفوظ مرسل .

وأخرجه أحمد (٢٤٨٥٥) والطبراني في « الأوسط » (٢٦٦) من حديث عمرة عن عائشة - رضي الله عنها - مستندًا .

(٤) سورة الدخان (٢٤) .

(٥) في أ : فتنهار بئره .

الماء من أجل كنسهم [يضم] ^(١) لهم نبع ذلك الماء ، ويسوغ لهم ثمنه ، وإن باعوا بمقدار نفقتهم أو أكثر لم يحاسبوا ، لأن الماء لو غار كان ضمانه منهم وتذهب نفقتهم ، فكذا نفعه لهم ، ولو أدى الشركاء بعد ذلك ما يلزمهم لم يرجعوا على المتفيعين بالماء ولا يحاسبونهم من ذلك بشيء ، والله أعلم .

سئل أبو محمد - رحمه الله - عن رجل له ساقية تجرى بشق أرض رجل فأراد رب الساقية أن يحولها إلى جانب آخر وأبى رب الأرض أو أراد رب الأرض أن يحولها ، وكيف إن لم يكن على الماء ضرر في تحويله وجريه ، أو قربه وبعده وهو في ذلك سواء ؟

فقال : ليس ذلك لواحد منهما إلا برضا صاحبه ، واعتل في ذلك إذا أراد رب الأرض تحويله [في] ^(٢) ناحية أخرى من أرضه ، ولا ضرر على الماء في ذلك أنه يطول الزمان وقد تستحق تلك الناحية التي حول الساقية إليها فيسطل حق هذا في ساقيته .

قال مالك : إذا كانت لرجل أرض فله منع كالأها إن احتاج [إليها] ^(٣) وإلا فليحل بين الناس وبينه .

وقال : لا بأس أن يبيع الرجل خصب أرضه عامه ذلك [إن] ^(٤) بلغ أن يرمى .

قال ابن حبيب : سألت مطرف عن قول مالك في هاتين المسألتين ، فقلت له :

أى خصب يبيع وأى خصب يبيحه للناس إذا استغنى عنه ؟

فقال : أما الخصب الذى يبيعه ويمنع الناس منه وإن لم يحتج إليه فما فى مروحه

وحماه [فيما] ^(٥) ملك من الأرضين ، وأما الذى لا يجوز بيعه ولا منع الناس منه

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : إلى .

(٣) فى أ : إليه .

(٤) فى أ : إذا .

(٥) فى أ : مما .

إلا أن يحتاج إليه فيما سوى المروح والحمى من خصب قد أدبته وفحوص أرضه البور القفار فإنه لا يجوز بيعه ولا منعه إذا لم يحتاج إلى رعيه ويجبر على إباحته للناس إلا أن يكون عليه في [تخلص] (١) الناس إليه بمواشيهم ودوابهم ضرر ، مثل فدان فيه خصب وحواليه زروع فلا يصل إليه إلا بضرر زرعه فله منعهم للضرر وإن لم يحتاج إلى ذلك الخصب .

قال عبد الحق : إذا كانا مشتركين في الماء دون الأرض فلا شفعة فيما بيع من الماء ولا من الأرض ، وإذا كانا مشتركين في الأرض خاصة دون الماء فلا شفعة [له] (٢) في الماء إذا لم يكن بينهما فيه شركة ، فإذا كانا شريكين في الأرض والماء فهنا الشفعة في الأرض والماء فإن وجبت الشفعة في الماء للشركة في الأرض والماء والشركة في الأرض والماء غير متساوية مثل أن يكون أحدهما له الثلث في الماء وله في الأرض النصف ، فقد قال بعض شيوخنا من القرويين : تكون الشفعة بالأقل من نصيبه في الماء وفي الأرض ، وذلك أن الأقل يوازيه مثله من الشيء الآخر وما زاد يصير منفرداً إما أرض بلا ماء أو ماء بلا أرض ، وقد قدمنا أن الشركة إذا كانت في أحدهما فلا شفعة في الماء ، وهذا [صواب] (٣) بين فتأمله .

قال غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا : وإن كان أحدهما قد باع ماءه خاصة ثم باع ماءه خاصة ثم باع صاحبه حصته من الأرض مع مائه فيكون للشريك الذي باع ماءه الشفعة في الأرض دون الماء بقيمتها من قيمة الماء ، وهذا بين ، والله أعلم .

اعلم أن الأراضي خمس :

أرض أخذت عنوة : فلا تباع ولا توهب وإنما تبقى لمنافع المسلمين .

وأرض صلح : فهي لأهلها يصنعون فيها ما أحبوا من بيع أو هبة أو غير ذلك .

وأرض أسلم عليها أهلها : فهي لهم أيضاً ليس لأحد فيها شيء .

(١) في أ : توصل .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : جواب .

وأرض هرب عنها أهلها وتركوها : فهي للإمام يجتهد فيها بما يراه ، وأرض العرب التي كانوا فيها قبل أن يسلموا وبعد ذلك .

قال بعض علمائنا : ويجوز الإحياء فيما بعد من العمران وأطراف الأرض كانت أرض صلح [ق/١٩٤أ] أو عنوة أو أسلم [أهلها عليها] (١) .

قال مطرف وابن الماجشون : وما أحيى الذمي من موات أرض الإسلام في الفيافي والصحارى بغير إذن الإمام فذلك له ، إلا أن يعمر في جزيرة العرب - مكة والمدينة والحجاز كله وأرض اليمن - فيعطى قيمة عمارته ويخرج منها لقول النبي عليه السلام : « لا يبقين دينار بأرض العرب » (٢) ، وما عمر فيما قرب من العمران فإنه يخرج ويعطى قيمة ما عمر منقوضاً لأن الذمي ليس ممن يقطعه الإمام لأن ما قرب من العمران كالفىء ولا حق لأهل الذمة فى الفىء .

قال عبد الحق : ومن أحيى من المسلمين فيما قرب من العمران ، فقد ذهب مطرف وابن الماجشون : أن الإمام ينظر فإن أقره وإلا أعطاه قيمة بنائه أو غرامته منقوضاً لا قائماً .

وقال أصبغ : لا يفعل فيما قرب إلا بإذن الإمام ، فإن فعل أمضيته .

وفى « المجموعة » : قيل لسحنون : ما حد القرب أ يكون اليوم عندك قريباً ؟

فقال : لا واليوم بعيد ، قال : وقد أقطع عمر بن الخطاب للعقيق وهى قرية من المدينة وقد أقام بها الأنصار فى الجاهلية وفى الإسلام وهى دارهم فكانت لمن أقطعها .

تم بحمد الله وحسن عونه .

(١) فى أ : تقديم وتأخير .

(٢) أخرجه مالك (١٥٨٤) وعبد الرازق (٩٩٩٠) والبيهقى فى « الكبرى » (١٨٥٣١) من حديث عمر رضي الله عنه .

وعن عمر : أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لأخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب حتى لا أدع إلا مسلماً » أخرجه مسلم (١٧٦٧) .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الشفعة

روى مالك [- رحمه الله -] (١) أن النبي عليه السلام قال : « الشفعة فيما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود فلا شفعة » (٢) فقلوه : « إذا وقعت الحدود » دليل ألا شفعة إلا فيما فيه الحدود من ريع أو أرض أو عقار ، وفيه حجة على من يقول : إن للجار الشفعة ، لأن الحدود بينهما قائمة ، وقوله : « فيما لم يقسم » ، حجة على من يقول : إن الشفعة للجار أيضاً ، لأنه إنما جعل الشفعة في الشائع الذي لم يقسم فما قسم بخلافه ، وهذا الحديث يقضى على ما يرويه من قوله : « الجار أحق بصقبه » (٣) والصقب : اللصيق ، ونحو هذا من الحديث الذي يذكرون فذلك محمول على مجاورة الشركة لأن الشريك والخليط يسمى جاراً والزوجة تسمى جاراً ، ألا ترى قول الأعشى [لزوجته] (٤) :

أجارتنا بيني فإنك طالقة كذاك أمور الناس غاد وطارقة

فإذا حملت أحاديثهم على مجاورة الشركة كانت الأخبار كلها غير متنافية وصح الجمع بينهما . والله أعلم ، وليس غرضنا التطويل في هذا المعنى فنكثر فيه .

قال عبد الحق : وقوله في الذين بنوا في المسجد يموت أحدهم فيريد ورثته بيع نصيبه : (إن للباقيين الشفعة) معنى هذا أن الميت الباني أوصى أن يملك ما بنى وأبان أنه لم يبنه على طريق [التحبيس] (٥) فأما لو لم يوص بذلك لم يجز للورثة بيعه حسبما قال في كتاب الحبس ، على هذا تحمل المسألة فلا تكون مخالفة لما في كتاب الحبس ، والله أعلم .

وقد يحتمل أن يكون حبسه عليهم ليسكنوه خاصة كالتعمير وليس بحبس موقوف .

(١) في أ : رضي الله عنه .

(٢) أخرجه البخاري (٢١٣٨) من حديث جابر رضي الله عنه .

(٣) أخرجه البخاري (٦٥٧٦) من حديث المسور بن مخرمة رضي الله عنه .

(٤) سقط من ج .

(٥) في أ : الحبس .

قال بعض شيوخنا [ق/٨٨ج-] من القرويين : إنما معنى ما فى كتاب الشفعة

أنه [بنى] ^(١) فى الحبس شيئاً منفرداً بنفسه، ومن [بنى] ^(٢) فى الحبس على هذا السبيل فهو على ملكه حتى يقول : إنه حبس ، ومعنى مسألة كتاب الحبس : بنى شيئاً مخالطاً للحبس غير منفرد بنفسه فهو محمول على أنه قصد [به] ^(٣) أنه يكون حبساً حتى يذكر أنه لم يقصد به الحبس ، وهذا أولى من أن يجعل اختلاف قول ، أو يقال : إنه فى مسألة كتاب الشفعة قد وصى ، لأنه لم يذكر أنه وصى ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا سافر الشفيع بعد وجوب الشفعة له

سفرًا يعلم أنه لا يؤوب منه إلا بعد أمد ينقطع فى مثله شفعة الحاضر لا تكون الشفعة ساقطة بإظهار هذا السفر وخروجه حتى يجاوز الأمد الذى تنقطع إليه الشفعة، وكذلك شرط فى « الكتاب » لأنه قال : سفرًا يعلم أنه لا يؤوب منه إلا بعد أمد تنقطع فيه الشفعة مجاوزة ، وذلك أنه يقول : أنا أوكل من يأخذ بشفعتى ولو فى طريقى فلا حجة عليه حتى يبلغ الأمد المذكور ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا فى الذى ابتاع شقصاً له شفعاء غيبٌ إلا

واحدًا حاضرًا فأخذ الحاضر الجميع ، ثم قدم أصحابه فدخلوا معه فما أخذ : يجب على [أصل] ^(٤) ابن [ق/١٩٥] القاسم أن تكون [عهدته] ^(٥) على المبتاع المأخوذ من يده بالشفعة أولاً وليس صاحبهم كالمشتري فيجعلون عهدتهم عليه ، ولو كان كذلك كان يؤخذ من يده الجميع وهم فإنما يأخذون حصتهم وتبقى له حصته ، وليس كما قال أشهب : إنهم يجعلون عهدتهم إن شاءوا على شريكهم الذى أخذ الجميع لغيبتهم وإن شاءوا جعلوها على المبتاع ، والله أعلم .

(١) فى أ : بنى .

(٢) فى أ : بنى .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : قول .

(٥) فى أ : عهدتهم .

اعلم أنه إذا ابتاع شقصاً وعرضاً في صفقة ، لا يجوز أن يأخذ الشقص بما يخصه إلا بعد المعرفة [بما يخصه] (١) من الثمن ، لئلا يكون كابتداء شراء بئمن مجهول ، فإن فعل من غير معرفة لما يخصه فسخ ذلك ورجع فاستأنف الأخذ على ما يجوز .

قال مالك : ومن وجبت له شفعة فأتى أجنبي فقال : خذها بشفعتك ولك مائة دينار ربحاً أربحك فيها ، لم يجز .

قال أشهب في كتبه : فإن نزل ذلك وأخذ شفيعته وأعطاهها له بذلك وعلم هذا بيينة عادلة فليرد ذلك إلى المشتري الذي أخذ منه الشفيع بالشفعة ثم يكون الشفيع على شفيعته إن أخذ ذلك لنفسه ، وإن لم يثبت ذلك إلا بإقرار الشفيع [أو المشتري منه لم يرد ذلك لأنه إن كان الشفيع] (٢) الذي أقر بذلك اتهم أن يكون أراد فسخ بيع المشتري منه وإن أقر بذلك المشتري من الشفيع اتهم أن يكون ندم فيما اشترى وأراد رده ويأخذ من الشفيع الثمن الذي اشترى به منه .

قال مالك : وليس للشفيع أن يأخذ شفيعته لغيره .

وذكر عن ابن شبلون - رحمه الله - قال : فإن قال رجل أجنبي للشفيع : أنت مستغن عن شفيعتك ولكن خذها لي ، وأعطاه الثمن فأخذها له وهي أرض ولم يعلم بذلك المشتري فبني فيه الرجل وغرس ثم عثر على ذلك .

قال : إن كانت قيمة الأرض أكثر من الثمن الذي أخذها به الرجل رجع المشتري على هذا الرجل فأخذ منه تمام القيمة ، وإن لم يكن فيها فضل مضت الأرض للرجل بالثمن ولا يرجع عليه بشيء .

وقال فيها أبو محمد [بن أبي زيد] (٣) : يرجع الشقص إلى المشتري كان فيه فضل أم لا ، ويكون ما بنى فيه هذا الرجل كمن بنى في أرض بشبهة ثم استحقت

(١) في أ : بحصته .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

من يده ، حكى عن أبي محمد : [أنه] ^(١) إذا قال البائع : بعث الشقص بمائتين ، وقال المشتري : بمائة ، قال : أما إذا تغيرت مساكن الدار فى يد البائع بطول زمان ونحوه ، ولم يتغير بيناء ولا هدم ، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان وإن تغيرت الدار بهدم وهى فى يد البائع ثم اختلفا فى الثمن نظر إلى قيمة الدار مبنية وإلى قيمتها مهدومة ، فإن نقصها الهدم الربيع كان ما نقصها ذلك من المشتري وقيل للبائع : احلف بالله أنك بعثتها بمائتين ، فإذا حلف قيل للمشتري : أنت مخير إن شئت أخذتها بما قال البائع وإلا فاحلف على ما قلت ، فإذا حلف غرم فيما نقصها الهدم ربع الثمن الذى أقر به المشتري وفسخ عنه البيع فيما بقى منها .

وهذه المسألة مثل ما قال ابن عبدوس فيمن اشترى عبداً فقطعت يده عند البائع ثم اختلفا فى الثمن : أنه ينظر فإن نقصه القطع الربيع أحلف البائع على ما قال ثم خير المشتري بين أن يأخذه بما قال البائع وإلا حلف المتاع على ما قال وغرم ربع الثمن الذى أقر به المشتري وفسخ عنه بيع بقيته ، ولو مات العبد بيد البائع صدق المشتري فى الثمن مع يمينه وصار هو المدعى عليه .

قال عبد الحق : اعلم أن ما وقع فى « الكتاب » من قوله : (إذا اشترى شقصاً بألف [درهم] ^(٢) ثم وضع عنه البائع تسع مائة وقيمة الشقص عند الناس مائة ، إن الشفيع يحط التسع مائة) لأن ما أظهر من الثمن إنما كان لقطع الشفعة ، وإن لم يشبه ثمن الشقص مائة فلا يحط الشفيع شيئاً ، وقوله فى موضع آخر : (إن وضع عنه ما يحط فى البيوع وضع عن الشفيع ، وإن كان مالاً يحط مثله فى البيوع فهى هبة لا يحط الشفيع شيئاً) وهذا كله غير مختلف وراجع إلى شيء واحد لأن معنى قوله (إن حط مالاً يحط فى البيوع لا يوضع عنه شيء) يريد : وثمن الشقص أكثر من الباقي بعد الحطيطة ، وأما إن كان ثمن الشقص مثل الباقي من الثمن بعد الحطيطة فأقل فالأمر على ما ذكر أولاً أن إظهارهما جملة الثمن سبب لقطع الشفعة ، فتدبر ذلك . [ق/١٩٦] .

(١) زيادة من أ .

(٢) زيادة من أ .

والخطيطة فى هذا الفصل على ثلاثة أقسام : منها ما يكون هبة للمبتاع لا يحطه الشفيح ، ومنها ما يشبه خطيطة البيع فيحطه الشفيح ، ومنها ما يظهر أنه لقطع الشفعة فيسقطانه فيكون الباقي من الثمن مثل قيمة الشقص ، فهذا يحطه الشفيح لانتهاهما أن يجعلها جملة ما أظهرها سبباً لقطع الشفعة كما بينا ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : قد قيل فى مسألة ابن القاسم : إذا ابتاع شقصاً له شفيح غائب فقاسم شريكه ثم جاء الشفيح ، إنما قال ابن القاسم : ينقض القسم لأنه قاسم من غير حكم ، وأما إذا رفع إلى الحاكم فالقسم ماض ويأخذ الشفيح ما وقع له فى القسم ، والله أعلم .

قال ابن المواز فى كتاب الزكاة : إنما منع [مالك] ^(١) فى الشفعة أن يجعل الإقالة بيعاً [حادداً] ^(٢) لتهمتهما عنده أن يكونا إنما أرادا نقض البيع الأول فراراً من الشفعة فحكم مالك بالشفعة فى البيع الأول الثابت عنده وترك القيلولة للشك فيها .

قال أشهب فى كتاب الشفعة لمحمد : وسواء كان البائع هو المستقيل أو المشتري فلا يأخذ الشفيح شفعة إلا من المشتري وعليه يكتب عهده .

قال محمد : ولو وقف الشفيح على الأخذ أو الترك فسلم شفيعته ثم استقال المشتري وأقاله البائع كان للشفيح أن يأخذ شفيعته من البائع لانقطاع التهمة عنه فصارت الإقالة ها هنا بيعاً من البيوع وصار ذلك مثل ما لو [ق/٨٩ ج] ولاه غيره لكان للشفيح الشفعة على من شاء منهما .

قال أشهب : والقياس عندى إذا استقال البائع المشتري فأقاله من غير زيادة ولا نقصان فى الثمن من قبل أن يسلم الشفيح شفيعته للمشتري أن للشفيح أن يأخذ شفيعته ممن شاء منهما ، ولكن الاستحسان فيه أن لا يكون له شفعة على المشتري كما وجبت عليه ، لأنه يترك فراراً من المشتري ، وأما إن كانت الإقالة منهما بزيادة أو نقصان كان للشفيح الشفعة على أيهما شاء .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : قائماً .

قال أشهب : ولو قال به أحد في الإقالة بلا زيادة ولا نقصان فأعيب ذلك عليه .

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا اشترى شقصاً بيعاً فاسداً فأخذه الشفيع ففات الشقص عند الشفيع فإنه يكون عليه الأقل من قيمته يوم قبضه المشتري أو قيمته يوم قبضه هو لأن أخذه كان فاسداً .

حكى عن أبي محمد في مسألة التولية في البيع فاسداً إذا كان المشتري اشترى على أن أسلف ، قال : وينبغي على قول ابن القاسم إذا فاتت بيد المشتري الأول أن يكون عليه الأقل من قيمتها أو [من] (١) الثمن ، وأما إن فاتت السلعة بيد المولى فانظر فإن كان إنما ولاءه على نحو ما ابتاع هو من البيع والسلف لزم المولى ما يلزم المبتاع الأول وهو الأقل كما ذكرنا ، وإن كان المبتاع الأول إنما قال له : قامت على المائة ، ولم يذكر السلف فولاهها بذلك ، فهانها إذا فاتت بيد المولى نظر إلى قيمتها يوم ابتاعها الأول بلا سلف ، فإن قيل : خمسون ، نظر كم قيمتها بالسلف أيضاً ذلك اليوم ؟

فإن قيل : ستون ، كان على هذا المبتاع الثاني قيمتها يوم قبضها هو من المبتاع الأول إلا أن تكون أقل من خمسين فلا تنقص ، أو تكون أكثر من المائة فلا يغرم [غير المائة] (٢) .

قال لي بعض القرويين : إذا اشترى بمائة على أن أسلف عشرة ، فقال هو : قامت على مائة فأخذها منه المشتري بذلك .

قوله في « الكتاب » : (خير المبتاع في أخذ السلعة أو ردها) يريد : المبتاع الثاني ، فإذا خير فردها إلى المشتري الأول خير الأول بين إسقاط السلف والتمسك بالبيع وإلا رد البيع ، لأن الأول اشترى على أن أسلف والثاني كذب في الثمن لما لم يذكر له المبتاع الأول السلف فإن فاتت عند المشتري قبل أن يعلم بهذا فعليه الأقل من

(١) سقط من ج .

(٢) في أ : إلا مائة .

قيمتها أو [من] (١) المائة ، هذا الذى فى « الكتاب » ، وقول أبى محمد فى قيمة السلعة بالسلف لا تفيد هذه القيمة شيئاً لأنه إنما جعل عليه القيمة إلا أن تكون أقل من قيمتها بلا سلف فلا تنقص أو تكون القيمة أكثر من المائة فلا يغرم غير المائة فصارت القيمة بالسلف ملغاة فهذا معيب من كلام أبى محمد ، وأما باقى كلامه فيمكن أن يرد إلى ما فى « الكتاب » وذلك أن يقال : قوله فى « الكتاب » : (الأقل من القيمة أو الثمن) يريد : ما لم تكن القيمة - إن كانت هى الأقل - تنقص عن القيمة [ق/١٩٧] بلا سلف فلا تنقص من القيمة بلا سلف شيئاً ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : قوله : (إذا كان بينهما أرض [ونخل] (٢)

فاقتسما النخل خاصة لا شفعة لأحدهما فيما باع الآخر من النخل) إنما تصح قسمة النخل دون الأرض إذا قسما النخل على التراضى منهما مع مواضعها من الأرض وتركا ما بين النخل من الأرض شائعاً بينهما [فها هنا] (٣) يصح كون الأرض مشتركة وتكون النخل مقسومة وإلا فلا يصح ذلك ، لأن الأرض لا تقسم إلا مع الأصول ولا يفرد قسم النخل وحدها فى مذهبه ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : ذكر لى عن الشيخ أبى الحسن فيما وقع فى بعض الروايات :

إذا اشتري شقصاً بطعام بعينه وأخذ الشفيع ثم استحق الطعام ، أن الشقص لا يرد ويرجع بمثل الخطيئة .

قال : إنما يعنى أنه استحق طعام المشتري والشفيع لم يدفع بعد شيئاً فها هنا على الشفيع مثل الطعام ويمضى الشقص له ، فجوابه فى غرم المثل على الشفيع ليس على المشتري ، وأما المشتري فإنما عليه قيمة الشقص ، والله أعلم .

[فعلى هذا] (٤) التأويل المسألة جيدة ليس فيها ما ينكر ، فاعلم .

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : فهذا .

(٤) فى أ : فهذا .

قال بعض القرويين : وجه استحسان مالك أن تكون الشفعة فى الثمرة إنما هو منه قياس على العرايا التى جوزت من أجل الرفق وقطع واطلة الرجل بالشفعة فى الثمار مثل هذا ، والله أعلم .

وإنما لم تكن فيها إذا بيعت شفعة لأنها إذا بيعت استغنت عن الأصول فأشبهه ما لو جذت وزايلت الأصول أنها لا شفعة فيها ، وأما ما لم تيسر فهى غير مستغنية عن الأصول فكان لها حكم الأصول ، والله أعلم .

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا اشترى الأرض بزرعها فاستحق رجل نصف الأرض خاصة وأخذ النصف الآخر بالشفعة ، للمشتري أن يمك نصف الزرع وهو ما قابل النصيب المأخوذ بالشفعة ، لأنه لم يتقضى فيه البيع ، لأن الأخذ بالشفعة كالبيع المبتدأ ، لأنه يؤدى فيه ثمنًا وتكون عهده على المشتري ، وهكذا قال لى بعض شيوخنا من القرويين ، وهو بين ، والله أعلم .

وقد ذكر ابن المواز خلاف هذا : أنه إذا أخذ المستحق بالشفعة [انتقض] (١) البيع فى الزرع كله ورد إلى البائع .

وهذا قول فيه نظر ، وكان الذى قدمنا أصوب ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا استحق [رجل] (٢) من يد المشتري نصف ما اشتراه من النخل وقد جذ المشتري الثمر قبل أن يؤبر نظرت فإن كان المشتري قد وقع شراؤه للنخل وفيها ثمرة فإن حصاص الثمرة المجذوة تحسب على المشتري فى النصيب المستحق لبائعه ، وحصاص الثمرة فى النصيب المستشفع إذا أخذه بالشفعة يحسب عليه أيضاً للشفيع ، ففى [النصف] (٣) المستشفع إنما يغرم المستحق ما قابل ما استشفع ويسقط عنه ما ينوب الثمرة التى أخذ المشتري ، وإذا رجع المشتري على بائعه من أجل النصيب المستحق يحسب عليه البائع حصاص الثمرة

(١) فى أ : بطل .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : النصيب .

التي جذ ويعطيه ما يخص الأصول ، فاعلم أن حصاص الثمرة محسوب لهما جميعاً ولو كان المشتري إنما وقع شراؤه للنخل وليس فيها ثمرة فجذها وهي طلع أو اشترى الأصول وفيها طلع ثم جذها بعد الإبار فها هنا في الوجهين جميعاً لا يحاسب بالثمرة ، ولا يحاسبه البائع منه إذا رجع عليه من أجل النصيب المستحق ولا المستحق إذا استشفع جميعاً لا يحاسبانه بها لأنها إن لم يكن فيها شيء فإنما صارت طلغاً بعمله وإن كان فيها طلع وأبرت فقد زادت بعمله وعلاجه ، فإذا [جذها] (١) صارت له غلة ، هكذا حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين في جميع ما [قدمته] (٢) ، قال : ونحوه لأشهب .

وإذا اشترى النخل وفيها طلع ثم باعها وقد أبرت فأكله المشتري الثاني ثم أتى مستحق فاستحق نصف الأصول فإن الثمرة هاهنا ينبغي أن تكون للمستحق ولا تكون للمشتري الأول ولا الثاني ، أما الثاني فلا تكون له لأنها لم تتكون عنده ولا يصح أن يعطاها بحصتها من الثمن فيصير كبيع لها قبل بدو صلاحها ، ولا يصح أن يأخذها ويرجع بالثمن فيصير [ق/ ٩٠ جـ] كبيع لها قبل بدو صلاحها ، ولا يصح أن يأخذها ويرجع بالثمن فيصير أخذ الثمن والثمرة ، ولا يصح أن يدفع إلى المشتري الأول لأنها لم تصر غلة عنده و [ولا تكونت] (٣) بعمله ، فلما بطل كونها للأول وكونها للثاني [ق/ ١٩٨ أ] لما وصفناه كان أقل ذلك أن يكون للمستحق ، والله أعلم .

قال : وفي الموضع الذي يجب على المستحق [غرم] (٤) السقى والعلاج إذا كان البائع من هذا المشتري قد تقدم له أيضاً سقى وعلاج فلا بد أن يغرم ذلك لهما جميعاً إذا لم يكن البائع من هذا المشتري غاصباً .

قال عبد الحق : إذا اشترى نخلاً ولا ثمر فيها غير مأبور ثم [أفلس] (٥)

(١) في أ : أقدها .

(٢) في أ : قدمناه .

(٣) سقط من جـ .

(٤) في أ : عنه .

(٥) في أ : فلس .

المشترى فالبائع أحق [بالأصل] (١) والثمرة [ما لم يجذ الثمرة] (٢) ويأخذها وإن ييست ، وأما فى الشفعة فإنما يأخذها ما لم تيسر ، وأما فى البيع الفاسد وفى الرد بالعيب ففى « كتاب ابن المواز » : أنه إنما يأخذها ما لم تطب ، فإذا طابت فهى غلة للمبتاع ، وأما فى الاستحقاق فاختلف قول ابن القاسم هل له أخذها إن ييست ، ففى « كتاب ابن المواز » : إن ييست أو جذت لم يأخذها وهى غلة للمبتاع ، وفى رواية لأبى زيد عن ابن القاسم : يأخذها ما لم تفارق الأصول .

فهذه خمسة أسئلة التفليس والشفعة والبيع الفاسد والرد بالعيب والاستحقاق أحكامها على ما قدمنا .

ولو كان المشتري إنما اشترى هذه النخل وثمرها قد أبر .

فأما فى الشفعة فيأخذها ما لم تيسر أو تجذ ، [فإذا] (٣) ييست أو جذت أخذ الأصول بالشفعة بحصتها من الثمن [بقيمتها] (٤) من قيمة الثمرة يوم الصفقة لأن الثمرة وقع لها حصة من الثمن .

وأما فى الاستحقاق فيأخذها وإن جذت ، وإن فاتت أغرمه المكيلة إن عرفت أو القيمة إن لم تعرف .

وأما فى الرد بالعيب [وفى البيع الفاسد] (٥) فيأخذها البائع وإن جذت ، وإن فاتت فعلى المشتري مثلها فى البيع الفاسد ، وكذلك إن رد بالعيب ولم يرضه رد المثل أيضاً .

وأما فى التفليس فيأخذها وإن ييست ، فإن فاتت أخذ الأصول بمنابقتها [من الثمرة وحاصل الغرماء بما ينوب الثمرة] (٦) من الثمن ، وقد جعل سحنون قوله فى الرد بالعيب : يرد الثمرة ، وقوله فى الأخذ بالشفعة : يسقط عنه حصاص الثمر ، اختلاف قول .

وقال ابن عبدوس : عندى الرد بالعيب من الأخذ بالشفعة ، لأن الرد بالعيب

(١) فى أ : الأصول .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : فإن .

(٤) فى أ : بحصتها .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من ج .

نقض بيع ، فإن حسب للثمرة حصة صارت مبيعه بلا أصل وفي الشفعة البيع الأول ثابت والشفعة بيع مؤتلف ، فحسن أن تسقط الثمرة بحصتها .

وقال ابن المواز فى الأخذ بالشفعة : قال ابن القاسم مرة : له الثمرة ما لم [تيسس] (١) أو تجذ فإن جذت وهى صغيرة أو كبيرة فلا يأخذها ويحط عن الشفيع [حصتها من] (٢) نصف الثمن ، ورواه عن مالك .

وقال مرة : يأخذها وإن ييسر أو جذت أو يأخذ مثلها إن فاتت وعرف كيلها ، وإن لم يعرف [كيلها] (٣) أو كان جذها صغيرة لم تطب يأخذ فيها بمثل ونقض الثمن عليها وعلى الأصول - ورواه أيضاً عن مالك - إذا كانت يوم الشراء مأبورة أو مزهية .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : قوله : (لا شفعة فى الرحى) معناه : فى الحجر الفوقى وأما [فى الحجر] (٤) فهو من البناء فيها الشفعة كقدر الحمام .

قال عبدالحق : اعلم أنه إذا اشترى نقضاً على القلع ثم اشترى أرضه بعد ذلك فأتى رجل فاستحق الأرض فإنه يأخذ النقض بقيمته مقلوعاً ، لأن المشتري إنما اشترى على القلع لا على البقاء ، والأرض قد خرجت عن ملكه بالاستحقاق فلا سبيل إلى بقاء الأنقاض ، وأما إن اشترى العرصه أولاً ثم [بعد ذلك] (٥) اشترى الأنقاض فالنقض ها هنا إنما اشترى ليبقيه لا ليقلعه ، لأنه أضافه إلى أرضه ، فلما كان ذلك كذلك وجب إذا استحققت العرصه أن يأخذ مستحقها النقض بالقيمة قائماً لا مقلوعاً كما قال لو أحدث المشتري هذا البناء ، فكذلك إذا اشترى ، لأنه زاد فى ثمنه من أجل بقاءه ، إذ [قد] (٦) اشترى ليضيفه إلى أرضه ويبقيه فيها ، فإن أتى رجل فاستحق نصف العرصه خاصة فما هنا إن كان قد اشترى النقض أولاً للقلع ثم

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) زيادة من أ .

(٤) زيادة من أ .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

اشترى العرصة فإنما يأخذ مستحق نصف الأرض ما قابل ما استحق من الأنقاض بقيمتها مقلوعة ، كما إذا استحق [العرصة] ^(١) كلها يأخذ الأنقاض بقيمتها مقلوعة كذلك إذا استحق نصف العرصة يأخذ ما قبل ذلك من الأنقاض بقيمتها مقلوعة ، وأما النصف الآخر الذى لم يستحقه فيأخذه بالثمن لأنه أخذ بشفعة ، وأما إن أتى رجل فاستحق نصف العرصة ونصف النقض فما هنا إنما يأخذ [ق/١٩٩أ] النقض والعرصة بنصف الثمن كالأخذ بالشفعة ، لأنه حصل شريكاً فى الجملة فيأخذ المبيع بالشفعة بالثمن ، هذا الذى استحسن بعض شيوخنا من القرويين وقيده فى هذه الوجوه ، فتأمل ذلك .

قال غير واحد من شيوخنا من القرويين : الفرق بين أن يأخذ الشقص عوضاً

عن دية خطأ وهى ذهب أو ورق : أنه يأخذ الشفيع الشقص بالدية ، وبين أن يأخذ الشقص عن الدية وهى إبل : أنه إنما يأخذ بقيمة الإبل ، بخلاف من اشترى شقصاً بعروض مضمونة ، هذا إنما [يأخذ] ^(٢) الشفيع بمثل [تلك] ^(٣) العروض المضمونة أن الإبل فى الدية غير [محصلة] ^(٤) فى الصفة والعدد وإنما هى أسنان ، فلذلك أخذ بقيمتها وكان الغرر عنده فى القيمة أيسر من الغرر فى المماثلة ، وأما العروض إبلاً أو غيرها إذا لم تكن دية فهى محصلة الصفة مضبوطة ، والدنانير والدرهم كانت دية أو غيرها وهى معلومة محصلة فيأخذ فى ذلك بالمثل ، هذا وجه تفريقه بين ذلك ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا وغيرهم : ويعطى قيمة الإبل [كما] ^(٥)

ذكرنا حالة تقوم كم تساوى على آجالها ثم يكون حالة على الشفيع ، بخلاف إذا أخذ بنفس الدية التى هى ذهب أو ورق ، فاعلم ذلك .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : يأخذها .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : محملة .

(٥) فى أ : فيما .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما لم يكن للمقارض عهدة على رب المال فيما يأخذ بالشفعة لأن رب المال إنما أذن له في جر المنافع إليه ، وهذا ليس فيه منفعة ، لأنه يأخذ سلعة بئمنها سواء ، ثم يكون له عهدة وطلب عليه ، وأما إذا كان الشفيع رب المال فلا عهدة له على المقارض لأن العهدة في الأصل على [المال المقبوض] ^(١) والمال فلصاحب مال القراض فلا عهدة له .

قال بعض القرويين : قوله في مسألة الذي أعر عمرى على عوض : (يرد غلتها) يعنى : يرد كراء مثل الدار ، وأما ما يأخذ من غلة فهى له ، فليس ما قال ابن المواز فى ذلك [خلاقاً] ^(٢) لما فى « المدونة » بل الأمر على ما وصفناه وقد ذكر ابن المواز فى الرابع من البيوع عن ابن القاسم فىمن اكرتارى داراً كراءً فاسداً فىكرىها من غيره كراءً صحیحاً مكانه أن ذلك فوت ولا ینقض الكراء الآخر ويرجع فيه إلى قيمة كراء مثلها ما بلغ لأن الكراء بمنزلة البيع الفاسد وینفذ الكراء الثانى على ما وقع .

قال أصبغ : وهو الشأن والصواب .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى [ق/٩١ ج] الحائط يكون بين دارين لرجلين والحائط خاصة مشترك فباع أحدهما داره بحقوقها فدخل الحائط فى الشراء فلشريكه فيه أن يقوم بالشفعة ، وتقوم الدار بغير اشتراط الحائط وتقوم بالحائط فما ناب الحائط من الثمن أخذ الشفيع بذلك كشيء بيع لا شفعة فيه مع شيء فيه شفعة أن الثمن نقض على ذلك ويأخذ الشفيع بما ينوب ماله الشفعة فيه ويسقط منابه الشيء الآخر ، وهذا بين [فاعلم ذلك] ^(٣) .

اعلم أنه إنما قال ابن القاسم فى مسألة الدارين يشتريهما فى صفقة فيستحق من التى ليست بوجه الصفقة أكثرها : أنه [يرد جميعها] ^(٤) ولم يقل : يرجع

(١) فى أ : المقارض .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : يردها كلها .

بحصاص المستحق فقط ، لأن هذا الاستحقاق قد عاب جميعها لكثرتة وبقي اليسير منها فجرى ذلك فيها مجرى العيب أنه يرد جميعها ويرجع بحصتها ، بخلاف إذا بقيت أكثر المنافع فيها لاستحقاق أقلها ، وهذا الذي حفظت في وجه كلام ابن القاسم .

واعلم أنه إذا استحق في وجه الصفقة من الدارين كثير ليس له التمسك بما بقي كان المستحق جزءاً شائعاً [أو شيئاً] (١) بعينه لأن التقويم ها هنا لا بد منه من أجل الدار الأخرى ، فذلك مجهول فتدبره .

تم كتاب الشفعة بحمد الله وحسن عونه .

(١) سقط من أ .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب القسم

اعلم أنه إنما لم يجمع سهم رجلين فى القسم بالسهم لأن القسم بالسهم فى نفسه إذا أفرد فيه نصيب كل واحد غرر ، وإنما جوز للضرورة إذ كل واحد محتاج إلى تمييز نصيبه ولا ضرورة داعية فى جمع رجلين فأكثر فمنع من ذلك لاتساع الغرر وارتفاع الضرورة وخروج موضع الرخصة عن حده .

واعلم أنه إذا اشترى من رجل عمره فى داره من غير أن يشتري من رقبة البيان شيئاً وإنما يجوز ذلك إذا كان يصل من الممر إلى موضع له كدار له أخرى أو شيء يتتفع به ، فأما إن لم يكن فيه متتفع فلا يجوز هذا الشراء وهو من أكل المال بالباطل .

قال بعض [ق/ ٢٠٠] : شيوخنا من أهل بلدنا : فإن كان يصل منه إلى دار له فكان البيع صحيحاً واستحقت داره فبقى الممر لا [منفعة] (١) له فيه فلا ينتقض البيع فيه لأنه قد وقع جائزاً يوم عقد بيعه .

قال : ولو اشترى طريقاً للممر ورقبة الممر فيه جاز شراؤه ، وإن كان لا يصل منه إلى دار له أخرى أو إلى شيء يتتفع به لأنه لما اشترى الرقبة فقد ملك الموضع وهو يقدر على أن يعمل فيه شيئاً ما من غرس شجرة أو نحو هذا من المنافع ، وإنما سألتنا المتقدمة إذا اشترى الممر دون الرقبة ، فاعلم .

قال ابن عبدوس [: ومسألة] (٢) الحائط فيه ألوان من الثمر : إنما يبدأ فيه القاسم إذا كان من أهل المعرفة بقيمة ذلك الموضع فيقوم النخل نخلة نخلة على ما عرف من حملها فقد تكون شجرة لها منظر وهى قليلة الثمرة وأخرى لا منظر لها وقد عرفت بكثرة الحمل ، فإذا فرغ من القيمة جمعها كلها فيقسمها على قدر السهام يعرف ما ينوب كل سهم ثم يضرب بالسهم على أى [الطرفين] (٣) يبدأ ، فإذا عرف

(١) فى أ : شفعة .

(٢) فى أ : فى مسألة .

(٣) فى أ : الطرفين .

ذلك كتب أسماء الأشراك كل واحد فى رقعة ثم يخلطها فى كفه ثم يخرج رقعة فإذا خرجت أعطى [صاحبها] (١) من الناحية التى وقع عليها السهم [فأعطاه] (٢) شجرة شجرة حتى يكيل له جميع ما صار له فى القيمة ، فإن أتى حقه على تمام شجرة فقد استوفى حقه وأعطى الثانى كذلك ، والثالث حتى ينقضى جميع الحائط ، فإن كان الأول أو الثانى لم يأت حقه على تمام شجرة وبقي له كسر فى القيمة أعطى ذلك من شجرة فيكون شريكاً فيها بقدر ما بقى له ربعها أو ثلثها أو ما كان من الأجزاء وأعطى لمن بعده بقية الشجرة وألف إلى ذلك من الشجر تمام حقه ، على هذا تكون قسمة النخل وإن كان بعضها أفضل من بعض إلا أن يأتى من ذلك أمر متباين جداً فلا يجمع الصنف مع [ما باينه] (٣) من صنفه وقسم هذا على حدة وهذا على حدة .

قال أبو بكر الأبهري فى التفرقة بين سائر الثمار وبين النخل والعنب فى القسم بالخرص : وجه هذا القول أن الخرص لم يجر فيها فيعرف ذلك كما جرى فى النخل والعنب ، إذ قد عرف ذلك فى النخل والعنب ولم يعرف فى سائر الثمار ، ولأن ثمرة النخل والعنب متميزة عن الشجر وورقه يرى ويعاين وليس كذلك سائر الثمار لأنها مختلطة بالورق كلها ولا يتميز منه فافترقا بهذه العلة .

قال عبد الحق : اعلم أن البقل القائم والزرع والبلح الصغير هذه الثلاث مسائل جاءت ألفاظ « الكتاب » فيها مختلفة وهى سواء يجوز القسم فى ذلك كله على التفصيل البين وعلى العدل إذا كان على أن يجر ذلك فى الوقت .

قال عبد الحق : قال لى بعض القرويين : إذا دعا بعض الأشراك إلى قسم الثمرة ودعا الآخرون إلى بقائها وهى مزهية أو بلح كبير ، ذلك مفترق ، وأما إن كانت مزهية فمن دعا [منهم] (٤) إلى [قسمها] (٥) بالخرص فذلك له ، وأما إن كانت

(١) فى أ : لصاحبها .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : ثانيه .

(٤) زيادة من أ .

(٥) فى أ : قسمتها .

بلحاً فمن دعا [منهم]^(١) إلى بقائها كان له ولا يقسم بالحرص إلا عند التراضي .
والفرق بين ذلك : أنها إذا كانت مزهية فالداعي منهم إلى بقاء الثمرة يقدر على ذلك إذا وقع القسم ، وإذا كانت بلحاً لا يقدر الذي أراد البقاء على ما أراده لأن بقاءها إلى الطياب يفسد القسم ، فاعلم ذلك .

اعلم أنهما إذا اقتسما البلح الصغير ثم أكل أحدهما [حظه]^(٢) أو بعضه وأزهى نصيب الآخر انتقضت القسمة ويرد الأكل قيمة ما قبض على الجذ ليس على الرجاء والخوف ، بخلاف من اشترى بلحاً على أن يتركه حتى يطيب فكان البيع فاسداً ثم جذه هذا عليه قيمة ذلك على الرجاء والخوف لأنه على الترك اشترى واللذان تقاسما إنما تقاسما على [الجذ]^(٣) فهذا مختلف ، وإذا اقتسما البلح الصغير ثم تركاه حتى صار بلحاً كبيراً ، فقد قال في « الكتاب » : ينظر إن كانا قد اقتسماه على تفاضل أو كان إذا كبر يتفاضل ، ولو اقتسما هذا البلح الصغير ثم أكل أحدهما حظه وبقي نصيب الآخر حتى صار بلحاً كبيراً فلا ينتقض القسم ، لأن البلح الصغير بالكبير متفاضلاً جائز فلا تفسد القسمة اقتسما أولاً على تفاضل أو غير تفاضل بخلاف مسألة « الكتاب » التي قدمناه ، لأن فيها أنهما تركاه جميعاً حتى صار بلحاً كبيراً [فقد آل]^(٤) الأمر فيها إلى كونها بلحاً كبيراً وهو لا يجوز التفاضل فيه فيفسد القسم [ق/١٢٠] إذا اقتسما أولاً على التفاضل أو كان إذا كبر يتفاضل ، وجميع الوجوه التي [قدمت]^(٥) حفظتها عن بعض شيوخنا من القرويين [فاعلمه]^(٦) وهو كله بين ، والله أعلم .

قال عبد الحق : اعلم أنه إذا باع منه عشرة أثواب فقبضها المبتاع ، ثم قال

(١) زيادة من أ .

(٢) في أ : حصته .

(٣) في أ : أن يجذ .

(٤) في أ : فآل .

(٥) في أ : قدمنا .

(٦) سقط من ج .

البائع : لم أبع إلا تسعة ، وغلطت بالعاشر ، وفاتت الثياب بيد المشتري ، فإنه ينظر فإن كان البائع قد انتقد الثمن لم ينزع منه من يده شيء لحيازته إياه ، ولا بد من رد الثوب العاشر لأنهما لما يتقاررا أنه انعقد [ق/٩٢ج] فيه بينهما بيع ، وإن كان البائع لم ينتقد فإنما يغرم المشتري من الثمن ما يخص التسعة أثواب ويسقط عنه ما ينوب الثوب المختلف فيه ولا بد من رد ذلك الثوب إلى البائع ، وفي « كتاب شرح القسم » لابن عبدوس بيان هذا .

اعلم أن طرثان الوارث على الورثة والغريم على الغرماء سواء في رجوعه على جملتهم ولا يأخذ بعضهم ببعض إذا غاب أو أعدم بعضهم ، وطرثان الموصى له بجزء شائع كطرثان الوارث على ورثة إذا وجد بعضهم معدماً لا يأخذ من كل واحد إلا ما يقع عليه ، وأما إن طراً موصى له بدنانير [له] (١) مسماة على ورثة فهذا إذا وجد بعضهم معدماً رجع على من وجد موسراً بدنانيره ما لم تكن الدنانير أكثر من ثلث ما بيد الذى وجد موسراً ، هكذا قال لى بعض شيوخنا من القرويين ، لأن الذى وجد يقيمه مقام مال الميت بأسره فإنما له ثلثه ، [وإن كان بعضهم غائباً فكذلك] (٢) لجواز أن يكون باقى المال قد ذهب من أيديهم ، فاعلم ذلك .

قال بعض شيوخنا من هل بلدنا : قوله فى [الحافلة] (٣) لتقاسمن إختها : (ترفع إلى الإمام خوفاً من الدلسة فتحنث) يريد بالدلسة أنهم قد يظهروا القسمة ليبرؤها من اليمين فإذا وقع القسم بحكم سلمت من ذلك .

وقال لى غيره من شيوخنا من أهل بلدنا : إنما قال ذلك خوفاً أن يعين فى القسم فيؤدى ذلك إلى نقضه فلا تبر فى يمينها إذا كانت قد حلفت على أمر يفوت كمثل أن تضرب أجلاً أو تحلف ألا تسكن هذه الدار حتى تقاسم ، ونحو هذا من الأمور التى يفوت الأمر فيها ، فأما إذا لم تؤقت ولا كان شيئاً مما وصفنا فهى تقدر

(١) سقط من جـ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : الحافلة ، خطأ .

على المقاسمة في المستقبل إذا كانت قد عينت .

قال عبد الحق : قال أبو محمد [بن أبي زيد] (١) في « كتاب الذب » :

الفرق بين عتق الوالد عبد ابنه الصغير عن نفسه ، وبين صدقته ماله وهبته للناس : أن العتق أدخل به الأب على نفسه تمليك شيء يعجله وهو ملك الولاء وإنفاذه العتق عن نفسه ، فذلك تمليك منه لنفسه مال ولده وله أن يملك مال ولده الصغير بالمعاوضة فأجزنا ذلك وألزمناه القيمة ، وأما الهبة والصدقة فإنما أخرج ذلك من ملك ولده [إلى ملك غيره] (٢) بغير عوض لولده ولا لنفسه عاجلاً ولا آجلاً .

قال لنا بعض شيوخنا من القرويين : الذي تحصل عندي في وجود العيب بعد

القسمة هو أن ينظر فإن كان العيب يسيراً كالربع فأقل رجوع بحصة ذلك ثمنًا ، وإن كان نحو النصف والثلث فيكون بحصة ذلك شريكًا فيما بيد صاحبه ولا ينتقض القسم ، وإن كان فوق النصف فها هنا ينتقض القسم ويظل كله ويسقط ما كان بينهما من التغابن ، وأما في مثل الثلث والنصف مما لم يجد به العيب ولا استحق فمضى فيه القسم والغبن الذي تغابناه ، فهذا الذي يتحصل من ذلك ، والله أعلم .

وقال : الفرق بين العفن من الطعام بالعفن وبين المبلول بالمبلول : أن العفن لا

صنع لهما فيه فلذلك جاز إذا اشتبه في العفن ، والبلل ربما كان من فعلهما ، وهو أيضاً فهو يقدر على تركه إلى جفافه والعفن يبقى كذلك لا يزول عفنه [فالضرر] (٣) فيه أكثر ، والله أعلم .

قال عبد الحق : إنما قال ابن القاسم : فيمن اشترى عبداً فباع نصفه ثم استحق

رجل ربع جميع العبد : إن للمشتري الثاني أيضاً أن يرد ما بيده ، وإن كان على ضرر الشركة دخل لأنه قد يزيد الضرر بدخول شريك آخر ، فهذا وجه قول غير واحد ، [فاعلم] (٤) .

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : إلى غير ملك ولده .

(٣) في أ : فالضرورة .

(٤) في أ : والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين في الجدار الذي هو سترة بين رجلين وهما مشتركان فيه : لا يقتسمان أعلاه ، لأنه قد يقع لأحدهما ما هو قبالة صاحبه فلا يتتفع به وإنما [يبين] (١) كل واحد بنصف جميع الحائط .

وقال في مسألة النخلة والزيتونة بين الرجلين : شرط الاعتدال الذي ذكر يوجب قسم القرعة ، وشرطه للرضا يسقط مراعاة الاعتدال لأن ما تراضيا به جائز على [ق/٢٠٢] أ الاعتدال أو غيره ، لكن قول ابن القاسم ها هنا مطابق لمذهب أشهب الذي يرى أن الصنفين إذا [عدلا] (٢) بالقيمة وتراضيا على قسمهما بالقرعة جائز ، [فهذا] (٣) قول ابن القاسم في هذه المسألة كقول أشهب سواء ، والله أعلم .

وأما مسألة الحائط يكون فيه أنواع من الثمر ، وإنما استحسن هناك جواز القسم لما فيه من الفرق .

قال ابن حبيب في قوله : (إن الزوجة يقسم لها في طرف) ليس يعني أن الزوجة تأخذ أبداً في أحد الطرفين ، وإنما قال ذلك لأن العصبة كوارث واحد مع الزوجة لأنهم أهل سهم ، فيكتب اسم العصبة في بطاقة واسم الزوجة في [بطاقة] (٤) أخرى ثم توضع بطاقة هاهنا وأخرى هاهنا فتأخذ الزوجة أى طرف خرج لها ثم تقسم العصبة سهمهم بعد ذلك ، ولو كان مع العصبة والزوجة [مثل] (٥) من له فريضة مسماة مثل الأم والابنة أقرع بينهم فحيث خرج سهم الزوجة أخذته وإن كان في الوسط .

قال عبد الحق : اعلم أن الفرق بين أخذ النقض في العرصّة المعارة لربها الغائب ، وبين أخذ الشفعة للغائب : أن نقض العرصّة المعارة إن لم يأخذه له فات بالنقض فلا [يأخذه ولا] (٦) يقدر على أخذه [بعد] (٧) ، والشفعة هو يأخذها إذا

(١) في أ : بنى .

(٢) في أ : اعتدلت .

(٤) زيادة من أ .

(٣) في أ : فهذا يدل على .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من ج .

(٧) سقط من ج .

قدم فهو أمر لا يفوت ولو انهدم ما اشترى هو له أخذه فافترقا ، وهذا بين ، فاعلم .
وتفسير القسم بالقلد على ما ذكر ابن حبيب - رحمه الله - هو أن [يأمر]^(١)
الإمام رجلين مأمونين أو يجتمع الورثة على ذلك فيأخذون قدرًا من فخار وشبهها من
الآنية فيثقبان في أسفلها بمتقب يسكانه عندهما ثم يغلقانها ويجعلان تحتها قصرية
ويعدان ما في جرار ، فإذا انصدع الفجر صبا الماء في القدر المعلقة فسال الماء من
الثقب في القصرية التي تحتها فكلما همّ الماء أن ينصب من القدر صبا الماء في القدر
حتى يكون سيل الماء من الثقب معتدلاً ، هكذا النهار كله والليل كله إلى انصداع
الفجر ثم ينحيان القدر ويقسمان ما اجتمع في القصرية على أقلهم سهمًا كميلاً أو وزنًا
ثم يجعلان لكل وارث قدرًا يحمل سهمه من الماء ثم يثقبان كل قدر بالمتقب الذي
ثقبا به القدر الأولى ، فإذا أراد أحد الورثة السقى ملئت قدره ثم علقها وصرف الماء
كله إلى أرضه وسقى ما دام الماء يسيل من قدره ، فإذا استوعبه ثم حقه ، ثم يأخذ
غيره من الورثة فيفعل أيضاً [ذلك]^(٢) ، فإذا تشاحوا في التبدئة استهموا في ذلك
وقاله ابن الماجشون وأصنغ وغيرهما .

تم كتاب القسم بحمد الله وحسن عونه

(١) في أ : يأخذ . خطأ .

(٢) في أ : كذلك .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ كتاب الوصايا الأولى

قال بعض شيوخنا [ق/٩٣ج] من أهل بلدنا : الوصية على ضربين : واجبة ، ومستحبة ، فإن كان عليه حق أو له حق فهي عليه واجبة ، وإن كان ليس له [شيء] ^(١) ولا عليه شيء فهي مستحبة له ، وما جاء في الحديث من أنه لا ينبغي لأحد أن يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة ^(٢) ، معناه : يبيت موعوگا ، فاعلم . اعلم أنه إذا أوصى فقال : [ثلث] ^(٣) رقيقى لفلان ، فإن لفلان ثلثهم بالقرعة ، وليس كالقائل : أثلاث رقيقى أحرار ، لأنه فى الوصية لفلان يصير شريكاً فى كل واحد ومن له جزء فى رقيق وقع نصيبه فى شئ بعينه [عند التقاسم] ^(٤) ، فليس كالعق الذى لا بد أن يكون فى جميعهم إذ لا يستبد بعضهم به [دون بعض] ^(٥) والوصية لهم واحدة ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى مسائل الوصايا : إذا قال : بيعوا عبدى من فلان ، أو اشتروا عبد فلان ، ونحو هذا ، فإنه يزداد فى المشتري وينقص فى المبيع ما بينك وبين ثلث قيمة العبد ، لأن البيوع وجدنا الناس يتغابنون فيها والميت لم يحدد ثمناً فيقتصر عليه ، فوجب من أجل المتعارف من التغابن أن [يقتصر] ^(٦) فى الزيادة والوضيعة على ثلث ذلك الشئ ، لأن الثلث عدل فى الأصول .

واعلم أنهم إذا لم يجدوا من يشتري العبد بما يلزمهم من الوضيعة والثلث يحمل العبد ، فهذا هنا يقطع بثلث العبد وأما إن كان الثلث لا يحمل العبد فهذا هنا يقطع بثلث الميت ولا يقتصر على ثلث العبد .

قال أشهب فى [كتبه] ^(٧) وفى « المجموعة » : وأما إذا قال : بيعوه من فلان ، فعليهم أن يعلموه بالوصية ، لأن الوصية [ق/٣٠٣ أ] هاهنا للمشتري ، فإن باعوه منه بأكثر من ثلثي ثمنه ولم يعلموه بالوصية ، فإنه إذا علم بها يرجع عليهم بما زاد على ثلثي ثمنه . وقال أصبغ فى « الثمانية » : كان ابن القاسم يقول : إذا لم يعلم المشتري بالوصية [حتى] ^(٨) اشتراه بأكثر من ثلثي ثمنه فقد لزمه ولا يرجع بشئ .

(١) سقط من ج .

(٢) أخرجه : البخاري (٢٥٨٧) ومسلم (١٦٢٧) . من حديث ابن عمر رضي الله عنهما .

(٣) فى أ : أثلاث . (٤) فى أ : فى المقاسمة .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى أ : يقتصروا .

(٧) فى أ : كتابه .

(٨) فى ج : حين

وقال أصبغ : وأنا أرى أن يرجع عليهم بثلث الثمن الذى دفعه ، لأن الوصية كانت له فليس للورثة أن يكتموه وصيته ، ولو اشتراه بأكثر من قيمته بكثير ثم علم بالوصية لم يرجع عليهم إلا بثلث قيمته لا بثلث الثمن الذى دفع .

ثم عاد الكلام إلى قول أشهب ، قال وأما إذا قال : بيعوه ممن يعتقه أو ممن أحب فليس على الورثة أن يخبروا المشتري بتلك الوصية ، لأن الوصية هاهنا إنما هى للعبد وليس عليهم أن يضعوا من ثمنه شيئاً ما وجدوا من يشتريه بأكثر من ثلثى ثمنه ، فإن أخذه بأكثر من ثلثى ثمنه ولم يعلم لم يرجع على الورثة بشئ ، ولو بذل لهم فيه ثلثى ثمنه فأكثر لزم الورثة بيعه منه بذلك إذا كان الثلث يحمله .

قال أبو محمد بن أبى زيد فيما ذكر عنه : والذى جرى فى المسألة فى قوله : (بيعوه من فلان أو ممن أحب أو ممن يعتقه) أن الورثة يلزمهم بيعه ممن بذل فيه ثلثى ثمنه ، إنما ذلك إذا كان العبد يحمله الثلث ، وكذلك قال فيها أشهب فى [كتبه] (١) .

قال أشهب : فأما إن كان العبد هو المال كله أو لا يخرج من الثلث فليس على الورثة أن يبيعوه بوضيعة ثلث ثمنه ولا قيمته كله ولو وجدوا من يشتريه بذلك ، ولكن يقال للورثة : إذا لم يحمله الثلث وقد أوصى أن يباع ممن أحب أو ممن يعتقه ولم يسمه إن وجد ثم من يشتريه بوضيعة ثلث ثمنه [فإنهم] (٢) بالخيار فى بيعه بذلك أو يعتقوا منه [ما حمل بتلاً من تركة] (٣) الميت لأن الوصية له .

فأما إن قال : بيعوه من فلان ، فالورثة بالخيار بين بيعه بوضيعة ثلث ثمنه أو يقطعوا لفلان بثلث الميت من كل شئ لأن الوصية له .

قال ابن عبدوس : قال سحنون مثل قول أشهب : إنه ليس للمريض أن يوصى ببيع عبده من أحد إن لم يحمله الثلث وإن لم تكن [له] (٤) فيه محاباة لأن الورثة قد نلكوا الثلثين بعد الموت ، فليس له أن يوصى ببيع ذلك من أحد .

قال أشهب : وكذلك لو لم يملك غير عبد فأوصى بثلثه لرجل وأن يباع منه ثلثاه بقيمتها فلا وصية له فى الثلثين .

قال أشهب : فإن أوصى الميت أن يباع عبده ولم يقل : من فلان ، ولا ممن

(١) فى أ : كتابه .

(٢) فى أ : فأنتم .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من ج .

أحب، ولا ممن يعتقه فإن شاء الورثة باعوه أو تركوه لأنه ليس لأحد فيها حق .

قال بعض القرويين : إذا أوصى أن يباع عبده من رجل سماه ، فإنه يجعل في

الثالث قيمة رقبة العبد ، فإذا حملها الثالث جازت الوصية ، بخلاف أن لو باع عبداً في مرضه وحابى فيه هاهنا إنما يجعل في الثالث المحاباة خاصة ، لأن هذا بتل البيع على نفسه ، وعلى الورثة ، والذي أوصى أن يباع إنما ألزم ذلك الورثة ولم يلزم نفسه ذلك لأنه لو عاش لم يلزمه من ذلك شيء ، وإذا أوصى أن يباع عبده من فلان فكان قيمة العبد ثلاثين ديناراً وأوصى لرجل بعشرة دنانير أو بعشرين وترك من المال سوى العبد ستين ديناراً فوصيته كلها جائزة لأن ثلثه حملها لأن ما وصى به من الدنانير تجعل فيما يأخذه الورثة من الذي أوصى أن يباع منه العبد ، لأن العبد قيمته ثلاثون ديناراً فحط للذي يباع [منه] (١) ثلث قيمته ويؤخذ منه عشرون ، فيجعل ذلك في وصية الميت وذلك بمنزلة أن لو قال : أسكنوا فلاناً دارى سنة وأعطوا فلاناً عشرة دنانير ، فإن كان الثالث حاملاً نفذ ذلك ، وإن ضاق الثالث فإن الورثة يخبرون بين أن يجيزوا وصية الميت على أن يكون لهم مرجع الدار ، [فإن] (٢) أبوا ، قيل لهم : ابروا من ثلث الميت ، فيتخاص فيه الموصى له بالسكنى بقيمة سكناه والموصى له بالعشرة . ولو كان في المسألة التي قبلها إنما ترك الميت خمسين ديناراً فإن الوصية لم يحملها الثالث لأن العبد قيمته ثلاثون ديناراً ، فحينئذ يخبر الورثة بين أن يجيزوا وصية الميت ، فإن أبوا قيل لهم : فابروا من ثلث الميت فيتخاص فيه الموصى له أن يباع منه العبد بعشرة دنانير [ق/ ٢٠٤ أ] لأنها التي تحط عنه من قيمته والموصى له بعشرين أو عشرة بقدر ما أوصى له به .

قال عبد الحق : إذا أوصى بعق جاريته فأبت لم يقبل منها كانت من جوارى

الوطئ أم لا ، بخلاف إذا أوصى ببيعها ممن يعتقها .

والفرق بين ذلك : أن في الوصية بعقها إنما أراد نفسه فلا بد من نفاذ وصيته ،

والذى أوصى ببيعها إنما أراد الثمن ، فلها أن تكره ذلك إذا كانت من جوارى الوطئ ، والله أعلم .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : وإن .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا قال : فلان وصى حتى يقدم فلان ،

فمات فلان في غيبته أو قدم فلم يرض ، أن الموصى له باق على الوصية لا تسقط .

اعلم أن الأب يبيع على الابن الصغير عقاره ولا يعترض عليه ، وليس كالوصى

الذى لا يبيع إلا لنظر أو وجه على حسبما ذكر .

وكذلك الوصى لا يهب ريع الصغير لثواب لأن الهبة للثواب إذا فاتت بيد

الموهوب إنما عليه قيمتها وهو لا يبيع له بالقيمة [ق/ ٩٤ جـ] سواء إذ ليس في هذا

نظر ، وأما الأب فتجوز هبته مال ولده للثواب ، بخلاف الوصى لأن الوصى إنما هو

بسبب الوالد فليس كالأب حقيقة بل هو أضعف حكماً منه .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا في العبد الذى أوصى الميت إليه وفي الورثة

أكابر فوجب البيع للعبد فى الوجه الذى وصف فى « الكتاب » أن وصية العبد بالبيع

مفسوخة .

قال بعض القرويين فى الوصى يؤخر الحالف على القضاء بالدين الذى قبله

والورثة صغار : إنما يجوز تأخير الوصى والورقة صغار : إنما يجوز تأخير الوصى

ويبر الحالف إذا كان ذلك على وجه النظر مثل أن يكون الحالف لا بينة عليه فيخاف

جحوده أو كثير الدين ، فإن قام الوصى يطلبه فلس ولم يقع للأطفال إلا بعض دينهم

وهو إذا أخره إلى أجل رجا أن يقتضى منه جميع دينهم ، فأما إن لم يكن التأخير

لهم حسن نظر وإنما أخر الوصى الحالف من أجل يمينه لثلا يحنت ، وليس للأصاغر

فى ذلك حسن نظر لم يجر ذلك للوصى ولا يبر بذلك الحالف إلا أن يكون التأخير

يسيراً مما يبر فيه الحالف ولا يضر الأطفال ، وإن لم يكن [لهم] (١) فيه منفعة

وليس عليهم فيه ضرر فيبر بذلك الحالف ويكون التأخير مما يختلف فيه فيقال : فيه

حسن نظر ، ويقال : لا نظر لهم فى ذلك فيجوز ويبر بذلك الحالف ، وهذا معنى ما

عند ابن المواز ، وكذلك كان شيوخنا يفسرونه .

اعلم أنه إذا أوصى لأم ولده بعرض من العروض على أن لا تتزوج فدفع إليها

فباعته أو وهبته أو أعتقه - إن كان مما يعتق - ثم تزوجت [فما]^(١) فعلته ماضٍ ويرجع عليها بالقيمة .

مثال ذلك : الزوجة تفعل ما وصفنا فيما أصدقته ثم يطلقها الزوج قبل البناء أن ما فعلته ماضٍ ويرجع عليها بالقيمة ، وكذلك قال بعض القرويين .

وقال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا باعت ذلك ثم تزوجت فليس عليها غير الثمن لأن تصرفها في ذلك قد كان جائزاً بالبيع وغيره ، قال : ولو ضاع [العرض] ^(٢) بأمر من الله لم تضمنه .

اعلم أنه إذا أوصى لعبد نفسه بجزء من نفسه يعتق [العبد]^(٣) فيما بيده من مال ، وإذا أوصى أن يعتق جزء عبده لا يعتق فيما بيده من مال .

والفرق بين ذلك : أن الذى أوصى له ببعض [نفسه ملك بعض نفسه فعتق ذلك البعض ، فأشبه المعتق لشقص أن يستكمل فيه] ^(٤) عتق الباقي ، وإذا كان الميت هو الموصى أن يعتق جزء من العبد فما ملك العبد من نفسه شيئاً فلم يكن كمبتدئ عتق شقص فلم يعتق فيما بيده إذ ذلك فعل غيره ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى مسألة ربيعة فى العبد الذى له امرأة حرة وأولاد أحرار فأوصى سيد العبد لجميعهم بثلث ماله : إن لم يقبل الولد ما أوصى لهم به من أبيهم ولا من المال ، فما كان أوصى لهم به من أبيهم فيعتق ، يريد : على الاختلاف ، قال : وإن قبلوا الوصية من أبيهم ولم يقبلوا المال استكمل عتقه عليهم فى ذلك المال ، وإن كان عليهم دين فالمال فى دينهم ، وأما ما أوصى لهم من أبيهم فالعتق أولى به من دينهم ، فاعلم ذلك .

قال عبد الحق : إنما فرق بين الوصية للعبد بدنانير وبين الوصية له بالثلث لأنه فى الوصية [له] ^(٥) بالثلث يملك ثلث نفسه فيقطع له بذلك عتقاً فى رقبته لأنه لا يجوز له أن يملك بعض نفسه ، وأما فى الوصية له بدنانير فلم يملكه من نفسه شيئاً .

(١) فى أ : إن ما .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : للعبد .

قال سحنون : وإنما ذلك إذا أوصى له بدنانير تكون أقل من الثلث ، فحيثئذ يعطاها العبد ولا يعتق فيها ، فأما لو أوصى له بدنانير أكثر من الثلث لعنتق فيها وكان ذلك [ق/ ٢٠٥ أ] بمنزلة ما لو أوصى له بثلث ماله أو بجزء منه وهذا معنى قول ابن القاسم ، وقال أصبغ مثل قول سحنون .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : معنى قول سحنون : إذا لم يجز الورثة ما زاد على الثلث فالزائد على الثلث يبطل فيصير كمثل ما لو أوصى له بالثلث فيقطع له بذلك عتقاً ، فأما إن أجاز الورثة جميع ما أوصى له به لم يعتق في ذلك وإن كان أكثر من الثلث .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : معنى قوله : إذا قتل الموصى له الموصى خطأ : تكون الوصية في المال دون الدية ، يريد : إذا قتله ومات بالفور ، وأما لو جنى وعرف ما هو فيه كانت الوصية في المال والدية جميعاً كقوله في كتاب الديات : إذا أوصى بوصايا ثم قتل خطأ ومات بالفور أن الوصايا لا تدخل في الدية ، وإن جنى وعرف ما هو فيه دخلت الوصايا في ديته .

اعلم أن المدبر في الصحة إنما وجب [له] (١) أن يدخل فيما علم الميت وما لم يعلم لأنه لم يقصد به مالاً بعينه [إذ] (٢) إنما هو [معتق] (٣) بعد موت السيد فإنما جعله معتقاً في جميع ما تخلفه من المال ، وينبغي أن يكون المدبر في المرض مثل ذلك كما قال ابن المواز لأن العلة التي [وصفها] (٤) تعم المدبر في الصحة والمرض ، وظاهر « المدونة » التفرقة بين المدبر في الصحة والمرض .

قال ابن القاسم : ومن باع في مرضه عبداً وحابى فيه وقيمة العبد الثلث ، وأعتق عبداً له آخر وقيمة المعتق الثلث بدئاً بالمعتق .

وفي كتاب الوصايا الثالث لابن المواز : قال أشهب وعبد الملك : إذا كان عتقه البتل وعطية البتل وقعا معاً بدئاً بالعتق لحرمة على غيره .

وقال أشهب : وليس للمشتري حيثئذ أن يقول : فأنا آخذه بجميع قيمته لأن

(١) سقط من ج .

(٢) في أ : و .

(٣) في أ : معتوق .

(٤) في أ : وصفنا

الميت قد استوفى ثلثه ، وأما إن كان بدأ بأحدهما قبل صاحبه فهو المبدأ ، فإن كانت هى العطية البتل فيجعل ما يؤخذ من باقى ثمنه فى عتق العبد ، ولو لم يكن إلا درهماً واحداً لأنه لم يكن له أن يرجع فيما بتله من عطيته ، فإذا أدخل بعدها ما ينقصها أو ما يحاصه فقد رجع بذلك عن بعضها .

مسألة التبدئة فيما حكمه أن يخرج من الثلث :

أول ما يبدا فى الثلث المدبر فى الصحة ، ولابن القاسم فيه وفى صدق المنكوحه فى المرض ثلاثة أقوال ، فقال مرة : يبدا المدبر ، وقال : يبدا صدق المريض ، وقال : يتحصان ، وجه قوله : يبدا المدبر [فى الصحة] (١) فلأنه وجب له عقد [عتق] (٢) فى حال الصحة وهو حال كان له التصرف فيه فى جميع ماله ، وصدق المنكوحه إنما وجب فى حال المرض الذى هو ممنوع فيه من ثلثى ماله فكان حكم المدبر أقوى لهذا ، والله أعلم .

وأيضاً فالتكاح ابتداءه اختياراً بعد تقدم وجوب التدبير ، فليس له أن يختار فى مرضه إحداث شىء يبطل ما تقدم من عقده أو ينقصه عما وجب له .

ووجه قوله : يبدا صدق المريض ، فلأنه شبه باب معاوضة لأخذ المريض بضع الزوجة وإيجاب الصداق لها ، ومن الناس من يراه كسائر البياعات حقيقة ويجيزه ويجعل الصداق فيه من رأس المال ، وهو إذا صح كان الصداق عليه كالدين عليه فى رأس ماله ، والمدبر إنما [يصير] (٣) إلى الثلث على كل حال فوجب لما قدمنا أن يكون الصداق أقوى ، والله أعلم .

وأما وجه القول الذى [قال] (٤) فيه : يتحصان ، فلما قدمنا من قوة التدبير بتقدم عقده فى الصحة وما بيناه فى وجه القول الأول ولقوة صدق المريض بالأسباب التى [رجحناه بها] (٥) فى القول الآخر فوجب لذلك عنده العدل بينهما

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : مصيره :

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : رجحناها .

والتحاصص، والله أعلم. [ق/٩٥ ج].

ثم بعد هذا الزكاة يفرض فيها ، وإنما ضعف حكمها عما قدمنا لأن وجوبها عليه إنما هو معلوم بقوله ونحن لا ندري أصدق في بقاء الزكاة عليه أم لا ؟ فحكم ما هو معلوم أقوى من شيء لا يعلم إلا من جهته مع أن صدق المريض والتدبير لمعين يقوم [فيه] (١) ويخاصم فحكمه أقوى مما قال : إن المساكين يستحقونه قبله ، والله أعلم .

ثم العتق في الظهار وقتل النفس بعد الزكاة ، ووجه تبدئه الزكاة عليهما : أن فيهما العوض عن العتق عند العدم ، والزكاة لا عوض عنها ولا بد من نفاذها فهي أقوى ، فإذا اجتمع العتق في الظهار وقتل النفس وضاق الثلث [عنهما] (٢) فلم يحمل [سوى] (٣) رقبة واحدة ، فرأيت لأبي العباس الإبياني - رحمه الله - أنه يقرع بينهما ، وهو [ق/٢٠٦ أ] عنده معنى « المدونة » .

وذهب بعض القرويين إلى أنه يحاصص بينهما مما وقع للظهار أطعم به ما وقع للقتل يشارك به في رقبته ، وفي المسألة تنازع كثير .

ثم كفارة اليمين ، ووجه تبدئه العتق في الظهار وقتل النفس عليها : أن كفارة اليمين هو مخير فيها بين العتق والإطعام والكسوة ، والظهار وكفارة [القتل] (٤) هو مقصور فيها على شيء واحد لا ينتقل عنه إلا بالعدم فكان حكمها لهذا أقوى ، والله أعلم .

ثم بعد كفارة اليمين إطعام رمضان وذلك لأن كفارة اليمين واجبة بكتاب الله وكفارة رمضان ليس فيها نص في الكتاب ، فهي أضعف .

ثم بعد إطعام رمضان النذر وذلك لأن إطعام كفارة رمضان وجب بنص السنة وهو إنما يطعم بسبب الفرض والنذر هو اختار إدخاله [على نفسه] (٥) فهو أضعف .

ثم [بعد النذر] (٦) العتق البتل في المرض والتدبير في المرض على مذهب أبي

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : عنهم .

(٣) في أ : إلا .

(٤) في أ : قتل النفس .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من ج .

محمد [ورتبته عند] (١) أبي موسى بن مناس على ما حكى عنه بعد هذا وسنذكر ذلك .

وجه قول أبي محمد : هو أن النذر وجب في حال الصحة وما ذكرنا إنما وجب في حال الحجر في المرض فهو أضعف والله أعلم

والمدير والمعتق في المرض بتلاً إذا ضاق الثلث عنهما تحاصا وهذا إذا كانا في كلمة أو فور واحد ، وأما إن كان أحدهما قبل صاحبه بدئ بالأول .

ثم بعد ذلك الموصى بعته [بعينه] (٢) والموصى أن يشتري فيعتق وهو بعينه أو أوصى أن يعتق إلى أجل قريب كالشهر ونحوه ويعتق على مال فعجله على [قول] (٣) ابن القاسم ، وذلك لأن له الرجوع في هؤلاء الذين وصى بهم ، وما ذكرنا لا يستطيع رجوعاً فيه فهو أقوى .

وإذا اجتمع من وصفنا وضاق الأمر عنهم ، فالحكم فيه التحاصص لأنهم في رتبة واحدة كما قدمنا .

ثم بعد ذلك الموصى أن يعتق إلى أجل كالسنة ونحوها ، ثم الموصى أن يكتب أو يعتق على مال فلم يعجله ، ولو أوصى بعته العبد إلى أجل بعيد كعشر سنين ونحوها تحاص هو والموصى أن يكتب أو يعتق على مال يصيران في درجة متقاربة ، ثم بعد ذلك النذر مثل قوله : لله على أن أطعم ثلاثين مسكيناً ، على ما يذكر عن أبي موسى بن مناس - رحمه الله .

وقد سألت بعض شيوخنا من أهل بلدنا فقلت : لعل كلام أبي محمد إذا وجب النذر في حال الصحة وكلام أبي موسى إذا وجب [النذر] (٤) في حال المرض فيتفق قوليهما ؟ فصوب ذلك .

ثم بعد النذر الوصايا بالعتق بغير عينه وبالمال والحج .

وقد قال : إن العتق بغير عينه يبدأ على الحج فإن اجتمع وصية بمال في عتق

(١) في أ : لا على قول .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : مذهب .

(٤) سقط من ج .

وبمال فى غير عتق وبحج وضاق الثلث عن جميعهم تحاص جميعهم على القول الواحد .

وعلى قوله : (تبدأ الرقبة على الحج إذا اجتمع الثلاثة) ينبغى أن يتحاص جميعهم ثم ينظر ما ناب الحج فتكون الرقبة أولى به إذ لو كانا جميعاً فقط بدت الرقبة ، فكذا فى اجتماع الثلاثة على هذا القول ، فتدبره وقد كنت أفردت الكلام على هذه المسألة بأكثر مما وصفاه ، وفيما ذكرنا كفاية ، وبالله التوفيق ، [وهو حسبنا ونعم الوكيل .

تم كتاب الوصايا الأول بحمد الله وحسن عونه [(١)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلى الله على محمد وآله وسلم

كتاب الوصايا الثاني

إن قال قائل : إذا أوصى [بعق] (١) عبده بعد خدمة سنة أو ستين ولم يحمل [العبد] (٢) الثلث ، إن الورثة إذ لم يجيزوا يعتق محمل الثلث من العبد بتلاً ، وهلا عتق محمل الثلث [منه] (٣) إلى الأجل الذى ذكر السيد ، لأنه إنما أوصى أن يكون عتيقاً إليه فزاد على ثلثه فيطرح الزائد على الثلث ويبقى عتق محمل الثلث إلى الأجل الذى ذكر ؟

فالجواب : إن السيد إنما أراد أن يعتق إلى الأجل جملته ، ولعله رجا أن يجيز الورثة ، فإذا لم يصح له غرضه من عتق الجملة فى الثلث نظرنا ما كان يستطيع الوصية به فقد كان يقدر على [تبطل] (٤) محمل الثلث منه فوجب أن يتل محمل الثلث إذا لم يصح للميت غرضه فى الجملة لكونه مستطيعاً على ذلك ، والله أعلم .

واعلم أنه إذا أوصى لرجل بمائة دينار ولفلان بخدمة عبده حياته ثم هو لفلان - رجل [ق/٢٠٧ أ] آخر - فلم يحمل الثلث يجب على القول الذى لا يرى أن يضرب فى الأعيان ، وأنه إنما يقطع لصاحب الرقبة شائعاً أن يكون للموصى له بالرقبة ثلث الرقبة وثلث سائر التركة ، فما نابه فى الرقبة اختمها المخدم الأمد المشترط له وما نابه فى المال [اشترينا] (٥) به رقبة فاختمها المخدم أيضاً ، فإذا تمت [خدمته فيها] (٦) رجعت إلى صاحب الرقبة ، كذا ينبغى على هذا القول ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : اعلم أن قول ابن القاسم : إذا قال : قد

(١) فى أ : أن يعتق .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى أ : تبطل

(٥) فى أ : اشتريت

(٦) فى أ : الخدمة منهما .

وهبت خدمة عبدى لفلان ، لورثته خدمة العبد ما بقى وليس بهبة للرقبة ، [جيد]^(١)، وذلك أن السيد قد بين ما أراده من كون الخدمة فقط لفلان دون مال [ينوب] ^(٢) عنه ودون أروش الجنائيات ، هذه أبقاها لنفسه وليس ذلك بهبة الرقبة كما قال أشهب .

وعلى مذهب أشهب : إذا أفصح بهبته للخدمة حياة العبد يبيعه ويصنع به ما شاء ، لأنه جعله هبة الرقبة ، وقول ابن القاسم أحسن - والله أعلم - لما ذكرنا من أنه أبقى لنفسه ما وصفنا ، فاعلم .

قال عبد الحق : [فأما] ^(٣) إذا أوصى أن تكرى أرضه من رجل وكان الثلث يحملها فبذلها الورثة للموصى له بحطيطة ثلث الكراء فلم يقبل إلا [أن يحط عنه] ^(٤) أكثر ، فإن الورثة إن لم يكرؤوا منه بما قال قطعوا له بثلث الأرض يزرعها بغير كراء يأخذونه منه ، وإن كانت الأرض لا يحملها الثلث وأبى الورثة أن يكرؤوا منه ويحطوه ثلث كرائها ، فها هنا يقطعوا بثلث الميت شائعاً ، ولو سمى الميت أن تكرى منه بكذا ، فإن الموصى له لا يحط من تلك التسمية شيئاً ، وهكذا قال بعض شيوخنا من القرويين فى جميع ما قدمته .

قال عبد الحق : إذا أوصى بعق عبد وهو لا يخرج مما حضر وله مال غائب يوقف العبد ولا يعتق ثلثه الساعة إن لم يحضر غيره - كما [ذكر] ^(٥) أشهب - أو ما يحمل الثلث منه الآن ، وذلك أنك لو فعلت ذلك إما أن تجعل للورثة الانتفاع والتصرف فيما أخرجت منه الوصية أو تمنعهم من ذلك ، فإن مكنتهم منه لم يستقم ذلك لأنهم يصيروا قد ورثوا قبل إنفاذ الوصية ، وقد بدأ [ق/ ٩٦ ج] الله سبحانه الوصايا على الميراث ، وإن منعهم منه لم يصح أيضاً ، لأنك نَفَذْتَ عليهم الوصية فيما حضر ومنعهم منه فكان [الصواب] ^(٦) إيقاف العبد حتى يجتمع المال

(١) فى أ : حينئذ .

(٢) فى أ : يموت .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : بحطيطة .

(٥) فى أ : قال .

(٦) سقط من أ .

[أولاً] (١) ، والله أعلم .

إذا أقر فى مرضه لأجنبى ولوارث بدين عليه وعليه دين بينة ، فإن الذى له البينة والأجنبى يتحصان فى مال الميت ويسقط إقراره للابن ، ولو لم يكن لأحد دين بينة تحاص فى ماله الأجنبى والمقر له ، والابن وإن لم يترك من الورثة سوى هذا الابن المقر له ، [بخلاف] (٢) أن لو أوصى لأجنبى ولوارث أوصى لكل واحد منهما بمائة دينار فوجد ثلث الميت خمسون ومائة ، فإن الأجنبى هاهنا يأخذ ما أوصى له به وهو مائة ولا يحاصه الوارث بوصيته ، وهذا إذا لم [يترك] (٣) وارثاً غيره ، وإن كان له من الورثة غيره فإن الوارث الموصى له يحاص الأجنبى بوصيته فيصير لكل واحد منهما خمسة وسبعون ديناراً فما صار للأجنبى أسلم إليه وما صار للوارث شاركه فيه جميع الورثة إلا أن يشاؤا أن يسلموا [له] (٤) وصيته .

اعلم أنه إذا أوصى لثلاثة نفر بعشرة عشرة وثلثة عشرة فرد أحدهم وصيته ، قال فى « الكتاب » : (للباقيين ثلثا الثلث وهو قول جميع الرواة) يريد : أن أحدهم رد الوصية بعد موت الموصى ، ولو ردها قبل موت الموصى لكاتب كمسألة آخر [الكتاب، يريد :] (٥) كتاب الوصايا الثانى [فى قوله :] (٦) إذا أوصى لرجل بعشرة ولرجلين بعشرة عشرة وثلثة عشرة فمات أحدهم قبل موت الموصى (٧) ، فيجرى فى ذلك ثلاثة أقوال على حسبما [ذكرنا] (٨) ، فاعلم ذلك .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا فى قول يحيى بن سعيد : (إذا أوصى بثلثة فى السبيل وله ورثة ، أنهم يغزون فيه بالحصص) معناه : أنه يعطى كل إنسان قدر كفايته إن كان غزوه فى البر فعلى قدر كفايته فيه أو فى البحر فعلى قدر كفايته فيه

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : بمثل .

(٣) فى أ : يكن ترك .

(٤) فى أ : إليه .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من ج .

(٧) المدونة (٤/٣٧٨) .

(٨) فى أ : ذكر .

أيضاً ، وإذا ضاق الثلث تحاصوا [أيضاً فيه] (١) ، هكذا على مقدار كفاية كل واحد لا على قدر مواريتهم ، فاعلم .

قال غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا فى الذى يوصى أن يحج

[ق / ٢٠٨ أ] عنه عبد فيأبى السيد أن يأذن للعبد : لا نستأنى فى ذلك كما نستأنى إذا لم يأذن الولى للصبى ؛ لأن الصبى ينتظر إلى وقت يتحصل ويعرف والعبد لا ينتظر إلى وقت معلوم ، وليس أيضاً كالعبد يوصى أن يشتري فيعتق هاهنا ينتظر إذا أبى السيد من بيعه لحرمة العتق ، والله أعلم .

[اعلم] (٢) أنه إذا قال : لفلان خمسة أو سق من غلة حائطه أو بدينار من غلة داره كل سنة ، فمات الموصى له فى نصف السنّة ، [يكون] (٣) له نصف الدينار أو نصف الخمسة أو سق وإن مات فى ثلثها فله ثلث ذلك على هذا المعنى ، وإن أراد الموصى له أن يتعجل الدينار الذى أوصى له به وشاحه الورثة فينبغى أن لا يكون له إلا بحساب ما يمضى من السنّة ككراء الدور والرواحل الذى إنما يستوجب رب [المال] (٤) بقدر ما ينتفع المكترى إذا لم يكن لنقد الكراء سنّة معروفة ، وإن لم يحمل الثلث فى هذه المسألة ولم يجز الورثة قطع بمحمل الثلث شائعاً فى تركة الميت ، [لأنها] (٥) وصية بغلة ، وهكذا حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين فى سائر ما ذكرته .

يريد : ولو جعل هذه الوصية للرجل وعقبه [مؤبدة] (٦) ، هكذا كان ذلك كمسألة المساكين يوصى لهم بغلة جنان تقطع فى الرقبة ، والله أعلم .

فى « كتاب ابن المواز » ، وابن عبد الحكم : وإذا قال : ادفعوا لى ما بقى من غلة العام الأول لثلاث تهلك النخل فى العام الثانى ، نظر السلطان ، فإن كانت النخل

(١) فى أ : أبدأ فيها .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : كان .

(٤) فى أ : الدار .

(٥) فى أ : لأنه .

(٦) فى أ : مؤبداً .

مأمونة لا تخلف كخيبر ونحوها فإنها لا تكاد تخلف فيها هنا لا يوقف له شيء ،
[وإن] (١) كانت من الحوائط التي لا تؤمن حبس قدر ما يخاف عليه من ذلك .

قال بعض شيوخنا : وإن أراد الورثة بيع هذه الجنان التي جعل لرجل كل سنة شيئاً من غلتها لم يجز ذلك ، لأنهم إن [شرطوا] (٢) على المشتري حق الموصى له فذلك غرر ، إذ لا يدرى ما يكون في الحائط من الثمرة ولا ما يبقى بعد إخراج الوصية .

قال : ولو كان إنما أوصى له بما وصفنا أمداً معلوماً ، جاز بيع الورثة إذا كانوا أملياء وضمنوا ذلك وهم ثقات ، والله أعلم .

[قال عبد الحق :] (٣) ذكر ربيعة : إذا قال : إذا تزوج ابني فعبدي حر ، فبلغ النكاح الولد وهو موسر فأبى أن ينكح : إن العبد حر .

قال غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا : ولو بلغ الولد وهو معسر ، لم يعتق العبد حتى يكون للولد [مال] (٤) يتزوج به مثله في حاله قال بعض شيوخنا من القرويين في العبد الموصى بعته : إذا كان له مال اكتسبه قبل الموت ومال اكتسبه بعد موت السيد فإنه ما كان قبل موت السيد يقوم معه على القولين ، وما كان بعد الموت لا يقوم معه على القول الواحد إذا كان الثلث حاملاً له ، لأنه إذا حملة الثلث ، فقد ظهر لنا أن [هذا] (٥) العبد من حين مات السيد واجب حرته ومال الحر تبع له فلا يقوم معه ، وأما إن لم يحمله الثلث فلا بد أن يقوم به لأنه توقف بيده وقد وجبت الشركة فيه .

قال : وأما ثمر النخل فلا يُقَوَّم مع الأصول ، حمل الأصول الثلث أو لم يحملها ، لأن الثمر مما يقسم ويبين فيه كل واحد بحقه ، والمال [هو] (٦) موقوف بيد

(١) في أ : وما .

(٢) في أ : اشتراطوا .

(٣) سقط من جـ .

(٤) في جـ : ما .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

العبد لا يقسم ، والمسألتان مفترقتان ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا أوصى لبنى فلان فذلك على ثلاثة أوجه : إما أن يكون ولد فلان لا يضبطون لكثرتهم ، فذلك لمن حضر القسم بلا [اختلاف] (١) .

أو يكونوا محصلين معروفين فحق من مات قائم [معروف] (٢) بلا اختلاف وهو مقسوم بالسواء بينهم .

أو يكونوا محصلون بعد مشقة في ذلك ، فهذا موضع الاختلاف ، فاعلم ذلك **قال غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا :** إذا أوصى المريض بأكثر من ثلثه ، فأجاز له ذلك ورثته من غير أن يستأذنهم ، ثم لما مات رجعوا [في ذلك] (٣) مثل ما لو استأذنهم من دان في عياله ومن يخاف منع رفته ، لهم أن يرجعوا ، وذلك أنهم يقولون : بادرنا للإجازة لتطيب نفسه وخشنا إن لم نبادر منعنا رفته ، فلهم بذلك حجة ومقال ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : [إنما قال] (٤) في إقرار الوارث بدين على أبيه أو وديعة قبل قيام الغرماء عليه : (إن المقر له يحلف ، وإذا أقر على نفسه بذلك قبل قيام الغرماء ليس على المقر له يمين) لأن المقر على نفسه ساوى بين المقر له وبين الغرماء ، والآخر جعل المقر له مقدماً على غرماء نفسه فكان أقوى في وجوب اليمين .
فإن قيل : فإنه إذا أقر على نفسه بوديعة [ق/٢٠٩ أ] هي مقدمة على دين الغرماء وليس في هذا يمين .

قيل : هذا وإن أقر على نفسه فالوديعة إذا لم توجد وجب الحصاص بها كالدين ، والآخر مقر بشئ مقدم على كل حال [فيفترقان] (٥) لهذا ، والله أعلم .

تم كتاب الوصايا الثاني بحمد الله وحسن عونه .

(١) في أ : خلاف .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : فترقا .

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

وصلی الله علی محمد وآله وسلم

كتاب الحبس والصدقة

قال بعض شیوخنا من القرویین : لا فرق بین مسألة الفرس یخبث ولا بین الثیاب إذا اختلفت ، ویبان ذلك [أنه] ^(١) [ق/٩٧ ج] إذا لم یوجد ثیاب یشترى بها ووجد أن یشارك [بها] ^(٢) فیها فی ثوب فعل ذلك كما یفعل فی ثمن الفرس إذا لم یبلغ فرساً أعان به فی فرس ، وإذا لم یوجد فی المسألتین ذلك تصدق بالثمن وإنما فرق بینهما فی « الكتاب » لافتراق السؤال ، فتكلم فی مسألة الثیاب إذا لم یجد [من] ^(٣) یشارك وفی مسألة الفرس إذا وجد [من یشارك] ^(٤) وأما عند وجود ذلك أو عدمه فی المسألتین فالجواب متفق ، والله أعلم .

قال ابن الجهم : إنما لا تباع الدار المحبسة إذا خربت ، لأن عرضتها تبقى إذا خربت فتجد من بینها ویحتسب به فی إجارته ویؤاجر سنین فینفق علیها إجارته فأما إذا حطم الفرس فلا یرجع كالذی كان أبداً ، فلذلك یباع ویشترى غیره .

قال بعض القرویین : وحديث عمر - رضی الله عنه - فی الفرس الذی حمل علیه فخبث فبیع فنهاه النبی علیه السلام عن شرائه ولم ینه غیره ^(٥) ، لیس مما یتدل به علی جواز بیع الفرس المحبس إذا خبث ، لأن عمر - رضی الله عنه - حمل علیه رجلاً وملکه إياه ، فإنما باع الرجل [ملکه] ^(٦) ومالاً من ماله ، فلیس هذا من مسألة الحبس فی شیء .

[قال عبد الحق :] ^(٧) قال بعض شیوخنا من القرویین : مسألتنا الفرس

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) فی أ : أن .

(٤) زیادة من أ .

(٥) أخرجه : البخاری (٢٨٠٩) ومسلم (١٦٢١) من حديث ابن عمر رضی الله عنهما .

(٦) فی أ : ملكاً .

(٧) سقط من ج .

المشترط نفقتها أمداً معلوماً على قابضه على حسب نصها في « الكتاب » هما غير مفترقتي الجواب .

وذكر عن أبي محمد - رحمه الله - أنه [قال :] (١) على ذلك كان يحملها وجمع بينهما في كتابه ، وقال : يكون الفرس فيهما بعد الأجل ملكاً .

وقال غير أبي محمد : معناهما مفترق ، لأن المسألة الأولى ذكر فيها تحبب الفرس فينبغي أن يكون الفرس بعد الأجل حبساً على المعطى لا ملكاً ، والمسألة الثانية لم يذكر فيها تحبب الفرس فينبغي أن يكون الفرس بعد الأجل ملكاً للمعطى .

[قال : وكيف يكون الفرس في المسألة الأولى ملكاً للمعطى] (٢) وقد ذكر فيها ابن القاسم أنه يأخذه بعد الأجل بغير قيمة ، وأمره لا يعدوا أن يكون كراءً فاسداً أو بيعاً فاسداً ، فإن كان كراءً فاسداً فكيف أمضاه له بعد الأجل ولم يفسخه ؟ وإن كان بيعاً فاسداً فكيف يأخذه [ملكاً] (٣) بغير قيمة ؟ .

هذا لا يستقيم ولكنه يكون بيده بعد السنة حبساً كما شرط به ، ويرجع هذا المعطى على رب الفرس بما أنفق عليه في السنة ، وافتراق المسألتين في « الكتاب » بين ، لأنه استشهد بالأولى على معنى غير الذى استشهد عليه بالثانية ، وذلك أنه لما سئل في « الكتاب » عن حبس داره على رجل وولد وولده ولده واشترط على المحبس عليه أن ما احتاجت إليه الدار من مرمة فعلى المحبس عليه أن ينفق في مرمتها من ماله .

فقال : لا يصلح ذلك [وهو] (٤) كراء فاسد وليس بحبس ، ثم استشهد بقول مالك في الفرس في المسألة الأولى .

ولما سئل في « الكتاب » عن وهب لرجل نخلاً وشرط لنفسه ثمرتها عشر سنين [فقال : إن كان سلم النخل للموهوب له بسقيها قبال نفسه وشرط لنفسه ثمرتها عشر سنين] (٥) لم يصلح لأنه كأنه قال له : اسقها إلى عشر سنين ثم هي لك ، ثم

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : وهذا .

(٥) سقط من ج .

استشهد بمسألة الفرس الثانية ، فبان بذلك افتراق المسألتين في معناهما ، وأن الأولى يرجع الفرس فيها إلى التحبيس والثانية مرجعه فيها إلى الملك ، والله أعلم .

وذكر مثل هذا عن الشيخ أبي الحسن أن المسألتين مفترقتين .

قال أبو الحسن في مسألة [الفرس] (١) الأولى : فإن أدرك قبل تمام السنة خير المحبس فإن نفذ التحبيس وأسقط الشرط جاز ذلك ، وإن أبى من ذلك فكما جرى في « الكتاب » يأخذ فرسه ويدفع ما أنفق على الفرس ، وإن أسقط الشرط وأنفذ التحبيس فليدفع أيضاً ما أنفق على الفرس من أجل أن النفقة كانت على الفرس بشرط [المحبس] (٢) أن يوقف سنة ، ويعلف فيها ، ثم بعد ذلك يتم الحبس ، ألا ترى [إلى] (٣) قول مالك (٤) : رأيت إن هلك [الفرس] (٥) قبل السنة كيف يصنع ، أيذهب علفه باطلاً ؟

وأما إن لم يدرك حتى فات الأجل فقد فات بالتحبيس الذي لا [ق / ٢١٠ أ] شرط فيه ، فلا بد أن يغرم المحبس علف الفرس في السنة ، وهو وجه قول مالك ، والله أعلم .

وإنما لم يجعل على المحبس عليه قيمة الفرس إذا فات الأجل من قبل أن الفوت ، إنما وقع من قبل المحبس [بخلاف العبد يشتره على أنه مدبر لأن العبد] (٦) المدبر إنما وقع فوته من قبل المشتري ، وإنما شبههما في نفس الفوت ، فالعبد بنفس الشراء يكون مدبراً والفرس بتمام الأجل يكون حبساً .

وقال الشيخ أبو الحسن في المسألة الثانية : وجه القول في دفع هذا الفرس أنه دفع على أن المدفوع إليه يغزو عليه سنتين أو ثلاث يكون ثواب عمل الفرس في الغزو للدافع والمدفوع إليه ينفق [على الفرس] (٧) ، ثم الفرس للمدفع إليه [بعد

(١) سقط من ج .

(٢) في أ : الحبس .

(٣) سقط من أ .

(٤) المدونة (٤ / ٤٢٤) .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من ج .

(٧) في أ : عليه .

ذلك^(١) بتلاً ، فصارت النفقة فى الأجل ثمن الفرس وشرط البيع إنما وقع بعد حلول الأجل ، فهذا إن أدرك قبل الأجل فالدافع بالخيار إن شاء أن يمضى عطيته بلا شرط ويدفع ما أنفق عليه ، وإن أبى ارتجع فرسه وغرم ما أنفق عليه ، وإن لم يعلم بذلك حتى مضى الأجل فإن [لم يتغير]^(٢) الفرس بحوالة سوق أو غير ذلك فسخ البيع ، لأنه الآن صار بيعاً فاسداً فلا بد من فسخه ورده وغرم ما أنفق عليه ، وإن فات بشئ من وجوه الفوت غرم القابض قيمة الفرس حين حلّ الأجل ، لأنه من ذلك [الحين]^(٣) ضمنه ونفذ إلى القابض ، فإن كان إنما قبضه على أن يغزو عليه بنفسه عن الدافع فله أن يرجع على الدافع بأجرة مثله إن كان قد غزا عنه ، وإن كان إنما يغزو لنفسه إلا أن أجر الفرس للدافع فقد انتفع القابض بركوب الفرس فعليه أجره فيما ركبه .

وهذا كله فيما كان قبل حلول الأجل ، وأما إذا حل الأجل فالأجرة ساقطة ، لأنه قد ضمن الفرس ، هذا مذهب الشيخ أبى الحسن فى المسألتين على ما حكى عنه بعض القرويين .

قال يحيى بن عمر فى الدار [المشترط] ^(٤) مرمتها على المحبس عليه : إن ذلك إذا وقع مضى الحبس وسكن المحبس عليه ، فإن احتاجت إلى مرمة أخرجناه منها وأكريناها من غيره بقدر مرمتها فإذا رمت وانقضى أجل الكراء رجع فسكن ، إلا أن يقول المحبس عليه : أنا أسكن وأرم بقدر ما تكرى من غيرى ، فذلك له ولا يخرج ، وكذلك إن احتاجت بعد ذلك فهو على ما فسرنا وهذا معنى ما فى « المدونة » إلا أن هذا أقيس .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإذا رم وبني فى هذه الدار المشترط عليه مرمتها أعطى ما أنفق ولا يعطى قيمة ذلك [منقوضاً] ^(٥) ، ولو قيل له فيها : خذها على هذا وعلى أن تبني فى موضع منها بناءً كبيراً ، فهاهنا أيضاً إنما يعطى ما أنفق ولا يكون له قيمة ذلك منقوضاً بخلاف مسألة كتاب العارية ، إذا أعطى لرجل

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : يكن تغير .

(٣) فى أ : اليوم .

(٤) فى أ : الذى اشترط .

(٥) فى أ : مقلوعاً .

أرضه [ليبنى] (١) فيها ويسكن ما بدا له ثم يخرج ويدع البناء لرب الأرض ، هذا إذا نزل فاسداً على ما قلنا يعطى قيمة ما بنى منقوضاً لأن هذا إنما بنى لنفسه ليتنفع ومن قدمنا لم يبن لنفسه ، إنما بنى لرب الدار .

فإن قيل : فإنه فى المسألة الأولى إنما رمّ لنفسه ليتنفع .

قيل : هو فى بنائه وإصلاحه المرمّة التى شرطت عليه إنما بنى شيئاً يسيراً فلم يكن كالبانى لنفسه لقلّة النفع فى ذلك كما قلنا ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا وهب لابنه الصغير داراً وأشهد ولم تشهد البينة أنها خالية فارغة ، نظرت فإن كانت الدار [هذه] (٢) معروفة بسكنى الأب [فهو على ذلك] (٣) ولا تتم فيها الهبة حتى يثبت أنه أخلاها ، وإن لم تعرف بسكناه فهى على أنها خالية سالمة من شواغله حتى يعلم غير ذلك ، فاعلم .

وقال فيمن حبس عليهم حائط فكانوا يلونه ويسقونه فمات أحدهم قبل طياب الثمرة وقد تقدمت [ق/٩٨ ج] له نفقة : إن لورثة الميت الرجوع بالنفقة ، لأن أصحابه قد انتفعوا بنفقتهم ، وهو مات قبل أن يجب له الحق فى الثمرة ؛ لكن يستأنى حتى تطيب الثمرة فيرجع الورثة بالأقل من نفقة الميت التى أنفق أو مما ينوبه من الثمرة بعد محاسبته بنفقتهم ، وكذلك لو حبس عليه خاصة فمات قبل الطياب ، لورثته الرجوع على المحبس بما قدمنا ، ولو اجتاحت الثمرة لم يكن للورثة شئ .

وقال لى بعض شيوخنا من القرويين : إذا تقدمت [ق/٢١١ أ] للميت نفقة

فعلى أصحابه غرمها .

قلت : فهل يترقب إلى الطياب وينظر فى نصيبه من الثمرة فيعطى الأقل من حصته منها أو نفقته ؟

فأبى ذلك وقال : هو كالأستحقاق وأن المستحق للأصل إذا أخذه غرم السقى

والعلاج .

(١) فى أ : على أن يبنى .

(٢) زيادة من أ .

(٣) فى أ : فعلى ما ذكرنا .

واعلم أن الميت إذا مات بعد طيب الثمرة [فنصيبه]^(١) لورثته بلا اختلاف كانوا يسقون الثمرة ويلونها أو لا يلونها ، وإنما تقسم عليهم [غلتها]^(٢) وإنما الخلاف إذا مات قبل الطيان ، ولو كان إنما حبس عليهم مكيلة معلومة من الثمرة وما فضل يكون له فمات أحدهم قبل الطياب لم يكن هاهنا اختلاف أن نصيب الميت راجع إلى المحبس ، وإنما القولان إذا كانت جملة الثمرة لهم لا يرجع منها إلى المحبس شيء ، فاعلم ذلك .

وذكر بعض القرويين عن أبي محمد - رحمه الله - فيمن باع بيعاً فاسداً فقبض ذلك المبتاع ثم [وهب ذلك]^(٣) البائع لأجنبي قبل أن يحول سوقه بيد المبتاع فلم يقبض ذلك الموهوب حتى حالت أسواقه بيد المبتاع .

قال : ليس للموهوب فيه شيء ولا في قيمته ، وقاله أبو محمد مرة ثم رجع عنه وقال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : هو للموهوب له ، لأن الهبة وقعت في حال يجب رد ذلك الشيء إلى [ربه]^(٤) البائع ، فهبة البائع له فوت ، لأنه قد نقله بها عن ملكه والهبة قد لزمته بثبوتها بالإشهاد فلا يراعى فوت ذلك الشيء [بيد المشتري]^(٥) قبل قبض الموهوب ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا في مسألة : من أخدم عبداً ثم وهبه : إنما يكون قبض المخدم قبضاً للموهوب إذا علم ورضى أن يكون جائزاً للموهوب كما قال إذا رهن فضلة الرهن : أنه لا يكون الذي هو بيده جائزاً حتى يعلم ويرضى بذلك ، فاعلم .

وقال في الدين إذا وهبه ولم يدفع للموهوب ذلك الحق : فلا تصح هذه الهبة إذا مات الواهب كالدار المغلقة إذا لم يعطه مفتاحها حتى مات الواهب لها : أنه لا يصح

(١) في أ : فنصيب الميت .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : وهبه البائع .

(٤) زيادة من أ .

(٥) في أ : عند المبتاع .

للموهوب له [شىء] (١) وإن أشهد له .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا وهب عبداً قد رهنه وكان الدين عروضاً مؤجلة لا يجبر المرتهن على أخذهما وإنما يلزمه أخذ حقه ، ويعجل [له] (٢) إذا كان عيناً ، فإذا لم يجبر فيما وصفنا بقى العبد بيده رهناً آخر .

قال : ولو أعتقه قبل الأجل والحق عروض ، فهذا فيه نظر وتوقف فى جبره على قبضها لحرمة العتق .

تم كتاب الحبس والصدقة بحمد الله وحسن عونه

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ كتاب الهبات

قال الله - عز وجل - لنبية - [عليه السلام] (١): ﴿ وَلَا تَمَنَّ أَنْ تَمُنَّ تَسْتَكْثِرُ ﴾ (٢) وذلك أن يهدى ليهدى له أكثر منه فمَنع من ذلك ﷺ وأبيح لأُمَّته [ﷺ] (٣) ذلك وإباحة ذلك في قوله عز وجل ﴿ وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبِّاً لِيَرْبُوَ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُوَ عِنْدَ اللَّهِ وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ ﴾ (٤).

قال ابن [عباس] (٥) وغيره : هو ما يعطى الناس بينهم بعضهم بعضاً ، يعطى الرجل العطية يريد أن يعطى أكثر منها .

قال ابن الجهم : منع من ذلك النبي - عليه السلام - إذ كان الزائد للمهدى يدخل في معنى الصدقة وهي لا تحل لرسول الله ﷺ وحلال لسائر [الأمة] (٦) فقال عز وجل : ﴿ وَلَا تَمَنَّ أَنْ تَمُنَّ تَسْتَكْثِرُ ﴾ (٧) وقال لسائر المؤمنين :

﴿ وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبِّاً لِيَرْبُوَ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُوَ عِنْدَ اللَّهِ ﴾ (٨) ولم يذموا بهذا الربا ولم يحرم عليهم ، وقال فيما ابتغى به وجه الله : ﴿ وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ ﴾ (٩) ، يعنى بالزكاة أى الصدقة التى يزكيكم الله بها أى يطهركم .

(١) فى أ : ﷺ .

(٢) سورة المدثر (٦) .

(٣) زيادة من أ .

(٤) سورة الروم (٣٩) .

(٥) فى أ : عبدوس .

(٦) فى ج : العامة .

(٧) سورة المدثر (٦) .

(٨) سورة الروم (٣٩) .

(٩) سورة الروم (٣٩) .

قال عبد الحق : سألت بعض شيوخنا من القرويين عن الهبة للثواب إذا عوض فيها بعد فوتها عوضاً فوجد بالعوض عيباً ، هل يجرى العوض بعد فوت الهبة مجرى البيع [الفاسد] (١) فيرد بأيسر عيب يوجد فيه لأن القيمة بالفوت قد وجبت فما أخذ [بها] (٢) [إنما هو] (٣) كعوض عن دين لزم .

فقال : ليس كذلك ، ألا ترى أنه يعوضه بعد الفوت عرضاً ، فلو كان بعد الفوت يجرى الأمر مجرى [التبائع] (٤) المبتدأ كما وصف لم يكن له أن [يعوضه] (٥) إلا عيناً ولم يلزمه أخذ عوض .

قال عبد الحق : ويؤيد [ق/٢١٢ أ] قوله : أن الشفيع لا يأخذ ذلك إذا كان شئاً فيه [الشفعة] (٦) وإن فات حتى يقضى بالقيمة ، فليس الفوت يجرى به الهبة على ما أشرنا إليه ، والله أعلم .

قال : إذا باع الهبة ثم اشتراها فقد لزمه الثواب ، بخلاف البيع الفاسد يبيع فيه السلعة ثم تعود إليه .

والفرق : أن يبيعه في الهبة وبسطه يده فيها يعد رضاً بالثواب ، وهو فله أن يلتزم الهبة ويوجب على نفسه الثواب والبيع فاسد لعينه لا يقدر على بقاءه ، وإذا باع ثم رجعت فقد عادت إلى الملك ، [فردت إلى بائعه] (٧) لهذا ، والله أعلم .

أعلم أنه إنما لم يجبره على اليمين بالصدقة إذا حنث فيها وإن كانت لرجل بعينه بخلاف إذا بتل صدقة لرجل بعينه ، لأنه في اليمين لم يقصد وجه [البر] (٨) والقربة وإنما هو قاصد لمنع نفسه من الشئ الذي حلف عليه والمبتل من غير يمين قاصد للقربة

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : فهو .

(٤) في أ : البيع .

(٥) في أ : يعاوضه .

(٦) في أ : شفعة .

(٧) في أ : فرد إلى بائعها .

(٨) في أ : التبرر .

وموجب على نفسه ذلك تبرعاً فلزمه وجبر عليه، إذا كان لمعين يقوم عليه ويخاصمه .

سألت بعض شيوخنا من القرويين عن الرجل يقول : مالى صدقة على [رجل] (١) [يعينه] (٢) ، هل يلزمه جميعه أم ثلثه ؟

فقال : يلزمه إخراج جميعه بخلاف إذا أوجبه للمساكين ، يريد أن تعيينه الصدقة له على رجل كمثل ما لو [عين] (٣) شيئاً يجعله صدقة أنه يخرجها كله وإن كان جميع ماله ، قال : ويترك له منه شئ كما يترك لمن أفلس وأخذ ماله ما يعيش به هو وزهله الأيام .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا فى الموهوب عبداً للثواب إذا أعتقه ولا مال له : يرد إلى الواهب وإن كان لو بيع فى ثمنه فضل عن القيمة .

يريد : لأنه لما لم يكن له مال يؤدي منه صار ما فعل لا حكم له فكأنها هبة قائمة لم تفت ترجع إلى ربها .

اعلم أنه إذا وهبة عبدين متكافئين فباع أحدهما لا يفوت بذلك العبدان جميعاً ولا يخبر الواهب فى إلزامه جميعهما وإغرامه إياه قيمتهما ، وإنما ذلك فوت فى المبيع خاصة ، وليس ذلك كمثل الدار يبيع الموهوب نصفها هاهنا وإنما [خير] (٤) الواهب بين أن يتبعه بقيمة جميع الدار أو يأخذ نصفها ويتبعه بنصف قيمتها من أجل ضرر الشركة إن رد إليه الذى لم يبيع .

فاعلم أن المسألتين مفترقتان بما [وصفنا] (٥) ، وقد ذهب [ق/٩٩ جـ] بعض شيوخنا من أهل بلدنا إلى المساواة بين ذلك وليس بصحيح ، والله أعلم .

واعلم أنه إنما [افترق] (٦) عند ابن القاسم [بيع أوجه] (٧) العبدان من بيع أدناهما وكان ذلك متساوياً فى عبدين اشتراهما بخيار ، أنه إذا بسط يده بالبيع فى

(١) سقط من جـ .

(٢) فى أ : بعينه .

(٣) فى أ : تعين .

(٤) فى أ : يخير .

(٥) فى أ : وصفت لك .

(٦) فى أ : فرق .

(٧) بين بيع وجه .

أحدهما لزمه الثمن كان الذى باع الأرفع أو الأدنى لأن الهبة للشواب طريقها المعروف والبيع على [حقيقة] (١) المكايسة كان حكمه أغلظ على المشتري فى إزمائه ثمن العبدین ، والله أعلم .

تم كتاب الهبات بحمد الله وحسن عونه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ كتاب الودیعة

اعلم أنه إذا أودع وديعة فدفعتها إلى زوجته أو أمته أنه يصدق في ذلك ولا بينة عليه لأنه لما تعارف الناس الدفع إليهم من غير إسهاد كان ذلك العرف كشرط الدفع بغير إسهاد كما قال في الرسول يشترط أنى أذفع المال إلى من أمر بدفعه إليه بغير بينة، ويحلف أنه دفع إلى زوجته إذا أنكرت إن كان متهماً وإلا فلا يمين عليه ، فإن وجبت يمينه لكونه متهماً فنكل غرم وله أن يحلف زوجته ، وإن نكل وهو معسر : لا شيء عنده ، كان لرب الوديعة يمينها كانت متهمة أم لا ، لأنه يقوم مقام الزوج في مطالبتها باليمين كما يتبع الإنسان غريمه ، وقاله بعض شيوخنا من أهل بلدنا واعلم أنه لو لم يكن من شأنه أن تدفع له زوجته أو أمته [مالا] (١) لأنه [] (٢) ما تزوج أو اشترى الأمة ، أو من أجل أنه لا يثق بماله إليهما فإنه يضمن وليس له اختيار أمانتهم بمال غيره ، وظاهر « الكتاب » يدل على ما وصفنا لقوله : ومن شأنه أن ترفع له فاعلم .

حكى عن أبي محمد بن أبي زيد - رحمه الله - في الذى أراد سفراً أو خاف عورة منزله وعلم ذلك منه : أنه إن أودع الوديعة بغير بينة لم يضمنها إذا أنكرها الذى رغم أنه أودع إليه ، أو قال : أودعنى وتلفت الوديعة ، قال : وذلك لأنه لما خاف عورة منزله أو سافر كان متاحاً له أن يودع لغيره وإن لم يؤمر بذلك ، فلذلك [صدق] (٣) وإن لم تقم له بينة .

واعلم أنه إذا كان منزل المودع معوراً والذى أودعه عالم [ق/٢١٣ أ] بذلك فأودع لغيره أنه يضمن إلا أن [يزداد] (٤) منزله [عوراراً] (٥) على ما كان فلا يضمن للمسافر إذا زودع فعمد وأودع الوديعة أنه يضمن إلا أن يزداد خوفه ، كخصوص

(١) سقط من ج .

(٢) قدر كلمة لم أتبينها بالأصل .

(٣) سقط من أ .

(٤) فى ج : يزيد .

(٥) فى أ : عوراً .

عائنتهم فسدفع الوديعة إلى من ينجو بها ونحو هذا فلا يضمن ، لأن هذا غير الأمر الأول الذى علمه المودع .

اعلم أن الفرق بين الوديعة أنه لا يودعها لغيره ، وبين اللقطة يدفعها إلى من هو فى مثل حاله يحفظها : أن الوديعة إنما رضى صاحبها أمانته فليس له أن يأتمن غيره عليها ، واللقطة لم يرض صاحبها بكونها عند الملتقط ولا رضى [صاحبها] (١) أمانته ، بل الغرض فى ذلك ، أن تصل إلى ربها ، وهذا الذى دفعها إليه الملتقط لو كان هو ملتقطها لجاز له حفظها من غير رضا ربها ، فإذا دفعها ملتقطها إلى من كان يجوز له أن يتدئ حفظها فلا ضمان عليه ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى مسألة : الصبى يخلط قمحاً بشعير فيتركان طلبه ويرضيان بالشركة : إنما تجوز شركتهما على الكيل لا على قيمة طعام كل واحد منهما ، لأن ذلك يدخله الطعام بالطعام متفاضلاً إذا اشتركا على أن يكون بينهما على قيمة طعام كل واحد منهما [ولكن] (٢) يباع فيقسم بينهما ثمنه على قيمة طعام كل واحد منهما ، ولا بأس ببيعه جزافاً [كان] (٣) أو كيلاً لأنهما لم يخلطاه فيكون من باب خلط الجيد بالردئ فيمنع من ذلك ، لأن ذلك إنما وقع عليهما من قبل عادٍ عدا عليهما .

واعلم أنه إذا لم يكن للصبى مال فوجب بيع هذا المخلوط عليه ينظر إلى قيمة ما لكل واحد منهما يوم الحكم فيشتري له من ذلك بقدر ما يصيبه من ثمن ما بيع من المخلوط ويتبعانه بما بقى لكل واحد منهما ، ولو أنهما اختاروا ترك تضمينه لكانا شريكين فى ثمن ما بيع به المخلوط بقسيمة ما لكل واحد منهما يوم الخلط ، هكذا فرّق بين الوجهين فى القيمة بعض القرويين .

قال فى « الكتاب » : ولو أعطى أحدهما الآخر مثل طعامه على أن يكون له جميع المخلوط لم يجز إلا أن يكون هو المتعدى فى خلطه .

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : ولا .

(٣) سقط من ج .

حكى عن أبي سعيد ابن هشام وغيره قال : إنما لا يحل ذلك لأن القمح إن كان قفيزاً والشعير قفيزاً وقيمة القمح عشرة وقيمة الشعير خمسة كان جمع هذا القمح والشعير المخلوط بينهما إذا رضيا بترك طلب الصبي أثلاثاً لصاحب القمح ثلثا هذا المخلوط وذلك قفيز وثلث ، ولصاحب الشعير ثلثه وذلك ثلثا قفيز ، [فإن] (١) رضى صاحب القمح أن يعطى لصاحب الشعير قفيز شعير ويأخذ جميع المخلوط صار قد اشترى منه حصته من هذا المخلوط وهو ثلثا قفيز مخلوط بقفيز شعير صاف فصار الفضل فى الطعام [بالمخلوط] (٢) ، وكذلك إن دفع صاحب الشعير لصاحب القمح قفيز قمح على أن يأخذ هو [جميع] (٣) المخلوط لم يجز لأنه يصير قد اشترى منه حصته من هذا المخلوط وهو قفيز وثلث بقفيز قمح صاف ، وهذا حرام .

قال عبد الحق: ولا ينبغي أن يجوز لأحدهما أن يبيع حصته شائعة من هذا الطعام لأن المشتري لا يصل إلى أخذ ما اشتراه إذ الحكم فيه أن يباع ويقتسما ثمنه على قيمة طعام كل واحد منهما فيصير المشتري حينئذ اشترى ثمناً لا يدرى ما هو قليل أو كثير ويدخله غير ما وجه ، فتأمل ذلك .

ذكر إسماعيل القاضى عن ابن نافع عن مالك : إذا قال المودع : ضاعت الوديعة منى ، أن القول قوله مع يمينه كان متهماً أو غير متهم .

وقال أبو محمد ، وذكره فى « النوادر » : قال أصحاب مالك : إذا ادعى المودع ضياع الوديعة فهو مصدق إلا أن يتهم فيحلف ، وهكذا ذكر ابن القاسم فى « المدونة » فى كتاب الوكالات فيمن سأل رجلاً يشترى له شيئاً من بلد وينقد عنه ، فاشترى له ذلك بيينة ثم ادعى هلاكه وهذا مما يغاب عليه ، أنه مصدق ، قال : لأن ذلك عنده وديعة من الودائع فيصدق فى هلاكه ويرجع بالثمن ، فإن اتهم حلف .

قال ابن عبد الحكم : وإن نكل المودع عن السمين ضمن ولا ترد اليمين فى ذلك على ربها .

(١) فى أ : فإذا .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : وإذا ادعى [المودع] (١) أنه رد الوديعة إلى

ربها حلف ، كان متهماً أم لا ، بخلاف دعواه الضياع .

والفرق بين ذلك : أنه في دعوى الرد يدعى اليقين [وربها يدعى] (٢) أنه كاذب

في ذلك والضياع لا علم له [عنده] (٣) بحقيقة ، وإنما هو معلوم من جهة المودع فلا يمين عليه [فيه] (٤) إلا أن يكون متهماً ، والله أعلم .

قال : ومن أخذ وديعة بحضرة قوم ولم يقصد [إشهادهم] (٥) عليه ، فادعى

الرد فهو مصدق ، [ق/٢١٤ أ] ، وليس كمن أخذ وديعة بينة ، وكذلك إذا أقر المودع عند بينة أنه قبضت من فلان وديعة ، وإنما تكلف البينة من أخذ الوديعة بينة قصد بالبينة الإشهاد عليه ، فاعلم .

اعلم أن الرسول إذا شرط ألا يشهد على من يدفع إليه ينفعه ذلك ، [وإن] (٦)

شرط ألا يمين [على] (٧) لم ينفعه ذلك ، لأن اليمين إنما ينظر فيها حين وجوب تعلقها ، فكأنه شرط إسقاط أمر لم يكن بعد ، بخلاف شرطه ترك الإشهاد المخاطب به ، والمأخوذ عليه فيه أن يدفع بالبينة ، فالأمر في ذلك مفترق ، وذكره ابن حبيب فيما أراه .

قال : وإذا بعث إلى رجل بمال ، فقال : تصدقت به على ، وصدقته الرسول

[ق/١٠٠ ج] وأنت منكر للصدقة فالرسول شاهد يحلف معه المبعوث إليه .

قال إسماعيل القاضي في كتابه « المبسوط » : وأحسب أن مالكاً أجاز شهادة

الرسول في هذا الموضع بعد دفع الشيء لأن الباعث قد وافقه في [دفع] (٨) الشيء إلى

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من ج .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أو : شهادتهم .

(٦) في أ : وإذا .

(٧) في أ : عليه .

(٨) في أ : ذلك .

المبعوث إليه ، وإنما اختلف فيما قال الرسول : إنها صدقة ، وقال الباعث : إنها وديعة ، فلم ير على الرسول تضميناً بعد الدفع ، وإنما كان يضمنه لو قال الباعث : [إنى] (١) لم أمرك بالدفع إلى هذا الرجل ، فإذا ضمنه لم تقبل شهادته .

وقال سحنون في « المجموعة » : إنما معنى هذه المسألة إذا كان المال حاضراً والمأمور والمتصدق عليه حاضرين ، وإن كان قد استهلك المال وأنفقه لم تجز شهادة الرسول .

اعلم أنه إذا أودع الوديعة لرجلين ولم يكن فيهما عدل ليس للسلطان خلعهما بل يبقى المال بأيديهما أو بيد أحدهما كما جعلها ربها بخلاف الوصيين .

وقوله : إن لم يكن فيهما عدل جعله السلطان عند غيرهما ، إنما ذلك في الوصيين . فلا في المودعين ، والله أعلم .

[اعلم] (٢) أن المودع إذا تاجر بالوديعة الربح له بخلاف المضارب والمبضع معه .

والفرق بين ذلك : أن المضارب والمبضع معه إنما دفع المال إليهما على طلب الفضل فيه ، فليس لهما أن يجعل ذلك لأنفسهما دون رب المال ، والمودع لم يدخل على طلب الفضل [فيه] (٣) ، وإنما أراد حفظ ماله فله أصل المال دون الربح ، والله أعلم .

تم كتاب الوديعة بحمد الله وحسن عونه

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) زيادة من أ .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ كتاب العارية

قال إسماعيل القاضى فى « المسوط » : فرَّقَ مالك بين من كان بيده وديعة أو قراض أو عارية أو شئ استأجره أو ارتهنه ثم ادعى ضياعه فجعل من استأجر ثوباً فقبضه وغاب عليه ثم زعم أنه ضاع أن القول قوله مع يمينه ، وجعله مؤتمناً ، لأن صاحب الثوب إنما دفعه إلى المستأجر [لمنفعه نفسه]^(١) إذ تجب له بذلك ، وكذلك المضارب إنما دفع إليه صاحب المال المال لمنفعته أو كالربح إنما يجب له بذلك ، فجرى مجرى المؤتمنين ، وكذلك المودع إنما أودعه رب المال لمنفعة نفسه إذ كان يحفظه عليه فجرى هؤلاء جميعاً هذا المجرى ، ولم يدخل المستعير ولا المرتهن فى هذا الباب ، لأن المرتهن إنما قبض الرهن وثيقة لنفسه ، [وأما المتسعير اشتراها]^(٢) لمنفعة نفسه فخرجا من هذا الباب ، وذكر أبو بكر الأبهري نحو هذا .

قال : إنما ينظر فى هذا لمن أكثر المنفعة فى المقبوض ، [فإذا]^(٣) كان ذلك لربه صدق قابضه فى ضياعه ، وإن كان ذلك لقباضه لم يصدق فى ضياعه ، فالوديعة المنفعة فيها لربها خاصة فصدق قابضها فى ضياعها ، وكذلك الإجارة والقراض أكثر المنفعة فيهما لربهما فصدق قابضهما فى الضياع ، وأما العارية فالمنفعة [فيها]^(٤) للمتسعير وحده فلم يصدق فى ضياعها ، وكذلك أكثر المنفعة فى الرهن للمرتهن فالزمنه الضمان ، والله أعلم .

قال فى « مسائل عبد الرحيم » : فىمن استعار دابة فركبها إلى موضع فلما رجع زعم أنه أعاره إياها إلى دون ما ركبها إليه : إن القول قول المستعير إذا ادعى ما يشبهه .

قال سحنون : يعنى القول قول المستعير [إذا ادعى ما يشبهه]^(٥) فى دفع

(١) فى أ : لمنفعته .

(٢) فى أ : وإنما قبض المستعير ما استعار .

(٣) فى أ : فإن .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .

[ضمانها] (١) لا فى الكراء .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : القول قوله فى دفع الضمان والكراء جميعاً، يريد : لأنه إذا صدق فى دفع ضمان الأصل وهى الدابة كان فى دفع الكراء الذى [هو] (٢) بسببها أخرى فى التصديق ولا يحكم فى ذلك بحكمين مختلفين فىكون سبيله سبيل من لم يتعد فى سقوط ضمان الدابة ، وسبيل من تعدى فى ضمان الكراء، هذا غير معتدل ، والله أعلم .

قال غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا : وإنما فارقت هذه المسألة مسألة ابن القاسم فى الرسول يكذب فيما أمره [به] (٣) المستعير له من المسافة وضمن المستعير فيها الدابة إذا لم تقم بينة على ما أمر به [ق/٢١٥ أ] الرسول لأن المستعير لا يدعى كذب رب الدابة فى مقاله إذ لا علم له بما عقد الرسول لأنه لم يخاطبه على المسافة بنفسه فلذلك ضمن ، وفى مسألة عبد الرحيم هما [متداعيان] (٤) فلم يصدق رب الدابة فى ضمان المستعير واشتغال ذمته بها وكان عليه بيان ما نازعه فيه المستعير ، فإن قامت للمستعير بينة بما أمر به الرسول سقط عنه الضمان وضمن الرسول المتعدى ، وإن أقر الرسول بالتعدى ولا بينة للمستعير على عقده مع الرسول ، فهأنا يغرم الرسول فإن كان معدماً رجع رب الدابة على المستعير ، يريد : ويرجع المستعير بما يغرم على الرسول فيطالبه به لإقراره بالتعدى .

واعلم أن الرسول إذا لم يقر بالتعدى ووجب تضمين المستعير يحلف المعير أنه عاقد الرسول على ما ذكر من المسافة إن لم [يكن] (٥) له بينة على [ما] (٦) عقده معه ، وإن كانت له بينة على ما عاقد عليه الرسول فلا يمين على المعير .

[قال عبد الحق] (٧) : اعلم أنه إذا أعاره دابة ليحمل عليها شيئاً فحمل ما هو

(١) فى أ : الضمان .

(٢) سقط من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : متعديان .

(٥) فى أ : تكن .

(٦) سقط من ج .

(٧) سقط من ج .

أضر منه فاختار رب الدابة تضمينه الكراء فإنه يقال : كم يساوى كراء مثل ما شرط أن يحمله عليها ؟ ، فيقال : عشرة ، ثم يقال : فكم يساوى حمل هذا الشئ الذى هو أضر من الذى شارطه على حمله ؟ فيقال : خمسة عشر ، فيغرم ما بين الكرائين وهو خمسة .

وإذا [اكرى] (١) دابة فحمل عليها ما هو أضر فاختار رب الدابة تضمينه الكراء فإنه يقال : ما يساوى كراء كا شارطه عليه ؟ فيقال أيضاً : عشرة ، ثم يقال : فكم كراء هذا الذى حمل ؟ فيقال : خمسة عشر ، فيعطى الكراء الذى شارطه عليه كان قليلاً أو كثيراً مع خمسة لأن الكراء الذى تعاقداً عليه قد يتغابنان فيه ، وإنما يغرم كراء الزيادة وهو خمسة على ما بيننا مع الكراء المسمى كان قليلاً أو كثيراً ، فاعلم ذلك .

قال أشهب فى كتبه فى الذى استعار دابة ليركبها فركبها وأردف رديفاً : إن سلمت الدابة ولم ينقصها ما صنع فكراء الرديف على المستعير ، وإن كان مفلساً لا يلزم الرديف من كراء [بركوبه] (٢) شئ ، وإن كان المستعير عديماً وقد أخطأ من ألزمه الكراء فى عدم المستعير ، ولو كان الرديف عبداً للمستعير أو لغيره لم يكن عليه شئ من ذلك فى رقبة ولا فى ذمته هلكت الدابة أو سلمت لأنه ركب بوجه يجوز له ولم يتعد .

وقال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : قول أشهب خلاف أصل ابن القاسم ، بل عليه الكراء كمن غضب سلعة فوهبها لرجل فتلفت بيده أن ربهما يرجع على الغاصب ، فإن كان عديماً رجع على الموهوب له ولا يعذر إن لم يعلم بغصب الغاصب ، فكذلك الرديف لا يعذر وإن لم يعلم ولم يتعد .

اعلم أن ابن القاسم جعل الذى يزيد فى ضرب العبد كالذى يزيد فى حمل الدابة المكتراة ، أنه ينظر إن كانت الزيادة تعين على العطب أم لا ؟ بخلاف من زاد على المسافة ، وقول سحنون فى العبد المضروب : يضمن إذا زاد [ولو سوطاً] (٣) ، هو مثل الزيادة على المسافة لأن العدد الذى أذن له فيه قد فعله ، فالزائد [تعد] (٤)

(١) فى أ : أكرى .

(٢) فى أ : ركوبه .

(٣) فى أ : سوطاً واحداً .

(٤) فى ج : يعد .

كالمسافة التي أكملها ، ثم زاد : إن زيادته تعد ، وأما الذي زاد على الحمل فقد تعدى في موضع الإذن فاجتمع في ذلك إذن وتعد فلم يضمن إلا بزيادة يعطب في مثلها [ق/١٠١ ج] .

ووجه كلام ابن القاسم : أن العدد من باب الاجتهاد لأن الغلط والخطأ فيه ممكن ويشق ضبطه ، فليس كالمسافة التي هي مشاهدة فلذلك فرق بين ذلك ، والله أعلم .
قوله في مسألة المستعير [للبناء في البقعة في الأرض] (١) يخرجها قبل تمامه لأمد يعار إلى مثله : يعطيه ما أنفق ، وفي باب آخر قال : يعطيه قيمة ما أنفق ،
يحتمل ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يكون قوله : قيمة ما أنفق ، إذا أخرج من عنده شيئاً من أجر وجيز ونحوه ، وقوله : ما أنفق ، إذا أخرج ثمناً فاشترى به هذه الأشياء .

ويحتمل أن تكون قيمة ما أنفق إذا كان قد طال الأمد لأنه يتغير بانتفاعه فيعطى القيمة لا ما أدى ، وما أنفق إذا كان بالقرب جداً فهأنا يعطى النفقة لا قيمتها ، فعلى هذا الذي وصفنا لا يكون اختلاف قول .

والوجه الثالث : هو أن في إعطائه ما أنفق يعطى عدد الدنانير والدراهم ، وإن كان قد غبن أو غبن سيراً [لا] (٢) يلتفت إلى ذلك ، وقوله : قيمة ما أنفق ، يعطى القيمة بالعدل ولا يحسب في ذلك ما يتغابن الناس في مثله بل القيمة بالعدل [ق/ ٢١٦ أ] فيكون على هذا اختلافاً من قوله ، وكل وجه من الثلاثة قد تأول في ذلك والأمر محتمل ، والله أعلم .

قال غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا : إذا أعاره أرضاً ليزرعها ليس له إخراجها قبل أن يزرع لأن ذلك كعارية معلومة المقدار ، لأن أمد الزراعة معلوم فذلك كضرب الأجل ، وقوله : إذا زرع ليس [لك] (٣) إخراجها إذ ليس مما يباع حتى

(١) سقط من ج .

(٢) في أ : لم .

(٣) في أ : له .

يطيب فتكون فيه القيمة .

يريد : أن القيمة لا تكون فيه كما أنه لا يباع وإنما شبه أخذ القيمة فيه قبل بدو [الصلاح] (١) كالبيع له ، وليس يعنى أنه إذا طاب كانت فيه القيمة ويأخذه ، بخلاف البناء [والغراس] (٢) لأن البناء [والغراس] (٣) إذا أخذه أبقاه فى الأرض ، والزرع لا بقاء له وإنما يراد ليزال فليس لرب الأرض أخذه .

وقوله : حتى يطيب ، لفظ فيه درك لأن الزرع لا يباع بعد طيبه حتى يبس .

قال فى « الكتاب » : إذا أعرته أرضك لبني فيها ويسكن عشر سنين ثم يخرج ويدع البناء لك وبين صفة البناء ومبلغه جاز ، وإن قيل : لما هذا ، وبيع الدار على أن تقبض بعد عشر سنين لا يجوز .

قال : ليس هذا مما ذكرته ، لأن البناء هو من وقت تمامه وكماله لصاحب الأرض ، وإنما للبانى فيه السكنى هذا الأمد فهو [كالمحوز] (٤) المقبوض لا كالحوز فى قبضه إلى عشر سنين ، ألا ترى لو انهدم بعد فراغه أن ضمانه من صاحب الأرض فإذا انهدم هذا البناء بعد فراغه وقبل أن يسكن البانى شيئاً فيرجع بقيمة بنائه على رب الأرض لأنه قد وجب له البناء بالفراغ وصار للمتسعير فيه السكنى ، فلما لم يصح له السكنى أو المدة التى شرط رجوع فى عوضها ، وعوضها هو البناء الذى بناه ، فإن انهدم البناء بعد سكنه بعض [الأمد] (٥) فنقض قيمة البناء على ما سكن ، وما لم يسكن فما قابل ما سكن فلا شئ على رب الأرض فيه ، وما قابل ما لم يسكن رجوع به البانى على رب الأرض ، هكذا يجب أن يكون الحكم فى ذلك ، والله أعلم .

واعلم أن هذا البناء سواء شرط أن يسكن بعد تمام البناء أو كان بعض العشر سنين داخله فى أمد البناء لأن أمد فراغ البناء معلوم ، فإذا جعل الأجل من يوم العقد ويكون أمد البناء يفرغ فى سنة ، فكأنه إنما شرط سكنى تسع سنين لأن السنة تسقط

(١) فى أ : صلاحه .

(٢) فى أ : الفرس .

(٣) فى أ : الغرس .

(٤) فى أ : كالمجاز .

(٥) فى أ : المدة .

من ذلك وليس كأجل مجهول لأن البناء وجهه وفراغه معلوم عند الناس .

قوله : إن شهد [الشهود] (١) على الميت أنه ما باع ولا وهب كانت شهادتهم زوراً ، يعنى [أنها] (٢) كذب لا أنها كشهادتهم بالزور فيسلك بهم مسلك شاهد الزور فى العقوبة ورد الشهادة أبداً بل إنما يسقط فى هذا فقط ، بخلاف شهداء الزور، وهذا بين فاعلمه .

ذكر [عن أبى] (٣) محمد فى مسألة العبد يحبسانه على أنه من مات منهما أولاً فنصيبه حبس على صاحبه إلى آخر ما ذكر أنه إذا مات أحدهما يقوم نصيبه فى ثلثه الساعة وليس حتى يموت شريكه ، فإن حمله الثلث خدم ورثة الميت حتى يموت شريكه فيخرج نصيبه منه حراً ، وإن لم يحمل ثلثه نصيبه [من العبد] (٤) خير الورثة بين أن يجيزوا فيخدمهم نصيبه منه إلى موت شريكه ويخرج حراً ، أو يعتقوا الآن من نصيبه محمل الثلث ويبقى نصيب شريكه بيده يخدمه حتى يموت فيخرج حراً من ثلثه أيضاً .

تم كتاب العارية بصد الله وحسن عونه

(١) فى ج : الشهداء .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : أبو محمد .

(٤) فى أ : منه .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ كتاب السرقة

قال الله عز وجل : ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا ... ﴾ (١) ، فهذه الآية عامة الظاهر ولكن خصت السنة بنفى القطع عن من سرق أقل من ربع دينار أو ثلاثة دراهم والسنة فغير ممتنع أن تخصص القرآن ، وإنما اختلف الناس في نسخ السنة للقرآن إذا كانت السنة من طريق التواتر ، وليس هذا موضع ذكر ذلك ، وروى أن النبي عليه السلام قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم (٢) ، وقالت عائشة : « ما طال على ولا نسيت القطع في ربع دينار فصاعداً » (٣) ، فهذان الحديثان مستعملان عند مالك ، فحديث المجن في سرقة الفضة والعروض فيراعى من الفضة ثلاثة دراهم ومن العروض ما قيمته مثل ذلك إذا كانت العروض في بلد إنما يباع فيه بالدراهم أو بالدراهم والدنانير ، فإن كان بلداً إنما تباع فيه العروض بالذهب [ق/٢١٧ أ] فيستعمل فيه حديث عائشة في تحديد ربع دينار وفي سرقة الذهب ، وإنما قومت العروض بالدراهم إذا كان بلداً تباع فيه العروض بالدراهم والدنانير لأن القيمة بها أضبط وأحصر .

[قال عبد الحق] (٤) : وقوله في « الكتاب » : لو ساوى ربع دينار ولم يساو ثلاثة دراهم لم يقطع وإنما تقوم الأشياء بالدراهم ، إنما يعنى في بلد إنما تباع فيه العروض بالدراهم خاصة ، فأما إن كان البلد تباع فيه بالدراهم والدنانير جميعاً فإنما القيمة بالدراهم مستحبة لما قدمناه من أن القيمة بها أحصر ، فيكون هاهنا إذا ساوى ربع دينار ولم يساو ثلاثة دراهم يقطع إذا كان الناس يتبايعون بالدراهم والدنانير جميعاً كما قدمنا ، والله أعلم .

(١) سورة المائدة : ٣٨ .

(٢) أخرجه : البخارى (٦٤١١) ومسلم (١٦٨٦) من حديث ابن عمر رضى الله عنهما .

(٣) أخرجه : مالك في « الموطأ » (١٥٢٠) والنسائى (٤٩٢٧) وفى « الكبرى » (٧٤١٤) وابن حبان (٤٤٥٢) والبيهقى فى « الكبرى » (١٦٩٧٥) والطحاوى فى « شرح معانى الآثار » (٤٥٨٤) ، وأصله فى البخارى (٦٤٠٧) ومسلم (١٦٨٤) من حديث عائشة مرفوعاً .

(٤) سقط من ج .

[وقد ذكر الأبهري نحو ما وصفنا] (١) .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : ولو كان البلد إنما تباع فيه العروض بالعروض ولا يتبايعون بالعين قومت السرقة بالدرهم في أقرب المواضع إليهم من البلدان التي يجرى فيها التبايع بالعين ، فاعلم ذلك .

واعلم أنه إذا سرق ذهباً وفضة وفي جملة ذلك ما يجب فيه القطع لزمه ذلك ، مثل أن يسرق من الذهب نصف ريع دينار ومن الدراهم درهماً ونصفاً وكذلك إذا سرق عرضاً وذهباً وقيمة العرض درهم ونصف ومن الذهب وزن نصف ريع [ق/١٠٢ ج] دينار لزمه القطع .

قال ابن القاسم في « كتاب ابن المواز » : ولو سرق ثلاثة دراهم تنقص خروبة فلا قطع عليه لأن نقصانها نحو ريع درهم أو خمس .

قال أصبغ : فأما مثل الحبتين من كل درهم فإنه يقطع .

قال بعض شيوخنا من القرويين : ومن سرق دراهم فيها النحاس كثيراً فإنما يراعى ما فيها من الفضة ولا يقطع في ثلاثة دراهم منها إلا أن يكون بلد نحاسها فيه يسيراً جداً فيقطع في ثلاثة [دراهم] (٢) منها ، وكذلك في الزكاة إذا كان نحاسها كثيراً لا يزكى مائتي درهم منها ، يريد : إلا أن النحاس في السرقة كعرض ، فينظر قيمة ذلك مع ما في الدرهم من فضة فإن بلغ جميع ذلك ما فيه القطع قطع .

قال عيسى بن دينار في الحلبي [المصنوع] (٣) من ذهب أو فضة : لا ينظر إلى قيمته ولكن إلى وزنه .

قال غير واحد من شيوخنا من أهل بلدنا : وإن سرق حلياً مربوطاً بالحجارة فينظر [إلى] (٤) وزن ما فيه من ذهب [أو] (٥) ورق وقيمة ما فيه من الحجارة ، وسواء كان الحلبي تبعاً للحجارة أو الحجارة هي التبع ، إنما يراعى وزن ما فيه من

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : المصاغ .

(٤) سقط من ج .

(٥) في ج : و .

العين .

قال سحنون في البينة تشهد على رجل أنه سرق : إن كان الشهود عالمين بموقع الشهادة في هذا ومثلهم لا يجهلون ذلك لم يكشفوا ولم يسألوا ، وإن كان الشهود ممن يجهل موقع الشهادة كشفوا .

وضعف هذا القول بعض سيوخنا من القرويين وقال : وإن كانوا لا يجهلون موقع الشهادة ، أليس قد يسرق شيئاً يكون رأى الحاكم فيه نفى القطع فلا يصح هذا ولو كان الشهداء علماء ، لأن الحاكم قد يرى باجتهاده خلاف ما يروونه فلماذا ينبغي أن يستفهمهم عن الأسباب التي شرطها ابن القاسم .

قال عبد الحق : إنما فرق بين مسألة الذي لقي في جوف الليل [رجلاً] (١) ومعه متاع فقال : فلان أرسلنى إلى منزله فأخذت له هذا المتاع ، وبين الذي سرق متاعاً لرجل وقال : فلان أرسلنى ، لأن في هذا قد عاينت البينة سرقة واستمراره بدخول منزل المسروق منه ، كمثل أن يتسور أو [يثقب] (٢) ونحو ذلك ، وهذا الذي لقي في جوف الليل لم تعين البينة سرقة ولا علمت استسراه ، والأصل في هذا أنه إذا فَعَلَ فَعَلَ الرسول من فتح الباب ونحو ذلك مما يشبه فلا [يقطع] (٣) صدقه رب المتاع أم لا ، وإن فَعَلَ فَعَلَ السارق من [الثقب] (٤) والتسور ونحو ذلك قطع صدقه رب المتاع أم لا ، وهذا الذي يفيد في ذلك بعض سيوخنا من القرويين ، فاعلمه قال في «الكتاب» : إذا سرق الذمى قطع لأن السرقة من الفساد في الأرض ، وأما إن زنى فلا يقام عليه الحد .

قال ابن بكير في «الأحكام» : السارق يقطع لينكل عن أموال الناس التي جعلها الله [قياماً] (٥) بينهم والزنا ليس فيه من الضرر ما في الأموال [إلا أنه] (٦) إن كان زنى بكافرة مثله فما هم عليه من الكفر بالله أعظم من زناهم ومع ذلك لا ضرر على المسلمين فيه ، وإن كان [زناه] (٧) بمسلمة عن مطاوعة فإن الكافر لم

(١) سقط من ج .

(٢) فى أ : ينقب .

(٣) فى أ : قطع عليه .

(٤) فى أ : الثقب .

(٥) فى ج : فيما .

(٦) فى أ : لأنه .

(٧) فى أ : زنى .

يصل إلى ذلك إلا بمطاوعتها فالواجب [ق/٢١٨ أ] أن تنكل المسلمة فإنها لو لم تطاوعه ما وصل إلى ذلك منها فالذى يجب من تنكيلها هو بما أوجب الله عز وجل من الحدود على المسلمين ، وإن كان غضبها على نفسها فإن مالكا قال : يقتل .

ذكر ابن القاسم فى السرقة من الدار المشتركة والمأذون فيها والمباحة .

قال بعض القرويين : يحتمل أن يكون معنى ما جرى له من الكلام فيها أن الدار على ثلاثة أوجه : فدار مشتركة مأذون فيها لساكنيها خاصة كدور مصر للكراء لا يدخلها إلا ساكنها وكل مسكن مستغن بنفسه عن المسكن الآخر إلا أن باب الدار يجمعهم فهذه مشتركة وكل مستركة فهى مأذون فيها لساكنيها .

والدار الثانية : تكون مشتركة للسكنى كما [ذكره] (١) وهى مباحة أيضاً لسائر الناس كدار الأتماط بمصر وشبهها فهى دار مشتركة للسكنى مأذون فيها لساكنيها ولسائر الناس مباح دخولها لما فى قاعتها من البيع والشراء .

والدار الثالثة : تكون [داراً] (٢) مأذوناً فيها لمن يدخلها وليست بمشتركة .

فالحكم فى الدار الأولى إذا كانت مشتركة مأذوناً فيها لساكنها أن يكون من سرق من بيوتها شيئاً فأخرجه إلى موضع من الدار قطع لأنه أخرجه إلى غير حرز ، وقد سئل عنها ابن القاسم فقيل له : رأيت إن أخرج السارق المتاع من البيت إلى الدار والدار مشتركة مأذون فيهما ، والبيت محجور عن الناس .

فقال : قال مالك : يقطع إذا أخرجه إلى موضع من الدار والدار مشتركة لأنه قد صيره إلى غير حرزه .

قال سحنون فى غير « المدونة » : وذلك إذا كان السارق من ساكنها وإلا لم يقطع حتى يخرج من باب الدار، وهذا موافق لقول ابن القاسم ، فالذى وقع فى هذا السؤال من قوله : مأذون فيها ، إنما يعنى مأذوناً فيها لساكنها ، وقوله : (والبيت محجور عن الناس) يعنى الناس الذين يسكنون فى بقية الدار .

وقال ابن القاسم فى باب آخر : ولو نشر أحد من الدار المشتركة المأذون فيها ثوبه على ظهر بيته المحجور عن الناس فسرقه رجل عن ظهر بيته قطع ، يريد : إذا أخذ

(١) فى أ : ذكرنا .

(٢) زيادة من أ .

فى الدار قبل أن يخرج منها .

قال ابن المواز : هذا إذا كان السارق من أهل الدار ، يعنى محمد : وإلا لم يقطع حتى يخرج به من جميع الدار .

وقيل لابن القاسم فى موضع آخر : رأيت الدار المشتركة المأذون فيها يربط فيها الدواب فسرق منها رجل .

قال : إذا كان الموضع مربوطاً للدابة معروفاً قطع الذى سرقها .

فلعله يعنى أن السارق هاهنا وإن كان من سكان الدار إذا بان بالدابة عن مربوطها وأخذ فى الدار قبل أن يخرج منها قطع لأن موضع الدابة إذا كان مربوطاً لها معروفاً فهو حرز لها كالبيت الذى يكون حرزاً لما فيه فهو إذا سرق شيئاً من بيت فى هذه الدار فأخرجه إلى موضع من الدار قطع ، فكذلك الدابة إذا بان [بها عن] (١) مربوطها قطع وإن أخذ فى الدار، وإن كان سارق الدابة من غير سكان الدار لم يقطع حتى يخرج بها من جميع الدار ، وهذا كله نحو ما ذكرنا عن سحنون فيما تقدم .

وذكر ابن المواز فى الدار المشتركة إذا نحبها رجل فوجد فيها دابة فسرقها أنه يقطع إذا خرج بها ، قال : والقياس أنه يقطع إذا نحاها عن مزودها بالأمر البين ، وإن لم يخرج بها من باب الدار إذا كانت مشتركة [مأذوناً فيها لسكانها ودخولها] (٢) ، وكذلك إن وجد السارق فى الدار المشتركة الشيء الثقيل من الأعمام والأعدال فكان ذلك موضعها فهو مثل الدابة فيما وصفنا .

وأما الدار الثانية : إذا كانت مشتركة مأذوناً فيها لسكانها ودخولها مباح لسائر الناس لما فى قاعتها من البيع والشراء فهذه ينبغى أن يكون من سرق من بيوتها المحجورة عن الناس شيئاً فأخذ فى قاعة الدار أنه يقطع كان السارق من سكانها أو من غير سكانها ، وقد ذكر [عن] (٣) ابن القاسم أن الدار إذا كانت مشتركة مأذوناً فيها [لسكانها] (٤) فنشر أحد من سكانها ثوباً فى صحنها أن سارقه لا يقطع إن كان من أهل الدار ، وإن كان من غيرها قطع إلا أن تكون الدار مباحة لا يمنع منها أحد فلا يقطع كان من أهل

(١) فى أ : إلى غير .

(٢) سقط من جـ .

(٣) سقط من جـ .

(٤) سقط من أ .

الدار أو من غيرها .

فمعنى قوله : لا يقطع سارقه إذا كان من أهل الدار ، يريد : وإن أخرجها من بابها إذا كانت الدار مشتركة مأذوناً فيها لسكانها [خاصة كما وصفنا ، لأن صحن الدار مباح لسكانها] (١) فهو غير حرز عنهم وهو ممنوع من غير سكانها [ق/١٠٣ ج] فمن سرقه من غير سكانها قطع إذا أخرجه من بابها ، وهذا نحو ما ذكر عن سحنون فيما تقدم [ق/٢١٩ أ] .

وأما قوله : إلا أن تكون الدار مباحة لا يمنع منها أحد ، فهي أن تكون مأذوناً فيها لسكانها ولسائر الناس مباحة كما وصفنا من دار الأنماط وشبهها فلا يقطع من سرق من قاعتها شيئاً كان من أهل الدار أو من غيرها .

وأما السدار الثالثة : [فمثال] (٢) دار العالم والطبيب ونحوه لا يسكنها إلا صاحبها وهي مأذون فيها لدخول الناس إليه بإذن وبغير إذن ، فهذه من سرق منها شيئاً من [باب] (٣) مغلقة عن الناس فأخذ في الدار قبل أن يخرج منها لم يقطع ، وإن أخذ بعد أن خرج منها قطع ، وشرط ابن القاسم أخذ بحضرة ما أخرج المتاع .

ومسألة الضيف والمرأة [يسرق من غير] (٤) بيتها الذي يسكنها هؤلاء وإنما يقطعون وإذا خرجوا من جميع الدار ، ويدل على صحة هذا ما لمالك في « كتاب ابن المواز » في الضيف والزوجة لا يقطع حتى يخرج من الدار ، فدل أنهم إن خرجوا من جميع الدار وجب القطع ، وذكر عن أبي محمد - رحمه الله - أنه صوب جميع ما تقدم وأجازه .

قال عبد الحق : سألت بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا شهد شاهد أنه سرق نعجة وآخر أنه سرق كباشاً ، أو شهد أحدهما أنه سرق يوم الخميس والآخر أنه سرق يوم الجمعة ، ما الذي يغرم المشهود عليه ؟ .

فقال : أما إذا اتفقت الشهادة [على] (٥) عين المسروق وإنما [اختلفت] (٦) في

(١) سقط من ج .

(٢) في أ : بمثل .

(٣) في أ : بيت .

(٤) في أ : تسرق من متاع .

(٥) في ج : في .

(٦) في ج : اختلف .

اليوم فيغرم قيمة ذلك الشيء المتفق عليه ، وأما إن اختلف في عين المسروق ما هو كقول أحدهما : نعجة ، والآخر : كبشاً ، كان للمسروق منه أن يدعى إحدى الشهادتين ويقضى له بها وتسقط الأخرى ، ومثل هذا الذي ذكرنا رأيت في « كتاب ابن المواز » .

قال محمد : يقال له : احلف مع شهادة أيهما شئت ويقضى له ، وإن شاء حلف مع شهادة كل واحد منهما وقضى له بما شهدا به جميعاً ما لم تكن شهادتهما في وقت واحد وموضع واحد فيكون تكاذبا فيطرحان جميعاً .

قال أبو بكر الأبهري منفصلاً من اعتراض من اعترض في قطع السارق لصبي حر من حرز بأن النبي عليه السلام قطع في المال فوجب ألا يقطع إلا في كل شيء له قيمة أو جاز العوض عليه .

قال : يقال له : الحر له بدل وقيمة وهي الدية فوجب القطع فيه .

قال : وقد قال بعض شيوخنا : لما كان سارق المال يقطع من أجل إدخاله الضرر في المال كان المدخل على نسب الإنسان وحرمة الضرر [أولى بالقطع]^(١) لأنه قصد إخراجه من حال الكمال إلى [حال]^(٢) النقص وأدخل عليه بذلك الضرر العظيم الذي هو أكبر من ضرر المال وأباح الفرج بغير الوجه الذي أباحه الله لأنها إن كانت امرأة وطئت على أنها ملك يمين وليس يجوز وطئها كذلك لأنها حرة .

قال بعض القرويين : معنى قوله في العبيد إذا أقرروا أنهم سرقوا سرقة قطعوا إذا عينوا السرقة فأظهروها .

يريد : أنهم إذا عينوها لم يقبل رجوعهم بعد تعيينهم لها كالبينة تقوم عليها ، فإن ادعى ذلك السيد قضى له به ، فإن لم يعينوا السرقة فهاهنا إن تمادوا على إقرارهم قطعوا ، وإن رجعوا لم يقطعوا ، فاعلم .

[قال عبد الحق]^(٣) : إن قيل : لم قلت فيمن سرق نحاساً قضاغ : ليس لربه

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من أ .

(٣) سقط من ج .

أن يجبر السارق على أن يأخذه ويدفع إليه أجر الصياغة لأنه يصير اشترى صنعته بغير رضاه ، وقلتم فى الثوب يصبغه : له أن يعطيه قيمة الصبغ وهو يصير قد باع عليه صبغته ، فما الفرق بين ذلك ؟

فالجواب : أننا لما كنا إذا لم نبع عليه صنعته فى مسألة النحاس أغرمناه المثل ، وذلك المثل هو مثل غير المسروق فلا يظلم المسروق منه شيئاً ، وفى مسألة الصبغ لو لم نبع له أن يعطيه قيمة الصبغ لم يعط المسروق منه مثل ثوبه إنما يعطيه قيمة الثوب [المصبوغ] (١) فيصير قد باع عليه ثوبه .

فلما كان كل واحد منهما يباع عليه شيئه كان أولاهما بالحمل عليه السارق ، فلذلك جاز لصاحب الثوب أن يدفع قيمة الصبغ ، والله أعلم .

ونحو هذا حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين .

اعلم [أن فى الكتاب] (٢) : إذا كان السارق يوم القطع موسراً وعند القيام عليه معسراً أنه مطلوب ، وذلك فى « الكتاب » مذكور فى مسألة إذا سرق من رجلين وأحدهما غائب فغرم للحاضر حصته ، ثم أتى الغائب فوجده عديماً ، فقد قال فيها : إن كان السارق يوم القطع ملياً بحقيهما فإن الغائب إذا رجع على صاحبه بنصف ما قبض يرجعان على السارق فيتبعانه بنصف القيمة .

وحكى عن أبى محمد - رحمه الله - أنه قال : إنما افتقرت هذه المسألة من مسألة كتاب الكفالة إذا قضى للشريك بحقه ثم قدم الغائب لأن [ق / ٢٢٠ أ] السارق لم يأمنه المسروق منه على بقاء ما وجب له فى ذمته ، فكان يجب أن يوقف القاضى نصيب الآخر ، فلما جهل وغلط صارت قسمة غير جائزة فلم يتم للقابض ما قبض ، وفى مسألة كتاب الكفالة صاحب الدين الذى ائتمنه على بقاء دينه فى ذمته فالقسمة جائزة فلا رجوع للغائب على القابض إذا حكم الحاكم له بقبض نصيبه ، وأبى أبو محمد أن يكون معنى مسألة السرقة أنه قبض حصته بغير حكم .

قيل له : فقد مثلها بالدين .

(١) زيادة من أ .

(٢) فى ج : أنه .

فقال : إنما مثلها بالدين ليرى أن للشريك أن يدخل مع شريكه فيما قبض ، وأما الأمر في الحكم فعلى ما تقدم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : المتهم بالسرقة على ثلاثة أوجه : فمبرز بالعدالة والفضل لا شئ عليه ويؤدب له المدعى عليه ، ومتهم معروف بمثل [هذا] (١) فيحلف ويهدد ويسجن على قدر ما يرى الحاكم من الاجتهاد فيه ، ورجل متوسط الحال بين هذين يكون عليه اليمين فقط ، فاعلم ذلك .

تم كتاب السرقة بحمد الله وحسن عونه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ فصل في المحاربين

المحارب على ثلاثة أوجه : فمحارب قتل فلا بد من قتله ، ومحارب لم يقتل ولكنه طال أمره وأخذ المال أو لم يأخذه فالإمام فيه مخير بين القطع أو القتل ، ومحارب لم يقتل ، ومحارب لم يقتل ولا أخذ مالاً ولا طال أمره وأخذ بفور خروجه ، فهذا لو أخذ فيه بأيسر الحكم كما [قال] (١) .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وليس له قتل هذا المأخوذ بالفور وله قطعه أو الأخذ بأيسر الحكم فيه كما ذكر .

قال أبو بكر الأبهري : والتخير إنما هو إذا لم يقع القتل ، فأما إذا وقع القتل فلا تخيير لأن فقهاء المسلمين قد اتفقوا على أن المراد بالآية ليس إذا وقع القتل .

قال أبو بكر الأبهري : إذا كان المحارب ممن له الرأي والتدبير وتجتمع جماعة اللصوص إليه وهو فيهم فهذا يجب قتله لأن في قتله صلاحاً للمسلمين ، وإن كان ممن في يديه فضل وقوة ولا رأى له ولا اجتماع إليه فهذا في قطعه صلاح للمسلمين ليكف عنهم شره ، وإن كان ممن لا رأى له ولا قوة نفاه ، ويفعل الإمام في ذلك ما هو صلاح للمسلمين ونظر لهم وتشاور في ذلك لأهل العلم .

اعلم أن المغتال من يخفى القتل لأخذ المال كمن يخدع صيباً أو رجلاً فيدخله بيتاً فيقتله ويأخذ متاعه ، والمحارب يظهر القتل لأخذ المال ، وذلك كله حكمه حكم الحراة وعلم أن أقل النفى عند مالك يوم وليلة ، ومن الحجة [لذلك] (٢) نهى النبي عليه السلام للمرأة أن تسافر مع غير ذى محرم منها سفر يوم وليلة (٣) ، فالיום والليلة أقل السفر ، فاعلم .

قوله في القوم الذين ادعوا المتاع [ق/١٠٤ ج] بأيدي المحاربين : يدفع إليهم بعد الاستثناء وتضمينهم .

يريد : يضمونها وإن ذهبت عندهم بأمر من الله ، وأما من أخذ المتاع ببينة أو بشاهد ويمين ثم ثبت ما هو أقطع مما جاء به وقد هلك ذلك الشيء بأمر من الله فإنه لا يضمن شيئاً ، فاعلم ذلك .

تم بحمد الله وحسن عونه

(١) في أ : ذكر .

(٢) أخرجه : البخارى (١٠٣٨) ومسلم (١٣٣٩) من حديث أبي هريرة رضى الله عنه .

(٣) في أ : في ذلك .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحدود فى الزنا

اعلم أنه لا يجب رجم ولا جلد إلا بإقرار لا رجوع بعده إلى قيام الحد أو يظهر بحرة غير طارئة حمل ولا يعرف لها نكاح أو بأمة لا يعرف لها زوج وسيدها غير مقرر بالوطئ أو يشهد أربعة رجال عدول على معاينة الفرج فى الفرج كالمزود فى المكحلة وإلا لم تتم الشهادة .

قال عبد الحق : وقامت السنة بنفى البكر الحر بعد الجلد^(١) ولم يأت ذلك فى النساء والعييد ، وقد نهى النبى عليه السلام أن تسافر المرأة إلا مع ذى محرم منها^(٢) ، وقال فى الأمة : « فإن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فبيعوها ولو بضيفير »^(٣) ، فردد ذكر الجلد بغير ذكر نفى ولا نصف للنفى كما للجلد .

قال أبو بكر الأبهري : والعييد والإماء لا وطن لهم فيعاقبون بإخراجهم عنه فلا معنى لنفيهم ، [ولأن]^(٤) فى ذلك قطعاً للسيد عن خدمتهم .

قال عبد الحق [^(٥)] : قال فى « الكتاب » : ويسجن الزانى سنة والمحارب حتى [يعرف له توبة]^(٦) ، فأما الزانى [البكر]^(٧) فحدد فيه سنة لأن [فى]^(٨) الحديث : « البكر بالبكر [ق/ ٢٢١ أ] جلد مائة وتغريب عام »^(٩) ، فقد حد فى

(١) أخرجه : البخارى (٢٥٠٦) من حديث زيد بن خالد رضى الله عنه

(٢) تقدم تخريجه .

(٣) أخرجه : البخارى (٢٠٤٦) ومسلم (١٧٠٤) من حديث أبى هريرة وزيد بن خالد رضى الله عنهما .

(٤) فى أ : يريد لأن .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى أ : تظهر توبته ويعرف ذلك منه .

(٧) سقط من ج .

(٨) سقط من أ .

(٩) أخرجه : مسلم (١٦٩) من حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه .

تغريبه عاماً ، ولا يرد المحارب إليه لأنه أظهر فعله وجاهر به ، والزانى مستتر فأمرهما مختلف ، ولأن مضرته شاملة للناس فوجب ألا يخرج إلا بتوبة عن الفعل الذى فعل ، وأما الزانى ففعله لا يعده والمزنى بها وليس ذلك ضرراً شاملاً فوجب أن يكون الحد الموجب لإخراج المحارب ظهور التوبة منه ولا يحصر سجنه بأمد ، فاعلم ذلك .

قال فى « كتاب ابن المواز » : وأحب إلى أن تحسب السنة للزانى من يوم يصير فى الحبس ، قال : وتكون النفقة فى حمل الزانى والمحارب وحبسهما وكراؤهما على أنفسهما من أموالهما ، فإن لم يكن لهما شئ ففى مال المسلمين .

قال بعض شيوخنا من القرويين : مسألة الذى تقادم مكته مع زوجته فشهد عليه بالزنا ، فقال : ما جامعتها ، ومسألة كتاب النكاح الثالث : إذا أخذت تزنى بعد إقامتها مع زوجها عشرين سنة .

السؤال فيهما مختلف وذلك أن مسألة كتاب القذف هذه إذا أخذ يزنى بعد مكته طويلاً مع زوجته ليس فيها دعوى من أحد الزوجين الوطئ ، فلذلك قال : إن لم نعلم وطئه بولد ظهر أو إقرار لم يرجم ، ومسألة كتاب النكاح فى التى زنت بعد إقامتها مع زوجها عشرين سنة ذكر فيها أن الزوج مقر بالوطئ ، فلذلك أوجب حدها ، والله أعلم .

وقال غيره من شيوخنا القرويين : بل قد يحتمل أن يكون الطول فى مسألة كتاب الحدود من المقدار الذى وقته فى كتاب النكاح ، ويحتمل أن يكون اختلاف قول كما قال يحيى بن عمر ، والله أعلم .

قال عبد الحق : وبعض الناس يفرق بين المسألتين ويقول : لما طال الأمر ولم تقم المرأة على زوجها دل أنها وطئت إذ لو لم يكن ذلك لم تترك القيام فى أغلب الحال ، فلذلك حدت إذا طال الأمر كما قال فى كتاب النكاح ، وفى مسألة كتاب الحدود إذا كان الزوج هو الذى زنى فليس من شأنه أن يظهر الوطئ فصارت شبهة تنفى عنه الحد حتى يعلم دليل الوطئ بالأسباب التى شرط .

وليس هذا عندى بشيء والتفريق الذى فرق ينعكس على [هذا] (١) القائل فى الزوج إذا كان هو الزانى ، يقال له أيضاً : ترك زوجته للقيام عليه ، دليل أن الوطئ كان ، فليس ما قال بشيء ، والله أعلم .

اعلم أنه إذا رجع واحد من شهود الزنا بعد أن رجم الزانى وهم خمسة فأكثر ، لا شئ على الراجع لأن الحد يقوم بمن بقى وهم الأربعة الباقون ، فأما إن رجع واحد من الأربعة بعد ذلك فيغرم هو والأول ربع الدية بينهما نصفين ، وإن كانوا جماعة للذين رجعوا قبل رجوع واحد من الأربعة فذلك بينهم بالسواء مع الراجع يشتركون [فى ذلك] (١) ، فإن رجع آخر فعليه وعلى من رجع قبله نصف الدية بينهم بالسواء على هذا المعنى ، فاعلم .

وقد ذكر ابن المواز ما قلناه .

[قال عبد الحق] (٢) : اعلم أنه من قذف مجبواً فقال له : يا زان ، فإن كان قد جب قبل أن يحتلم لم يحد قاذفه ، فأما لو جب فى كبره يحد ، وليس يفترق هذا فيمن شهد عليه بالزنا [فأصابوه] (٣) مجبواً هاهنا لا يحد الشهود كان قد جبَّ قبل احتلامه أو بعد احتلامه لأنهم إن رأوه يزنى قبل جبابه فشهادتهم عليه جائزة ، وإن قالوا : رأيناه يزنى بعد جبابه فلا حد عليهم لأنه لم يكن ممن يزنى إذ ليس معه آلة الزنا .

وقد سألت عنها بعض شيوخنا من القرويين فقال نحو ما ذكرته : أنهم لا يحدون إذا كان جبابه قبل تاريخ الشهادة ، بخلاف من قال لمجبوب : يا زان ، وقد كان قد جب بعد احتلامه ، وخالف هذا بعض شيوخنا من القرويين ورأى المسألتين سواء ، وليس ذلك بصحيح ، والله أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إذا شهد [اثنان] (٤) أنه زنى بها وشهد اثنان أنه إنما كان بين فخذيها فيحد الشهود على الزنى ويعاقب المشهود عليه بشهادة الرجلين اللذين قال : كان بين فخذيها ، بخلاف إذا انفرد واحد [فشهد بأنه كان بين فخذيها] (٥) لأن الواحد لا يقوم به الأدب فى هذا والشاهدان [فى هذا

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) فى أ : ثم أصابوه .

(٤) فى أ : شاهدان .

(٥) سقط من ج .

يجوزان [(١) ويؤدب بشهادتهما وهذا بين .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا زنى الكافران وهما عبدان لرجل مسلم

لا يردان إلى أهل دينهما وهما للمسلم فهذه حرمة يمنع من ردهما إلى [أهل] (٢) الكفر ، وإنما يردان إلى أهل دينهما إذا كانا من أهل الذمة ليسا لمسلم .

وقال فى مسألة من أفاض زوجته قوله : عليه ما شأنها ، معناه أنها تقوم لو كانت أمة بغير ذلك الشين وتقوم بذلك الشين فإن كان [ق/٢٢٢ أ] النقصان الربع أخذت ربع الدية أو الخمس فخمس الدية ، هكذا إنما يجعل ذلك النقصان جزاء فيؤخذ من الدية قدره .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إن جهل الإمام وأقام الحد على السكران قبل

أن يصحو مضى ذلك ولا يعاد عليه ، يريد : لأنه يجد ألم ذلك [الذى فعل به] (٣) بعد صحوه والحد إنما هو من باب الردع والعقوبة ، فذلك يناله ضرره بعد صحوه كما قلنا فلا يعاد عليه ، والله أعلم .

وقال : إذا شهد على المرأة بالزنا لم تمهل للاستبراء حتى يكون حملاً ظاهراً ، فحينئذ يتوقف عن رجمها حتى تضع ، بخلاف إذا زنت من لها زوج مرسل عليها هاهنا تستبرأ ثم بعد ذلك ترحم .

والفرق بين ذلك : أن طالب النطفة هاهنا قائم وهو الزوج الذى له الحجة فى [نسبه] (٤) ولا طالب فى المزنى بها فرجمت إلا أن يكون الحمل ظاهراً كما قدمنا ، والله أعلم [ق/١٠٣ ج] .

تم كتاب الحد فى الزنى بحمد الله وحسن عونه

(١) سقط من أ .

(٢) زيادة من أ .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى ج : نسله

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
كتاب القذف

قال بعض شيوخنا من القرويين : إنما لم يحد من جمع بين المرأة وعمتها أو خالتها ومن جمع بين الأختين من الرضاع لأن هذا تحريم بالسنة وليس محرم بالكتاب، وأما جمعه بين الأختين من النسب فيحد فيه لأن ذلك منصوص في الكتاب، وهذا أصل يعتمد عليه أن ما كان محرماً بالكتاب [فهو]^(١) الذي يحد فيه وما كان من تحريم السنة فلا يحد فيه .

قال : الفرق بين الذى يطأ أمة ويدعى أن سيدها باعها منه فيجب على ربها اليمين فينكل أن الحد يسقط عن الواطئ إذا حلف فقضى له بها ، وبين الذى يسرق متاعاً من دار رجل ثم يقول : حلفوا رب المتاع أنه ليس لى ، فينكل عن اليمين ، أن القطع لا بد منه ، وإن حلف السارق واستوجب المتاع ، أنا وجدنا الوطئ كان مباحاً أو محظوراً إنما شأن الناس الاستتار به لا إعلانه والسرقه فهى التى يستتر بها واستساراه دليل أن المأخوذ ليس له ، فلذلك وجب القطع ، والله أعلم .

[**قال عبد الحق**]^(٢) : إن قيل : لم قال : إذا وطئ أحد الشريكين الأمة فلم تحمل ليس لشريكه إذا لم تقوم عليه أن يتبعه بما نقص الأمة [وقد]^(٣) قال فى المتعدى على ثوب يفسده فساداً كثيراً أن لربه إمساكه والرجوع بما نقصه ، فما الفرق بين المسألتين وقد وجبت له القيمة فيهما جميعاً فتركها ويمسك ؟

فالجواب : أن ابن القاسم قد اختلف قوله فى الثوب إذا أفسده كثيراً ، فقال مرة : ليس له ما نقص إذا أمسك ، ومرة رأى ذلك [له]^(٤) فجوابه فى مسألة الأمة على القول الذى يرى أنه لا يكون لها ما نقص إذا [أمسك الثوب]^(٥) والله أعلم .

(١) فى أ : فهذا .

(٢) سقط من ج .

(٣) زيادة من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) فى أ : تمسك بالثوب .

وأعرف أن بعض شيوخنا من القرويين قال [لى] (١) هذا عندما سألته [عن ذلك] (٢).

فإن قيل : لم كانت القيمة على الشريك الواطئ يوم الوطئ أو يوم الحمل كيف شاء الشريك ، والشريك إذا أعتق شقصاً إنما يغرم قيمته يوم الحكم لا يوم العتق ولا يجبر شريكه عليه والحمل فهو يجر إلى العتق ؟

فالجواب : إن وطئ الشريك وطئ عداء فأشبهه أن يكون الجواب فيه كسائر المتعدين الذين إنما تتعلق عليهم القيمة يوم العداء لا يوم الحكم ، وليس المعتق شقصاً من عبد [أو أمة] (٣) بينه وبين رجل مما يقال فيه : إنه تعدى وفعل ما لا يجوز ، فهذا مفترق ، والله أعلم .

اعلم أن مسألة الأمة يعتق الشريك جميعها مأخوذ [فيها] (٤) من وجوه : من ذلك قوله : ليس للشريك أن يعتق نصيبه إذا كان معتق جميعها موسراً ، وهذا خلاف أصلهم فيمن أعتق شقصاً [له فى عبد] (٥) لأن للشريك أن يعتق أو يقوم ولا يفترق ذلك فى القياس لعتق الشريك جميعها لأن عتقه إنما هو متسلط على ما يملك منها لا على ما لا يملك ، ويلزم على هذا الجواب الذى وصف أن تكون القيمة على المعتق يوم أعتق لا يوم الحكم ، وهذا أيضاً خلاف أصلهم .

وقوله أيضاً : يحد الواطئ إذا كان شريكه المعتق موسراً ، ضعيف لأن نصيبه على ملكه حتى يقوم ، وهذا جرى فيه على باب واحد فى نفاذ الأمر بالعتق ، لكنه أضعف ذلك بقوله : إذا كان المعتق موسراً ، فلم يؤخذ بالقيمة حتى عدم ، ففرق بين كون الشريك غائباً أو حاضراً ، فهذا لم تمر فيه على ما تقدم ، وكان ينبغي على أصل ما تقدم أن لا يفترق كون الشريك حاضراً ولا غائباً لأنها قد فاتت بعتق جميعها لما كان المعتق موسراً ووجب نفاذ العتق ، فلا يراعى ما وصفنا ، [كذا] (٦) يلزمه ،

(١) زيادة من أ .

(٢) فى أ : عنه .

(٣) سقط من ج .

(٤) فى أ : منها .

(٥) سقط من ج .

(٦) فى أ : كذلك .

والله أعلم .

اعلم أنه إذا وطئ مكاتبه بينه وبين رجل فوجب عليه [ق/٢٢٣ أ] ما نقص الوطئ يكون عليه ذلك لشريكه ويقاصه فيها في آخر الكتابة كجناية الأجنبي عليها أنها تقاصص بأرث الجناية ، وأما ما ناب الواطئ فساقط عنها إذا أكرهها ، ولو لم تحمل لم تقوم على الواطئ لأنه يصير نقلاً للولاء ، وكذلك [المدبرة] (١) إذا وطئها فلم تحمل لا يقومها الشريك الذي لم يطاءً على الواطئ لأنه يصير نقل ولاء ، بخلاف الأمة التي لا عقد للعتق فيها ، وإذا حملت هذه المكاتب المشتركة ليس لها أن تعجز نفسها إذا كانت لها مال لانتقال الولاء كما وصفنا ، بخلاف المكاتب التي لا شرك فيها هذه لها أن تعجز نفسها إذا حملت من وطئ السيد ، وإن كان لها مال ظاهر ، ونحو ما [قدمت] (٢) حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين وهو بين كله ، والله أعلم .

[قال عبد الحق] (٣) : قول ابن القاسم في مسألة من قال لعبده : لست لأبيك ، وأبوه مسلم وأمه كافرة أو أمة : أنه يحسد لأنه حمل أباه على غير أمه ، يريد : كأنه قال له : لست لأبيك من أمك لكن أبوك [أولئك] (٤) مع غيرها ، فقد رمى أباه بالزنا ، كذا يصح قوله : لأنه حمل أباه على غير أمه ، والله أعلم .

اعلم أنه إذا نفى رجلاً من أبيه كان على النافي الحد إذا كان المنفى حراً مسلماً كان أبواه حريين مسلمين أو عبيدين أو نصرانيين ، ذلك سواء وهو قول مالك وأصحابه ، فإن أراد المنفى أن يعفو عن الذي نفاه نظره فإن كان أبواه عبيدين أو نصرانيين كان ذلك له ولم يكن لأبويه في ذلك [شيئاً] (٥) ، وإن كان أبواه حريين مسلمين كان لأبويه أن يقوموا بحدهما على من نفى ولدهما لأنه قطع نسبه من أبيه وزنى أمه ، وكذلك إن كان أبوه حراً مسلماً وأمّه نصرانية أو أمة ، كان لأبيه أن يقوم بحدّه على من نفى ولده منه ، ولأنه حمل أباه على غير أمه فصار قاذفاً لأبيه ، ولو

(١) سقط من ج .

(٢) في أ : تقدمت .

(٣) سقط من ج .

(٤) في أ : ولدك .

(٥) في أ : قول .

كان أبوه عبداً وأمه حرة مسلمة كان لها أن تقوم بحدها على من قال لولدها : لست لأبيك ، وإن كان ولدها قد عفا عنه لأنه رماها بالزنا حين قال لولدها : لست لأبيك ، ولو كان إنما قال رجل [لعبده أو لغير عبده] (١) : لست لأبيك ، فإنه ليس في قطع نسب العبد حد ، فإن كان أبوا العبد عبيدين أو نصرانيين فإنه لا حد على من قال ذلك له ، وإن كان أبواه حرين مسلمين فعلى قائل ذلك له الحد ، وكذلك لو كانت أمه حرة مسلمة وأبوه عبداً فكان على قائل ذلك له الحد تماماً لأنه زنى أمه حين قال لابنها : لست لأبيك ، ولو كانت أم العبد أمة أو نصرانية وكان أبوه حراً مسلماً فقال له رجل : لست لأبيك ، فقال ابن القاسم : يحد قائل ذلك له .

قال : لأنه إذا قال ذلك للعبد فقد حمل أباه على غير أمه فصار قاذفاً لأبيه ، وذكر ابن القاسم أنه سأل مالكا عنها فأبى أن يجيبه فيها بشيء .

وذكر ابن المواز عن أشهب أنه قال : لا حد عليه لأن الابن عبد ولا حد في نفيه ولم يقذف الأب الحر ولم ينفه من نسبه ، وكذلك روى ابن حبيب عن ابن الماجشون أنه لا حد عليه ، قال : لأنه ليس في نفي نسب العبد من أبيه حد لأنه لا حرمة له .

تم كتاب القذف بحمد الله وحسن عونه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
كتاب الأشربة

قال [ابن] (١) الجهم : قوله : لا يخلط البسر والرطب ولا التمر والزبيب [فينبذان] (٢) لنهى النبی علیه السلام عن ذلك ، فهذا على التنزه ولو فعله فشربه قبل أن يشتد لما كان به بأس وإنما نهى عن ذلك لأنهما إذا اجتمعا أعان كل واحد منهما صاحبه على سرعة الشدة ، وإذا كان كل واحد منهما على حدة لم تسرع الشدة إليه .

اعلم أنه إذا كان الشيطان يصلح أن ينبذ كل واحد منهما على حدته لم يصلح جمعهما فى الاتباز ، وإن كان أحدهما يصلح أن ينبذ الآخر لا يصلح أن ينبذ أو جميعاً لا يصلحان فجمعهما جائز .

قال أبو محمد فى « النوادر » : وقيل : لا بأس أن يخلط شراب ورد وشراب بنفسج ويشربان لأن أصلهما واحد وهو السكر .

قال عبد الحق : وقع فى بعض الروايات أن (خلط العسل [ق/١٠٥ ج] بنبيذه لم يصلح) بزيادة الهاء .

قال لى بعض القرويين : الهاء هاهنا عائدة على الرجل الذى خلط ذلك ، وليس يعنى خلط العسل بنبيذ العسل ، وفى رواية أخرى (خلط العسل بنبيذ) .

فقال سحنون : وذلك إذا كان بنبيذ غير عسل وأما إذا كان بنبيذ عسل فلا بأس أن يجعل فيه العسل .

اعلم أنه إذا شهد رجلان على رجل أن الذى به رائحة خمر ، وشهد آخران أنها ليست رائحة خمر ، فإنه يحسد ، كقوله فى كتاب السرقة إذا اختلف المقومون فى قيمة السرقة : فقومها بعضهم بأقل من ثلاثة دراهم ، وقال آخرون : بل قيمتها ثلاثة دراهم ، فقال : إذا اجتمع عدلان بصيران أن قيمتها ثلاثة دراهم وجب القطع بذلك فيما وصفنا ، والله أعلم . [ق/٢٢٤ أ]

تم كتاب الأشربة بحمد الله وحسن عونه

(١) فى أ : أبو .

(٢) فى أ : فينبذ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الجنایات

قال بعض القرويين فى العبد الجانى : إذا بیع فافتكه المشتري ورجع بأقل كما ذكر فى « الكتاب » عهدته يجب أن ينظر فيها ، فإن كان افتكه بأقل من الثمن فعهدته على البائع ، وإن افتكه بمثل الثمن فأكثر فعهدته المشتري على أهل الجنایة [لا] (١) على البائع ، وذلك أنه إذا افتكه بأقل من الثمن [وقد] (٢) بقى بيد البائع فضل وهو قد رضى بتمام البيع فكانت العهدة عليه ، وإذا افتكه بمثل الثمن فأكثر فلم يبق فى يد البائع من الثمن شئ يحتج عليه به فى إيجاب العهدة عليه ، والله أعلم .

قال عبد الحق : وسألت بعض شيوخنا من القرويين عن قوله فى هذه المسألة فى العبد الجانى إذا بیع فافتكه البائع للمبتاع : رده بالعيب إلا أن يكون البائع بين له العيب ، يريد : فى العمد كما قال غيره .

فقلت : أليس إذا بین للمشتري عند عقد البيع أنه عبد جنى جنایة عمداً يحصل فى هذا البيع غرر لأن المشتري لا يدري هل يقتص منه أم لا ؟

فقال : إنما محمل المسألة إذا جنى عمداً جنایة أتلف بها مالا ليس جنایة فيها قصاص ، ولو كانت جنایة فيها قصاص لكان الأمر كما وصفت ، والله أعلم .

اعلم أنه إذا جنى عبده ثم أعتقه ولم يرد حمل الجنایة قوله فى « الكتاب » : بیاع منه بقدر الجنایة ويعتق ما فضل .

معناه : أن السيد لا مال له ، وأما إن كان السيد ملياً فيقسم عليه عتق جميعه ، وكذلك قال ابن المواز : إنه إذا كان فيه فضل للعتق بعد البيع والسيد ملئ أدى جميع الأرش وعتق عليه ، وينبغى إذا كان السيد موسراً كما وصفنا أن لا يحلف السيد أنه لم يرد حمل الجنایة لأنه يقال له : لو كان كما الأمر [وصفنا] (٣) : أليس إذا أسلمته فبيع بعضه فى الجنایة وعتق باقيه يلزم تقويم جميعه عليك فيلزمه أرش الجنایة شاء أو أبى .

(١) سقط من أ .

(٢) فى أ : فقد

(٣) فى أ : وصفت .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى العبد الجانى يأسره العدو ثم يبتاعه رجل من المغنم : على مذهب ابن القاسم إذا جاء سيده وهو بيد المشتري فيفتكه إن أحب بالثمن الذى أدى فيه مشتريه وبالجناية جميعاً أو يسلمه ، بخلاف ما قال سحنون : إنه إنما يفتكه بالأكثر من الجناية أو الثمن لأنه إذا افتكه بالأكثر وكان فى العبد فضل كثير كيف يستبد بالفضل .

ونص ما لسحنون [فى « المستخرجة »] (١) هو ما أذكره ، قيل لسحنون : رأيت العبد يجنى ويركبه الدين من تجارة وقد كان سيده أذن له فيها فيأسره أهل الحرب ثم يغنمه المسلمون فيصير فى سُهْمَان رجل من المسلمين ، ثم أتى سيده يريد افتكاكه كيف يفتكه ؟ وبماذا يفتكه ؟

قال : يفتكه بالأكثر من أرش الجناية أو مما صار لهذا الرجل فى سُهْمَانه ، فإن كان الذى صار فى سُهْمَانه عشرة دنانير وأرش الجناية عشرون افتكه بالأكثر وهو أرش الجناية ، فيأخذ صاحب السُهْمَان عشرة [دنانير] (٢) وصاحب الجناية عشرة ، فإن كانت الجناية عشرة والذى صار فى السُهْمَان عشرين افتكه السيد بالأكثر وذلك عشرون فيأخذها صاحب السُهْمَان وليس لصاحب الجناية شئ .

قال ابن عبدوس : قال سحنون : وإنما كان على السيد الأول الأكثر ، لأن الجناية قد لزمته قبل أن يؤسر فلا يكون الأسر يبطل ذلك ، وإنما بدى بذلك صاحب السهم لأنه أحدثهم ملكاً .

قال : وإن صار فى سُهْمَان رجل ثم جنى ثم قام ولى الجناية وأبى السيد كان السيد الأول مخيراً بين أن يفتكه بالذى صار فى السُهْمَان ثم أخذ منه المجنى عليه عقل جنائته وكان فضل ذلك للذى صار فى سُهْمَانه ، وإن كان كفافاً فلا شئ له ، وإن كان أرش الجناية أكثر مما صار له فى [السهم] (٣) افتكه بالأرش وكان ذلك للمجنى عليه ، وإن أبى السيد الأول أن يفتكه بذلك خير الذى صار فى [سهمه] (٤) فإن

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : السُهْمَان .

(٤) فى أ : سُهْمَانه .

شاء أسلمه إلى صاحب الجرح ، وإن شاء افتكه منه بعقل جرحه وبقي [له] (١) وفي يديه ، قال : وإن جنى ثم صار فى السُّهمان ثم جنى فإن بعضهم لا يدخل على بعض والآخر منهم مبدى .

قال بعض شيوخنا من القرويين فى العبد الموصى به فجنى قبل موت السيد : إن افتكه السيد وقيمه أقل من الأرش أو أسلمه وقيمه أكثر من الأرش فذلك محابة يكون ذلك فى [ثلث] (٢) السيد .

ولهذا قال سحنون فى المسألة : إذا اعتدلت قيمة رقبة وجنايته ، يريد : إذا كانت [ق/ ٢٢٥ أ] الجناية خطأ ، ولا يراعى ذلك إذا كانت عمداً .

قال ابن المواز فى العبد الموصى بعته يجنى فلا يقوم ولى الجناية إلا بعد موت السيد [فيفتكه] (٣) الورثة ، قال : أسقط قيمته العبد من مال الميت فى قول ابن القاسم ثم يكون ما بعد هو ماله ، فإن كان فداؤه بالثلث فأدنى عتق كله ، وإن فدوه بأكثر عتق منه قدر ثلث الميت بعد إسقاط العبد من مال الميت .

قال محمد : كأنهم ابتاعوا رقبة من مال الميت ، فإن اشتروه بثلث الميت غير العبد عتق وكأن العبد استحق وليس له ، وإن اشتروه بأكثر لم يعتق منه إلا ما حمل الثلث .

إن قيل : لم إذا خير السيد فى المدبر الجانى والمعتق إلى أجل بين أن يفتك أو يسلم الخدمة فاختر إسلام الخدمة يخدم المجنى عليه ويقاص المدبر والمعتق إلى أجل فى الأرش ، [فإن استوفى مقدار الأرش] (٤) رجع المدبر والمعتق إلى أجل إلى السيد ، وهلا كان للمجنى عليه أن يخدم المدبر إلى موت سيده ويخدم المعتق إلى أجل إلى انقضاء الأجل ، لأن السيد يملك الخدمة فى [المدبر] (٥) إلى الموت ويملك الخدمة فى المعتق إلى أجل إلى الأجل فقد سلم ما يملك فلم يقاص بالخدمة فى الأرض ، وهلا كان ذلك كالعبد الذى لا عقد عتق فيه أنه إذا خير فيه السيد فأسلمه

(١) زيادة من أ .

(٢) فى أ : يدى .

(٣) فى أ : فيفديه .

(٤) سقط من أ .

(٥) فى أ : التدبير .

يكون للمجنى عليه رقبته ، وإن كان فى رقبته فضل عن الأرش لو بيع لم يلتفت إلى ذلك وكانت له رقبته فوزان هذا فى المدبر والمعتمق إلى أجل [أن] (١) يكون للمجنى عليه [ق/١٠٦ جـ] الخدمة حتى ينقضى حق السيد منها ولا يأخذ منها مقدار الأرش ؟

فالجواب : أنا لوجعلنا للمجنى عليه الخدمة حتى ينقضى حق السيد [منها] (٢) ويجعل تسليم الخدمة كتسليم الرقبة كما تقدم لم يخل إذا أسلم ذلك من أحد ثلاثة أوجه :

إما أن لا يكون للمجنى عليه غير تلك الخدمة وإن كان قد بقى من أجل عتق المعتق إلى أجل أيسر شىء أو مات سيد المدبر أيضاً فى أقرب مدة أو تكون له الخدمة ويطلب بما بقى له من الأرش إذا بقى له شىء أو يطلب بالأرش كاملاً ، فأما أن يجعل للمجنى عليه حق السيد فى الخدمة فقط لا غير فهذا لا يستقيم إذ قد يبقى من الأجل أيسر شىء كيوم ونحوه أو يموت سيد المدبر بعد التسليم قبل أن ينتفع هذا المجنى عليه بشىء فمحال أن يبطل أرش جنايته ، وإن جعل للمجنى عليه مطالبة السيد بجميع الأرش ، فهذا لا يستقيم أيضاً لأن السيد قد أسلم ما كان يملك منه فلا يطلب بغير ذلك ، ولا يطالب العبد أيضاً بالجميع لأنه قد أسلم فيه ما كان يملك السيد فيصير المجنى عليه يملك شيئين ما أسلمه السيد وجميع [أرشه] (٣) فهذا أيضاً غير مستقيم ، فإذا بطلت الوجهان بما وصفنا لم يبق إلا الوجه الثالث وهو أن يطالب العبد بما بقى له من الأرش إن بقى له منه شىء ، فإذا كان يطالبه بما بقى وجب إذا استوفاه والسيد حتى ألا يكون له غير ذلك ويرجع المدبر إلى السيد والمعتق إلى أجل ، كذلك إذا بقى من الأجل شىء بعد استفاء الأرش [رجع] (٤) إلى السيد يخدم فيما بقى ، هذا الوجه عندي فى ذلك ، والله أعلم .

اعلم أن ما وقع فى « الكتاب » فى مسألة المدبر تجتمع عليه الجناية والدين : إلا أن يزيد أهل الدين على قيمة الجناية ، وفى موضع آخر : إلا أن يفدوه بالأرش .

(١) فى أ : و .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : الأرش .

(٤) فى أ : يرجع .

إنما ذلك راجع إلى ما فسره ابن المواز وهو : أنهم إذا افتكوه بالأرض فقط ولم يزيدوا عليه ، فإذا بيع وفضل عن الأرش فضل يكون ذلك الفضل في دينهم ، وإن فدوه بزيادة كان الفضل عن الأرش لهم ولا يحاسبون به في دينهم لأنهم يصيرون كأنهم ملكوه بتلك الزيادة ففضله لهم ، فليس في ذلك تناقض ولا اختلاف قول ، وإنما يختلف الوجهان على ما بينا ، والله أعلم .

وقوله : يزيدوا على الأرش .

مثال ذلك : أن يكون الأرش خمسون ديناراً ، فيقولوا : نحن ندفع خمسين إلى أهل الأرش ونسقط عشرة دنانير من ديننا عن ذمة الميت ، فهذا الذي يسقطونه من دينهم يصير ذلك كشراء منهم إن فضل عن الأرض شيء كان لهم ولا يأخذونه من دينهم ، فاعلم ذلك .

واعلم أنه إذا كانت الجناية عشرة دنانير والدين عشرة دنانير وقيمة العبد عشرون فإنه لا يباع منه للأرش وللدين ، بل يكون لأهل الجناية جميعه إلا أن يفتكه أهل الدين كما ذكرنا ، فإن كان في قيمته فضل عن عشرين ولو بشئ فهاهنا يباع [منه] (١) للأرش وللدين ويعتق ثلث ما بقى لأنه هاهنا يحصل فيه جزء من الحرية ، فإذا لم يحصل فيه جزء من الحرية فالجناية إنما سبيلها أن تتعلق بجملة الرقبة حتى يفتك الجاني [ق/٢٢٦ أ] وليس حكم جنایات العبيد أن يباع منهم بمقدار الأرش إذا كان في قيمتهم فضل عنها ، بل لو كانت الجناية أيسر شئ هي متعلقة بجملة الرقبة إلا أن يفتك من له إفتك العبد ويؤدى أرش جنایته ، فاعلم ذلك .

فإن قيل : إن هذا العبد المدبر الذي ذكرت أن قيمته عشرون وأرش جنایته عشرة والدين عشرة ، إنما وجب رقة من جهة الدين لا من جهة الأرش لأنه لو انفرد الأرش خاصة ولا دين على السيد وجب ألا يمنع الأرش الواجب من عتق المدبر وأن يتبع ما عتق منه بما يقع عليه من الأرش إن عتق بعضه ، كان الأرش قليلاً أو كثيراً ، فإن كان الموجب لتسليط الرق عليه هو الدين فلم لا يكون لأهل الجناية منه مقدار ما اغترق الدين فقط فيكون لهم في المثال الذي ذكرنا نصفه إذ الدين [قد] (٢) اغترق نصفه ؟

(١) سقط من أ .

(٢) في أ : إنما .

فالجواب عن هذا الاعتراض : أننا لو فعلنا هذا [وأسلمنا] (١) لأهل الجنایة نصف [و] (٢) الدين قد اغترق نصفه وجب أن يعتق في المدبر ما يجب عتقه وذلك لا يصح [فيه] (٣) لبقاء الدين [لأن المدبر لا يصح عتقه مع وجود الدين فإذا لم يصح عتقه مع وجود الدين لم يصح أن يأخذ أهل الجنایة نصفه فقط وأنت أيضاً إن جعلت نصفه لأهل الدين فقط قام أهل الجنایة وجنایتهم أقوى إذا كانت تتعلق بالرقبة فلم لم يصح أن يجعل ذلك المقدار لأهل الأرش إذ العتق لا يصح فيه لبقاء الدين (٤) والدين يمنع من عتقه ، ولم يصح أن نجعل لأهل الدين ذلك المقدار الذي اغترقه [أهل] (٥) الدين لقيام أهل الجنایة فيه على ما وصفنا وجب أن يكون أهل الجنایة أولى بجميعة إلا أن يفتكه أهل الدين ، والله أعلم .

اعلم أن المدبر الذي أعتقه سيده وحلف أنه لم يرد حمل الجنایة إن افتداه بعد ذلك كان حراً .

وقوله في «الكتاب» : يخير بين أن يسلمه أو يفديه مدبراً .

هذا الكلام فيه تقديم وتأخير ، وإنما وجهه : يخير بين أن يسلمه مدبراً أو يفديه ، وهكذا تأول ذلك [أبو] (٦) محمد - رحمه الله - وغيره .

وقول ابن المواز : إن كان السيد عديماً لم يحلف ويسلم المدبر يستخدم في الجنایة .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : ليس هو خلاف لكلام ابن القاسم فإن طراً له مال بعد ذلك فها هنا يقال له : احلف ، لأنه إن نكل أخذ المال في الجنایة كمسألة المخيرة قبل البناء تقضى بالثلاث فيناكرها أنه لا يحلف الآن وإنما يحلف إذا أراد تزويجها لأن اليمين الآن لا فائدة فيها ، وإنما يكون لفائدة ، فتدبر ذلك .

قال في «الكتاب» : فإن لم يكن للسيد مال رد عتقه [وأسلم] (٧) إلى المجروح يستخدمه ، فإن أدى في حياة سيده عتق ولم يلحقه دين استحدثه السيد بعد

(١) في أ : وأعطينا .

(٢) في أ : إذ .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من أ .

(٧) في أ : ويسلم .

عتقه ، وإن لم يوفها حتى مات السيد وقد استحدث بعد عتقه ديناً لم ينظر إلى ذلك [الدين] (١) .

يريد : أن السيد إذا ترك مالاً [أخذه] (٢) أهل الدين يأخذونه ولا يباع لهم المدبر وليس يعتق المدبر في ذلك المال لأن الذي ترك الميت الدين أولى به ، وإنما لا ينظر المدبر في بيع شيء منه في الدين فقط ، وأما مال الميت فلا ينتفع المدبر به بل أهل الدين يأخذونه كما قلنا . قال ابن عبدوس : قلت لسحنون : ولم أعتقت ثلثه بموت السيد وقد مات السيد وعليه دين يغرته والدين يرد التدبير ؟

فقال : لأن الذي رد عتق العبد من أجله إنما هو الجناية فلا حجة لأهل الدين لأن الميت قد أعتقه قبل دينهم ، ويقال لأهل الجناية : قد كان لو لم يعتقه السيد لعتق ثلثه بالتدبير ، فلا يكون العتق الذي عجله السيد لغيره .

قال عبد الحق : قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا في المدبر الجاني على سيده : إذا مات السيد قبل وفاء الأرش فعتق بعض المدبر في الثلث وأتبع حصة العتيق بما يقع عليه ورق باقيه للورثة ، ينبغي أن يكون ما يؤخذ من العبد كمال طارئ يدخل في ثلثه ، وذلك أن المدبر حكمه [أن] (٣) يدخل [في ثلثه وذلك أن المدبر حكمه يدخل] (٤) فيما علمه السيد من المال وما لم يعلمه خلاً أنا إذا أعتقنا منه ثلث ما يقبض [منه] (٥) أولاً وجب أن نجعل على الجزء الذي ازداد في عتقه ما يقع عليه من الأرش ، فكلما اتسع جزء العتق بأخذ ما يؤخذ منه فإنه يجعل على ذلك الذي يعتق مقداره من الأرش ، وهو كلام جيد فتدبره .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا في الأمة الجانية : إذا وطئها السيد عالماً بالجناية [فحملت] (٦) ولا مال له ، إنما تسلم لأهل الجناية إن لم يكن فيها فضل

(١) سقط من ج .

(٢) سقط من ج .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من ج .

(٥) سقط من أ .

(٦) سقط من أ .

عن الأرش ، فأما إن كان فيها فضل بيع منها بقدر الأرش والباقي بحساب أم ولد .
يريد : على أحد الأقاويل .

قال : وهذه الأمة الجانية لا بد أن تستبدأ وإن لم يظهر بها حمل [ق/٢٢٧ أ]
كانت وحشا أو غير وحش ولا تهمة على السيد فى هذا إذا أقر بالوطئ ولا بد من
استبرائها .

قال بعض [ق/١٠٧ ج] القرويين : وإذا حملت فالقيمة إنما تكون يوم الحمل
لا يوم الحكم ، لأنها حيثئذ فاتت بالحمل .

قال : وإذا كان لها مال قومت بمالها عند ابن القاسم وغيره ، بخلاف أم الولد
التي اختلفا فى تقويمها بالمال إذا جنت .

والفرق بينهما : أن هذه تعلقت الجناية برقبته ومالها ، والوطئ الذى حملت منه
[حادث منع من رقبته]^(١) فلا بد أن يقال : كم قيمتها بمالها ؟ لأن الرقبة والمال قد
كان وجب أن يسلم ، وأم الولد الجانية ولها مال من حيث جنت ممنوع من رقبته
فوقع الاضطراب فى قيمتها بمالها ، فاعلم أن المسألتين مفترقتان .

واعلم أنه إذا وجب تسليم الأمة وقد حملت لكون الواطئ عديماً وعلمه بالجناية
لا شئ عليه فى قيمة الولد ، وأما مسألة الابن يطأ من تركه أبيه أمة وتبادر الغرماء
فيلزمه قيمة الولد .

والفرق بين ذلك : أننا وجدنا فى الأصل الأمة الجانية لا تسلم فى الجناية بولدها
وإن كان حادثاً بعد جنائتها وتباع فى الدين مع ولدها ، فحكم ذلك مفترق ، والله
أعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإنما ألزمه الأرش فى هذه المسألة إذا وطئ
علماً بالجناية ولم يقل فيها : يحلف أنه لم يقصد التزام الأرش كما قال : إذا أعتق
العبد بعد الجناية أنه يحلف ما قصد تحمل الأرش لأنه إذا أعتقه يحتج بأن يقول :
أردت أن يكون متبوعاً بالأرش فى ذمته ، وفى مسألتنا لا حجة له لأنها بعد حملها

(١) فى أ : فمنع من رقبته من أجله عادت .

هو مخاطب فيما [يطرأ]^(١) من جنائتها فلا [مقال له]^(٢) ، والله أعلم .

واعلم أن الذي وطئ الأمة من تركة أبيه فحملت إنما يكون عليه الأقل من قيمتها أو الدين ، وإن وطئها عالماً بالدين فلا يلزمه الدين كله كما يلزمه الأرش كله في الأمة الجانية . يطأها سيدها عالماً بالجناية لأن الدين لا يتعلق بعينها خاصة ، وإنما حكم ذلك أن تباع فيدفع للغرماء ثمنها ، فإذا كان ثمنها أقل من الدين فهو الذي أتلف على الغرماء فلا يلزمه غيره ، وإذا كان دينهم أقل فلا حجة لهم ، وأما الجناية فهي متعلقة بالرقبة ولو هلكت الرقبة بطلت الجناية ، فإذا وطئ عالماً بحنائتها عد ذلك منه رضاً بتحمل ما يتعلق بعينها من الأرش ، والله أعلم .

إن قيل : لم إذا عفى عن الحر القاتل عمداً على أن تؤخذ منه الدية لا يخير على قول ابن القاسم وإذا عفى عن العبد القاتل عمداً على أن يؤخذ كان ذلك للعافين وخير السيد بين إسلامه وافتكاكه بالأرش ، وفي كلتا المسألتين إنما وجب دم .

فالفارق بين ذلك - والله أعلم - : أن العبد سلعة من السلع ومال يتملك فلما جاز قتله جاز أخذه رقاً ، والحر ليس بشيء يتملك فلم يجز الانتقال إلى أخذ ماله إلا بطوعه .

وأيضاً فإن الحر يقول : يبقى مالي لورثتي لأنه مأمور بالإبقاء على الوارث ولا حجة لسيد العبد لأنه إن قتل أو أخذ ذلك عليه سواء لأنه يزول عن يده في الوجهين . والحر أيضاً يقول : أنا أرجو أن يكون في الفوت كفارة لي ، فلهذا ونحوه لم يأخذوا ماله ولا حجة لسيد العبد في العقد بما وصفنا فأمرهما مفترق ، والله أعلم .

قال بعض القرويين : إذا باع عبداً أو دلس على المشتري بسرقة فسرق عنده [فقطع]^(٣) أو سرق من غير حرز فلم يقطع إلا أنه استهلك السرقة فبقيته في ذمته رده إن شاء ولا شيء عليه ، وإن لم يدلس البائع لم يرده إلا بما نقص القطع ، وكذلك إن سرق من غير حرز واستهلكها لم يكن [له]^(٤) سبيل إلى رده حتى يفديه من جنائته ، وإن كان إنما سرق من سيده الذي اشتراه فإن كان البائع مدلساً رده

(١) في أ : طراً عليه .

(٢) في أ : يقبل منه .

(٣) في أ : فقطعت يده .

(٤) سقطت من ج .

إن شاء وكانت السرقة ديناً في ذمة العبد ، وإن كان البائع غير مدلس لم يكن له في ذمة العبد شيء ، فإن شاء أمسكه ولا شيء [له] (١) وإن شاء رده ولا شيء عليه .

قال بعض شيوخنا من القرويين في العبد يقر سيده أنه كان أعتقه وقد جنى الآن عليه رجل جناية خطأ : إن كانت هذه الجناية تبلغ ثلث الدية فأكثر فلا يلزم الجاني شيء لأن السيد إن كان قد صدق أنه أعتقه فيما مضى فالدية لا تتعلق على الجاني ، وإنما تلزم عاقلته ، وإن كان السيد قد كذب فيما قال فإنما يلزم الجاني ما نقص العبد والسيد قد نفى ذلك بقوله : إنه حر ، فلم يجب على الجاني شيء ، وأما إن كانت جناية الخطأ دون [ثلث الدية] (٢) يلزم [الجاني] (٣) الأقل من دية ذلك أو مما نقص من قيمته عبداً يدفع ذلك للعبد [لا للسيد] .

وأما إن كانت جناية الأجنبي عمداً فيدفع ما نقص العبد [(٤) وهذا الوجه الذي قال فيه نظر لأن السيد [ق/٢٢٨ أ] إن كان صدق فإنما يلزم الأجنبي القصاص ، وإن كان قد كذب فإنما عليه ما نقص العبد والسيد قد دفع ذلك ونفاه عن نفسه ، فالجواب في الخطأ فيما يظهر لى ينقض عليه ما قال في العبد وقد اعترضت عليه بما ذكرته فلم يذكر أمراً بيناً ، فتدبر ذلك .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : إذا عجز المكاتب عن الأرش وأداه عنه سيده نظرت ، فإن كان على أن لا يرجع عليه بما أدى بقى على حاله مكاتباً لأن الجناية سقطت بدفع الأرش فيبقى على حاله مكاتباً ، وأما إن أدى ذلك عنه السيد على أن يطلبه به فعلى مذهب من يرى أنه يجبر عبده على الكتابة يجوز ذلك ويكون هذا ككتابة من السيد مبتدأة ، وعلى مذهب من يقول : لا يجبر [على الكتابة العبد] (٥) فقد صار رقاً بالعجز عن أداء الأرش ، وليس للسيد أن يفعل ما وصفنا فيصير قد جبره على كتابة ابتدأها ، والله أعلم .

وقال : إذا باع المكاتب أم ولده من غير خوف عجز فأما على القول الذي يراها

(١) في أ : عليه .

(٢) في أ : الثلث .

(٣) سقط من أ .

(٤) سقط من أ .

(٥) في أ : عبده على الكتابة .

أم ولد له إذا عتق فينبغي أن يرد البيع فيها إلا أن تفوت بشئ من عقود الحرية ، فيمضى ذلك فيها لأنها إن ردت قد يحصل لها ما ذكرنا بأداء المكاتب أو لا يحصل فالأولى تركها لحصول ما اتعقد فيها ، وأما على قوله لا تكون أم ولد للمكاتب إذا عتق فهذه لا يرد بيعها وينفذ ، والله أعلم .

قال أشهب في ولد المكاتبه يجنى عليه السيد فيقتله : إذا [كان] (١) في قيمة الولد فضل عن الكتابة أخذت الأم ثلث ما فضل وهو مورثها منه ويسقط عن السيد ثلثه إن كانت جنايته خطأ ، وإن كان القتل عمداً لم تسقط عن السيد منه شئ وغرم الجميع فكان فضل ذلك لأولى الناس به بعد السيد .

وهذا قول فيه نظر ، لأن القيمة التي تجب على السيد كالدية فلا ينبغي أن يرث منها شيئاً لأن قاتل العمد والخطأ جميعاً لا حظ لهما في الدية .

وقد أنكر قول أشهب هذا بعض شيوخنا من أهل بلدنا وقال : العمد والخطأ سواء إنما يكون [الباقي] (٢) بعد [مورث] (٣) الأم لأولى الناس بالسيد ، والله أعلم .

قال ابن المواز في مسألة الجاني على مكاتب مكاتبه وهو عديم : يباع عليه كتابة مكاتبه فيما وجب عليه لمكاتبه من قيمة مكاتبه المقتول ويكون المكاتب مكاتب لمن اشتراه على حاله .

قال : وإن عجزت كتابته عن قيمة المقتول فيتبعه مكاتبه [المبيع] (٤) بما بقى له عليه من ذلك ديناً وهو عند الذي اشتراه ، وإن أراد المكاتب نفسه أن يشتري كتابة نفسه بما وجب على سيده فذلك له ويكون أحق بذلك ويخرج بذلك حراً .

قال عبد الحق : هذا الذي ذكره ابن المواز موافق لما قال غير ابن القاسم في [ق/١٠٨ ج] مسألة كتاب أمهات الأولاد : إذا وطئ الرجل أمة مكاتبه فحملت ، فتدبره .

(١) في أ : كانت

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : موت

(٤) في أ : المباع .

وعلى قول ابن القاسم فيها يجب هاهنا أن يغرم السيد القيمة فى اليسر ويقاصه بالكتابة فى العسر وإن كانت القيمة كفاف الكتابة عتق المكاتب ، وإن بقى له [من القيمة بقية] (١) تبع [به] (٢) سيده ، فاعلم ذلك .

إن قيل : لم إذا عجل عتق مكاتبه أو عبده على مال يكون عليه ديناً ثم أفلس لا يدخل السيد مع الغرماء وهو شىء لزم الدية فهلا جرى مجرى من عليه دين من أرش جناية أليس هاهنا صاحب الجناية يحاصص الغرماء ، وهذا فليس أصله بيع ولا قرض؟

فالجواب : إن دين الجانى إنما وجب بسبب جنايته التى هى فعله فأشبهه ما يستحدثه من ديون المبيعات وما قدمنا مال جبر السيد العبد عليه وأوجه فى ذمته لا صنع للعبد فيه ، ففارق حكم ما وصفناه ، والله أعلم .

تم كتاب الجنایات بحمد الله وحسن عونه

(١) فى أ : شىء من القيمة .

(٢) سقط من ج .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ كتاب الجراح

اعلم أن كل جرح لا بد فيه من تربص سنة وكذلك [يحكم]^(١) فيه وإن يرى قبل السنة حتفه أن ينتقض فبمرور الفصول الأربعة عليه يوم أن ينتقض فلا بد من التربص كما ذكرنا .

قال بعض شيوخنا من القرويين : إلى هذا كان يذهب أبو موسى بن مناس رحمه الله .

قال أبو بكر الأبهري وغيره : تفسير الحكومة : أن يقوم المجروح على أنه عبد صحيح ويقوم وبه ذلك الشين فما نقص نقص مثله من دينه .

قال عبد الحق : وقوله فيه الاجتهاد وفيه حكومة سواء ، إنما تفسيره كما ذكرنا . والديات ثلاث : دية الخطأ وهي محبسة ، ودية العمد وهي مربعة ، ودية التغليظ وهي مثلثة .

فدية العمد المربعة هي خمس وعشرون بنت مخاض [ق/٢٢٩ أ] وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جزعة .

وأما دية الخطأ والمغلظة فمذكورة في « الكتاب » وإنما [تجب]^(٢) دية العمد هذه التي ذكرنا إن اصطالحوا على دية مبهمة قضى بهذه ، وإذا عفا أحد الأولياء فجاز على من بقى قضى [له]^(٣) بها أيضاً ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من القرويين في التغليظ على أهل الذهب تقوم فيه أسنان الخطأ وأسنان المغلظة : لو كانت حالة حاضرة الآن ، وليس تقوم أسنان الخطأ على التأجيل ولو روعى هذا فيها كان يراعى أيضاً في المغلظة إن كانت على فقير أو ملى تقوم على حال فقره وملائه فتكون قيمتها على قدر ذلك ودية الخطأ هي مأمونة على العاقلة ، فربما تكون قيمتها لو صنعنا ما ذكرنا أكثر من قيمة المغلظة ، فليس هذا بصحيح ، وإنما تعتبر الأسنان لو كانت حاضرة كلها فيعرف ما زادت المغلظة حسبما

(١) في أ : الحكم .

(٢) سقط من ج .

(٣) زيادة من أ .

ذكرنا .

قال ابن حبيب : التغليظ على أهل [الذهب والورق] (١) ، قلت لأصبغ :
فإن نزل هذا ببلد لا إبل فيه مثل الأندلس ؟

قال : ينظر إلى قيمة الإبل في أقرب البلدان إلى الأندلس .

حكى عن بعض شيوخنا من القرويين في الأب إذا جرح ابنه جرحاً لا قصاص فيه : إن على قول ، مالك فيه التغليظ .

قال : وذلك لأنه لما كان الأدب ساقطاً عن الأب صار التغليظ عوضاً من ذلك والأجنبي يؤدب ، فافترقا لهذه .

وقال عبد الملك : ما كان من جرح لا قصاص فيه فلا تغليظ فيه على الأب كالجائفة والمأمومة ذكر في « الكتاب » في خرم الأنف إذا برئ على عثل ، فيه الاجتهاد .

وقال سحنون : ليس في هذا الاجتهاد لأن الأنف قد جاء فيه فرض مسمى ، فإذا برئ على عثل كان فيه بحساب ما نقص من دينه لأن العثل نقص .

قال عبد الحق : هذا مرجعه عندي إلى وجهين ، إما أن خرم العظم [وسلخ] (٢) المارن ففيه الاجتهاد ، وإن خرم ما دون العظم فذلك الحرم كالقطع فيكون في ذلك بحساب ما نقص من المارن بعد البرء ، وهكذا في كتاب ابن المواز ، وإلى هذا يرجع ما قال ابن القاسم وسحنون لا يخرج عن هذين الوجهين ، والله أعلم .

قال ابن مزين في اختيار نقصان الكلام : يختبر ذلك أهل العدل والمعرفة والتجربة ، فإن قالوا : يقع بنفوسنا أنه ذهب من كلامه نصفه أو ثلثه أو ربه أعطى بقدر ذلك ، وإن شكوا أن يكون الثلث أو الربع أعطى الثلث وكان الظالم أحق [من حمل] (٣) عليه .

قال عبد الحق : على قول من قال : يعمل في ذلك على عدد الحروف ، معناه يقال للمجنى عليه : إلفظ بجميع حروف المعجم فما عجز عنه [ولم يقدر يلفظ

(١) في نج : العتق .

(٢) سقط من أ .

(٣) في أ : بالحمل عليه .

به] (١)، نظر كم هو من جملة الحروف فيعطى من الدية بقدر ذلك وجعل هذا القائل الحروف وإن كان بعضها أثقل من بعض كالأصابع التي بعضها أقوى من بعض واليدين أحكامها متساوية .

[قال عبد الحق] (٢): وقولهم هذا في العمل على عدد الحروف ليس بشيء لأننا وجدنا بعض الحروف لاحظ للسان فيها مثل الهاء والميم والحاء ونحو ذلك .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وجه قول ابن القاسم في التربص بالمقطع الحشفة خطأ ونحوه أنه لما كان قد يتراعى أمره إلى زيادة على الدية أو إلى ديتين ، فإن عجلت [توظيف] (٣) الدية من أجل قطع الحشفة ثم بعد ذلك زاد الأمر وتراعى إلى ما يجب فيه شيء آخر فيستأنف التوظيف ، وأنت لو علمت هذا أولاً ووظفت الجملة قد يجوز أن يكون أرفق بالأولين ويقع عليهم أيسر مما جعل عليهم أولاً عند أفرادهم [توظيف] (٤) واحد أوسع وأرفق بالعاقلة فيستأنى من أجل ذلك ، والله أعلم .

وقال لى غيره من القرويين : إنما قلنا بالاستيناء وإن كان ما أصابه بحملة العاقلة من أجل أنه لا يدرى هل يرتقى ذلك إلى موته ، فيكون الواجب في ذلك يستحقه غيره أو يموت فيكون ذلك له ، فلما قلنا : لا يستحق ذلك ، وجب الاستيناء لهذا ، والله أعلم [(٥) .

اعلم أن الأذن إذا ردت في الخطأ فثبتت لادية فيها ، وإنما شبهها في « الكتاب » بالسنان إذا ردت في وجوب القصاص ، والقصاص هو واجب على كل حال [وإن ثبت] (٦) والذي ذكرنا إنما هو في الخطأ ولا ذكر للخطأ في « الكتاب » إذا رد الأذن فثبتت ، وهو مذكور في غير « المدونة » .

وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن قطع أذن رجل فردها فثبتت فإن عادت لهيئتها فلا عقل له وإن كان في ثبوتها ضعف فله بحساب ما يرى من نقص

(١) في أ : ولم يلفظ .

(٢) سقط من ج .

(٣) في أ : توصيف .

(٤) في أ : فتوصيف .

(٥) سقط من ج .

(٦) سقط من ج .

قوتها .

قيل له : فالسن يطرح ثم يردها فتثبت ؟

قال : يغرم عقلها تماماً .

والفرق بينهما : أن الأذن إذا ردت استمسكت وعادت لهيئتها وجرى فيها الدم ، والسن لا يجرى فيها دمها ولا ترجع كما كانت وإنما ترد للجمال [ق/ ٢٣٠ أ] .

قال ابن مزين : الأضراس عشرون والأسنان اثنا عشر ، أربع ثنايا وأربع رباعيات وأربعة أنياب .

وغير ابن مزين يقول : الأضراس ستة عشر ، ويزيد في الأسنان أربع ضواحك .

وفى كتاب ابن مزين : أن الذى يولد إلى سبعة أشهر ليس يكون له إلا [ثمانية]^(١) وعشرون سناً ، والذى يولد إلى ستة أشهر أو تسعة يكون له اثنان وثلاثون سناً .

اعلم أن بياض العين إذا زال وقد أخذ الدية قبل السنة أو بعدها فإن عليه ردها .

والفرق بين هذا وبين السن إذا ثبتت : أن السن [لا تكاد]^(٢) تعود إلى هيئتها ولا ترجع إلى قوتها وهى قد سقطت وزالت عن موضعها حقيقة وأما البياض فلم يذهب معه النظر ولو ذهب لم يعد ، وإنما كان للناظر ساتراً فزال الساتر ورجع إلى حاله فى النظر فهذا مفترق ، والله أعلم .

والعين الدامعة لا ينتظر بها بعد انقضاء السنة [ق/ ١٠٩ ج] بخلاف العين المنخسفة لأن انخسافها جرح لا بد من برءه فينظر ذلك ، وأما العين الدامعة فقد تبقى على حالها تدمع أبداً وهذا موجود فى الناس من لا يرقأ دمع عينه البتة فلم ينتظر بها شيئاً بعد مرور الفصول الأربعة عليها .

قال : فى ثلاثة أرباع الدية تؤخذ فى ثلاث سنين ، وقال : فى الخمسة أسداس يجتهد الإمام فى السدس [الثانى]^(٣) .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : على هذا القول جعله الأربعة أسداس فى

(١) فى أ : ستة .

(٢) سقط من أ .

(٣) فى أ : الباقي .

سنتين لأنها ثلثا الدية ويجتهد في السدس الباقي على أن يجعله على حساب أربع سنين أو على حساب ثلاث [سنين] (١) ، يلزمه أن يقول في الثلاثة أرباع : إن الثلثين في سنتين ويجتهد فيما زاد على الثلثين إلى تمام ثلاثة أرباع أن يجعله على حساب ثلاث سنين أو أربع فإنما جوابه في الثلاثة أرباع على أحد القولين ، فاعلم ذلك .

قال أبو بكر الأبهري : إنما قال : تعامل المرأة الرجل إلى ثلث ديته لا تستكملة لأن رسول الله ﷺ ساوى في دية الجنين بين الذكر والأنثى في الغرة ولم يفرق بينهما .

ومعنى ذلك عندنا أنه قليل من الدية ، وكذلك ساوى الله عز وجل بين الإخوة والأخوات من الأم في الثلث ، فإذا بلغت الدية الثلث فصاعداً رجعت إلى ديتها لأنه قد صار كثيراً من الدية لأن الثلث قد يكون مرة قليلاً ومرة كثيراً لأنه أول حد الكثير وآخر حد القليل بمنزلة الظل إذا صار مثله بعد زوال الشمس فذلك الوقت هو آخر وقت الظهر وأول وقت العصر ، فإذا بلغت ما يجب فيه ثلث الدية فصاعداً رجعت إلى النصف من دية الرجل لأن النبي عليه السلام جعل دية المرأة على النصف من دية الرجل .

قال ابن الجهم : قد قال النبي عليه السلام : « في كل إصبع عشر » (٢) فظاهره لا يفرق فيه بين الذكر والأنثى .

فإن قيل : فهلا قلته في أربع أصابع ؟

قلت : لإجماعهم فيها ، ولا يقيس على القليل الكثير لمخالفته له كما جمعنا بين الأخذ بالنهي عن بيع ما ليس عندك [وإجازة] (٣) السلم بالإجماع ، ويحتمل قول ابن المسيب : هي السنة ، أنه مستنبط من هذا ، ويحتمل أن تكون سنة البلد فإنه متظاهر في التابعين .

قال ابن هرمز : أخذنا ذلك عن الفقهاء .

(١) زيادة من أ .

(٢) أخرجه : أبو داود (٤٥٦٤) وأحمد (٦٧١١) وعبد الرزاق في « مصنفه » (١٧٦٩٦) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

(٣) في أ : وأجازوا

اعلم أن العقل فى سن الصبى إذا أوقف فضع فلم تثبت سن الصبى هو منه ،
قياس ذلك : الثمن يهلك فى المواضع أنه ممن يجب له ، قاله غير واحد من
شيوخنا .

قال بعض شيوخنا من القرويين : وإنما قلنا : إن تثبت سن الصبى لا قصاص
فيها ، وإن كان من أصلهم أن ما طرح أو جرح عمداً لا يرتفع فيه القصاص على
حال لأن سن الصبى لا تماثل سن الكبير ، لأن سن الصغير تثبت وسن الكبير لا
تثبت إذا نزع ، فإن لم تثبت سن الصبى فقد ساوت سن الكبير فوجب القصاص .

تم كتاب الجراح بحمد الله وحسن عونه

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ كتاب الديات

قال بعض البغداديين: إنما لم يرث قاتل الخطأ من الدية لثلاثة أوجه :

أحدها : أن الدية لما كانت مؤداة عنه وكانت واجبة عليه كان محالاً أن يؤدي الإنسان شيئاً مما يجب عليه إلى نفسه .

والوجه الثاني : أنه لما كان لا يرث من القصاص إجماعاً فالذى هو عوض القتل كذلك لا يرث في قتل الخطأ من الدية لأنها عوض الدم .

والوجه الثالث : أنه لما كان قاتل العمد لا يرث لأنه سبب الميراث كذلك قاتل الخطأ لا يرث منها لأنه سببها ، فاعلم .

اعلم أنه [إنما] (١) فرق بين سائر جراح العبد وبين مأمومته وجائفته ومنقلته وموضحته لأن سائر الجراح إذا برئت [ق/٢٣١ أ] نقصها ثابت قائم ، وهذه الأشياء إذا برئت عادت لهيئتها ولم تنقص العبد شيئاً ، فلو روعى برءها أدى ذلك إلى ذهاب جنابة الجاني ولم يتعلق عليه من أجلها شيء فلم يستبد من جعل المقدار الذي ذكرنا .

قال عبد الحق : فإن أصابه شيء مما ذكرنا من موضحة أو جائفة فبرئت على شين ففي هذا نظر ، هل يقال : كم [قيمته وبه] (٢) الموضحة أو الجائفة ؟ ثم يقوم بها وبالشين فيعرف قدر الشين فيعطاه سيد العبد ، أم إنما يقوم سالماً ليس به موضحة ولا مأمومة ، فيقال : قيمته كذا ، ثم يقوم وبه الموضحة أو المأمومة على ما بقى من شينها فإن كان ينقصه ذلك مثل الواجب في المأمومة أو الموضحة أو أقل لم ينقص من ذلك [الواجب] (٣) المؤقت شيئاً ، وإن كان ينقصه ذلك أكثر من الأمر الواجب المؤقت في ذلك أعطى المؤقت [من] (٤) الزيادة ، ونحا إلى هذا بعض شيوخنا من

(١) في أ : لما

(٢) في أ : قيمة دية الموضحة

(٣) سقط من أ .

(٤) في أ : مع .

القرويين ورآه كأنه أصوب من الوجه الأول ، والله أعلم .

اعلم أنه إنما حد العلماء في قيمة الغرة خمسين ديناراً أو ست مائة درهم قياساً منهم على أقل الجراح المنصوص عليها وهي الموضحة ، والله أعلم .

اعلم أن الجنين إذا خرج حياً فلم يستهل ثم عمد رجل فقتله لا قود فيه وإنما فيه الغرة وعلى قاتله الأدب ، وكذلك في « كتاب ابن المواز » كمثل إذا ضرب بطنها فألقت ميتاً ولم يستهل ، وإذا استهل وقد ضربها عمداً ، فإن ضرب البطن أو الظهر أو موضعاً يعلم أنه أصيبت به ففيه القود وأما [إن ضرب] (١) رأسها أو رجلها فيؤول ذلك إلى ما [وصفنا] (٢) ففي الجنين هاهنا الدية في مال الجاني كمن أوضح رجلاً موضحة فيراقب إلى ذهاب بصره فاقتص من الموضحة فلم تتراق ففي البصر الدية في مال الجاني لأنه من سبب ضربة عمد ، هكذا ذكر أبو محمد [ابن أبي زيد] (٣) - رحمه الله - في أصل « المختصر » ، فاعلمه .

وقال بعض شيوخنا من القرويين : كان ابن مناس - رحمه الله - يقول :

ضربها في الرأس كضربها في البطن ، فاعلم ذلك .

وإن كان الضارب بطنها أباً فتغلظ عليه الدية إذا تعمد ذلك واستهل الولد صارخاً لأن ذلك يقاد منه في الأجنبي فيجب فيه التغليظ [في الأب] (٤) ، فاعلم .

قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا : وإذا استهل الجنين المضروب خطأ فوجبت

الدية بقسامة فأبى الولاة أن يقسموا فلهم الغرة كمن قطعت يده ثم برئ منها فمات أن للولاة أن يأبوا القسامة ويأخذوا دية اليد أو الجرح إن كان جرحاً ، وهذا عندي غير مستقيم ، والله أعلم .

بل ليس للولاة أن يأخذوا الغرة إذا أبوا القسامة ، وذلك أن الجنين لما استهل صارخاً صار من جملة الأحياء وزالت ديته عين الغرة ، فإن نكلوا فلا غرة لهم ، والله أعلم .

(١) سقط من ج .

(٢) في أ : ذكرنا .

(٣) زيادة من أ .

(٤) سقط من أ .

إذا فقأ أعور العين اليمنى عيني رجل جميعاً عمداً فله القصاص في عينه ونصف الدية من العين الأخرى عند ابن القاسم .

قال أشهب : هذا إن فقأهما في فور واحد ، وأما إن [كان] (١) فقأهما واحدة بعد واحدة ، فإن بدأ [بفقأ اليمنى فقد وجب فيهما خمسمائة دينار إذ لا نظير لها ، وفي الأخرى القصاص من عين الأعور ، وإن بدأ] (٢) باليسرى التي هي باقية للأعور ففيها القصاص ويجب له في الأخرى ألف دينار .

وقول ابن القاسم هاهنا خلاف قوله في الأعور يفقأ عين الصحيح التي مثلها باقية للأعور : أن الصحيح مخير فيما ذكر ، فيجب على مذهب إن فقأهما في مسألتنا التي قدمنا معاً أن يكون الصحيح مخيراً في فقأ عين الأعور [ق/ ١١٠ جـ] بعينه أو يأخذ منه ألف دينار وخمس مائة دينار في عينه الأخرى التي ليس لها مثل .

وأما جوابه في المسألة على ما قال مالك في أحد أقواله : إنه ليس له إلا القصاص ، وأما قول أشهب هذا : إن فقأهما معاً إلى . . آخر قوله فإنما بنى على مذهبه الذي اختار من قول مالك ، وأما على ما قال ابن القاسم في « المدونة » فإن بدأ بعينه اليمنى التي لا نظير لها في الأعور فله فيها خمس مائة دينار وهو في الأخرى مخير إما أن يقتص أو يأخذ ألف دينار ، وإن بدأ باليسرى التي مثلها باقية في الأعور فهو مخير بين أن يقتص منه بعين الأعور أو يأخذ ألف دينار وله في اليمنى ألف دينار بكل حال لأنها عين أعور .

قال عبد الحق : إذا شهد شاهد على إقرار القاتل بقتل خطأ لم يثبت ذلك من إقراره إلا بشاهدين فيقسموا حيثئذ ويستحقونه ، وذلك بخلاف من أقام شاهداً على إقرار رجل بدين .

يريد : لأن هذا مقرر على نفسه والأول مقرر على غيره ، فإنما هو كشاهد على العاقلة يتم الشهادة عليه [إن لم يعرف منه نكير ، وأما إن] [(٣) الشاهدين فلا تجوز الشهادة] (٤) كشاهدين شهدوا على شهادته وهو منكر ، وكذلك قال [ق/ ٢٣٢ أ]

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ج .

(٣) طمس بالأصل قدر كلمة .

(٤) سقط من أ .

أشهب .

وإذا جعل حكمه حكم الشاهد فيما وصفنا فإنما يصح ما ذكر إذا قال للشاهدين :
اشهدا علىّ ، وأما إن لم يقل ذلك فلا يشهد لأن الشاهد إنما يشهد على شهادته إذا
قال ذلك لأنه إنما أقيم مقام شاهد على عاقلته ، كذا ينبغي ، وقاله لى بعض القرويين .

قال بعض الأندلسيين : إن كان حظ الورثة سواء في الدية وانكسرت عليهم
[يمين] (١) اقترعوا عليها فمن وقعت عليه القرعة جبرت عليه ، قال : وكذلك رأيت
لبعض مشايخنا .

قال عبد الحق : ورأيت في « كتاب ابن الجلاب البصري » : قال : إن كان
الكسر متساوياً وتأجرت الأيمان عليهم كلهم ويحتمل أن يجبر على واحد منهم .

اعلم أنه إذا كان جد وعشرة أخوة ففي الخطأ يحلف الجد من أيمان القسامة ثلثها
لأن ميراثه الثلث لا ينقص منه في كثرة الأخوة ، وأما في العمد فيحلفون كلهم
بالسواء ولا يحلف الجد ثلث الأيمان ، فاعلم أن الخطأ والعمد [مفترق في ذلك] (٢) ،
هكذا قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا .

وفى « كتاب ابن المواز » خلاف هذا ، ونصه :

قلت : فإذا كان للمقتول جد وأخوة كيف تقع القسامة عليهم ؟

قال : أما ابن القاسم فقال : يقسم الجد مع الإخوة على [قدر] (٣) حقه معهم
في الميراث ، ويقسم الإخوة معه على قدر حقوقهم مع الجد في دم العمد والخطأ ،
وهذا من ابن القاسم إذا تشاجرا في قسامة العمد .

وقال أشهب : إنما يكلف الجد أن يحلف على قدر حقه في الخطأ يحلف ثلث
الأيمان سبع عشرة يميناً يجبر عليه اليمين المكسورة لأن عليه يقع أكثرها وأما في العمد
فأيمان العصابة فيه على قدر العدد ، فالذي قدمناه عن بعض شيوخنا على مذهب

(١) في أ : أيمان .

(٢) في أ تقديم وتأخير .

(٣) سقط من ج .

أشهب وهو أقيس مما حكاه ابن المواز عن ابن القاسم ، والله أعلم .

اعلم أنه إذا ادعى القاتل أن ولي الدّم عفى عنه فطالبه باليمين فنكل عنها أنه يحلف القاتل عمداً يميناً واحدة لا خمسين يميناً لأنها اليمين التي ردت عليه ، وهو تنازع أيضاً في شيء غير القتل ، إنما هو تنازع في عفو يجرى الحكم فيه كسائر الدعاوى في وجوب يمين واحدة وليس كالدين يجب لهم قسامه فيردون الأيمان على المدعى عليه لأن هذا إنما رد عليه الأيمان بجملتها التي كان يحلفها المدعون ، فلا يبرأ حتى يحلف خمسون يميناً بمثل ما يجب الدم كذلك يسقط ، فاعلم .

واعلم أنه إذا استحق الدم رجال ونساءهم في العدد سواء ، فلا دخول للنساء في العفو ولا القتل . وإن كان النساء أقعد فلا عفو إلا بإجماع ، وإن كن نساء ينفردن بالميراث ، واستحق الدم بقسامة ولا عفو إلا باجتماع من اللاتي هن أقرب من النساء اللواتي يرثنه من العصابة ، وإن استحق الدم بينة فليس للرجال عفو ولا قتل .

قال بعض شيوخ القيروان : التقدم المذكور في صاحب الحائط المخوف سقوطه

ونحوه ينظر فيه ، فإن كان صاحب ذلك [(١)] قيل له مثل هذا أن يقول : حائطه ليس فيه تغرير ، بل يؤمن من سقوطه فها هنا يحتاج التقدم فيه إلى الحاكم .

وأما إن كان يقر بأن حائطه مخوف فها هنا ينفع الإشهاد عليه دون حكم .

قال : وكذلك في الشفعة إن أبي الشفيع الأخذ ، وأبى أن يسلم فلا ينفع الإشهاد عليه حتى يرفع إلى السلطان ، فإن رضى بترك الشفعة ينفع الإشهاد عليه دون حكم ، وكذلك في اقتضاء أحد الشريكين ديناً بينهم إن صاحبه أن أبى أن يخرج ، ولا يرضى أن يسلم لصاحبه ما يقبض ، فلا بد من حكم ، ولا ينفع الإشهاد عليه ، وإن رضى فإن اقتضى صاحبه دونه ينفع صاحبه الإشهاد عليه دون حكم الأمر في هذه الوجوه ونحوها مختلف على ما بيناه ، والله أعلم .

واعلم أن ما ضمن فيه الوجوه التي ذكرنا في الحائط المخوف سقوطه ، والكلب العقور والجمل الصؤل ونحو ذلك ما كان دون الثلث فيكون في ماله ، وبالغ ثلث الدية فصاعداً فعلى العاقلة ، هذا مذهب ابن القاسم وفيه تنازع .

(١) طمس بالأصل قدر كلمة .

ذكر ابن عبدوس مسألة المدبر والمعتق بعضه فى أخذ ماله حصن فأعتقه بينهما ، وأنه لا يؤخذ مما اكتسب إلا ما فضل من عيشه وكسوته .

ثم قال عقب ذلك : وقال غيره : إنما هذا فى كل ما استفاد المدبر فى مرض العبد أو بعد موته .

وأما كل ما استفاده فى صحة السيد بعد الجناية أو قبلها فذلك قد وجب عليه لأهل الجناية أخذه حتى يستوفوا منه جنائتهم أو لا يكون فيه وفاء فيقسم ما بقى منها على ما أعتق منه ، وما روى فى كتاب الجنائيات الثانى لابن المواز ، قال : إن المدبر يعتق بعضه من ثلث سيده وله مال فإنه يؤخذ من ماله الجنائيات ، وإنما ذلك عندنا [(١)] قبل أن يعتق لأن كل مدبر يجنى فإنه يؤخذ من ماله فى جنائته [ق/٢٢٣ أ] ، فإن لم يعلم به حتى مات سيده فخرج حراً أو بعضه أخذ كذلك من ماله كما وجب فيه قبل ذلك .

فأما من جنى بعد أن عتق بعضه فهو بمنزلة المعتق نصفه يجنى جناية فينظر ما يفضل عن كسبه بعد عيشه وكسوته فيؤخذ منه عما يصير على جزء المعتق ، وإن استوعب ذلك كل ما يبقى بيده .

تم كتاب الدييات بحمد الله وحسن عونه



فهرس الموضوعات الجزء الثاني

الصفحة

الموضوع

٥	كتاب الصرف
١٥	كتاب الآجال
٢٣	فصل
٢٤	فصل
٢٧	فصل
٣١	كتاب البيوع الفاسدة
٣٤	كتاب بيع الخيار
٤٥	كتاب المرابحة
٤٩	كتاب الوكالات
٥٤	كتاب اشتراء الغائب
٥٨	كتاب العرايا
٦٢	كتاب التجارة إلى أرض الحرب
٦٧	كتاب جامع العيوب
٨٠	كتاب الصلح
٨٧	كتاب الجعل والإجارة
٩٩	كتاب تضمين الصناع
١٠٤	كتاب المساقاة
١١٢	كتاب الجوائح
١١٥	كتاب كراء الرواحل
١٢٢	كتاب كراء الدور والأرضين
١٢٩	كتاب القراض
١٣٨	كتاب الشركة
١٤٥	كتاب الأقضية
١٤٩	كتاب الشهادات
١٦١	كتاب المديان

١٦٥	كتاب التفليس
١٧١	كتاب المأذون
١٧٥	كتاب الحمالة
١٨٤	كتاب الحوالة
١٨٦	كتاب الرهن
١٩٥	كتاب الغصب
٢٠٠	كتاب الاستحقاق
٢٠٩	كتاب اللقطة والآبق
٢١٢	كتاب حریم البئر وإحياء الموات
٢١٦	كتاب الشفعة
٢٣٠	كتاب القسم
٢٣٧	كتاب الوصايا الأول
٢٤٧	كتاب الوصايا الثانى
٢٥٣	كتاب الحبس والصدقة
٢٦٠	كتاب الهبات
٢٦٤	كتاب الوديعة
٢٦٩	كتاب العارية
٢٧٥	كتاب السرقة
٢٨٤	فصل فى المحاربين
٢٨٥	كتاب الحدود فى الزنا
٢٨٩	كتاب القذف
٢٩٤	كتاب الجنایات
٣٠٦	كتاب الجراح
٣١٢	كتاب الديات
٣١٩	فهرس الموضوعات

