

المبسوط

في فقه الامامية

تأليف

شيخ الطائفة الإمام أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي

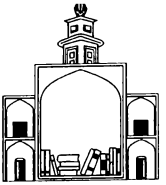
٣٨٥ — ٤٦٠هـ

الجزء الثالث

تحقيق

مؤسسة النشر الإسلامي

التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة



٩٨٨

المبسوط
في فقه الإمامية

تأليف

شيخ الطائفة الإمام أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي قدس سره

٣٨٥ ـ ٤٦٠هـ

شبكة الفكر
alfeker.net

الجزء الثالث

تحقيق
مؤسسة النشر الإسلامي
التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة

سرشناسه: طوسي، محمّد بن حسن ٣٨٥ـ ٤٦٠ ق.
عنوان قراردادی: المبسوط في الفقه.
عنوان و نام پدیدآور: المبسوط في فقه الإماميّة / تأليف أبي جعفر محمّد بن الحسن الطوسي؛ تحقيق: مؤسّسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة.
مشخّصات نشر: قم: جماعة المدرّسين في الحوزة العلميّة بقم، مؤسّسة النشر الإسلامي، ١٤٢٢ق.= ١٣٨٠.
مشخّصات ظاهری: ٥ ج.
فروست: مؤسّسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرفه؛ ٩٨٨،٩٨٧،٩٨٦، ٩٨٩، ٩٩٠.
شابك: (دوره): ٤ ـ ٣٣٢ ـ ٤٧٠ ـ ٩٦٤ ـ ٩٧٨؛ ج. ١: ١ ـ ٨٤١ ـ ٤٧٠ ـ ٩٦٤ ـ ٩٧٨
ج. ٢: ٨ ـ ١٤١ ـ ١٤٣ ـ ٦٠٠ ـ ٩٧٨؛ ج. ٣: ٧ ـ ٨٣٦ ـ ٤٧٠ ـ ٩٦٤ ـ ٩٧٨
ج. ٤: ٤ ـ ٨٣٧ ـ ٤٧٠ ـ ٩٦٤ ـ ٩٧٨؛ ج. ٥: ٤ ـ ٨٤٠ ـ ٤٧٠ ـ ٩٦٤ ـ ٩٧٨
يادداشت: عربی. يادداشت: چاپ قبلی: مختومقلی فراغی: ١٣٨٠.
يادداشت: ج. ٣ (چاپ اوّل: ١٣٨٦) (فيپا).
يادداشت: ج. ١، ٤ و ٥ (چاپ اوّل: ١٤٢٨ ق. = ١٣٨٦).
يادداشت: كتابنامه. موضوع: فقه جعفري ـ ـ قرن ٥ ق.
شناسه افزوده: جامعهٔ مدرّسين حوزهٔ علميّهٔ قم، دفتر انتشارات اسلامی.
رده بندی کنگره: ١٣٨٠ ٢ م ٩ ط / ٥ / ١٥٨ BP
رده بندی دیویی: ٣٤٢ / ٢٩٧
شمارهٔ کتابشناسی ملّی: ٧٢٠ ـ ٨١ م

المبسوط

(ج ٣)

■ تأليف: شيخ الطائفة أبي جعفر الطوسي ﷺ □
■ الموضوع: الفقه □
■ تحقيق وطبع: مؤسّسة النشر الإسلامي □
■ عدد الصفحات: ٦٩٦ □
■ الطبعة: الرابعة □
■ المطبوع: ٣٠٠ نسخة □
■ التاريخ: ١٤٣٨ هـ. ق □
■ شابك ج ٣: ٧ ـ ٨٣٦ ـ ٤٧٠ ـ ٩٦٤ ـ ٩٧٨ □
ISBN 978 - 964 - 470 - 836 - 7

مؤسّسة النشر الإسلامي
التابعة لجماعة المدرّسين بقم المشرّفة

كتاب المساقاة

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب المساقاة

المساقاة: هو أن يدفع الإنسان نخله إلى غيره على أن يلقّحه ويصرّف الجريد ويصلح الأجاجين[1] تحت النخل ويسقيها، أو يدفع إليه الكرم على أن يعمل فيه فيقطع الشفش[2] ويصلح مواضع الماء ويسقيه على أنّ ما رزق الله من ثمرة كانت بينهما على ما يشترطانه.

وسُمّيت مساقاة، لأنّ الغالبَ في الحجاز والمطلوبَ السقي، لأنّها تسقى من الآبار بنضح أو غَرْب[3].

وهي جائزة[4] بشرطين: مدّة معلومة كالإجارة، ويكون قدر نصيب العامل معلوماً كالقراض. وفي جوازها خلاف[5] فإذا ثبت جوازها فإنّها جائزة في النخل والكَرْم معاً.

---

(١) الأجاجين: جمع إجّانة: ما يُصنع حولَ الغراس شبه الحوض ليجتمع الماء فيه.

(٢) كذا في خ وفي ط: الشفس، والظاهر: الشفف ـ كما في هامش ط ـ بمعنى الفضل والزيادة، ولم نجد للأوّلين ذكراً في اللغة. (٣) الغَرْب: الدلو العظيمة. (٤) ط: جارية.

(٥) القائل بالجواز من الصحابة أبوبكر وعمر، ومن التابعين سعيد بن المسيّب وسالم بن عبدالله بن عمر، ومن الفقهاء مالك والشافعي والأوزاعي، وأبويوسف. راجع المجموع ١٤:٤٠٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٥٦، والشرح الكبير ٥: ٥٥٤.
وانفرد أبو حنيفة بعدم الجواز، راجع المجموع ١٤:٤٠٢، والمغني لابن قدامة ٥: ٥٥٦.

ويجوز عندنا المساقاة فيما عدا النخل والكرم من شجر الفواكه، وفي من أجاز في النخل والكرم من منع فيما سواهما[١]. وكلّ ما لا ثمرة له من الشجر ـ كالتوت الذَكر والخلاف ـ فلا يجوز مساقاته بلاخلاف.

فصار الشجر على ضربين: ضرب له ثمر يؤكل سواء تعلّق به الزكاة أو لم يتعلّق فإنّه يتعلّق به المساقاة، وشجر لا ثمرة له فلا يجوز المساقاة فيه.

المساقاة تحتاج إلى مدّة معلومة كالإجارة؛ لأنّ كلّ من أجازها أجازها كذلك فهو إجماع، وهي من العقود اللازمة؛ لأنّها كالإجارة. وبهذا فارق القراض؛ لأنّه لا يحتاج إلى مدّة، والمدّة فيها مثل المدّة في الإجارة سواء، فما يجوز هناك يجوزها هنا، سواء كان سنة أو سنتين، ومن خالف هناك خالف هاهنا.

المساقاة على الشجر[٢] والمخابرة[٣] على الأرض جائزة عندنا، سواء كانت الأرض خلال النخل أو منفرداً، ومن خالفنا في ذلك فيهم من قال: لا يجوز المخابَرة على الأرض بحال[٤] وفيهم من قال: إن كانت منفردة أو بين ظهراني النخل وكانت كثيرة لا يجوز، وإن كانت يسيرة بين ظهراني النخل جاز أن يساقيه على الشجرة ويخابره على الأرض إذا كان من ربّ الأرض البذر والأرض معاً، ويكون من العامل العمل فقط[٥].

وينبغي أن يخصّ كلّ واحد منهما بلفظ، فيقول: «ساقيتك على النخل، وخابرتك على الأرض بالنصف» أو يذكر لفظة واحدة تصلح لهما فيقول: «عاملتك على النخل والأرض معاً بالنصف ممّا يخرج من ثمر وزرع» كلّ هذا صحيح، لأنّ اللفظ يأتي عليه. فإن اقتصر على لفظ المساقاة لم يتضمّن هذا مخابرة

---

(١) كالشافعي في الأُمّ ٤: ١١.
(٢) ط: على النخل.
(٣) أي المزارعة.
(٤) كأبي حنيفة على ما في الأُمّ ٧: ١١١.
(٥) كالشافعي في الأُمّ ٤: ١١، مختصر المزني: ١٢٤، السراج الوهّاج: ٢١٤، المغني المحتاج ٢: ٣٢٤، المغني لابن قدامة ٥: ٥٨٢، ٥٨٨ و ٥٨٩.

الأرض؛ لأنّ الاسم لا يشتمل عليه.

فإن ثبت هذا، فإن زرع العامل الأرض فقد تعدّى وغصب ويقلع زرعه منها وعليه أُجرة مثل الأرض من حين القبض إلى حين الردّ، فكلّ موضع أجازوا فيه المخابرة فإنّها تجوز، سواء كانا معاً بالنصف، أو اختلفا: مثل أن يساقي بالنصف ويخابر على الربع، وكذلك إذا كان له أنواع نخل معقليّ وبرنيّ وسكر فساقاه بالنصف على البعض وبالربع على البعض الآخر أو أقلّ أو أكثر كان جائزاً، وهو الّذي نختاره ونفتي به وإن خالفناهم في جواز المخابرة في الأرضين في كلّ موضع.

وإذا ساقاه على النخل بعقد ثمّ خابره على الأرض بعقد آخر كان جائزاً، وفيمن وافقنا فيه قال: لا يجوز، وفيهم من قال[1] كما قلناه.

هذا إذا كان البياض يسيراً بين ظهراني نخل كثير، فإن كان البياض يسيراً منفرداً عن النخل يمكن إفراد كلّ واحد منهما بالسقي، فإذا ساقاه على الأوّل لم تصحّ أن يخابره على هذه الأرض؛ لأنّا أجزنا لموضع الحاجة. وإن كان البياض كثيراً بين ظهراني نخل يسير فساقاه على النخل وخابره على الأرض بعقد واحد، فيها وجهان، أحدهما: يصحّ، والآخر: لا يصحّ؛ لأنّه إذا كان البياض هو الأكثر فالنخل تبع فلهذا لم يصحّ، وقد قلنا: إنّ عندنا يجوز ذلك أجمع.

ولا يجوز المساقاة حتّى يشرط للعامل جزءاً معلوماً من الثمرة، فإذا ثبت أنّه يفتقر إلى أن يكون سهمه معلوماً إمّا النصف أو الثلث أو الربع، فلا يجوز أن يكون معلوم المقدار، مثل أن يكون ألف رطل أو خمسمائة رطل بلا خلاف. ومهما شرط ذلك من الأجزاء كان جائزاً قليلاً كان أو كثيراً؛ لأنّه لو شرط لربّ الأرض سهماً من ألف سهم والباقي للعامل أو بالعكس من ذلك كان جائزاً، لأنّ ذلك يستحقّ بالشرط فعلى حسب الشرط.

---

(١) راجع المغني لابن قدامة ٥: ٥٨٧، الحاوي الكبير ٧: ٣٦٦.

إذا ساقاه على ثمر نَخَلات بعينها كانت المساقاة باطلة، لأنّ موضوعها[١] على الاشتراك بلاخلاف بين من أجازها، ولأنّه قد لا يسلم إلّا النخل المعيّن، فيبقى ربّ الأرض والنخل بلا شيء من الثمرة، أو لا يحمل شيء منها فيكون العامل بلافائدة. ومتى ساقاه على هذا الوجه كانت باطلة وكانت الثمرة لربّ النخل ويكون للعامل أُجرة مثله.

ومن استأجره على أنّ له سهماً من الثمرة في مقابلة عمله، فإن كان قبل خلق الثمرة فالعقد باطل، وإن كانت مخلوقة فإن كان بعد بدوّ صلاحها فاستأجر بكلّ الثمرة أوبسهم منها صحّ؛ لأنّه لمّا صحّ بيعها أو بيع بعضها كذلك هاهنا، وإن كان قبل بدوّ صلاحها فإن استأجره بكلّها بشرط القطع صحّ. وإن استأجره بسهم غير مشاع منها لم يصحّ؛ لأنّه إن أطلق فإطلاقها لا يصحّ بالعقد، وإن كان بشرط القطع لم يصحّ؛ لأنّه لا يمكن أن يسلم إليه ماوقع العقد عليه إلّا بقطع غيره، وهذا يفسد العقد.

كلّ ما كان مستزاداً في الثمرة كان على العامل، وهو التأبير والتلقيح وتصريف الجريد ـ وهو السَعَف اليابس وما يحتاج إلى قطعه لمصلحة النخل والثمرة ـ وتسوية الثمرة؛ لأنّ الثمار تظهر وتبقى قائمة في قلب النخل، فإذا كثرت الثمرة ثقلت فنزلت فيحتاج أن يعبّيها على السعف اليابس وغيره حتّى يكون كالطوق في حلق النخل. وعليه إصلاح الأجاجين تحت النخل ليجتمع الماء فيها عند السقي. وعليه قطع الحشيش المضرّ بالنخل. وعليه كري السواقي ليجري الماء فيها، وإدارة الدولاب. فإذا بدا صلاحها فعليه اللقاط إن كان ممّا يلقط، فإذا جفّ ما فيه جَذّه، وإن كان ممّا يشمّس فعليه إصلاح موضع التشميس، وهو الّذي يقال له في البصرة: الجَوخان، وبالحجاز: الجرين والأيْدَر[٢] والبيدر[٣]. وعليه الجذاذ والنقل

---

(١) ط: موضعها.

(٢) ط: والأندَرُ.

(٣) الجوخان بالفتح والجمع جواخين، هوفارسيّ معرّب من عرف أهل البصرة، وهوبالعربيّة: ←

إليه. وعليه حفظه في نخله وغيره حتّى يقسم، لما روى نافع عن ابن عمر: أنّ النبيّ ﷺ دفع إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم وأنّ لرسول الله ﷺ شطر ثمرتها[١].

وأمّا الذي على ربّ المال فما فيه حفظ الأصل وهو سدّ الحظار[٢] وإنشاء الأنهار والدولاب والثور الّذي يديره وعليه الكُشّ: وهو طلع النخل الّذي يلقّح به، لأنّ ذلك أجمع أُصول الأموال.

فإذا ثبت أنّ هذا يقتضيه إطلاقه، فإن وقع العقد مطلقاً حمل على مقتضاه، وإن شرط فيه العمل مطلقاً نظرت، فإن شرط على العامل ما يقتضيه إطلاقه وعلى ربّ النخل ما يقتضيه إطلاقه كان الشرط تأكيداً، وإن شرط على العامل ما على ربّ النخل أو بعضه أو شرط على ربّ النخل ما على العامل أو بعضه فالمساقاة باطلة عند قوم[٣] لأنّه شرط ليس من مصلحة العقد ينافي مقتضاه. والّذي يقوى في نفسي أنّه لا يمنع من صحّة هذا الشرط مانع؛ لأنّه ليس في الشرع ما يمنعه منه إلّا أن يشرط جميع ما يجب على العامل على ربّ النخل فيبقى العامل لا عمل له فلا يصحّ، فيبطل.

قد مضى الكلام في المساقاة مطلقاً.

فأمّا الكلام في وقت عقد المساقاة: فهل يجوز بعد ظهور الثمرة أو قبلها؟ فالّذي ورد الشرع به ما عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر عليها قبل ظهور الثمرة،

← الجرين وهو موضع تجفّف فيه التمر وقال الثعالبي: البيدر ـ والأندر ـ للحنطة بإزاء الجرين للزبيب، والمربد للتمر.

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ١١٦، وفيها: على أن يعتملوها، بدل على أن يعملوها.

(٢) ط: سدّ الخضار.

(٣) هم الشافعي ومن تبعه، انظر السراج الوهّاج: ٢٨٥، ومغني المحتاج ٢:٣٢٦، والشرح الكبير ٥:٥٧٢.

فروى نافع عن ابن عمر: أنّ النبيّ ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع[١] ثبت أنّ المعاملة قبل ظهور الثمرة، فإن ساقاه بعد ظهور الثمرة فيقوى في نفسي أنّه لا يمنع منه مانع بعد أن يبقى للمساقي عمل يعمله إلى وقت الجذاذ.

وفي الناس من قال: لا يجوز كالقراض[٢] فمن قال لا يجوز فلا كلام. وإذا قلنا يجوز، فإنّما يجوز إذا بقي من العمل على العامل ما يستزاد به الثمرة، كالتأبير و إصلاح الثمرة والسقي، فإن لم يبق من العمل ما فيه مستزاد كاللقاط والجذاذ لم تجز المساقاة.

إذا شرط العامل في المساقاة أن يعمل غلام ربّ المال معه كان ذلك جائزاً؛ لأنّه ضمّ مال إلى مال وليس بضمّ عمل إلى مال، وفي الناس من قال: لا يجوز[٣]. فمن قال: لا يجوز فلا كلام. وإذا قلنا: يجوز فإنّما يجوز تبعاً على ما فصّلناه. ولا فصل بين أن يكون الغلام موسوماً[٤] بعمل هذا البستان وحده وبين أن يعمل لربّ المال فيه وفي غيره[٥].

و يجوز أن يكون من تحت تدبير العامل، ويجوز أن لا يكون كذلك، ولا يجوز أن يكون أصلاً في نفسه. وينبغي أن يكون الغلام يعمل مع العامل في خاصّ مال ربّ المال، فأمّا إذا شرط أن يعمل معه في حائط ربّ المال وفي حائط للعامل غيره فلا يجوز.

وأمّا نفقة الغلام نظرت: فإن وقع العقد مطلقاً كانت على سيّده؛ لأنّه مملوكه.

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٦:١١٣.

(٢) مثل مالك في الموطّأ ٢:٧٠٧، وراجع المدوّنة الكبرى ٥:١٠.

(٣) هو أحد قولي الشافعي كما في المجموع ١٤: ٤١٠، وفتح العزيز ١٢: ١٣٢، والمغني لابن قدامة ٥:٥٦٧، والشرح الكبير ٥:٥٧٣.

(٤) في بعض النسخ: مرسوماً.

(٥) فيه إشارة إلى ما في كلام مالك في الموطّأ ٢:٧١٠ من التفصيل، وانظر المدوّنة الكبرى ٥: ٣ ـ ٥ أيضاً.

وإن شرط نظرت، فإن شرط على المولى صحّ؛ لأنّ ذلك في مقتضى العقد، وإن شرط على العامل صحّ؛ لأنّها إعانة منه على ذلك، فإذا ثبت أنّه يجوز شرطها عليه فالنفقة غير مقدّرة بل الكفاية بمقتضى العادة.

إذا ساقاه بالنصف على أن يعمل ربّ المال معه فالمساقاة باطلة؛ لأنّ المساقاة موضوعة على أنّ من صاحب المال المال ومن العامل العمل كالقراض، فإذا شرط على ربّ المال العمل وجب أن يبطل كالقراض.

وإذا قال: «ساقيتك على الحائط بالنصف على أن أُساقيك على هذا الآخر بالثلث» بطلت؛ لأنّه بيعتان في بيعة فإنّه ما رضي أن يعطيه من هذا النصف إلّا بأن يرضى منه بالثلث من الآخر.

وهكذا في البيع إذا قال: «بعتك عبدي هذا بألف على أن تبيعني عبدك بخمسمائة» فالكلّ باطل؛ لأنّ قوله: «على أن تبيعني عبدك بألف» إنّما هو وعد من صاحب العبد بذلك وهو بالخيار بين الوفاء به وبين الترك فإذا لم يف به سقط، وهذا ما رضي أن يبيعه بألف إلّا بأن يشتري منه العبد بخمسمائة فقد نقّصه من الثمن لأجله، فإذا بطل ذلك رددنا إلى الثمن ما نقّصناه لأجله وذلك المردود مجهول، والمجهول إذا أُضيف إلى معلوم كان الكلّ مجهولاً، فلهذا بطل.

ويفارق هذا إذا قال: «ساقيتك على هذين الحائطين بالنصف من هذا وبالثلث من هذا» حيث قلنا يصحّ؛ لأنّها صفقة واحدة وعقد واحد، وليس كذلك هاهنا؛ لأنّهما صفقتان في صفقة. ألا ترى أنّه لو قال: «بعتك داري هذه بألف على أن تبيعني عبدك بمائة» بطل الكلّ. ولو قال: بعتك داري هذه وعبدي هذا معاً بألف: الدار بستّمائة والعبد بأربعمائة صحّ، وكان الفصل بينهما ما مضى.

إذا كان العامل واحداً وربّ المال اثنين فقالا: «ساقيناك على أنّ لك من نصيب هذا النصف ومن نصيب الآخر الثلث» والعامل عالم بقدر نصيب كلّ واحد منهما في الحائط صحّ؛ لأنّ العقد الواحد مع الاثنين في حكم العقدين المنفردين.

ولو أفرد كلّ واحد منهما العقد معه على نصيبه بما يتّفقان عليه صحّ، كذلك إذا جمع ذلك في عقد واحد.

وهكذا كلّ العقود مثل القراض والإجارة والبيوع كلّ هذا جائز إلّا في المكاتب، فإنّه إذا كان بينهما عبد نصفين فكاتباه على التفاضل: هذا على نصيبه بألف وهذا بألفين، فالكتابة باطلة.

والفصل بينهما وبين هذه العقود: أنّهما إذا تفاضلا في مال الكتابة أفضى إلى أن ينفرد أحدهما بمنفعة مال شريكه مدّة بغير حقّ؛ لأنّ الكتابة لازمة من جهة السيّد، جائزة من جهة المكاتب، فإذا أدّى إلى أحدهما ألفاً وإلى الآخر خمسمائة كان له الامتناع عن أداء الباقي، فإذا فعل كان لهما الفسخ، فإذا فسخا ردّ المال إلى الوسط واقتسماه نصفين؛ لأنّه كسب عبدهما، فيكون من أخذ الأكثر قد انتفع ببعض مال شريكه مدّة إلى حين ردّه عليه فلهذا لم يصحّ. وليس كذلك سائر العقود فإنّها لا يفضي إلى هذا، فلهذا صحّ التفاضل فيهما، فبان الفصل بينهما.

هذا إذا كان العامل عالماً بقدر نصيب كلّ واحد منهما. فأمّا إن كان جاهلاً بنصيب كلّ واحد منهما، فقالا له: «لك من نصيب هذا النصف، ومن نصيب هذا الثلث» بطل العقد؛ لأنّه غرر، لأنّه يدخل على أنّ من بذل له النصف من ماله له نصف الحائط، فيبين أنّ له السدس منه، فيقلّ ما يأخذه، فإذا أفضى إلى هذا بطل العقد.

وأمّا إذا كان ربّ المال واحداً والعامل اثنين فقال لهما: «ساقيتكما على أنّ لهذا النصف ولهذا السدس والباقي لي» صحّ، لأنّ كلّ واحد منهما قد عرف قدر ما يصيبه من جميع الثمرة، ولا غرر على واحد منهما في ذلك.

إذا كان في حائط أنواع كثيرة: بعضه دَقَل وبعضه عَجْوة وبعضه برني[1] فساقاه

---

(١) الدَقَل: أردأ التمر، والعَجْوة: التمر المحشيّ في وعائه، والبرني ضرب من التمر أحمر مُشْرَب بصُفْرة كثير اللحاء عذب الْحَلاوة. (لسان العرب).

على هذا الحائط على أنّ له من الدقل النصف، ومن العجوة الثلث، ومن البرني السدس، نظرت: فإن كان العامل يعلم قدر كلّ صنف منها في الحائط صحّ؛ لأنّ كلّ صنف كالمنفرد بحائط. ولو كان كلّ صنف في حائط مفرد صحّ هذا كلّه. وإذا كان في حائط واحد وجب أن يصحّ.

ومتى كان العامل جاهلاً بقدر هذه الأصناف، فلم يعلم البرني منه نصف الحائط أو ربعه أو أقلّ أو أكثر؟ فالعقد باطل؛ لأنّه غرر لأنّه يدخل معتقداً أنّ البرني نصف الحائط، فيقلّ ما كان يظنّ أنّه يكثر، وذلك غرر.

إذا قال: «ساقيتك على أنّ لك من الثمرة نصفها» ولم يزد عليه صحّ العقد؛ لأنّ الثمرة كلّها له، فإذا شرط النصف للعامل كان ما بعد ذلك له، كما لو قال: «بعتك نصف عبدي هذا» صحّ وكان ما بعد النصف له. وإن قال: «على أنّ لي النصف» ولم يزد على هذا لا يصحّ.

وفي الناس من قال: يصحّ[1] لأنّ قوله: «ساقيتك» يقتضي المشاركة في الثمرة، فإذا قال: «لي منها النصف» علم أنّه ترك الباقي للعامل كقوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾[2] علم أنّ للأب ما بقي. فمن قال: يصحّ، فلا كلام. ومن قال: باطل، كان للعامل أُجرة مثله. وهذا القول أصحّ.

إذا كان الحائط بين نفسين نصفين فساقى أحدهما شريكه نظرت فيما شرطاه من الثمرة، فإن شرط له منها الثلثين صحّ؛ لأنّ له النصف بحقّ ملكه وثلث ما بقي على المساقاة، فكأنّه ساقاه منفرداً على نصيبه على أنّ له منه ثلث الثمرة، ولو فعل هذا صحّ. وإن شرط له نصف الثمرة كانت باطلة؛ لأنّه ساقاه بغير عوض. وإن ساقاه على أنّ له ثلث الثمرة بطلت أيضاً؛ لأنّه ساقاه بغير عوض، ولأنّه شرط على العامل العمل وثلث ثمرته وذلك لا يجوز

---

(١) القائل أبوالعبّاس بن سريج وأبوالعبّاس ابن القاص، على ما صرّح به الماوردي في الحاوي الكبير ٧: ٣٧٨.

(٢) النساء: ١١.

فإذا ثبت بطلانها، فإن عمل كانت الثمرة بينهما نصفين: لكلّ واحد منهما بقدر ملكه وللعامل أُجرة مثله، وقال قوم: لا شيء له[١].

إذا كانت النخيل بينهما نصفين فساقى أحدهما شريكه على أن يعمل معه فالمساقاة باطلة؛ لأنّ موضوعها على أنّ من ربّ المال المال ومن العامل العمل، فإذا شرط أن يكون من ربّ المال المال والعمل بطلت المساقاة، فإذا عملا وظهرت الثمرة كانت بينهما نصفين بحقّ ملكهما، لا حقّ للعامل فيها.

وهل للعامل أُجرة المثل؟ نظرت، فإن كانا في العمل سواء فلا حقّ للعامل؛ لأنّه ما عمل على مال شريكه، لأنّ كلّ واحد منهما قد عمل بقدر ملكه فيه، وإن كان عمل العامل أكثر نظرت فيما شرط له، فإن كان المشروط له أكثر من النصف فله بقدر فضل عمله على مال شريكه؛ لأنّه دخل على أن يسلم له المسمّى، فإذا لم يسلم كان له أُجرة مثله. وإن كان المشروط نصف الثمرة أو أقلّ فهل له الأُجرة على ما مضى من الوجهين؟ أحدهما: يستحقّ، والآخر: لا يستحقّ.

إذا كانت المساقاة صحيحة فهرب العامل لم يبطل مساقاته؛ لأنّه عقد لازم فلا يبطل بالفرار كالإجارة والبيع، وإذا كان العقد بحاله فإنّ ربّ المال يحضر عند الحاكم فيثبت العقد عنده. فإذا ثبت طلب الحاكم العامل، فإن وجده كلّفه العمل وأجبره عليه.

وإن لم يجده نظرت، فإن وجد له مالاً أنفق عليه منه، وإن لم يجد له مالاً أنفق عليه من بيت المال، فإن لم يكن في بيت المال مال أو كان فيه مال لكن هناك ما هو أهمّ منه استقرض عليه وأنفق.

فإن لم يجد من يقرضه قال الحاكم لربّ المال: «أتتطوّع أنت بالإنفاق؟» فإن تطوّع فلا كلام، وإن لم يتطوّع قال له: «فأقرضه ديناً عليه تستوفيه منه» فإن فعل

---

(١) منهم الشافعي كما في مختصر المزني: ١٢٥.

فلا كلام، وإن لم يفعل لم تخل الثمرة من أحد أمرين: إمّـا أن تكـون ظـاهرة أو غير ظاهرة، فإن لم تكن ظاهرة فهل لربّ المال الفسخ أم لا؟ قيل فيه وجهان[١]:

أحدهما ـ وهو الصحيح ـ أنّ له الفسخ[٢] لأنّه تعذّر عليه استيفاء العمل فكان له الفسخ للضرورة. وقال قوم: لا يفسخ ولكن يطلب الحاكم عاملاً يساقيه عـن الهارب[٣] وهذا غلط؛ لأنّ المساقاة إنّما تعقد على أصل يشـتركان فـي فـائدته والعامل لا أصل له، وإنّما له قسط من الثمرة فلا يصحّ أن يساقى عليه.

وإن كانت الثمرة ظاهرة قيل لربّ النخل: «هذه الثمرة شركة بينكما فـاختر البيع أو الشراء» فإن اختار البيع نظرت، فإن كان بعد أن بدا صلاحها بيعت لهما، يبيع الحاكم نصيب العامل وربّ النخل نصيبه، وما بقي من العمل عليها فما هو على العامل يكتري عنه من يعمل عنه، وإن كان قبل أن يبدو صلاحها فلا تباع إلّا على شرط القطع، فيباع ويحفظ نصيب العامل له حتّى إذا عاد سلّم إليه.

وإن قال ربّ النخل: «لا أبيع ولكنّي أشتري» نظرت، فإن كان بـعد أن بـدا صلاحها صحّ، وإن كان قبل أن يبدو صلاحها لم يجز بشرط القطع؛ لأنّـه مشـاع ولكن إذا اشتراها مطلقاً فهل يصحّ أم لا؟ قيل: فيه وجهان لأنّه يشتريها وهو مالك النخل، فإذا قلنا: يصحّ فلا كلام وهو الصحيح، وإذا قلنا: لا يصحّ فالحكم فيه كما لو قال: «لا أبيع ولا أشتري» ومتى قال هذا قيل له: انصرف فما بقي لك حكومة.

هذا إذا كان هناك قاضٍ. وإن لم يكن هناك قاض فأنفق ربّ المال نظرت، فإن أنفق ولم يُشْهِد، أو أشهد ولم يشرط الرجوع كان متطوّعاً بـه، ولا يـرجـع عـلى العامل. فإن أشهد على الرجوع فهل له الرجوع أم لا؟ قيل: فيه وجهان، بناءً على مسألة الجمّال إذا هرب وأنفق المكتري هل يرجع أم لا؟ على وجهين.

إذا ادّعى ربّ النخل على العامل أنّه خان أو سرق لم تسمع هذه الدعـوى؛

---

(١) راجع المجموع ١٤: ٤١١.

(٢ و٣) راجع المغني ٥: ٥٧٤.

لأنّها مجهولة، فإذا حرّرها فذكر قيمة ذلك صحّت الدعوى وكان القول قول العامل لأنّه أمين، فإن حلف برئ، وإن لم يحلف ثبتت الخيانة عليه، فإنّها تثبت بثلاثة أشياء: بيّنة، أو اعتراف، أو يمين المدّعي مع نكول المدّعى عليه.

فإذا ثبت ذلك أوجبنا عليه الضمان. وهل تقرّ النخل في يده أم لا؟ قيل: يكترى من يكون معه لحفظ الثمرة منه[١]. وقيل أيضاً: ينتزع الثمرة من يده ويكترى من يقوم مقامه[٢].

إذا ماتا أو مات أحدهما انفسخت المساقاة كالإجارة عندنا، ومن خالف في الإجارة خالف هاهنا، فإذا ثبت هذا، فمن قال: لا تبطل قال: نظرت، فإن كان الميّت ربّ المال قام وارثه مقامه والعامل على عمله، وإن كان الميّت العامل عرضنا على وارثه النيابة عنه فإن ناب عنه فلا كلام، وإن امتنع لم يجبر عليه، لأنّ العمل على المورّث لا يجبر عليه الوارث[٣].

ثمّ ينظر الحاكم فإن كانت له تركة اكترى منها من ينوب عنه، وإن لم تكن له تركة لم يجز أن يقترض عليه؛ لأنّه لا ذمّة له. ويفارق هذا إذا هرب؛ لأنّ الهارب له ذمّة.

ويقول الحاكم لربّ النخل: «تطوّع أنت بالإنفاق» فإن تطوّع فلا كلام، وإن امتنع نظرت، فإن كانت الثمرة غير ظاهرة فسخ العقد؛ لأنّه موضع ضرورة، وعلى ربّ النخل أُجرة العامل إلى حين الوفاة، وإن كانت الثمرة ظاهرة فالحكم كما لو هرب بعد ظهور الثمرة وقد مضى.

إذا دفع إلى غيره نخلاً مساقاةً بالنصف فبانت مستحقّة، أخذها ربّها؛ لأنّها عين ماله، وأخذ الثمرة أيضاً؛ لأنّها نماء ماله وثمرة نخله، ولا حقّ للعامل في الثمرة؛ لأنّه عمل فيها بغير إذن مالكها ولا أُجرة له على ربّها؛ لأنّه عمل فيها بغير إذنه.

---

(١) قال به الشافعي كما في المغني ٥: ٥٧٤، والشرح الكبير ٥: ٥٧٤.

(٢) راجع المصدرين السابقين.

(٣) راجع المغني ٥: ٥٧٣.

وللعامل أُجرة مثلها على الغاصب؛ لأنّه دخل بأمره على أن يسلم له ما شرط له فلمّا لم يسلم له كان له أُجرة مثله كالمساقاة الفاسدة.

فإذا ثبت هذا فإن كانت الثمرة بحالها أخذها ولا كلام، وإن كان قد شُمِّسَت نظرت، فإن لم تنقص بالتشميس أخذها ولا كلام، وإن نقصت كان عليه ما بين قيمتها رطباً وتمراً، وعلى من يجب ذلك؟ يأتي الكلام عليه.

هذا إذا كانت الثمرة باقية. وأمّا إذا كانت هالكة وهو إذا كانا قد اقتسماها وأخذ كلّ واحد منهما نصفها فاستهلكه، فلربّ النخل أن يرجع على من شاء منهما: يرجع على الغاصب؛ لأنّه تعدّى وكان سبَبَ يد العامل. ويرجع على العامل؛ لأنّ الثمرة حصلت في يده فكان عليه الضمان.

فإن رجع على الغاصب كان له أن يرجع بجميعها عليه لما مضى، فإذا غرمها رجع الغاصب على العامل بنصف بدل الثمرة وهو القدر الّذي هلك في يده، ورجع العامل على الغاصب بأُجرة مثله؛ لأنّه لم يسلم له المسمّى.

وإن رجع على العامل فبكم يرجع عليه؟ قال قوم: يرجع عليه بنصف الثمرة[١] وهو القدر الّذي هلك، لأنّه ما قبض الثمرة كلّها وإنّما كان مراعياً لها حافظاً لها نائباً عن الغاصب فلا ضمان عليه. فعلى هذا لو هلكت كلّها بغير تفريط كان منه فلا ضمان عليه.

ومنهم من قال: له أن يضمنه الكلّ[٢] لأنّ يده ثبتت على الكلّ مشاهدة بغير حقّ، فعلى هذا إذا هلكت كلّها بغير تفريط كان ضمان الكلّ عليه. والأوّل أقوى.

فمن قال: يضمن النصف، قال: إذا ضمن كان له أن يرجع على الغاصب بأُجرة مثله ولا يرجع بالثمرة عليه؛ لأنّ التلف كان في يده فاستقرّ الضمان عليه. ومن قال: يضمن الكلّ، فإذا ضمنه لم يرجع على الغاصب بما تلف في يده وهو نصيبه

---

١ و ٢) راجع المجموع ١٤: ٤١١.

من الثمرة، ورجع عليه بما هلك في يد الغاصب؛ لأنّ الضمان استقرّ عليه ورجع عليه بأُجرة مثله؛ لأنّ المسمّى لم يسلم له.

إذا ساقاه على أنّه لو سقاها بماء السماء أوسيح[١] فله الثلث، وإن سقاها بالنضح أو الغرب[٢] فله النصف، فالمساقاة باطلة؛ لأنّ هذا عمل مجهول غير معيّن، ولأنّ نصيبه من الثمرة سهم غير معيّن؛ لأنّه ماقطع على نصيبه، فإذا ثبت أنّها فاسدة فالثمرة كلّها لربّ النخل وللعامل أُجرة المثل؛ لأنّه لم يسلم ما شرط له.

إذا ساقاه على أنّ أُجرة الأُجراء الّذين يعملون ويستعان بهم من الثمرة فالعقد فاسد؛ لأنّ المساقاة موضوعة على أنّ من ربّ المال المال ومن العامل العمل، فإذا شرط أن يكون أُجرة الأُجراء من الثمرة كان على ربّ المال المال والعمل معاً، وهذا لا يجوز.

الوَدِيّ صغار النخل قبل أن يحمل، فإذا ساقاه على وَدِيّ ففيها ثلاث مسائل:

إحداها: ساقاه إلى مدّة تحمل مثلها غالباً فالمساقاة صحيحة؛ لأنّه ليس فيه أكثر من أنّ عمل العامل يكثر ويقلّ نصيبه وهذا لا يمنع صحّتها؛ كما لو جعل له سهماً من ألف سهم، فإذا عمل نظرت، فإن حملت فله ما شرط، وإن لم تحمل فلا شيء له؛ لأنّها مساقاة صحيحة ونصيبه من ثمارها معلوم، فإذا لم تثمر لم يستحقّ شيئاً كالقراض الصحيح إذا لم يربح شيئاً.

الثانية: ساقاه إلى مدّة لا تحمل الوَدِيّ إليها فالمساقاة باطلة؛ لأنّه ساقاه بشرط أن لا يستحقّ شيئاً، فعلى هذا إذا عمل فهل له أُجرة المثل؟ على وجهين: أحدهما: له ذلك؛ لأنّ إطلاق المساقاة يقتضي ذلك. والثاني: لا يستحقّ ذلك؛ لأنّه دخل على أنه لا يقابل عمله عوض.

---

(١) السيح: الماء الجاري على وجه الأرض.

(٢) النضح: الاستقاء بالبعير، والغرب: الدلو العظمية يستقى بها.

الثالثة: ساقاه إلى وقت قد تحمل وقد لا تحمل، وليس أحدهما أولى من الآخر، قيل: فيه وجهان، أحدهما: يصحّ؛ لأنّه ساقاه لوقت تحمل فيه غالباً. والثاني: لا يصحّ؛ لأنّه ساقاه لمدّة لا تحمل فيها غالباً وهذا يفسد العقد.

فمن قال: يصحّ نظرت، فإن حمل كان له ما شرط، وإن لم تحمل فلا شيء له؛ لأنّ المساقاة صحيحة. ومن قال فاسدة فلا شيء للعامل في الثمرة وله أُجرة مثله؛ لأنّه لم يسلم له ما سمّى له.

إذا ساقاه على وَدِيّ على أنّه إذا كبر وحمل فله نصف الثمرة ونصف الوديّ فالعقد باطل؛ لأنّ موضوع المساقاة على أن يشتركا في الفائدة دون الأُصول، فإذا شرط المشاركة في الأُصول بطل، كالقراض إذا شرط له جزءاً من أصل رأس المال مضافاً إلى وجود الربح.

إذا كان الوَدِيّ مقلوعاً فساقاه على أن يغرس، فإذا علق وحمل فله نصف الثمرة ـ والمدّة يحمل في مثلها إن علق ـ فالمساقاة باطلة؛ لأنّها تصحّ على أصل ثابت يشتركان في فوائده، فإذا كانت الأُصول مقلوعة لم يصحّ المساقاة، فإذا عمل العامل فهل له أُجرة أم لا؟ نظرت، فإن كانت إلى مدّة تحمل في مثلها أو علقت كان له أُجرة مثله، وإن كان إلى مدّة لا تحمل فيها فعلى الوجهين.

إذا أثمرت النخل في يد العامل وأرادا القسمة واختلفا، فقال ربّ المال: «المساقاة على أنّ لك الثلث» وقال العامل: «على النصف» تحالفا، لأنّهما اختلفا في قدر العوض كالمتبايعين إذا اختلفا، ويقوى في نفسي أنّ البيّنة على العامل؛ لأنّ الثمرة كلّها الأصل فيها أنّها لصاحب النخل، والعامل يدّعي شرطاً فعليه البيّنة وعلى ربّ النخل اليمين.

ومن قال: يتحالفان، فإذا تحالفا فسخ العقد بينهما، وكانت الثمرة كلّها لربّ المال وللعامل أُجرة مثله؛ لأنّ المسمّى له لم يسلم، فإن حلف أحدهما ونكل

الآخر ردّت اليمين على الآخر فإذا حلف استحقّ.

هذا إذا لم يكن هناك بيّنة. فإن كان هناك بيّنة نظرت، فإن كانت مع أحدهما حكمنا له بها، وإن كان مع كلّ واحد منهما بيّنة تعارضتا ورجعنا على مذهبنا إلى القرعة، وعند المخالف يسقطان[١].

وفيهم من قال: يستعملان، وكيف يستعملان؟ فيه ثلاثة أقوال: أحدها: يوقف، والثاني: يقرع، والثالث: يقسّم[٢] ولا وقف هاهنا ولا قسمة؛ لأنّه عقد فليس غير القرعة مثل ما قلناه، فمن خرج اسمه قدّمنا قرعته. وهل يحلف أم لا؟ قيل: فيه قولان: أحدهما: يحلف[٣] والثاني: لا يحلف[٤] وهو الصحيح، والأوّل أحوط.

إذا كان ربّ المال اثنين والعامل واحداً، فاختلفوا حين القسمة، فقال العامل: «شرطتمالي النصف» فصدّقه أحدهما وكذّبه الآخر وقال: «بل على الثلث» كان له من نصيب من صدّقه النصف. وبقي الكلام بينه وبين المنكر، فينظر فيه، فإن كان المصدّق عدلاً فشهد للعامل بما ادّعاه حلف واستحقّ؛ لأنّه ممّا يثبت باليمين مع الشاهد. وإن لم يكن عدلاً أو كان فلم يشهد فالحكم فيه كما لو كان العامل واحداً وربّ المال واحداً، فقد مضى الكلام فيه، عندهم يتحالفان، وعندنا البيّنة على العامل واليمين على ربّ النخل.

إذا كان العامل واحداً وربّ المال اثنين، فشرط العامل النصف من نصيب أحدهما والثلث من نصيب الآخر، فإن كان عالماً بقدر نصيب كلّ واحد منهما صحّ، وإن كان جاهلاً بذلك بطل للغرر، وقد مضت. فإن شرط من نصيب أحدهما بعينه النصف ومن نصيب الآخر بعينه الثلث، فإن جهل ذلك لم يجز على ما قلناه.

---

(١) هو قول الشافعي في الأُمّ: ١٢٦.

(٢) نقل الرافعي الأقوال الثلاثة في فتح العزيز ١٢: ١٧١، واختار نفسه التهاتر والتحالف، ونسب القول بالقسمة في القدر المختلف فيه إلى قائل وأنّه يقسّم بينهما نصفين.

(٣) راجع فتح العزيز ١٢: ١٧١.

(٤) راجع فتح العزيز ١٢: ١٧١.

وإن ساقاه فقال: «على أنّ لك النصف أُجرة عملك أو عوضاً عن عملك» جاز؛ لأنّ الّذي شرط له هو عوض وهو أُجرة، فبأيّ العبارتين عبّر صحّ.

إذا ساقاه على نخل في أرض الخراج فالخراج على ربّ النخل؛ لأنّه يجب لأجل رقبة الأرض.

فإذا أطلعت النخل فالكلام في الزكاة قد مضى في القراض؛ حيث قلنا: إذا ربح المال في القراض قيل: فيه قولان، أحدهما: زكاة الكلّ على ربّ المال. والثاني: على ربّ المال زكاة الأصل وزكاة حصّته من الربح[1] وهذا مذهبنا، لكن يراعى في الفائدة الحول ولا يبنى على حول الأصل.

فأمّا في المساقاة: في الناس من قال: إنّه كالقراض وأصحّهما عندهم: أنّ الزكاة عليهما[2] والثمرة إذا ظهرت كانت بينهما. والّذي نقوله: إنّ الثمرة الزكاة فيها عليهما إذا بلغ نصيب كلّ واحد منهما نصاباً، وإن نقص لم يلزمهما الزكاة وإن كان الجميع أكثر من النصاب.

وإنّما قلنا ذلك؛ لأنّ الثمرة إذا ظهرت كانت بينهما وعلى ملكهما؛ بدليل أنّها لو ذهبت إلّا تمرة واحدة كان الباقي بينهما وليس كذلك الربح في القراض؛ لأنّه وقاية لمال ربّ المال؛ بدليل أنّه لو ذهب من المال شيء كمل من الربح، فبان الفصل بينهما.

---

(١) نسب القولين في الخلاف ٣: ٤٨١ إلى الشافعي.

(٢) راجع المجموع ١٤: ٤١٣، والمدوّنة الكبرى ٥: ١٢.

كتاب الإجارات

كتاب الإجارات

كلّ ما يستباح بعقد العارية يجوز أن يستباح بعقد الإجارة من إجارة الرجل نفسه وعبيده وثيابه وداره وعقاره بلا خلاف، ويدلّ عليه القرآن[1] والسنّة[2] قد ذكرناه في الخلاف[3].

فإذا ثبت جوازها فإنّها تفتقر إلى شيئين: أحدهما: أن تكون المدّة معلومة والثاني: أن يكون العمل معلوماً.

فإذا ثبت ذلك فالإجارة على ضربين: أحدهما: ما يكون المدّة معلومة والعمل مجهولاً. والثاني: ما يكون المدّة مجهولة والعمل معلوماً.

فما تكون المدّة معلومة والعمل مجهولاً، مثل أن يقول: «آجرتك شهراً لتبني أو تخيط» فهذه مدّة معلومة والعمل مجهول، وما يكون المدّة مجهولة والعمل معلوماً فهو أن يقول: «آجرتك لتخيط ثوبي أو تبني هذه الدار» فالمدّة مجهولة والعمل معلوم.

فأمّا إذا كانت المدّة معلومة والعمل معلوماً فلا يصحّ؛ لأنّه إذا قال:

---

(١) الكهف: ٧٧، القصص: ٢٦ و٢٧، الطلاق: ٦.

(٢) تحف العقول: ٣٣٣، السنن الكبرى ٦:١١٨.

(٣) الخلاف ٣:٤٨٥.

«استأجرتك اليوم لتخيط قميصي هذا» كانت الإجارة باطلة؛ لأنّه ربّما يخيط قبل مضيّ النهار فيبقى بعض المدّة بلا عمل، وربّما لا يفرغ منه بيوم ويحتاج إلى مدّة أُخرى ويحصل العمل بلا مدّة.

والإجارة عقد معاوضة، وهي من عقود المعاوضات اللازمة كالبيع، فإذا آجر الرجل داره أو عبده أو دابّته فإنّه يلزم العقد من الطرفين، ويستحقّ الموجر الأُجرة على المستأجر، ويستحقّ المستأجر المنفعة على الموجر. وليس لأحدهما فسخ عقد الإجارة بحال، سواء كان لعذر أو لغير عذر.

فهي كالبيع في باب الفسخ؛ لأنّ من اشترى شيئاً ملك البائع الفسخ إذا وجد بالثمن عيباً، وكذلك المشتري إذا وجد بالمبيع عيباً، ولا يملك بغير العيب. وكذلك المؤجر إنّما يملك الفسخ إذا تعذّر استيفاء الحقّ منه لفلس أو لغيره. وكذلك المستأجر إنّما يملك الفسخ إذا وجد بالمنافع عيباً، مثل أن تنهدم الدار أو تغرق ولا يمكنه استيفاء المنفعة منه. وليس لهما الفسخ لغير عذر.

إذا استأجره على قلع ضرسه ثمّ بداله، فلا يخلو من أحد من أمرين:

إمّا أن يكون زال الوجع، أو يكون الألم باقياً. فإن كان بحاله فإنّه لا يملك فسخ الإجارة ولكن يقال له: قد استأجرته على استيفاء منفعة وأنت متمكّن من استيفائها فإمّا أن تستوفي منه ذلك، وإلّا إذا مضت مدّة يمكنه أن يقلع ذلك فإنّه قد استقرّ له الأُجرة. كمن استأجر دابّة ليركبها إلى بلد وسلّمها إليه فلم يركبها، فإنّه يقال له: أنت متمكّن من استيفاء المنفعة في أن تركب وتمضي، فإمّا أن تستوفي وإلّا إذا مضت مدّة يمكنك أن تستوفيها فقد استقرّ عليك الأُجرة. وكذلك إذا استأجر داراً فسلّمت إليه يقال له: إمّا أن تسكنها وإلّا تستوفي منك الأُجرة إذا مضت المدّة.

وأمّا إذا زال الوجع، فإنّه قد تعذّر استيفاء المنفعة من جهة الله شرعاً؛ لأنّه لو أراد أن يقلعها لم يجز ويمنع الشرع من قلع السنّ الصحيحة فانفسخت الإجارة

بذلك، كالدار إذا انهدمت، ألا ترى أنّ الوجع لو عاد بعد ذلك احتاج أن يستأنف عقد الإجارة لقلع الضرس، وإنّما ملك الفسخ لتعذّر المعقود عليه. وأمّا إذا استأجر عبداً فأبق فإنّه تنفسخ الإجارة لتعذّر استيفاء المنفعة المعقود عليها، كالدار إذا انهدمت.

والمستأجِر يملك من المستأجَر المنفعة الّتي في العبد والدار والدابّة إلى المدّة الّتي اشترط حتّى يكون أحقّ بها من مالكها، والمؤجر يملك الأُجرة بنفس العقد.

ولا تخلو الأُجرة من ثلاثة أحوال: إمّا أن يشترطا فيه التأجيل، أو التعجيل، أو يُطْلِقا.

فإن شرطا التأجيل إلى سنة أو إلى شهر فإنّه لا يلزمه تسليم الأُجرة إلى تلك المدّة بلا خلاف، وإن اشترطا التعجيل أو أطلقا لزمه ذلك على خلاف فيه.

ومتى عقد الإجارة ثمّ أسقط الموجر مال الإجارة وأبرأ صاحبه منها سقط بلا خلاف. وإن أسقط المستأجر المنافع المعقود عليها لم يسقط بلا خلاف.

إذا باع شيئاً بثمن جزاف جاز إذا كان معلوماً مشاهداً وإن لم يعلم وزنه. ولا يجوز أن يكون مال القراض جزافاً. والثمن في السلم أيضاً يجوز أن يكون جزافاً. وقيل: إنّه لا يجوز كالقراض[١] ومال الإجارة يصحّ أن يكون جزافاً. وفي الناس من قال: لا يجوز[٢] والأوّل أصحّ.

إذا قال: «آجرتك هذه الدار كلّ شهر بكذا» كان ذلك صحيحاً؛ لأنّه لا دليل على بطلانه، ولأنّ الشهر معلوم. وقال قوم: ذلك باطل[٣] لأنّه أضافه إلى مجهول. فمن قال: يصحّ قال: يلزمه أُجرة شهر واحد الأجر المسمّى ومازاد عليه فعليه أُجرة المثل. ومن قال: باطل، أوجب في الكلّ أُجرة المثل؛ لأنّها إجارة فاسدة.

---

(١) القائل هو الشافعي على ما في مختصر المزني: ٩٠. (٢) راجع المجموع ١٥: ٣٣.

(٣) منهم النووي في المجموع ١٥: ١٩، وعن ابن سريج أنّه باطل فيما زاد عن شهر واحد كما في فتح العزيز ١٢: ٣٤٣.

إذا آجر عبداً سنة معلومة فمات العبد قبل استيفاء المنفعة، فلا يخلو من أربعة أحوال: إمّا أن يتلف بعد انقضاء المدّة واستيفاء المنفعة، أو يتلف قبل القبض، أو يتلف بعد القبض وقبل استيفاء المنفعة، أو يتلف وقد استوفى بعض المنفعة.

فإن تلف بعد انقضاء المدّة فإنّ الإجارة صحيحة وقد استوفى، كما لو اشترى شيئاً فتلف في يد المشتري، فيكون من ضمان المشتري، لأنّه تلف في يده.

وإن تلف قبل القبض فإنّ العقد ينفسخ بتلف المعقود عليه، كما لو اشترى فتلف في يد البائع قبل القبض.

وإن تلف بعد القبض قبل استيفاء المنفعة فإنّه تنفسخ الإجارة.

والرابع إذا استوفى بعض المنفعة ثمّ تلف، مثل أن يكون آجر عبده سنة معلومة بأُجرة معلومة فاستخدمه ستّة أشهر ثمّ مات العبد، فلا خلاف في أنّ العقد فيما بقي يبطل وفيما مضى لا يبطل عندنا. وفيهم من قال: يبطل مبنيّاً على تفريق الصفقة[1].

وإذا ثبت ما قلناه إنّ الإجارة صحيحة فيما مضى وباطلة فيما بقي فهو بالخيار بين أن يفسخ وأن يقيم، فإن أراد الفسخ فلا كلام فيه كما لو انفسخ وقلنا ببطلانه فله بأُجرة المثل، وإن أقام نظرت، فإن كان أُجرة ما بقي مثل أُجرة ما مضى فإنّه يأخذه لما مضى.

وإن كان فيما بقي من المدّة أُجرته أكثر ممّا مضى فإنّه يستحقّ تلك الزيادة؛ وذلك مثل أن يكون أُجرة المدّة الّتي مضت مائة درهم، وأُجرة مدّة ما بقي مائتين فإنّه يستحقّ عليه مائتين ويعكس هذا إن كانت أُجرة المدّة الّتي مضت مائتين ومدّة الباقي مائة، فإنّه يستحقّ مائة.

وهكذا في أُجرة الدار. إذا آجر داراً ثمّ انهدمت الدار، فالكلام في ثلاثة فصول كما مضى في فصول التلف في العبد، فإن كانت انهدمت بعد مضيّ ستّة أشهر

---

(١) نسبه الماوردي في الحاوي الكبير ٧: ٣٩٩ إلى بعض أصحاب الشافعيّة.

وكانت المدّة سنة، منهم من قال: الكلام فيه كالكلام في العبد سواء، يبطل الإجارة فيما انهدمت، وهل تبطل فيما مضى؟ على ما مضى من القولين[١].

و فيهم من قال: تصحّ الإجارة فيما مضى وفيما بقي، وفرّق بينهما بأنّ العبد إذا تلف فقد تلف عين المعقود عليه ولا يمكن الانتفاع به على وجه، وليس كذلك الدار؛ لأنّ بعض العين باقٍ وينتفع به بالعرصة[٢]. والصحيح الأوّل؛ لأنّ هذا ما اكترى العرصة وإنّما اكترى الدار والدار قد انهدمت.

فمن قال: بطلت الإجارة أو تصحّ وله الخيار، فاختار الفسخ، فالكلام فيه على ما مضى يستحقّ عليه أُجرة المثل فيما مضى وليس عليه شيء فيما بقي. ومن قال: عقد الإجارة تصحّ، واختار المقام فإنّه يستحقّ جميع أُجرة المسمّى.

الموت يفسخ الإجارة سواء كانت الميّت الموجر أو المستأجر عند أصحابنا. والأظهر عندهم أنّ موت المستأجر يبطلها وموت الموجر لا يبطلها[٣] وفيه خلاف.

إن اكترى دابّة من بغداد إلى حلوان ثمّ تجاوز بها إلى همدان، فإنّ الكلام هاهنا في فصلين، أحدهما: في الأُجرة، والثاني: في الضمان.

فأمّا الكلام في الأُجرة: فإنّه يلزمه أُجرة المسمّى من بغداد إلى حلوان، ومن حلوان إلى همدان أُجرة المثل؛ لأنّه استوفى المنفعة من بغداد إلى همدان فاستقرّ عليه المسمّى.

وأمّا الكلام في الضمان: فإنّه لا يخلو إمّا أن يكون صاحبها معها، أو لم يكن معها. فإن لم يكن صاحبها معها فإنّه يكون مضموناً، ثمّ نظرت، فإن ردّها إلى بغداد

---

(١) القائل الماوردي في الحاوي الكبير ٧: ٣٩٩.

(٢) نسبه الماوردي إلى بعض الشافعيّة، راجع الحاوي الكبير ٧: ٣٩٩.

(٣) قال مالك والشافعي وإسحاق والبتّي وأبوثور وابن منذر: إن الإجارة لا تبطل بموتهما أو بموت أحدهما. وقال الثوري وأصحاب الرأي والليث تنفسخ الإجارة بموت أحدهما، كما في المغني ٦: ٤٢، والشرح الكبير ٦: ٤٣.

إلى يد صاحبها فلا ضمان عليه وعليه أُجرة المثل فيما تعدّى فيه. وإن تلفت فإنّه يضمن بالغاً ما بلغ من وقت التعدّي إلى حين التلف لا من يوم اكتراها. وإن ردّها إلى حلوان فإنّه لا يزول ضمانه. وفي الناس من قال: يزول[١].

وإن كان صاحبها معها وكان ساكتاً ولم ينطق بشيء حتّى تعدّى بها فإنّ هذا لا يكون مضموناً ضمان اليد؛ لأنّ يد صاحبها عليها وما زال يد صاحبها عنها. فإن ماتت فلا يخلو إمّا أن يكون هذا راكبها، أو لم يكن راكبها. فإن لم يكن راكبها وماتت فإنّه لا شيء عليه؛ لأنّها ماتت بغير تعدّ. وإن ماتت وهو راكبها فإنّه يضمن؛ لأنّ الظاهر أنّها ماتت عن جنايته وركوبها.

إذا ثبت هذا وأنّها تكون في ضمانه فكم يضمن؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: يضمن بنصف قيمتها؛ لأنّها ماتت من مباح ومحظور والثاني: يقسّط على الفراسخ و يضمن بِقَدَره[٢].

للإنسان أن يوجر داره أو ضيعته ما شاء من الزمان، إن شاء سنة وإن شاء ثلاثين أو مازاد عليه، ولا عدد في ذلك لا يجوز أكثر منه. فإذا ثبت هذا فإنّه يعتبر تبقية ذلك الشيء المواجر، فيواجر إلى مدّة جرت العادة ببقائه إلى تلك المدّة، سواء كانت داراً أو دابّة أو ثوباً أو ما كان.

وإذا كانت الإجارة سنة فلا يحتاج أن يذكر أُجرة كلّ شهر؛ لأنّ الغالب من العادة أنّ الأُجرة لا تختلف في هذا القدر، وإذا لم تختلف وكانت الجملة، فلا يحتاج إلى شيء آخر.

وإن كانت إلى ثلاثين سنة هل يحتاج أن يذكر أجرة كلّ سنة أم لا؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: لا يحتاج إلى ذكر ذلك[٣] لأنّ الجملة معلومة، وهو الأقوى.

---

(١) القائل به محمّد كما في المغني ٦: ٨٠، والشرح الكبير ٦: ٨٩.

(٢) نقل القولين في المغني ٦: ٧٩، ولم ينسبهما إلى قائل

(٣) نسب هذا إلى ظاهر كلام أحمد، راجع المغني ٦: ٨.

والثاني: لا بدّ من ذكر كلّ سنة[١] لأنّه ربّما انهدمت الدار أو يموت الغلام أو يهرب فيحتاج أن يعتبر مامضى أو مابقي، وربّما نسي مامضى فلا يدري كيف تتقسّط عليه.

فإذا قيل: يذكر أُجرة كلّ سنة، ثمّ انهدمت بعد مضيّ بعض السنين فإنّه يرجع بالمسمّى ويقسّط عليه على أُجرة المسمّى. وإن لم يذكر حين العقد هذا فإنّ الإجارة تبطل.

وإذا قيل: لا يحتاج أن يذكر أُجرة كلّ سنة، ثمّ انهدمت الدار، فإنّه يرجع عليه بأُجرة المثل، ويقسّط بأُجرة المثل.

إذا اكترى داراً أو عبداً وأراد أن يؤجره من إنسان آخر نظرت، فإن كان بعد القبض وبعد أن أحدث فيه حدثاً فإنّه جائز، وإن كان قبل أن يحدث فلا يجوز. وفي الناس من أجاز ذلك وإن لم يحدث فيه حدثاً[٢].

وإذا آجره بعد إحداث الحدث فلا فرق بين أن يؤجره من المكري أو من غيره بمثل ما استأجره أو أقلّ منه أو أكثر.

الإجارة على ضربين: معيّنة، وإجارة في الذمّة. فالمعيّنة أن يستأجر داراً أو عبداً شهراً أو سنة. وفي الذمّة أن يستأجر من يبني له حائطاً أو يخيط له ثوباً. وكلاهما يجوز أن يشرط فيه خيار المجلس وخيار الثلاث، ولا مانع منه، لقول النبيّ صلى الله عليه وآله: «المؤمنون عند شروطهم»[٣] وفي الناس من قال: لا يجوز ذلك[٤].

قد مضى كراء[٥] الأراضي والعقار والدور. والكلام في البهائم والحيوان، فإنّه يكترى للركوب، ويكترى للحمولة، ويكترى للعمل عليها. بدلالة قوله تعالى:

---

(١) قال الشافعي في أحد قوليه: يفتقر إلى تقسيط أجر كلّ سنة، راجع المغني ٦:٨.

(٢) هذا ما نسبه في المغني ٦: ٥٥ إلى أحمد، ونقل روايته عن عطاء والحسن والزهري، ونسب القول به إلى الشافعي وأبي ثور وابن المنذر أيضاً. وانظر المدوّنة الكبرى ٤: ٥١٥ أيضاً.

(٣) التهذيب ٧: ١٥٠٢/٣٧١، الاستبصار ٣:٨٣٥/٢٣٢.

(٤) انظر المجموع ١٥:٤١ وفتح العزيز ١٢:٢٥٧.

(٥) ط وبعض النسخ: ذكر الأراضي.

﴿والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينةً﴾[١]. وروي عن ابن عبّاس في قوله تعالى: ﴿ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربّكم﴾[٢] فقال: تحجّوا وتكروا الجمال[٣].

فإذا ثبت ذلك وأنّه يكترى للحمولة والركوب والعمل، فإن آجرها ليركب عليها، فلا بدّ من أن يكون المحمول معلوماً والمحمول له، وأن يكون المركوب معلوماً والراكب معلوماً. أمّا المركوب فيصير معلوماً إمّا بالمشاهدة أو بالصفة. فالمشاهدة أن يقول: «اكتريت منك هذا الجمل شهراً» أو يقول: «اكتريت منك هذا الجمل لأركبه إلى مكّة» فإنّ هذا يجزئه.

فأمّا إذا كان معلوماً بالصفة، فلا بدّ من ذكر ثلاثة أشياء: الجنس، والنوع، والذكوريّة والإناثيّة. أمّا الجنس فمثل أن يقول: جمل، حمار، بغل، دابّة. والنوع يذكر: حمار مصريّ، جَمَل بُخْتِيّ أو عربي. ويقول: ناقة أو جمل؛ لأنّ السير على النوق أطيب منه على الجمل.

وأمّا الراكب: فيجب أن يكون معلوماً، ولا يمكن ذلك إلّا بالمشاهدة؛ لأنّه لا يوزن والرجل يكون طويلاً خفيفاً وقد يكون قصيراً ثقيلاً، فإذا كان كذلك فلا بدّ من المشاهدة. ثمّ هو بالخيار إن شاء ركبه هو أو يركب من يوازنه ويكون في معناه، وإن كان ممّن له زاملة ويريد أن يركب فيقول: «على أن تركبني على زاملتك» أو «على قتب». وإن كان ممّن معه زاملة أو محمل، فإنّه لابدّ من أن يشاهد، أو يذكر فيقول: «كنيسة، محمل».

فإن كان محملاً فلا بدّ أن يشاهد لأنّها تختلف بالكبر والطول والعرض. ويذكر مغطّى أو مكشوفاً؛ لأنّ المغطّى أثقل على الجمل. والأولى أن يذكر: مغطّى بالنطع أو اللبد، أو بالخرقة؛ لأنّ بعضها أخفّ من بعض. ويذكر المعاليق ـ واحدها

---

(١) النحل: ٨. (٢) البقرة: ١٩٨. (٣) لم نقف على مأخذه.

معلوق ـ[١] وهي السفرة والدلو والسطيحة[٢] والقِدْر. والأولى أن يشاهد.

وفي الناس من قال: يكفي أن يذكر المعاليق ويرجع إلى العرف[٣]. والأوّل أحوط.

فأمّا إن أراد أن يحمل عليها حمولة فإنّه لا يحتاج أن يذكر الأُنوثيّة والذكوريّة؛ لأنّ الغرض تحصيل[٤] المتاع في الموضع. سواء حمل على ذكر أو أُنثى.

ولا بدّ من ذكر الجنس والمقدار فيقول: حديد، قطن، ثياب؛ لأنّ الحديد ثقيل على المحمل والقطن أخفّ.

وأمّا الظرف: فإن كان المتاع في ظرف، فيقول: مائة منّاً قطن في هذا الظرف، فإنّه جائز. وإن قال: مائة منّاً قطن، فالظرف يكون زيادة عليها. فإن لم تكن مشاهدة فإنّه لا يجوز إلّا أن يكون ظروفاً لا يختلف بمجرى العادة، فإنّه يرجع إلى العرف. وكلّ ما ليس له عرف ولم يذكر في العقد ولم يشاهد فإنّه يبطل العقد للجهل بذلك.

إذا ثبت هذا فكلّ ما يحتاج لتمكّن الركوب عليها فيكون على المكري، وكلّ ما يحتاج لتوطئة الركوب فإنّه يكون على المكتري، وذلك مثل الحبل الّذي يشدّ به الحمل والمحمل فإنّه يكون على المكتري، والحبل الّذي يشدّ بعضه في بعض والوطاء الّذي يكون فيه التبن فيكون فوق البالان[٥] تحت المحمل فإنّه يكون على المكتري.

وأمّا ما يكون على المكري فالقتب، والعير الّذي يكون تحت القتب، والقِطام

---

(١) كذا في النسخ، ولكن في كتب اللغة وفي المجموع ١٥: ٢٢: واحدها مِعْلاق وهو ما يعلّق بعروة بلا شدّ ولا ربط.

(٢) السطيحة: المَزَادة ج مَزَاد ومَزَايِد: جلود يضمّ بعضها إلى بعض ويُوْضَع فيها الماء.

(٣) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير ٧: ٤١٢ من دون أن يسمّي قائله.

(٤) بعض النسخ: تحصّل.

(٥) بالان: معرّب پالان.

والحِزام[١] وشدّه وحلّه[٢] وشَيْلُه وحَطّه[٣] فأمّا شدّ المحمل فعلى من هو؟ قيل: فيه وجهان: أحدهما: يكون على المكتري؛ لأنّه من جملة التوطئة. والثاني: أنّه يكون على المكري؛ لأنّه مثل الشدّ والرحل[٤].

فأمّا السوْق نظرت، فإن كان اكترى ليحمل عليها المكتري أو ليركب هو عليها فإنّ السوق عليه، وإن اكترى لحمل المتاع فالسوق على المكري.

فأمّا إن اكتراها ليعمل عليها بأن يستقي عليها ماءً أو تكون للحرث.

فإن كان للسقي والدواليب فإنّه يذكر: بغل أو دابّة أو حمار، ولا بدّ من أن يشاهد الدولاب؛ لأنّه قد يكون خفيفاً وثقيلاً، ولا بدّ من ذكر المدّة شهراً أو شهرين و يوماً أو يومين.

فأمّا إن كان للحرث فلا بدّ من مشاهدة الثور، أو يذكر ثوراً قويّاً من حاله وقصّته، وأن يذكر الأرض؛ لأنّها تكون صلبة وتكون رِخْوة، ولا بدّ من ذكر المدّة.

وإذا اكترى الدابّة أو الجمل وجب أن يكون المسير معلوماً، ويقول: «كلّ يوم خمس فراسخ أو ستّة» فإن لم يذكر نظرت، فإن كان في الطريق مراحل معروفة فإنّه ترجع إلى العرف، وإن لم تكن مراحل في الطريق فإنّه يبطل.

وطريق الحجّ الآن لا بدّ من ذكرٍ للسير؛ لأنّ المراحل هلكت[٥] ويسيرون ليلاً ونهاراً، فإذاً لا بدّ من ذكره فيقال: «على أن يسير في يوم عشرة فراسخ أو عشرين فرسخاً».

وإن اختلفا في النزول فقال الجمّال: «ننزل في طرف البلد موضعاً يكون قريباً إلى الماء والكلاء» وقال المكتري: «لا بل ننزل في وسط القرية أو وسط البلد حتّى

---

(١) الحِزام: ما يشدّ به وسط الدابّة.
(٢) ط: حبله.
(٣) شيلُه وحطّه: رفعه ووضعه.
(٤) ذكرهما في الحاوي الكبير ٧: ٤١٥.
(٥) يعني ما كان هوالمقرّر عند المكارين ـ من طيّ مراحل معيّنة في كلّ يوم ـ لا يراعونه اليوم.

يكون متاعي محفوظاً» فإنّه لا يلتفت إلى قول واحد منهما، ويرجع فيه إلى العرف و ينزلون منزلاً جرت العادة به.

وإذا اكترى بهيمة وذكر أنّها تتعبه وتكدّه نظر، فإن كان ذلك من جهة أنّه لا يضرّ له بعادة الركوب لم يلزم المكري شيء، وإن كان من جهة البهيمة نظر، فإن أكراها بعينها كان له ردّها وليس له أن يستبدل بها غيرها، ويكون ذلك عيباً يردّها به. وإن كان اكتراها في الذمّة ردّها وأخذ بدلها.

وعليه أن يبرك البعير لركوب المرأة ونزولها؛ لأنّها ضعيفة الخلقة فلا تتمكّن من الصعود للركوب ولا من النزول؛ ولأنّها عورة ربّما تكشف. والرجل إن كان مريضاً فكذلك، وإن كان صحيحاً لم يلزمه أن يبركه لركوبه ونزوله؛ لأنّه يتمكّن من ذلك. ويختلف ذلك على حسب اختلاف حاله في المرض والصحّة. ولا يعتبر حال العقد؛ لأنّه إن كان صحيحاً حال العقد ثمّ مرض لزمه أن يبركه، وإن كان مريضاً حال العقد ثمّ صحّ لم يلزمه أن يبركه.

ولا يلزمه لأكل المكتري وشربه؛ لأنّه يتمكّن من ذلك وهو راكب. وكذلك لصلاة النافلة؛ لأنّها تجوز فوق الراحلة. وأمّا الفريضة فإنه يلزمه أن يبرك البهيمة لفعلها؛ لأنّها لا تجوز عليها.

وليس للمصلّي أن يطوّل صلاته، بل يصلّي صلاة المسافر صلاة الوقت فحسبُ، غير أنّه يتمّ الأفعال ويختصر الأذكار؛ لأنّ حقّ الغير تعلّق به.

إذا اكترى عيناً من الأعيان لم يخلُ من أحد أمرين: إمّا أن يكون عقاراً، أو غيره. فإن كان عقاراً مثل الدار أو الدكّان أو الأرض لم يجز ذلك إلّا بشرطين: أحدهما: أن يكون العين معلومة. والثاني: أن تكون المنفعة معلومة.

وتصير العين معلومة بشيئين، أحدهما: المشاهدة، والثاني: التحديد. ويشاهدها ثمّ يحدّدها له المكري، فيذكر حدودها الأربعة حتّى يبيّن حصر المدىٰ

الّذي اكتراه. والمنفعة تصير معلومة بالتقدير؛ لأنّه لا يمكن مشاهدتها ولا تقديرها بكيل ولا وزن ولا نوع، بل يقدّر بتقدير الزمان.

فإذا ثبت أنّها لا بدّ أن تكون معلومة والمنفعة معلومة، فمن شرط صحّة العقد أن تكون المنفعة متّصلة بالعقد، ويشرط أنّها من حين العقد، فإذا قال: «آجرتك هذه الدار شهراً» ولم يقل: «من هذا الوقت» ولكنّه أطلق الشهر فإنّه لا يجوز. كذلك إن آجره الدار في شهر مستقبل بعد ما دخل فإنّه لا يجوز، فعلى هذا إذا قال وفي رجب: «آجرتك هذه الدار في شهر رمضان» لم تصحّ الإجارة. وعند قوم تصحّ[1] وهو قويّ.

فإذا ثبت ما قلناه فإذا آجره العقار واتّصلت المنافع بالعقد لم يخلُ من أحد أمرين: إمّا أن يسلّم العقار إليه، أو لا يسلّم.

فإن سلّمه إليه، فإن سلّم له ما استحقّه من المنافع فقد استقرّ له حقّه، وينظر:

فإن كان العقد صادف أوّل الشهر كان الاعتبار بالهلال، وإن كان أكراه شهراً فحتّى يُهِلّ الهلال للشهر الآخر، سواء كان الشهر ناقصاً أو كاملاً.

وإن كان العقد الهلال لم يصادف أوّل الشهر كان الاعتبار بالعدد، فيعدّ من ذلك الوقت تمام ثلاثين يوماً، فإذا انقضى ذلك فقد استوفى حقّه بلاخلاف في ذلك.

وإن تلفت الدار قبل مضيّ الوقت انفسخ العقد فيما بقي ولا ينفسخ فيما مضى، وقال قوم: ينفسخ فيما مضى[2].

وأمّا إذا لم يسلّمه إليه ومضى بعض المدّة في يده فقد انفسخ العقد في ذلك القدر الّذي مضى؛ لأنّه معقود عليه تلف قبل القبض، ويكون الحكم في الباقي صحيحاً.

---

(١) منهم أبو حنيفة وأحمد، كما في فتح العزيز ١٢: ٢٥٧، و المغني لابن قدامة ٦: ٦، والمبسوط للسرخسي ١٥: ١٣١.

(٢) منهم الشافعي، كما في مغني المحتاج ٢: ٣٥٩.

وفي الناس من قال: لا يصحّ فيما بقي. ومنهم من قال: يصحّ فيما بقى وله الخيار[١].

وأمّا غير العقار ـ مثل الدابّة والبغل والجمل والحمار والبقر وغير ذلك ـ فإنّه يجوز أن يعقد عليها عقد الإجارة معيّناً وفي الذمّة؛ لأنّ هذه الأشياء يجوز ثبوتها في الذمّة في البيع، فكذلك في الإجارة. ويفارق العقار الّتي لا بدّ فيه من تعيين موضعه؛ لأنّه يختلف باختلاف مواضعه، وإذا كان التعيين مقصوداً في العقار لم يثبت في الذمّة.

فإذا ثبت أنّه يجوز العقد على غير العقار معيّناً وفي الذمّة، فإن استأجر شيئاً منها معيّناً لم يخلُ من أحد أمرين: إمّا أن يكون العمل مجهولاً، أو معلوماً. فإن كان مجهولاً كان من شرطه تقدير الزمان؛ لأنّ الإجارة لا تصحّ والمنفعة مجهولة، فإذا لم يمكن تقديرها في نفسها وجب تقديرها بالزمان.

فأمّا إذا قدّر الزمان كان الحكم فيه كما قلنا في العقار سواء فصلاً فصلاً. ومتى تقدّر ذلك الزمان بتقدير المتعاقدين[٢] لم يجز تقديره مع ذلك في نفسه إن كان ممّا يتقدّر في نفسه؛ لأنّ الإجارة غررٌ وتقدير المنفعة في نفسها غرر، والغرر إذا أُضيف إلى الغرر في العقد منع الجواز.

فأمّا إذا كان العمل معلوماً في نفسه مثل أن يقول: «استأجرتك لتخيط هذا الثوب» أو «تنقل هذا التراب من هذا الموضع» صحّ العقد؛ لأنّ المنفعة صارت معلومة بتقدير العمل كما تصير معلومة بتقدير الزمان.

فإذا ثبت هذا، فإن أطلق ذلك كان على التعجيل، وإن شرط التعجيل كان تأكيداً لما يقتضيه العقد. وإن شرط تأخيره أو قدّره بزمان كان باطلاً؛ لأنّ العقد وقع على معيّن، وشرط التأخير في التسليم لا يجوز.

وإن كان لم يشرط التأخير لكنّه تأخّر التسليم منه كان المعقود عليه بحاله

---

(١) لم نظفر بقائلهما.

(٢) في ط: المغائر، وفي بعض المخطوطات: المتغائر.

ولم ينقص منه شيء بما مضى من الزمان، فإذا سلّم المعقود عليه إلى المكتري ومضت مدّة أمكنه أن يستوفي المنفعة فيها فلم يفعل استقرّت الأُجرة عليه، ويكون كما لو استوفى المنفعة، مثل أن يكتري بهيمة ليركبها إلى النهروان مثلاً فسلّمها إليه وأمسكها مدّة يمكنه السير فيها فلم يفعل استقرّت الأُجرة عليه.

هذا إذا كانت الإجارة معيّنة والمنفعة معلومة بتقدير الزمان أو العمل، فأمّا إذا كانت في الذمّة، مثل أن يقول: «استأجرت منك ظهراً للركوب» ووصف الشرائط الّتي يضبط بها من ذكر الجنس والنوع وغيرهما جاز ذلك، وعليه تسليم الظَهر إليه على الصفات الّتي شُرطت، فإذا ثبت هذا فإنّه يجوز أن يكون حالّاً ومؤجّلاً؛ لأنّ ما ثبت بالصفة فإنّه يجوز حالّاً ومؤجّلاً مثل السلم والثمن[1] في الذمّة.

إذا ثبت هذا فإذا سلّم إليه الظَهر في وقته وتلفت قبل استيفاء المنافع كان له أن يستبدل بها غيرها؛ لأنّ العقد لم يتناول عيناً مثل الثمن إذا كان في الذمّة.

إذا استأجر رجلاً لتحصيل خياطة خمسة أيّام بعد شهر لم يجز؛ لأنّ العمل يختلف على حسب اختلاف العامل من جلادته وبلادته، فإذا قدّر المدّة من غير أن تكون العين معيّنة كان في ذلك تفاوت شديد.

يجوز السلم في المنافع كالأعيان، فإذا أسلم إليه في منافع نظر، فإن كان بلفظ السَلَم كان من شرطه قبض الأُجرة في المجلس، وإن كان بلفظ الإجارة، مثل أن يقول: «استأجرت منك ظهراً بكذا» ووصف الأوصاف الّتي يعتبرها قيل: فيه وجهان، أحدهما: من شرطه قبض المال في المجلس مثل السلم، والثاني: ليس القبض شرطاً اعتباراً باللفظ واللفظ لفظ الإجارة.

وإذا قال في البيع: «أسلمت إليك في كذا» كان من شرطه قبض المال في المجلس. ولو قال: «اشتريت منك كذا» ووصفه بأوصاف السلم، قيل: فيه وجهان

(١) ط: الدين.

اعتباراً بالمعنى وباللفظ.

إذا غصب البهيمة المستأجرة فإن كانت في يد المكري فغصبها المكتري كان كالقابض للمعقود عليه. وإن كانت في يد المكتري فغصبها المكري فأمسكها حتّى مضت المدّة كان كالمتلف للمعقود عليه وانفسخ العقد. وإن غصبها أجنبيّ ومضت المدّة وهي في يده قيل: فيه قولان. أحدهما: ينفسخ العقد فيرجع على المكري بالمسمّى[١]. والثاني: لا ينفسخ ويكون بالخيار بين أن يفسخه ويرجع على المكري، وبين أن لا يفسخه ويرجع على الغاصب بأُجرة المثل[٢]. وكذلك القول في البيع.

وإن استأجر عبداً فأبق ثبت الخيار للمكتري ولا يبطل العقد؛ لأنّه يرجى رجوعه. فإن فسخ العقد كان له ذلك، وإن لم يفسخه نظر، فإن رجع وقد بقي إلى المدّة بقيّة انفسخ العقد فيما مضى من حال الإباق ولا ينفسخ فيما بقي.

وفيهم من قال: فيما بقي ينفسخ[٣]. وفيهم من قال: لا ينفسخ[٤] ـ مثل ما قلناه ـ وله الخيار.

وإن كانت المدّة قد مضت ولم يرجع العبد فقد انفسخ العقد فيما فات من المنافع حال إباقه إلى أن انقضت المدّة، وأمّا ما كان استوفاه قبل الإباق فلا ينفسخ.

ولا فرق بين أن يأبق من يد المكتري أو من يد المكري؛ لأنّ المنافع في ضمان المكري حتّى يستوفيها المكتري.

إذا اختلف الراكب في المحمل والمكري، فقال المكري للراكب: «وسّع قيد المحمل المقدّم وضيّق القيد المؤخّر» حتّى ينحطّ مقدّم المحمل ويرتفع مؤخّره؛ لأنّ ذلك أخفّ على الجمل وأسهل عليه إلّا أنّه أتعب للراكب، فإنّه يحتاج أن يجلس في المحمل مكبوباً، وقال الراكب: «لا بل وسّع القيد المؤخّر وضيّق

(١ و ٢) لم نظفر بقائلهما.

(٣ و ٤) راجع المدوّنة الكبرى ٤: ٤٣٦.

المقدّم» حتّى ينحطّ مؤخّر المحمل ويرتفع مقدّمه، فيكون أسهل على الراكب، غير أنّه أتعب على الجمل، فإنّه لا يقبل قول أحدهما، ولكنّه يجعل مستوياً فلا يكون مكبوباً ولا مستلقياً.

وإن اختلفا في السير فقال الراكب: نسير نهاراً لأنّه أصون للمتاع، وقال المكري: نسير ليلاً لأنّه أخفّ للبهيمة نظر، فإن كانا قد شرطا السير في وقت معلوم إمّا بالليل أو بالنهار حملا على ذلك. وإن كانا أطلقا نظر، فإن كان للسير في تلك المسافة عادة في تلك القوافل كان الإطلاق راجعاً إليها. وإن لم يكن هناك عادة وكانت السابلة تختلف فيها، فإنّ العقد يكون باطلاً، كما إذا أطلق الثمن وكانت النقود مختلفة.

إذا اكترى بهيمة للركوب وشرط حمل الزاد معه عليها، ثمّ إنّ زاده قد سرق منه جميعه كان له أن يبدّله ويشتري مثله في قدره بلا خلاف. وإن أكله أو أكل بعضه فهل له أن يشتري بدله أو يكمله إن كان أكل بعضه؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: له ذلك، كما إذا اكتراها لحمل شيء معلوم ثمّ إنّه باعه أو باع شيئاً منه في الطريق كان له إبداله[1] وهو الأقوى. والثاني: ليس له إبداله؛ لأنّ العرف والعادة أنّه إذا نقص بالأكل لم يبدّل[2]. فعلى هذا إن نفد الزاد كلّه وكان بين يديه مراحل يوجد فيها ما يتزوّد، فإنّه يشتري كفايته مرحلة مرحلة، وإن لم يوجد فيها طعام، أو يوجد لكن بثمن غال كان له أن يبدّل الزاد ويحمله مع نفسه.

فأمّا النزول في الرواح: فإن كان شرط على المكتري لزمه النزول له في وقته، و إن كان المكتري قد شرط ألّا ينزل لم يلزمه النزول ووجب الوفاء بالشرط. وإن كان أطلق قيل: فيه وجهان: أحدهما: لا يلزمه لأنّه استحقّ عليه أن يحمله إلى الموضع المحدود[3] وهو الأقوى. والثاني: يلزمه النزول للرواح؛ لأنّ العادة جرت

(١ و٢) انظر الأُمّ للشافعي ٤: ٦٣، والمغني لابن قدامة ٦: ٩٤. (٣) ذكره في المغني ٦: ٩٦.

بذلك فيرجع إليها[١].

هذا في من يقوى على الرواح من الرجال. فأمّا من لا يقوى عليه لضعفه أو مرضه أو أُنوثيّته فلا يلزم النزول للرواح إذا كان العقد مطلقاً؛ لأنّ العادة ماجرت في هؤلاء بالنزول للرواح فيحملون على العادة.

إذا اكترى منه جملاً للركوب أو الحمل فهرب الجمّال مع جماله رفع المكتري أمره إلى الحاكم، وثبّت عنده عقد الإجارة، فإذا ثبت ذلك عنده بما يثبت به مثله بعث في طلبه، فإن وجده ألزمه الوفاء بحقّ الإجارة، وإن لم يجده نظر في الإجارة، فإن كانت في الذمّة ووجد الحاكم للجمّال مالاً حاضراً باع عليه بعض ماله واكترى به على حسب ما استحقّه المكتري. وإن لم يوجد له مال استقرض الحاكم عليه من رجل من المسلمين أو من بيت المال واكترى له ما يستحقّه على الجمّال، فإن لم يجد رجع إلى المكتري واستقرض منه، فإن فعل اكترى له بما أعطاه إيّاه على وجه القرض.

ومتى ما حصل القرض من جهته أو من جهة غيره أو كان قد وجد له مالاً فباعه فإنّه يكتري له أو يأمر أمينه بذلك، ولا يعطيه ذلك المال ليكتري به لنفسه؛ لأنّه لا يجوز أن يكون وكيلاً في حقّه. وإن لم يجد أحداً يقرضه ولم يقرضه المكتري ثبت للمكتري خيار الفسخ؛ لأنّ حقّه متعجّل وقد تأخّر بهرب الجمّال، فهو مثل المكتري إذا أفلس بالأُجرة أنّ الخيار يثبت للمكري.

فإذا ثبت له الخيار، فإن فسخ سقطت الإجارة وثبت له ما كان أعطاه من الأُجرة في ذمّته وينظر، فإن كان قد ظهر له مال في ذلك الوقت أدّى حقّه منه. وكذلك إذا كان له مال ظاهر غير أنّه لم يجد مكرياً بيع ذلك المال وقضى منه حقّه. وإذا لم يجد له مالاً لم يستقرض عليه مالاً؛ لأنّ الّذي ثبت له عليه دين في ذمّته

---

(١) ذكره في المغني ٦:٩٦.

والّذي يستقرض دين يثبت عليه أيضاً في الذمّة، فيكون ذلك قضاء دين بدين وذلك لا يجوز، ويبقى له الحقّ في ذمّته إلى أن يرجع فيطالب به.

فأمّا إذا كانت الإجارة معيّنة لم يجز أن يكتري الحاكم للمكتري شيئاً من مال الجمّال إن وجد له مالاً، ولا أن يستقرض له؛ لأنّ العقد تناول العين، فلا يجوز إبدالها بتعذّرها، كما إذا اشترى عيناً فأصاب بها عيباً فإنّه يردّها وليس له أن يستبدل بها. ويفارق إذا كان له في الذمّة؛ لأنّ العقد هناك ما وقع على عين، فلهذا جاز الاستبدال به، كما إذا سلّم المسلم فيه فأصاب به عيباً، فإنّه يردّه ويأخذ بدله سليماً.

فإذا ثبت ذلك فإنّه يثبت له الخيار؛ لأنّ حقّه حالّ وقد تعذّر عليه استيفاؤه في الحالّ.

إذا ثبت أنّ الخيار يثبت له، فإنّه ينظر، فإن فسخ العقد سقطت الإجارة وثبت له ما أعطاه في ذمّته، فإن كان له مال بيع عليه وقُضي منه حقّه، وإن لم يكن له مال بقي ذلك في ذمّته ولا يستقرض عليه؛ لأنّ الدين لا يُقضى بالدين.

وإن لم يفسخ وبقي على العقد نظرت:

فإن كان العمل مجهولاً في نفسه ووقعت الإجارة لمدّة مقدّرة، فإنّ المعقود عليه يتلف على حسب ما مضى من الزمان، فإن رجع قبل مضيّ المدّة فقد انفسخ العقد فيما فات ولا ينفسخ فيما لم يفت. وإن رجع بعد مضيّ المدّة انفسخ العقد فيما فات وما كان قد استوفاه قبل الهرب لا ينفسخ.

وإن كان العمل في نفسه معلوماً غير مقدّر بالزمان، فإذا رجع الجمّال طولب بإيفاء ذلك، سواء كان ذلك بعد مضيّ مدّة كانت المنفعة المستأجرة تستوفى في مثلها أو قبل مضيّها؛ لأنّ المعقود عليه لا يتلف بمضيّ الزمان، فعلى هذا متى طالب[1] الثمن طولب بإيفاء الحقّ؛ لأنّه بحاله لم ينقص منه شيء.

---

(١) خ: تمانعا، ط: ما بقي.

هذا إذا هرب بجماله. فأمّا إذا هرب وترك الجِمال، فإنّ النفقة على الجـمّال تجب على الجمّال في ماله؛ لأنّه مالكها ونفقة المملوك على المالك، فإذا ثبت هذا فإنّه يرفع خبره إلى الحاكم ويثبت ذلك عنده.

فإذا ثبت طلبه الحاكم، فإن لم يجده ووجد له مالاً أنـفق عـليها مـن مـاله، فإن لم يجده وكان في الجمال فضل لا يستحقّه المكتري بعقد الإجارة باعه وأنفق على الباقي.

وإن لم يجده استقرض عليه شيئاً من بعض المسلمين أو من بيت المال أو من المكتري إن لم يجد من يقرض، فإذا حصل أنفقه الحاكم عليها في علفها وما يحتاج إليه، أو أمينه. وهل يجوز أن يعطيه للمكتري لينفق عليها أم لا؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: ليس له ذلك؛ لأنّه لا يجوز أن يكون أميناً في حقّ نـفسه[1]. والثـاني: يجوز[2] لأنّ ذلك سواء في أن يعطيه أمينه أو يجعله أميناً في ذلك. وهو الأقوى.

فإذا ثبت ذلك، فإنّ الأمين ينفق عليها، وإن جعله إليه وأنفق عليها كان كـما لو أنفق عليها من غير حكم حاكم، فيكون كالمتطوّع. فإن ادّعى قدراً وصدّقه الجمّال أو قامت عليه بيّنة رجع عليه به. وإن لم يصدّقه ولم يقم به بيّنة لم يكن له الرجوع.

هذا على قول من لا يجوّز أن يجعله إليه. ومن قال: يجوز أن يجعله إليه، فإذا ادّعى قدراً من الإنفاق، فإن كان ذلك من تقدير الحاكم قُبل قوله فيه، وإن لم يكن من تقديره فصدّقه الجمّال لزمه ورجع عليه به، وإن لم يصدّقه وكانت قدر كفايته بالمعروف قُبل قوله فيه ولا يُقبل في الزيادة.

هذا كلّه إذا رفع إلى الحاكم، فإن لم يرفعه إليه مع تمكّنه منه فإنّه لا يـرجـع بما أنفق إليه؛ لأنّه أنفق بغير إذن صاحبها وإذن من يقوم مقامه.

وإن لم يكن هناك حاكم، فإن لم يشهد أو أشهد ولم يشرط له الرجـوع فـإنّه

(١ و ٢) انظر الأُمّ للشافعي ٤:٣٦، والمغني لابن قدامة ٦:٩٨.

لا يرجع به عليه. وإن أشهد على الإنفاق وشرط له الرجوع حين الإشهاد فهل له الرجوع به أم لا؟ قيل: فيه وجهان؛ أحدهما: ذلك له؛ لأنّه موضع ضرورة[١]. والثاني: لا يرجع لأنّه أنفق عليها بغير إذن صاحبها وإذن من يقوم مقامه وهو الحاكم[٢].

فإذا تقرّر هذا، فكلّ موضع جعلنا له الرجوع بما أنفق فإذا بلغ الغاية المحدودة و لم يرجع الهارب، فإنّ الحاكم يبيع بعض جماله أو جميعها ويوفّيه حقّه منها، فإن باع البعض ووفى بقدر الإنفاق نظر فيما بقي، فإن كان الأحوط له أن يبيعها ـ لأنّه لو تركها أكل بعضها بعضاً ـ فإنّه يبيعها ويحفظ الثمن عليه. وإن كان الأحوط إمساكها أمسكها، فإذا رجع ردّها عليه.

يجوز الاستئجار لحفر البئر، غير أنّه لا يجوز حتّى يكون المعقود عليه معلوماً، ويصير معلوماً بأحد أمرين: بتقدير المدّة، وتقدير نفس العمل. فأمّا المدّة: فيكفي أن يقول: «اكتريتك لتحفرلي بئراً يوماً أو عشرة» وما يقدِّره؛ لأنّ المعقود عليه يصير معلوماً محدوداً بذلك المقدار. وإن قدر العمل فلا بدّ من مشاهدة الأرض الّتي يريد أن يحفر فيها؛ لأنّها تختلف في الرخاوة والصلابة، ولا بدّ من تقدير العرض والعمق، فيقول: «قدر عرضه كذا ذراعاً، وقدر عمقه كذا وكذا ذراعاً» وتقدير ذلك بالذراع الّذي هو معتاد بين الناس، كما يقول في المكيال.

فإذا استأجره على ذلك وأخذ يحفرها فانهار عليه الجُرُف[٣] فحصل تراب الجرف في البئر فانطمّ بعضها كان على المستأجر إخراجها ولا يجب على الأجير؛ لأنّه ملك المستأجر حصل في تلك الحفرة، فهو بمنزلة ما لو وقع فيها طعام له أو دابّة أو تراب من موضع آخر. وإن وقع من تراب البئر فيها لزم الحفّار إخراجه؛ لأنّ ذلك ممّا تضمّنه العقد؛ لأنّه استوجر ليحفر ويخرج التراب.

(١ و٢) نقلهما ابن قدامة في المغني ٦:٩٨.

(٣) الجُرُف: ما أكلته السيول من الأرض فصارت رخوة لا يستمسك بعضها بعضاً.

وإن استقبله حجر نظرت، فإن أمكن حفره ونقبه لزمه ـ وإن كان عليه مشقّة فيه ـ لأنّه التزم الحفر بالعقد فيلزمه على اختلاف حاله. وإن لم يمكن حفره ولانقبه انفسخ العقد فيما بقي ولا ينفسخ فيما حفر على الصَحيح من الأقوال، ويقسّط على أُجرة المثل؛ لأنّ الحفر يختلف، فحفر ما قرب من الأرض أسهل؛ لأنّه يخرج التراب من قرب وحفر ما هو أبعد أصعب؛ نُظر فإن كان أُجرة المثل على ما بقي عشرة وفيما حفر خمسة أخذ ثلث المسمّى، وقد روى أصحابنا في مثل هذا مقدّراً ذكرناه في النهاية[1].

وعلى هذا إن نبع الماء قبل انتهاء الحدّ ولم يمكن الزيادة على الحفر فالحكم على ما ذكرناه في الحجر إذا استقبله ولم يمكن حفره.

وأمّا الاستئجار لحفر الأنهار والقنى، فإنّه يجوز ويقدّر ذلك بالزمان وبالعمل، فإن قدّره بالزمان، مثل أن يقول: «استأجرتك لتحفر لي نهراً أو قناة كذا وكذا يوماً» و إن قدّره بالعمل أراه الأرض وقدّر العرض والعمق والطول؛ لأنّه لا يصير معلوماً إلّا كذلك.

وإن استأجره لضرب اللَبِن جاز، لما ذكرناه. ولا يجوز حتّى يكون معلوماً إمّا بالزمان ما شاء من الأيّام، أو يقدّره بالعمل[2] بعد أن يشاهد الموضع الّذي يضرب فيه؛ لأن الغرض يختلف في ذلك بقرب الماء منها وبُعْده، ويذكر العدد ويشاهد القالبِ ليعرف بذلك مقدار اللبِن، فإذا حصل ذلك صار معلوماً.

ويجوز الاستئجار للبناء، ويقدّر ذلك بالزمان ما شاء من الأيّام، أو يقدّر العمل فيه، بأن يقدّر عرض الحائط وطوله وسَمْكه بآجر وجصّ أو طين ولبِن؛ لأنّ الغرض يختلف باختلاف ذلك، فلا بدّ من ذكره ليصير معلوماً.

فأمّا الاستئجار للرضاع فيجوز، لقوله تعالى:﴿فإن أرضعن لكم فآتوهنّ

(١) النهاية ٢: ٨٠.

(٢) في ط وبعض النسخ: من العمل.

أُجورهنّ﴾[١] فالاستئجار يقع على الإرضاع دون الحضانة من مراعاة الصبيّ وغسل خرقه، فإذا أطلق العقد لم يلزم إلّا الإرضاع ولا يلزمها غيره. وإن شرط في العقد الحضانة مع الرضاع لزمها الأمران معاً، فترضع المولود، وتراعي أحواله في تربيته وخدمته وغسل خرقه وغيره من أحواله.

ومن شرط صحّة العقد أن تكون المدّة مقدّرة؛ لأنّه لا يمكن تقدير المعقود عليه بالعمل نفسه؛ لأنّ الرضاع يختلف. ومن شرطه أن يشاهد الصبيّ؛ لأنّ رضاعه يختلف على حسب اختلافه في نفسه من صغر أو كبر. ولا يجوز العقد حتّى تكون الأُجرة معلومة.

و إن استأجرها بنفقتها وكسوتها مدّة الرضاع لم يصحّ ذلك.

فإذا ثبت أنّ الاستئجار في الرضاع صحيح، فإن كان المرضع موسراً كانت الأُجرة من ماله؛ لأنّ ذلك من نفقته ونفقة الموسر من ماله. وإن كان معسراً كانت من مال أبيه؛ لأنّ نفقة المعسر على أبيه.

ومن شرط صحّة الاستئجار في الرضاع أن يعيّن الموضع الّذي ترضعه فيه، إمّا بيتها أو بيت أبوي المرضع؛ لأنّ الغرض تختلف، فلا بدّ من تعيينه. فإن أطلقاه كان باطلاً.

إذا استوجرت المرأة للرضاع فمات أحد الثلاثة فإنّه تبطل الإجارة، سواء كان المستأجر ـ الّذي هو أبو المرتضع ـ أو المرأة، أو الصبيّ.

إذا آجرت المرأة نفسها للرضاع أو غيره بإذن الزوج صحّت الإجارة؛ لأنّه حقّ لهما. وإن لم يأذن لها الزوج لم تصحّ الإجارة؛ لأنّه لا دليل على صحّتها.

إذا رزق الرجل من زوجته ولداً لم يكن له أن يجبرها على إرضاعه؛ لأنّ ذلك من نفقة الابن ونفقته على الأب. وله أن يجبر الأمة وأُمّ الولد والمدبّرة بلا خلاف

---

(١) الطلاق: ٦.

في ذلك. وأمّا المكاتبة فإن كانت مشروطاً عليها فله أن يجبرها؛ لأنّها مملوكة، وإن لم يكن مشروطاً عليها لم يكن له إجبارها.

وإذا تطوّعت الزوجة بإرضاع الولد لم يجبر الزوج على ذلك، وكان له أن يمنعها منه؛ لإنّ الاستمتاع الّذي هو حقّ له يخلّ باشتغالها بالرضاع، فكان له منعها من ذلك.

وإن تعاقدا عقد الإجارة على رضاع الولد لم يصحّ؛ لأنّها أخذت، منه عوضاً في مقابلة الاستمتاع، وعوضاً آخر في مقابلة التمكين من الاستمتاع. فأمّا إذا بانت منه صحّ أن يستأجرها للرضاع؛ لأنّها قد خرجت من حبسه وصارت أجنبيّة، فإذا بذلت الرضاع متطوّعة بذلك كانت أحقّ بالولد من غيرها. وإن طلبت أكثر من أُجرة المثل في الرضاع والأب يجد من يتطوّع له أو من يرضى بأُجرة المثل لم تكن الأُمّ أولى بالولد من الأب، وللأب أن يسلّم الولد إلى غيرها. فإن رضيت بأُجرة المثل وهو لا يجد إلّا بأُجرة المثل كانت هي أولى. فإن كان يجد غيرها بدون أُجرة المثل أو متطوّعة كان له أن ينزعه من يدها. وفيهم من قال: ليس له ذلك[1].

إذا باع الرقبة المستأجرة لم تبطل الإجارة؛ لأنّ البيع لا يبطل الإجارة عندنا. فإن كان قد علم المشتري بذلك أمضاه، وإن لم يعلم كان له ردّها بالعيب.

إذا آجر عبده مدّة معلومة ثمّ إنّه أعتقه نفذ عتقه فيه؛ لأنّه مالك الرقبة، كما لو أعتقه قبل الإجارة. فإذا ثبت ذلك فالإجارة بحالها وهي لازمة للعبد، وهل له أن يرجع على السيّد بأُجرة المثل كما يلزمه بعد الحرّيّة؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: يرجع بأُجرة المثل في تلك المدّة[2]. والآخر: لا يلزمه[3] وهو الصحيح؛ لأنّه لا دليل عليه والأصل براءة الذمّة.

---

(١) الشافعي في أحد قوليه، راجع المجموع ١٨/ ٣١١، والمغني لابن قدامة ٩: ٣١٣ ـ ٣١٤.

(٢ و٣) القولان للشافعي، كما في مغني ابن قدامة ٦:٤٦.

إذا آجر الأب أو الوصيّ الصبيَّ أو ماله صحّ ذلك، كما يصحّ بيع ماله[١] فإذا بلغ وقد بقي من مدّة الإجارة بعضها كان له فسخها فيما بقي. وقيل: إنّه ليس له ذلك[٢] وهو الأقوى.

ومتى آجر الوصيّ صبيّاً أو شيئاً من ماله مدّة يتيقّن أنّه يبلغ قبل مضيّها، مثل أن يكون للصبيّ أربع عشرة سنة فآجره ثلاث سنين، فإنّه يبلغ باستكمال خمس عشرة سنة، فإنّ السنة الواحدة يكون العقد صحيحاً ومازاد عليه يكون باطلاً.

ومتى آجره مدّة لا يتيقّن أنّه يبلغ قبل مضيّها، مثل أن يؤجره سنة أو سنتين وله عشر سنين فإنّه يجوز أن يبلغ بالاحتلام قبل مضيّ مدّة الإجارة فيكون العقد صحيحاً، وإذا بلغ وكان رشيداً كان له الفسخ.

إذا استأجر رجلاً ليبيع له شيئاً بعينه، أو يشتري له شيئاً موصوفاً فإنّه يجوز ذلك.

ويجوز إجارة الدفاتر عندنا، سواء كان ذلك مصحفاً أو غيره من كتب النحو والأدب والفقه وغيرها إذا لم يكن فيها كفر؛ لأنّه لا مانع منه والأصل جوازه. وأمّا الحائط المزوّق فلا يجوز إجارته للنظر إليه، ولا البناء المحكم للنظر إليه والتعلّم منه[٣] لأنّ ذلك عبث لاغرض فيه حكمي.

[١]
فصل في تضمين الأُجراء

إذا تلف الشيء في يد الصانع ـ مثل الحائك والقصّار والصبّاغ والخيّاط وكلّ صانع يتلف مال المستأجر الّذي استأجره للعمل في يده ـ فإنّه ينظر، فإن كان استأجره ثمّ حمله إلى ملكه إمّا في بيته أو دكّانه أو غيرهما من أملاكه وأخذ يعمل

---

(١) في بعض النسخ: مع ماله، وفي ط: ببعض ماله.

(٢) قاله أبو الخطّاب، كما في المغني لابن قدامة ٦: ٤٤.

(٣) ط: فيه.

فيه فتلف الشيء من غير تعدٍّ من الأجير ـ مثل أن يسرق أو يطير شرارة فتحرقه أو غير ذلك من أنواع التلف ـ فإنّه لا ضمان على الأجير؛ لأنّ المال في يد المستأجر مادام في ملكه، والمال إذا تلف في يده لم يجب الضمان على غيره إلّا إذا كان منه تعدٍّ فيه.

وإن كان المال مع الأجير في دكّانه أو ملكه دون ملك المستأجر نظر، فإن كان المستأجر معه وهو يعمله بين يديه فتلف بغير تعدٍّ منه فلا ضمان عليه؛ لأنّه إذا كان صاحب المال عنده فالمال في يده. فأمّا إذا انفرد الأجير به في غير ملك المستأجر فإنّه لا ضمان عليه أيضاً، إلّا إذا كان بفعله أو تعدٍّ منه أو تفريط، مثل أن يدقّ القصّار الثوب فيتخرّق، أو يعصر فيتفزّز، فيكون عليه الضمان وإن كان دقّه دقّ مثله وعصره عصر مثله أو زاد عليه. وكذلك كلّ من أُعطي شيئاً ليصلحه فأفسده أو عابه بفعله فعليه ضمانه.

إذا قطع الختّان حشفة الغلام ضمنه، والحجّام إذا جنى في الحجامة كان ضامناً، وكذلك البيطار.

وأمّا الراعي، فلا ضمان عليه فيما يأخذه العرب والأكراد واللصوص أو تأكله السباع والذئاب إلّا إذا تعدّى فيه، بأن يخالف صاحب الغنم في موضع المرعى، فإن أطلق ولم يعيّن الموضع وقال له: ارع كيف شئت، فلا ضمان عليه إلّا إذا تعدّى فيه وفي الناس من قال: يضمن مع الإطلاق[1].

والأجير الّذي في الحانوت يحفظ ما فيه من البزّ ويبيعه معه لا ضمان عليه بلا خلاف. وأمّا إذا حبس حرّاً فسرق ثيابه كان ضامناً وكذلك العبد.

فأمّا إذا قال له الحرّ: اقطع يدي، فقطعها لم يلزمه الضمان بلا خلاف، وإن قال له عبد لزمه الضمان لسيّده.

---

(١) كالشافعي في أحد قوليه، راجع الأُمّ ٤: ٣٧، ومختصر المزني: ١٢٧.

وجملة الأمر: أنّ الشيء إذا كان في يد مالكه فتلف فلا ضمان على الأجير إلّا بتعدٍّ منه، وإذا كان في ملك غيره[١] فعلى الأجير الضمان على ما بيّنّاه. وفي الناس من قال: عليه الضمان على كلّ حال كان بتعدّ أو بغير تعدّ أو تفريط أو غير ذلك[٢].

الأجير المنفرد هو الّذي يستأجر مدّة معلومة لخياطة أو بناء أو غيرهما من الأعمال ويسمّى الأجير الخاصّ ـ ولُقّب بذلك من حيث المعنى ـ وهو إذا آجر نفسه رجلاً مدّة مقدّرة استحقّ المستأجر منافعه وعمله في تلك المدّة، فيلزمه العمل له فيها ولا يجوز له أن يعمل لغيره فيها ويعقد على منافعه وعمله في مقدارها.

والمشترك هو الّذي يكري نفسه في عمل مقدّر في نفسه لا بالزمان، مثل أن يستأجره ليخيط ثوباً بعينه، أو يصبغ له ثياباً بعينها، وما أشبه ذلك ـ ولقّب مشتركاً؛ لأنّ له أن يتقبّل الأعمال لكلّ أحد في كلّ مدّة ولا يستحقّ عليه أحد من المستأجرين منفعة زمان بعينه ـ فكلّ مال حصل تحت عمله وهو تحت يد ربّه أو في حكم يده فلا يضمنه إلّا بالتعدّي بالجناية، وكلّ مال حصل تحت عمله وفي يده وليس في يد ربّه ولا في حكم يده فإنّه لا يضمن إلّا بتعدٍّ أو جناية بفعله، سواء كان الأجير مشتركاً أو منفرداً.

والمنفرد يستحقّ منافعه في زمان بعينه، فإذا مضى الوقت ولم يعمل فقد بطل المعقود عليه وانفسخ العقد عليه. والمشترك يستحقّ عليه العمل ولا يبطل بمضيّ الزمان ولا ينفسخ العقد عليه[٣].

إذا تلف العين الّتي استؤجر للعمل فيها فالكلام فيه في فصلين: في الأُجرة والعمل.

فأمّا الأُجرة فإنّه ينظر، فإن كان المال في ملك المستأجر ـ بأن يكون قد استدعى الأجير واستعمله في داره، أو كان حضره الأجير وهو يعمل بين يديه فتلف المال ـ فإنّ الأُجرة تلزم المسَتْأجَرَ له ولا تسقط بتلف المال؛ لأنّ المال إذا

---

(١) خ: في غير ملكه. (٢) قاله الشعبي، كما في المغني ٦: ١٢٧. (٣) خ: فيه.

كان في ملكه أو كان حاضراً والأجير يعمل بين يديه فيه فهو في يده، فكلّما يفرغ من جزء من العمل يصير مسلّماً إليه، فإذا فرغ من العمل ثمّ تلف فقد تلف بعد التسليم، ولا يسقط أُجرته؛ لأنّها تستقرّ بالتسليم، وقد حصل التسليم ثمّ تعقّبه التلف.

وإن كان الأجير حمله إلى ملكه ولم يحضر صاحبه فعمل وتلف قبل التسليم لم يستحقّ الأُجرة؛ لأنّ الأُجرة في مقابلة العمل، وإنّما يستحقّ الأُجرة إذا سلّم العمل، وإذا تلف المال بعد العمل فقد تلف العمل الّذي هو المعوّض قبل التسليم، فهو كما لو تلف المثمن قبل التسليم فلا يستحقّ الأُجرة، كما لا يستحقّ البائع الثمن إذا تلف المثمن قبل التسليم.

وأمّا الضمان فإن تلف بغير تعدٍّ منه ولا جناية فلا ضمان عليه، وإن تلف بجناية فعليه قيمته وقت الجناية، وإن تلف بعد تعدّيه فيه ـ مثل أن يكون ثوباً فاستعمله ـ فإنّه يضمنه؛ لأنّ أمانته بطلت بالتعدّي، وعليه قيمته أكثر ما كانت من حين التعدّي إلى أن تلف.

إذا استأجره ليحجم حرّاً أو عبداً أو يعلّم صنعة فتلف فلا ضمان عليه، فأمّا الحرّ فلا يضمنه؛ لأنّ اليد لا تثبت عليه. وأمّا العبد فإن كان في يد صاحبه فلا ضمان إلّا بالتعدّي، وإن لم يكن في يد صاحبه فكذلك لا يضمن إلّا بالتعدّي. وقال قوم: إنّه يضمن[1]. والأوّل أصحّ.

وإذا استأجره ليحمل شيئاً وينقله من موضع إلى موضع فحمله فتلف في الطريق، فإن كان صاحبه معه فلا يضمنه إلّا إذا تعدّى أو فرّط بلا خلاف، وإن لم يكن معه فكذلك لا يضمن عندنا إلّا بالتعدّي، وقال قوم: يضمن[2].

وإذا استأجر من يخبِز له في تنّور أو فُرن[3] فخبز له واحترق الخبز أو شيء

(١ و٢) راجع المغني لابن قدامة ٦: ١٠٥، وشرح الكبير ٦: ١٢٠.

(٣) بيت معدّ لأن يخبز فيه، غير التنّور. وفي بعض النسخ: قدر.

منه فإنّه ينظر، فإن كان خبز في حال لا يخبز في مثله لاستيقاد النار وشدّة التلهّب ضمنه؛ لأنّه مفرّط. وإن كان خبزه في حال يخبز مثله فيه ينظر، فإن كان في يد صاحب الخبز فلا ضمان على الأجير بلا خلاف. وإن لم يكن في يده فلا يضمن عندنا إلّا بتفريط، وفيهم من قال: يضمن وإن لم يفرّط[١].

إذا اكترى دابّة ليركبها أو يحمل عليها فضربها ضرب العادة في تسيير مثلها فتلفت فلا ضمان عليه في ذلك، وإن كان خارجاً عن العادة لزمه الضمان. وكذلك إن كبحها[٢] باللجام فعلى هذا التفصيل؛ لأنّ الأصل براءة الذمّة؛ لأنّ ذلك معلوم بالعادة. وفيه خلاف[٣] فأمّا إذا ضرب عليه الأُكاف أو السرج أو اللجام فماتت فلا يضمن بلا خلاف.

ومن ضرب امرأته تأديباً فجنى عليها ضمن بلا خلاف.

ومن أخرج روشناً أو جناحاً إلى طريق فتلف به شيء كان ضامناً بلا خلاف.

فأمّا الرائض فإنّه يضرب البهيمة أكثر ممّا يضربها المستأجر للركوب والحمل؛ لأنّها صغيرة لا تتأدّب ولا تطاوع إلّا بذلك، وللروّاض عادة في رياضة البهائم فيراعى في ذلك عادتهم، فإن ضربها الرائض ضرباً خارجاً عن عادة الروّاض فتلفت وجب عليه الضمان بكلّ حال، كانت في يد صاحبها أو لم تكن؛ لأنّه متعدٍّ بذلك وجانٍ عليها، والجاني عليها يضمن تلفها.

وإن كانت في يد صاحبها أو في غير ملكه لكنّه معها فهي في يده فلا يضمنها بلا خلاف إلّا بتعدّ وجناية، وإن لم يكن في ملكه ولا هو معها فلا يضمنها عندنا إلّا بتعدّ وجناية. وفيهم من قال: يضمنها بكلّ حال[٤].

---

(١) المغني لابن قدامة ٦: ١٠٦، والشرح الكبير ٦: ١٢٠.

(٢) كَبَحَ الدابّة باللجام: جذبها به لتقف ولا تجري.

(٣) والمخالف أبوحنيفة والثوري حيث إنّهما قالا: هو ضامن، كما في المغني ٦: ١٠٩، والشرح الكبير ٦: ١٣٠.

(٤) هو مختار أبي حنيفة والثوري كما في المصدرين السابقين.

الراعي إذا رعى الغنم في ملك صاحب الغنم، أو في ملك غيره وهو معها لم يضمن ما يتلف إلّا بالتعدّي بلا خلاف. وإن لم يكن في ملك ولا يكون معها فكذلك عندنا لا يضمن إلّا بتعدٍّ. وفيهم من قال: يضمن[١] وأمّا ما يتعدّى فيه فلا خلاف أنّه يضمن. وإن ضرب شيئاً منها ضرباً معتاداً فعلى ما رتّبناه من ضرب البهيمة سواء.

المعلّم إذا ضرب الصبيّ ضرباً معتاداً فتلف المضروب وجب الدية على عاقلته والكفّارة في ماله، وتكون الدية مغلّظة. وعندنا أنّ الدية في ماله خاصّة؛ لأنّ ذلك شبيه العمد. فأمّا إذا تلف الصبيّ في يده من غير ضرب فإن كان حرّاً فلا ضمان عليه بحال بلا خلاف. وإن كان رقيقاً وسلّم إلى المؤدّب فمات حتف أنفه أو وقع عليه شيء من السقف فتلف في يده فلا ضمان عليه. وفي الناس من قال: عليه ضمان ذلك[٢].

إذا عزّر الإمام رجلاً فأدّى إلى تلفه فلا ضمان عليه ولا يلزمه الكفّارة، وفيه خلاف[٣]. وإذا أقام عليه الحدّ فتلف فلا ضمان عليه بلا خلاف.

رجل له صبرتان من طعام، إحداهما حاضرة مشاهدة والأُخرى غائبة، وقال: «استأجرتك لتحمل هذه الصبرة كلّ قفيز منها بدرهم وما زاد على الصبرة الأُخرى فبحسابه» فإنّ العقد جائز في الصبرة المشاهدة وباطل في الصبرة الغائبة؛ لأنّ شرط صحّة العقد قد وجد في إحداهما ـ وهي المشاهدة ـ ولم يوجد في الأُخرى، فصحّ فيما وجد فيه وبطل فيما لم يوجد فيه.

وإذا كان له صبرة واحدة مشاهدة يتيقّن المكتري أنّ فيها عشرة أقفزة وشكّ

---

(١) والقائل به الشعبي كما في المغني ٦: ١٢٧.

(٢) قاله الشافعي في أحد قوليه، راجع الشرح الكبير ٦: ١٣٠، والحاوي الكبير ٧: ٤٣٤.

(٣) المخالف الشافعي، انظر المجموع ٢٠: ١٢٢، والوجيز ٢: ١٨٣.

في الزيادة، فيقول: «استأجرتك لتحمل عشرة أقفزة من هذه الصبرة كلّ قفيز بدرهم و ما زاد فبحسابه» فيصحّ العقد في عشرة أقفزة لأنّها معلومة، ويبطل فيما زاد لأنّ وجودها مشكوك فيه؛ لأنّه لا يدرى هل تزيد على عشرة أقفزة أو لا تزيد؟ والعقد على ما لم يتحقّق وجوده عقد على غرر فلم يجز.

وإذا قال: «استأجرتك لحمل هذه الصبرة لتحمل عشرة أقفزة منها كلّ قفيز بدرهم ومازاد فبحسابه» فإنّه جائزٌ، ويصير كأنّه قال: «استأجرتك لتحمل هذه الصبرة كلّ قفيز بدرهم» ومثل ذلك جائز في البيع، وهو إذا قال: «اشتريت منك هذه الصبرة كلّ قفيز بدرهم» أو قال: «بعتكها كلّ قفيز بدرهم». ويفارق إذا قال: «آجرتك هذه الدار كلّ شهر بدرهم» عند من قال: لا يجوز؛ لأنّ جملة المدّة مجهولة المقدار وليس كذلك هاهنا؛ لأنّ الجملة معلومة بالمشاهدة.

إذا قال: «استأجرتك لتحمل من هذه الصبرة عشرة أقفزة على أن تحمل ما زاد عليها بحسابه» أو قال: «استأجرتك لتحمل الصبرة كلّ قفيز بدرهم على أن تحمل الصبرة الأُخرى على حسابها» لم يجز؛ لأنّه في معنى البيعتين في بيعة وذلك منهيّ عنه. ويقوى عندي أنّه يجوز، لأنّ بيعتين في بيعة عندنا جائز.

إذا اكترى رجلاً ليحمل له من صبرة مشاهدة عشرة أقفزة فكيل ذلك وحمله، مثل أن يكون قد نقله من بغداد إلى الكوفة، فوجد خمسة عشر قفيزاً، لم يخلُ ذلك من أحد ثلاثة أحوال: إمّا أن يكون المكتري هو الّذي اكتالها من تلك الصبرة وحملها على بهيمة المكري، أو اكتالها الجمّال، أو إنسان أجنبيّ.

فإن كان المكتري هو الّذي اكتالها وحملها على البهيمة، فالكلام فيه في فصلين: في الأُجرة، والضمان. فأمّا الأُجرة فعليه المسمّى في مقابلة عشرة أقفزة منها، وعليه أُجرة المثل في مقابلة الخمسة؛ لأنّه متعدٍّ في حمل ذلك المقدار عليها.

وأمّا الضمان فإن كانت قد تلفت وهي في يده وليس معها صاحبها لزمه جميع

الضمان؛ لأنّه متعدّ في ذلك.

وإن كان معها صاحبها قيل: فيه قولان، أحدهما: يلزمه نصف القيمة؛ لأنّها تلفت من فعل مأذون وغير مأذون. والآخر: يلزمه بقسط ما تعدّى منه وهو الثلث مثل مسألة الجمّال.

وأمّا إذا اكتالها الجمّال بنفسه وحملها على بهيمته فلا أُجرة له في ذلك الزيادة؛ لأنّه متطوّع بحملها متعدٍّ بذلك. ولصاحبها أن يطالبه بردّها إلى بغداد؛ لأنّه في حكم الغاصب. وإن أراد أن يأخذها منه بالكوفة كان له ذلك، وليس له أن يحملها إلى بغداد؛ لأنّها عين مال المكتري. هذا إذا اجتمعا بالكوفة.

وأمّا إذا كانا قد رجعا إلى بغداد وعلم المكتري ذلك قيل: فيه قولان: أحدهما: له أن يطالبه بردّها إلى بغداد؛ لأنّه حملها إلى الكوفة بالتعدّي[1]. والآخر: لا يجب عليه ذلك وله أن يطالبه بمثلها[2]. كما قلنا في العبد إذا غصبه رجل ثمّ أبق، فإنّ للمغصوب منه أن يطالبه بقيمته وليس لهُ أن يطالبه بردّ العبد، فعلى هذا إذا أخذ مثل طعامه ملكه ولم يملك الجمّال ذلك الطعام، وله التصرّف فيه، فإذا ردّ الجمّال ذلك استرجع طعامه إن كان بعينه، وإن كان قد تلف وتصرّف فيه المكتري طالبه ببدله.

فأمّا إذا اكتاله أجنبيّ فالحكم في ذلك مترتّب على ما قلناه، فهو مع المكتري فيما يرجع إليه بمنزلة الجمّال مع المكترى، وهو مع الجمّال بمنزلة المكتري معه.

هذا كلّه إذا اكتاله واحد وحمله على البهيمة. فأمّا إذا اكتاله المكتري وحمله الجمّال على البهيمة، قيل: فيه وجهان:

أحدهما: أنّ الحكم فيه كما لو حمله المكتري؛ لأنّ التدليس قد وجد منه؛ لأنّه هو الّذي اكتال أكثر من المقدار المقدّر، فالحكم فيه كما لو حمله هو أيضاً[3].

(٢) ذكرهما الماوردي في الحاوي الكبير ٧: ٤٣٢، ونسب القول الأوّل إلى أبي إسحاق المروزيّ وأبي عليّ بن أبي هريرة.

(٣) راجع الحاوي الكبير ٧: ٤٣٢.

والثاني: أنّ الحكم فيه كما لو اكتاله الجمّال وحمله على البهيمة؛ لأنّه هو الّذي نقل الطعام[١]. والأوّل أصحّ. فإذا ثبت هذا فالحكم على ما ذكرنا.

هذا إذا كانت الزيادة على المقدار المسمّى مقداراً لا يقع الخطأ في مثله. فأمّا إذا كان ذلك مقداراً يقع الخطاء في مثله في الكيل ـ وهو زيادة مقدار يسير معفوّ عنه ـ يكون الحكم فيه كالحكم في المقدار المسمّى إذا لم يكن هناك زيادة عليه؛ لأنّ ذلك لا يمكن الاحتراز منه.

إذا أعطى الغسّال ثوباً فغسله نظر، فإن كان قد شرطا أُجرة صحيحة أو فاسدة استحقّ الأُجرة إمّا المسمّى أو المثل، وكذلك إن كان قد عرّض بالأُجرة، مثل أن يقول: «أنت تعلم أنّي لا أغسل إلّا بأُجرة» فإنّه يستحقّ الأُجرة، فإن التعريض يقتضي استدعاء الأُجرة. فأمّا إذا لم يشرطها ولم يعرِّض، قال قوم: لا أُجرة له إذا غسله[٢]. وقال آخرون: إذا أمره بغسله كان عليه الأُجرة[٣]. وهو الصحيح.

إذا اكترى منه ثوباً ليلبسه فاتّزر به صار ضامناً؛ لأنّ الاتّزار أشدّ على الثوب من أن يلبسه وأبلغ في بلاه من لبسه، وله أن يقيل في الثوب وليس له أن يبيت فيه؛ لأنّ العادة جرت بالقيلولة في الثياب دون البيتوتة، فيرجع الإطلاق إلى العرف والعادة.

إذا استأجر بهيمة ليركبها أو يحمل عليها مسافة معلومة، مثل أن يكون اكتراها لقطع مسافة إلى ناحية الكوفة فسار إلى ناحية خراسان، قال قوم: إن كانت المسافتان واحدة في السهولة والحزونة كان له أن يقطع أيّهما شاء ولا يتعيّن عليه إحداهما ولا يضمنها إن تلفت[٤] كما لو اكتراها لحمل شيء كان له أن يحملها ما هو من جنسه في مقداره ولا يتعيّن. ويقوى في نفسي أنّه يتعيّن ويكون ضامناً بالمخالفة.

---

(١) راجع الحاوي الكبير ٧: ٤٣٣.

(٢ و٣) نقل القولين النووي في المجموع ١٥: ١١٠، ونسب الأوّل إلى أبي إسحاق المروزي.

(٤) لم نعثر على قائله.

وإذا استأجر بهيمة كان له أن يركبها من هو في مثل حاله ودونه، وليس لصاحبها أن يبدلها بأُخرى غيرها. والفرق بينهما: أنّ البهيمة إذا عيّنت فقد استحقّ منافعها؛ لأنّه يجبر على تسليمها إلى المكتري، وليس كذلك ركوب المكتري بنفسه، ولأنّ البهيمة إذا هلكت انفسخ العقد، وإذا مات المستأجر قام وارثه مقامه عند قوم[١] وعندنا تنفسخ الإجارة فلا فرق بينهما.

إذا استأجر منه داراً وجب على المكري تسليم مفتاحها إليه، لأنّه استحقّ استيفاء منافعها، وإنّما يتمكّن من ذلك بفتح الباب ومالا يمكن من استيفاء المنافع إلّا به فهو على المكري مثل الزمام والمقود في إجارة البهائم.

إجارة المشاع جائزة، ويقوم المستأجر مقام المالك يعمل ما يعمله سواء.

إذا سلّم رجل إلى الخيّاط ثوباً فقطعه الخيّاط قباءً، ثمّ اختلفا، فقال: «أذنت لك في قطعه قميصاً فقطعته قباءً» وقال الخيّاط: «بل أذنت في قطعه قباء وقد فعلت ما أمرتني به» فالقول قول الخيّاط.

وقال قوم: القول قول ربّ الثوب[٢] وهو الصحيح؛ لأنّ الثوب له، والخيّاط مدّعٍ للإذن في قطع القباء فعليه البيّنة، ويحلف بالله ما أذن له في قطعه قباء وأنّه أذنٍ له في قطعه قميصاً، ويجوز أن يحلف على النفي ويترك الإثبات، فإذا حلف سقطت الأُجرة؛ لأنّه ثبت أنّ ذلك القطع غير مأذون له.

وقال قوم: له الأُجرة في مقابلة القطع الّذي يصلح للقميص لأنّ ذلك القدر مأذون له فيه وأمّا الغرامة فإنّها تلزمه؛ لأنّه ثبت بيمينه أنّه قطع قطعاً غير مأذون له فيه[٣].

فإذا ثبت هذا فكم القدر الّذي يلزمه؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: يلزمه ما بين

---

(١) منهم المزني في مختصره: ١٢٦، والنووي في المجموع ١٥: ٨٨.

(٢) منهم مالك وأبو حنيفة وأبو ثور وبعض أصحاب الشافعيّة، كما في المغني لابن قدامة ٦: ١١٢، ومختصر المزني: ١٢٨.

(٣) راجع المغني لابن قدامة ٦: ١١٢ ـ ١١٣.

قيمته ثوباً غير مقطوع وبين قيمته مقطوعاً قباء؛ لأنّ قطعه قباء غير مأذون له فيه[١]. والثاني: ما بين قيمته مقطوعاً قميصاً وبين قيمته قباء[٢].

وإذا لم يثبت له الأُجرة نظر، فإن كان الثوب مخيطاً بخيط قد سلّه[٣] منه سلّمه كما هو؛ لأنّه ليس له فيه إلّا أثر. وإن كان خاطه بخيط من عنده كان له نزعه وسلّه؛ لأنّه عين ماله. وليس له أن يمسكه ببدله؛ لأنّ صاحبه لا يجبر على أخذ البدل من ماله. وإن أراد أن يشدّ بذلك الخيط خيطاً حتّى إذا سلّه دخل خيطه مكانه حتّى لا ينفتق نظام الخيط لم يكن له ذلك إلّا برضاه؛ لأنّه لا يجوز أن ينتفع بمال غيره بغير إذنه.

إذا اكترى منه بهيمة ليقطع بها مسافة فأمسكها قدر قطع المسافة ولم يسيّرها فيه استقرّت عليه الأُجرة، فإذا انقضت المدّة في الإجارة ـ استوفى المكتري حقّه أو لم يستوف ـ وأمسك البهيمة بعد مضيّ المدّة فهل يصير ضامناً لها؟ وهل يجب عليه مؤنتها ومؤنة الردّ بعد الاستيفاء أم لا؟ فإنّه يجب عليه الردّ بعد مضيّ المدّة ومؤنة الردّ، وإذا أمسكها وقد أمكنه الردّ على حسب العادة صار ضامناً، وإنّما قلنا ذلك؛ لأنّ ما بعد المدّة غير مأذون له في إمساكها، ومن أمسك شيئاً بغير إذن صاحبه وأمكنه الردّ فلم يردّ ضمن.

وفي الناس من قال: لا يصير ضامناً له ولا يجب عليه الردّ ولا مؤنة الردّ[٤] وأكثر ما يلزمه أن يرفع يده عن البهيمة إذا أراد صاحبها أن يسترجعها؛ لأنّها أمانة في يده فلم يجب عليه ردّها مثل الوديعة.

إذا استأجر داراً على أن يتّخذها مسجداً يصلّي فيه صحّت الإجارة؛ لأنّه لا مانع منه، وفيه خلاف[٥]. ويجوز استئجار ثوب للصلاة فيه بلا خلاف. ويجوز

(١ و٢) راجع المغني لابن قدامة ٦: ١١٣، والأُمّ للشافعي ٤: ٤٠.

(٣) سلّ الشيء من الشيء: انتزعه وأخرجه برفق.

(٤) القائل به أبوحنيفة، كما في المبسوط للسرخسي ١٥: ١٧٦ و١٨٤، والحاوي الكبير ٧: ٤٣٩.

(٥) قال الشافعي بالجواز، وأبو حنيفة بعدمه، كما في المغني لابن قدامة ٦: ١٣٢.

استئجار السطح للنوم عليه.

إذا استأجر داراً ليتّخذها ماخوراً[١] يبيع فيه الخمر، أو ليتّخذه كنيسة أو بيعة أو بيت نار، فإنّ ذلك لا يجوز والعقد باطل. وكذلك إذا استأجر رجلاً لينقل له خمراً من موضع إلى موضع لم يصحّ عقد الإجارة.

إذا استأجره ليخيط له ثوباً بعينه وقال: «إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غداً فلك نصف درهم» صحّ العقد فيهما، فإن خاطه في اليوم الأوّل كان له الدرهم، و إن خاطه في الغد كان له أُجرة المثل، وهو ما بين الدرهم والنصف، فلا ينقص من النصف الّذي سمّى، ولا يبلغ الدرهم. وقال قوم: إن هذا باطل[٢].

إذا استأجره ليخيط ثوباً وقال: «إن خطته بدرزين فلك درهم، وإن خطته بدرز واحد فلك نصف درهم» كان العقد صحيحاً؛ لأنّه لا مانع منه. وفيها خلاف[٣].

يجوز إجارة الدراهم والدنانير؛ لأنّه لا مانع منه، ولأنّه يصحّ الانتفاع بها من غير استهلاك، مثل الجمال والنظر والزينة وغير ذلك. فإذا ثبت ذلك فيحتاج أن يعيّن جهة الانتفاع بها، فإن عيّن صحّ، وإن أطلق لم تصحّ الإجارة، ويكون قرضاً لا إجارة.

إجارة الكلب للصيد وحراسة الماشية والزرع صحيحة؛ لأنّه لا مانع من ذلك، ولأنّ بيع هذه الكلاب يصحّ وما يصحّ بيعه يصحّ إجارته. ويجوز إجارة الشجر لبسط الثياب عليها؛ وكذلك إجارة الخيط لبسط الثياب عليه جائزة. ويجوز إجارة السنّور لاصطياد الفأر؛ لأنّه لا مانع من جميع ذلك ولا خلاف أيضاً فيها.

إذا استأجره لينقل ميتة على أن يكون له جلدها لم يجز؛ لأنّ جلد الميتة لا يجوز بيعه، وهذا لاخلاف فيه. وأمّا إذا استأجره ليسلخ له مذكّى على أن يكون

---

(١) الماخور: مجلس الفسّاق، وبيت الريبة والدعارة. وفي ط: حانوتاً، وماخوراً نسخة.

(٢) منهم ـ الشافعي وزفر كما في المبسوط ١٥: ١٠٠.

(٣) والخلاف من الشافعي حيث يقول: إنّه فاسد، كما في فتح العزيز ١٢: ٢٠٢، والمبسوط للسرخي ١٥: ١٠٠.

له جلده يجوز؛ لأنّه لا مانع منه.

إذا استأجره ليطحن له حنطة بمكّوك[١] دقيق منها كان صحيحاً. وفيهم من قال: لا يصح؛ لأنّه مجهول. والأوّل أصحّ.

إذا استأجر راعياً ليرعى له غنماً بأعيانها جاز العقد ويتعيّن في تلك الغنم بأعيانها، وليس له أن يسترعيه أكثر من ذلك. وإن هلكت لم يبدِّلها وانفسخ العقد فيها. وإن هلك بعضها لم يبدّله وانفسخ العقد فيه. وإن نتجت لم يلزمه أن يرعى نتاجها؛ لأنّ العقد تناول العين فاختصّ بها دون غيرها.

فأمّا إذا كان أطلق ذلك واستأجره ليرعى له غنماً مدّة معلومة فإنّه يسترعيه القدر الّذي يرعاه الواحد في العادة من العدد، فإذا كانت العادة مائة استرعاه مائة. ومتى ما هلك شيء منها أو هلكت كان له إبدالها، وإن نتجت كان عليه أن يرعى سِخالها معها؛ لأنّ العادة في السِخال ألّا تفصل عن الأُمّهات في الرعي.

إذا استأجر حمّاماً لم يصحّ العقد إلّا بعد أن يشاهد منه سبعة أشياء: أن يشاهد البيوت؛ لأنّ الغرض يختلف باختلافها في السعة والضيق. وأن يشاهد القِدْر لمثل ذلك في السعة والضيق. وأن يشاهد بئره الّذي يستقى منها لمثل ذلك؛ لأنّ الحال يختلف إذا كانت عميقة بعيدة الغور أو لا يكون كذلك. وأن يشاهد الأتّون وهو موضع الإيقاد؛ لأنّ الغرض يختلف بلطافته وسعته. وأن يشاهد موضع الرماد؛ لأنّ الغرض يختلف في القرب والبعد من موضع الأتّون. وأن يشاهد موضع الحطب؛ لأنّ الغرض يختلف بسعته وضيقه. وأن يشاهد جوبة[٢] الحمّام ويُسمّى جِية لأن الغرض يختلف بصغره وكبره.

ولا يجوز أن يشرط على المكتري الإنفاق على الحمّام في إصلاح ما يتشعّب منه[٣] لأنّ ذلك يجب على صاحب الحمّام دون المكتري. وإذا شرط عليه كان

---

(١) المكّوك: مكيال يسع صاعاً ونصف صاع.

(٢) الجَوْبَة: الحُفرة.

(٣) ط: يتشعّث فيه.

العقد باطلاً؛ لأنّه شرط عليه نفقة مجهولة. فإن فعل ذلك المكتري وأنفق ثمّ اختلفا في مقدار النفقة كان القول قول المكتري؛ لأنّه أمين.

ولا يجوز أن يشرط على المكتري سَلَفاً[١] قائماً وهو عادة الناس ببغداد، لأنّهم يشرطون على المكتري سَلَفاً يأخذونه يكون في يد المكري بحاله على وجه الرهن ويردّه على المكتري إذا انقضت مدّة إجارته، فإن شرط ذلك كان العقد باطلاً.

إذا استأجر داراً فانهدم فيها حائط أو وقع سقف وامتنع المكري من بنائه لم يجبر عليه. ويثبت للمكتري الخيار في فسخ الإجارة وإمضائها؛ لأنّ العقد يتناول العين فإذا بطلت لم يطالب ببدلها.

إذا استأجر داراً فانسدّت البالوعة وامتلأ الخلا فعلى المكتري إصلاح ذلك؛ لأنّه حصل بسبب من جهته وكان عليه إزالته. فأمّا إذا أكراها والبالوعة منسدّة والخلا ممتلئ فإنّ على المكري أن ينقّي دون المكتري؛ لأنّه لم يحصل بسبب من جهته.

إذا استأجر رجلان جملاً للعُقبة[٢] فإنّه يجوز، سواء كان في الذمّة أو كان معيّناً لأنّه لا مانع منه. وكذلك إن استأجر رجل جملاً ليركبه عُقْبة: فيركبه مرّة وينزل أُخرى جاز. ويحمل إطلاقه على ما جرت به العادة في الركوب والنزول في العُقَب.

إذا استأجر كحّالاً ليداوي عينه جاز ويكون الدواء على المستأجر، وإن شرطه على الطبيب صحّ لأنّ العادة جارية به. وفي الناس من قال مع الشرط لا يجوز[٣].

---

(١) ط: سِلْعاً ـ هنا وفيما يأتي ـ ومعناه: المثل والتِرب، والمراد بالسَلَف: القرض الّذي لا منفعة فيه للمقرض وعلى المقترض ردّه كما أخذه.

(٢) العُقبة: النوبة.

(٣) القائل هو القاضي، كما في المغني لابن قدامة ٦: ١٢٤.

كتاب المزارعة

كتاب المزارعة*

المخابرة والمزارعة اسمان لعقد واحد، وهو استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها. وفي الناس من قال: المخابرة غير المزارعة، وهي أن تكون من أحدهما الأرض وحدها والباقي من البذر والأعمال من الآخر. والمزارعة أن تكون الأرض والبذر وما يحتاج إليه من الفَدان[1] وغيرها من ربّ الأرض، ولا يكون من الأكّار[2] إلّا عمل نفسه[3]. والأوّل أظهر.

فإذا ثبت ذلك فالمزارعة مشتقّة من الزرع، والمخابرة من الخبار، وهي الأرض اللينة، والأكّار يسمّى خبّاراً[4].

والمعاملة على الأرض ببعض ما يخرج من نمائها على ثلاثة أضرب: مقارضة ومساقاة ومزارعة.

فأمّا المقارضة: فإنّها تصحّ بلا خلاف بين الأُمّة. وأمّا المساقاة فجائزة عند جميع الفقهاء إلّا عند أبي حنيفة وحده.

وأمّا المزارعة فعلى ضربين: ضرب باطل بلا خلاف، وضرب مختلف فيه.

(*) بعض النسخ: كتاب المخابرة.

(١) الفَدان: الثوران يُقرَن بينهما للحرث.

(٢) الأكّار: الحارث.

(٣) راجع المغني لابن قدامة ٥: ٨٣ والحاوي الكبير ٧: ٤٥٠ ـ ٤٥٢.

(٤) ط وبعض النسخ: خابراً.

فالضرب الباطل بلا خلاف: هو أن يشرط لأحدهما شيئاً بعينه ولم يجعله مشاعاً، مثل أن يعقد المزارعة على أن يكون لأحدهما الهَرْف وهو ما يدرك أوّلاً، و للآخر الأفل وهو ما يتأخّر إدراكه. أو على أن يكون لأحدهما ما ينبت على الجداول والماذيانات[١] وللآخر ما ينبت على الأبواب. أو على أنّ الشتوي لأحدهما، والصيفي للآخر. فهذا باطل بلا خلاف، لأنّه غرر؛ لأنّه قد ينمو أحدهما ويهلك الآخر.

وأمّا الضرب المختلف فيه: فهو أن يزارعه على سهم مشاع، مثل أن يجعل له النصف أو الثلث أو الربع أو أقلّ منه أو أكثر كان ذلك جائزاً عندنا. وفيه خلاف[٢].

دليلنا إجماع الفرقة والأخبار عن النبيّ صلى الله عليه وآله[٣] ودلالة الأصل.

ومن قال لا يجوز قال: إذا زارع رجلاً فعمل كان الزرع لصاحب البذر؛ لأنّه عين ماله. فإن كان البذر لربّ الأرض فالزرع له وعليه أُجرة المثل للأكّار. وإن كان البذر للأكّار فالزرع له، وعليه أُجرة المثل لربّ الأرض عن أرضه. وإن كان البذر لهما فالزرع لهما ولصاحب الأرض أن يرجع على الأكّار بنصف أُجرة أرضه، وللأكّار أن يرجع على ربّ الأرض بنصف أُجرة عمله. فإن تساوى الحقّان تقاصّا. وإن اختلفا تقاصّا فيما تساويا فيه، ويرجع صاحب الفضل على صاحبه بالفضل.

فإذا أراد ربّ الأرض والأكّار أن يخرج الغلّة على الحقّين وتنبت[٤] على الملكين، فإنّ ربّ الأرض يكتري نصف عمل الأكّار ونصف عمل فدانه وآلته

---

(١) مسايل الماء.

(٢) نسب الجواز في المغني ٥: ٥٨١ ـ ٥٨٢ إلىٰ عدّة كثيرة من أهل العلم، كما نسب كراهته إلى عكرمة ومجاهد والنخعي وأبي حنيفة ونسب التفصيل إلى الشافعي بين النخيل إذا كان بياض الأرض أقلّ.

(٣) الكافي ٥: ٢٦٦/١، ٢٦٧/٢، والتهذيب ٧: ٢٠١/٨٨٨.

(٤) ط: يثبت.

بنصف منفعة أرضه، ويراعي في ذلك الشرائط الّتي تراعى في الإجارة من مشاهدة الأرض والفدان وغيره، ويضرب المدّة كذلك حتّى يصير العمل معلوماً بتقديرها، ويكون البذر بينهما نصفين، ويكون الأكّار عاملاً في جميع الزرع في نصفه لنفسه وفي النصف الآخر لصاحب الأرض.

و إن أراد أن يكون البذر من أحدهما، فإن جعلناه من صاحب الأرض اكترى نصف عمل الأكّار ونصف منفعة آلته بنصف منفعة أرضه وبنصف البذر، وإن جعلناه من الأكّار اكترى الأكّار من ربّ الأرض نصف منفعة أرضه بنصف عمله وعمل آلته ونصف البذر.

وإن أراد أن يكون للأكّار ثلث المنفعة، اكترى ربّ الأرض منه ثلثي عمله بثلث منفعة أرضه وثلث بذره. وإن كان البذر من الأكّار اكتراه بثلث منفعة أرضه ثلثي عمله وعمل آلته وبثلثي[1] البذر، وعلى هذا الترتيب فيما قلّ أو كثر، ويكون هذا إجارة منفعة بمنفعة ولا يكون إجارة وبيعاً.

ويجوز أيضاً أن يكتري ربّ الأرض نصف عمل الأكّار ونصف عمل آلته بمائة درهم ويكريه نصف أرضه بمائة، والبذر منهما ويتقاصّان في الأُجرتين.

تجوز إجارة الأرضين للزراعة بالدراهم والدنانير بلا خلاف، إلّا من الحسن البصري وطاووس[2]. ويجوز إجارتها بكلّ ما يجوز أن يكون ثمناً من الطعام والشعير وغير ذلك بعد أن يكون ذلك في الذمّة ولا يكون من تلك الأرض.

المعقود عليه عقدَ الإجارة يجب أن يكون معلوماً، وقد بيّنّا أنّه يصير معلوماً تارة بتقدير المدّة، وتارة بتقدير العمل. فأمّا المنافع فتقدّر منافعها الّتي يُعقد عليها

---

(١) كذا، والظاهر: ثلثي.

(٢) روي عن طاووس والحسن كراهة ذلك، لما روى رافع عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه نهى عن كراء المزارع، راجع المغني لابن قدامة ٥: ٥٩٦.

تارة بتقدير المدّة وتارةً بتقدير العمل. والعقار فلا يتقدّر منفعته إلّا بتقدير المدّة؛ لأنّه لا عمل لها فيقدّر في نفسه.

إذا ثبت هذا فاكتراها سنة وجب أن يتّصل المدّة بالعقد ويذكر الاتّصال بالعقد لفظاً، ولا يخلو إمّا أن يشترطا سنة عدديّة أو هلاليّة أو يطلقا ذلك، فإن شرطاها عدديّة وجبت سنة كاملة، وهي ثلاثمائة وستّون يوماً. وإن شرطاها هلاليّة كان الاعتبار بالهلال ناقصاً كان أو كاملاً لقوله تعالى: ﴿يسئلونك عن ٱلأهلّة قل هي مواقيت للنّاس والحجّ﴾[1] وإن أطلقا ذلك رجع إلى السنة الهلاليّة، لأنّ الشرع ورد بها.

إذا ثبت هذا، فإن وافق ذلك أوّل الهلال كانت السنة كلّها بالأهلّة وإن لم يوافق ذلك أوّل الهلال عُدّد الباقي من ذلك الشهر وكان ما عداه بالأهلّة، ثمّ يكمل ذلك الشهر الأوّل من الشهر الأخير ثلاثين يوماً. وإن قلنا: إنّه يكمل بقدر ما مضى من ذلك الشهر كان قويّاً.

وإن شرطا سنة بالشهور الروميّة الّتي أوّلها أيلول[2] وآخرها آب، أو بالشهور الفارسيّة الّتي أوّلها فروردين وآخرها اسفندارمذ ماه[3] وهو شهر النيروز كان أيضاً جائزاً إذا كانا يعلمان هذه الأسامي. وإن لم يعلماها أو أحدهما لم يجز.

وإن آجرها إلى العيد فإن أطلق العيد لم يجز حتّى يعيّنه. وإن عيّن العيد فقال: «عيد الفطر» أو «عيد الأضحى» جاز ذلك. وكذلك إن سمّى عيداً من أعياد أهل الذمّة مثل المهرجان والنوروز جاز ذلك؛ لأنّه مشهور فيما بين المسلمين كشهرته بين أهل الذمّة. وإن كانت أعياداً يختصّون بها مثل الفطير والسَعانين والفِصْح،

---

(١) البقرة: ١٨٩.

(٢) هو الشهر التاسع من السنة الشمسيّة، بين آب وتشرين الأوّل. ويقال له أيضاً: سبتمبر.

(٣) بعض النسخ: اسفندار ماه.

ـ وربّما قيل بالسين ـ والأشمونيا والسدَق[١] لم يجز؛ لأنّ ذلك غير مشهور بين المسلمين، فلا يتعيّن إلّا بالرجوع إليهم ولا يجوز قبول قولهم في ذلك.

إذا أكراه أرضاً للزراعة ذات ماء قائم إمّا يقيناً أو غالباً، مثل الأرضين الّتي تسقى من الأنهار الكبار، مثل الفرات ودِجْلة والنيل وجيحون، أو من الأنهار المشتقّة الصغار من الأنهار الكبار فإنّ ذلك جائز؛ لأنّه عقد على منفعة يمكن استيفاؤها.

وكذلك الحكم في العَثْريّ وهو الزرع الّذي يسقى من المصانع الّتي يجتمع فيها الماء من السيل في الأراضي الّتي ليس لها سيح، ويكون لها سواقي ممتدّة إلى الأرض الّتي تسقى منها، ويسمّى الساقية من تلك السواقي عاثوراً ويجمع على عواثير. وسُمّيت بذلك، لأنّه يتعثّر بها ويسمّى ذلك الماء عَثْريّاً، وكذلك الزرع يسمّى عَثْريّاً.

والبَعْل هو الشجر الّذي يشرب بعروقه من نداوة الأرض، وذلك يكون في الأرضين الّتي يكثر فيها الندا.

وأمّا الغيل والغَلَل والسيح فهو الماء الّذي يجري إلى الأراضي من غير أن يُستقى بدولاب ولا غيره.

إذا ثبت هذا فكلّ أرض كان لها ماء قائم من نهر كبير أو صغير مشتقّ من كبير، أو عين أو مصنع أو بئر فإنّه يجوز إكراؤها للزراعة، لما ذكرناه. فإن ثبت الماء إلى

---

(١) الفطير: من أعياد اليهود. والسَعَانين: عيدٌ للنصارى قبل الفِصْح باسبوع، والمشهور الشعانين بالمعجمة عبرانيّة معرّبة. والفِصْح: عيد تذكار قيامة المسيح من الموت، ويعرف بالعيد الكبير. ولليهود أيضاً فِصْح وهو عيد تذكار مفارقتهم لمصر عند أكلهم الخُروف والمرائر وهم متأهّبون للسفر، وهو معرّب فِسْح بالعبرانيّة، ومعناه اجتياز وعبور، أو نجاة. والأشمونيا لم نظفر عليه في كتب اللغة ـ. وأمّا السَدَق: معرّب سده بالفارسيّة وهي ليلة مشهورة عندهم وهي ليلة العاشر لشهرهم الحادي عشر يهمن ماه يوقدون فيها النار الكثيرة.

أن يستوفي الغلّتين ـ الصيفي والشتوي منها ـ فقد استوفى حقّه.

وإن كان قد استوفى إحداهما ثمّ انقطع الماء نظر؛ فإن قال المكري: «أنا أُجري إليها الماء من موضع آخر؛ لأنّ لي فيه حقّ الشرب لأرضي» لم يكن للمكتري الخيار؛ لأنّ العيب قد زال بذلك، كما لو أصاب بالمبيع عيباً ثمّ زال قبل الردّ، فإنّه لا يرّد. وأمّا إذا تعذّر إجراء الماء إليها من موضع آخر فإنّ الخيار يثبت له في الفسخ.

وكذلك القول في كلّ الإجارات، مثل الدار إذا أكراها ثمّ انهدمت، فإنّ الإجارة تنفسخ لتعذّر المقصود منها؛ لأنّ المقصود السكنى وقد تعذّر بانهدامها، والمقصود من الأرض الزراعة وقد تعذّرت بانقطاع الماء عنها.

وفيهم من قال: لا يبطل[1] لأنّ جميع المنافع لم يتعذّر ويمكنه الانتفاع بالعرصة والأرض الّتي انقطع عنها الماء بغير الوجه المقصود. فمن قال: يثبت له الخيار في ذلك، فأمسكها فلا كلام ويجب عليه الأُجرة، وإن ردّها أو قال: ينفسخ العقد فإنّها تبطل فيما بقي ولا تبطل فيما مضى. وفي الناس من قال: تبطل في الجميع[2]. والأوّل أصحّ.

فإذا ثبت ما قلناه من أنّها لا تنفسخ فيما مضى نظرت، فإن كانت أوقات السنة كلّها متساوية في الأُجْرة حُسب على ما مضى بقسطٍ من الأُجرة المسمّاة. وإن كانت مختلفة نظر، كم أُجرة مثلها فيما مضى وفيما بقي؟ فإن كانت أُجرة المثل في المدّة الّتي مضت مثلَي أُجرة المدّة الّتي بقيت فعليه ثلثا أُجرة المسمّاة. وعلى هذا الترتيب إن كانت الحال بخلاف ذلك. ومن قال: تنفسخ في الكلّ أوجب أُجرة المثل، لما مضى.

إذا اكترى أرضاً للزراعة مدّة معلومة لم تخلُ الزراعة من أحد أمرين: إمّا أن

---

(١) كالشافعي في الأُمّ ٤:١٦.

(٢) لم نظفر بقائله.

يكون مطلقة، أو معيّنة.

فإن كانت مطلقة: كان له أن يزرعها في تلك المدّة أبلغ الزرع ضرراً، فإن أراد أن يزرعها زرعاً ليس ببالغ في تلك المدّة لكنّه يمكن إدراكه إلى ما بعدها كان للمكري منعه من ذلك في الحال؛ لأنّه إذا لم يكن له منعه وزرع وانقضت المدّة احتاج أن يطالب بالقلع والزرع ثابت في ملكه ومثل ذلك يشقّ، فجعل له المنع في الحال حتّى يتخلّص من ذلك.

فإن زرع لم يكن له أن يطالب بالقلع في الحال؛ لأنّ له حقّ الانتفاع بالأرض في تلك المدّة بالزراعة فهو مستوف منفعته، فلم يمنع من ذلك. فإن انقضت المدّة كان له أن يطالب بالقلع؛ لأنّ صاحب الأرض لم يأذن له في ذلك فهو في معنى الغاصب، والغاصب إذا زرع الأرض المغصوبة كان لصاحبها أن يطالبه بالقلع.

فإذا ثبت ذلك، فإن قلعه فلا كلام. وإن اتّفقا على التبقية بإعارة أو إجارة جاز، غير أنّ الإجارة لا تصحّ إلّا بعد أن يقدّر المدّة. ولا يجوز أن يجعلاها إلى الحصاد؛ لأنّه مجهول.

وإن زرع زرعاً يبلغ في تلك المدّة فقد استوفى حقّه وسلّم الأرض مفرغة.

وإن كان قد اكترى للزراعة عن أوّل المدّة وزرع بعد مضيّ المدّة، وانقضت المدّة والزرع لم يدرك بعدُ كان له المطالبة بالقلع؛ لأنّه فرّط في التأخير. والحكم في ذلك ما ذكرناه في المسألة الأُولى، وهو إذا عدل إلى زرع لا يبلغ في ذلك الوقت؛ لأنّه مفرّط في أحد الموضعين وعادل في الآخر.

وأمّا إذا لم يؤخّر وزرع في أوّل وقته غير أنّه تأخّر ولم يدرك في الوقت المحدود؛ لاضطراب الماء وشدّة البرد فهل يجبر على القلع بعد مضيّها؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: له ذلك؛ لأنّه مفرّط وكان من حقّه أن يحتاط في تقدير المدّة الّتي يبلغ في مثلها. والثاني: لا يجبر على القلع؛ لأنّ هذا التأخير ليس بسبب من

جهته، وإنّما هو من الله تعالى[١]. وهو الأقوي. فعلى هذا له تبقيته إلى وقت الإدراك، وعليه أُجرة المثل لتلك المدّة.

هذا إذا كانت الزراعة مطلقة.

فأمّا إذا كانت معيّنة: لم يخلُ من أحد أمرين: إمّا أن يكون مثلها يبلغ في تلك المدّة المقدّرة، أو لا يبلغ:

فإن كانت يبلغ مثلها في تلك المدّة قال قوم: إنّ بالتعيين لا يتعيّن عليه؛ لأنّه إنّما قصد تقدير المدّة وله أن ينتفع بالأرض بزراعة ما سمّاه وبغيره ممّا هو مثله في الضرر ودونه[٢]. والحكم في هذا القسم كالحكم في القسم الأوّل، وهو إذا كانت الزراعة مطلقة سواء في التأخير والمطالبة بالقلع وغيرهما.

وإن كان ذلك الزرع لا يبلغ في مثل ذلك الوقت لم يخلُ من ثلاثة أحوال: إمّا يشرط القلع، أو يشرط التبقية، أو يطلق:

فإن شرط القلع جاز ذلك؛ لأنّ الزرع قد يقصل قبل بلوغه وينتفع بالقصيل[٣] وهو مقصود.

وإن شرط التبقية كان العقد باطلاً؛ لأنّه عقد الإجارة مدّة على أن ينتفع بالأرض مدّة أُخرى، وذلك لا يجوز؛ كما لا يجوز أن يستأجر داراً ويشرط أن ينتفع بدار أُخرى للمكري. فإذا ثبت أنّ العقد باطل فإنّ له أن يمنعه من الزرع؛ لأنّه لا يملك الانتفاع لفساد العقد. فإن زرع قبل أن يمنعه من ذلك لم يكن له قلعه؛ لأنّ العقد وإن كان فاسداً فإنّ الإذن باقٍ وقد زرع بإذن صاحب الأرض، فيكون له التبقية إلى بلوغ الحصاد، وعليه أُجرة المثل لتلك المدّة.

---

(١) ذكر الماوردي الوجهين في الحاوي الكبير ٧: ٤٥٨، ونسب ثانيهما في المدوّنة الكبرى ٥٣٨:٤ إلى مالك.

(٢) منهم الشافعي كما نقله عنه في الحاوي الكبير ٧: ٤٦٣.

(٣) القصيل: الشعير الذي يجزّ لعلف الدوابّ، سمّي به لسرعةِ اقتصاله من رخاصته.

وأمّا إذا أطلق ذلك فالإجارة صحيحة؛ لأنّه يجوز أن يزرعها للقصيل، فإذا انقضت المدّة فهل له أن يجبره على القلع أم لا؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: أنّ له أن يجبره على القلع؛ لأنّ التحديد يقتضي التفريغ عقيب مضيّ المدّة[١]. والثاني: لا يجبر على ذلك؛ لأنّ المكري لمّا دخل في هذا العقد ولم يشرط قلع الزرع مع علمه أنّ ذلك الزرع الّذي سمّاه لا يبلغ في ذلك الوقت كان رضيً منه بالتبقية[٢].

فإذا قيل: يجبره، فالحكم على ما مضى في الأقسام. وإذا قيل: لا يجبره، فالحكم على ما مضى في الأقسام الّتي جعل له التبقية فيها.

إذا اكترى أرضاً لا ماء لها إلّا المطر، وهي مثل المزارع الّتي تكون على الظِراب[٣] أو اكترى أرضاً تسقى بماء النهر، غير أنّه لا يبلغها إلّا إذا زاد الماء في النهر زيادة مفرطة نادرة، فإنّ ذلك لا يخلو من ثلاثة أحوال: إمّا أن يشترط في العقد أنّه يعقد عليها للزراعة، أو يذكر في العقد أنّه لا ماء لها، أو يطلق.

فإن شرط في العقد أنّها للزراعة: كان العقد باطلاً؛ لأنّه عقد على منفعة لا يمكن استيفاؤها، فهو مثل إجارة الآبق للخدمة. وإن ذكر المكري أنّها أرض بيضاء لا ماء لها جاز العقد؛ لأنّه ينتفع بها بغير الزراعة، فيكون للمكتري أن يجعلها بيدراً[٤] يدوس فيها الغلّات، أو يجعلها حظيرة للغنم، أو يضرب فيها الخيم، أو ينصب فيها الشِباك يصطاد بها، أو غير ذلك من وجوه الانتفاع. إلّا أنّه لا يبنى ولا يغرس؛ لأنّها للتأبيد وفيها إضرار بالأرض فلا يجوز إلّا بالشرط.

وإن أطلقا ذلك فلم يذكرا أنّها للزراعة، ولا أنّه لا ماء لها: من الناس من قال: يبطل العقد؛ لأنّ الزارع إنّما يقصد بها الزراعة، فإطلاق العقد فيها يرجع إلى

---

(١) القائل به أبو إسحاق المروزي، كما في الحاوي الكبير ٧: ٤٥٨.

(٢) هو ظاهر كلام الشافعي، كما نسب إليه في الحاوي الكبير ٧: ٤٥٨.

(٣) الظَرِبُ: هو الجبل المنبسط، أو الجبل الصغير.

(٤) البيدر: الموضع الّذي يجمع فيه الحصيد ويُداس بالنورج.

المقصود، فهو كما لو أكراها للزراعة[١]. ومنهم من قال: إن علم المكتري أنه لا ماء لها ولا يمكن أن يجري إليها صحّ العقد[٢] لأنّ مثلها لا يكون للزراعة، فيكون كأنّه شرط ذلك في العقد، فينتفع بها بما ذكرناه من وجوه الانتفاع إذا شرط أنّه لا ماء لها. وإن كانت بحيث يمكن أن يسقى يبطل العقد؛ لأنّه يحتمل أن تكون للزراعة وقد أطلق العقد ولم يذكر وجه الانتفاع بها، فكان ذلك باطلاً.

وأمّا المواضع الّتي يكون في بلاد لا ينقطع فيها المطر ـ مثل طبرستان وغيرها ـ فإنّه يجوز إجارتها وإن كانت لا تسقى إلّا بالمطر؛ لأنّ المطر فيها معتاد بمجرى العادة، والغالب أنّه لا ينقطع.

الأرض إذا كانت لا تسقى إلّا بزيادة ماء في النهر نظر، فإن كانت الزيادة الّتي تسقى بها نادرة، ففيه ثلاث مسائل:

أُولاها إذا استأجرها للزراعة، فإنّ العقد يكون باطلاً؛ لأنّه استأجرها لمنافع لا يمكن استيفاؤها.

الثانية إذا استأجرها على أنّها أرض بيضاء لا ماء لها جاز ذلك، وينتفع بها بغير الزراعة، مثل ما ذكرناه. وإن أطلق بطل العقد؛ لأنّه يمكن إجراء الماء إلى هذه الأرض من نهر أو بئر أو غيره، فاحتمل أن تكون الإجارة للزراعة، فبطل العقد كما لو صرّح بأنّها للزراعة.

وإذا كانت المسألة بحالها غير أنّ الماء زاد تلك الزيادة الّتي تسقى بها جاز إكراؤها؛ لأنّه يملك الانتفاع بها في الحال، والماء الّذي يستقى بها موجود. وأمّا إذا كانت تلك الزيادة زيادة معتادة جاز عقد الإجارة؛ لأنّه مأمون الانقطاع في الغالب، وذلك مثل أرض البصرة الّتي تسقى بالمدّ؛ لأنّ للمدّ وقتاً معتاداً لا ينقطع فيه. وكذلك سائر الأراضي الّتي تسقى بالزيادة المعتادة الّتي توجد في كلّ سنة في وقتها.

(١ و٢) نقل الوجهين في الحاوي الكبير ٧: ٤٥٩ ونسب صحّة العقد إلى أبي إسحاق المروزي.

ويقال: إنّ النيل يزيد في وقت الخريف ـ وهو وقت الزراعات ـ ويزداد زيادتين: مأمونة وغير مأمونة، فالمأمونة أن تزيد دون ستّة عشر ذراعاً. والّتي ليست بمأمونة فستّة عشر ذراعاً فما فوق ذلك. فإن كانت الأرض على دون ستّة عشر ذراعاً من الماء فتلك زيادة معتادة، فيجوز إكراؤها؛ لأنّها مأمون الانقطاع. وإن كانت على أكثر من ذلك فالكراء فاسد؛ لأنّ تلك الزيادة نادرة فماؤها غير مأمون الانقطاع.

إذا اكترى أرضاً وفيها ماء قائم فإنّه ينظر، فإن كان ذلك الماء لا ينحسر عنها يقيناً أولا ينحسر في الغالب فإنّه لا يصحّ العقد؛ لأنّه لا يمكن الانتفاع بالزراعة. وإن كان قد ينحسر وقد لا ينحسر لم يجز أيضاً؛ لأنّ الانتفاع بها مشكوك فيه. وإن كان الماء ينحسر عنه يقيناً أو في الغالب جاز؛ لأنّ الغالب بمنزلة اليقين.

وفي الناس من قال: إذا كان فيها ماء لا يمنع الانتفاع بها بنوع من الزرع فإنّ العقد جائز، وذلك مثل أن يكون الماء قَدْر شِبْر فما دونه؛ لأنّه يمكن أن يزرع أرزاً و إذا أمكن الانتفاع بها بنوع من الزروع رجع إطلاق العقد إليه وجاز. وإذا كان فيها من الماء ما يمنع الزراعة جملة ولا يمكن أن ينتفع بها بنوع من الزروع فإنّ العقد باطل[1]. والصحيح الأوّل.

فأمّا إذا استأجر الأرض وليس فيها ماء قائم غير أنّ الغالب أنّها تغرق بعد ذلك ويحصل فيها وقت الزراعة ماء قائم يمنع الانتفاع بها فيما يتوقّع بعد ذلك، لا يمنع جواز العقد عليها، كما يجوز أن يستأجر عبداً سنتين وإن جاز ألّا يبقى ولا يتيقّن ذلك.

إذا اكترى أرضاً للزراعة وغرقت بعد ذلك نظر، فإن كانت غرقت عقيب العقد بطل العقد. وإن كانت بعد مضيّ مدّة انفسخ العقد فيما بقي ولا ينفسخ فيما مضى.

---

(١) هذا مختار الماوردي في الحاوي الكبير ٧: ٤٦١.

ومنهم من قال: يبطل فيما مضى أيضاً[١].

فإن غرق بعض الأرض انفسخ العقد فيما غرق ولا ينفسخ فيما لم يغرق. وفيهم من قال: فيما لم يغرق أنّها تبطل[٢].

فإذا ثبت أنّها لا تنفسخ فإنّ له الخيار؛ لأنّ الصفقة تبعّضت عليه، فإن ردّ فلا كلام، وإن أمسك فبحصّته. وفيهم من قال: يمسك بجميع الأُجرة[٣].

فأمّا إذا كان الماء ينحسر عنها يوماً بعد يوم كان ذلك عيباً في المعقود عليه يثبت له به الخيار، ولا ينفسخ العقد لأجله.

فأمّا إذا غصبت الأرض ومضت المدّة في يد الغاصب فالمسألة على قولين:

أحدهما: ينفسخ العقد فيرجع بالمسمّى على المكري، ويرجع المكري على الغاصب بأُجرة المثل[٤].

والثاني: لا ينفسخ ويثبت له الخيار، فإن شاء فسخ، وإن شاء أمضى ورجع على الغاصب بأجره المثل[٥].

وإن غصب بعضها ومضت المدّة فالأمر فيما بقي أنّه ينفسخ، وفيما مضى يكون صحيحاً. وأمّا إذا كان مدّة الغصب يوماً أو يومين فذلك عيب يثبت له بهالخيار ولا ينفسخ العقد بذلك.

إذا اكتراها للزراعة فزرع فمرّ بالأرض سيل فأفسد الزرع، أو أصابه حريق فاحترق، أو جراد فأهلكه، فذلك فساد في الزرع لا في الأرض ولا ينفسخ العقد به، كما لو اكترى دكّاناً ليبيع فيه البزّ فاحترق بزّه لم تنفسخ الإجارة.

إذا أكرى أرضاً ليزرعها لم يخلُ من أربعة أحوال: إمّا أن يقول: «أكريتها

---

(١) نسبه الماوردي في الحاوي الكبير ٧:٤٦٢ إلى بعض أصحاب الشافعيّة.

(٢) نسبه الماوردي إلى قول ولم يسمّ قائله، راجع الحاوي الكبير ٧: ٤٦٢.

(٣) نسبه الماوردي إلى قول مخرّج لبعض الشافعيّة، راجع الحاوي الكبير ٧:٤٦٢.

(٤ و ٥) نقل القولين في الحاوي الكبير، وقال: أصحّهما أنّها باطلة. راجع الحاوي الكبير ٧: ٤٧٠.

للزراعة» ويطلق ذلك، أو يقول: «ليزرعها طعاماً» ويسكت على ذلك، أو يقول: «ليزرعها طعاماً أو ما يقوم مقامه» أو يقول: «ليزرعها طعاماً ولا يزرعها غيره».

فأمّا الأوّل: وهو إذا أطلق، فإنّ له أن يزرع أيّ زرع شاء؛ لأنّ أعظمها ضرراً مأذون له فيه.

وإن ذكر الطعام وسكت كان للمكتري أن يزرع الطعام وما ضرره ضرر الطعام، ويكون تقدير الطعام تقدير ضرر الانتفاع بالأرض الّتي تناولها العقد. وإن ذكر الطعام وما يقوم مقامه فهو تأكيد له، كما لو قال: «بعتك هذا على أن أُسلّمه إليك».

وإن شرط ألّا يزرعها غير الطعام فالشرط يسقط، وهل يبطل العقد أم لا؟ قيل: فيه وجهان: أحدهما: يبطل؛ لأنّه شرط ما ينافي العقد وليس فيه مصلحة[١]. والثاني: لا يبطل. ـ وهو الصحيح ـ لأنّه إذا سقط هذا الشرط لم يعد إسقاطه بضرر عليهما ولا على أحدهما[٢].

هذا قول جميع المخالفين. ويقوى في نفسي أنّه إذا شرط أن يزرع طعاماً لم يجز له أن يزرع غيره. وبه قال داود[٣].

وكذلك إذا اكترى داراً ليسكنها هو لم يجز أن يسكنها غيره. وبه قال داود[٤].

إذا اكترى أرضاً للزراعة وأراد أن يزرعها زرعاً ضرره أكثر من ضرر الزرع الّذى سمّاه ـ وهو أن يكون قد اكتراها ليزرع الطعام فأراد أن يزرعها قُطناً أو دُخْناً[٥] أو كتّاناً أو ما أشبه ذلك ـ لم يجز؛ لأنّ هذا أضرّ بالأرض من الطعام.

فإذا ثبت هذا فإنّ للمكري أن يمنعه من ذلك؛ لأنّه ضرر لم يتناوله عقد الإجارة. فإن خالف فزرع لم يخلُ إمّا أن يكون المكري علم بذلك بعد أن أدرك

(١ و٢) أوردهما الماوردي في الحاوي الكبير ٧: ٤٦٤، وابن قدامة في المغني ٦: ٦٠، والنووي في المجموع ١٥: ٦٣. (٣) كما نقلهما عنه في الحاوي الكبير ٧: ٤٦٣.

(٤) كما نقلهما عنه في الحاوي الكبير ٧: ٤٦٣.

(٥) الدُخن، الواحدة «دُخنة»: نبات من فصيلة النجيليّات حبّه صغير، يُقَدّم طعاماً للطيور والدجاج.

الزرع واستحصد، أو قبل أن يدرك. فإن كان بعد أن أدرك واستحصد، قال قوم: لربّ الأرض الخيار إن شاء أخذ الكراء وما نقص الأرض كما ينقصها الطعام، أو يأخذ منه كراء مثلها[١] وقال آخرون: له أُجرة المثل[٢]. والأوّل أشبه بالصواب.

وكذلك إذا اكترى منزلاً يسكنه، فجعل فيه القصّارين والحدّادين فيقطع[٣] البناء أو اكترى غرفة ليترك فيها ألف منّ قطناً فيترك فيها ألف منّ حديداً[٤] فانشقّت. كلّ هذه المسائل فيها قولان[٥]: أحدهما ـ وهو الصحيح ـ: أنّه يأخذ الأُجرة المسمّاة وقدر ما نقص بالتعدّي.

هذا كلّه إن علم به وقد استحصد الزرع. فأمّا إذا علم بذلك قبل أن يدرك الزرع، فإنّ له أن يقلعه؛ لأنّه غير مأذون له فيه، كالغاصب إذا زرع الأرض. فإذا قلعه نظر، فإن كانت المدّة الّتي قد بقيت يحتمل أن يكون متى يزرع في مثلها زرع يدرك فيها كان للمكتري أن يزرعها، وإن لم يحتمل لم يكن له أن يزرعها وقد استقرّت الأُجرة عليه؛ لأنّه فوّت المنفعة على نفسه، فهو كما لو أمسكها طول المدّة ولم يزرعها.

إذا اكترى أرضاً وأطلق لم يجز؛ لأنّها تكترى لمنافع مختلفة متباينة، فلا بدّ من تعيين جنس منها، كما إذا اكترى بهيمة وأطلق لم يجز؛ لأنّ البهيمة ينتفع بها بأجناس مختلفة فلا بدّ من التعيين.

وإن اكترى الأرض ليزرعها وأطلق الزرع جاز، وله أن يزرع أيّ زرع شاء

(١ و٢) فالقولان كِلاهما للشافعيّة: فاختار المزني أُجرة المثل، واختار الربيع وأبو العبّاس وأبوحامد المروزي التغيير بين المسمّى وأُجرة المثل. راجع الحاوي الكبير ٧: ٤٦٥، ومختصر المزني: ١٢٩.

(٣) كذا، و الظاهر: قُطع .و لم نتحقّق معنى قطع البناء أيضاً.

(٤) خ: منّاً قُطناً... منّاً حديداً، ط: منٍّ قطنٍ... منٍّ حديدٍ.

(٥) راجع لإدراك القولين: الحاوي الكبير ٧: ٤٦٥.

وإن كان أبلغ ضرراً. وفيهم من قال: لا يجوز ذلك؛ لأنّ أنواع الزرع تختلف وتتباين، فلا بدّ من التعيين[١] والأوّل أقوى.

ومتى اكتراها للزرع لا يجوز له أن يغرس فيها؛ لأنّ الغرس أعظم ضرراً. وكذلك إن عيّن له زرعاً لم يكن له أن يزرع ما هو أعظم ضرراً؛ لما ذكرناه.

وإن اكتراها للغراس وأطلق جاز. وفيهم من قال: لا يجوز؛ لأنّه يختلف[٢]. والأوّل أقوى؛ لأنّ الأصل جوازه. ولا يجوز أن يبني فيها بلا خلاف؛ لأنّ البناء ضرره مخالف لضرر الغراس بلا خلاف.

وإن اكترى بهيمة لم يجز أن يطلق ذلك؛ لأنّ أنواع الانتفاع فيها تختلف اختلافاً متبايناً فلا بدّ من التعيين بلا خلاف.

وإن اكترى داراً جاز إطلاق ذلك، وله أن يسكنها ويُسْكِن غيره، وله أن يضع فيها متاعاً لا يضرّ بحيطانها. ولا يجوز أن يفرغ فيها سرقيناً وماجرى مجراه؛ لأنّه يفسدها. ولا يجوز أن ينصب فيها حدّادين وقصّارين؛ لأنّ ضرره أعظم من ضرر السكنى.

إذا اكترى أرضاً على أن يزرعها ويغرسها ولم يعيّن مقدار كلّ واحد منهما لم يجز. وقال قوم: يجوز ويغرس نصفه ويزرع نصفه[٣] والأوّل أقوى؛ لأنّ ذلك مجهول لا يجوز العقد عليه.

إذا اكترى أرضاً سنة ليغرسها جاز ذلك؛ لأنّها منفعة مقدّرة مقدور على تسليمها، وله أن يغرس فيها ما لم تنقض المدّة، فإذا انقضت المدّة لم يجز له بعد ذلك أن يستأنف غراساً؛ لأنّه غير مأذون له فيه.

فأمّا الّذي قد غرسها فهل يلزمه قلعها؟ نظر، فإن كان شرط عليه قلعها بعد

---

(١) هو أبو العبّاس سريج كما نقله عنه في المغني لابن قدامة ٦: ٥٩ ومثله في الشرح الكبير ٦: ٧٥.
(٢) راجع المصدرين السابقين.
(٣) منهم الشافعي في الأُمّ ٤: ١٨.

مضيّ المدّة لزمه قلعها؛ لأنّه دخل في العقد راضياً لدخول هذا الضرر عليه، وإذا قلعها فليس عليه تسوية الأرض من الحفر؛ لأنّه قلع مأذون له فيه. وإن لم يشرط عليه القلع لكن أطلق لم يجبر على القلع؛ لأنّ إطلاقه يقتضي التأبيد، لأنّ الغراس يراد للتأبيد ويرجع في ذلك إلى العرف.

فإذا ثبت أنّ له التبقية على ما يقتضيه العرف، فإن أراد قلعها كان ذلك له؛ لأنّه ملكه، وإذا قلعها فعليه تسوية الحفر؛ لأنّه غير مأذون له في ذلك القلع.

وإن لم يرد قلعها كان المكري بالخيار بين ثلاثة أشياء: بين أن يغرم له قيمتها ويجبر المكتري على أخذها فيحصل له الأرض بغراسها، وبين أن يجبره على قلعها بشرط أن يغرم له أرش ما ينقص بالقلع فيلزم ما بين قيمتها ثابتة وبين قيمتها مقلوعة، وبين أن يتركها ويطالب بالأُجرة.

فأمّا إذا أراد أن يجبره على القلع من غير أن يغرم له شيئاً فليس له ذلك. ومتى ما بقّيناها في الأرض فباعها منه جاز. وإن باعها من غيره قيل: فيه وجهان، أحدهما: يجوز. وهو الأصحّ؛ لأنّه ملكه[١] والثاني: لا يجوز؛ لأنّ المكري يملك أن يزيل ملكه بغرامة القيمة، فملك المكتري غير مستقرّ عليه فلم يجز بيعه[٢] وقال قوم: له أن يجبره على القلع من غير أن يغرم له شيئاً[٣].

إذا اكترى داراً أو أرضاً مدّة معلومة وكانت الإجارة صحيحة ومضت المدّة استقرّت عليه الأُجرة، استوفى تلك المنافع وانتفع بها أو لم ينتفع. وكذلك إن كانت الإجارة فاسدة استقرّت عليه الأُجرة بمضيّ المدّة انتفع أو لم ينتفع إذا كان متمكّناً منه. وفيه خلاف[٤].

(١ و٢) أورد الوجهين الماوردي في الحاوي الكبير ٧: ٤٦٨.

(٣) منهم المزني في مختصره: ١٣٠، ونسبه الشيخ في الخلاف إلى أبي حنيفة أيضاً.

(٤) قال أبو حنيفة: إن تصرّف ضمن الأُجرة، وإن لم يتصرّف لم يضمنها. كما في الحاوي الكبير ٧: ٤٦٩.

إذا اكترى داراً سنة فغصبها رجل نظر، فإن كان ذلك عقيب العقد ثبت له الخيار، مثل العبد إذا أبق عقيب الشراء وقبل التسليم؛ لأنّه تعذّر تسليم المعقود عليه. وإن كان المكتري قبض الدار ومضى بعض المدّة في يده ثمّ غصب ثبت له الخيار فإن فسخ العقد انفسخ فيما بقي ولا ينفسخ فيما مضى. وفيهم من قال: ينفسخ فيما مضى[١].

وإن لم يفسخ حتّى مضت المدّة كلّها في يد الغاصب وهو أن يكون الغاصب غصبها عقيب العقد وأمسكها حتّى مضت المدّة قيل: فيه قولان، أحدهما: أنّ العقد ينفسخ ويرجع على المكري بالمسمّى ويرجع المكري على الغاصب بأُجرة المثل[٢]. والثاني: أنّه لا ينفسخ؛ لأنّه قبضه والغصب بعد القبض لا يؤثّر في العقد، ويرجع على الغاصب بأُجرة المثل، مثل المبيع إذا أتلفه أجنبيّ بعد القبض[٣].

إذا اختلف المكري والمكتري في قدر المنفعة، مثل أن يقول: «أكريتها شهراً» وقال: «بل شهرين» أو قال: «أكريتها لتركبها إلى الكوفة» وقال: «بل إلى بغداد»[٤]. أو اختلفا في قدر الأُجرة فقال: «بعشرين» وقال المكتري: «بعشرة» قال قوم فيها كلّها: إنّهما يتحالفان مثل المتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن والمثمن[٥]. فإن تحالفا فهل ينفسخ العقد بنفس التحالف أو يفسخ بفسخ؟ نظر، فإن كان لم يمض من المدّة شيء رجع كلّ واحد منهما إلى حقّه، وإن كان بعد مضيّ المدّة في يد المكتري فقد تلفت المنفعة المعقود عليها في يده فيلزمه أُجرة المثل، مثل المبيع إذا كان باقياً بعد التحالف ردّه وإن كان تالفاً ردّ قيمته.

وعلى مذهب قوم: أنّه إذا كان ذلك قبل مضيّ المدّة تحالفا، وإن كان بعد مضيّ

---

(١) منهم الماوردي في الحاوي الكبير ٧: ٤٧٠، وانظر الأُمّ للشافعي ٤: ١٨، ومختصر المزني: ١٣٠ أيضاً. (٢ و٣) راجع الأُم ٤: ١٩، والحاوي الكبير ٧: ٤٧٠.

(٤) خ وبعض النسخ: فَيْد. وهي بليدة في نصف طريق مكّة من الكوفة.

(٥) منهم الشافعي في الأُمّ ٤: ٣٩، والماوردي في الحاوي الكبير ٧: ٤٧١.

المدّة في يد المكتري لم يتحالفا وكان القول قول المكتري[١] كما قال في البيع، فيجعل القول قول المشتري إذا كانت السلعة تالفة. وهذا الّذي يقتضيه مذهبنا.

وإن قلنا يرجعان إلى القرعة فمن خرج اسمه حلف وحكم له به كان قويّاً.

إذا زرع رجل أرض غيره ثمّ اختلف هو وربّ الأرض فقال الزارع: «أعرتنيها» وقال ربّ الأرض: «بل أكريتكها» ـ وليس مع واحد منهما بيّنة ـ فالقول قول ربّ الأرض مع يمينه. وقال قوم: إنّ القول قول الزارع[٢]. والأوّل أقوى لأنّ العادة جرت بإكراء الأرضين دون العارية. ووجه الثاني: أنّ الأصل براءة الذمّة. والأحوط أن يستعمل القرعة.

فمن قال: القول قول الزارع[٣] فإذا حلف أنّه أعارها إيّاه وما اكتراه ثبت أنّها عارية ولا أُجرة عليه من حين الزرع إلى حين اختلفا وحلف، وله الرجوع عن العارية الّتي ثبّتها الزارع بيمينه، غير أنّه لا يمكن قلع الزرع؛ لأنّه مأذون له فيه، وعليه أُجرة المثل من ذلك الوقت إلى أن يدرك ويستحصد[٤].

ومن قال: القول قول ربّ الأرض[٥] حلف بالله لقد أكراها وما أعارها، فإذا حلف كانت له الأُجرة من حين زرع، وللزارع التبقية حتّى يدرك ويستحصد ولا يجبر على القلع؛ لأنّه ثبت أنّه زرع بعقد الإجارة، فإن امتنع الزارع من تسليم الأُجرة أُجبر على ذلك. ويلزمه أُجرة المثل دون المسمّى؛ لأنّه قبل يمينه في ذلك. ولو قُبل في المسمّى ربّما ادّعى مالاً عظيماً فيؤدّي ذلك إلى أن يلزمه ذلك بيمينه

---

(١) منهم الماوردي في الحاوي الكبير ٧: ٤٧٢ وأبو حنيفة، كما في الأُمّ ٧: ١٣٩.

(٢) منهم الشافعي وأكثر أصحابه، كما في المجموع ١٤: ٢٢٠، والحاوي الكبير ٧: ٤٧٣، والأُمّ ٣: ٢٤٥.

(٣) كما هو مذهب الشافعي في أحد قوليه وأكثر أصحابه كما في المصادر السابقة.

(٤) في ط زيادة: ولا يجبر.

(٥) كالشافعي في أحد قوليه وبعض أصحابه، كما نقله عنه في مختصر المزني واعترض عليه.

ابتداءً، وذلك لا يجوز.

وإن اختلف الغسّال وصاحب الثوب، فقال: «أمرتني بغسله» وأنكر صاحب الثوب، فالقول قول ربّ الثوب مع يمينه.

وإن اختلف الراكب وربّ الدابّة فقال الراكب: «أعرتنيها» وقال ربّ الدابّة: «بل غصبتنيها» فالقول قول ربّ الدابّة؛ لأنّ الراكب يدّعي الإذن عليه في الركوب وهو ينكره والأصل عدم الإذن. وفيهم من قال: القول قول المدّعي للعارية؛ لأنّ الأصل براءة ذمّته[1] وإذا زرع أرض غيره فيدّعي أنّه زرعها بإجارة، وقال ربّ الأرض: «بل غصبتنيها» فالقول قول ربّ الأرض مع يمينه، فإذا حلف أُجبر على القلع عقيب اليمين، وعليه أُجرة المثل من حين الزرع إلى ذلك الوقت.

---

(١) كالشافعي في الأُمّ ٣: ٢٤٥ في كتاب العارية.

كتاب
إحياء الموات

كتاب إحياء الموات

روى هشام بن عروة، عن أبيه، عن سعيد بن زيد بن نفيل [و هو الّذي روى أنّ النبيّ عليه السلام قال: عشرة[1] في الجنّة] أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله قال: من أحيا أرضاً ميّتة فهي له، وليس لعرقٍ ظالم حقّ[2]. وربّما ذكروا «العِرق» مضافاً إلى الظالم، والصحيح تنوين القاف.

وروى سمرة بن جندب: أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله قال: من أحاط حائطاً على أرض فهي له[3].

وروى عنه صلى الله عليه وآله أنّه قال: من سبق إلى ما لم يسبقه إليه مسلم فهو أحقّ به[4].

وروى عنه عليه السلام أنّه قال: عاديّ الأرض لله ولرسوله ثمّ هي لكم منّي[5].

وروى عنه عليه السلام أنّه قال: مَوتان الأرض لله ولرسوله ثمّ هي لكم منّي[6]

بنصب الميم، والمُوتان ـ بضمّ الميم وتسكين الواو ـ الموت الذريع[7] الّذي يقع في الناس والبهائم، ويقال: رجل مَوتان القلب ـ بنصب الميم وجزم الواو ـ إذا كان لا يفهم شيئاً.

إذا ثبت هذا فالبلاد على ضربين: بلاد الاسلام وبلاد الشرك، فبلاد الإسلام

---

(١) لم يرد في ط.

(٢ و٣ و٤) السنن للبيهقي ٦: ١٤٢.

(٥ و٦) السنن للبيهقي ٦: ١٤٣.

(٧) الذريع: السريع.

على ضربين: عامر وغامر.

فالعامر: ملك لأهله لا يجوز لأحد الشروع فيه والتصرّف فيه إلّابإذن صاحبه.

وروي عن ابن عبّاس: أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله كتب لبلال بن الحارث المزني: بسم الله الرحمن الرحيم، هذا ما أقطع بلال بن الحارث المزني معادن القبليّة[١] جلسيّها وغوريّها[٢] حيث ما يصلح للزرع من قُدْس[٣] ولم يعطه حقّ مسلم[٤].

وجلسيّها ما كان إلى ناحية نجد، وغوريّها ما كان إلى ناحية الغور.

إذا ثبت هذا، فإنّ مرافقها الّتي لا بدّ لها منها، مثل الطريق ومسيل الماء والفناء[٥] فإنّها في معنى العامر من حيث إنّ صاحب العامر أحقّ به، ولا يجوز لأحد أن يتصرّف فيه إلّا بإذنه. وكذلك إذا حفر بئراً في موات ملكها وكان أحقّ بها وبحريمها الّذي هو من مرافقها على حسب الحاجة.

فإن كانت البئر يستقى منها الماء بالسانية فقدر ما يمتدّ إليه السانية[٦] وهو مقدار عمق البئر، وإن كانت بالدولاب فقدر دور الدولاب، وإن كان يستقى منها بدلو اليد فمقدار ما يقف فيه المستقي. وهذا على قوله عليه السلام: حريم البئر أربعون ذراعاً[٧] وقد فصّلناه في النهاية[٨].

وهذا التقدير إنّما هو على حسب الحاجة، فإن أراد أن يحفر إنسان بئراً بجنب

---

(١) القبليّة: ناحية من الفرع وهو موضع بين نخلة والمدينة.

(٢) الجلس: ما ارتفع من الأرض، والغور ما انخفض منها. وفي ط: معادن القبيلة جاسيها وغوريها، ولكن في السنن الكبرى كما أثبتناه.

(٣) هو بضمّ القاف وسكون الدال: جبل معروف، وقيل: هو الموضع المرتفع الّذي يصلح للزراعة، وفي ط: مرس، وبعض النسخ: خرس.

(٤) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ١٤٥.

(٥) في خ وبعض النسخ: والقنا، والّذي أثبتناه موافق لما جاء في مُختصر المزني: ١٣٠.

(٦) السانية: الناقة يُستقى عليها من البئر، والمراد هنا: الغَرَب مع أدواته من الفلك وغيرها.

(٧) الكافي ٥: ٢٩٦/٥، التهذيب ٧: ١٤٥/٣٠.

(٨) النهاية ٢: ٢١٧.

تلك البئر ليسرق ماءها منها لم يكن ذلك له.

وأمّا الغامر فعلى ضربين: غامر لم يجر عليه ملك المسلم، وغامر جرى عليه ملك المسلم.

فأمّا الّذي لم يجر عليه ملك المسلم فهو الموات الّذي قصد به هذا الكتاب وسنبيّن حكمه فيما بعد.

وأمّا الّذي جرى عليه ملك المسلم ـ فمثل قرى المسلمين الّتي خربت وتعطّلت ـ فإنّه ينظر، فإن كان صاحبه معيّناً فهو أحقّ به، وهو في معنى العامر. وإن لم يكن معيّناً فإنّه يُملك بالإحياء، لعموم الخبر[١]. وعند قوم لا يملك[٢].

ثمّ لا يخلو أن يكون لمالكها عقب أولا عقب له، فإن كان له عقب فهي لهم. وإن لم يكن له عقب فهي للإمام خاصّة. فإذا ثبت ذلك ثبت أنّها مملوكة لا يملكها من يحييها إلّا بإذن الإمام.

وأمّا بلاد الشرك فعلى ضربين: عامر وغامر.

فالعامر ملك لأهله؛ وكذلك كلّ ماكان به صلاح العامر من الغامر، فإنّ صاحب العامر أحقّ به كما قلناه في العامر في بلاد المسلمين. ولا فرق بينهما أكثر من أنّ العامر في بلاد الإسلام لا يُملك بالقهر والغلبة، والعامر في بلاد الشرك يُملك بالقهر والغلبة.

وأمّا الغامر فعلى ضربين: أحدهما لم يجر عليه ملك أحد، والآخر جرى عليه ملكه.

فالّذي لم يجر عليه ملك أحد فهي للإمام خاصّة، لعموم الأخبار[٣] وعند المخالف من أحياه من مشرك ومسلم فإنّه يملكه بذلك[٤].

---

(١) التهذيب ٧: ١٤٨/٦٥٥.

(٢) كالشافعي في الأُمّ ٤: ٤٦، ومختصر المزني: ١٣٠ والمجموع ١٥: ٢٠٤.

(٣) التهذيب ٧: ١٥٢ / ٦٧٤.

(٤) الأُمّ ٤: ٤٥، المجموع ١٥: ٢٠٦، والمغني لابن قدامة ٦: ١٥٣.

وأمّا الّذي جرى عليه ملك فإنّه ينظر، فإن كان صاحبه معيّناً فهو له ولا يملك بالإحياء بلا خلاف. وإن لم يكن معيّناً فهو للإمام عندنا. وفيهم من قال: يملك بالإحياء[١]. وفيهم من قال: لا يملك بالإحياء؛ لأنّه يجوز أن تكون تلك الأرض لكافر لم تبلغه الدعوة وقد ورثه المسلم فيكون ملك المسلم[٢].

الأرضون الموات عندنا للإمام خاصّة لا يملكها أحد بالإحياء إلّا أن يأذن له الإمام. فأمّا الذمّي فلا يملك إذا أحيا أرضاً في بلاد الإسلام. وكذلك المستأمن إلّا أن يأذن له الإمام. وفيهم من قال: إنّ المستأمن إذا أحيا أرضاً في بلاد الاسلام صار ذمّيّاً ولا يمكّن من الرجوع إلى بلاد الشرك[٣].

إذا أحيا أرضاً مواتاً بقرب العامر الّذي هو لغيره بإذن الإمام ملك بالإحياء. وقال قوم: لا يملك؛ لأنّ في ذلك ضرراً على أهل العامر[٤].

وروي عن النبيّ ﷺ أنّه أقطع الدور بالمدينة[٥]. واختلف الناس في ذلك، فمنهم من قال: إنّه أقطع الخراب الّذي أرادوا أن يبنوا فيه دوراً فسمّاه دوراً بما يؤول إليه من العمارة[٦]. ومنهم من قال: كانت تلك الخرابة من ديار عاد فسمّاه باسمها الّذي كان[٧].

الأحكام الّتي تتعلّق بالموات ثلاثة: الإحياء، والحمى، والإقطاع.

فأمّا الإحياء فقد ذكرنا فيما مضى ما يملك منه ومن يملكه. وأمّا كيفيّة الإحياء فسيجيء ذكره.

وأمّا الإقطاع: فسنذكره أيضاً.

فأمّا الحمى فهذا موضعه، وهو أن يحمى قطعة من الأرض للمواشي ترعى

(١ و٢) راجع المجموع ١٥: ٢٠٤، والمغني لابن قدامة ٦: ١٤٩.

(٣) لم نظفر بقائله. (٤) راجع المجموع ١٥: ٢٠٨، والمغني لابن قدامة ٦: ١٥١.

(٥) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ١٤٥. (٦ و٧) راجع المغني لابن قدامة ٦: ١٥١.

فيها. والناس في ذلك على ثلاثة أضرب:

النبيّ عليه السلام والأئمّة من بعده وآحاد المسلمين. فأمّا النبيّ صلى الله عليه وآله فكان له أن يحمي لنفسه ولعامّة المسلمين، لقوله عليه السلام: لا حمى إلّا لله ولرسوله[١]. وروى عنه عليه السلام أنّه حمى النقيع[٢] ـ بالنون ـ. وروى نافع عن ابن عمر: أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله حمى النقيع لخيل المجاهدين ترعى فيه[٣].

فأمّا آحاد المسلمين: فليس لهم أن يحموا لأنفسهم ولا لعامّة المسلمين؛ لقوله عليه السلام: لا حمى إلّا لله ولرسوله[٤] وهذا خاصّ في هذا الموضع. وهذان لاخلاف فيهما.

وأمّا الأئمّة ـ الّذين نذهب إلى إمامتهم ـ المعصومون: فإن حموا كان لهم ذلك؛ لأنّ أفعالهم حجّة ولا يجوز عليهم الخطاء والقبيح. وفي المخالفين من قال: ليس للإمام أن يحمي لنفسه شيئاً[٥] وإن أراد أن يحميه للمسلمين ليس له ذلك. وفيهم من قال: له أن يحمي للمسلمين[٦].

فإذا ثبت ذلك فالكلام في فصلين:

أحدهما بيان ما يحمى له. والثاني قدر ما يحمى.

فأمّا الّذي يحمى له: فإنّه يحمى للخيل المعدّة لسبيل الله، ونَعَمِ الجزية، ونَعَمِ الصدقة والضوالّ.

وأمّا قدر ما يحمى: فهو ما لا يعود بضرر على المسلمين أو يضيّق مراعيهم؛ لأنّ الإمام لا يفعل عندنا إلّا ما هو من مصالح المسلمين.

(١ و٣ و٤) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ١٤٦.

(٢) قال ابن الأثير: هو موضع حماه لِنَعَم الفيء وخيل المجاهدين فلا يرعاه غيرها.

(٥ و٦) قال في الحاوي الكبير ٧: ٤٨٣: فإن أراد الإمام الحمى لنفسه أو لأهْلِه... لم يجز، وإن أراد أن يحمي لخيْل المجاهدين... ففيه قولان.

فإذا ثبت هذا، فإنّه يحمى القدر الّذي يفضل عنه مافيه كفاية لمواشي المسلمين.

فأمّا ما حماه رسول الله ﷺ فإنّه لا يجوز للإمام القائم مقامه نقضه وحلّه؛ لأنّ فعله حجّة يجب اتّباعه فيه. وما يفعله الإمام القائم مقامه لا يجوز لأحد تغييره، وإن غيّره هو، أو أحد من بعده من الأئمّه، أو أذن واحد منهم لغيره في إحياء ميّت فأحياه؛ فإنّه يملكه. فأمّا من يحييه بغير إذنه فإنّه لا يملك به حسب ما قدّمناه.

وأمّا ما به يكون الإحياء: فلم يرد الشرع ببيان ما يكون إحياء دون ما لا يكون، غير أنّه إذا قال النبيّ عليه وآله السلام: من أحيا أرضاً فهي له[١] ولم يوجد في اللغة معنى ذلك، فالمرجع في ذلك إلى العرف والعادة، فما عرفه الناس إحياء في العادة كان إحياءً ويُملك به الموات، كما أنّه لمّا قال: البيّعان بالخيار ما لم يفترقا[٢] وأنّه نهى عن بيع ما لم يقبض[٣] وأنّ القطع يجب في قيمة المِجَنّ[٤] رُجع في جميع ذلك إلى العادة.

فإذا ثبت ذلك، فجملة ذلك على أنّ الأرض تُحيى للدار والحظيرة والزراعة.

فإحياؤها للدار: فهي بأن يحوط عليها حائط ويسقّف عليه، فإذا فعل ذلك فقد أحياها وملكها ملكاً مستقرّاً. ولا فرق بين أن يبني الحائط بطين، أو بآجر وطين، أو بآجر وجصّ، أو خشب.

وأمّا إذا أخذها للحظيرة: فقدر الإحياء أن يحوطها بحائط من آجر أو لبن أو طين ـ وهو الرِهْص ـ[٥] أو خشب. وليس من شرط الحظيرة أن يجعل لها سقف، وتعليق الأبواب في الدور والحظيرة ليس من شرطه. وفيهم من قال: هو

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٦:١٤٢.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ٥:٢٦٩، والكافي ٥: ٦/١٧٠.

(٣) التهذيب ٧: ١٠٠٥/٢٣٠، والسنن الكبرى للبيهقي ٥:٣١٣.

(٤) السنن الكبرى للبيهقي ٨:٢٥٦.

(٥) الرِهْص من الحائط: أوّل صفّ منه، الطين الّذي يُبنى به.

شرط[١] والأوّل أقرب.

وأمّا الإحياء للزراعة: فهو أن يجمع حولها تراباً، وهو الّذي يسمّى مَرزاً، وأن يرتّب لها الماء، إمّا بساقية فيحفرها فيسوق الماء فيها، أو بقناة يحفرها، أو بئر أو عين يستنبطها. ولا خلاف أنّ هذه الثلاثة شرط في الإحياء للزراعة. وفي الناس من ألحق بها أن يزرعها ويحرثها[٢]. والصحيح أنّه ليس من شرطه، كما أنّ سكنى الدار ليس من شرط الإحياء.

وأمّا إذا أحياها للغراس: فإنّما يملكها إذا ثبت الغراس فيها ورتّب الماء فيها، فإذا فعل ذلك فقد أحياها، فإذا أحياها وتملّكها فإنّه يملك مرافقها الّتي لا صلاح للأرض إلّا بها، وقد بيّنّاه فيما مضى.

وأمّا إذا حفر بئراً أو شقّ نهراً أو ساقية، فإنّه يملك حريمها حسب ما رسمناه فيما مضى. وجملته: أنّ ما لا بدّ منه في استقاء الماء ومطرح الطين إذا نضب الماء وكُرِيت[٣] الساقية والنهر، ويكون ذلك على حسب الحاجة قلّ أم كثر.

وقد روى أصحابنا: أنّ حدّ البئر الناضح أربعون ذراعاً[٤] وروي: ستّون ذراعاً[٥] وروي: أنّ حدّ القناة ألف ذراع في الرخوة من الأرض وفي الْحَزْن منه خمسمائة ذراع[٦]. وقول النبيّ صلى الله عليه وآله: حدّ البئر أربعون ذراعاً،[٧] يوافق ما قلناه. وفي المخالفين من قال بالتحديد مثل ما قلناه[٨].

فإذا ثبت ذلك فإذا حفر بئراً في موات وملكها وأراد غيره أن يحفر بجنبها بئراً ليسرق[٩] ماءها لم يكن له ذلك، ومنع منه بلا خلاف. وكذلك إذا استنبط عيناً في

---

(١) لم نعثر على قائله.
(٢) منهم المزني في مختصره: ١٣١.
(٣) كرى النهر: حفر فيه حفرة جديدة.
(٤ و ٥) الكافي ٥: ٨/٢٩٦، والتهذيب ٧: ٦٤٣/١٤٥، والفقيه ٣: ٣٨٧٣/٢٣٨.
(٦) الكافي ٥: ٦/٢٩٦.
(٧) الفقيه ٣: ٣٨٧٣/٢٣٨، والكافي ٥: ٥/٢٩٥.
(٨) القائل به أبو حنيفة، كما نسبه إليه في المبسوط ٢٣: ١٦٢، والمحلّى ٨: ٢٣٩.
(٩) خ: ليسوق.

موات وأراد آخر أن يستنبط عيناً بجنبها لم يكن له ذلك إلّا أن يكون بينهما الحدّ الّذي قدّمناه.

وأمّا إن أراد أن يحفر بئراً في داره أو ملكه وأراد جاره أن يحفر لنفسه بئراً بقرب ذلك البئر لم يمنع منه بلا خلاف في جميع ذلك، وإن كان ينقص بذلك ماء البئر الأُولى؛ لأنّ الناس مسلّطون على أملاكهم. والفرق بين الملك والموات أنّ الموات يملك بالإحياء فمن سبق إلى حفر البئر ملك حريمه وصار أحقّ به، وليس كذلك في الملك؛ لأنّ ملك كلّ واحد منهما ثابت مستقرّ، وللمالك أن يفعل في ملكه ما شاء. وكذلك إذا أحيا أرضاً ليغرس فيها بجنب أرض فيها غِراس لغيره بحيث يلتفّ أغصان الغراسين وبحيث تلتقي عروقهما كان للأوّل منعه، لما ذكرناه.

وإن حفر رجل بئراً في داره وأراد جاره أن يحفر بالوعة أو بئر كنيف بقرب هذه البئر لم يمنع منه، وإن أدّى ذلك إلى تغيير ماء البئر، أو كان صاحب البئر تستقذر ماء بئره لقرب الكنيف والبالوعة؛ لأنّه يتصرّف في ملكه بلا خلاف.

إذا أقطع السلطان رجلاً من الرعيّة قطعة من الموات صار أحقّ به من غيره بإقطاع السلطان إيّاه بلا خلاف. وكذلك إذا حجّر أرضاً من الموات. والتحجير أن يؤثر فيها أثراً لم يبلغ به حدّ الإحياء، مثل أن ينصب فيها المروز، أو يحوّط عليها حائطاً وما أشبه ذلك من آثار الإحياء، فإنّه يكون أحقّ بها من غيره، فإقطاع السلطان بمنزلة التحجير.

فإن أخّر الإحياء فقال له السلطان: إمّا أن تحييها أو تخلّي بينها وبين غيرك حتّى يحييها، فإن ذكر عذراً في التأخير ـ مثل أن يزعم أنّ الآلة قد عابت يريد إصلاحها، أو أصحابه وأكرته هربوا أو عبيده أبَقُوا ـ واستأجل في ذلك أجّله السلطان في ذلك. وإن لم يكن له عذر في ذلك وخيّره السلطان بين الأمرين فلم يفعل أخرجها من يده. فإن بدر غيره قبل أن يخرجها السلطان من يده فأحياها

لم يملك بذلك؛ لأنّه لم يأذن له السلطان. وفيهم من قال: أساء وملك[١]. وفيهم من قال: لا يملك[٢] كما قلناه؛ لأنّه ممنوع من ذلك بتحجير الأوّل.

إذا حجّر أرضاً وباعها لم يصحّ بيعها[٣]. وفي الناس من قال: يصحّ[٤]. ـ وهو شاذّ ـ فأمّا عندنا فلا يصحّ بيعه؛ لأنّه لا يملك رقبة الأرض بالإحياء، وإنّما يملك التصرّف بشرط أن يؤدّي إلى الإمام ما يلزمه عليها. وعند المخالف لا يجوز[٥] لأنّه لا يملك بالتحجير قبل الإحياء فكيف يبيع ما لا يملك؟

فأمّا ما يجوز أن يقطعه السلطان وما لا يجوز فجملته: أنّ ما لا يملكه أحد من الناس على ضربين:

أحدهما: لا يملكه أحد إلّا بما يستحدث فيه، وذلك مثل الموات من الأرض، وقد ذكرنا أنّه يملك بالإحياء بإذن السلطان التصرّف فيها، وهو أولى من غيره وإذا تحجّر صار أحقّ به من غيره.

ويجوز للسلطان أن يعطيه من غير إحياء ولا تحجير؛ لأنّ الموات ملكه فله أن يعطيه. وهذا لاخلاف فيه وإن اختلفوا في جهة الملك[٦] ولأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله أقطع الدور بالمدينة[٧] وأنّه عليه السلام أقطع وائل بن حجر أرضاً بحَضرموت[٨] وأقطع الزبير حُضْرَ فرسه[٩] فأجرى فلمّا قام الفرس رمى بسوطه، فقال النبيّ صلى الله عليه وآله: اقطعوا له، فوفّي له بشرطه[١٠] وأقطع بلال بن الحارث المزني المعادن القبليّة[١١] جلسيّها

(١ و٢) راجع الحاوي الكبير ٧: ٤٨٩.

(٣ و٤) الأوّل مختار الشافعيّ، والثاني هو المحكيّ عن أبي إسحاق المروزي وطائفة أُخرى كما في الحاوي الكبير ٧: ٤٩٠.

(٥) راجع الحاوي الكبير ٧: ٤٩٠.

(٦) راجع الحاوي الكبير ٧: ٤٩٨.

(٧) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ١٤٥.

(٨ و١٠) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ١٤٤.

(٩) حُضْر الفرس ـ بالضمّ ـ: منتهى عَدْوه.

(١١) القَبَليّة ـ بفتح الباء الموحّدة ـ نسبة إلى قبل ـ بفتح القاف والباء ـ وهي ناحية من سواحل البحر بينهما وبين المدينة خمسة أيّام وفي كتاب الأمكنة: معادن القِلَبيّة بكسر القاف وبعدها لام مفتوحة ثمّ باء. (عمدة القاري ١٢: ٢٢١).

وغوريها[١].

وأما المعادن فعلى ضربين: ظاهرة وباطنة. فالباطنة لها باب نذكره. وأمّا الظاهرة: فهي الماء والقير والنفط والموميا والكبريت والملح وما أشبه ذلك، فهذا لا يُملك بالإحياء، ولا يصير أحد أولى به بالتحجير من غيره، وليس للسلطان أن يقطعه، بل الناس كلّهم فيه سواء يأخذون منه قدر حاجتهم، بل يجب عندنا فيها الخُمس. ولا خلاف في أنّ ذلك لا يملك.

وروي أنّ الأبيض بن حمّال المَأْرِبي[٢] استقطع رسول الله ﷺ ملح ماء مَأْرِب فروي أنّه أقطعه[٣]. وروي أنّه أراد أن يقطعه فقال له رجل ـ وقيل إنّه الأقرع بن حابس ـ[٤]: أتدري يا رسول الله ما الّذي تُقْطِعه؟ إنّما هو الماء العدّ! قال: فلا إذاً[٥].

والماء العدّ: الدائم الّذي لا ينقطع، أراد أنّ ذلك الملح بمنزلة الماء الدائم لا ينقطع ولا يحتاج إلى عمل واستحداث شيء.

ولا خلاف أنّه لا يجوز للسلطان أن يقطع مشارع الماء فيجعله أحقّ بها من غيره، وكذلك المعادن الظاهرة.

وطُعن في ذلك الخبر بأنّ هذا يؤدّي إلى تخطئة النبيّ ﷺ في الإقطاع. وأجيب عنه بأنّه ما أقطع وإنّما أراد ولم يفعل، فنقل الراوي الفعل. ولأنّه عليه السلام أقطع على ظاهر الحال، فلمّا انكشف رجع.

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ١٤٥، الغور: ما انخفض من الأرض، والجلس: ما ارتفع منها. وقيل: إنّ الغور ما كان من بلادتهامة، والجلس ما كان من بلاد نجد.

(٢) قال في معجم البُلْدان مأرب قصر عظيم عالي الجدران وقد نسب إلى مأرب، يحيى بن قيس المأربي الشيباني، وسعيد بن أبيض بن حمّال المأربي.

(٣ و ٥) السنن الكبرى للبيهقي: ٦: ١٤٩.

(٤) نقله في كنز العمّال ٣: ٩١٥٧، وسنن ابن ماجة ٢: ٨٢٧/٢٤٧٥.

فإذا ثبت أنّها لا تملك فمن سبق إليها أخذ منه قدر حاجته وانصرف. فإن أقام يريد أن يأخذ فوق حاجته فللإمام منعه منه. وقيل: ليس له منعه[١]. وهو الأقوى. فإن سبق إليه اثنان أقرع بينهما الإمام. وقيل: إنّه يقدّم أيّهما شاء[٢]. والأوّل أصحّ. وقيل أيضاً: إنّه يقيم الإمام من يأخذه فيقسم بينهما[٣].

وإذا كان في الساحل بقعة إذا حفرت وانساق إليها الماء ظهر لها ملح، فإنّ هذا في حكم الموات؛ لأنّه لا ينتفع بها إلّا باستحداث شيء فيها، فيملك بالإحياء ويصير بالتحجير عليه أولى. وللسلطان أن يُقْطعها، فإذا حصل واحد منهما صار أحقّ بها من غيره.

باب في تفريع القطائع وغيرها

القطائع جمع قطيعة، والقطيعة القطعة من الأرض المقطوعة، فعيل بمعنى مفعول.

والقطائع ضربان: أحدهما: يملك بالإحياء، وهو الموات، وقد ذكرنا حكمه[٤] والثاني: الإرفاق، وهو أن يقطعه موضعاً يجلس فيه في المواضع الواسعة في الطُرُقات ورِحاب الجوامع.

قال قوم: للسلطان أن يقطع ذلك؛ لأنّ له في ذلك يداً وتصرّفاً[٥] كما أنّ له أن يحفر في الطريق بئراً للمطر من الطريق، وله أن يمنع غيره من ذلك حسب ما يراه من المصلحة. ويقوى في نفسي أنّه ليس له ذلك؛ لأنّ الناس في ذلك شَرع سواء، ولا دليل على جوازه.

---

(١) نقله في المجموع ١٥/ ٢٢٠، و٢٢٣.

(٢) هذا أحد الوجوه الثلاثة لأحمد وأصحابه كما في المجموع ١٥: ٢٢٣.

(٣) هذا وجه رابع أضاف القاضي إلى الوجوه الثلاثة كما في المجموع ١٥: ٢٢٣.

(٤) راجع ص ٨٠.

(٥) هو مختار الشافعي كما في المجموع ١٥: ٢٢٨، ومغني المحتاج ٢: ٣٧٢.

فمن أجازه قال: إذا أقطع رجلاً موضعاً من ذلك فإنّه أحقّ به من غيره وإن كان بعدُ لم يشغله، وإذا وضع متاعه فيه ثمّ قام وحوّله كان أحقّ بذلك الموضع وإن كان قد حوّل متاعه. وليس له أن ينصب فيه مستنداً ولا يبني فيه دكّة؛ لأنّ ذلك ممّا تستضرّ به المارّة.

وكذلك إذا سبق إلى موضع من تلك المواضع كان أحقّ بها من غيره؛ لأنّ ذلك جرت به عادة أهل الأعصار يفعلون ذلك ولا ينكره أحد، غير أنّه لا يجوز أن يبني دكّة ولا ينصب مستنداً، لما تقدّم. فإذا قام عن ذلك الموضع فإن ترك رحله فيه فحقّه باقٍ، وإن حوّل رحله منه انقطع حقّه منه، فمن سبقه بعد ذلك إليه كان أحقّ به منه.

وهكذا الحكم في المسجد، فمن سبق إلى مكان كان أحقّ به، فإن قام وترك رحله فيه فحقّه باقٍ، وإن حوّله زال حقّه. والمسجد لا خلاف فيه، وفيه نصّ لنا عن الأئمّة عليهم السلام[1].

فإذا سبق اثنان إلى موضع من تلك المواضع فقيل: فيه وجهان: أحدهما: يتقارعان[2] وهو الصحيح. والثاني: يقدّم الإمام من شاء منهما.[3]

وأمّا المعادن الباطنة ـ مثل الذهب والفضّة والنحاس والرصاص وحجارة البرام وغيرها، ممّا يكون في بطون الأرض والجبال ولا يظهر إلّا بالعمل فيها والمؤنة عليها ـ فهل تملك بالإحياء أم لا؟ قيل: فيه قولان: أحدهما: أنّه يملك وهو الصحيح عندنا. والثاني: لا يملك؛ لأنّه لا خلاف أنّه لا يجوز بيعه، فلو ملك لجاز بيعه[4] وعندنا يجوز بيعه.

فإذا ثبت أنّها تملك بالإحياء، فإنّ إحياءه أن يبلغ نيله ومادون البلوغ فهو

---

(١) الكافي ٤: ٥٤٦/٣٣.

(٢ و٣) نقل الوجهين النووي في المجموع ١٥: ٢٢٥، ٢٢٦، وابن قدامة في المغني ٦: ١٦٣.

(٤) هذان القولان مذكوران في الأُمّ ٤: ٤٣، ومختصر المزني: ١٣٢، والمجموع ١٥: ٢٢٤.

تحجير وليس بإحياء، فيصير أولى به مثل الموات.

ويجوز للسلطان إقطاعه؛ لأنّه يملكه عندنا. وقال المخالف: لا يُقْطعه إلّا القدر الّذي يطيقه آلته ورجاله[١] وإذا أحياه ملكه وصار أحقّ به وبمرافقه الّتي لا بدّ لها منها على قدر الحاجة إليه إن كان يخرج ما يخرج منه بالأيدي، وإن كان يخرج بأعمال فكما قلناه في الموات.

ومتى ما تحجّر المعدن بالحفر وأراد آخر إحياءه قال السلطان للأوّل: إمّا أن تحييه أو تخلّي بينه وبين غيرك، فإن استأجله أجّله حسب ما قلناه في إحياء الموات سواء. ومن قال: إنّه لا يملك، فهل للسلطان أن يقطعه أم لا؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: لا يقطعه؛ لأنّه لا يملك بالإحياء[٢]. والثاني: يقطعه، كما أقطع النبيّ صلى الله عليه وآله بلالاً وغيره[٣].

إذا أحيا مواتاً من الأرض فظهر فيها معدن ملكها بالإحياء، وملك المعدن الّذي ظهر فيها بلا خلاف؛ لأنّ المعدن مخلوقُ خِلقةِ الأرض فهو جزء من أجزائها. وكذلك إذا اشترى داراً فظهر فيها معدن كان للمشتري دون البائع. فأمّا إذا وجد فيها كنزاً مدفوناً، فإن كان ذلك من دُفُن الجاهليّة ملكه بالإصابة والظهور عليه، وحكمه حكم الكنوز. وإن كان من دُفُن الإسلام فهو لقطة. وإن كان ذلك في أرض اشتراها فإنّ الكنز لا يدخل في البيع؛ لأنّه مودع فيه.

إذا غنم بلدان المشركين وفيها موات قد عمل جاهليّ في معدن فيه، فإنّه لا يكون غنيمة ولا يملكه الغانمون، ويكون على الإباحة كالموات: لأنّه لا يدرى هل من أظهره قصد التملّك أم لا؟ فلا يدرى أنّه كان ملكه فيغنم،

---

(١) المجموع ١٥: ٢٢٧، ٢٢٨.

(٢ و٣) نقل القولين ابن قدامة في المغني ٦: ١٥٧ ـ ١٥٨، وهكذا المقدسي في الشرح الكبير ٦: ١٥٦، وقالا: والصحيح جواز ذلك.

والأصل أنّه على الإباحة.

عَفْو بلاد العرب هي الموات، ويُروى: عَفْو بلاد العرب وهي الساحة، ورُوي: عُقر بلاد العرب والمراد به الموات. والصحيح أنّه بالفاء وهي الأرض المتروكة الّتي لم يعمرها أحد ولا يكون فيها عين ولا أثر.

فإذا ثبت هذا فبلاد الإسلام على ضربين: بلاد أسلم أهلها عليها، وبلاد فتحت.

فأمّا الّتي أسلم أهلها عليها ـ مثل مدينة رسول الله صلى الله عليه وآله ـ فإنّ العامر لأهله بلا خلاف. وأمّا الموات فعلى ما مضى ذكره، ما جرى عليه أثر ملك وما لم يجر عليه ملك، وقد مضى بيانه.

وأمّا الّتي فتحت عليه، فإنّها لا تخلو إمّا أن تكون فتحت عنوة أو صلحاً، فإن فتحت عنوة فإن كان عامراً كان غنيمة، وقد ذكرنا من يستحقّه: عندنا جميع المسلمين، وعند المخالف المقاتلة.

وأمّا الموات: فإنّ الّذي لم يقاتلوا عليه من الموات يكون حكمه حكم موات دار الإسلام. وأمّا الّذي قاتلوا عنه من الموات، فعندنا أنّه للإمام أيضاً، لعموم الخبر[١] وفي الناس من قال: إنّ قتالهم عنه يكون تحجّراً[٢] فيكونون أولى به[٣] وفيهم من قال: ليس ذلك بتحجّر، بل هو سبب للاغتنام[٤] فيصير من جملة الغنيمة.

وأمّا إذا فتح صلحاً فلا يخلو إمّا أن يصالحهم على أن يكون الدار لنا، أو على أن يكون الدار لهم، فإن صالحهم على أن يكون الدار لهم بشيء يبذلونه صحّ ذلك و يكون الدار لهم والعامر ملكهم والموات على ما كان عليه، فمن أحيا شيئاً بإذن الإمام كان أولى به، وإن أحيا المسلم منه شيئاً بإذن الإمام كان أيضاً أولى به.

---

(١) الكافي ١: ٣/٤٥٣، ٩/٤٥٧، والمقنعة: ٤٧.

(٢) كذا، والظاهر: تحجيراً، وهكذا ما يأتي.

(٣) القائل به أبو إسحاق المروزي، وأبو حامد الإسفرائيني كما في الحاوي الكبير ٧: ٥٠٢.

(٤) هو قول أبي حامد المروزي، وأبي الفيّاض كما في الحاوي الكبير ٧: ٥٠٣.

وفيهم من قال: إذا أحياه المسلم لم يملك[١].

ويفارق دار الحرب حيث قلنا: إذا أحيا شيئاً منها فقد ملك؛ لأنّ دار الحرب تملك بالقهر والغلبة، فتملك بالإحياء، وليس كذلك هذه الدار الّتي حصلت لهم بالصلح؛ لأنّ المسلمين لا يملكونها بالقهر والغلبة.

وعلى مذهبنا لا فرق بين الموضعين.

وأما إذا صالحوهم على أن يكون الدار لنا صحّ، ويكون الحكم في ذلك حكم دار الإسلام؛ لأنّه صار للمسلمين بالمصالحة، فحكم عامره وحكم مواته حكم عامر بلاد المسلمين ومواتها على ما مضى. وما يحصل بالمصالحة فهو فيء وحكمه حكم الفيء في أربعة أخماسه وخمسِه. فإن وقع الصلح على عامرها ومواتها كان العامر للمسلمين، والموات للإمام على ما بيّنّاه. وعند المخالف يكون الكلّ مملوكاً؛ لأنّه يجعل المقاتلة عن الموات بمنزلة التحجّر يملك به[٢].

وعلى قول بعضهم ـ وهم الأكثر ـ يقوم المسلمون الّذين ملكوا العامر منهم مقامهم في التحجّر، فيكونون أولى به من غيرهم[٣] كما يكون المتحجّر للموات أولى به من غيره.

وإذا ملك معدناً في أرض أحياها أو اشتراها، فظهر فيها، ثمّ إنّ رجلاً عمل فيه فأخرج منه قطعاً، فإنّه لا يخلو إمّا أن يكون بإذنه أو بغير إذنه: فإن كان بغير إذنه فهو متعدٍّ بذلك ولا أُجرة له، وما أخرجه لصاحبه. وإن كان ذلك بإذن المالك فلا يخلو إمّا أن يأذن له على أن يخرجه له، أو يخرجه لنفسه.

فإن اذن له أن يخرجه له فما يخرجه له. وهل له الأُجرة أم لا؟ قال قوم: الحكم

---

(١) نسبه الحاوي الكبير إلى ظاهر قول الشافعي باستدلال أنّه من كان مالكاً للعامر كان مالكاً للموات، راجع الحاوي ٧: ٥٠٤.

(٢ و٣) راجع الحاوي الكبير ٧: ٥٠٤، والمغني لابن قدامة٦: ١٥٣، والشرح الكبير ٦: ١٥٢.

فيه كالحكم في الغسّال إذا أعطاه الثوب ليغسل فغسله من غير أن يشرط له أُجرة[١].

وأمّا إذا أذن له على أنّ ما يخرجه، فهو لنفسه دونه، فإنّ ذلك لا يصحّ؛ لأنّها هبة مجهولة والمجهول لا يصحّ تملّكه، فكلّ ما يخرجه فإنّه لصاحب المعدن إلّا أن يستأنف له هبة بعد الإخراج ويقبضه إيّاه. ولا أُجرة للعامل؛ لأنّه عمل لنفسه وإنّما يثبت له الأُجرة إذا عمل لغيره بإجارة صحيحة أو فاسدة.

ويجري ذلك مجرى أن يهب إنسان زرعه وهو مجهول، فينقله الموهوب له من موضع إلى موضع آخر يذريه وينقّيه ثمّ تبيّن أنّ الهبة كانت فاسدة، فلا يكون للموهوب له شيء من الزرع، ولا له أُجرة المثل في عمله؛ لأنّه إنّما عمل لنفسه وعلى أنّه مالكه.

وأمّا إذا استأجره لإخراج شيء من المعدن فإنّه ينظر، فإن استأجره مدّة معلومة صحّت الإجارة، وإن كان العمل معلوماً، مثل أن يقول: «تحفرلي كذا ذراعاً» صحّ ذلك إذا كانت الأُجرة معلومة، فأمّا إذا استأجره لذلك وجعل أُجرته جزءاً ممّا يخرجه من المعدن، مثل أن يقول: «لك ثلثه، أو دونه» فإنّ الإجارة فاسدة؛ لأنّ الأُجرة غير معلومة، بل هي مجهولة، وله أُجرة المثل.

فإن كان ذلك بلفظ الجعالة وجعل له بعض ما يخرجه مثل أن يقول: «إن أخرجت منه شيئاً فلك نصفه، أو ثلثه» فإنّه لا يجوز؛ لأنّ الّذي جعل له مجهول المقدار. وإن جعله معلوماً فقال: «إن أخرجت منه كذا فلك عشرة دراهم» صحّ ذلك، كما لو قال: «من جاء بعبدي» أو «إن جئت بعبدي فله دينار» صحّ ذلك.

الآبار على ثلاثة أضرب: ضرب يحفرها في ملكه، وضرب يحفرها في الموات ليتملّكها، وضرب يحفرها في الموات لا للتملّك.

فأمّا ما يحفرها في ملكه فإنّما هو نقل ملكه من ملكه؛ لأنّه ملك المحلّ قبل الحفر.

---

١) منهم الماوردي في الحاوي الكبير ٧: ٥٠٥.

والثاني إذا حفر في الموات ليتملّكَها فإنّه يملكها بالإحياء، والإحياء أن يبلغ الماء؛ لأنّ ذلك نيلها فإذا بلغ نيل ما أراد ملك، وقبل أن يبلغ الماء يكون ذلك تحجّراً كما قلنا في المعادن الباطنة أنّ تحجّره ما لم يبلغ النيل فإذا بلغ النيل كان ذلك إحياء وملكه.

فإذا ثبت هذا، فالماء الّذي يحصل في هذين الضربين هل يُملك أم لا؟ قيل: فيه وجهان: أحدهما: أنّه يملكه، وهو الصحيح[١]. والثاني: أنّه لا يملكه؛ لأنّه لو ملكه لم يستبح بالإجارة[٢]. وإنّما قلنا: إنّه مملوك؛ لأنّه نمى في ملكه، مثل ثمرة الشجرة.

وهو معدن ظاهر مثل ساير المعادن، وإنّما تستباح بالإجارة؛ لأنّه لا ضرر على مالكه؛ لأنّه يستخلف في الحال بالنبع، وما لا ضرر عليه فليس له منعه منه مثل الاستظلال بحائطه.

فإذا قلنا: إنّه مملوك فليس لأحد أن يأخذه إلّا بإذن، وإن أخذ كان عليه ردّه. وإنّما يجوز للمستأجر؛ لأنّه لا بدّ له منه.

ومن قال: لا يملكه قال: ليس لأحد أن يأخذه أيضاً؛ لأنّه يتخطّى في ملك غيره بغير إذنه، فإن خالف وتخطّى وأخذ مَلِك بالأخذ فلا يلزمه ردّه، كما إذا توحّل في أرضه صيد فليس لغيره أن يأخذه؛ لأنّه يحتاج أن يتخطّى في ملك غيره بغير اذنه. فإن خالف وأخذ الصيد ملك بالأخذ ولا يلزمه ردّه.

وأمّا إذا أراد بيع شيء منه فمن قال: إنّه غير مملوك، لم يجز أن يبيع منه شيئاً حتّى يستقيه ويحوزه فيملك بالحيازة والاستقاء. ومن قال: إنّه مملوك، أجاز أن يبيع منه شيئاً وهو في البئر إذا شاهده المشتري كيلاً أو وزناً، ولا يجوز أن يبيع

(١ و٢) نسب الماوردي الأوّل إلى نصّ الشافعي في ذلك والثاني إلى بعض أصحاب الشافعيّة، كما في الحاوي الكبير ٧: ٥٠٦، وانظر المدوّنة الكبرى ٦: ١٩٠ أيضاً.

جميع ما في البئر؛ لأنّه لا يمكن تسليمه؛ لأنّه ينبع ويزيد كلّما استقى منه شيء، فلا يمكن تميّز المبيع من غيره.

وأمّا الضرب الثالث من الآبار: وهو إذا نزل قوم موضعاً من الموات فحفروا فيه بئراً ليشربوا منها ويُسْقوا بهائمهم ومواشيهم منها مدّة مقامهم، ولم يقصدوا التملّك بالإحياء فإنّهم لا يملكونها؛ لأنّ المحيي إنّما يملك بالإحياء إذا قصد تملّكه به، فإذا ثبت أنّه لا يملكه فإنّه يكون أحقّ به مدّة مقامه، فإذا رحل فكلّ من سبق إليه فهو أحقّ به، مثل المعادن الظاهرة.

فكلّ موضع قلنا: إنّه يملك البئر، فإنّه أحقّ من مائها بقدر حاجته لشربه وشرب ماشيته وسقي زروعه، فإذا فضل بعد ذلك شيء وجب عليه بذله بلا عوض لمن احتاج إليه لشربه وشرب ماشيته من السابلة وغيرهم، وليس له منع الماء الفاضل من حاجته حتّى لا يتمكّن غيره من رعي الكلاء الّذي بقرب ذلك الماء، وإنّما يجب عليه ذلك ليشرب المحتاج إليه وتشرب ماشيته.فأمّا لسقي زرعه فلا يجب عليه ذلك، لكنّه يستحبّ.

وفيهم من قال: يستحبّ ذلك لشرب ماشيته وسقي زرعه ولا يجب[١]. وفيهم من قال: يجب بذله بلا عوض لشرب الماشية ولسقي الزرع[٢]. وفيهم من قال: يجب عليه بالعوض، فأمّا بلا عوض فلا[٣].

وإنّما قلنا ذلك؛ لما رواه ابن عبّاس أنّ النبيّ ﷺ قال: الناس شركاء في ثلاث: النار والماءوالكلاء[٤]. وروى جابر: أنّ النبيّ ﷺ نهى عن بيع فضل الماء[٥].

فإذا ثبت أنّه يلزمه البذل، فإنّه لا يلزم بذل آلته الّتي يستقى بها من

---

(١) هو أبو عبيد بن حربويه كما في الحاوي الكبير ٧: ٥٠٧.

(٢) هو مختار الماوردي في الحاوي الكبير ٧: ٥٠٧.

(٣) نقله الحاوي الكبير عن بعض الناس ولم يسمّ قائله كما في المصدر.

(٤) سنن ابن ماجة ٢: ٨٢٦ / ٢٤٧٢.

(٥) سنن ابن ماجة ٢: ٨٢٨ / ٢٤٧٧.

البَكَرَة[١] والدلو والحبل وغير ذلك؛ لأنّ ذلك يبلى بالاستعمال ويفارق الماء؛ لأنّه ينبع فيخلف.

وأمّا الماء الّذي حازه وجمعه في حُبِّه أو جَرّته أو كوزه أو بِرْكَته أو بِئْره أو مَصْنَعِه أو غير ذلك فإنّه لا يجب عليه بذل شيء منه وإن كان فاضلاً عن حاجته بلا خلاف؛ لأنّه لا مادّة له.

هذا في ماء البئر.

وأمّا العين الّذي على ظاهر القرار: على صاحب القرار بذل الفاضل عن حاجته لماشية غيره مثل البئر سواء.

الكلام في المياه في فصلين: أحدهما في ملكها، والآخر في السقي منها.

فأمّا الكلام في ملكها: فهي على ثلاثة أضرب: مباح، ومملوك، ومختلف فيه.

فالمباح: مثل ماء البحر والنهر الكبير ـ مثل دِجْلة والفُرات والنيل وجيحون وسَيَحان ـ ومثل العيون النابعة في موات السهل والجبل، فكلّ هذا مباح، ولكلّ أحد أن يستعمل منه ما أراد كيف شاء بلا خلاف، لخبر ابن عبّاس المتقدّم[٢] وإن زاد هذا الماء فدخل إلى أملاك الناس واجتمع فيها لم يملكوه؛ كما أنّه لو نزل مطر واجتمع في ملكهم، أو ثلج فمكث في ملكهم، أو فرخ طائر في بستانهم، أو توحّل ظبي في أرضهم، أو وقعت سمكة في سماريتهم لم يملكوه، وكان ذلك لمن حازه بلا خلاف.

وأمّا المملوك: فكلّ ما حازه من الماء المباح في قِرْبَة أو جَرّة أو بِرْكة أو بِئر جمعه فيها، فهذا مملوك له كسائر المائعات المملوكة من الأدهان والألبان وغيرها، ومتى غصب غاصب من ذلك وجب عليه ردّه على صاحبه إن كان

---

(١) البَكَرَة: آلة مستديرة في وسطها محزّ يمرّ عليها حبل لرفع الأثقال و حطّها.

(٢) تقدّم في ص ٩٧.

باقياً، أو مثله إن كان تالفاً.

وأمّا المختلف في كونه مملوكاً: هو كلّ ما نبع في ملكه من بئر أو عين، فقد اختلف فيه على وجهين: أحدهما: أنّه مملوك، والثاني: ليس بمملوك، وقد مضى ذلك[1] وقلنا: إنّ الأقوى على مذهبنا أنّه مملوك؛ لأنّه نماء في ملكه ولا دليل على كونه مباحاً، فمن قال: إنّه غير مملوك، قال: لا يجوز بيعه ولا شيء منه كيلاً ولا وزناً.

و إذا باع داراً فيها بئر ماء فإنّه لا يدخل الماء الّذي في البئر في البيع. ومن قال: هو مملوك له، قال: يجوز أن يبيع منه كيلاً أو وزناً ولا يجوز أن يبيع جميعه؛ لأنّه لا يقدر على تسليمه، فإنّه يختلط به غيره.

وإن باع داراً وفيها بئر ماء لم يدخل الماء في البيع، لأنّه مودع فيها غير متّصل بها، فهو بمنزلة الطعام في الدار. وقال قوم: يحتمل أن يقال: يدخل في البيع تابعاً[2] مثل اللبن في الضرع في بيع اللبون تابعاً.

ومن قال: لا يدخل في البيع تابعاً[3] قال: فإذا شرط صحّ البيع ودخل فيه، ويقول: إذا باع البئر فما يحدث من الماء يكون للمشتري فلا يتعذّر تسليم المبيع إليه، وليس كذلك إذا باع الماء وحده؛ لأنّه لا يمكن تسليم الجميع؛ لأنّه إلى أن يسلمه قد نبع فيه ماء آخر فاختلط.

وأمّا السقي منه: فإنّ الماء المباح على ثلاثة أضرب:

ضرب هو ماء نهر عظيم ـ مثل ماء دِجْلة والفُرات والنيل وجيحون وسيحان ـ فإنّ الناس في السقي منه شَرع سواء، فلا يحتاج فيه إلى ترتيب وتقديم وتأخير؛ لكثرته واتّساعه لجميع الأراضي من الأعلى والأسفل.

---

(١) مضى في ص ٩٦.

(٢ و٣) راجع الحاوي الكبير ٧: ٥٠٩.

والثاني: ماء مباح في نهر غير مملوك صغير يأخذ من النهر الكبير، ولا يسقي جميع الأراضي إذا سقيت في وقت واحد، ويقع في التقديم والتأخير نزاع وخصومة، فهذا يقدّم فيه الأقرب فالأقرب إلى أوّل النهر الصغير؛ لما رواه عروة: أنّ عبد الله بن الزبير حدّثه: أنّ رجلاً خاصم الزبير في شِراج الحرّة الّتي يسقون بها، فقال الأنصارى: سَرِّحْ الماء يمرّ، فأبى عليه الزبير، فقال رسول الله ﷺ للزبير: يا زبير اسق ثمّ أرسل إلى جارك، فغضب الأنصاري، فقال: يا رسول‌الله إن كان ابن عمّتك! فتلوّن وجه رسول الله ﷺ ثمّ قال: اسق ثمّ احبس الماء حتّى يرجع إلى الجدر، فقال الزبير: فوالله إنّي لأحسب هذه نزلت في ذلك: ﴿فلا وربّك لا يؤمنون حتّى يحكّموك فيما شجر بينهم﴾ الآية[١]. فدّل هذا على أنّ الأقرب أولى، فإذا استكفى أرسله إلى من يليه.

وروى أبو داود بإسناده عن ثعلبة بن أبي مالك أنّه سمع كبراءهم يذكرون أنّ رجلاً من قريش كان له سهم في بني قريظة فخاصم إلى رسول الله ﷺ في مهزور[٢] السيل الّذي يقتسمون ماءه وفصل بينهم رسول الله ﷺ أنّ الماء إلى الكعب لا يحبس الأعلى على الأسفل[٣].

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه، عن جدّه أنّ رسول الله ﷺ قضى في السيل المهزور أن يمسك حتّى يبلغ الكعبين، ثمّ يرسل الأعلى على الأسفل[٤].

تفسير ما في الحديثين: فالشراج جمع شَرَج وهو النهر. والحرّة الحجارة السود والجُدُر جمع جِدار، ومهزور السيل: الموضع الّذي يجتمع فيه ماء السيل. وليس بين الحديثين تنافر؛ لأنّ الأرض إذا كانت مستوية وحبس الماء إلى

---

(١) سنن البيهقي ٦: ١٥٣.

(٢) اختلفت النسخ في ضبط هذه الكلمة هنا وفيما يأتي، ففي بعضها بتقديم المهملة (مهروز) وما أثبتناه موافق لما في سنن البيهقي.

(٣ و ٤) سنن البيهقي: ٦: ١٥٤.

الكعبين فإنّه يبلغ الجدر، فالحديثان متّفقان.

وروى أصحابنا أنّ الأعلى يحبس إلى الساق للنخل، وللشجر إلى القدم، وللزرع إلى الشراك[١].

فإذا ثبت هذا فالأقرب إلى الفُوّهة[٢] يسقى ويحبس الماء عمّن دونه، فإذا بلغ الماء الكعبين أرسله إلى جاره، هكذا... الأقرب فالأقرب، كلّما حبس الماء وبلغ في أرضه إلى الكعبين أرسله إلى من يليه حتّى تشرب الأرض كلّها. فإن كان زرع الأسفل يهلك إلى أن ينتهي الماء إليه لم يجب على من فوقه إرساله إليه.

وإذا أحيا على هذا النهر الصغير رجل أرضاً مواتاً هي أقرب إلى فُوّهة هذا النهر من أرضهم فإنّهم أحقّ بمائه، فإذا فضل عنهم سقى المحيي؛ لأنّه مرافق ملكهم فكانوا أحقّ به من غيرهم مع حاجتهم إليه،فما فضل عنهم كان لمن أحيا على ذلك الماء مواتاً.

وأمّا الماء الّذي في نهر مملوك، فهو أن يحفروا في الموات نهراً صغيراً ليحيوا على مائه أرضاً، فإذا بدأوا بالحفر فقد تحجّروا إلى أن يصل الحفر إلى النهر الكبير الّذي يأخذون منه الماء، فإذا وصلوا إليه ملكوه، كما إذا حفروا بئراً فوصلوا إلى الماء ملكوه، وإن حفروا معدِناً من المعادن الباطنة فإذا وصلوا إلى النيل ملكوه. فإذا ثبت هذا فإنّهم يملكونه على قدر نفقاتهم عليه، فإن أنفقوا على السواء كان النهر بينهم بالسويّة، وإن تفاضلوا كان ملكهم على قدر ما أنفقوا.

فإذا تقرّر هذا فالماء إذا جرى فيه لم يملكوه، كما إذا جرى الفَيْض[٣] إلى ملك رجل واجتمع فيه لا يملكه، لكن يكون أهل النهر أولى به لأنّ يدهم عليه. وليس لأحد مزاحمتهم فيه؛ لأنّ النهر ملك لهم. ولكلّ واحد منهم أن ينتفع به على قدر

---

(١) الكافي ٥: ٣/٢٧٨، والتهذيب ٧: ٦١٩/١٤٠.

(٢) الفُوّهة: فم النهر أو العين.

(٣) الفيض: الكثير، ماء فيض: أي كثير.

الملك؛ لأنّ الانتفاع به لأجل الملك، فإن كان الماء كثيراً يسعهم أن يسقوا من غير قسمة سقوا منه، وإن لم يسعهم فإن تهايؤوا وتراضوا على ذلك جاز لهم ما تراضوا به. وإن لم يفعلوا ذلك واختلفوا نصب الحاكم في موضع القسمة خشبة مستوية الظهر مُحْفَرة بقدر حقوقهم؛ فإن كان لأهل ساقية مائة جريب وللآخرين ألف جريب كانت الحفَر إحدى عشرة حُفْرة متساوية، فتكون حفرة منها لساقية من له مائة جريب، والباقي للباقين؛ وذلك قسمة الماء العادلة.

كتاب الوقوف والصدقات

كتاب الوقوف والصدقات

وجوه العطايا ثلاثة: اثنتان منها في الحياة، وواحدة بعد الوفاة. فأمّا الّذي بعد الوفاة فهو الوصيّة، ولها كتاب مفرد نذكره فيما بعد إن شاء الله تعالى. وأمّا اللّذان في حال الحياة فهما الهبة والوقف، فالهبة لها باب مفرد يجيء فيما بعد، وأمّا الوقف فهذا موضعه.

إذا ثبت هذا فالوقف: تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة، وجمعه: وقوف وأوقاف. يقال: وقفت، ولا يقال: أوقفت إلّا نادراً شاذّاً. ويقال: حبست وأحبست.

فإذا وقف شيئاً زال ملكه إذا قبض الموقوف عليه أو من يتولّى عنه، وإن لم يقبض لم يمض الوقف ولم يلزم. وقال قوم: يلزم بنفس الوقف وإن لم يقبض[1] والأوّل أصحّ.

فإذا قبض الوقف فلا يجوز له الرجوع فيه بعد ذلك، ولا التصرّف فيه ببيع ولا هبة ولا غيرهما، ولا يجوز لأحد من ورثته التصرّف فيه. وليس من شرط لزومه حكم الحاكم به، وفيه خلاف[2].

وما روي عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه قال: «لا حبس بعد سورة النساء»[3] وفي حديث

---

(١) نسبه الماوردي إلى فقهاء الشافعيّة، راجع الحاوي الكبير ٧: ٥١١، و انظر المبسوط للسرخسي ١٢: ٣٧.

(٢) قال أبو حنيفة: إن حكم الحاكم بالوقف لزم وإلّا فلا، راجع الحاوي الكبير ٧: ٥١٢.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ١٦٢.

آخر عن شريح قال: جاء محمّد بإطلاق الحبس[١]. فالمعنى في ذلك في أحد أمرين:

أحدهما: أراد حبس الزواني اللاتي ذكرهنّ في قوله: ﴿فأمسكوهنّ في البيوت حتّى يتوفّاهنّ الموت أو يجعل الله لهنّ سبيلاً﴾[٢]. وروي عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه قال: البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيّب بالثيّب جلد مائة والرجم[٣].

والثاني: أراد الحبس الّذي كان تفعله الجاهليّة في نفي السائبة والبحيرة والوصيلة والحام، قال الله تعالى: ﴿ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام﴾[٤].

فالسائبة: هي الناقة تلد عشر بطون كلّها إناث، فَتُسيّب تلك الناقة فلا تركب ولا تحلب إلّا للضيف.

والبحيرة: هي ولدها الّذي تجيء به في البطن الحادي عشر، فإن كان أُنثى فهي البحيرة، وسمّوها بحيرة؛ لأنّهم كانوا يتبحّرون أُذنها، أي يشقّونها، والبحر: الشقّ، ولهذا سمّي «البحر» بحراً؛ لأنّه شقّ في الأرض.

وأمّا الوصيلة: فهي الشاة تلد خمس بطون في كلّ بطن عَناقَيْن، فإذا ولدت بطناً سادساً ذكراً وأُنثى قيل: قد وصلت أخاها، فما تلد بعد ذلك يكون حلالاً للذكور وحراماً على الإناث.

وأمّا الحام: فهو الفحل ينتج من صلبه عشرة أبطن، فيُسيّب ويقال: حمى ظهره فكان لا يركب.

إذا وقف أرضاً أو داراً أو غيرهما وقبّضه فإنّه يزول ملك الواقف، كما يزول بالبيع. وقال بعضهم: إنّه لا يزول[٥] فإذا ثبت أنّه يزول ـ وهو الصحيح ـ فإنّه ينتقل

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ١٦٣.
(٢) النساء: ١٥.
(٣) عوالي اللآلئ ١: ٢٣٧، سنن ابن ماجة ٢: ٨٥٢، السنن الكبرى للبيهي ٨: ٢١٠.
(٤) المائدة: ١٠٣.
(٥) نسب هذا القول في المجموع ١٥: ٣٢٤ إلى مالك وإلى قولٍ بأحمد، وفي الحاوي الكبير ٧: ٥١٥، إلى أبي العبّاس سريج وأنّه خرّجه وجعله قولاً لبعض الشافعيّة.

إلى الموقوف عليه وهو الصحيح. وقال قوم: ينتقل إلى الله تعالى ولا ينتقل إلى الموقوف عليه[١].

وإنّما قلنا: إنّه ينتقل إلى الموقوف عليه، لأنّه يضمن بالغصب ويثبت عليه اليد، وليس فيه أكثر من أنّه لا يملك بيعه على كلّ حال، وإنّما يملك بيعه على وجه عندنا، وهو إذا خيف على الوقف الخراب، أو كان بأربابه حاجة شديدة، أو لا يقدرون على القيام به فحينئذ يجوز لهم بيعه، ومع عدم ذلك لا يجوز بيعه. وعند المخالف لا يجوز بيعه على وجه[٢]. ومنع البيع فيه لا يدلّ على أنّه لا يملكه؛ لأنّ السيّد لا يبيع أُمّ ولده وهي ملك له. وعندنا لا يملك بيعها مع وجود ولدها وإن كانت مملوكة.

يجوز وقف الأراضي والعقار والدور والرقيق والماشية والسلاح وكلّ عين تبقى بقاءً متّصلاً ويمكن الانتفاع بها. خلافاً لأبي يوسف، إنّه لا يجوّز إلّا في الأراضي والدور والكرُاع[٣] والسلاح والغلمان تبعاً للضيعة الموقوفة[٤].

وكلّ عين جاز بيعها وأمكن الانتفاع بها مع بقائها المتّصل فإنّه يجوز وقفها إذا كانت معيّنة. فأمّا إذا كانت في الذمّة أو كانت مطلقة ـ وهو أن يقول: وقفت فرساً أو عبداً ـ فإنّ ذلك لا يجوز؛ لأنّه لا يمكن الانتفاع به ما لم يتعيّن، ولا يمكن تسليمه، ولا يمكن فيه القبض ومن شرط لزومه القبض.

فأمّا الكلب: فإنّه لا يجوز وقفه؛ لأنّه لا يصحّ ملكه. وما يُملك منه فالأولى أن نقول: إنّه يصحّ وقفه؛ لأنّه يمكن الانتفاع به.

وأمّا الدنانير والدراهم: فلا يصحّ وقفهما بلاخلاف. وفيهم من قال: يصحّ[٥]. وهو شاذّ. وإنّما قلنا: لا يجوز؛ لأنّه لا منفعة لهما مقصودة غير التصرّف فيهما.

---

(١) هذا مختار بعض الشافعيّة كما في الحاوي ٧: ٥١٥.
(٢) راجع المصدر السابق.
(٣) هو الطرف من كلّ شيء. كُراع الأرض: ناحيتها.
(٤) كما نقله عنه في الحاوي الكبير ٧: ٥١٧.
(٥) روى أبو ثور عن الشافعي جواز وقفهما، كما أورده في الحاوي الكبير ٧: ٥١٩.

وما عدا ذلك من الأواني والفرش والدوابّ والبهائم فإنّه يجوز وقفها، لما ذكرناه.

يجوز وقف المشاع، كما يجوز وقف المقسوم، ويصحّ قبضه، كما يصحّ قبضه في البيع.

إذا وقف حصّة من الأرض صحّ ذلك ولا يثبت فيه الشفعة لشريكه؛ لأنّه ليس ببيع. ومتى أراد صاحب الطلق أن يقاسمه صاحب الوقف فمن قال: إنّ القسمة بيع[1] لم يجز القسمة؛ لأنّ بيع الوقف لا يجوز. ومن قال: القسمة تميز أحد الحقّين من الآخر[2] قال: يجوز قسمته.

فإن كان فيها ردّ من صاحب الوقف على صاحب الطلق جاز؛ لأنّه يزيد في الوقف. وإن كان فيها ردّ من صاحب الطلق على صاحب الوقف لم يجز؛ لأنّه يبيع جزءاً من الوقف وذلك لا يجوز.

فإن وقف حصّته من عبده صحّ ذلك، فإن أعتقه الواقف لم ينفذ فيه العتق؛ لأنّ ملكه زال عنه بالوقف. ومن قال: لم يزل ملكه، قال: لا ينفذ عتقه أيضاً؛ لأنّه لا يملك التصرّف فيه.

وإن أعتقه الموقوف عليه لم يصحّ عتقه أيضاً؛ لأنّ من قال: ينتقل ملكه إلى الله، فليس بمملوك له. ومن قال: انتقل إليه، فقد تعلّق به حقّ البطون الّتي بعده، فليس له أن يبطل حقّهم بإعتاقه إيّاه، كما ليس للراهن أن يبطل حقّ المرتهن الّذي تعلّق بالعبد المرهون بإعتاقه إيّاه.

وإن أعتق الشريك حصّته فقد انعتق، ولا يسري إلى النصف الموقوف ولا يقوّم عليه موسراً كان أو معسراً؛ لأنّ النصف الموقوف لا ينفذ فيه العتق المباشر فكيف ينفذ فيه عتق السراية؟

إذا وقف غلاماً وشرط أن يكون نفقته في كسبه أو في شيء آخر كان على

(١ و٢) القولان للشافعي، راجع المجموع ٢٠: ١٧٣، ومغني المحتاج ٤: ٤٢٤.

ما شرط. فإن أطلق ذلك كان في كسبه؛ لأنّ الغرض بالوقف انتفاع الموقوف عليه، وإنّما يمكنه ذلك ببقاء عين الوقف، وإنّما يبقى عينه بالنفقة، فيصير كأنّه شرطها في كسبه.

فأمّا إذا زمن العبد في شبابه أو شاخ فلم يقدر على الكسب، فمن قال: إنّ الملك ينتقل إلى الموقوف عليه، فنفقته في ماله؛ لأنّه عبده. ومن قال: انتقل إلى الله، فنفقته في مال بيت المال وهو مال الله[١]. وعلى مذهبنا يصير حرّاً بالزمانة.

العبد الموقوف إذا جنى فلا يخلو إمّا أن يكون جناية عمد توجب القصاص، أو خطأٍ توجب المال، فإن كانت عمداً لزمه القصاص، فإن كانت تلك الجناية قتلاً قُتل ويبطل الوقف. وإن كان قطعاً قُطع به وبقي الباقي وقفاً كما كان. وإن كانت الجناية خطأً توجب المال فالمال لا يتعلّق برقبته؛ لأنّه إنّما يتعلّق برقبة من يباع فيه، فأمّا رقبة من لا يباع فالأرش لا يتعلّق بها.

فإذا ثبت ذلك، فمن قال: إنّ الملك ينتقل إليه، فهو في ماله. ومن قال: ينتقل إلى الله تعالى، فقد قيل فيه: ثلاثة أقوال[٢]: أحدها: إلى مال الواقف؛ لأنّه هو الّذي منع رقبته أن يتعلّق بها الأرش. والثاني: يكون في بيت المال كالحرّ المعسر إذا جنى جناية خطأ. والثالث: في كسبه؛ لأنّ أقرب الأشياء إلى رقبته كسبه، فإذا تعذّر تعلّقه برقبته تعلّق بما هو أقرب إليه .

فأمّا إذا جُنِي على العبد الموقوف فَقُتِل وجبت قيمته؛ لأنّه يضمن بالغصب فلم يخرج عن الماليّة. وقال قوم: يشترى بها عبد آخر ويقام مقامه، سواء قيل انتقل إليه ملكه أو إلى الله؛ لأنّ حقّ البطون الأُخر يتعلّق برقبة العبد، فإذا فاتت أُقيم غيرها بقيمتها مقامها. وفيهم من قال: ينتقل القيمة إليه. وهو الأقوى؛ لأنّا قد بيّنّا أنّ

---

(١) راجع المجموع ١٥: ٣٢٤، والحاوي الكبير ٧: ٥١٥.

(٢) راجع المغني لابن قدامة ٦: ٢٣٠.

ملكه له، والأوّل قول من قال: ينتقل إلى الله.

إذا وقف جارية صحّ ذلك، وهل يجوز تزويجها أم لا؟ قيل: فيه وجهان: أحدهما: يجوز؛ لأنّ ذلك عقد معاوضة على منفعتها فهو كإجارتها. والثاني: لا يجوز؛ لأنّ قيمتها تنقص بذلك؛ لأنّ النكاح سبب الإحبال ويخاف من الحبل عليها. والأوّل أقوى.

فمن قال: لا يجوز، فلا كلام. ومن قال: يجوز، قال: ينتقل الملك إليه يزوّجها[1] وهو الصحيح. ومن قال: ينتقل إلى الله، زوّجت هي نفسها؛ لأنّها مالكة نفسها. وعند المخالف يزوّجها الحاكم.

فإذا تزوّجت صحّ النكاح ووجب المهر، ويكون للموقوف عليه؛ لأنّ ذلك من كسبها، فإذا ولدت فعندنا يكون الولد لاحقاً بالحرّية إذا زوّجت من حرّ. وإن زوّجت من مملوك كان بينهما، وعند المخالف يكون لاحقاً بأُمّه.

فإن استكرهها إنسان فوطئها فأتت بولد، فإنّ المهر يكون للموقوف عليه، ويلزم الواطئ الحدّ. وأمّا الولد فرقيق عندنا أيضاً. وفي ولدها الرقيق قيل: فيه وجهان: أحدهما: يكون طلقاً ويكون للموقوف عليه؛ لأنّه نماؤها، فهو ككسبها وكثمرة البستان. والثاني: يكون رقيقاً كأُمّها؛ لأنّ حكم كلّ ولد ذات رحم حكم أُمّها، مثل المدبّرة عندنا، وأُمّ الولد على مذهب القوم. وكذلك ولد الأُضحيّة والهدي، وهو الأقوى.

فمن قال: يكون طلقاً، فهوله، فإن قتل فقيمته له كرقيقه[2]. ومن قال: كأُمّه، فإن قتل فقيمته على مامضى من القولين: أحدهما: يكون له. والثاني: يشتري بدله غيره.

فأمّا إذا وطئها رجل بشبهة وجب المهر ويكون له، لأنّه عن كسبها، والولد حرّ عندنا، وعندهم على الواطئ قيمته. ولمن يكون؟ فمن قال: إنّ الولد إذا كان مملوكاً

---

(١) أي زوّجها الموقوف عليه.

(٢) خ: كرقبته.

يكون طلقاً، فالقيمة للموقوف عليه، وكذلك من قال: إنّه يوقف كالأُمّ، وإذا قتل كانت القيمة له. ومن قال: يشتري به أُخرى، قال هاهنا: يشتري بها أُخرى ويقام مقامه.

فأمّا إذا وطئها الواقف فالحكم فيه كما لو وطئها أجنبيّ وقد مضى. وأمّا الموقوف عليه فليس له وطؤها؛ لأنّ من قال: الملك ينتقل إليه، قال: ملكه غير ثابت فلم يحلّ له. فإن خالف فوطئها فلا حدّ؛ للشبهة، والولد حرّ. ومن قال: ينتقل إلى الله، فليست ملكاً له، فلا يجوز له وطؤها، فإن وطئها كان عليه الحدّ كالأجنبيّ سواء.

وكلّ موضع قلنا: بأنّ الولد له أو القيمة له إذا أتلف لم يؤخذ منه قيمته. وكلّ موضع قلنا: لا يكون القيمة له أو يشتري به آخر مكانه أُخذت منه القيمة واشتري بها آخر يوقف مع الأُمّ.

وأمّا المهر: فلا يلزمه؛ لأنّه لو وجب له لكان له؛ لأنّه من كسبها. وهل تصير أُمّ ولد أم لا؟ من قال: انتقل الملك إلى الله، لم تصر أُمّ ولد؛ لأنّها علقت بالولد في غير ملكه. ومن قال: انتقل إليه، صارت أُمّ ولد له وعتقت بموته، وتؤخذ القيمة من تركته عند المخالف؛ لأنّ ولده منها حصل بعد انقطاع حقّه عنها، ويخالف إذا وجبت القيمة حال جنايته[1] لأنّها وجبت وحقّه باقٍ ثابت.

فإذا ثبت أنّ القيمة تؤخذ من تركته فما يعمل بها؟ فمن قال: إنّ الموقوف إذا تلف اشترى بقيمته آخر يقوم مقامه، فكذلك هاهنا يشتري بقيمتها أُخرى يقوم مقامها ومن قال: ينتقل إليه، أعطى من يليه من البطون تلك القيمة، كما إذا وجبت القيمة وهو حيّ.

ألفاظ الوقوف ستّة: تصدّقت، ووقفت، وسبّلت، وحبّست، وحرّمت، وأبّدت. فإذا قال: «تصدّقت بداري» أو بكذا، لم ينصرف إلى الوقف؛ لأنّ التصدّق يحتمل الوقف، ويحتمل صدقة التمليك المتطوّع بها، ويحتمل الصدقة المفروضة، فإذا قرنه

(١) خ: حياته.

بقرينة تدلّ على الوقف انصرف إلى الوقف وزال الاحتمال.

والقرينة أن يقول: «تصدّقت صدقة موقوفة أو محبّسة، أو مسبّلة، أو محرّمة، أو مؤبّدة» أو قال: «صدقة لاتباع ولا توهب، أو لا تورث» لأنّ هذه كلّها تَصْرِفه إلى الوقف.

وكذلك إذا نوى الوقف انصرف إلى الوقف فيما بينه وبين الله، ولا يصير وقفاً في الحكم، فإذا أقرّ بأنّه نوى الوقف صار وقفاً في الحكم حينئذ.

وأمّا إذا قال: «وقفتُ» كان ذلك صريحاً في الوقف؛ لأنّ هذه اللفظة في العادة لا تستعمل إلّا في الوقف ولا تعرفها العامّة إلاّ فيه.

فأمّا إذا قال: «حبّست» أو «أسبلت» رجع أيضاً إلى الوقف وصار وقفاً، وكان ذلك صريحاً فيه؛ لأنّ الشرع ورد بهما؛ لأنّ النبيّ ﷺ قال لعمر: حبّس الأصل وسبّل الثمرة[1]. وعرف الشرع آكد من عرف العادة.

فأمّا إذا قال: «حرّمت» و«أبّدت» فقيل: فيه وجهان: أحدهما: أنّهما كنايتان؛ لأنّه ما ورد بهما عرف ولا عادة ولا عرف الشرع. والآخر: أنّهما صريحان فيه؛ لأنّهما لا يستعملان إلّا في الوقف ولا يحتملان غيره[2]. فمن قال: إنّهما صريحان، قال: الحكم على ما ذكرناه في الصريح. ومن قال: كنايتان، فلا بدّ من القرينة أو النيّة على ما ذكرنا فيما هو كناية فيه من ألفاظه. هذا تفصيل مذهب الفقهاء.

والّذي يقوى في نفسي: أنّ صريح الوقف قول واحد وهو «وقفت» لا غير، وبه يحكم بالوقف. فأمّا غيره من الألفاظ فلا يحكم به إلّا بدليل.

ومن شرط صحّة الوقف: أن يكون الموقوف عليه ابتداء ممّن يملك المنفعة،

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ١٦٢.

(٢) الأوّل لأبي عليّ بن أبي هريرة، والثاني نقله الماوردي في الحاوي ولم يسمّ قائله، راجع الحاوي الكبير ٧: ٥١٩.

ولا يجوز أن يقف شيئاً على من لا يملك في الحال، مثل أن يقف على عبد، أو على من يرزق من الأولاد، أو على حمل هذه الجارية ولم ينفصل الحمل بعدُ، بلا خلاف. ولا ينتقض بالوقف على أولاد الأولاد وما تناسلوا؛ لأنّ الاعتبار بأوّله، وقد وقف أوّلاً على من هو من أهل الملك في الحال، فإذا صحّ في حقّهم صحّ في حقّ الباقين على وجه التبع لهم.

فأمّا الوقف على القناطر والمساجد والمارستان وغيرها ممّا فيه مصالح المسلمين إنّما يصحّ ـ وإن كانت هذه الأشياء لا يملك ـ لأنّ الوقف عليها لمصالح المسلمين، فالوقف عليها وقف على المسلمين، والمسلمون يملكون.

إذا وقف شيئاً على قوم لم يخلُ ذلك من أحد أمرين: إمّا أن يعلّقه بما لا ينقرض، مثل أن يقول: «وقفت هذا على أولادي وأولاد أولادي ما تناسلوا فإن انقرضوا فعلى الفقراء والمساكين» أو قال: «وقفت هذا على الفقراء والمساكين» فإنّ ذلك وقف صحيح بلا خلاف؛ لأنّ من شرطه أن يتأبّد وقد علّقه بما يتأبّد.

فإذا علّقه بما ينقرض، مثل أن يقول: «وقفت هذا على أولادي وأولاد أولادي» وسكت على ذلك، أو وقف على رجل بعينه أو على جماعة بأعيانهم وسكت على ذلك، فهل يصحّ ذلك أم لا؟ من أصحابنا من قال: يصحّ[١] ومنهم من قال: لا يصحّ[٢]. وبهذين القولين قال المخالفون[٣].

فمن قال: يصحّ، إذا انقرضوا صرف إلى وجوه البرّ والصدقة؛ لأنّ الاعتبار بصحّة الوقف أوّله، فإذا صحّ في أوّله ووجدت شرائطه لا يضرّه بعد ذلك انقراض الموقوف عليه. ومن قال: لا يصحّ، قال: لأنّ من شرط صحّته أن يتأبّد، وإذا علّقه بما ينقرض فلم يوجد شرطه فلم يصحّ. ومتى قيل: لا يصحّ الوقف

---

(١) الشيخ المفيد في المقنعة: ٦٥٥.
(٢) ابن حمزة في الوسيلة: ٣٧٠.
(٣) راجع الحاوي الكبير ٧: ٥٢٨.

فلا كلام. ومن قال: يصحّ، قال: إذا انقرض الموقوف عليه لم يرجع الوقف إلى الواقف إن كان حيّاً، ولا إلى ورثته إن كان ميّتاً.[١] وقال قوم: يرجع إليه إن كان حيّاً وإلى ورثته إن كان ميّتاً[٢]. وبه يشهد روايات أصحابنا[٣] ولأنّ رجوعه إلى أبواب البرّ يحتاج إلى دليل.

ومن قال: يرجع إلى أبواب البرّ والصدقة، قال: هو إلى أقرب الناس إليه؛ لأنّهم أولى ببرّه وصدقته من غيرهم.

وهل يعتبر الفقر مع القربى أم لا؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: يعتبر الفقر مع القربى[٤]. والآخر: يصرف إلى الفقراء والأغنياء؛ لأنّ الوقف يصحّ عليهم أجمع، وليس من شرطه الفقر[٥]. ومن راعى الفقر فقط قال: يستوي فيه الذكر والأُنثى، ويقدّم الأولاد؛ لأنّهم أقرب، ثمّ الآباء والأُمّهات، فإن كان هناك أب وأُمّ تساويا، وإن كان أبو أُمّ وأبو أب تساويا. وإن كان جدّ وأخ ففيه قولان، أحدهما: سواء[٦] والثاني: أنّ الأخ يقدّم[٧]. والأوّل أولى.

وإذا اعتبر الفقر مع القرب، فإن كان أقربهم غنيّاً فلا اعتبار به، وكأنّه معدوم والاعتبار بمن دونه من الفقراء من أقاربه. فإن افتقر بعد ذلك وقد حصلت علّة الوقف قدّم على غيره؛ لأنّ الشرط قد وجد وهو الفقر.

وعلى هذا إذا وقف على من لا يصحّ عليه الوقف ثمّ على من يصحّ عليه، مثل أن يقف على عبده فإنانقرض فعلى أولاده وهم موجودون، فإن انقرضوا فعلى الفقراء والمساكين، أو وقف على عبده ثمّ على الفقراء والمساكين بعده، أو وقف

(١ و٢) انظر الحاوي الكبير ٧: ٥٢٨، والمقنعة: ٦٥٥.

(٣) لم نعثر عليها في خصوص الوقف، نعم وردت في السكنى والعمرى، انظر الكافي: ٧: ٢٢/٣٣، والفقيه ٤: ٥٥٩٨/٢٥٣ و٥٥٩٩.

(٤ و٥) انظر المغني لابن قدامة ٦: ٢١٦، والشرح الكبير ٦: ٢٠٤.

(٦ و٧) ذكر القولين الماوردي في الحاوي الكبير ٧: ٥٢٩ من دون أن يسمّي قائلهما.

على حمل، أو على وارث والواقف مريض مرضاً مخوفاً، أو وقف على مجهول، مثل أن يقول: «وقفته على رجل، أو على قوم» أو وقف على معدوم، مثل أن يقف على أولاده وليس له أولاد، وما أشبه ذلك، فالّذي يقتضيه مذهبنا أنّه لا يصحّ الوقف؛ لأنّه لا دليل عليه.

وفي الناس من قال: يصحّ بناءً على تفريق الصفقة[١] فإذا قال: لا يصحّ تفريق الصفقة، بطل الوقف في الجميع وبقى الوقف على ملك الواقف لم يزل عنه[٢]. ومن قال: يصحّ تفريق الصفقة، أبطل في حقّ من لا يصحّ الوقف عليه وصحّحه في حقّ الباقين[٣].

وهذا قويّ يجوز أن يعتمد عليه؛ لأنّا نقول بتفريق الصفقة. فإذا قال بهذا فهل تصرف منفعة الوقف إلى من صحّ في حقّهم في الحال أم لا؟ ينظر، فإن كان الّذي بطل الوقف في حقّه لا يمكن الوقف على بقائه واعتبار انقراضه، مثل أن يقف على مجهول أو معدوم؛ لأنّه لا يدري كم بقاء ذلك المجهول والمَعدوم، فإنّ منفعة الوقف ينصرف إلى من صحّ في حقّهم في الحال، ويكون أُولئك بمنزلة المعدوم الّذي لم يذكر في الوقف.

فأمّا إذا كان الموقوف عليه أوّلاً يمكن اعتبار انقراضه مثل العبد، فهل تصرف منفعة الوقف إلى من صحّ في حقّهم في الحال؟ منهم من قال: تصرف إليهم في الحال؛ لأنّه لا يستحقّ غيرهم[٤]. وهو الصحيح. ومنهم من قال: لا تصرف إليهم في الحال، لأنّه إنّما جعل منفعة الوقف لهم بشرط انقراض من قبلهم[٥] والشرط لم يوجد فلم يجز صرفه إليهم قبل وجود الشرط، فتصرف إلى الفقراء والمساكين

(١ و٢) مالك والشافعي وأبو يوسف واحمد قائلون بصحّته، وقال محمّد بن الحسن: لا يصحّ، انظر المجموع ١٥: ٣٢٧.

(٣) كمالك والشافعي ومن معهما، راجع المصدر السابق.

(٤) راجع الحاوي الكبير ٧: ٥٢٣.

(٥) راجع الحاوي الكبير ٧: ٥٢٣.

مدّة بقاء الموقوف عليه أوّلاً، ثمّ إذا انقرض رجعت إليهم. ويبدأ بفقراء أقاربه؛ لأنّهم أولى بصدقته كما قلنا: إذا علّق الوقف على ما ينقرض في العادة ثمّ انقرض إنّه يصرف إلى فقراء أقاربه.

إذا وقف مطلقاً ولم يذكر الموقوف عليه، مثل أن يقول: «وقفت هذه الدار» أو «هذه الضيعة» ثمّ سكت فلا يبيّن على من وقفها عليه، فإنّه لا يصحّ الوقف. وفيهم من قال: يصحّ ويصرف إلى الفقراء والمساكين، ويبدأ بأقاربه المحتاجين إليه؛ لأنّهم أولى بصدقته[١]. والأوّل أقوى لأنّه لا دليل على صحّة هذا الوقف.

إذا وقف وقفاً وشرط أن يصرف في سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير، صرف ثُلثه إلى الغزاة والحجّ والعمرة ـ على ما مضى من الخلاف[٢] ـ وثلثه إلى الفقراء والمساكين، ويبدأ بأقاربه وهو سبيل الثواب، وثلثه إلى خمسة أصناف من الّذين ذكرهم‌الله في آية الصدقة[٣] وهم‌الفقراء والمساكين وابن السبيل والغارمون الّذين استدانوا لمصلحة أنفسهم والرقاب وهم المكاتبون، فهؤلاء سبيل الخير.

ولو قيل: إنّ هذه الثلاثة أصناف متداخلة لكان قويّاً؛ لأنّ سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير يشترك الجميع فيه.

يجوز الوقف على الذمّي إذا كانوا أقاربه، وكذلك تجوز الوصيّة له. فإذا لم يكونوا أقاربه لم يجز ذلك، وفي الناس من قال: يجوز ذلك مطلقاً[٤].

فأمّا وقف المسلم على البيعة والكنيسة فلا يصحّ، ويكون باطلاً بلا خلاف؛ لأنّها مدارس الكفر ومَشْتم الأنبياء والمسلمين، فالوقف عليها وقف على‌معصية فلم يجز. فإن وقف على من ينزلها من مارّة المسلمين وأهل الذمّة جاز.

---

(١) حكاه الماوردي عن ابن سريج، انظر الحاوي الكبير ٧: ٥٢٠.

(٢) راجع ج ١ ص ٣٤٥ أصناف المستحقّين للزكاة، لكن لم يذكر فيه خلافاً.

(٣) التوبة: ٦٠.

(٤) هو الشافعي كما ورد في المجموع ١٥: ٣٢٦، والحاوي الكبير ٧: ٥٢٥، ومغني المحتاج ٢: ٣٧٩.

وإن وقف على كَتْبِ التوراة لا يجوز؛ لأنّه مبدّل مغيّر، لا لأنّه منسوخ؛ لأنّ نسخها لا يذهب بحرمتها، كما أنّ في القرآن آياتٍ منسوخة ولم تذهب حرمتها، وهذا لا خلاف فيه، ويجب أن يقال في حفظه وتلاوته: إنّه لا يجوز الوقف عليه لتخالف ما نسخ من القرآن.

إذا كان له مولى من فوق ـ وهو مولى نِعمته ـ فأطلق الوقف على المولى رجع إليه، [و إن كان له مولى من أسفل ـ وهو مولى عتاقه ـ ولم يكن له مولى من فوق فأطلق الوقف على المولى رجع إليه][1] وإن كان له مولى من فوق ومن أسفلَ فأطلق الوقف نظر، فإن كان هناك أمارة تدلّ عن أنّه أراد أحدهما انصرف إليه، وإن لم يكن انصرف إليهما.

وفيهم من قال: يرجع إلى المولى من فوق؛ لأنّ حقّهم آكد، بدلالة أنّهم يرثون[2]. وفيهم من قال: يبطل الوقف؛ لأنّه مجهول[3].

والأوّل أصحّ؛ لأنّ الاسم تناولهما.

يعتبر في الوقف وفي صرف ما يرتفع من غلّاته شروط الواقف وترتيبه، فإن قدّم قوماً على قوم وجعل لقوم أكثر ممّا جعل للآخرين، أو جعل ذلك لأهل الفقر والحاجة دون الغنى، أو للإناث دون الذكور، أو للإناث على صفة ـ وهو ما لم تتزوّج، فإذا تزوّجت لم يكن لها فيه حقّ، فإذا طلّقت عاد حقّها ـ أو جعل ذلك لمن أقام في ذلك البلد أو تلك الدار دون من خرج ومن خرج منهم من ذلك البلد انقطع حقّه فإذا عاد رجع حقّه، أو جعل ذلك لمن هو يصفه على مذهب دون مذهب وما أشبه ذلك، كان الأمر على ما رتّب وعلى ما شرط، لا يخالف في شيء

---

(١) ما بين المعقوفتين لم يرد في ط.

(٢ و٣) نقلهما وجعلهما من الوجوه الثلاثة المحتملة للشافعيّة، انظر المجموع ١٥: ٣٥٥، والوجيز ١: ٢٤٧.

من ذلك بلا خلاف؛ لأنّ استحقاق ذلك من جهته، فهو على ما يشرطه. وتعليق الوقف بشرائط في الترتيب جائز. ولا يجوز ذلك في الوقف نفسه؛ لأنّه إذا قال: «إذا جاء رأس الشهر فقد وقفت هذه الدار» فلا يصحّ بلا خلاف.

إذا قال: «وقفت هذا على أولادي وأولاد أولادي وأولاد أولاد أولادي، فإن انقرضوا فعلى الفقراء والمساكين» كان البطون الثلاثة يشتركون في ارتفاع الوقف؛ لأنّه وقف عليهم وعطف بعضهم على بعض بالواو وهي تقتضي الاشتراك؛ لأنّها تقتضي الجمع، ويستوي فيه الذكور والإناث والفقراء والأغنياء؛ لأنّ اسم الأولاد يتناولهم، ويدخل في ذلك أولاد البنات ذكرهم وأنثاهم، كما يدخل فيه أولاد البنين ذكرهم وأُنثاهم. وفي الناس من قال: أولاد البنات لا يدخلون فيه[1] والأوّل أصحّ؛ لأنّ الاسم يتناولهم.

فإذا ثبت ذلك وقال: «وقفت هذا على أولادي، وأولاد أولادي، وأولاد أولاد أولادي من انتسب منهم إليّ» كان ذلك وقفاً على من ينتسب إليه من أولاد بنيه، ولا يدخل فيه أولاد البنات؛ لأنّهم لا ينتسبون إليه وإنّما ينتسبون إلى قوم آخرين.

فإن قال: «وقفت على أولادي» أو «على ولدي، فإن انقرضوا فعلى الفقراء والمساكين» كان ذلك وقفاً على أولاد صلبه دون أولاد أولاده؛ لأنّ ولد الولد إن كان ولداً فمن طريق المجاز؛ ألا ترى أنّه يصحّ أن يقول: هذا ليس بولدي، وإنّما هو ولد ولدي. وهو كما يسمّى الجدّ أباً، وذلك من طريق المجاز.

فإن قال: «وقفته على أولادي وأولاد أولادي» دخل فيه البطن الأوّل والثاني، ولم يدخل فيه البطن الثالث؛ لأنّه لا يقع عليه اسم «ولد الولد» حقيقة. وفي أصحابنا من قال: إذا قال: «وقفته على ولدي» دخل فيه ولد الولد من جهة البنين والبنات، البطن الثاني والثالث وما زاد عليه[2]. والأوّل أقوى.

---

(١) القائل به أحمد كما في المغني لابن قدامة ٦: ١٩٨، والشرح الكبير ٦: ٢١٥، ونسب في الحاوي الكبير ٧: ٥٢٨ إلى مالك أيضاً.

(٢) هو ظاهر كلام المفيد في المقنعة: ٦٥٣.

إذا قال: «وقفت هذا على أولادي، ثمّ على أولاد أولادي، ثمّ على أولاد أولاد أولادي، ثمّ على الفقراء والمساكين» فقد شرط فيه الترتيب، فيقدّم البطن الأوّل، ولا يشاركهم الثاني في ارتفاع الوقف، فإذا انقرضوا كان للبطن الثاني، ولا يشاركهم الثالث حتّى ينقرضوا، وعلى هذا؛ لأنّ «ثمّ» للترتيب وتقديم البعض على البعض.

وكذلك إذا قال: «وقفت هذا على أولادي، فإذا انقرضوا فعلى أولاد أولادي، فإذا انقرضوا فعلى أولاد أولاد أولادي، فإذا انقرضوا فعلى الفقراء والمساكين» فقد شرط الترتيب أيضاً؛ لأنّه شرط في الوقف على البطن الثاني انقراض البطن الأوّل، فيكون على ما ذكرناه.

وكذلك إن قال: «وقفت هذا على أولادي، وأولاد أولادي، وأولاد أولاد أولادي الأعلى فالأعلى» أو قال: «البطن الأوّل، ثمّ الثاني، ثمّ الثالث» فإنّ ذلك على الترتيب.

وإن قال: «وقفت هذا على أولادي، ثمّ على أولاد أولادي، وأولاد أولاد أولادي» فقد رتّب البعض، فيقدّم البطن الأوّل ولا يشاركهم أحد من البطن الثاني والثالث، فإن انقرضوا اشترك فيه البطن الثاني والثالث؛ لأنّه جمع بينهما وتساويا واشتركا.

إذا قال: «وقفت هذا على أولادي، وأولاد أولادي، وأولاد أولاد أولادي ما تناسلوا فإن انقرضوا فعلى أقرب الناس إليّ» فإنّ الوقف على أولاده ما تناسلوا، فإذا انقرضوا فأقرب الناس إليه بعد البنين الآباء والأُمّهات. فإن كان أبوه حيّاً صرف إليه، وكذلك إن كانت أُمّه حيّة صرف إليها، وإن كانا حيّين فإليهما. وإن كان جدّ وأُمّ فالأُمّ أقرب يصرف إليها، وأبو الأُمّ وأبو الأب سواء؛ لأنّهما في درجة واحدة في الولادة.

وعلى هذا إذا اجتمع أخ وجدّ فهو بينهما، وإن اجتمع إخوة متفرّقون كان الأخ

من الأب والأُمّ أولى من غيره؛ لأنّ الانفراد بقرابة تجري مجرى التقدّم بدرجة، فتكون الإخوة من الأب [و الإخوة من الأُمّ][1] بمنزلة بني الإخوة [متفرّقون كالأخ من الأب والأُمّ][2] فلهذا كان أولى بالميراث.

فإن اجتمع أخ من أب وابن أخ من أب وأُمّ، قدّم الأخ من الأب؛ لأنّ التقدّم حصل من جنبته، وحصل في جنبة ابن الأخ انفراد بقرابة هو بمنزلة التقدّم، وهذا كما نقول: في «الولاء بمنزلة النسب» فإذا اجتمعا قدّم النسب عليه.

والخال والخالة في القربى سواء، وكذلك العمّ والعمّة، والخال والعمّة كلّهم سواء؛ لأنّ الاعتبار بالدرجات وهم فيها سواء، ولا اعتبار بالميراث عند المخالف[3]. وعندنا أنّ الميراث يجري على هذا المنهاج، فسوّينا بين الميراث وبين هذه المسائل.

إذا كان له ثلاثة أولاد وله أولاد أولاد، فقال: «وقفت هذا على أولادي، ثمّ على أولاد أولادي» فإنّ أولاده يتقدّمون، فيكون لهم ارتفاع الوقف، فإن انقرضوا صار لأولاد أولاده. وإن مات أحدهم صرف حصّته إلى الآخرين ولا يصرف إلى أولاد أولاده؛ لأنّه شرط انقراض أولاده، وبعدُ ما انقرضوا.

وفي الناس من قال: إنّ اللفظ أفاد أنّ حصّة الميّت منهم تصرف إلى الآخرين[4]. ومنهم من قال: لا نستفيد ذلك باللفظة، وإنّما نستفيده بالاشتراك؛ لأنّه لا يمكن أن يجعل لأولاد أولاده؛ لأنّ الشرط ما وجد وهو الانقراض، وليس هناك من هو أولى منهما فصرف إليهما حصّته[5].

هذا إذا أطلق. فأمّا إذا صرّح فقال: «فمن مات من أولادي فحصّته تصرف

(١ و٢) بين المعقوفتين لم يردا في خ.

(٣) هذا أحد الوجوه الثلاثة الّتي نقلها الماوردي في الحاوي الكبير ٧: ٥٢٧.

(٤ و٥) انظر المغني لابن قدامة ٦: ٢٠٠ ـ ٢٠٢، والشرح الكبير ٦: ٢١٧ ـ ٢١٩.

إلى الباقين منهم» فإنّه تصرف إليهم حصّة الميّت منهم؛ لأنّه صرّح بذلك. وإن قال: «فمن مات من أولادي فحصّته لابنه» كانت حصّته لابنه على حسب ما شرط.

إذا قال: «وقفت هذا على أولادي، فإن انقرضوا و[١]انقرض أولاد أولادي فهو على الفقراء والمساكين» فقد صرّح بالوقف على أولاده أوّلاً، وعلى الفقراء والمساكين أخيراً، وأطلق أولاد أولاده، فمن الناس من قال: لا يكون لهم من الوقف شيء؛ لأنّه لم يقف عليهم وإنّما شرط انقراضهم في الوقف على الفقراء والمساكين[٢] فعلى هذا إن انقرض أولاده وبقي أولاد أولاده صرف ارتفاعه إلى أقرب الناس إليه إلى أن ينقرضوا، فإن انقرضوا صرف إلى الفقراء والمساكين.

ومنهم من قال: يكون وقفاً على أولاد أولاده بعد انقراض أولاده؛ لأنّه شرط انقراضهم، وذلك بظاهره يقتضي أنّه وقف عليهم، فهو كما لو صرّح به، فعلى هذا يصرف إليهم بعد الأولاد، فإذا انقرضوا صرف إلى المساكين[٣]. وهذا أقوى.

إذا وقف في مرضه المخوف ـ وكذلك صدقة التمليك والهبة والوصيّة ـ لأصحابنا فيه روايتان: إحداهما: أنّ ذلك من الثلث[٤] وهو مذهب المخالفين. والأُخرى: أنّ ذلك منجّز في الحال[٥].

فإذا ثبت الأوّل فإن كان الموقوف عليه وارثاً عندنا لزم من الثلث على كلّ حال، وعند المخالف لا يلزم شيء حتّى يجيزه باقي الورثة؛ لقولهم: «إنّه لا وصيّة لوارث». وإن كان على أجنبيّ وخرج من الثلث لزم الوقف. وإن كان لا يخرج من ثلثه، فإن أجازت الورثة ما زاد على الثلث لزم في الجميع، وإن لم تجز ذلك لزم في قدر الثلث وبطل فيما زاد عليه.

---

(١) خ: أو. (٢) لم نعثر على قائله. (٣) المجموع ١٥: ٣٤٩.

(٤) الكافي ٧: ٦/٨ و١٠، والتهذيب ٩: ٨٠٣/٢٠١.

٥)الكافي ٧: ١/٧ ـ ٣، و٥/٨ و٨ و٩. وصاحب الوسائل بعد أن نقل الروايتين قال: وجه الجمع حمل أحاديث الثُلُث على التقيّة لموافقتها لمذهب أكثر العامّة.

وأمّا إذا وقف في مرضه ووهب وأقبض وأعتق وباع وحابى ومات، فإن كان الثلث يفي بالجميع نفذ ذلك كلّه، وإن كان لا يفي بالجميع قدّم الأوّل فالأوّل، وسواء في تمليك العتق وغير العتق الباب واحد، على ما ذكرناه من الخلاف.

فأمّا إذا كانت العطايا مؤخّرة ـ مثل أن يوصي بوقف أو عتق أو بيع بمحاباة وما أشبه ذلك ـ فإن وفى الثلث بالجميع فذاك، وإن لم يف بالجميع، فإن لم يكن في جملتها عتق قُسّم الثلث عليها بالحصص، ولا يقدّم بعضها على بعض؛ لأنّها كلّها تنجّزت في وقت واحد، وهو وقت الموت.

هذا عند المخالف. وعندنا أنّه يقدّم الأوّل فالأوّل، مثل الأوّل سواء.

وإن كان في جملتها عتق، قيل: فيه قولان، أحدهما: يقدّم العتق لمزيّته وغلبته[١]. والثاني لا يقدّم ويكون كواحد منها فيقسّم الثلث بالحصص[٢]. وعندنا أنّ كون العتق فيها لا يغيّرها، يقدّم الأوّل فالأوّل، فإن لم يعلم ذلك قُسّم عليها بالحصص.

إذا قال: «هذا وقف على فلان سنة» لا يصحّ الوقف، وقال قوم: يصحّ؛ لأنّ القصد به الصدقة والصرف إلى وجه البرّ[٣] فإذا مضت السنة صرف إلى الفقراء والمساكين ويبدأ بقراباته؛ لأنّهم أولى الناس بصدقته.

إذا قال: «إذا جاء رأس الشهر فقد وقفت هذه الدار على فلان» لم يصحّ الوقف بلاخلاف؛ لأنّه مثل البيع والهبة، وعندنا مثل العتق أيضاً.

إذا وقف على بني تميم أو على بني هاشم صحّ الوقف، وإن كانوا غير محصورين مثل الفقراء والمساكين. وفي الناس من قال: لا يصحّ؛ لأنّهم غير محصين فهو مجهول[٤].

---

(١) هو المنقول عن ابن شهاب ويحيى بن سعيد وشريح وربيعة، كما في المدوّنة الكبرى ٦: ٤٣.

(٢) هو ما روي عن مالك على قول، كما في المدوّنة الكبرى ٦: ٤٢.

(٣) هذا أحد القولين للشافعيّة كما في المجموع ١٥: ٣٣٤.

(٤) هو أحد قولي الشافعي كما في المغني لابن قدامة ٦: ٢٣٤، والشرح الكبير ٦: ٢٣٨.

لا يصحّ أن يقف على نفسه على جهة الخصوص، وفيه خلاف مع أبي يوسف وجماعة[١] فأمّا إذا وقف وقفاً عامّاً، مثل أن يوقفه على المسلمين جاز له الانتفاع به بلا خلاف، لأنّه يعود إلى أصل الإباحة فيكون هو وغيره سواء [فإن أنفذ الحاكم وحكم بصحّته لم ينفذ حكمه وعند قوم أنّه ينفذ حكمه][٢].

إذا وقف وقفاً وشرط فيه أن يبيعه أيّ وقت شاء كان الوقف باطلاً؛ لأنّه خلاف مقتضاه؛ لأنّ الوقف لا يباع. وإن شرط أن يُخْرج من شاء منهم ويدخل في ذلك من شاء وأن يفضّل بعضهم على بعض إن شاء أو يسوّي بينهم إن شاء، كان ذلك كلّه باطلاً؛ لأنّه شرط لنفسه التصرّف فيما هو ملك لغيره، هذا بلا خلاف. وقد روى أصحابنا: أنّه يجوز أن يدخل فيهم غيرهم[٣]. وأمّا الإخراج والنقل فلا خلاف فيه عندنا أيضاً.

إذا بنى مسجداً وأذن لقوم فصلّوا فيه، أو بنى مقبرة فأذن لقوم فدفنوا فيه لم يزل ملكه حتّى يقفه لفظاً على ما بيّنّاه فيما مضى[٤]. وقال قوم: يزول ملكه إذا أذن وصلّوا فيه، ودفنوا في المقبرة[٥]. والأوّل أصحّ؛ لأنّه لا دليل على زوال ملكه والأصل بقاؤه.

إذا وقف مسجداً وخرب وخربت المحلّة أو القرية لم يعُد ملكه. وقال محمّد ابن الحسن: يعود المسجد إلى ملكه[٦]. والأوّل أصحّ؛ لأنّه ثبت زوال ملكه وعوده

---

(١) حكي جواز الوقف على نفسه عن ابن شبرمة والزبيري وأبي يوسف وعدم الجواز عن الشافعي ومحمّد بن الحسن، راجع المجموع ١٥: ٣٣٠. والمبسوط للسرخسي ١٢: ٤١ و٤٦، والحاوي الكبير ٧: ٥٢٥.

(٢) المناسب ذكر مابين المعقوفتين قبل قوله: «فأمّا إذا وقف وقفاً عامّاً...» راجع الخلاف ٣: ٥٥٠.

(٣) التهذيب ٩: ١٣٦/٥٧٤، الكافي ٧: ٩/٣١، قرب الإسناد ١١٩.

(٤) مضى في الصفحة ١٠٤.

(٥) هو مذهب أبي حنيفة ومن تبعه، كما في المبسوط للسرخسي ١٢: ٣٤، واللباب ٢: ١٣٥ـ١٣٦.

(٦) كما في المبسوط للسرخسي ١٢: ٤٢، والمجموع ١٥: ٣٦٢، والمغني ٦: ٢٥١.

يحتاج إلى دليل. وإذا ذهب السيل بالميّت، أو أكله السبع عاد الكفن إلى ملك الورثة، غير أنّ المورّث أحقّ به، فعلى هذا لا نسلّم أنّه يدخل في ملكهم باستغناء الميّت عنه؛ لأنّه كان في ملكهم قبل ذلك.

ومنهم من قال: الكفن لستر الميّت، فإذا ذهب السيل بالميّت أو أكله السبع زال المعنى ولا يرجى عوده[١] وليس كذلك المسجد؛ لأنّه إنّما وقف للصلاة، وذلك المعنى حاصل؛ لأنّ المارّة يصلّون فيه ويرجى عمارة القرية كما كانت.

فأمّا إذا وقف داراً على قوم ثمّ انهدمت الدار، لم يكن للموقوف عليهم بيع العرصة. وقال أحمد: لهم بيع العرصة؛ لأنّهم لا يتوصّلون إلى الانتفاع بها إلّا على ذلك الوجه[٢]. وقد بيّنّا مذهبنا: أنّه يجوز بيع الوقف إذا خيف خرابه وبطلانه، أو خيف خلف بين الأرباب[٣].

إذا انقطعت نخلة من أرض الوقف أو انكسرت جاز بيعها لأرباب الوقف؛ لأنّه تعذّر الانتفاع بها على الوجه الّذي شرطه، وهو أخذ ثمرتها. وقيل: لا يجوز؛ لأنّه لا يجوز بيعه قبل الاختلال، فكذلك بعده[٤]. والأوّل أقوى.

إذا وقف على بطون فأكرى البطن الأوّل عشر سنين وانقرضوا لخمس سنين فإنّه تبطل الإجارة؛ لأنّ الموت يبطلها على ما بيّنّاه[٥] ومن قال: الموت لا يبطلها[٦] قال: هاهنا لا يبطل. وربّما قال: يبطل هاهنا؛ لأنّ البطن الثاني يأخذ عن الواقف لا عن البطن الأوّل، فقد بيّنّا أنّهم تصرّفوا في حقّ الغير وكان باطلاً.

---

(١) راجع المجموع ١٥: ٣٦٠.

(٢) كما نقله عنه في المغني ٦: ٢٢٥، والشرح الكبير ٦: ٢٤٢. والمجموع ١٥: ٣٦٢.

(٣) راجع ص ١٠٦.

(٤) القائل به الشافعي في أحد قوليه، كما في المجموع ١٥: ٣٤٧، والسراج الوهّاج: ٣٠٦، ومغني المحتاج ٢: ٣٩٢.

(٥) راجع كتاب الإجارة: ٢٦

(٦) تقدّم ذكر القائلين بالبطلان وعدمه من العامّة في كتاب الإجارة: ٢٦.

فإذا ثبت هذا، فمن قال: لا تبطل، فللبطن الأوّل ما قابل مدّتهم، وللبطن الثاني ما قابل مدّتهم من الأُجرة، فإن كان القدر الّذي يخصّ البطن الثاني على المستأجر أخذوه منه، وإن كان البطن الأوّل أخذوه رجعوا عليهم في تركتهم به. ومن قال: يبطل[١] فهل يبطل في الباقي؟ قيل: فيه قولان مثل تفريق الصفقة، أصحّهما أنّه لا يبطل في الجميع، والثاني يبطل[٢].

فمن قال: يبطل في الجميع، كان للبطن الأوّل أُجرة المثل لمدّتهم، وكان البطن الثاني بالخيار فيما بقي من المدّة، فإن شاؤا أكروه إيّاه وإن شاؤا أكروه من غيره. ومن قال: لا يبطل ـ وهو الصحيح ـ فللبطن الأوّل ما قابل ذلك من المسمّى، والبطن الثاني بالخيار في حقّهم على ما مضى.

إذا وقف على قوم وجعل النظر في الوقف إلى نفسه كان النظر إليه،فإن جعله إلى غيره كان النظر إلى من جعله إليه. وإن أطلق ذلك قيل: فيه وجهان بناءً على انتقال الملك. فمن قال: ينتقل الملك إلى الله، فالنظر إلى الحاكم في الوقف. ومن قال: ينتقل إلى الموقوف عليهم، فالنظر إليهم[٣].

إذا وقف شاة كان صوفها ولبنها من منافعها، وهي للموقوف عليه.

الناس في الصدقة على ثلاثة أضرب:

النبيّ صلى الله عليه وآله وأهل بيته عليهم السلام وسائر الناس. فأمّا النبيّ صلى الله عليه وآله فالصدقة المفروضة محرّمة عليه، وكذلك أهل بيته؛ لقوله عليه السلام: «إنّا أهل بيتٍ[٤] لا تحلّ لنا الصدقة»[٥].

---

(١) تقدّم ذكر القائلين بالبطلان وعدمه من العامّة في كتاب الإجارة: ٢٦.

(٢) العبارة في بعض النسخ هكذا: ومن قال: يبطل، فهل يبطل في الجميع أم لا؟ فيه قولان: أحدهما: يبطل، والثاني: لا يبطل.

(٣) نقل ابن قدامة الوجهين في المغني ٦: ٢٤٢، وبعد أن اختار الثاني نفسه، نسب الأوّل إلى ابن أبي موسى، راجع المجموع ١٥: ٣٦١ أيضاً.

(٤) ط: أهل البيت.

(٥) عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢: ٣٢/٢٩. وصحيفة الرضا عليه السلام: ٢٦/٩٣.

وروي أنّه عليه السلام رأى تمرة ملقاة فقال: لولا أنّي أخشى أن تكوني من تمر الصدقة لأكلتك[١]. وقال عليه السلام لفضل بن عبّاس لمّا طلب العَمالَةَ على الصدقات: أمّا في خمس الخمس ما يغنيكم عن أوساخ الناس؟[٢].

وأمّا صدقة التطوّع: فإنّ النبيّ صلى الله عليه وآله ما كان يقبلها؛ لأنّه ردّ صدقة سلمان، فلمّا حمل فيما بعدُ وقال: هذا هديّة قبلها [وأكلها][٣]. وأكل من لحم من تصدّق على بريرة وقال: هو لها صدقة ولنا هديّة[٤].

وهل كان للتحريم أو الاستحباب؟ قيل: فيه قولان[٥] أصحّهما أنّه على وجه الاستحباب.

فأمّا أهل بيته: فالصدقة المفروضة محرّمة عليهم من غيرهم عندنا، ولا يحرم من بعضهم على بعض، والفقهاء يطلقون ذلك.

وأمّا صدقة التطوّع: فلا تحرم عليهم من غيرهم عندنا وعندهم. روي أنّ الحسن عليه السلام أخذ تمرة من الصدقة المفروضة فأكلها، فقال النبيّ صلى الله عليه وآله: كَخِ كَخِ؛ يعني ارمِ بها[٦].

وأمّا التطوّع: فحلال لهم بلا خلاف، روي أنّ جعفر بن محمّد عليهما السلام كان يشرب من السقايات الّتي بين مكّة والمدينة فقيل له في ذلك؟ فقال: إنّما حرّمت علينا الصدقة المفروضة[٧].

فإذا ثبت هذا، فالمعنيّ بأهل بيته: بنو هاشم خاصّة، وهم ولد أبي طالب والعبّاس وأبي لهب. وليس لهاشم عقب إلّا من هؤلاء، وأضاف قوم من المخالفين

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ١٩٥.
(٢) راجع الحاوي الكبير ٧: ٥١٧.
(٣) لم يرد في خ، راجع السنن الكبرى ٥: ٣٢٧، وج ٦: ١٨٥.
(٤) الكافي ٥: ١/٤٨٥.
(٥) احكام القرآن ـ للجصّاص ـ ٣: ١٣٢، المجموع ٦: ٢٣٩ ـ ٢٤٠.
(٦) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٢٩.
(٧) التهذيب ٤: ١٦٥/٦١، والكافي ٤: ٣/٥٩، والسنن الكبرى ٦: ١٨٣.

بني عبد المطّلب وجميع ولد عبد مناف، وهم أربعة: هاشم، والمطّلب، ونوفل، وعبد شمس[١] وكذلك قولهم في سهم ذي القربى. والصحيح الأوّل؛ لإجماع الفرقة على ذلك.

فأمّا آل الرسول الّذين نذكرهم في التشهّد، فقد قيل: بنو هاشم وبنو عبدالمطّلب[٢]. وقيل: هم المؤمنون كلّهم[٣]. وآل الرجل أتباعه وأشياعه وأنصاره قال الله تعالى: ﴿أدخلوا آل فرعون أشدّ الْعذاب﴾[٤]. وعندنا: أنّ آل النبيّ صلى الله عليه وآله هم أهل بيته خاصّة الّذين هم ولده، الّذين أذهب الله عنهم الرجس وطهّرهم تطهيراً.

---

(١) والذي ورد في الأُمّ للشافعي ٢: ٨١، ومختصر المزني: ١٣٣، والمجموع ٦: ٢٢٧: أنّهم أولاد هاشم، والمطّلب، من دون ذكر نوفل وعبد شمس من ولد عبد مناف.

(٢) المجموع ٣: ٤٦٦، فتح العزيز ٣: ٥٠٨، نيل الأوطار ٢: ٣٢٧.

(٣) سنن البيهقي ٢: ١٥١، المجموع ٣: ٤٦٦، المغني ١: ٦١٧، الشرح الكبير ١: ٦١٦.

(٤) غافر: ٤٦.

كتاب الهبات

كتاب الهبات

الهبة جائزة، لكتاب الله تعالى وسنّة نبيّه وإجماع الأُمّة. **فالكتاب** قوله تعالى: ﴿تعاونوا على البرّ والتقوى﴾[1]. والهبة من البرّ، وقوله تعالى: ﴿ليس البرّ أن تولّوا وجوهكم﴾ إلى قوله: ﴿وآتى المال على حبّه ذوي القربى واليتامى والمساكين﴾[2].

والسنّة: ما رواه محمّد بن المنكدر عن جابر: أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله قال: كلّ معروف مرغّب فيه[3].

وروى أبو هريرة: أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله قال: لو أُهدي إليّ ذراع لقبلت، ولو دعيت إلى كراع لأجبت[4].

وروى أبو قتادة عن أنس: أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله كان يأمر بالهديّة صلة بين الناس[5].

وروى عبد الله بن عبّاس أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله قال: تدرون أيّ الصدقة خير؟ قلنا: الله ورسوله أعلم؛ قال: خير الصدقة المِنْحة[6].

والمِنْحة: أن يمنح الرجل أخاه الدراهم، أو يمنحه ظهر الدابّة، أو يمنحه لبن الشاة.

---

(١) المائدة: ٢. (٢) البقرة: ١٧٧.

(٣) لم نجد الحديث بعينه في المجاميع الروائية، ولكن الموجود في صحيح البخاري ٨: كتاب الأدب، ب٢٣: «كلّ معروف صدقة». (٤) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ١٦٩.

(٥) المعجم الكبير للطبراني ١: ٢٦٠/٧٥٧.

(٦) مسند أبي يعلى ٩: ٥٦/٥١٢١، وأحكام القرآن للجصّاص ١: ٥٦٨.

وروت عايشة: أنّ النبيّ ﷺ كان يقبل الهديّة ولا يقبل الصدقة[١].

وروى أبو هريرة: أنّ النبيّ ﷺ كان يأكل الهديّة ولا يأكل الصدقة[٢].

وأمّا الإجماع: فقد اجتمعت الأُمّة على جواز الهبة واستحبابها.

إذا تقرّر هذا فالهبة والصدقة والهديّة بمعنى واحد، ولهذا نقول: إذا حلف لا يهب هبة فتصدّق على مسكين بقطعة أنّه يحنث، غير أنّه إذا قصد الثواب والتقرّب بالهبة إلى الله ـ عزّ وجلّ ـ سُمّيت صدقة، وإذا قصد به التودّد والمواصلة سمّيت هديّة.

إذا ثبت هذا، فإنّه لا يلزم شيء منها إلّا بالقبض، وكذلك الرهن لا يلزم إلّا بالقبض، وكذلك العارية، فله أن يرجع فيها ويسترجع العارية.

وكذلك إذا كان له دين حالّ فأجّله فيه كان ذلك هبة، فلا يلزم التأجيل إلّا بمضيّه، فأمّا ما لم يمض فهو تطوّع غير لازم، وله أن يرجع عنه ويطالبه بالردّ في الحال. و قال قوم: يلزم ذلك كلّه بنفس العقد، ولا يفتقر إلى القبض[٣] ويتأجّل[٤] الحقّ بالتأجيل ويلزم الأجل. والأوّل أصحّ؛ لأنّ ما ذكرناه مجمع على لزومه، وما ذكروه ليس عليه دليل.

فإذا ثبت أنّ الهبة لا تلزم إلّا بالقبض، فإذا وهب شيئاً هبة صحيحة ثمّ إنّه باعها فإن كان قبل الإقباض صحّ البيع وانفسخت الهبة، وإن كان بعد القبض لم يصحّ البيع؛ لأنّه صار ملكاً لغيره.

وإن كانت الهبة فاسدة فباع قبل القبض صحّ البيع. وإن باع بعد القبض، فإن كان يعلم أنّها فاسدة وأنّه لا يملك بها صحّ البيع، وإن كان يعتقد أنّها صحيحة وأنّ الموهوب له قد ملكها فهل يصحّ البيع؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: يصحّ لأنّه صادف ملكه. وهو الصحيح. والثاني: لا يصحّ لأنّه لا يبيع ويعتقد أنّه متلاعب

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٣٣، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٥٣. (٢) السنن الكبرى ٧: ٤٠.

(٣) منهم مالك وأبو ثور، كما في المجموع ١٥: ٣٧٠. (٤) ط وبعض النسخ: أو بتعجيل.

بذلك، كما تقول في الرجل يبيع مال مورّثه وعنده أنّه مامات، ثمّ يتّفق أن يكون قد مات قبل البيع. قيل: فيه قولان. وكذلك إذا كاتب عبده كتابة فاسدة ثمّ أوصى برقبته وهو معتقد صحّة الكتابة ولزومها، فهل تصحّ الوصيّة؟ على قولين: أحدهما: تصحّ؛ لأنّها صادفت ملكه. والثاني: لا تصحّ؛ لأنّه يعتقد أنّ الوصيّة لا تصحّ وأنّ الكتابة لازمة له.

إذا ثبت أنّ الهبة لا تلزم إلّا بالقبض، فإذا قبض الموهوب لم يخل إمّا أن يكون قد قبض بإذن الواهب، أو بغير إذنه، فإن كان قبضه بإذنه صحّ القبض ولزمت الهبة وحصل الملك ويحصل الملك من حين القبض.

ومنهم من قال: يتبيّن بالقبض أنّ الملك قد وقع بالعقد[١] كما قلناه في الوصيّة فإنّ الموصى له إذا قبل تبيّنّا بالقبول أنّ الملك حصل بالموت. والصحيح الأوّل، لأنّ القبض من شرطه في حصول الملك، كما نقول: إنّه شرط في لزوم الرهن. فأمّا إذا لم يأذن له في القبض فليس له أن يقبضه، فإن قبضه كان القبض فاسداً ووجب عليه ردّه [كما أنّه إذا قبض المبيع قبل تسليم الثمن كان القبض فاسداً ووجب عليه ردّه][٢].

وفي الناس من قال: إنّ القبض إذا حصل في المجلس بغير إذن الواهب صحّ و لزم العقد[٣]. وإن قام من المجلس لم يكن له أن يقبضه إلّا بإذنه، فإذا قبضه بعد هذا بغير إذنه لم يلزم العقد ولزمه ردّه.

إذا وهب له شيئاً وقَبِل الموهوب له الهبة، ثمّ مات الواهب قبل القبض، فهل تبطل الهبة أم لا؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: أنّه لا يبطل العقد بموت الواهب مثل البيع في مدّة الخيار وقام الوارث مقامه[٤] وهو الصحيح. والآخر: أنّه يبطل؛ لأنّه

---

(١) نسبه في المجموع ١٥: ٣٧٨ إلى بعض أصحاب الشافعيّة.
(٢) ما بين المعقوفتين لم يرد في ط.
(٣) حكاه في المجموع ١٥: ٣٧٩ عن أبي حنيفة.
(٤) راجع المجموع ١٥: ٣٧٨، والمدوّنة الكبرى ٦: ٨٦.

عقد جائز مثل الشركة والوكالة[١].

إذا وهب له هبة وقَبِل الموهوب له، ثمّ أذن له في قبضها ثمّ رجع عن الإذن فإنّه ينظر، فإن كان بعد القبض لم ينفعه رجوعه ولزم العقد. وإن كان قبل القبض لم يكن له القبض، وإن قبض لم يلزم العقد، كما نقول في السيّد يأذن لعبده في الإحرام بالحجّ والنكاح ثمّ يرجع، فإن رجع قبل العقد بطل الإذن، وإن رجع بعد العقد لم ينفعه رجوعه.

إذا وهب له شيئاً في يده ـ مثل أن يكون له في يده وديعة فيهبها له ـ نظر، فإن أذن له في القبض ومضى بعد ذلك زمان يمكن القبض فيه لزم العقد، وإن لم يأذن له في القبض، فهل يلزم القبض بمضيّ الزمان الّذي يمكن فيه القبض أو لابدّ من القبض؟ فمنهم من قال: الإذن شرط فيه[٢]. ومنهم من قال: لا يفتقر إلى الإذن[٣]. وهو الأقوي؛ لأنّ إقرار يده عليه بعد العقد دليل على رضاه بالقبض.

إذا وُهِبَ للصبيّ المولّى عليه شيء نظر، فإن كان الواهب غير وليّه قَبِل الوليّ، سواء كان بغير تولية مثل الأب والجدّ، أو بتولية كالوصيّ. وإن وهب الوليّ للصبيّ، فإن كان وليّاً بغير تولية قبلها أيضاً ويصحّ ذلك، كما يصحّ منه في البيع أن يكون موجباً قابلاً ـ وهذا هو مذهبنا ـ وإن كان بتولية لم يصحّ أن يقبلها، كما لا يصحّ أن يبيع من الصبيّ شيئاً بنفسه أو يشتري منه، وينصب الحاكم أميناً يقبل منه هبته للصبيّ، فإذا قبلها صحّت الهبة.

إذا قال: «وهبت له هذا الشيء وقبل الهبة وأُقبضه إيّاها» صحّ العقد ولزم بإقراره، سواء كان الموهوب في يد الواهب أو في يد الموهوب له؛ لأنّ كونه في يد

---

(١) راجع المجموع ١٥: ٣٧٨، والمدوّنة الكبرى ٦: ٨٦.

(٢ و٣) روي عن أحمد أنّه يفتقر إلى الإذن في القبض، وفي رواية أُخرى عنه لا يفتقر إلى الإذن ولا مضيّ مدّة يتأتّى فيها القبض، انظر المغني لابن قدامة ٦: ٢٥٠، والشرح الكبير ٦: ٢٥٣.

الواهب لا يدلّ على أنّه ما أقبضه بعدُ؛ لأنّه يجوز أن يكون أقبضه ثمّ رجع إليه بسبب آخر.

فإن قال بعد ذلك: «ما كنت أقبضته إيّاها، وإنّما كنت وعدته بالقبض» لم يقبل رجوعه عن إقراره؛ لأنّه مكذّب نفسه فيما تقدّم من إقراره.

فإن قال: «حلّفوه لي أنّه كان قد قبضه» فهل يحلف أم لا؟ قيل: إنّه يحلف[١] وهو الصحيح. وفي الناس من قال: إن كان يدّعي أنّ وكيله أخبره أنّه أقبضه إيّاه فأخبر على ذلك الظاهر، ثمّ بان له بعد ذلك أنّه ما كان قد أقبضه وكذب في قوله حلف المقرّ له بالهبة، فأمّا إذا لم يدّع ذلك وكان إقراره بقبض تولّاه بنفسه لم يحلف له الموهوب له[٢].

وإذا قال: «وهبت هذا الشيء له وخرجت إليه منه» فليس هذا بصريح في الإقرار بالقبض فينظر، فإن كان الموهوب في يد الموهوب له كان ذلك إقراراً بالقبض ويكون ذلك أمارة على أنّه أراد به القبض. وإن كان في يد الواهب لم يلزمه الإقرار بالقبض ويكون معنى قوله: «خرجت إليه منه» أنّه أذن له في القبض ولم يقبض بعدُ.

ولو قال: «وهبته له وملكه» لم يكن إقراراً بلزوم الهبة؛ لأنّه يجوز أن يقول ذلك على قول مالك؛ لأنّ عند مالك يلزم بنفس العقد ويملك الموهوب، فلا يلزمه الهبة مع احتماله.

ولو قال: «وهبت لي هذا الشيء وأقبضتنيه وملكته؟» فقال: «نعم» كان ذلك إقراراً بلزوم الهبة، فكأنّه قال: «وهبت لك الشيء وأقبضتكه وملكته» لأنّ لفظ «نعم» يرجع إلى جميع ذلك على وجه التصديق، ولهذا لو قال لرجل: «لي عليك ألف درهم؟» فقال: «نعم» كان إقراراً بالألف على نفسه، فكأنّه قال: «لك عليّ ألف درهم».

---

(١) القائل به الشافعي في الأُمّ ٦: ٢٢٠.

(٢) لم نعثر عليه.

هبة المشاع جائزة، سواء كان ذلك ممّا يمكن قسمته أولا يمكن قسمته، وفيه خلاف[١].

فإذا ثبت ذلك، فإن وهب شيئاً مشاعاً فلا يخلو أن يكون ممّا ينقل ويحوّل، أو ممّا لا ينقل، مثل أن يهب له نصف دار، فالقبض فيها التخلية، فإذا خلّى بينه وبينها فقد حصل القبض ولزم العقد.

وإن كان ممّا ينقل فلا بدّ من القبض. والقبض: النقل والتحويل، ولا يمكن النقل والتحويل إلّا بإذن الشريك، فيقال للشريك: أترضى أن يقبض الموهوب له الكلّ فيصير نصفه مقبوضاً ونصفه وديعة لك عنده؟ فإن أجاب فذاك، وإن أبى قيل للموهوب له: أترضى أن توكّل الشريك فيقبض الكلّ نصفه لك ونصفه له؟ فإن أجاب قبض له، وإن أبى كلّ واحد منهما نصب الحاكم من يقبض الكلّ، نصفه قبض هبة ونصفه قبض أمانة للشريك حتّى يتمّ عقد الهبة بينهما.

إذا وهب رجل شيئاً لرجلين فإن قبلا وقبضا تمّت الهبة في الجميع. وإن قبل أحدهما وقبض تمّت الهبة في النصف؛ لأنّه بمنزلة العقدين، لأنّ العقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين والصفقتين إذا انفردتا.

النحلة: هي العطيّة، يقال: نَحل ونُحل ونِحلة، قال الله تعالى: ﴿وآتوا النساء صدقاتهنّ نحلةً﴾[٢] أي عطيّة عن طيب نفس. وأكثر ما يستعمل في عطيّة الولد، يقال: نحل ولده نحلة.

والعطيّة مندوب إليها ومرغّب فيها، وهي للولد وذي الرحم والقرابة أفضل، والثواب بها أكثر لقوله تعالى: ﴿وآتى المال على حبّه ذوى القربى واليتامى﴾[٣] فبدأ بالقرابة.

---

(١) قال الشافعيّ: هبة المشاع جائزة سواء في ذلك ما أمكن قسمته أو لم يمكن. وقال أصحاب الرأي: لا تصحّ هبة المشاع الذي يمكن قسمته، انظر المغني لابن قدامة ٦: ٢٥٣ والشرح الكبير ٦: ٢٦١.

(٢) النساء: ٤.

(٣) البقرة: ١٧٧.

وروي عن النبيّ ﷺ أنّه قال: صدقتك على غير ذي رحمك صدقة، وصدقتك على ذي رحمك صدقة وصلة[١].

وروي أنّ زينب امرأة عبد الله بن مسعود كانت صنّاعاً وكانت تنفق على زوجها وولده، فأتت النبيّ ﷺ وقالت يا رسول الله: إنّ عبد الله وولده شغلاني عن الصدقة، فقال النبيّ ﷺ: لك في ذلك[٢] أجران: أجر الصلة وأجر الصدقة[٣].

وروي عنه ﷺ أنّه قال: أفضل الصدقة على ذي رحم كاشح[٤].

وقال: لا يدخل الجنّة قاطع رحم[٥]. وقال: من سرّه أن ينسأ في أجله ويوسّع في رزقه فليصل رحمه[٦].

وقال: تعلّموا من أنسابكم ما تصلون به أرحامكم[٧].

وروي أنّ النبيّ ﷺ قال: يقول الله تعالى: أنا الرحيم، وإنّما خلقت الرحم وشققت لها اسماً من اسمي، فمن وصلها وصلته ومن قطعها بتتّه[٨].

فإذا ثبت هذا فالمستحبّ ـ إذا أعطى ولده ـ أن يقسّم بينهم ويسوّي بين جماعتهم ولا يفضّل بعضهم على بعض، سواء كانوا ذكوراً أو إناثاً.

فإذا ثبت ذلك، فإن خالف ففاضل وأعطى بعضهم وحرم الباقين جاز ذلك، ووقعت العطيّة موقعها. ويصحّ استرجاعها منهم إذا كانوا كباراً ويقسّمه بالسويّة. وفي الناس من قال: يصحّ استرجاعها من الصغار[٩].

(١ و٣) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٢٧ و٢٩.
(٢) خ: في ولدك.
(٤) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٢٧، وفيها: على ذي الرحم الكاشح. وهكذا في الكافي ٤: ٢/١٠، والتهذيب ٤: ٣٠١/١٠٦، الكاشح: هو الذي يتباعد عنك.
(٥) معاني الأخبار: ١/٣٢٩.
(٦) راجع بحار الأنوار ٧٤: باب: صلة الرحم، ح ٥ و٥٦ و٨٤ و٩٦.
(٧) عوالي اللآلئ ١: ٢٨٣، وسنن الترمذي ٤: ١٩٧٩/٣٥١.
(٨) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٢٦.
(٩) راجع الحاوي الكبير ٧: ٥٤٤ ـ ٥٤٦، والمغني لابن قدامة ٦: ٢٦٢ ـ ٢٦٤، والشرح الكبير ٦: ٢٧١.

فإذا ثبت أنّ له الرجوع فيها إذا كانوا كباراً ـ وعنده وإن كانوا صغاراً ـ لم يخلُ حال الموهوب من ثلاثة أحوال: إمّا أن يكون بحالة لم تزد ولم تنقص، أو نقص، أو زاد.

فإن كان بحاله كان له الرجوع فيه. وإن كان قد نقص في يد الموهوب له كان له الرجوع أيضاً، وليس له المطالبة بأرش ما نقص. وإن كان قد زاد لم تخل الزيادة من أحد أمرين: إمّا أن تكون زيادة متميّزة، أو غير متميّزة.

فإن كانت غير متميّزة ـ مثل السمن وغيره ـ كان له الرجوع فيه مع زيادته؛ لأنّ النماء الّذي لا يتميّز يتبع الأصل.

وإن كانت الزيادة متميّزة لم تخلُ إمّا أن تكون ولداً أو غيره، فإن كان غيره ـ مثل أن يكون شجرة فأثمرت أو عبداً اكتسب ـ فإنّها تكون للموهوب له؛ لأنّه تميّز في ملكه، ويسترجع الواهب العين بلانماء. وإن كان النماء ولداً فلا يخلو إمّا أن تكون الموهوبة حين وهبها حائلاً أو حاملاً.

فإن كانت حاملاً ووضعت قبل الرجوع، فمن قال: لا حكم للحمل، قال: يرجع في الأُمّ دون الولد[١]. ومن قال «له حكم» قال: يرجع فيهما معاً[٢] وإن كان رجع قبل الوضع استرجعها مع الولد على كلّ حال.

وإن كانت حائلاً ثمّ حملت بعد ذلك فإنّه ينظر، فإن وضعت قبل الرجوع فإنّه يرجع في الأُمّ دون الولد؛ لأنّه نماء حدث في ملك الموهوب له لم يتناوله العقد. وإن كان رجع قبل الوضع فمن قال: للحمل حكم، فهو كما لو كان منفصلاً فيرجع في الأُمّ دون الحمل[٣]. ومن قال: لا حكم له رجع فيهما[٤].

هذا إذا كان الموهوب له لم يتصرّف في الموهوب، فأمّا إذا تصرّف فيه فلا يخلو من ثلاثة أحوال:

(١ ـ ٤) أورد الأقوال الأربعة ابن قدامة في المغني ٦: ٢٨١ والشرح الكبير ٦: ٢٨٢ و٢٨٣، وراجع الأُمّ ٤: ٦٢ أيضاً.

إما أن يكون ممّا لا يقطع تصرّف الموهوب له فيه، أو يقطعه قطعاً مراعى، أو يقطعه قطعاً تامّاً:

فأمّا إذا كان ذلك ممّا لا يقطع التصرّف ـ مثل أن يكون آجره أو زوّجه أو أعاره ـ فإنّ ذلك العقد لا يمنع رجوعه، لأنّ ذلك لا يمنع التصرّف فيه[١].

وإن كان ذلك ممّا يقطعه قطعاً مراعى مثل أن يكون كاتبه أو رهنه، فإن التصرّف موقوف ـ على ما نبيّن في آخر الأمر من العتق ـ بالأداء، أو الفسخ بالعجز، أو القضاء من غير الرهن وانفكاك الرهن، أو الامتناع من القضاء وبيع الرهن وقضاء الحقّ منه، فإنّ رجوعه في الموهوب يكون موقوفاً على ذلك، فإن انفكّ الرهن وانفسخت الكتابة رجع، وإن بيع الرهن أو عتق المكاتب بالأداء سقط حقّ الرجوع.

وإن كان ذلك ممّا يقطع التصرّف قطعاً تامّاً ـ مثل أن يبيعه أو يهبه ويقبضه ـ فإن كان وهبه لم يخلُ إمّا أن يكون وهبه لمن يجوز له الرجوع في هبته، أو لمن لا يجوز له الرجوع في هبته. فإن وهبه لمن يجوز له الرجوع في هبته، فهل للواهب أن يرجع في الهبة الّتي حصلت في يد ولد ولده أم لا؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: له. والثاني: ليس له؛ لأنّه ما ملكه منه وإنّما ملكه من غيره[٢].

و الّذي يقتضيه مذهبنا: أنّه متى تصرّف فيه الموهوب له بطل حكم الرجوع؛ لعموم الأخبار[٣].

وأمّا إذا وهبه لمن ليس له الرجوع في هبته، أو باعه سقط بذلك حقّ الرجوع

---

(١) في هذه الفقرة كانت النسخ مختلفة، وما أثبتناه من بعض المخطوطات هو الموافق للسياق والاعتبار.

(٢) ذكر النووي الوجهين في المجموع ١٥: ٣٨٢، والماوردي في الحاوي الكبير ٧: ٥٤٨ من دون أن يختار أحدهما.

(٣) الكافي ٧: ٣٢ / ١١، التهذيب ٩: ١٥٢ / ٤، الاستبصار ٤: ١٠٧ / ٤١٢.

فيها، فإن عاد بعد ذلك إلى ملكه فهل له أن يرجع فيه؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: يرجع فيه. والثاني: ليس له[١].

إذا فُلّس الموهوب له وحُجر عليه والعين الموهوبة قائمة بحالها، قيل: فيه وجهان، أحدهما: أنّ الواهب أولى بها من الغرماء؛ لأنّ حقّه أسبق. والثانى: الغرماء أولى؛ كما أنّ المرتهن أولى بعين الرهن من الراهن[٢]. والأوّل أصحّ إذا كان ذلك في من له الرجوع في هبته.

إذا وهب لأجنبيّ أو لقريب غير الولد ـ فإنّ الهبة تلزم بالقبض ـ و[٣]له الرجوع فيها. وفي من وافقنا فيه من قال: إذا لم يكن لذي رحم محرم أو زوج أو زوجة[٤] وعندنا أنّ الرجوع في هبة الزوج أو الزوجة مكروه. فأمّا إذا كانت الهبة لولده الصغار فليس له الرجوع فيها بحال.

الهبات على ثلاثة أضرب: هبة لمن هو فوق الواهب، وهبة لمن هو دونه، وهبة لمن هو مثله.

فأمّا الهبة لمن هو دونه: فمثل هبة السلطان للرعيّة والاستاد للغلام والغنيّ للفقير، فإنّها لا تقتضي الثواب؛ لأنّه يقصد بها نفع الموهوب له.

وأمّا الهبة لمن هو مثله: فمثل أن يهب السلطان لمثله والغنيّ للغنيّ والتاجر للتاجر، فإنّها لا تقتضي الثواب أيضاً؛ لأنّها للتحابّ والتوادّ.

وأمّا الهبة لمن هو فوقه: مثل هبة الرعيّة لسلطانهم والفقير للغنيّ والغلام لأُستاذه، فهل تقتضي الثواب أم لا؟ قيل: فيه قولان[٥] أحدهما: تقتضي الثواب[٦]. والثاني: لا تقتضي الثواب[٧]. هذا قول مخالفينا.

---

(١) راجع المغني لابن قدامة ٦: ٢٩٧.

(٢) أورد الوجهين في المجموع ١٥: ٣٨٢، وقال بالأوّل مالك كما في المدوّنة الكبرى ٥: ٢٣٧.

(٣) كذا، والظاهر زيادة: و. (٤) القائل به هو أبو حنيفة كما في الحاوي الكبير ٧: ٥٤٥.

(٥) ط: وجهان. (٦ و٧) راجع الحاوي الكبير ٧: ٥٥٠ و٥٥١، والمدوّنة الكبرى ٦: ١٤٠.

والّذي يقتضيه مذهبنا: أنّها تقتضي الثواب على كلّ حال؛ لعموم الأخبار في ذلك، مثل ما رواه أصحابنا، وقد أوردناها في الكتاب الكبير في الأخبار[١].

وروى أبوهريرة عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه قال: الواهب أحقّ بهبته مالم يُثب[٢] منها[٣].

وروي عن عائشة أنّها قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وآله يقبل الهديّة ويثيب عليها[٤].

فإذا ثبت هذا، فمن قال: لا تقتضي الثواب[٥] قال: إذا وهب فلا يخلو إمّا أن يطلق، أو يشرط الثواب. فإن أطلق فإنّها تلزم بالتسليم ولا رجوع له فيها، وإن أثابه الموهوب له كان ذلك ابتداء هبة، ولا يكون بدلاً في الحقيقة، ولا يتعلّق إحدى الهبتين بالأُخرى، فإذا وقع الاستحقاق[٦] في إحداهما واسترجعت لم يؤثّر ذلك في الأُخرى.

وإن شرط الثواب لم يخلُ إمّا أن يشرط ثواباً مجهولاً، أو معلوماً. فإن شرط ثواباً مجهولاً كان العقد باطلاً؛ لأنّه تمليك عين ببدل مجهول وذلك لا يجوز، كالبيع بثمن مجهول.

وإن شرط ثواباً معلوماً قيل: فيه قولان، أحدهما: يصحّ، والآخر: لا يصحّ[٧] فمن قال: لا يصحّ، كان للواهب استرجاع الهبة إن كانت باقية، وإن كانت تالفة فقيمتها. و من قال: يصحّ، قال: فهو كالبيع في جميع الأحكام في الخيار والاستحقاق وغيرهما.

ومن قال: الهبة تقتضي الثواب، فلا يخلو إمّا أن يطلق، أو يشرط الثواب. فإن

---

(١) التهذيب ٩: ١٥٥/ ١٠.

(٢) ط: مالم يرغب، و في السنن الكبرى مثل ما أثبتناه.

(٣ و ٤) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ١٨١.

(٥) القائل به هو أبو حنيفة، راجع الحاوي الكبير ٧: ٥٥٠ و ٥٥١.

(٦) أي عُلم أنّها كانت مستحقّة للغير.

(٧) الأوّل مختار الماوردي والثاني قول أبي ثور كما في الحاوي الكبير ٧: ٥٥١.

أطلق فأيّ ثواب يقتضي؟ قيل فيه ثلاثة أقوال[١]:

أحدها: يثيبه حتّى يرضى الواهب؛ لماروى أبو هريرة أنّ أعرابيّاً وهب للنبيّ ﷺ ناقة فأعطاه ثلاثاً فأبى فزاده ثلاثاً فأبى فزاده ثلاثاً، فلمّا استكمل تسعة، قال: رضيت. فقال النبيّ ﷺ: لا أقبل من أحد بعد هذا اليوم هديّة إلّا أن يكون قرشيّاً أو أنصاريّاً أو دوسيّاً أو ثقفيّاً[٢].

والثاني: يثيبه قدر قيمة الهبة أو مثلها.

والثالث: يثيبه قدر ما يكون ثواباً لمثله في العادة. وهذا هو المعتمد عليه؛ لأنّ أصل الثواب إنّما يثبت بعقد الهبة اعتباراً بالعادة.

فإذا تقرّر هذا فإذا أثابه على ما ذكرنا لزمته الهبة، وإن لم يثبه لم يجبر على الثواب، لكن يقال للواهب: إمّا أن تمضي أو تسترجع، فإن أمضى فذاك، وإن رجع فإن كانت الهبة بحالها أخذها، وإن كانت زائدة غير متميّزة أخذها بزيادتها، وإن كانت متميّزة فهي للموهوب له، ويرجع الواهب في الأصل.

وإن كانت ناقصة أو كانت تلفت، فهل يرجع عليه بقيمتها أو بأرش نقصانها؟ قيل: فيه وجهان:

أحدهما: يرجع عليه؛ لأنّ العين لو كانت باقية لاسترجعها لتعذّر العوض عنها، فإذا كانت تالفة كان الرجوع بقيمتها[٣].

والثاني: ليس له ذلك؛ لأنّ التلف والنقصان وجد في ملكه، وما حصل في ملكه لا يرجع به عليه[٤]. وهذا هو مذهبنا.

فأمّا إذا شرط الثواب: فإن كان مجهولاً صحّ؛ لأنّه وافق ما يقتضيه الإطلاق.

---

(١) نقل هذا القول والأقوال الثلاثة فيما بعد في الحاوي الكبير ٧: ٥٥٠ و٥٥١، من دون أن يسمّي قائلها. (٢) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ١٨٠، مع تفاوت.

(٣ و٤) نقل الوجهين في المجموع ١٥: ٣٨٦، ونسب الثاني إلى بعض أصحاب الشافعيّة، واختار مالك في الموطّأ ٢: ٧٥٤ الأوّل.

وإن كان معلوماً فهل يصحّ أم لا؟ قيل: فيه قولان:

أحدهما: يصحّ؛ لأنّه إذا صحّ والعوض مجهول فأولى أن يصحّ وهو معلوم.

والثاني: لا يصحّ؛ لأنّه خالف مقتضى إطلاق العقد؛ لأنّ إطلاقه يقتضي جهالته، والشرط إذا خالف إطلاق العقد أبطله[١].

إذا وهب الأب لابنه ثوباً خاماً فقصّره الابن ثمّ رجع فيه الأب، فمن قال: القصارة بمنزلة الزيادة المتميّزة كان الابن شريكاً للأب في الثوب بقدر القصارة، وإن قلنا: إنّ القصارة بمنزلة الزيادة المتّصلة فالثوب للأب بقصارته ولا حقّ للابن فيه[٢] والّذي يقتضيه مذهبنا أنّه إذا قصّره من له الرجوع في هبته ـ وهو الأجنبيّ ـ لم يكن له الرجوع؛ لأنه قد تصرّف فيه. وروى أصحابنا: أنّ الموهوب له إذا تصرّف في الهبة لم يكن للواهب الرجوع فيها[٣].

إذا وهب لابنه جارية فليس له الرجوع فيها عندنا إن كان صغيراً، وإن كان كبيراً وقبّضه إيّاها مثل ذلك، وإن لم يكن قبّضه جاز له الرجوع. وفي الناس من قال: له الرجوع فيها على كلّ حال[٤]. فإن وطئها فهل يكون ذلك رجوعاً أم لا؟ قيل: فيه وجهان[٥]:

أحدهما: يكون رجوعاً كما قيل في البائع إذا وطئ الجارية المبيعة في يده مدّة الخيار الّذي شرطه لنفسه، ويكون ذلك استرجاعاً منه في المبيع[٦].

والثاني: لا يكون رجوعاً؛ لأنّ ملك الابن قد استقرّ عليها والأب يريد أن

---

(١) أورد القولين النووي في المجموع ١٥: ٣٨٧، ونسبهما إلى الشافعيّة، ونقلهما الماوردي في الحاوي الكبير ٧: ٥٥١.

(٢) نسبه الشيخ رحمه الله في الخلاف ٣/٥٧١ إلى الشافعي.

(٣) التهذيب ٩: ١٥٣/٦٢٧، والاستبصار ٤: ١٠٨/٤١٢.

(٤) منهم الشافعي كما في الحاوي الكبير ٧: ٥٤٨، ومختصر المزني: ١٣٤.

(٥) ط: قولان.

(٦) المدوّنة الكبرى ٤: ١٧٩.

يزيل ملكه المستقرّ، فالرجوع من ذلك لا يصحّ إلّا بالقول، كما لو اشترى جارية ثمّ فُلّس المشتري وثبت للبائع الخيار فوطئها لم يكن فسخاً واسترجاعاً منه.

إذا وطئ الابن الجارية ثمّ استرجعها الأب فلا مهر لها عليه؛ لأنّه وطئها في ملكه كالمشتري إذا وطئها ثمّ أصاب بها عيباً فإنّه يردّها ولا مهر عليه. وعلى مذهبنا لا يصحّ هذا لا في الابن ولا في الأجنبيّ؛ لأنّه تصرّف في الموهوب، وقد بيّنّا أنّه إذا تصرّف فيه فليس له الرجوع فيه.

إذا وُهب للغاصب العين المغصوبة صحّت الهبة، فإذا أذن له في القبض ومضى زمان يمكن فيه القبض لزمت الهبة وسقط عنه ضمان الغصب؛ لأنّه ملكه، فهو كما لو باعه.

وإن وهبه لغير الغاصب، فإن كان الموهوب له لا يقدر على انتزاعه من الغاصب لم يصحّ؛ كما لا يصحّ بيعه على هذه الصورة. وإن كان يقدر على ذلك ـ بأن يكون أقوى يداً منه ـ صحّ العقد، فإذا أذن له في قبضه منه فقبضه لزم العقد وبرئ الغاصب. وإن أذن له في القبض فوكّل الموهوب له الغاصب في القبض له من نفسه صحّ ذلك. فإذا مضى زمان الإمكان لزمت الهبة بحصول القبض وبرئ الغاصب من الضمان؛ لأنّ الملك قد زال عمّن كان غصبه عليه وضمنه بالتعدّي في حقّه، فحصل في ملك من لم يتعدّ في حقّه.

إذا وهب الجارية للمستعير صحّ العقد، فإذا أذن له في القبض ومضى زمان الإمكان لزم العقد. وإن وهبها لغيره صحّ أيضاً، فإذا أذن له في القبض ووكّل المستعير في قبضها صحّ القبض وصارت مقبوضة ولزمت الهبة وانقطع انتفاع المستعير بها؛ لأنّها صارت ملكاً لغير المعير، ولا يجوز له أن ينتفع بها إلّا بإذن مستأنف من جهة الموهوب له.

وإن وهب الدار المستأجرة لغير المستأجر فالحكم فيه مبنيّ على البيع، وفي

بيعها قيل: فيه قولان، وكذلك في هبتها. فمن قال: لا يصحّ بيعها، قال: لا يصحّ هبتها. ومن قال: يصحّ بيعها، قال: يصحّ هبتها[١]. وهو الصحيح. وإذا خلّى بينه وبينها فقد أقبضه إيّاه ولزم العقد، وكان للمستأجر استيفاء حقّه، كما قلنا في البيع. وأمّا الجارية المزوّجة فإنّها يجوز هبتها كما يجوز بيعها عندنا وعندهم[٢].

إذا وهب رجل حُليّاً من ذهب أو فضّة، فمن قال: إنّ الهبة تقتضي الثواب، أو قال: لا تقتضي الثواب[٣] وشرط الثواب وقال: شرطه لا يصحّ، فإذا أثابه فلا يخلو من أحد أمرين: إمّا أن يكون ذلك قبل التفرّق من مجلس عقد الهبة، أو بعد التفرّق.

فإن كان ذلك قبل التفرّق نظر، فإن أثابه بغير جنس النقود ـ مثل أن يثيبه بشيء من الثياب أو المأكول أو المشروب، وما أشبه ذلك ـ صحّ، وليس القبض فيه قبل التفرّق شرطاً. وإن أثابه بشيء من جنس النقود نظر، فإن كان من غير جنس الموهوب ـ مثل أن يكون الموهوب من ذهب فأثابه من فضّة ـ فإنّه يجوز ولا يعتبر فيه التماثل. والقبض قبل التفرّق شرط في صحّته؛ لأنّه صرف.

وإن كان من جنس الموهوب كان التماثل والقبض قبل التفرّق شرطاً فيه؛ لأنّ ذلك صرف من جنس واحد.

وأمّا إن أثابه بعد التفرّق فإن أثابه بشيء غير النقود جاز ذلك. وإن أثابه بشيء من جنس النقود ـ سواء كان من جنس الموهوب أو غير جنسه ـ لم يصحّ؛ لأنّ القبض قبل التفرّق فيهما شرط. ولا يجوز أن يثيبه ولا يعتبر جنس النقود. هذا مذهب المخالف.

والّذي يقتضيه مذهبنا: أنّ كلّ ذلك لا اعتبار به، ويجوز الإثابة في المجلس

---

(١) أورد القولين في المجموع ١٥: ٨٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٥٣، والشرح الكبير ٦: ١٢٩.

(٢) ط: وعند قوم.

(٣) مضى ذكر القائلين بالاقتضاء وعدمه في ص ١٣٨.

وغير المجلس، بجنسه وغير جنسه، وبمثله وبما زاد عليه؛ لأنّ ذلك ليس بصَرْف، وإنّما يراعى جميع ذلك في البيع والصرف. وعلى من جمع بينهما الدلالة.

إذا كان له في ذمّة رجل مال فوهبه له كان ذلك إبراء بلفظ الهبة. وهل من شرط صحّة الإبراء قبول المبرأ أم لا؟

قال قوم: من شرط صحّته قبوله ولا يصحّ حتّى يقبل وما لم يقبل فالحقّ ثابت بحاله[١]. وهو الّذي يقوى في نفسي؛ لأنّ في إبرائه إيّاه من الحقّ الّذي له عليه منّةً عليه، ولا يجبر على قبول المنّة. فإذا لم نعتبر قبوله أجبرناه على ذلك؛ كما نقول في هبة العين له، أنّها لا تصحّ إلّا إذا قبل.

وقال قوم: إنّه يصحّ، شاء من عليه الحقّ أو أبى[٢] لقوله تعالى: ﴿فنظرة إلى ميسرة وأن تصدّقوا خيرٌ لكم﴾[٣] فاعتبر مجرّد الصدقة ولم يعتبر القبول. وقال تعالى: ﴿ودية مسلّمة إلى أهله إلّا أن يصّدّقوا﴾[٤] فأسقط الدية بمجرّد التصدّق ولم يعتبر القبول، والتصدّق في هذا الموضع الإبراء. وهذا أيضاً ظاهر قويّ.

هذا إذا وهب لمن عليه الحقّ. فأمّا إذا وهبه لغيره، فهل يصحّ أم لا؟ يصحّ ذلك إذا كان من عليه الحقّ معيّناً وكان قدر الحقّ الّذي عليه معلوماً، ويجوز أيضاً بيعه.

وقال قوم: لا يجوز هبته كما لا يجوز بيعه[٥]. فمن قال: يصحّ هبته، لزمت الهبة بنفس العقد، ولا يشترط القبض في لزومه مثل الحوالة. ومنهم من قال: لا يصحّ بيعه ولا هبته ولا رهنه[٦].

والّذي يقتضيه مذهبنا: أنّه يجوز بيعه وهبته ورهنه ولا مانع منه.

صدقة التطوّع عندنا بمنزلة الهبة في جميع الأحكام، من شرطها الإيجاب

---

(١) منهم مالك، كما في المدوّنة الكبرى ٦: ٨٧ و١٢٦.

(٢) منهم ابن قدامة في المغني ٦: ٢٥٧، والمقدسي في الشرح الكبير ٦: ٢٥٥.

(٣) البقرة: ٢٨٠. (٤) النساء: ٩٢.

(٥ و٦) راجع المغني لابن قدامة ٦: ٢٥٧، والشرح الكبير للمقدسي ٦: ٢٥٥.

والقبول ولا يلزم إلّا بالقبض. وكلّ من له الرجوع في الهبة له الرجوع في الصدقة عليه.

الحاجّ إذا اشترى في سفره شيئاً بأسامي أصدقائه ومات في الطريق كان ورثته بالخيار فيما اشتراه وسمّاه لأصدقائه، إن شاؤوا أمسكوه، وإن شاؤوا أهدوه لهم؛ لأنّ الهديّة لا تصحّ إلّا بالإيجاب والقبول ولا تلزم إلّا بالقبض، وكذلك إذا أهدى إلى رجل شيئاً على يد رسوله فإنّه على ملكه بعدُ، وإن مات المهدى إليه كان له استرجاعه، وإن مات المهدي كان لوارثه الخيار.

وإذا وصلت الهديّة إلى المُهدى إليه لم يملكها بالوصول ولم تلزم، ويكون ذلك إباحة من المُهدي، حتّى أنّه لو أهدى إليه جارية لم يجز له أن يستمتع بها؛ لأنّ الإباحة لا تدخل في الاستمتاع. ومن أراد الهديّة ولزومها وانتقال الملك فيها إلى المهدى إليه الغائب فليوكّل رسوله في عقد الهديّة معه، فإذا مضى وأوجب له وقبل المُهدى إليه وأقبضه إيّاها لزمه العقد، وملك المهدى إليه الهديّة.

إذا وهب في مرضه المخوف شيئاً وسلّمه إليه فإن صحّ من مرضه لزمته الهبة في جميعه، سواء كان قدر الثلث أو أكثر، وإن مات منه لزمت الهبة في قدر الثلث، ومازاد عليه فالورثة فيه بالخيار، إن شاؤوا أجازوه وإن شاؤوا ردّوه واسترجعوه عند من قال: إنّ الهبة في حال المرض من الثلث[1] وإن كان بعدُ ما سلّمه إليه لم يلزم عقد الهبة وكانوا بالخيار بين أن يسلّموه إلى الموهوب له وبين أن يمسكوه ويفسخوا العقد؛ لأنّ الموهوب ما لم يقبض فللوارث فيه الخيار إن مات هو.

وأمّا إذا أوصى له بشيء فإنّ الوصيّة تلزمه في الثلث بكلّ حال، سواء كان الموصى له قد تسلّم القدر الموصى به أو لم يتسلّمه.

---

(١) كابن قدامة في المغني ٦: ٥٢٣، والمقدسي في الشرح الكبير ٦: ٣١٥، والنووي في المجموع ١٥: ٣١٥ ـ ٣١٦، ومن فقهاء الشيعة ابن الجنيد، حكاه عنه العلّامة في المختلف ٦: ٣٢٣.

[١]

فصل في العُمرى والرُقبى والسُكنى

العُمْرى: نوع من الهبات يفتقر صحّتها إلى إيجاب وقبول، ويفتقر لزومها إلى قبض، كسائر الهبات. وهي مشتقّة من العمر، وصورتها أن يقول الرجل للرجل: «أعمرتك هذه الدار وجعلتها لك عمرك» أو «هي لك ما حييت» أو «ما بقيت» أو «ماعشت» وما أشبه ذلك ممّا هو في معناه.

وهذا عقد جائز، وفي الناس من قال: العُمرى لا تجوز[١]. فإذا ثبت جوازها فلا يخلو من ثلاثة أحوال:

إمّا أن يقول: «هذه الدار لك عمرك ولعقبك من بعدك» ويطلق ذلك، أو يقول: «هذه الدار لك عمرك فإذا متّ رجعتْ إليّ»

فإذا قال: «لك عمرك ولعقبك من بعدك» فإنّه جائز؛ كما رواه جابر: أنّ النبيّ ﷺ قال: أيّما رجل أُعمِرَ عمرى له ولعقبه فإنّما هي للّذي يعطاها لا يرجع إلى الّذي أعطاها فإنّه أعطى عطاءً وقعت فيه المواريث[٢].

وأما إذا أطلق ذلك ولم يذكر العقب فهل يصحّ أم لا؟ قال قوم: يصحّ[٣] ويكون له ولعقبه من بعده مثل القسم الأوّل. وقال آخرون: إنّ العمرى تصحّ ويكون للمعمَر حياته، فإذا مات رجعت إلى المعمِر أو إلى ورثته إن كان مات[٤] ـ وهذا هو الصحيح على مذهبنا ـ ومنهم من قال: العُمرى تبطل[٥].

---

(١) مثل داود، وأهل الظاهر وطائفة من أصحاب الحديث، كما في الحاوي الكبير ٧: ٥٣٩، وحكاه ابن قدامة عن بعض فقهاء الحنبليّة، كما في المغني ٦: ٣٠٣.

(٢) سنن أبى داود ٣: ٣٥٥٣/٢٩٤، كتاب البيوع. والسنن الكبرى للبيهقي ٦: ١٧٢، وعوالي اللآلئ ٣: ٢٦٣.

(٣ ـ ٥) ممّن قال بالصحّة الشافعي في الجديد، كما قال هو: بالبطلان في القديم، وزاد في الجديد بعد القول بالصحّة أنّه عطيّة صحيحة تكون للمُعْمَر في حياته ولورثته بعده وعن ←

الرُقبى: أيضاً جائزة عندنا، وصورتها صورة العُمرى، إلّا أنّ اللفظ يختلف، فإنّه يقول: «أعمرتك هذه الدار مدّة حياتك» أو «مدّه حياتي» والرُقبى يحتاج أن يقول: «أرقبتك هذه الدار مدّة حياتك» أو «مدّة حياتي». وفي أصحابنا من قال: الرُقبى أن يقول: «جعلت خدمة هذا العبد لك مدّة حياتك» أو «مدّة حياتي»[١]. وهو مأخوذ من رقبة العبد، والأوّل مأخوذ من رقبة الملك.

وقال قوم: الرقبى نوع من الهبات تفتقر صحّتها إلى الإيجاب والقبول ولزومها إلى القبض، مثل العمرى[٢]. وقال قوم: الرُقبى باطلة؛ لأنّ صورتها أن يقول: «أرقبتك هذه الدار فإن متّ قبلك كانت الدار لك، وإن متّ قبلي كانت راجعة إليّ وباقية على ملكي كما كانت» وهذا تعليق ملك بصفة وذلك لا يصحّ[٣] كما إذا قال: «إذا جاء رأس الشهر فقد وهبت لك كذا» أو «إن قدم الحاجّ» وهذا الّذي ذكره هذا القائل مذهبنا أيضاً؛ لإجماع الفرقة على ذلك، غير أنّها تلزم مدّة حياة من علّقها به، ويرجع ملكاً بعد موته على ما شرط.

وفرّق قوم بين العُمرى والرُقبى، بأنّ الرُقبى إذا مات المرقِب استقرّت الرقبى للمرقَب، فإذا مات بعد ذلك لا يرجع إلى ورثة المرقِب. والعُمرى، فإنّ المعمِر إذا مات قبل المعمَر ثمّ مات المعمَر رجعت إلى ورثة المعمِر[٤] فتفترق العمرى والرقبى من هذا الوجه.

← بعضٍ خلاف ذلك وأنّه بعد وفات المُعْمَر رجعت إلى المُعْمِر أو إلى ورثته، راجع لتفصيل الأقوال إلى المجموع ١٥: ٣٩١، والحاوي الكبير ٧: ٥٤١.

(١) لم نظفر بقائله. (٢) منهم ابن قدامة في المغني ٦: ٣٠٢.

(٣) منهم الحسن ومالك وأبو حنيفة كما في المجموع ١٥: ٣٩٦، والشافعي في أحد قوليه كما في الحاوي الكبير ٧: ٥٤٣.

(٤) منهم أحمد والشافعي في القديم، والقاسم بن محمّد وزيد بن قسط والزهري ومالك وأبو سلمة بن عبدالرحمن وأبو ثور وداود، كما في المجموع ١٥: ٣٩٦.

وقد قلنا: إنّه لا فرق بينهما عندنا، سواء علّقه بموت المعمِر أو المعمَر، فـإن علّقه بموت المعمِر [فإذا مات المعمِر][1] رجع إلى ورثته، وإن مات المـعمَر أوّلاً كان لورثته إلى أن يموت المعمِر. وإن علّقه بموت المعمَر ومات المعمِر لم يكـن لورثته عليه سبيل حتّى يموت فإذا مات رجع إليهم ولم يكن لورثة المعمَر شيء بحال. وإن مات المعمَر أوّلاً لم يكن لورثته شيء ورجع إلى المعمِر ومنه بعد ذلك إلى ورثته.

---

(١) لم يرد في ط.

كتاب اللقطة

كتاب اللقطة

الأصل في اللقطة: السُنّة، روي عن زيد بن خالد الجهني أنّه قال: جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فسأل عن اللقطة؟ فقال: اعرف عِفاصها[1] ووكاءها ثمّ عرِّفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلّا فاستمتع بها. فسأل عن ضالّة الغنم؟ فقال: خذها إنّما هي لك، أو لأخيك أو للذئب. فسأل عن ضالّة البعير؟ فقال: مالك ولها! وغضب حتّى احمرّت وجنتاه أو وجهه، فقال: مالك ولها! معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر[2]. وفي بعض الأخبار: مالك ولها! معها حذاؤها وسقاؤها حتّى يأتي ربّها[3].

الضالّة من البهائم ما يضيع، يقال: ضالّ، وما يكون من غير الحيوان يقال له: لقطة. قال خليل بن أحمد: اللُقطة: الرجل الّذي يلتقط يقال: لاقط ولقط، فأمّا الشيء الملتقط يقال له: لُقْطة[4] بتخفيف القاف[5]. وقال أبو عبيدة: وما عليه عامّة أهل العلم أنّ اللُقَطة هي الشيء الّذي يلتقط[6]. وقوله عليه السلام: «معها حذاؤها» أي خفّها يعني تمشي ولا تقف عن المشي حتّى تهلك. وقوله: «معها سقاؤها» يعني

---

(١) ط: عِقاصها، والعِقاص: خيط تشدّ به أطراف الذوائب، والعِفاص: جلد يُغطّى به رأس القارورة.

(٢ و٣) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ١٩٢، صحيح مسلم ١٢: ٢٠.

(٤) العين ٥: ١٠٠ مع تفاوت في العبارة.

(٥) كذا، والظاهر: بسكون.

(٦) لم نعثر عليه.

تشرب الماء الكثير وتبقي في كرشها فتصبر عن الماء يوماً أو يومين ولا يخشى عليها الموت بالهلاك.

إذا ثبت هذا، فاللقطة لا يخلو إمّا أن يكون وجدها في البرّيّة، أو في العمران. فإن وجدها في البرّيّة والصحاري فلا تخلو إمّا أن يكون حيواناً، أو غير حيوان.

فإن كان حيواناً: فلا يخلو إمّا أن يكون قويّاً ممتنعاً من صغار السباع مثل الإبل والبقر والخيل والبغال، فإنّها تمتنع من صغار السباع ـ مثل الثعلب وابن[١] آوى ـ فإنّه لا يقدر عليه، أو يكون ممّا يمتنع بسرعة مشيه ـ مثل الظباء والغزلان والأرنب ـ أو ممّا يمتنع بطيرانه فيدفع بالطيران عن نفسه، فما هذه صفته فليس له أن يأخذها. وقال قوم: له أخذها مثل الغنم[٢]. والأوّل أقوى، للخبر الّذي قدّمناه؛ لأنّه لمّا سأله عن الضالّة فقال: «مالك ولها» وروي عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه قال: «لا يأوي الضالّة إلّا ضالّ» وقيل: لا يؤوي ـ بضمّ الياء ـ وهو الأصحّ، والأوّل جائز أيضاً.

روى الحسن بن مطرّف عن أبيه أنّه قال: قدمت على رسول الله صلى الله عليه وآله في وفد بني عامر فقال عليه السلام: أنا لا أحملكم، فقلنا: يا رسول الله إنّا نجد الإبل الهوامي[٣] فقال: لا تفعلوا، ضالّة المؤمن حرق النار[٤].

قال ابن الأعرابي: حَرَقُ النار لَهْبُها، وحَرَق الثوب إذا كان به من القصارة[٥] يقال: حَرَق بتحريك الراء، وإذا كان بالنار يقال: حَرْق الثوب بتخفيف الراء.

فإن أخذها لزمه الضمان فيكون عليه مضموناً؛ لأنّه أخذ مال الغير بغير حقّ.

---

(١) خ: بنت آوى. (٢) منهم: أبو حنيفة، كما في المغني٦: ٣٦٧، والشرح الكبير٦: ٣٢١.

(٣) هوامِي الإبل: ضوالّها التي هَمَت على وجوهها.

(٤) السنن الكبرى للبيهقي٦: ١٩١، وورد ذيله في أحاديثنا، راجع مستدرك الوسائل١٧: ١٢٣.

(٥) قال في الصحاح: الحَرَق: احتراق يصيب الثوب من الدقّ، و قد يسكن، و المراد بالاحتراق: الاحتكاك.

فإن سيّبها بعد ذلك لم يزل الضمان عنه؛ كما لو سرق من غيره شيئاً ثمّ يطرحه في داره، فإنّه لا يزول ضمانه، فإن ردّها إلى صاحبها زال عنه الضمان وبرئ.

وإن سلّمها إلى الإمام فهل يسقط عنه؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: لا يزول؛ لأنّ صاحبها ربّما كان رشيداً والإمام لا يلي على من كان كذلك[١]. والثاني: يزول؛ لأنّ للإمام أن يأخذ الضوالّ ابتداءً؛ لأنّه منصوب لمصالح المسلمين[٢] فإذا كان يضيع من الرشيد، له أن يحفظ عليه. وإن وجدها الإمام له أن يأخذها، لما قلناه.

فإذا ثبت أنّ له أخذها، فإن أخذها نظرت، فإن كان له حمى يدع فيها لترعى حتّى يجيء صاحبها، وإن لم يكن له حمى فإنّه يمسكها يوماً ويومين وثلاثة، فإن جاء صاحبها وإلّا باعها ويعرّف ثمنها، فإن جاء صاحبها وإلّا حفظ الثمن عليه.

فأمّا إن أخذها العامي ليمسكها على صاحبها هل له ذلك أم لا؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: له أن يفعل؛ لأنّ هذا يؤدّي إلى مصالح المسلمين كالإمام[٣]. والثاني: ليس له أن يفعل وأن يمسك؛ لأنّه لا يقوم بمصالح المسلمين ولا يلي اُمورهم[٤] وليس كذلك الإمام؛ لأنّه منصوب لذلك. وهذا هو الأقوى.

هذا إذا كان حيواناً ممتنعاً من صغار السباع، فأمّا إذا كان غير ممتنع ـ مثل الشاة وأولاد البقر والإبل والحمير والخيل ـ فله أن يأخذه؛ لقوله عليه السلام: خذها فإنّما هي لك أو لأخيك أو للذئب[٥].

فإن أخذها فهو بالخيار بين ثلاثة أشياء: إمّا أن يأكلها على أن تكون القيمة في ذمّته وإذا جاء صاحبها ردّها عليه. وإن شاء ينفق عليها تطوّعاً. وإن شاء يرفع خبرها إلى الحاكم ليأخذها الحاكم ويبيعها ويعرّف ثمنها، فإن لم يجئ صاحبها

(١ و ٢) نقل الوجهين النووي في المجموع ١٥: ٢٧٢.

(٣ و ٤) نسب ابن قدامة في المغني ٦: ٣٧٠ جواز فعلها إلى أصحاب الشافعيّة قياساً على الإمام، و عدم جواز فعلها إلى ظاهر مذهب الشافعي وكذلك في الشرح الكبير ٦: ٣٢٤.

(٥) صحيح مسلم ٣: ١٣٤٧، السنن الكبرى ٦: ١٩٢.

يردّ ذلك إلى الّذي وجدها ليكون في ذمّته متى جاء صاحبها ردّها عليه.

هذا كلّه إذا كان في البرّيّة، فأمّا إذا كان في العمران وما يتّصل بالعمران على نصف فرسخ وأقلّ، فإنّ له أخذها، سواء كان حيواناً ممتنعاً، أو غير ممتنع، وهو بالخيار بين أن ينفق عليها تطوّعاً، أو يرفع خبرها إلى الإمام أو الحاكم ولا يأكلها هاهنا. وفي الناس من قال: حكم هذا حكم ما كان في البرّيّة سواء[١].

وأمّا غير الحيوان: فإنّه لا يخلو من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون ممّا يبقى مثل الثوب والدراهم والدنانير، أو يكون ممّا لا يبقى مثل الطعام الرطب، أو يكون ممّا يبقى لكنّه يحتاج إلى النفقة والعلاج.

فإن كان ممّا يبقى فإنّه يعرّف سنة، فإن جاء صاحبها، وإلّا أنفقه على أنّه متى جاء صاحبها ردّ قيمته. فإن كان طعاماً رطباً ـ مثل الهريسة والفواكه ـ فهو بالخيار إن شاء أكله ويردّ القيمة إذا جاء صاحبها، وإن شاء سلّمه إلى الحاكم ليبيعه ويعرّف ثمنه، فإن لم يجئ صاحبه ردّ قيمته إلى الّذي وجده.

فأمّا إن كان ممّا يبقى لكن بعلاج ـ مثل العنب والرطب ـ نظرت، فإن كان الحظّ في البيع فإنّه يرجع إلى الحاكم ليبيعه. وإن كان الحظّ في تجفيفه فإنّ الحاكم يبيع منه جزءاً وينفق عليه ليجفّ ويدّخر ليجيء صاحبه.

من أخذ لقطة ثمّ ردّها إلى موضعها لم يزل ضمانه. وفي الناس من قال: يزول ضمانه[٢].

ومن وجد لقطة فإنّها تكون في يده أمانة ويلزمه أن يعرّفها سنة، فإذا عرّفها سنة كان بعد ذلك بالخيار إن شاء حفظها على صاحبها، وإن شاء تصدّق بشرط

---

(١) القائل به بعض الشافعيّة، كما في المجموع ١٥: ٢٧٣.

(٢) منهم مالك، كما في المدوّنة الكبرى ٦: ١٧٨، وفي المغني لابن قدامة ٦: ٣٤٢، والشرح الكبير ٦: ٣٣١.

الضمان، وإن شاء تصرّف فيها وضمنها.

هذا إذا كان في غير الحرم، فإن كان في الحرم عرّفها سنة ثمّ يكون مخيّراً بين شيئين: الحفظ والصدقة بشرط الضمان، ولا يجوز أن يتملّكها بحال.

وفي الناس من قال: من وجد لقطة فهو مخيّر بعد السنة بين الحفظ على صاحبها، وبين أن يتملّكها وعليه ضمانها بالمثل أو القيمة[١]. وقال آخرون: إن كان قبل الحول وكان فقيراً مثل هذا، وإن كان بعد الحول وكان فقيراً فهو مخيّر بين الثلاثة أشياء الّتي ذكرناها[٢]. وإن كان غنيّاً كان مخيّراً بين شيئين: الحفظ والصدقة. وليس له الأكل[٣]. ومتى تصدّق بها فإنّما يتصدّق بها عن صاحبها على إجازته. وفي الناس من قال: له أن يتصدّق بها عن نفسه[٤]. وفيهم من قال: يجوز للغنيّ أكلها ولا يجوز للفقير أكلها[٥].

لا يخلو واجد اللقطة من أحد أمرين: إمّا أن يكون أميناً، أو غير أمين. فإن كان أميناً في الناس من قال: إذا كان أميناً في العُمْران وكان الناس بها أُمناء أو أكثرهم أُمناء فلا يلزمه أخذه، لكن يستحبّ له أخذه وحفظه على صاحبه. وإذا كان أميناً في مفازة أو في خراب أو في عمران لكنّ الناس ليسوا أُمناء فإنّه واجب عليه أخذها؛ لأنّه إن ترك تلف على صاحبه، ويكون هذا فرضاً على الكفاية مثل صلاة الجنازة[٦].

---

(١) الشافعي في الأُمّ ٤: ٦٦.

(٢) هي حفظها على صاحبها، والتصدّق بشرط الضمان، والتصرّف فيها مع ضمانها.

(٣) منهم أبو حنيفة، كما في المغني لابن قدامة ٦: ٣٢٦، والمجموع ١٥: ٢٦٣، والمبسوط للسرخسي ١١: ٦.

(٤) لم نعثر على قائله.

(٥) القائل به مالك والشافعي، كما في بداية المجتهد ٢: ٣٣٠ و٣٣١، على خلاف ماقاله أبو حنيفة.

(٦) كأبي العبّاس وأبي إسحاق من الشافعيّة، كما في المجموع ١٥: ٢٥٠ و٢٦٥، ومغني المحتاج ٢: ٤٠٦.

وفيهم من قال: المسألة على قولين: أحدهما: يجب عليه أخذها[١]. والآخر: ليس بواجب بل يستحبّ ذلك[٢]. وهو الأقوى؛ لأنّ الأصل براءة الذمّة ولا دليل على وجوب أخذها. وقد روى أصحابنا كراهية أخذها مطلقاً[٣].

وقد قال بعضهم: يحتاج أن يعرّف من اللقطة ستّة أشياء: أحدها وعاؤها، والثاني عفاصها، والثالث وكاؤها، والرابع جنسها، والخامس قدرها، والسادس أن يشهد عليها[٤].

فالوعاء الظرف. والوكاء الخيط الّذي يشدّ به من سَيْر، أو خَيْط. والعفاص الجلد الّذي يشدّ به رأس القارورة، والّذي يشدّ به رأسها يقال له: ضِمام، فالعِفاص الجلد الّذي يكون فوق الضِمامة، وهي مثل الوعاء.

وجنسها: أن يعرّفها دراهم أو دنانير أو ثياب، وقدرها وعددها.

والإشهاد في الناس من قال: إنّه واجب، والآخر أنّه استحباب[٥]. وهو الأقوى؛ لأنّ اللقطة أمانة والأمين لا يلزمه الإشهاد.

فإذا ثبت هذا ووجد لقطة نظرت، فإن أراد حفظها على صاحبها لا يلزمه أن يعرّف؛ لأنّ التعريف إنّما يكون ليتملّك، فأمّا إذا أراد أن يتملّك فيلزمه أن يعرّف سنة بالإجماع. فإن عرّفها سنة متوالية فإنّه أتى بما عليه، وإن عرّف ستّة أشهر ثمّ ترك التعريف فهل يستأنف أو يبني؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: يستأنف. والثاني: يبني عليها[٦]. وهو الأقوى؛ لأنّه ليس في الخبر أكثر من أن

(١ و٢) كالشافعي في أحد قوليه، وبعض الشافعيّة كما في المجموع ١٥: ٢٦٥.

(٣) التهذيب ٦: ١١٦٦/٣٩٠، و١١٩٠/٣٩٥، والفقيه ٣: ٤٠٤٧/٢٩٢ و٤٠٤٨.

(٤) كالشافعي في الأُمّ ٤: ٦٥.

(٥) القائل بوجوب الإشهاد هو أبو حنيفه، والقائل باستحبابه هو أحمد ومالك والشافعي، كما في المغني لابن قدامة ٦: ٣٣٥، والشرح الكبير ٦: ٣٥٥.

(٦) نقل الوجهين في المجموع ١٥: ٢٥٥ و٢٥٦.

يعرّف سنة[١] ولم يقل: «متوالية» أو «متواترة»

فإذا ثبت ذلك فالكلام في ثلاثة أشياء:

أحدها: وقت التعريف. والثاني: كيفيّة التعريف. والثالث: زمان التعريف.

فأمّا وقت التعريف: فإنّه يعرّف بالغداة والعشيّ وقت بروز الناس. ولا يعرّف بالليل، ولا عند الظهيرة والهاجرة الّتي يقيل فيه الناس.

وأما كيفيّة التعريف: فإنّه يقول: من ضاع له لقطة؟ أو يقول: من ضاع له دينار أو درهم، أو يقول مبهماً ولا يفسّره. وهو الأحوط، لأنّه ربما طرح عليه إنسان علامة.

فأمّا الزمان: فإنّه يعرّف في الجماعات والجُمُعات. ويقف على أبواب المساجد الّتي يكون فيها الجماعات، ويعرّف في الأسواق، ويكون أكثر تعريفه في الجمعة الّتي أصابها فيها؛ لأنّ من العادة أنّ من ضاع له شيء فإنّه يهتمّ بطلبه في أوّل الأُسبوع فإذا زاد على ذلك لا يهتمّ به ولا يعرّف في المسجد داخل المسجد؛ لأنّه منهيّ عنه؛ لأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله سمع رجلاً ينشد ضالّة فقال: لا وَجَدتَها! إنّما بنيت المساجد لله تعالى وللصلاة[٢].

فإن كان الواجد ممّن يعرّف بنفسه فعل ذلك، وإن كان ممّن يستعين بغيره فله أن يستعين بغيره في تعريفه، فإن لم يجد من يستعين به فإنّه يستأجر من يعرّفه من ماله ومتى كان قبل الحول فليس له أن يملكها؛ لعموم الأخبار والأمر بتعريفها سنة[٣]. فإذا عرّفها سنة فإن اختار تملّكها ملكها باختياره، لا بحؤول[٤] الحول. ومتى شاء حفظها على صاحبها أو يتملّكها فإنّه يكفي في ذلك النيّة وإن لم يتلفّظ.

---

(١) التهذيب ٦: ٣٨٩/١١٦٣، و٣٩٦/١١٩٤، والسنن الكبرى للبيهقي ٦: ١٨٦ و١٩٢.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ٢: ٤٤٧، والفقيه ١: ٢٣٧/٧١٤، مع تفاوت.

(٣) التهذيب ٦: ٣٩٠/١١٦٥، و٣٩٦/١١٩٤، والاستبصار ٣: ٦٨/٢٢٩.

(٤) خ: بحلول.

وفيهم من قال: لا بدّ من التلفّظ به[١]. والأوّل أصحّ.

فأمّا الكلام في الضمان: نظرت، فإن كان قبل الحول، فإنّه تكون في يده أمانة، فإن جاء صاحبها وهي على حالها أخذها، فإن كان تالفاً فهو من ضمان صاحبها، وإن كان ناقصاً يأخذها ناقصة، وإن كان زائداً أخذها مع الزيادة، سواء كانت متميّزة أو غير متميّزة.

وإن كان بعد الحول، فإنّه لا يملك إلّا باختياره، فإن لم يختره فحكمه حكم ما قبل الحول سواء. وإن اختارها فقد ضمنها، وإن جاء صاحبها قبل أن يتصرّف فيها بعد اختياره كان أحقّ بها، وإن كان بعد التصرّف كان له المثل أو القيمة.

ومن قال: يملكه بغير اختياره[٢] يقول: يكون مضموناً عليه. فإن كان باقياً ردّها، وإن كان تالفاً ردّ مثلها، أو قيمتها إن لم يكن لها مثل. وإن كان زائداً نظرت، فإن كان غير متميّزة، فإنّه يردّها مع الزيادة. وإن كانت متميّزة ردّ الأصل دون الزيادة؛ لأنّها حصلت في ملكه. وإن كان ناقصاً ردّها وردّ الأرش. وفي الناس من قال: هو بالخيار إن شاء أخذها مع أرشها، وإن شاء تركها ويأخذ قيمتها أو مثلها[٣]. والأول أصحّ.

إذا وجد رجلان لقطة، فإنّهما يعرّفان سنةً، فإن جاء صاحبها وإلّا كانت بينهما نصفين على شرط الضمان. وإن رآى رجلان لقطة فسبق أحدهماو أخذها، فإنّه يكون للّذي تناوله لحقّ يده؛ لأنّ يده عليه، وباليد استحقّ التعريف، وبالرؤية لا يستحقّ شيئاً.

---

(١) هو أحد أقوال الشافعي وبعض أصحابه، كما في المجموع ١٥: ٢٦٢، و٢٦٧، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٢٧.

(٢) هذا أحد الأقوال للشافعي، انظر المصادر السابقة.

(٣) راجع المغني لابن قدامة ٦: ٣٣٩ و٣٤٠، والشرح الكبير ٦: ٣٥٩.

وإذا وجد رجل لقطة ثمّ ضاعت منه فوجدها إنسان، فالأوّل أولى من هذا الثاني؛ لأنّ الأوّل لمّا تناولها استحقّ التعريف باليد، والثاني أخذها بغير استحقاق.

وإذا وجد رجل كلباً فإنّه يعرّفه سنة، فإن لم يجئ صاحبه بعد السنة فله أن يصطاد به. فإن تلف في يده فلا يضمنه عند قوم؛ لأنّه لا قيمة له عندهم[١]. وعندنا يضمن؛لأنّ كلب الصيد له قيمة على ما بيّنّاه.

اللقطة: إذا كانت قيمتها دون الدرهم لا يجب تعريفها. وقال قوم: يجب تعريفها سنة قليلاً كان أو كثيراً إلّا ما تعافه النفس[٢]. وفيهم من قدّره بدينار؛ لخبر الدينار الّذي وجده عليّ عليه السلام[٣]. ومن قال: خلافه، قال: لأنّه لقطة وجب تعريف قليله وكثيره[٤].

وفي الناس من قال: إن كان قيمته ما يُقطع فيه[٥] وجب تعريفها، وإن نقص عن ذلك لم يجب تعريفها[٦]. ومنهم من قال: يجب تعريف الجميع إلّاما لا خطر له مثل الكسرة والتمرة والزبيبة[٧] لما روى جابر: أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله رخّص في العصا والسوط والحبل وأشباهها يلتقطها وينتفع بها[٨].

المولّى عليه لسفه أو صغر إذا وجد لقطة له أن يأخذها؛ لأنّ هذا من كسبه وهو

---

(١) كالشافعي في الأُمّ ٣: ١١.

(٢) منهم الخرقي، حيث إنّه لم يفرّق بين يسير اللقطة وكثيرها، كما في المغني لابن قدامة ٦: ٣٢٣، وهو أحد الوجوه الثلاثة في المجموع ١٥: ٢٥٦، استناداً بظاهر عموم الأخبار بأنّه يجب تعريف القليل والكثير من دون فرق.

(٣) هو ثاني الوجوه الّتي ذكرها في المجموع ١٥: ٢٥٦، استناداً إلى خبر عليّ عليه السلام كما رواه أيضاً في المغني ٦: ٣٢٣.

(٤) القائل به هو الخرقي، كما نقلناه عنه. (٥) أي: يُقطع به يد السارق.

(٦) القائل به أبو حنيفة ومالك كما في المغني ٦: ٣٢٣، وهو ثالث الوجوه الذي أورده في المجموع ١٥: ٢٥٦.

(٧) هو ظاهر مذهب الشافعي، كما في المغني ٦: ٣٢٣، والشرح الكبير ٦: ٣١٩.

(٨) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ١٩٥.

غير ممنوع من التكسّب، لكن لا يقرّ في يده؛ لأنّها أمانة وهو ليس بموضع الأمانة وتُسلم إلى وليّه، فالوليّ يعرّفها؛ لأنّه يقوم مقامه، فإن جاء صاحبها ردّها، فإن تلف في يده قبل مجيء صاحبها نظرت، فإن تلف بتفريط من جهته فإنّه يضمنها، وإن تلف بغير تفريط منه فلا يضمنه ويكون من مال صاحبها.

فإن عرّفها سنة ولم يجئ صاحبها نظرت، فإن كان المولى من أهل من يُستقرض له، فإنّه يستقرضه على أنّه إن جاء صاحبها ضمنها[1] بالمثل أو القيمة، وإن لم يكن من أهل من يستقرض له، فإنّه يحفظها ويكون في يد المولى أمانة.

هل للعبد أن يلتقط اللقطة؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: له أن يلتقط كالحرّ المعسر. والثاني: ليس له ذلك. والأوّل أقوى؛ لعموم الأخبار فمن قال: له أن يأخذ، فهو كالحرّ سواء، ثمّ لا يخلو إمّا أن يعلم سيّده أو لم يعلم:

فإن لم يعلم سيّده فله أن يأخذها، فإن أخذها يكون في يده أمانة. فإن عرّفها صحّ تعريفه. فإن هلكت فلا ضمان عليه. فإن عرّفها وحال الحول فليس له أن يتملّكها؛ لأنّ العبد لا يملك، فإنّ تملّكها يكون مثل قرض فاسد يكون مضموناً في رقبته يتبع به إذا أُعتق.

فأمّا إن علم سيّده، فلا يخلو: إمّا أن يتنزع من يده أو يتركه في يده، فإن انتزعه له ذلك؛ لأنّ هذا من كسب العبد. ثمّ نظرت، فإن عرّفها عبده فإنّه يبني على تعريفه ولا يستأنف. وإن لم يعرّف العبد، فإنّه يعرّفها حولاً، فإن جاء صاحبها، وإلّا فهو بالخيار بين الحفظ والتملّك والتصدّق على ما مضى.

وإن تركها في يده، فلا يخلو: إمّا أن يكون العبد أميناً، أو غير أمين. فإن كان أميناً فله ذلك، ويكون أمانة ويعرّفها على ما مضى. وإن كان العبد غير أمين وتركه في يده فإنّه يكون في ضمان السيّد لا في رقبة العبد؛ لأنّ السيّد كان قادراً على

---

(١) ط: إن جاء صاحبها ردّها بعينها أو.

انتزاعه من يده، فلمّا تركه في يده تعدّى بتركه، فصار كما لو وجدها وسلّمها إلى فاسق فإنّه يضمنها.

فأمّا من قال: ليس له أن يأخذها، فإن أخذها يكون مضموناً عليه، كالغاصب ويتعلّق برقبته، فإن عرّفها لم يصحّ تعريفه.

فإن علم سيّده فلا يخلو حال السيّد من ثلاثة أحوال: إمّا أن ينتزعها من يده، أو يتركها، أو يهملها. فإن أخذها زال الضمان عن العبد ولا يعتدّ بتعريف العبد، بل يستأنف تعريفه سنة. فإن جاء صاحبها وإلّا فهو مخيّر بين الثلاثة أشياء على ما مضى. فإن كان العبد غير أمين وتركه في يده، فإنّ الضمان يسقط عن العبد ويتعلّق برقبة السيّد؛ لأنّه كان قادراً على انتزاعه. فإن أفلس السيّد فإنّ صاحب اللقطة يضرب مع الغرماء، لا يرجع في رقبة العبد.

وإن أهمله ولم ينزعه فهل يتعلّق الضمان برقبة العبد، أو برقبة العبد وذمّة السيّد؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: يتعلّق برقبة العبد وذمّة السيّد. والثاني: يتعلّق برقبة العبد.

ومن قال: الضمان يتعلّق برقبة العبد، قال: إنّ صاحب اللقطة يرجع في رقبته، فإن كان وفقاً لقيمة اللقطة أخذه، وإن كان ينقص منه فليس له إلّا ذلك، وإن مات العبد سقط حقّه.

ومن قال: يتعلّق بذمّة السيّد ورقبة العبد، فإنّ صاحب اللقطة إن شاء رجع في رقبة العبد وإن شاء رجع في ذمّة السيّد. فإن كان قيمة اللقطة أكثر من قيمة العبد فإنّه يرجع بالزيادة على السيّد. وإن مات العبد رجع على السيّد بجميع قيمتها.

عبد وجد لقطة ولم يعلم به سيّده فأعتقه، ما الّذي يفعل باللقطة؟ مبنيّ على هذين القولين، فمن قال: للعبد أخذها، فإنّ السيّد يأخذها منه؛ لأنّ هذا من كسبه كالصيد. ومن قال: ليس للعبد أخذها، فهو متعدٍّ، فلمّا أعتقه صار كأنّه وجده في

الحال ليس للسيّد أخذها منه؛ لأنّه صار ممّن يصحّ منه التملّك، وللعبد أن يعرّفه فإذا حال الحول له أن يتملّكه.

يكره للفاسق أن يأخذ اللقطة؛ لأنّه ربّما تشره نفسه ويتملّكه قبل التعريف وقبل الحول. فإن أخذها قيل: فيه وجهان، أحدهما: يتركه في يده ويضمّ إليه آخر[١]. والثاني: ينتزع من يده ويدفع إلى أمين الحاكم[٢] ويقوى في نفسي أن يترك في يده؛ لأنّه لا دليل على وجوب نزعه منه.

فمن قال: تدفع إلى أمين الحاكم، قال: إذا جاء الحول من أولى بالتعريف؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: الملتقط. والثاني: أمين الحاكم. والأوّل أصحّ؛ لما بيّنّاه.

ومن قال: لا ينتزع، فإنّه يضمّ إليه آخر ليعرّفه ـ كرجل ضعيف وجد اللقطة ولا يقدر على تعريفها، فإنّه يضمّ إليه آخر على القولين معاً ـ فإنّه يتملّك هذا الفاسق؛ لأنّ في باب التملّك الفاسق وغير الفاسق سواء.

ومتى وجد لقطة بمكّة أو في الحرم وجب أن يعرّفها سنة، فإن وجد صاحبها، وإلّا فهو مخيّر بين شيئين: بين أن يتصدّق بها عن صاحبها بشرط الضمان، أو يحفظها عليه، وليس له أن يتملّكها. ولا خلاف أنّ له أن يأخذها ليحفظها على صاحبها، فأمّا إن أراد أخذها ليتملّكها، قال قوم: ليس له[٣] لمثل ما قلناه، وقال شاذّ منهم: يجوز له ذلك[٤].

---

(١) هو مختار ابن قدامة في المغني ٦: ٣٦٢، والشافعي في أحد قوليه، راجع الشرح الكبير ٦: ٣٦٩.

(٢) هو أحد قولي الشافعي، راجع الأُمّ ٤: ٦٦، والمجموع ١٥: ٢٨١.

(٣) منهم أحمد وعبدالرحمن بن مهدي وأبوعبيد والشافعي في أحد قوليه، كما في المغني لابن قدامة ٦: ٣٣٢، والحاوي الكبير ٨: ٤.

(٤) منهم الخرقي وابن عمر وابن عبّاس وعائشة وابن مسيّب ومالك وأبوحنيفة، كما في المغني لابن قدامة ٦: ٣٣٢، وقال بعض أصحاب الشافعيّة: مكّة وغيرها سواء كما في الحاوي الكبير ٨: ٥.

وإنّما قلنا ما اخترناه لإجماع الفرقة وأخبارهم[١]. وروي عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه قال في مكّة: لا ينفّر صيدها، ولا يعضد شجرها، ولا يختلى خلاها، ولا تحلّ لقطتها إلّا لمنشد[٢].

يعني لمعرّف، يقال: نشد ينشد إذا طلبه ووجده، وأنشده إذا عرّفه.

وأيضاً قوله تعالى: ﴿أو لم يروا أنّا جعلنا حرماً آمِناً...﴾ الآية[٣] فإذا وصفه بأنّه يكون حرماً فلا يجوز التقاط ما يسقط فيه.

يجوز للمكاتب والمدبّر وأُمّ الولد أخذ اللقطة. وقال قوم: لا يجوز لهم ذلك. والأوّل أصحّ؛ لعموم الأخبار فإذا أخذها المكاتب عرّفها، فإذا حال الحول إن شاء أن يتملّكها فعل، وإن شاء أن يحفظها على صاحبها فعل، كما قلنا في الحرّ.

ومن قال «المكاتب كالعبد ولا يجوز للعبد أخذها» قال: إن أخذها كان متعدّياً، و ليس لسيّده أخذه منه؛ لأنّه لا ولاية له عليه. وللحاكم أن ينتزع من يده ويعرّفها، وإذا حال الحول ولم ير الحاكم صاحبها ردّها إلى المكاتب، والمكاتب بالخيار إن شاء تملّكها، وإن شاء حفظها على صاحبها؛ لأنّه ممّن يصحّ أن يتملّك. وفي الناس من قال: هو كالحرّ، كما قلناه.

إذا كان العبد نصفه حرّاً ونصفه مملوكاً جاز له أن يأخذ اللقطة، وفيهم من قال: ليس له ذلك. فإذا ثبت جوازه، فإن لم يكن بينهما مهايأة فإنّهما كالرجلين إذا وجدا شيئاً يعرّفانه، فإذا حال الحول إن شاءا تملّكا وكان بينهما نصفين. وإن كان بينهما مهايأة إمّا مهايأة في الكسب المعتاد ـ مثل الصياغة والخياطة ـ فإنّه يجوز. وإن كان بينهما مهايأة في كسب غير معتاد ـ مثل الالتقاط والركاز ـ فهل تصحّ المهايأة؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: تصحّ المهاياة. والثاني: لا تصحّ. ومنصوص

---

(١) التهذيب ٥: ٤٢١/١٤٦٢ و ١٤٦٤، الكافي ٤: ٢٣٨/١.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ٥: ١٩٥.

(٣) العنكبوت: ٦٧.

أصحابنا أنّه تصحّ المهاياة ولم يفصّلوا.

فمن قال: لا تصحّ المهايأة، قال: كأنّه لم يكن بينهما مهايأة، فيكون كرجلين وجدا لقطة يعرّفان سنة، ثمّ إن شاءا يتملّكان أو يحفظان على أصحابه. ومن قال: تصحّ المهايأة، فإن وجدها في يوم سيّده فإنّها تكون لسيّده ويعرّفها السيّد. فإذا حال الحول إن شاء تملّكها وإن شاء حفظها وإن شاء تصدّق بها بشرط الضمان. وإن وجدها في يوم نفسه فإذا حال الحول يتملّكها إن شاء بشرط الضمان، أو يتصدّق بذلك، أو يحفظها على صاحبها.

أُمّ الولد يجوز لها أن تلتقط عندنا، لعموم الأخبار. وفي الناس من قال: ليس لها ذلك مثل العبد، غير أنّه إذا تلف في يد العبد بتعدّيه تعلّق ذلك برقبته، وإن تلف في يدها كان الضمان على سيّدها؛ لأنّ السيّد بوطئه منعها من بيعها ولم يبلغ بها حدّاً يتعلّق الجناية برقبتها. والّذي يقتضيه مذهبنا أنّه يتعلّق الجناية برقبتها. مثل العبد؛ لأنّها مملوكة.

إذا وجد عبداً فلا يخلو: إمّا أن يكون صغيراً، أو مراهقاً كبيراً. فإن كان صغيراً له أن يلتقطه بعد أن يعلم أنّه عبد؛ لأنّه يجري مجرى المال. وإن كان مراهقاً كبيراً مميّزاً فإنّه كالضوالّ، مثل الإبل والخيل ليس له أن يلتقطه. فإن أخذه يرفعه إلى الحاكم ويأخذه الحاكم، فإن كان الحظّ في حفظه حفظه وينفق عليه حتّى يجيء صاحبه، وإن كان الحظّ في بيعه باعه وحفظ ثمنه على صاحبه.

فإن جاء صاحبه وقال: «كنت أعتقته قبل هذا» فهل يقبل إقراره أم لا؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: يقبل؛ لأنّه غير متّهم في هذا لأنّه يقول: «لا أُريد الثمن». والثاني: لا يقبل قوله؛ لأنّ بيع الحاكم كبيعه. ولو باعه ثمّ قال: «كنت أعتقته قبل البيع» لم يقبل قوله. والأوّل أصحّ. والفرق بين بيعه وبيع الحاكم: أنّه إذا أقرّ ببيع نفسه فإنّه يكذّب نفسه وليس كذلك بيع الحاكم؛ لأنّه لا يكذّب نفسه، وإذا أقام

البيّنة بالعتق قبلت بيّنته.

إذا وجد لقطة وجاء رجل ووصفها، فإنّه لا يخلو: أن يكون معه بيّنة، أولم يكن معه بيّنة. فإن وصفها ومعه بيّنة فإنّه يعطيه بها، وإن كان معه شاهد واحد حلف معه، وإن لم يكن معه بيّنة فإنّه لا يعطيه. وإن وصفها ولم يكن معه بيّنة ووصف عفاصها ووكاءها وذكر وزنها وعددها وحِلْيتها ووقع في قلبه أنّه صادق يجوز أن يعطيه، وأمّا اللزوم فلا يلزمه الدفع إليه. وقال قوم شذاذ: يلزمه أن يعطيه إذا وصفها[1] والأوّل أصحّ؛ لأنّه لا دلالة على وجوب تسليمها إليه.

فإذا ثبت ذلك ووصفها إنسان وقلنا: يجوز أن يسلّمها إليه، فأعطاه، ثمّ جاء آخر وأقام بيّنة بأنّها كانت له، فلا يخلو: إمّا أن يكون العين باقية، أو تالفة.

فإن كانت باقية فإنّه يأخذها؛ لأنّه أقام البيّنة وليس عليه أكثر من إقامتها.

وإن كان تالفاً[2] فلا يخلو: إمّا أن يكون ردّها بحكم الحاكم، أو بغير حكمه.

فإن ردّها بغير حكم الحاكم فإنّ صاحبها بالخيار، إن شاء طالب الملتقط، وإن شاء طالب الآخذ؛ لأنّه أخذه بغير حقّ. وإن طالب الآخذ وأخذ منه فإنّ الآخذ لا يرجع على الملتقط بكلّ حال. وإن طالب الملتقط فأخذ منه القيمة، فهل يرجع الملتقط على الآخذ أم لا؟ نظرت، فإن قال: «الّذي دفعت إليه صاحبها» لم يرجع على الآخذ؛ لأنّه يقول: «إنّي دفعت إلى صاحبها وظلموني بالغرامة». و إن قال: «كان يغلب في ظنّي أنّه صاحبها» فإنّه يرجع على الآخذ؛ لأنّه لا يدّعي أنّه صاحبها.

وإن كان دفعها بحكم الحاكم، فإن كان الحاكم ممّن يرى وجوب الردّ بالوصف فإنّ صاحبها لا يطالب الملتقط؛ لأنّ ذلك دفعه بحكم الحاكم أو إجباره، وتبقى الخصومة بين الآخذ والمدّعي الّذي معه البيّنة.

---

(١) منهم مالك وأحمد حيث قالا: يجبر على دفعها، كما في الحاوي الكبير ٨: ٢٣، وابن القاسم في المدوّنة الكبرى ٦: ١٧٤.

(٢) كذا في النسخ، والمناسب: وإن كانت تالفة.

هذا على مذهب من يقول بالاجتهاد. فأمّا على مذهبنا فإنّ حكمه باطل، وله الرجوع على الآخذ على كلّ حال.

وأمّا إن أقام البيّنة وردّها بالبيّنة، ثمّ جاء آخر وأقام البيّنة بأنّها له، فإن كان قد ردّها لا بحكم الحاكم فإنّه يضمن للمدّعي الثاني؛ لأنّه دفع باجتهاد نفسه والاجتهاد في هذا إلى الحاكم لا إليه؛ لأنّه يجوز أن يكون البيّنتان صادقتين ويجوز أن تكونا كاذبتين. والّذي يقتضيه مذهبنا أنّه يستعمل القرعة.

وإن دفعه بحكم الحاكم، فإن كان قبل الحول وقبل أن يتملّكها فإنّه لا ضمان عليه، وبقي الخلاف بين المدّعي الأوّل والمدّعي الثاني. وإن دفعه بعد الحول وبعد التصرّف فإنّه يضمن للثاني؛ لأنّ هذا ليس عين ماله فلمّا أجبره الحاكم بدفع القيمة بقي عين هذا المدّعى في رقبته؛ لأنّ ما دفعه إلى الأوّل ليس بعين ماله.

ومتى وجد ذمّي لقطة في دار الإسلام له أن يلتقطها؛ لعموم الأخبار. ومنهم من قال: ليس له؛ لأنّها أمانة وليس الذمّيّ من أهل الأمانة[1].

فإذا ثبت أنّ له أن يأخذها فإنّه يعرّفها سنة، فإذا حال الحول إن شاء تملّكها، أو تصدّق بها بشرط الضمان فعل. ومن قال: ليس له أن يلتقطها، قال: فهو متعدّ في أخذها والحاكم ينتزع من يده، فإن تلف قبل أن يسلّم إلى الحاكم لم يلزمه الضمان.

رجل وجد لقطة فادّعى عليه آخر أنّ هذه اللقطة لي ومعه شاهد واحد، فإنّه يحلف مع الشاهد ويستحقّ اللقطة.

رجل في يده عبد، فادّعى آخر بأنّ هذا العبد لي وأقام شاهدين على ذلك، قال الّذي في يده العبد: «هذا العبد اشتريت من فلان الغائب، ولي بيّنة غائبة حتّى تجيء وأُقيمها» فإنّه يسلّم العبد إلى الّذي أقام البيّنة؛ لأنّه لا يعجز أحد من المدّعى عليه أن يقول: «لي بيّنة غائبة حتّى تجيء» فيؤدّي ذلك إلى وقوف الأحكام.

---

(١) قاله بعض أصحاب الشافعي، راجع المغني لابن قدامة ٦: ٣٦٢، والمجموع ١٥: ٢٨٣.

فإن جاءت البيّنة نظرت، فإن كانت عادلة حكمنا له وانتزعت من يد المدّعي ودفع إليه، لأنّه كان يده عليه فيتعارض البيّنتان وحكمنا له باليد الّذي كان له.

وقال قوم: يلزم[١] الملتقط الضمان وقت مطالبة صاحبها[٢] لقوله عليه السلام: من وجد لقطة فليشهد ذا عدل ولا يكتم ولا يغيّب، فإن جاء صاحبها فليردّها، وإلّا فهو مال الله يورثه من يشاء[٣].

وقال آخرون: اللقطة بعد الحول تجري مجرى القرض، والقرض يلزم بنفس القرض لا بمطالبة المقرض[٤]. والأوّل أقوى.

متى مات الملتقط فإنّها تنتقل إلى الورثة، وحكمه حكم الملتقط سواء.

رجل ضاع منه عبد فوُجد بمصر، فجاء صاحب العبد إلى حاكم مكّة فقال: ضاع لي عبد من حاله وقصّته وذكر صفته، وأقام بذلك شاهدين بأنّه ضاع منه عبد من حاله وقصّته ولا يعلم أنّه زال ملكه عنه إلى هذه الغاية، فسأل الحاكم ليكتب إلى حاكم مصر فإنّه يكتب معه ويقول: «حضر فلان بن فلان الفلاني وادّعى أنّه ضاع منه عبد من صفته وقصّته وأقام على ذلك عندي شاهدين عدلين» أو يقول: «وأقام فلاناً وفلاناً» إذا كان يعرفهما، ودفع إليه الكتاب، فجاء إلى مصر فقرأ الحاكم كتابه، فإنّه لا يسلّم العبد إليه؛ لأنّ الصفة تشبه الصفة ويطابق الصفة الصفة، ويجوز أن يكون عبد آخر يوجد فيه هذه الأوصاف.

فإن حضر الشاهدان اللّذان كانا بمكّة فشهدا فقالا: «هذا العبد لهذا الرجل» فإنّه يسلّم إليه؛ لأنّهما شهدا على عين، وفي الأوّل شهدا على صفة.

فإن جاء صاحب العبد وأشار على الحاكم حتّى يبيع هذا العبد في الضوالّ

---

(١) ط: لم يلزم. (٢) راجع الأُمّ ٤: ٦٦، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٢٦.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ١٩٣.

(٤) لم نعثر على القائلين به في كتب العامّة. ويمكن استفادة ذلك من كلام المفيد في المقنعة: ٦٤٦، والحلبي في الكافي: ٣٥١، وسلّار في المراسم: ٢٠٦، وابن البرّاج في جواهر الفقه: ١٤١.

فأجابه، فنصب هذا صاحب العبد أميناً فاشترى العبد من الحاكم، فلمّا اشتراه حمله إلى مكّة فشهد شاهدان بأنّه عبده وقبل الحاكم شهادتهما، فإنّه يبرأ الّذي اشتراه يعني أمينه ويتبيّن أنّ بيع الحاكم كان باطلاً؛ لأنّه كان عبده واشترى عبد نفسه. ثمّ نظرت، فإن لم يدفع الثمن فإنّه لا يدفعه، وإن كان دفعه استرجع ممّن دفعه إليه.

وإن جعل الحاكم في عنق العبد ختماً من رصاص، ويجعله في عنقه من حيث لا يمكنه أن يخرج رأسه منه يجعله مثل القلادة، وسلّمه إليه ويجعله في ضمانه وينفذه إلى حاكم مكّة، فإن شهدا بأنّه عبده، فإنّه يكون عبده ويكتب إلى حاكم مصر ويبرأ الذي اشتراه. فأمّا إن لم يشهد الشهود يلزمه الردّ إلى مصر، فإن تلف في المجيء قبل وصوله إلى مكّة أو تلف في الرجوع، فإنّه يلزمه الضمان. وإن تلف العبد وأفلس المدّعي فلا يكون له ذمّة يرجع إليه، ويلزمه ضمان ما عطّل من كسب هذا العبد ومنفعة هذه المدّة. وكذلك حكم الأمة سواء.

من ضاع له ضالّة أو سلعة أو متاع يجوز له أن يجعل له جُعْلاً لمن جاء به. وهكذا إن قال: «من يبني داري هذه فله كذا» أو يقول: «من يخيط ثوبي هذا فله كذا» فإنّه جائز؛ لقوله تعالى: ﴿ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم﴾[1].

فإذا ثبت هذا، فإنّه يجوز أن يكون العمل منه مجهولاً والمدّة مجهولة؛ لأنّ هذا من العقود الجائزة لا اللازمة كالعارية. وأمّا العوض فلا بدّ من أن يكون معلوماً.

فإذا ثبت هذا، فإنّ هذه الجعالة قبل الشروع فيها جائزة من الطرفين، ومتى تلبّس بها فالمجعول له بالخيار: إن شاء أتمّ وإن شاء رجع. فإن لم يتمّ وتبرّأ بعد الشروع فله ذلك، وقد أبطل المنفعة على نفسه. وإن أراد الجاعل الرجوع بعد أن تلبّس بها فليس له ذلك إلّا أن يبذل له أُجرة ما قد عمل.

من جاء بضالّة إنسان أو بآبقه أو بلقطة من غير جُعل ولم يشرط فيه، فإنّه

---

(١) يوسف: ٧٢.

لا يستحقّ شيئاً، سواء كان ضالّة أو آبقاً أو لقطة، قليلاً كان ثمنه أو كثيراً، سواء كان معروفاً بردّ الضوالّ أو لم يكن، وسواء جاء به من طريق بعيدة تقصر الصلاة إليه أو جاء به من طريق دون ذلك.

وقال بعضهم: إن كان معروفاً بردّ الضوالّ وممّن يستأجر لردّه فإنّه يستحقّ الجعل، وإن لم يكن معروفاً لم يستحقّ[١].

وقال قوم: إن كان ضوالّ أو لقطة فإنّه لا يستحقّ الأُجرة. وإن كان آبقاً، فإن جاء به من مسيرة ثلاثة أيّام وكان ثمنه أربعين درهماً وزيادة، فإنّه متى جمع هذين الشرطين فإنّه يستحقّ أربعين درهماً، وإن أخلّ بهذين الشرطين فإن جاء به من مسيرة أقلّ من ثلاثة أيّام فبحسابه: إن جاء به من مسيرة يوم استحقّ ثُلث أربعين، وإن جاء به من مسيرة يومين ثُلثين. وإن كان أقلّ ثمناً من أربعين ينقص من قيمته درهماً ويستحقّ الباقي، فإن كان قيمته أربعين استحقّ تسعة وثلاثين، وإن كان ثلاثين استحقّ تسعة وعشرين، وعلى هذا إن سوّى درهماً فلا يستحقّ شيئاً[٢].

قال أبو يوسف: يستحقّ أربعين ولو سوى درهماً، قال: والقياس أن لا يستحقّ شيئاً لكن يعطى أربعين استحساناً[٣]. وأوّل الأقوال أصحّ وأقرب إلى السداد.

وقد روى أصحابنا فيمن ردّ عبداً أربعين درهماً قيمته، أربعة دنانير[٤] ولم يفصّلوا ولم يذكروا في غيره شيئاً، وهذا على جهة الأفضل لا الوجوب.

رجل له عبد آبق، فجاء به إنسان فقال المشروط له: «شارطتني على جُعْل

---

(١) الشافعي في الأُمّ ٤: ٧١، وراجع المجموع ١٥: ١١٤ و١١٨.

(٢) منهم أبو حنيفة، كما في المبسوط للسرخسي ١١: ٢١، واللباب ٢: ١٦٦ والمغني لابن قدامة ٦: ٣٥٦.

(٣) نقله عنه السرخسي في المبسوط ١١: ٣٢، وابن قدامة في المغني ٦: ٣٥٦.

(٤) لم نقف إلّا على ما أورده نفسه عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنّه جَعَل في جُعل الآبق ديناراً إذا أخذه في مصره، وإن أخذه في غير مصره فأربعة دنانير، التهذيب ٦: ٣٩٨/١٢٠٣.

فأنا أستحقّ الأُجرة عليك» فقال الجاعل: «ما شارطتك على جُعْل» فإنّ القول قول الجاعل مع يمينه؛ لأنّ المجعول له يدّعي إحداث شرط والأصل ألّا شرط.

من له عبدان آبقان، فقال لرجل: «إن جئتني بعبدي الفلاني فلك كذا» فجاء بأحد عبدين، ثمّ اختلفا فقال الجاعل: «ما شارطتك على هذا ولكن شارطتك على الآخر» وقال المجعول له: «بل شارطتني على هذا» فهذه في التقدير كالمسألة قبلها؛ لأنّ الأصل ألّا شرط، فالقول قول الجاعل مع يمينه.

إذا قال: «إن جئتني بعبدي الآبق فلك كذا» فجاء به ثمّ اختلفا فقال المجعول له: «شارطتني على دينار» وقال الجاعل: «شارطتك على نصف دينار» فهذا خلاف في قدر الأُجرة، قال قوم: يتحالفان؛ لأنّ الخلاف إذا وقع في قدر العوض الّذي عقد عليه أوجب التحالف كالمتبايعين ويفسخ العقد ويستحقّ أُجرة المثل[1]. والّذي يقتضيه مذهبنا: أنّ له أُجرة المثل مع يمين الجاعل؛ لأنّه المدّعى عليه.

لو قال: «من جاء بعبدي الآبق فله دينار» فجاء به واحد، فإنّه يستحقّ ديناراً، و إن جاء به اثنان استحقّا ديناراً. وكذلك القول في الثلاثة وما زاد عليه لكلّ واحد ما يصيبه.

ولو قال: «من دخل داري فله دينار» فدخله اثنان فصاعداً، يستحقّ كلّ واحد ديناراً. والفرق بينهما أنّ من قال: «من دخل داري فله كذا» علّق الاستحقاق بالدخول وقد وجد من كلّ واحد منهم ذلك فاستحقّه، وليس كذلك الردّ؛ لأنّه علّق الاستحقاق بردّه ولم يردّه كلّ واحد منهم وإنّما جاء به جميعهم، فبجميعهم حصل المقصود فلهم كلّهم الأُجرة؛ لأنّ السبب وجد من جميعهم ولم يوجد من كلّ واحد على الانفراد.

وإذا قال: «من جاءني بعبدي الآبق فله ثوب، أو له دابّة» فجاء به رجل، فإنّه يستحقّ أُجرة المثل؛ لأنّ العقد فاسد؛ لأنّ الأُجرة مجهولة. فإن جاء به ثلاثة استحقّ كلّ واحد منهم ثُلث أُجرة المثل.

---

(١) القائل به هو الشافعي وأتباعه، كما في المجموع ١٥: ١٢٤، ومغني المحتاج ٢: ٤٣٤.

ولو قال لواحد: «إن جئتني بعبدي الآبق فلك ثوب» وقال لآخر: «إن جئتني به فلك عشرة» وقال لآخر: «إن جئتني به فلك عشرون» وقال لآخر: «فلك الثلاثون» فجاؤوا به، فلكلّ واحد منهم ثُلث ما سمّاه. وهكذا إن سوّى فقال: لكلّ واحد: «إن جئتني بعبدي فلك عشرة» فلكلّ واحد ثُلث العشرة.

وإن كان سمّى لبعضهم مجهولاً ولبعضهم معلوماً، مثل أن يقول لواحد: «إن جئتني بعبدي الآبق فلك ثوب» وقال لآخر: «إن جئتني به فلك عشرة» ولآخر «عشرون» فجاؤوا به، فإنّ لمن جعل له مجهولاً ثُلثَ أُجرة مثله، ولمن جعل له معلوماً ثلثَ المسمّى.

وإن قال لواحد: «إن جئتني بعبدي فلك دينار» فجاء به هو وغيره، فإنّ هذا الّذي عيّنه يستحقّ نصف الدينار، ولا يستحقّ الآخر شيئاً؛ لأنّه تطوّع به. وعلى ما قلناه يستحقّ نصف أُجرة المثل. وهكذا إن جاء به ومعه رجلان آخران فإنّ هذا يستحقّ ثلث الدينار؛ لأنّه عمل ثُلث العمل ولا يستحقّ الآخران شيئاً.

ولو قال: «من جاءني بعبد آبق من البصرة فله دينار» فجاء به من واسط، فإنّه يستحقّ نصف دينار؛ لأنّه عمل نصف العمل. ولو قال: «إن جئتني بعبدي فلك كذا» فجاء به إلى باب البلد ثمّ هرب؛ فإنّه لا يستحقّ شيئاً؛ لأنّه ما جاء به، لأنّ المقصود من المجيء به التسليم.

وإذا وجد طعاماً رطباً لا يبقى فهو بالخيار بين أن يقوّمه على نفسه ويضمن ثمنه لصاحبه إذا جاء، وبين أن يبيعه ويحفظه على صاحبه، أو يتصدّق به، على ما قلناه من شرط الضمان. وفيهم من رجّح البيع على الأكل[1] لأنّه أشبه بأحكام

---

(١) كالشافعي في مختصر المزني: ١٣٦، والنووي بعد أن نقل الاحتمالات الثلاثة قال: وخرّج المزني فيه قولاً آخر أنّه يلزمه البيع ولا يجوز الأكل، راجع المجموع ١٥: ٢٧٨، وفي الحاوي ٨: ٢٥ نسبه إلى المزني.

اللقطة. وتعريف السنة لا يسقط بلا خلاف، وينبغي أن يعرّف الطعام لا القيمة؛ لأنّ القيمة لا يقف عليها صاحب الطعام.

وهل يلزمه أن يعزل القيمة في الحول أم لا؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: لا يلزمه؛ لأنّه كالمقبوض[١]. الثاني: يلزمه أن يعزل القيمة في الحول؛ لأنّ ذلك من مقتضى اللقطة فإنّه لا يجوز التملّك إلّا بعد السنة[٢] وهذا أحوط.

وفائدة ذلك: أنّه إذا عزله ليس له أن يتصرّف فيه بنفسه، ولا لورثته إن مات أو أفلس. فإن جاء صاحبه رجع في عين ماله؛ لأنّه في يده أمانة. فإن تلف يكون من مال صاحب اللقطة. ومن قال: لا يلزمه أن يعزله؛ فإن جاء صاحبه ولم يعزله وكان هذا مفلّساً ضرب مع الغرماء، وإن كان قد عزله فكأنّه لم يعزل، وكأنّه عزل من مال نفسه[٣].

فأمّا إن باعه واختار البيع نظرت، فإن لم يكن الحاكم في البلد فباع، أو كان الحاكم وأمره ببيعه، أو نصب أميناً يبيعه فباعه، فإنّه يعرّف الثمن، فإن جاء صاحبه ووجد عين ماله فإنّه لا يرجع في العين، وإنّما له الثمن.

فأمّا إن باعه هو والحاكم ببلده فالبيع باطل؛ لأنّ هذا لا يلي بيعه، فإذا جاء صاحبه فإن وجد عين ماله أخذه وإن لم يجده نظرت، فإن كان الثمن وفق القيمة أخذه، وإن كان أكثر من قيمته فإنّه يردّ تلك الزيادة، وإن كان أقلّ فهو بالخيار: إن شاء أخذ ناقصاً، وإن شاء أخذ القيمة.

[١]
فصل في حكم اللقيط وما يوجد معه

المنبوذ والملقوط واللقيط: بمعنى واحد. وأخذ الملقوط واجب وهو فرض

(١ و٢) أوردهما في الحاوي الكبير ٨: ٢٥.

(٣) الأوّل مختار الماوردي، والثاني نسبه إلى ابن أبي هريرة، راجع الحاوي الكبير ٨: ٢٥.

على الكفاية، مثل الصلاة على الجنازة ودفن الموتى، لقوله تعالى:﴿وتعاونوا على البرّ والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾[١]. وأخذه من البرّ وتركه من الإثم. وقوله تعالى: ﴿وافعلوا الخير﴾[٢]. وأخذه من الخير، ولأنّه في معنى المضطرّ؛ لأنّه احتاج الحضانة والكسوة والطعام، وإطعام المضطرّ واجب بلا خلاف.

فإذا ثبت، فإنّه يَملك هذا الصغير كما يملك الكبير، وله يد كما أنّ للكبير يداً، ويملك بالإرث والوصيّة، فإنّه يوصى له ويقبل الوليّ وصيّته. وكلّ من ثبت ملكه ثبت يده كالكبير، غير أنّ الكبير أرفع حالاً في باب التملّك من الصغير؛ لأنّه يملك التصرّف بالبيع والشراء ويملك بالاختيار والصغير يملك بلا اختيار. فكلّ ما كان ملكاً للكبير جاز أن يكون ملكاً للصغير، وكلّ ما كان يد الكبير عليه، كذلك يد الصغير عليه، وصحّ ملكه كالكبير.

فإذا ثبت أنّه يصحّ ملكه، فكيف ينفق عليه؟ سنذكره فيما بعد. ثمّ يُنظر فيه فإنّ كلّ ما كان عليه من الثياب ـ مثل العمامة والقميص ـ فإنّ يده عليه، وما كان مفروشاً وما كان مطروحاً عليه يكون يده عليه، وما كان تحت رأسه ـ مثل صرّة فيها دنانير أو دراهم ـ فإنّه يثبت يده عليه وإن كان مشدوداً في يده.

وإن كان دابّة مشدودة في رجله فإنّ يده عليها. وإن كان على فرس مشدود فإنّ الفرس له وجميع ما على الفرس يكون يده عليه، وكلّ ما كان مشدوداً على الفرس فإنّ يده عليه.

فإن وجد في بريّة في خيمة أو فِسْطاط، فإنّ الخيمة والفِسْطاط وما فيهما يكون له ويده عليه.

ولو جاز أن يكون داراً لا مالك لها يوجد في تلك الدار، فإنّها تكون له كالخيمة.

---

(١) المائدة: ٢.
(٢) الحجّ: ٧٧.

فأمّا ما كان مدفوناً تحته فإنّه لا يكون يده عليه؛ لأنّ بينه حائلاً كالكنز. وكذا ما كان بعيداً منه، مثل رِزْمة[١] ثياب أو صُرّة أو دابّة بعيدة منه، فإنّه لا يكون يده عليه. وهذا كلّه لا خلاف فيه.

فأمّا ما كان قريباً منه ـ مثل أن يكون بين يديه صرّة أو رِزْمة ـ فهل يحكم بأنّ يده عليه أم لا؟ قيل: فيه وجهان:

أحدهما: لا تكون يده عليه؛ لأنّ اليد يدان يد مشاهدة ويد حكميّة، فيد المشاهدة ما كان متمسّكاً به ويمسك بيده. ويد الحكميّ ما كان في بيته ويتصرّف فيه، وهذا ليس بأحدهما[٢].

والوجه الثاني: تكون يده عليه؛ لأنّ العادة جرت بأن يكون ما بين يديه يكون يده عليه، مثل البنيكة[٣] بين يدي الطوّاف[٤] والميزان وغيرهما فإنّ يده عليه[٥]. وهذا أقوى.

وفي الناس من قال: لو كان هذا المنبوذ مطروحاً على دكّة فما يكون على الدكّة يكون يده عليه[٦]. فإذا ثبت هذا، فإنّه لا يخلو أن يوجد في ملك إنسان، أو في غير ملك:

فإن وجد في ملك الغير، فإنّ ما يكون معه لصاحب الملك، كرجل وجد ثوباً في دار رجل، فإنّه يكون لصاحب الدار.

فأمّا إن وجده في طريق نظرت، فإن كان في طريق منشاة وكان ممّا لا يجوز

---

(١) الرِزْمة من الثياب وغيرها: ما جمع وشدّ معاً.

(٢) راجع المجموع ١٥: ٢٨٤، ومختصر المزني: ١٣٦.

(٣) البنيكة تصغير بُنَك بالضمّ ثُمّ الفتح ـ وهو معرّب «بُنه» بالفارسيّة وهو مجمع الأثاث، أو هو معرّب بنگه مخفّف بنگاه بمعنى پيش‌خان.

(٤) هكذا في النسخ، ولكن في جواهر الكلام بعد أن حكى كلام الشيخ عن المبسوط أورد «الصرّاف» بدل« الطوّاف».

(٥) راجع المجموع ١٥: ٢٨٤.

(٦) هذا أحد الوجهين للشافعيّة، كما في الحاوي الكبير ٨: ٣٥.

أن يبقى من الجاهلي، مثل الحيوان والطعام والثياب، فكلّ ما كان حيواناً حكمه حكم الضوالّ، ويلحق بالضوالّ. وما يكون من الطعام وغيره يكون حكمه حكم اللقطة.

وإن وجده في طريق موات وكان ضَرْب الجاهليّة، فإن كان على وجه الأرض يكون لقطة، وإن كان مدفوناً في أرض ميتة فلا يخلو من ثلاثة أقسام: أحدها: أن يكون من ضَرْب الإسلام. والثاني: ما يكون من ضَرْب الجاهليّة. والثالث: ما لا يعرف هل هو من ضرب الإسلام، أو من ضرب الجاهليّة:

فإن كان من ضرب الإسلام فإنّه يكون لقطة. وما كان من ضرب الجاهليّة يكون حكمه حكم الركاز فخمسه لأهل الخمس والباقي للواجد. الثالث إذا كانت آنية لا يعرف أنّها من ضرب الإسلام أو من ضرب الجاهليّة، فإنّه يحكم له بحكم الركاز لأنّه لا يعرف صاحبه ووُجد مدفوناً أُلحق بالركاز، فخمسه لأهله والباقي للواجد.

إذا وُجد هذا المنبوذ، فلا يخلو ملتقطه من أحد أمرين: إما أن يكون أميناً ثقة، أو غير ثقة:

فإن كان فاسقاً غير ثقة، فإنّ الحاكم ينتزعه من يده ويسلّمه إلى أمين ليقوم بأمره؛ لأنّ هذا أمانة وولاية وحضانة، والفاسق ليس بأهل لذلك.

وإن كان أميناً، أو كان فاسقاً فانتزع الحاكم من يده وسلّمه إلى من نصبه كان الحكم فيه واحداً، فإنّه يترك في يده وينفق عليه.

فإذا وجده هذا الأمين فإنّه يُكتب ويُشهد عليه. وهل الإشهاد واجب، أو مستحبّ؟ قيل: فيه وجهان[1] كاللقطة.

فأمّا من أين ينفق عليه؟ فلا يخلو حال المنبوذ من أحد أمرين: إما أن يكون

---

(١) قال مالك والشافعي وأحمد: إنّه مستحبّ، وأبو حنيفة ومن تبعه قائلون بوجوبه، كما في المغني لابن قدامة ٦: ٣٣٥، والشرح الكبير ٦: ٣٥٥.

له مال يوجد معه، أو لم يكن له مال. فإن كان له مال فإنّه ينفق عليه من ماله كمعروف النسب.

فإذا ثبت هذا فلا يخلو إمّا أن يكون هناك حاكم، أو لم يكن هناك حاكم:

فإن كان هناك حاكم فليس للملتقط أن ينفق عليه بغير إذن الحاكم؛ لأنّ التربية والحضانة ولاية وكذلك الإنفاق، وذلك لا يكون إلّا للوالد أو الجدّ أو الوصيّ أو أمين الحاكم، وهذا ليس منهم فلا يكون له ولاية؛ ولأنّه يجوز أن يكون لهذا المنبوذ نسب[١] أو يكون مملوكاً، فيجب أن يرفع إلى الحاكم ليتبيّن فيما بعد أمره. فإن أنفق عليه بغير إذن الحاكم كان مضموناً عليه؛ لأنّه أنفق مال الغير بغير حقّ، كرجل عنده وديعة فأبق عبد للمودع فأنفق الوديعة على الآبق للمودع، فإنّه يكون خائناً.

وإن رفع إلى الحاكم فهل للحاكم أن يأذن لهذا الّذي وجده أن ينفق عليه، أو ينتزعه من يده ويسلّمه إلى أمين ويقدّر له نفقة؟ قال قوم: للحاكم أن يأذن له في الإنفاق عليه[٢]. وقال آخرون: ليس له ذلك[٣] وإذا أنفق عليه فقد تطوّع بذلك فلا يرجع عليه. والأوّل أصحّ.

وإذا سلّم الحاكم إلى الأمين يقدّر له نفقة كلّ يوم، والأمين بالخيار إن شاء أنفق بنفسه، وإن شاء سلّم إلى الّذي في يده نفقة كلّ يوم يوماً فيوماً. ثمّ يُنظر، فإن كانت النفقة قدر كفايته فلا كلام، وإن كان أكثر فإنّه يردّ تلك الزيادة، وإن كانت أقلّ رجع إلى الحاكم ويطالبه بزيادته ليقدّر له.

وإذا لم يكن هناك حاكم وأنفق عليه، فهل يضمن أم لا؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: لا يضمن؛ لأنّه موضع الضرورة[٤]. والثاني: يضمن؛ لأنّه أنفق مال غيره

---

(١) ط: نسيب.
(٢) هو قول بعض أصحاب الشافعيّة، كما في المجموع ١٥: ٢٨٨.
(٣) هو مختار عدّة من الشافعيّة، كما في المصدر السابق.
(٤) هذا القول للشافعيّة كما في المجموع ١٥: ٢٨٨.

بغير إذنه[١] وهذه مثل مسألة الجمّال إذا هرب، والمكتري ينفق على الجِمال، فهل يضمن؟ على قولين[٢].

فأمّا إذا لم ينفق عليه ولم يكن للّقيط مال فإنّه ينفق عليه من بيت المال بلا خلاف؛ لأنّ ذلك من المصالح.

فإذا لم يكن في بيت المال مال، أو يكون لكن يحتاج إليه فيما هو أهمّ من هذا، مثل ظهور عدوّ فيحتاج إلى جيش ويحتاج إلى نفقتهم، فعلى من نفقة هذا اللقيط؟ قيل: فيه قولان:

أحدهما: على سائر الناس[٣]. والثاني: يُستقرض عليه[٤].

فمن قال: نفقته على المسلمين، فإذا قام به واحد سقط عن الباقين، وإن ظهر مال في بيت المال فقد سقط عنهم جملة.

ومن قال: يستقرض، وإن استقرض من الّذي وجده فهل يأمره بالإنفاق عليه، أو ينزع من يده ويسلّم إلى غيره لينفق عليه؟ على قولين[٥] أصحّهما أنّه يجوز تسليم ذلك إليه وإن استقرض من غيره، فإنّ الحاكم يقدّر قدر كفايته لينفق عليه بالمعروف.

وإن لم يوجد من يستقرض منه ولا في بيت المال مال، فإنّ الحاكم يقسّم على نفسه وعلى المسلمين نفقته بالمعروف، فإن ظهر في بيت المال مال فإنّه يسقط عن ذمّته ويقضي من بيت المال.

ومن قال: لا يُنزع من يده ويأمره بالإنفاق عليه بالمعروف، فإذا بلغ اللقيط فما أنفق عليه من مال نفسه رجع عليه بقدر ما أنفقه بالمعروف، فإن ادّعى أكثر من

---

(١) هذا القول للشافعيّة كما في المجموع ١٥: ٢٨٨.

(٢) راجع المدوّنة الكبرى ٤: ٥٠٠، والأُمّ ٤: ٣٦.

(٣ و ٤) ظاهر كلام النووي في المجموع ١٥: ٢٨٨ أنّ القولين للشافعيّة.

(٥) راجع المصدر السابق.

ذلك فلا يقبل قوله في الزيادة.

وإن اختلفا في قدر النفقة فالقول قول الملتقط؛ لأنّا نعلم أنّه لا بدّ من غذائه وإن كثر الغذاء، ويقبل قوله فيما يدّعيه من المعروف. ومتى بلغ اللقيط وادّعى على الملتقط أنّه لم ينفق عليه ماله كان القول قول الملتقط مع يمينه؛ لأنّه أمين.

رجلان وجدا لقيطاً فتشاحّا على حضانته وتربيته، فلا يخلو حالهما من أحد أمرين: إما أن يكونا متساويين، أو غير متساويين. فإن كانا متساويين ـ مثل أن يكونا حرّين مسلمين عدلين مقيمين موسرين وإن كان أحدهما خيراً من الآخر بأن يكون أزهد وأعدل ـ فإنّه يقرع بينهما وأُعطي من خرج اسمه، سواء كانا رجلين أو امرأتين أو رجلاً وامرأة، فإنّه يقرع بينهما؛ لأنّ القرعة تستعمل في كلّ أمر مشكل.

رجلان وجدا لقيطاً وكانا قد استويا في الشروط فترك أحدهما، للآخر أخذ الكلّ أو يحتاج إلى اذن الحاكم؟ قيل: فيه وجهان، فيهم من قال: ليس له أخذه حتّى يأذن له الحاكم؛ لأنّه إنّما يملك إسقاط حقّه ولا يملك تحصيله لغيره ولاية[1]. وفيهم من قال: له أن يأخذ الكلّ بغير اذن الحاكم[2]. وهو الأقوى؛ لأنّهما ملكا الحضانة بالالتقاط، ألا ترى أنّه لو أُقرع بينهما لما احتيج إلى إذن الحاكم؟ فإذا أسقط أحدهما حقّه صار الكلّ للآخر كالشفيعين.

وهذا كلّه إذا كانا متساويين. فأمّا إذا كانا مختلفين فإنّا نذكر أوّلاً الحكم في الأفراد ثمّ نجمع بينهما.

إن وجده عبد فإنّه ينزع من يده؛ لأنّه لا يملك من نفسه شيئاً يشتغل به في الحضانة، إلّا أن يأذن له سيّده، فحينئذ لا ينزع من يده، كما لو وجده سيّده ودفعه إلى عبده.

(١ و٢) أوردهما الماوردي في الحاوي الكبير ٨: ٤٠.

وإن وجده حرّ فلا يخلو أن يكون مسلماً، أو كافراً. فإن كان كافراً نظرت في اللقيط، فإن كان بحكم الإسلام نزع من يده؛ لأنّ الكافر لا يلي على مسلم، ولأنّه ربّما فتنه عن دينه. وإن كان حكم له بالكفر فإنّه يترك في يده ولا ينزع من يده.

وإن كان الّذي وجده مسلماً فلا يخلو: إمّا أن يكون أميناً، أو فاسقاً. فإن كان فاسقاً فإنّه ينزع من يده؛ لأنّ الفاسق لا ولاية له، ولأنّه ربّما يسترقّه.

وإن كان أميناً فلا يخلو أن يكون حضريّاً أو بدويّاً، فإن كان حضريّاً وأراد أن يسافر به نظرت، فإن أراد أن يسافر به إلى البادية فإنّه ينزع من يده؛ لأنّه يضيع نسبه؛ لأنّه يطلب في هذا الموضع، فإن كان له نسب فإنّه يظهر في الموضع الّذي وجد؛ ولأنّ الحضر أحوط للّقيط؛ ولأنّه ربّما استرقّه. وإن أراد أن يسافر بـه إلى قرية قيل: فيه وجهان، أحدهما: يترك في يده؛ لأنّه لا فرق بين القريتين إذا كان حضراً[١]. والثاني: ينتزع من يده[٢] لما قدّمناه من أمر البَدَويّ.

وإن كان الّذي وجده بدويّاً، فلا يخلو أن يكون بدويّاً له حَلّة[٣] مرتّبة [ولا ينزعج من مكانه، أو يكون بدويّاً ينتقل من مكان إلى غيره. فإن كان له حَـلّة][٤]. فـإنّه يترك في يده ولا ينزع. وإن كان ينتقل، فهل يترك، أو ينزع؟ قيل: فيه وجهان[٥].

هذا كلّه إذا كان منفرداً، فأمّا إذا كانا نفسين غير متساويين عبد وحرّ، فـإنّه يسلّم إلى الحرّ إلّا أن يأذن له سيّده فحينئذ يقرع بينهما. وإن وجده مسلم وكافر وكان اللقيط حكم له بالإسلام فإنّه يسلّم إلى المسلم، وإن كان حكم له بالكفر فإنّه يقرع بينهما. وإن وجده أمين وفاسق فإنّه يسلّم إلى الأمين.

وإن وجده أمينان وقد تساويا في الأمانة قال قوم: يدفع إلى أيسرهما[٦] فإن

(١ و ٢) الأوّل أحد الوجهين عند الحنابلة، والثاني مختار النووي، راجع المجموع ١٥: ٢٩٤.

(٣) الحَلّة: المحلس، المجتمع.

(٤) بين المعقوفتين لم يرد في خ.

(٥) راجع الحاوي الكبير ٨: ٤١.

(٦) كما هو في المغني لابن قدامة ٦: ٣٨٨، والشرح الكبير ٦: ٣٨٤.

تساويا في اليسار أُقرع بينهما. وإن وجده قَرَوي وبدوي نظرت، فإن وجداه في حضر و قرية فإنّه يسلّم إلى القَرَوي

وإن وجداه في البادية فلا يخلو البَدَوي: إمّا أن يكون له حَلّة مرتّبة أو ممّن ينتقل، فإن كان له حَلّة مرتّبة فإنّه يقرع بينهما. وإن كان منتقلاً فمبنيّ على الوجهين: فمن قال ينزع من يده إذا انفرد، فهاهنا مثله. ومن قال: لا ينزع، فهاهنا يقرع. وكلّ موضع قيل يُنزع، فإنّه يسلّم إلى الأمين.

الناس على ضربين: مكلّفين وغير مكلّفين. فالمكلّف البالغ الرشيد فحكم إسلامه بنفسه لا بغيره، ويعتبر إسلامه بنفسه. وغير المكلّف مثل المجنون والطفل، فالتفريع على الطفل، فإذا ثبت فيه فالمجنون حكمه حكمه.

إذا ثبت هذا، فاعتبار إسلام الطفل بشيئين: أحدهما: يعتبر بنفسه. والثاني: يعتبر بغيره، فاعتباره بنفسه سيجيء بيانه.

وأمّا اعتباره بغيره فعلى ثلاثة أضرب: أحدها الأبوان، والثاني السابي، والثالث دار الإسلام.

فاعتباره بالوالدين إذا كان أبواه مسلمين، فإنّه يحكم بإسلامه لقوله تعالى:﴿والّذين آمنوا واتّبعتهم ذرّيّتهم بإيمانٍ ألحقنا بهم ذرّيّتهم﴾[1] فأخبر تعالى أنّ إيمان الذرّيّة يلحق بإيمان أبويه. وهكذا إن كان أبواه كافرين، فإنّه يحكم بكفر الأولاد والأطفال تبعاً لهما.

فإن كان مسلم الأب، فإنّ إسلامه يكون بشيئين: أحدهما: أن يكون مسلماً في الأصل فيتزوّج بكتابيّة. والثاني: كانا مشركين فأسلم الأب، فإذا أسلم الأب فإن كان حملاً أو ولداً منفصلاً فإنّه يتبع الأب، للآية. ولا خلاف أيضاً فيه.

فأمّا إذا أسلمت الأُمّ، فإنّ إسلامها بشيء واحد وهو إذا كانا مشركين فأسلمت

---

(١) الطور: ٢١.

هي؛ لأنّه لا يجوز للمشرك أن يتزوّج مسلمة، فإذا أسلمت فإنّ الحمل والولد تَبع لإسلامها، للآية وإجماع الفرقة.

فإن بلغ هذا الطفل نظرت، فإن بلغ مجنوناً، فإنّ إسلامه يتبع إسلام الوالدين؛ لأنّه لا يصحّ إسلامه في هذا الوقت. وإن بلغ وكان رشيداً فإنّ إسلامه يعتبر بنفسه لا بإسلام والديه؛ لأنّه لو أسلم في هذا الوقت لصحّ إسلامه.

وإن بلغ رشيداً ثمّ جُنّ هل يعتبر إسلامه بإسلام أبيه أو يعتبر إسلامه بنفسه؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: يعتبر إسلامه بنفسه؛ لأنّه بالبلوغ انقطع حكم الأبوين[١]. والثاني ـ وهو الصحيح عندهم ـ أنّ إسلامه يعتبر بإسلام أبويه؛ لأنّه لمّا جُنّ عاد إلى حكم الطفوليّة وعاد الحَجر كما كان[٢] لأنّه لو أسلم في هذا الحال لم يصحّ إسلامه.

فأمّا السابي: فينظر فيه فإن سُبِي معه أبواه، فإنّ حكم إسلامه بإسلام أبويه؛ لأنّ هذا الطفل لا حكم له بنفسه وليس هاهنا أولى من الأبوين. وهكذا إن كان الأبوان كافرين، فيُحكم بكفر هذا الطفل تبعاً للأبوين، فإن مات أبواه أُقرّ على دين أبويه؛ لأنّ الذمّي إذا مات بيننا فإنّ أولاده يقرّون على دينه، فكذلك هاهنا.

وإن سُبي وحده فإنّه يتبع السابي؛ لأنّ هذا الطفل لا حكم له بنفسه وليس هاهنا غير السابي، فيحكم إسلامه بإسلام السابي، وهكذا إن كان السابي كافراً، فإنّه يحكم بكفر هذا الطفل تبعاً للسابي.

وأمّا الدار فداران: دار الإسلام، ودار الحرب. فدار الإسلام على ثلاثة أضرب: بلد بُني في الإسلام ولم يقربها المشركون ـ مثل بغداد والبصرة ـ فإن وجد لقيط هاهنا فإنّه يحكم بإسلامه؛ لأنّه يجوز أن يكون ابناً لمسلم ويجوز أن يكون لذمّي فُغلّب حكم الإسلام لقوله عليه السلام: الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه[٣].

(١ و ٢) نقل الوجهين في الحاوي الكبير ٨: ٤٥، ونسب الثاني إلى مذهب أكثر أصحاب الشافعيّة.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٢٠٥، وعوالي اللآلئ ١: ٢٢٦/١١٨.

والثاني: كان دار كفر فغلب عليه المسلمون وأخذوه صلحاً وأقرّوهم على ما كانوا عليه على أن يؤدّوا الجزية، فإن وجد لقيط نظرت، فإن كان هناك مسلم مستوطن فإنّه يحكم بإسلامه؛ لما ذكرناه. وإن لم يكن هناك مسلم أصلاً حكم بكفره؛ لأنّ الدار دار كفر.

والثالث: دار كانت للمسلمين وتغلّب عليها المشركون ـ مثل الطرسوس ـ فإذا وجد فيها لقيط نظرت، فإن كان هناك مسلم مستوطن حُكم بإسلامه، وإن لم يكن هناك مسلم قال قوم: يحكم بإسلامه[1] لأنّه يجوز أن يكون هناك مسلم مستقرّ متّق لا يقدر أن يظهر. وهذا ضعيف.

فأمّا الضرب الثاني من الدار دار الحرب ـ مثل الروم ـ فإن وُجد فيها لقيط نظرت، فإن كان هناك أُسارى فإنّه يحكم بإسلامه، وإن لم يكن أُسارى ويدخلهم التجّار فهل يحكم بإسلامه؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: يحكم بإسلامه لتغليب الإسلام[2]. والثاني: يحكم بكفره؛ لأنّ الدار دار حرب[3].

قد ذكرنا أنّ إسلام الصبيّ معتبر بشيئين: بإسلام غيره، وبنفسه. وذكرنا أنّ إسلامه بغيره على ثلاثة أضرب: إسلام بالأبوين أو أحدهما، وإسلام بالسابي، و بالدار دارِ الإسلام.

فأمّا إسلامه بوالديه أو بأحدهما فإنّه يصحّ ويكون مسلماً ظاهراً وباطناً؛ لأنّا حكمنا بإسلام أبويه ظاهراً وباطناً. فإذا بلغ نظرت، فإن وصف الإسلام صحّ إسلامه، وإن وصف الكفر كان مرتدّاً يستتاب، فإن تاب وإلّا قُتل.

وفي الناس من قال: لا يقتل ويقرّ على ذلك؛ لأنّه كان تبعاً لأبويه، فإذا بلغ

---

(١) منهم الماوردي في الحاوي الكبير ٨: ٤٣.

(٢ و٣) الأوّل مختار قول أبي عليّ بن أبي هريرة وأنّه الظاهر من كلام الشافعي كما في الحاوي الكبير ٨: ٤٣، والمغني لابن قدامة ٦: ٣٧٦.

انقطع تعلّق الأبوين فحكمه حكم نفسه[١]. وهذا ضعيف؛ لأنّا حكمنا بإسلام أبويه ظاهراً وباطناً، فهو كما لو ارتدّ أحد أبويه، يرث ويورث ويصلّى عليه ويدفن في مقابر المسلمين، فإذا ارتدّ حكم بحكم من ارتدّ من المسلم الأصلي.

فأمّا إن بلغ ولم يصف إسلاماً ولا كفراً فسكت، فقتله إنسان، فالأقوى أنّه ليس على القاتل القِوَد، ولا يُقتل به. وفي الناس من قال: يُقتل قاتله؛ لأنّا حكمنا بإسلامه، والظاهر أنّه مسلم حتّى يظهر منه شيء آخر[٢].

وهذا ليس بشيء؛ لأنّه يجوز أنّه سكت لأنّه ما سئل، ويجوز أنّه سكت لاعتقاده الكفر، فإذا احتمل هذا وغيره فالقتل سقط بالشبهة. وهو قويّ عندي.

فأمّا إسلامه بالسابي فالحكم كما ذكرنا يرث ويورث عنه ويصلّى عليه ويدفن في مقابر المسلمين، والقتل كما ذكرناه.

فأمّا إسلامه بالدار فإنّه أضعف؛ لأنّا حكمنا من حيث الظاهر وإسلامه من حيث الظاهر؛ لأنّه لو أقام البيّنة بأنّ أبويه كافرإن حكمنا بكفره. ويفارق السابي؛ لأنّه إذا أقام البيّنة بأنّ أبويه كافرإن ما حكمنا بكفره؛ لأنّا تحقّقنا أنّ السابي مسلم ظاهراً وباطناً، وحكمنا بإسلام هذا ظاهراً وباطناً، فإن مات فإنّه يورث عنه ويرثه إن ظهر نسبه، ويصلّى عليه ويدفن في مقابر المسلمين. وإن قتله إنسان فإن كان عمداً وجب على قاتله القود، وإن كان خطأ وجبت الدية على عاقلته.

فإن بلغ نظرت، فإن وصف الإسلام صحّ إسلامه، وإن وصف الكفر فالأقوى أنّه لا يُقتل، بل يهدّد ويقرّع[٣] ويقال: حكمنا بإسلامك ترجِعُ إلى الإسلام.

وفي الناس من قال: يقتل؛ لأنّ حكمه حكم المرتدّ يستتاب، فإن رجع وإلّا

---

(١) هو بعض الشافعيّة، كما في الحاوي الكبير ٨: ٤٥.

(٢) منهم بعض أصحاب الشافعيّة، كما في المجموع ١٥: ٣١٤.

(٣) قرّع فلاناً: عنّفه. وفي بعض النسخ: يُفزّع.

قتل؛ لأنّا حكمنا بإسلامه والظاهر أنّه مسلم، فإذا وصف كفراً كان مرتدّاً.

وقال قوم: هذا خطأ؛ لأنّا حكمنا بإسلامه ظاهراً ويجوز أن يكون كافراً[١] أو مسلماً فإذا احتمل هذا سقط القتل[٢] ويفارق الأوّل؛ لأنّه محكوم بإسلامه ظاهراً وباطناً. ويقوى في نفسي أنّ كلّ موضع حكمنا بإسلامه أنّ من قتله يجب عليه القود؛ لأنّه محكوم بإسلامه. وكلّ موضع قلنا: يقرّ على دينه نظرت، فإن كان متمسّكاً بدين أهل الكتاب فإنّه يقال له: إمّا أن تسلم أو تقيم وتودّي الجزية أو تلحق بدار الحرب، فأمّا أن تقيم بلا جزية فلا.

وإن كان متمسّكاً بدين لا يُقَرّ أهله عليه يقال له: إمّا أن تسلم، أو تقيم على دين يُقَرّ أهله عليه وتلتزم أحكامنا، أو تلحق بدار الحرب. وكلّ موضع قلنا: لا يقرّ على دينه، فإنّه يستتاب فإن تاب وإلّا قتل.

والمجنون في هذه الأحكام كلّها كحكم الصبيّ.

وأمّا إن كان إسلامه معتبراً بإسلام نفسه نظرت، فإن كان طفلاً بحيث لا يعبّر عن نفسه دون سبع سنين، فإن أسلم فلا حكم له بلا خلاف. وإن كان مراهقاً مميّزاً فأسلم، فإنّ عند قوم لا يحكم بإسلامه ولا بارتداده، ويكون تبعاً للوالدين غير أنّه يفرق بينه وبينهما لكي لا يفتناه[٣].

ومنهم من قال: يحكم بإسلامه ظاهراً، فإذا بلغ ووصف الإسلام كان مسلماً من هذا الوقت[٤]. وقال قوم: يحكم بإسلامه وبارتداده غير أنّه لا يُقتل؛ لأنّ هذا الوقت ليس بوقت للتعذيب حتّى يبلغ[٥] ولا يكون تبعاً للوالدين. والأوّل أقوى.

---

(١) قاله بعض أصحاب الشافعي، كما في المجموع ١٥: ٣١٤.

(٢) راجع المصدر السابق.

(٣) راجع الأُمّ ٦: ١٥٩، والمبسوط للسرخسي ١٠/ ١٢٠.

(٤ و٥) الأوّل للشافعي وزفر، والثاني لأبي حنيفة وأصحابه، كما في المجموع ١٩: ٢٢٣، والمغني لابن قدامة ١٠: ٨٨.

رجل وجد لقيطاً وكان أميناً وتركناه في يده فأراد أن يسافر به هل يترك، أو يمنع؟ نظرت، فإن كان أميناً من حيث الظاهر والباطن جميعاً ـ مثل أن يكون وُلِد في ذلك ونشأ فيه وعرف باطنه أنّه أمين ـ فإنّه يترك في يده. وإن كان أميناً في الظاهر ـ مثل أن يكون غريباً يصلّي معنا في الجماعة ويعرف ظاهره أنّه أمين ـ فتركنا اللقيط في يده، ثمّ أراد أن يسافر به فإنّه يمنع من ذلك ولا يترك أن يحمله؛ لأنّه يخاف أن يسترقّه.

إذا جنى اللقيط جناية فلا يخلو: إمّا أن يكون عمداً، أو خطأً:

فإن كان خطأً فإنّ عاقلته بيت المال، سواء كان صغيراً أو كبيراً فإنّه حرّ مسلم لا عاقلة له؛ ولأنّ نفقته في بيت المال؛ ولأنّه لو مات وله مال ولا وارث له كان لبيت المال، وأيضاً فلا خلاف في ذلك.

وإن كان عمداً فلا يخلو: أن يكون صغيراً، أو كبيراً. فإن كان كبيراً فالمجنيّ عليه بالخيار بين أن يقتصّ أو يعفو، وإن كان صغيراً فعندنا أنّ عمد الصبيّ وخطاءه واحد، فديته على عاقلته وهاهنا في بيت المال. وفي الناس من قال: يثبت ذلك في رقبته؛ لأنّها متعلّقة بماله[1].

وإن جُني عليه فلا يخلو: إمّا أن يكون في النفس، أو في الطرف. فإن كان في النفس فلا يخلو: أن يكون عمداً، أو خطأً. فإن كان عمداً فإنّه إلى الإمام، فإن رأى من المصلحة أن يقتصّ اقتصّ، وإن رأى العفو على مال ويدع المال في بيت المال لمصالح المسلمين فعل. وإن كانت الجناية خطأً فإنّها توجب المال، فيؤخذ المال ويترك في بيت المال بلا خلاف في هذا كلّه.

وإن كانت الجناية في الطرف، فإن كانت خطأً محضاً أو عمداً محضاً لا يوجب القود فإنّ ذلك كلّه يوجب المال، ويدفع إلى وليّه ليحفظه مع ماله. وإن كان عمداً

---

(١) منهم أحمد بن حنبل، كما في المغني لابن قدامة ٦: ٣٧٨، والشرح الكبير ٦: ٣٩٠.

يوجب القود فلا يخلو: أن يكون كبيراً، أو صغيراً. فإن كان كبيراً فإنّه إليه إن شاء اقتصّ وإن شاء عفا. وإن كان صغيراً لا يخلو: أن يكون معتوهاً، أو غير معتوه:

فإن كان غير معتوه[١] صبيّاً عاقلاً مميّزاً فإنّه لا يقتصّ عنه ولا يؤخذ عنه المال؛ لأنّ القصاص للتشفّي وهذا ليس من أهله حتّى يبلغ، ولا يؤخذ عنه المال؛ لأنّه إذا بلغ ربّما طلب القود، فترك حقّه حتّى يبلغ مثل الصبيّ الّذي حصل له قصاص، فليس لأبيه أن يقتصّ ولا للحاكم ولا للجدّ حتّى يبلغ.

وإن كان معتوهاً فلا يخلو: أن يكون معسراً، أو موسراً. فإن كان موسراً فلا يؤخذ عنه المال، وإن كان معسراً يؤخذ المال.

وأمّا القذف فلا يخلو: أن يكون قذف هو، أو قُذف:

فإن كان هو قد قَذَف نظرت، فإن كان صبيّاً فلا حدّ عليه وعليه التعزير، وإن كان المقذوف صبيّاً فلا حدّ ولا تعزير، وإن كان بالغاً كبيراً نظرت، فإن كان المقذوف بالغاً فإنّه يحدّ.

فأمّا إذا قُذف نظرت، فإن كان صبيّاً فلا شيء عليه، وإن كان كبيراً والمقذوف صبيّاً فلا حدّ وعليه التعزير.

وإن كانا كبيرين نظرت، فإن ادّعى الحرّية وصدّقه القاذف حُدّ القاذف. وإن ادّعى القاذف أنّه عبد وصدّقه المقذوف، فإنّه يسقط الحدّ ولا شيء عليه.

وإن اختلفا فقال المقذوف: «أنا حرّ قذفتني فعليك الحدّ» وقال القاذف: «أنت عبد ولا حدّ عليّ» قيل: فيه قولان، أحدهما: القول قول المقذوف؛ لأنّا حكمنا بحرّيته وإسلامه وأُجري عليه أحكام الحرّ في القصاص[٢]. وهو الأقوى. والثاني: أنّا حكمنا بإسلامه من حيث الظاهر، ويجوز أن يكون مملوكاً والأصل براءة الذمّة[٣].

---

(١) ظ وبعض النسخ: قدّم حكم المعتوه على غير المعتوه.

(٢ و٣) نقلهما في المجموع ١٥: ٣١٤، والظاهر أنّهما مختار الشافعيّة.

وهذا أيضاً قويّ.

اللقيط لا ولاء له مالم يتوال إلى أحد، فإن مات فميراثه لبيت المال. وقال شاذّ منهم: إنّ ولاءه لملتقطه[١].

الدعوة في اللقيط لا يخلو من أربعة أحوال: إمّا أن يدّعي الملتقط، أو يدّعي أجنبيّ أنّه ابنه، أو يكونا أجنبيّين يدّعيان أنّه ابنه، الرابع ادّعى الملتقط والأجنبيّ.

فأمّا إن ادّعى الملتقط أنّه ابنه فإنّه يصحّ إقراره ويثبت به النسب؛ لأنّه أقرّ بمجهول النسب وأمكن أن يكون منه، ومن كان كذلك قُبِل إقراره به؛ ولأنّ إقراره به لا يضرّ بغيره ولا يخالف الظاهر.

فإذا ثبت هذا، فإنّه يحكم له به. ويستحبّ أن يذكر النسب فيقول: «هذا ابني وُلد على فراشي» أو يقول: «أولدته من جاريتي» لأنّه ربّما يظنّ هذا الملتقط ويعتقد أنّ بالالتقاط يصير ابنه، وإن لم يذكر جاز ويثبت النسب، ويرث ويورث مثل المناسب.

وإن ادّعى أجنبيّ بأنّه ابنه فالحكم فيه كما ذكرنا في الملتقط سواء، وينزع من يد الملتقط ويدفع إليه؛ لأنّه أبوه وهو أولى به.

وإن ادّعى أجنبيّان كلّ واحد منهما أنّه ابنه، فإن كان مع أحدهما بيّنة فإنّه يحكم له بها. وإن أقام كلّ واحد منهما بيّنة فقد تعارضتا وحُكم بالقرعة. وفي الناس من قال: يبطلان ويُرجع إلى القافة[٢].

فإذا اختلف الملتقط والأجنبيّ ـ ومعناه: من يلتقطه[٣] لأنّ الملتقط أيضاً أجنبيّ ـ مثل أن وجد أحدهما لقيطاً وبقي في يده أيّاماً ولم يدّع أنّه ابنه، فجاء آخر وادّعى

---

(١) منهم شريح وإسحاق، كما في المغني لابن قدامة ٦: ٣٨٣ والشرح الكبير ٦: ٣٨٨.

(٢) راجع المغني لابن قدامة ٦: ٤٠٠، والشرح الكبير ٦: ٤٠٣.

(٣) كذا، والظاهر: من لم يلتقطه.

أنّه ابنه، ثمّ ادّعى الملتقط أنّه ابنه، نظرت، فإن ادّعيادفعةً واحدة فالحكم فيها[١] كالحكم في الأجنبيّين سواء.

فإن ادّعى الملتقط فقد ثبت دعواه في حالٍ لم يكن منازع، فمتى ادّعى الأجنبيّ بعد ذلك فيقال له: «ألك بيّنة؟» فإن قال: «نعم» وأقامها قيل للملتقط: ما تقول؟ فإن قال: «ليس لي بيّنة» فإنّه يحكم للثاني؛ لأنّ البيّنة أولى من الدعوى. وإن قال: «لي بيّنة» فقد حصل مع كلّ واحد منهما بيّنة وقد تعارضتا وقد مضى القول فيها واليد لا تأثير له[٢] هاهنا؛ لأنّ اليد إنّما يكون له تأثير فيما يملك، والنسب ليس كذلك.

ومن قال: تبطل البيّنتان، وقال: نُريه القافة[٣] فإن قالت: للأوّل، ألحقناه به، وإن قالت: هو للثاني، حكم للثاني، وإن قالت: هو ابن لهما تحقّق خطاؤها؛ لأنّه لا يجوز أن يكون ابناً لهما، ويوقَف حتّى يبلغ ويختار.

فإذا أراد الاختيار قيل له: اختر ولا تختر أنظفهما ولا أغناهما، وإنّما تختار لما يميل إليه[٤] طبعك.

فكلّ موضع حكم بالقافة ودُفع إليه بحكمهم، وأقام الآخر البيّنة، فإنّه يحكم ببيّنته؛ لأنّها أولى من القافة، لأنّها تشهد عن سماع والقافة يحكم بغلبة الظنّ؛ ولأنّ البيّنة متّفق عليها والقافة مختلف فيها.

المسألة بحالها ويدهما عليه، والأُولى كانت يد أحدهما عليه، فإذا كان يدهما عليه: فإن كان مع أحدهما بيّنة حكم له بها، وإن أقام كلّ واحد منهما بيّنة فقد تعارضتا وأُقرع بينهما.

وإن وصف أحدهما لا يحكم له به، خلافاً لأبي حنيفة، لأنّه قال: إن وصف

---

(١) ط: فيهما.
(٢) كذا في النسخ، والمناسب: لها.
(٣) راجع المغني لابن قدامة ٦: ٤٠١، والشرح الكبير ٦: ٤٠٣.
(٤) في نسخة: إليك.

أحدهما شيئاً على يديه حكم له به[١].

رجلان ادّعيا لقيطاً وادّعيا حضانته، فادّعيا ملكه، وادّعى كلّ واحد منهما أنّه وجده والحضانة له، فإن كان مع أحدهما بيّنة ولم يكن مع الآخر حكم له بها.

وإن كان مع كلّ واحد منهما بيّنة، فإن كانتا مطلقتين، أو مؤرّختين متّفقتين، أو أحدهما[٢] مؤرّخة والأُخرى مطلقة، فالحكم فيها كلّها واحد، فقد تعارضتا وحُكم بالقرعة، والخلاف على ما مضى، وفي من وافقنا في القرعة من قال: إنّه إذا خرج اسم أحدهما حلف مع ذلك[٣].

وإن كانت البيّنتان مؤرّختين مختلفتين ـ مثل أن شهد شاهدان أنّه وجده في رمضان، وشهد آخران أنّه وجده في شوّال ـ حُكم للسابق؛ لأنّها شهدت بأنّ يده سابقة، وتثبت حضانته فيما قبلُ.

وإن لم يكن مع أحدهما بيّنة فلا يخلو: أن يكون في يد أحدهما، أو في أيديهما[٤] أو لم يكن في أيديهما. فإن لم يكن في أيديهما فإنّ أمره إلى الحاكم يدفعه إلى من شاء. وإن كان في يد أحدهما فإنّه يدفعه إليه؛ لأنّ اليد والدعوى أولى من دعوى مجرّدة. وإن كان في أيديهما أُقرع بينهما؛ لقوله تعالى: ﴿إذ يلقون أقلامهم أيّهم يكفل مريم﴾[٥].

إذا ادّعى العبد النسب فإنّه يلحق به، إذا قال: «هذا ابني» لأنّه في باب إلحاق النسب كالحرّ، والنكاح الصحيح والفاسد والوطء بالشبهة.

إذا ثبت أنّه ابنه فلا حضانة له؛ لأنّ العبد مشغول بخدمة سيّده ولا نفقة عليه؛ لأنّه لا يملك، ونفقته على قدر كفايته، فلا يلزمه نفقة ابنه ولا نفقة ابن ابنه.

---

(١) راجع المغني لابن قدامة ٦: ٣٣٨، والشرح الكبير ٦: ٣٦٣.

(٢) كذا، والمناسب: إحداهما.

(٣) منهم القاضي، كما في المغني ٦: ٣٣٧، والشرح الكبير ٦: ٣٦٢.

(٤) ط وبعض النسخ: في يديهما.

(٥) آل عمران: ٤٤.

وهكذا الذمّي إذا ادّعى النسب فإنّه يلحق به؛ لأنّ الذمّي مثل المسلم الحرّ والعبد، غير أنّ الذمّي أحسن حالاً من العبد؛ لأنّ له أن يتسرّى وليس للعبد أن يتسرّى فإذا ادّعى نسباً فإنّه يلحق به.

وهل يحكم بإسلام هذا الصبيّ أم لا؟ من الناس من قال: أجعله مسلماً[١] وفيهم من قال: إن كان معه بيّنة فإنّه يحكم بكفره[٢] لأنّ البيّنة أثبتت فراشه، والمولود على فراش الكافر يكون كافراً، غير أنّه يستحبّ نزعه من يده وأن يجعل في يد مسلم حتّى يبلغ رجاء أن يسلم. وإن لم يكن معه بيّنة حكم بإسلامه؛ لأنّه وجد في دار الإسلام تابعاً للدار. وهذا هو الأقوى والأولى؛ لأنّه أقرّ بما له وعليه فيقبل إقراره بما عليه، ولا يقبل فيما لَه، وما عليه النَسَبُ، وماله الإسلامُ. و إذا حكم بإسلامه أُجري عليه أحكام المسلمين من الميراث ولزوم القَوَد بقتله عمداً والدية إذا كان خطاءً.

وإذا بلغ ووصف الإسلام حكم به من حين ادّعى أبوه، وإن وصف الكفر حكم له بحكم المرتدّ، يستتاب فإن تاب وإلّا قتل. ومن قال: إنّه كافر، قال: حكمه حكم المشركين إن قتله مسلم فلا قَوَد له ولادية كاملة[٣] فإذا بلغ ووصف الإسلام كان مسلماً وإن وصف الكفر كان كافراً وأُقرّ عليه.

الحرّ والعبد والكافر والمسلم في دعوى النسب سواء لا مزيّة لأحدهم على صاحبه. وقال قوم: الحرّ أولى من العبد، والمسلم أولى من الكافر[٤] وهذا أقوى.

امرأة ادّعت نسباً ووجدت لقيطاً فادّعت أنّه ولدها، قيل: فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: لا تقبل دعواها، سواء كان معها زوج أو لم يكن؛ لأنّ نسبها يمكن أن

(١ و٢) الأوّل مختار الشافعي، والثاني قول بعض الشافعيّة، كما في المجموع ١٥: ٢٩٩، والحاوي الكبير ٨: ٥٥. (٣) قاله الشافعيّة، كما في المجموع ١٥: ٢٩٩.

(٤) منهم أبو حنيفة، كما في الحاوي الكبير ٨: ٥٥.

يعلم حسّاً ومشاهدة ولا يتعذّر عليها إقامة البيّنة، فلا يقبل دعواها الّتي توجب الظنّ.

ويفارق الرجل، لأنّ النسب من جهته لا يمكن العلم به إلّا من حيث غلبة الظنّ، ولا يمكن إقامة البيّنة عليه[١]. وفرق بين ما يمكن إقامة البيّنة عليه وبين ما لا يمكن، ألا ترى أنّه لو قال: «أنت طالق إن حضت» فقالت: «حضتُ» فالقول قولها مع يمينها لتعذّر البيّنة. ولو قال: «أنت طالق إن دخلت الدار» أو قال: «أنت طالق إن ولدت» فقالت: «ولدت» أو «دخلت الدار» فإنّه لا يقبل قولها حتّى تقيم البيّنة؛ لأنّها تقدر على إقامة البيّنة، ولأنّا لو ألحقنا بدعواها لألحقنا بها وبالزوج، وأجمعت الأُمّة على أنّه لا يلحق بالزوج بدعواها، فإذا ثبت أنّه لا يلحق بالزوج فإنّه لا يلحق بها أيضاً؛ لأنّه لا يتبعّض، فعلى هذا تسقط دعواها كان معها زوج أو لم يكن.

والوجه الثاني: أنّه تقبل دعواها ويلحق النسب بها دونه، كما أنّه لو أقرّ الزوج أُلحق به دونها[٢].

والثالث: إن كان معها زوج لا تُقبل دعواها، وإن لم يكن معها زوج قُبل دعواها[٣].

والحكم في الأمة كالحكم في الحرّة سواءٌ على هذه الثلاثة أوجه. والوجه الثاني أقوى الوجوه.

وإن كانت امرأة وأقامت البيّنة بالنسب أُلحق بها وبالزوج؛ لأنّ هاهنا يثبت النسب بالبيّنة.

وإن كانت امرأتان فادّعتا لقيطاً فلا يخلو: إمّا أن يكون معهما بيّنة، أو لم يكن معهما بيّنة. فإن لم يكن معهما بيّنة فإنّ هذه تبنى على الوجوه الثلاثة:

فمن قال: لا يُقبل، فهاهنا لا يُقبل دعواهما ويسقطان. ومن قال: يقبل، قُبل

---

(١) هذا أحد الوجوه الثلاثة الّتي ذكرها في الحاوي الكبير ٨: ٥٧.

(٢ و٣) راجع المصدر السابق.

دعواهما هاهنا وحكمهما حكم الرجلين إذا ادّعيا نسباً، وقد مضى شرحه. ومن قال: «إذا كان[١] معها زوج قُبل» نظرت، فإن كان معهما زوج، لكلّ واحدة منهما زوج فإنّهما يسقطان ولا يقبل دعواهما. وإن لم يكن معهما زوج فقد تساويا ويرجع إلى القرعة عندنا، وعندهم إلى القافة. وإن كان مع واحدة زوج دون الأُخرى فإنّه يحكم لمن لا زوج معها؛ لما مضى.

وإنكان معها[٢] بيّنة نظرت، فإنكان مع إحداهما فإنّه يحكم لها ويثبت النسب ويلحق بها وبزوجها، وإن كانت معهما بيّنة فقد تعارضتا وقد مضى القول فيهما.

رجل وجد لقيطاً فادّعى آخر أنّه عبده فإنّه تسمع هذه الدعوى؛ لأنّه يجوز أنّ أمته جاءت به من زنا أو من زوج ويمكن أن يكون صادقاً، فإذا أمكن كونه صادقاً سمعت دعواه. وهكذا إن ادّعى الملتقط أنّه عبده فإنّه يسمع دعواه؛ لجواز كونه صادقاً، إلّا أنّ هذه الدعوى لا يحكم بها إلّا بعد أن يقيم البيّنة، فإن لم يكن معه بيّنة فلا حكم؛ لأنّ ما يدّعيه خلاف الظاهر؛ لأنّ ظاهره الإسلام والحرّية بحكم الدار.

والبيّنة شاهدان، أو شاهد وامرأتان، ولا يقبل شهادة أربع نسوة.

إذا ثبت ذلك فلا يخلو حال البيّنة من ثلاثة أحوال: إمّا أن يشهدوا بالولادة، أو يشهدوا بالملك، أو يشهدوا باليد.

فإن شهدوا بالولادة فقالوا: «هذا ولدته أمته في ملكه» فإنّه يحكم بملكه؛ لأنّها أثبتت الملك. وإن شهدا أنّ هذا ابن أمته، أو ولدته قال قوم: يكون رقيقاً؛ لأنّ ولد الأمة يكون رقيقاً، ومنهم من قال: لا يكون رقيقاً؛ لأنّه يجوز أن يكون ولدته قبل أن ملكها. والّذي يقتضيه مذهبنا: أنّه لا يكون رقيقاً، لجواز أن يكون ولدته من زوج حرّ فيكون حرّاً عندنا؛ لأنّه يلحق بالحرّية.

---

(١) كذا في النسخ، لكن مقتضى ما تقدّم في الوجه الثالث: إذا لم يكن.

(٢) ط وبعض المخطوطات: معهما، والصواب ما أثبتناه، ومرجع الضمير: الدعوى.

فأمّا إن شهدا بالملك فقالا: «هذا ملكه» فإن عزياه إلى سبب ـ مثل الإرث والهبة أو الشراء ـ فإنّه يحكم له بالملك. وإن لم يعزياه إلى سبب فهل يكون ملكاً؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: يكون ملكاً، لأنّ البيّنة شهدت بالملك. والقول الثاني: لا يكون ملكاً؛ لأنّه يجوز أن يكون قدرآه في يده ـ يد الالتقاط ـ وظنّوا أنّه ملكه. والأوّل أقوى.

فأمّا إن شهدوا باليد فقالوا: «كانت يده عليه» أو «كان في يده» نظرت، فإن كان في يد الملتقط فإنّه لا يحكم له به، وإن كان في يد الغير فإنّه يحكم له بالملك، لكن يحلف مع البيّنة.

اللقيط إذا وجد في دار الإسلام حكم بحرّيته وإسلامه [يحكم بإسلامه][1] لأنّه وجد في دار الإسلام. وإذا وجد في دار الشرك حكم بكفره تبعاً للدار، ويحكم بالحرّيّة؛ لأنّها الأصل حتّى يحدث الرقّ.

إذا ثبت هذا، وبلغ اللقيط واشترى وباع وتزوّج وأصدق ثمّ أقرّ بأنّه عبد، فلا يخلو من أحد أمرين: إمّا أن يدّعي عليه غيره بأنّه عبده، أو اعترف هو ابتداء من غير دعوى. فإن ادّعى إنسان أنّه عبده فلا يخلو: إمّا أن يكون معه بيّنة، أو لم يكن، فإن كان معه بيّنة يحكم له، وإن لم يكن له بيّنة رجع إلى العبد:

فإن كذّبه وقال: «إنّي حرّ» فالقول قوله؛ لأنّ الأصل الحرّيّة. فهل يحلف العبد أم لا؟ مبنيّ على أنّه هل يقبل قوله في الرقّ أم لا؟ قيل: فيه قولان: فمن قال: يُقبل قوله في الرقّ، فهاهنا يحلف رجاء أن يمتنع ويعترف. ومن قال: لا يقبل إقراره بالرقّ، فلا يحلف؛ لأنّه لا معنى لهذه اليمين، لأنّه لو اعترف لم يقبل إقراره، فلا فائدة في يمينه هاهنا.

وإن صدّقة فقال: «صدق أنا عبده» فإن كان قد اعترف قبل ذلك بالحرّية فإنّه

---

(١) لم يرد في بعض النسخ، والظاهر أنّه زائد.

لا يُقبل إقراره في تصديقه إيّاه؛ لأنّا حكمنا بحرّيته، وألزمناه أحكام الحرّية من الحجّ والجهاد والطلاق، ويريد بهذا الإقرار إسقاط ذلك عن نفسه فلا يـقبل. وإن لم يكن اعترف قبل هذا بالحرّية، نظرت في المقرّ له، فإن كذّبه فقد أسقط حـقّه، يعني المقرّ له.

وإن أقرّ هذا العبد بعد هذا لغيره فلا يقبل إقراره. وقال قوم: يُقبل إقراره الثاني؛ لأنّ هذا الإقرار كأنّه لم يكن، وإقرار الثاني إقرار مبتدأ، كما أنّ من كان في يده دار فأقرّ بها لزيد فلم يقبل زيد ثمّ أقرّ بعد ذلك لعمرو فإنّه يُقبل إقراره في حقّ عمرو.

ومن قال: لا يُقبل، قال: لأنّه لما اعترف بأنّه عبده يقول: «لا مالك لي غيره» فبقي أن يكون لغيره، فإذا لم يقبل ذلك الغير فكأنّه قال: «لا مالك لي وأنا حـرّ» ولو اعترف بالحرّية قبل هذا لقبلنا، ولأنّ هذا المقرّ له لمّا قال: «ليس هو عبدي» فكأنّه قال: «ليس لي وأعتقته» فصار حرّاً بتكذيبه إيّاه.

وإن صدّقه المقرّ له، فالكلام في هذا الفصل والفصل الّذي قبله إذا ادّعى غيره وصدّقه العبد سواء.

وهل يقبل إقرار اللقيط على نفسه بالعبوديّة أم لا؟ عندنا أنّه يُـقبل إذا كـان عاقلاً رشيداً لم يُعْرف قبل ذلك حرّيته ولا كان مدّعياً لها.

وفي الناس من قال: لا يُقبل. فمن قال: يُـقبل، قـال: لأنّـه مـجهول النسب فوجب أن يُقبل إقراره كالحربي إذا دخل دار الإسلام وادّعى رقّاً؛ لأنّه غير متّهم على نفسه، ولأنّه لو أقام البيّنة بأنّه عبده لقبلنا، كذلك إذا أقرّ.

ومن قال: لا يُقبل، قال: لأنّا حكمنا بحرّيته وألزمناه بأحكـام الحـرّ، فـإذا اعترف بالعبوديّة أراد إسقاط ذلك عن نفسه.

وفي الناس من قال: يُقبل إقراره في الرقّ ولا يقبل في أحكام الرقّ وفـرّع على هذا القول.

وقيل: على الأوّل يُقبل إقراره فيما يضرّ به ويضرّ غيره. وعلى الثاني يُقبل فيما يضرّ نفسه ولا يقبل فيما يضرّ غيره.

ثمّ لا يخلو هذا اللقيط الّذي اعترف بالرقّ من أحد أمرين: إمّا أن يكون ذكراً أو أُنثى. فإن كان أُنثى فمن قال: لا يقبل إقرارها فيما يضرّ نفسها وفيما يضرّ غيرها، فإنّ نكاحها يبطل في الأصل؛ لأنّ الحاكم زوّجها على أنّها حرّة، فلمّا بان أنّها مملوكة فقد تزوّجت بغير إذن سيّدها وذلك باطل. ثمّ لا يخلو: إمّا أن يكون دخل بها أو لم يدخل، فإن كان قبل الدخول فلا يلزم الزوج المهر؛ لأنّ النكاح إذا كان فاسداً ولم يدخل بها فلا يجب المهر. وإن كان دخل بها وكان هذا بعد الدخول فإنّه يلزمه المهر مهر المثل؛ لأنّ النكاح إذا بطل بعد الدخول لزم مهر المثل. وأولادها أحرار؛ لأنّه اعتقد أنّها حرّة يطأها بالزوجيّة، ويلزمه قيمة الأولاد؛ لأنّه لو لم يعتقد هذا لكانوا مماليك، ويلزمه القيمة يوم سَقَطَ؛ لأنّه أقرب ما يمكن أن يقوّم وهو حيّ ذلك الوقت، ويلزمها هي عدّة، قُرء واحد، عدّة أمة.

ومن قال: يقبل إقرارها فيما يضرّ نفسها، فالنكاح صحيح؛ لأنّ على هذا القول لا يقبل قولها فيما يضرّ غيرها، وفي إبطال النكاح يضرّ الزوج.

ثمّ ينظر، فإن كان قبل الدخول فلا يلزمه المهر؛ لأنّ هذا كان لها وأسقطته بإقرارها. وإن كان بعد الدخول فإنّه يلزم؛ لأنّه وُجد الوطء وهو يدّعي مهر المسمّى والسيّد يدّعي مهر المثل، فإذا أفسد العقد وجب مهر المثل.

ثمّ نظرت، فإن كان المسمّى وفق المثل أو دونه، فإنّه لا يلزمه إلّا ذلك القدر؛ لأنّه لا يقبل إقرارها بالزيادة، لأنّه يضرّ بالزّوج. وإن كان المسمّى أكثر فلا يلزمه أكثر من ذلك؛ لأنّ سيّدها لا يدّعي أكثر من ذلك، إلّا أن يكون قد دفع الزوج مهر المسمّى فإنّه لا يسترجع؛ لأنّه يقول: «هذه زوجتي وأخذها باستحقاق» وأولاده أحرار، لما قدّمناه من اعتقاده، ولا يلزمه قيمة الأولاد؛ لأنّا حكمنا بصحّة العقد في الأصل.

ثمّ نقول للزوج: أنت بالخيار إن شئت تقيم على هذا ويكون أولادك مماليك. وإن شئت طلّقْها. فإن اختار الطلاق طلّقها طلاق السنّة، ويلزمها العدّة ثلاثة أقراء؛ لأنّ هذه العدّة مستندة إلى ما مضى من العقد الأوّل، فكان حكمها حينئذ حكم الأحرار، فإن اختار المقام فإنّ أولاده مماليك؛ لأنّه دخل على هذا على أن يكون أولاده عبيداً، فإن مات انفسخ النكاح ويلزمها عدّة الإماء.

وإن كان ذكراً عبداً أقرّ بالرقّ لغيره مبنيّ على ما مضى من القولين، فمن قال: يقبل إقراره فيما يضرّه ويضرّ غيره، فإنّ النكاح باطل بكلّ حال؛ لأنّه تزوّج بغير إذن سيّده ويلزمه المهر. ومن أين؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: في ذمّته يتبع به إذا أُعتق، والثاني: يكون في رقبته يباع فيه كالجناية.

ومن قال: يقبل إقراره فيما يضرّ نفسه ولا يقبل فيما يضرّ غيره، فالنكاح صحيح في الأصل لكن ينفسخ بإقراره؛ لأنّ الزوج إذا أقرّ بانفساخ النكاح انفسخ بقوله و لزمه المهر، فإن كان في يده مال أُخذ منه ولا يلتفت إلى سيّده، وإن لم يكن في يده مال فإنّه يكون في كسبه، كالحرّ إذا أعسر وكالعبد إذا تزوّج بإذن سيّده.

وأمّا إن تصرّف ـ مثل البيع والشراء ـ وجنى على إنسان أو جُني عليه فإنّ العبد و الأمة فيه سواء وإنّما افترقا في النكاح، وهذا مبنيّ على القولين فمن قال: يُقبل إقراره فيما يضرّه ويضرّ غيره، فإنّ تصرّفاته كلّها يبطل؛ لأنّه عبد تصرّف بغير إذن سيّده. ثمّ نظرت، فإن كان العين باقية فإنّها تردّ إلى أربابها، وإن كانت تالفة فإنّها تكون في ذمّته يتبع به إذا أُعتق؛ لأنّهم دفعوا برضاهم.

ومن قال: يُقبل إقراره فيما يضرّ نفسه ولا يُقبل فيما يضرّ غيره، فإنّ تصرّفاته صحيحة، فإنّه يدفع الأثمان من المال الّذي في يده، فإن كان فضل عمّا عليه فإنّ ذلك الفضل يكون لسيّده. وإن لم يكن في يده كان في ذمّته يتبع به إذا أُعتق كالحرّ المعسر.

فأمّا الجناية فلا يخلو إمّا أن يجني هو على غيره، أو يجنى عليه: فإن جنى على غيره فإنّه لا يخلو: أن يكون عمداً أو خطأً، فإن كان عمداً فلا يخلو المجنيّ عليه: أن يكون عبداً أو حرّاً، فإن كان عمداً يُقتل به سواء كان حرّاً أو عبداً، وإن كانت خطأً كان ينبغي أن يكون في بيت المال؛ لأنّ هذا لقيط وجناية اللقيط من بيت المال، لكن لمّا أقرّ على نفسه بالعبوديّة أسقط من بيت المال حقّه فيكون في رقبته.

وإن كان قد جني عليه فلا يخلو: أن يكون خطأً أو عمداً، فإن كان عمداً فلا يخلو الجاني: من أن يكون حرّاً أو عبداً، فإن كان عبداً اقتصّ منه؛ لأنّه عبد يجب الاقتصاص منه للحرّ والعبد، وإن كان خطأً فالكلام في النفس والطرف واحد، لكن يصوّر في اليد إذا قطع وكان حرّاً، فإنّه يوجب قطع اليد نصف الدية.

فإذا ثبت هذا، فلو كان حرّاً لوجب نصف الدية، فلمّا أقرّ بالعبوديّة أوجب نصف قيمته. ثمّ ينظر، فإن كان نصف القيمة وفق نصف الدية أو دونه فإنّه يقبل إقراره ويلزمه القيمة؛ لأنّه يضرّ به لا بغيره. وإن كان نصف القيمة أكثر من نصف الدية فمبنيّ على القولين، فمن قال: إنّه يُقبل إقراره فيما يضرّ نفسه وفيما يضرّ غيره، فإنّه يلزمه القيمة أكثر الأمرين. ومن قال: يقبل إقراره فيما يضرّ نفسه لا فيما يضرّ غيره، فإنّه يلزم الدية[1] الأقلّ.

وعندنا لا اعتبار بتلك الزيادة؛ لأنّ قيمة العبد لا تزيد عندنا في الجناية عليه على دية الحرّ بحال.

---

(١) بعض المخطوطات: يلزم القيمة.

كتاب الوصايا

كتاب الوصايا

الوصيّة مشتقّة من وصى يصي، وهو من الوصل، قال الشاعر:

نـصي اللـيل بـالأيّام حـتّى صـلاتنا مـقاسمة يشـتقّ أنـصافَها السّـفْرُ[1]

ومعناه: أنّه يصل تصرّفه بما يكون بعد الموت ما قبل الموت، يقال: منه أوصى يوصي إيصاءً، ووصّى يوصّي توصية، والاسم الوصيّة والوَصاة. ويقال استوصى فلان: أي أنّه يتصرّف بغير إذنه.

إذا ثبت هذا، فالأصل فيها الكتاب والسنّة، قال الله تـعالى: ﴿يـوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظّ الأُنثيين﴾ فذكر الوصيّة في أربعة مواضع: أحدها قوله: ﴿فلأُمّه السدس من بعد وصيّة﴾. والثاني في فرض الزوج والزوجة ﴿فلكم الربع ممّا تركن من بعد وصيّة يوصين بها أو دين﴾ والثالث قال: ﴿فلهنّ الثمن ممّا تركتم من بعد وصيّة توصون بها أو دين﴾ والرابع ﴿فهم شركاء في الثلث من بعد وصيّة يوصى بها أو دين﴾[2] فرتّب الميراث على الوصيّة والدين، فثبت بذلك أنّ الوصيّة لها حكم.

وروي عن ابن عمر أنّ النبيّ ﷺ قال: ما حقّ امرئٍ مسلم له شيء يوصى فيه

---

(١) القائل هو ذو الرمّة، الصحاح في اللغة ٦: ٢٥٢٥.

(٢) النساء: ١١ ـ ١٢.

يبيت ليلتين إلّا ووصيّته مكتوبة عنده[١].

روى الزهري، عن عامر بن سعد، عن أبيه: أنّه مرض بمكّة مرضاً أشفى منها فعاده رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله ليس يرثني إلّا البنت أفأُوصي بثلثي مالي؟ فقال: لا، فقال: أفأُوصي بنصف مالي، وفي بعضها بشطر مالي؟ فقال: لا، فقال: أفأُوصي بثلث مالي؟ فقال: بالثلث والثلث كثير؛ فقال ﷺ: إنّك إن تدع أولادك أغنياء خير لهم من أنّك تَدَعهم عالة يتكفّفون الناس[٢].

و روى أبوقتادة، قال: إنّ النبيّ ﷺ لمّا قدم المدينة سأل عن البراء بن معرور، فقيل له: يا رسول الله ﷺ إنّه هلك! وقد أوصى لك بثلث ماله، فقبل رسول الله ﷺ ثمّ ردّه على ورثته[٣].

إذا ثبت هذا فالناس في الوصيّة على ثلاثة أضرب: منهم من لا تصحّ له الوصيّة بحال، ومنهم من تصحّ له الوصيّة، ومنهم من هو مختلف فيه.

فمن لا تصحّ له الوصيّة عندنا الكافر الّذي لا رحم له من الميّت. وعند المخالف الوارث[٤]. ومن تصحّ له الوصيّة بلا خلاف مثل الأجانب، فإنّه يستحبّ لهم الوصيّة وعندنا الوارث تصحّ له الوصيّة أيضاً. والمختلف فيه على ضربين: منهم الأقرباء الّذين لا يرثونه بوجهٍ مثل ذوي الأرحام عند من لم يورّث ذوي الأرحام مثل بنت الأخ وبنت العمّ والخالة والعمّة، والضرب الآخر يرثون لكن ربّما يكون معهم من يحجبهم مثل الأُخت مع الأب والولد، فإنّهم يستحبّ أن يوصى لهم وليس بواجب، وقال قوم: إنّه واجب[٥] وعندنا أنّ الوصيّة لهم لا كلّهم مستحبّة مندوب إليها.

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٢٧٢، عوالي اللآلئ ٣: ١/٢٦٨.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٢٦٩، مع تفاوت في بعض الكلمات.

(٣) السنن الكبرى ٦: ٢٧٦، عوالي اللآلئ ٣: ٣/٣٦٩.

(٤) قال مالك: السنّة الثابتة عندنا الّتي لا اختلاف فيها: أنّه لا تجوز وصيّة لوارث، الموطّأ ٢: ٧٦٥.

(٥) هم أهل الظاهر، كما في المجموع ١٥: ٣٩٩.

فإذا ثبت صحّة الوصيّة، فإن كان رجل له ابن فقال لأجنبيّ: «أوصيت لك بمثل نصيب ابني» فإنّ له النصف من جميع المال. وقال قوم: هذه وصيّة بجميع المال له[١] وفائدة هذا الخلاف أنّا نقول: له نصف المال إذا أجازت الورثة، وإن لم تجز الورثة له الثلث. وعند المخالف له كلّ المال إذا أجازت الورثة وإن لم تجز الثلث. وجملته: أنّ كلّ موضع يقول: «أوصيت له بمثل نصيب أولادي» فإنّه يكون له نصيب أقلّهم نصيباً ولا يقول[٢] معولاً، لأنّ العول عندنا باطل. وهكذا إذا قال: «له مثل نصيب ورثتي» يكون له مثل أقلّهم نصيباً.

إذا كان له ابنان فقال: «أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد ابنيّ» فإنّه يضاف إليهما هذا الموصى له، ويكون المال بينهم أثلاثاً. وإن كان له تسع بنين، فقال: «أوصيت له مثل نصيب أحد بنيّ» فيكون مع هذا عشرة، فيكون له عشر المال.

رجل له بنت واحدة فقال: «أوصيت لفلان بمثل نصيب بنتي» كان له النصف عندنا إذا أجازته الورثة وإن لم تجزه الورثة له الثلث، لأنّ المال كلّه للبنت لو انفردت. وقال قوم: له الثلث لأنّ هذا كإحدى ابنتين، ولو كانتا ابنتين كان لهما الثلثان، كذلك مع هذا الموصى له لهما الثلثان، لكلّ واحد منهما الثلث.

وإذا كان له بنتان فقال: «أوصيت له بمثل نصيب إحدى ابنتيّ» يكون الموصى له كواحدة من البنات، ويقسم المال بينهم أثلاثاً بالسويّة، لأنّ البنات يرثن المال كلّه دون العصبة. ومن جعل للبنتين الثلثين والباقي للعصبة، قال: هذا كإحدى البنتين يكون له نصيب إحدى البنتين، فيكون المال على أربعة، للبنتين النصف، ولهذا الربع، والربع الباقي للعصبة. وهكذا إن كنّ أكثر من ثلاثة وأربعة على هذا المنهاج.

إذا كان له أولاد بنين وبنات، فقال: «أوصيت له بمثل نصيب أحد أولادي» أو

---

(١) راجع المغني لابن قدامة ٦: ٤٤٩.

(٢) في المطبوع: لا يعول.

قال: «أوصيت له بمثل نصيب أحد ورثتي» فإنّه يكون له نصيب إحدى البنات. وهكذا إذا كان له ثلاثة إخوة وثلاث أخوات، فقال: «أوصيت له بمثل نصيب ورثتي» فإنّه يكون له نصيب إحدى الأخوات؛ المسألة من ثلاثة، وتصحّ من تسعة، للإخوة ستّة وللأخوات ثلاثة ولهذا واحد، تصير المسألة من عشرة وتصحّ.

ثلاثة إخوة من أب وأُمّ، وثلاثة إخوة لأُمّ، وثلاثة إخوة من أب، فقال: «أوصيت لفلان نصيب أحد إخوتي» فللاخوة للأُمّ الثلث والباقي للإخوة من الأب والأُمّ، وسقط من كان من جهة الأب؛ المسألة من تسعة فيصير من عشرة، لأنّ هذا الموصى له يكون له أقلّ سهم من سهام الإخوة وأقلّ سهم هاهنا سهم أحد الإخوة من الأُمّ وهم ثلاثة، فيكون لهم ثلاثة أسهم، وللإخوة للأب والأُمّ ستّة أسهم، ولهذا سهم، يصحّ من عشرة.

رجل خلف بنته وبنت ابنه وأُختاً من أب وأُمّ فقال: «أوصيت لفلان مثل نصيب ولدي» فإنّ المال كلّه للبنت عندنا بالفرض والردّ، فلمّا أوصى له بمثل نصيبها صار لها النصف وللموصى له النصف، فإن أجازته أخذ النصف كَمَلاً، وإن لم تجزه أخذ الثلث والباقي لها.

وقال المخالف: المسألة من ستّة، للبنت النصف، ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين، وللأُخت للأب والأمّ سهمان، ولهذا الموصى له سهم فتعول المسألة إلى سبعة فلهذا له سُبع المال، لأنّ أقلّ مال أولاده نصيب بنت الابن. ولا فرق في هذه المسألة أن يقول: «أوصيت له بمثل نصيب ولدي» أو يقول: «بمثل نصيب ورثتي» المسألة بحالها.

خلف بنتاً وبنت ابن و أُختاً وزوجة، فقال: «أوصيت له بمثل نصيب ولدي» فالمسألة تصحّ من ستّة عشرة، للزوجة الثمن اثنان، وللبنت للصلب سبعة، وللموصى له سبعة وسقط الباقون.

وعندهم تصحّ من أربعة وعشرين تعول إلى ثمانية وعشرين، للبنت اثناعشر، ولبنت الابن أربعة السدس، وللزوجة الثمن ثلاثة، يبقى خمسة يكون للأُخت، ولهذا الموصى له أربعة، الجميع ثمانية وعشرون.

المسألة بحالها، فقال: «أوصيت له بمثل نصيب ورثتي» فهاهنا أقلّ ما لورثته نصيب الزوجة وهو الثمن، تعول عندهم إلى سبعة وعشرين. وعندنا تصحّ من ثمانية، للزوجة الثمن، وللموصى له ثمن آخر، ويبقى ستّة أسهم للبنت للصلب، ويسقط الباقون.

المسألة بحالها و خلف أربع زوجات، فقال: «أوصيت له بمثل نصيب ورثتي» فيكون له ربع الثُمن تصحّ من اثنين وثلاثين، للأربع زوجات أربعة الثمن، ولهذا ربع الثمن واحد، ويبقى سبعة وعشرون للبنت للصلب، ويسقط الباقون، وعندهم تصحّ من ستّة وتسعين.

ولو قال: «أوصيت له بمثل نصيب أعظم ورثتي» يكون له مثل نصيب أكثرهم نصيباً. ولو قال: «أوصيت له بمثل نصيب أقلّ ورثتي» يكون له مثل نصيب أقلّهم نصيباً.

وإذا كان له ابن فقال: «أوصيت له بنصيب ابني» فإنّ هذه وصيّة باطلة. وقال قوم: تصحّ الوصيّة ويكون له كلّ المال[1].

وهذا باطل لأنّ قوله: «نصيب ابني» كأنّه قال: «ما يستحقّ ابني» وما يستحقّ ابنه لا يستحقّه غيره. ولو قال: «أوصيت له مثل نصيب ابني» وله ابن قاتل، فالوصيّة باطلة، لأنّ الابن القاتل لا يرث ولا يكون له نصيب، فكأنّه قال: أوصيت له بمثل نصيب من لا شيء له.

إذا أوصى لرجل بنصف ماله، ولآخر بثلث ماله، ولآخر بربع ماله، ولآخر

---

(١) قال به مالك وزفر وداود بن عليّ، الحاوي الكبير ٨: ١٩٧.

بسدس ماله وكانوا متعيّنين[١] ثمّ قال لآخر: «أوصيت له بمثل ما أوصيت لأحد هؤلاء الّذين أوصيت لهم» فإنّه يكون له نصيب أقلّهم نصيباً هاهنا، ويكون عندنا له نصيب أقلّهم نصيباً ممّن تسلم الوصيّة له، فإنّ في الجميع لا تصحّ على أصلنا على ما سنبيّنه.

إذا قال: «أوصيت لفلان بضعف نصيب أحد ولدي» فإنّ عندنا يكون له مثل نصيب أقلّ ورثته مرّتين؛ وتصوّر المسألة في ابن وبنت، المال على ثلاثة، فللموصى له مثلا نصيب البنت سهمان، لأنّه كان لها سهم من ثلاثة، يُقسم المال على خمسة إذا أجازت الورثة الضعف. وقال قوم شذاذ: ضعف الشيء مثله[٢].

وإذا قال: «لفلان من مالي ضعفا نصيب أحد ورثتي» كان له أربعة أمثالها. وقال عامّة الفقهاء: يكون له ثلاثة[٣] لأنّه ينبغي أن يضاف الضعف إلى النصيب، والضعف الّذي هو مثلان إذا أُضيفت إلى نصيب يكون له ثلاثة. ولو قال: «لفلان ضعف ضعف نصيب ورثتي» كان ذلك أربعاً.

والأوّل أقوى، لأنّ الضعف إذا كان مثلي النصيب ـ على ما مضى ـ فقد أثبت له ذلك دفعتين، لقوله: «ضعفي» فيجب أن يكون له ذلك، لأنّه لا فرق بين أن يقول: له ضعفا نصيبه، وبين أن يقول: ضعف ضعف نصيبه.

إذا قال: «لفلان حظّ من مالي» أو «نصيب» أو «قليل» فإنّه يرجع إلى الورثة ويقال لهم: أعطوه ما يقع عليه اسم ذلك، كما أنّه إذا قال: «أعطوه شيئاً من مالي» إلّا أن يدّعي الموصى له أكثر من ذلك وأنّ الورثة يعلمون ذلك، فإنّه يكون القول قول الورثة مع يمينهم أنّهم لا يعلمون.

وكذلك في «جزء» و «كثير» سواء. وأصحابنا قالوا في الجزء: إنّه سهم من

---

(١) خ: معيّنين.
(٢) نسبه في الحاوي الكبير (٨: ٢٠٤) إلى مالك.
(٣) هو مذهب الشافعي وجمهور الفقهاء، الحاوي الكبير ٨: ٢٠٥.

سبعة[١] وقالوا أيضاً: سهم من عشرة[٢]. و إذا أوصى له بسهم من ماله كان له السدس، وفيه خلاف[٣].

وإذا قال: «لفلان ثلث مالي ولآخر نصف مالي ولآخر ربع مالي» وأجازته الورثة بُدئ بالأوّل فالأوّل، ويدخل النقص على الأخيرة. وإن لم يجيزوه وُفّي الأوّل ثلثه وسقط الآخران[٤].

وقال المخالفون: إن أجازته الورثة يُقسم المال عليهم من اثني عشر يعول إلى ثلاثة عشر مثل الورثة، وادّعوا أنّه لا خلاف فيها، وإذا لم يجيزوه فإنّه تسقط الزيادة على الثلث، ويُقسم الثلث ـ على ماذكرناه ـ على ثلاثة عشر سهماً، لصاحب النصف ستّة، ولصاحب الثلث أربعة، ولصاحب الربع ثلاثة، يكون ثلاثة عشر.

وإذا أوصى لأحدهم بنصف ماله وللآخر بثلثه كان عندنا على ما مضى. وفيهم من قال: يُفرض من خمسة، لصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهمان[٥] وعند آخرين بينهما نصفين[٦].

إذا أوصى لرجل بكلّ ماله وللآخر بثلث ماله، فإن بدأ بالّذي سمّي له الكلّ وأجازت الورثة أخذ جميع المال وسقط الآخر. وإن بدأ بصاحب الثلث وأجازت الورثة الوصيّتين أخذ هو ثلثه والباقي صاحب الكلّ. وإن لم تجز الورثة وكان البدأة بصاحب الكلّ أخذ الثلث وسقط الآخر. وإن كانت البدأة بصاحب الثلث أخذ الثلث وسقط صاحب الكلّ. فإن اشتبها استعمل القرعة على هذا الترتيب.

وقال المخالف: الورثة بالخيار بين أن يمنعوا عمّا زاد على الثلث أو يجيزوه،

---

(١) الصدوق في الهداية: ٣٢٠، والمفيد في المقنعة: ٦٧٣، وسلّار في المراسم: ٢٠٤.

(٢) قاله الصدوق في المقنع: ٤٧٨.

(٣) الصدوق في الهداية: ٣٢١ والمقنع: ٤٧٨ قال بالسدس، والمفيد في المقنعة: ٦٧٤، وسلّار في المراسم: ٢٠٤ قالا بالثُمن.

(٤) خ: الباقون.

(٥) اختاره النووي في المجموع ١٥: ٤٨٠ ـ ٤٨١.

(٦) لم نظفر بقائليه.

فإن لم يجيزوه فإنّ الثلث بينهما على أربعة، لصاحب الكلّ ثلاثة، ولصاحب الربع واحد[١] وعند غيرهم يكون بينهما نصفين[٢] ولو أجازت الورثة قسم ذلك مثله.

إذا أوصى لرجل بغلام وقيمته خمسمائة، وأوصى لآخر بداره وهي تسوى ألفاً، وأوصى لآخر بخمسمائة، وماله كلّه ثلاثة آلاف، فقد أوصى بثلثي ماله، فإن أجازت الورثة أُعطي كلّ مسمّى حقّه بلا خلاف. وإن لم تجز الوصيّة قُدّم الأوّل فالأوّل عندنا، فإن اشتبهوا استعملت القرعة.

وقال المخالف: يكون لكلّ واحد منهم نصف ما أوصى له به، بناءً على ما مضى[٣].

تصرّف المريض في ماله إذا كان منجّزاً لأصحابنا فيه روايتان: أحدهما يكون من أصل المال[٤] والأُخرى يكون من الثلث[٥] وفيما زاد على الثلث لا يصحّ، وهو مذهب من خالفنا[٦]. وإذا لم يكن منجّزاً فلا خلاف أنّه من الثلث.

إذا كان ورثته أغنياء يستحبّ له أن يوصي بثلث ماله ويستوفي الثلث. وإن كانوا فقراء فالأفضل أن يكون وصيّته فيما أقلّ من الثلث.

وأمّا تصرّف الصحيح فما كان منجّزاً من البيع والهبة فإنّه من رأس المال، وما كان من وصيّته من الثلث بلا خلاف.

وإذا أوصى زيادة على الثلث، فإن أجازته الورثة جاز، وإن لم تجزه مضى في الثلث وأبطل فيما زاد عليه، سواء كانت الوصيّة للأجنبيّ أو للوارث أو القريب الّذي ليس بوارث.

وقال بعضهم: إن كانت للأجنبيّ فللورثة المنع ممّا زاد على الثلث، وإن

(١ و٢) راجع الحاوي الكبير ٨: ٢٠٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٤٦٧.

(٣) هو الّذي نقلناه من الحاوي، راجعه.

(٤) الكافي ٧: ٢/٧، والتهذيب ٩: ٧٥٣/١٨٧، والاستبصار ٤: ٤٥٩/١٢١.

(٥) التهذيب ٩: ١٩٤، و ١٩٥، و ٧٨١/١٩٧، و ٧٨٤، و٧٨٦، والاستبصار ٤: ٤٥٥/١٢٠.

(٦) كما في الحاوي الكبير ٨: ٣١٩، والمغني لابن قدامة ٦: ٤٩١.

أجازت صحّ[١] لكن هل يكون هذا إجازة على فعل الموصي أو ابتداءً هبة من الورثة؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: يكون إجازة على فعل الموصي[٢] والآخر: أنّه يكون ابتداءً هبة من الورثة[٣]. هذا إذا أوصى لأجنبيّ.

فإن أوصى لوارث بثلث ماله فللورثة أن يمنعوا من ذلك. وإن أوصى بزيادة عليه فلهم أن يمنعوا المتعيّنين. وإن أجازته الورثة يصحّ ذلك كما مضي: من أنّه ابتداءً هبة من الورثة أو إجازة؟ والآخر عندهم الصحيح[٤].

وعلى ما قلناه إجماع الفرقة وظاهر القرآن قال الله تعالى: ﴿كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصيّة للوالدين والأقربين﴾[٥]. ونكتة هذا القول أنّ تصرّف المريض صحيح في جميع ماله الّذي يتصرّف فيه ما كان منجّزاً وغير منجّز، بدليل أنّه لو برئ فقد لزم ونفذ، ولا يكون له الرجوع، وإن كان تعلّق به خيار الورثة من المنع وغيره، فإذا أجازت الورثة فإنّهم أجازوا وصيّته عن عقد تقدّم.

وذلك كرجل اشترى عبداً وظهر به عيب كان له الخيار بالردّ، فإن أمسكه واختاره معيباً فإنّ أحداً لا يقول هذا استيناف عقد، وإنّما يكون إمساكه عن عقد متقدّم، فكذلك هاهنا.

فإذا ثبت أنّه إجازة فإذا أجازوا فقد لزم، وليس لهم الرجوع، لأنّهم أسقطوا حقوقهم بالإجازة كالشفعة، ولا يفتقر إلى القبض. ومن قال: إنّه ابتداء هبة فللورثة الرجوع قبل القبض مثل الهبة[٦] وقال قوم: لابدّ من القبض[٧] وقبضه قوله: أبحت لك، ملّكتك، وهبت لك ما أوصى فلان لك.

رجل أعتق عبداً له لا مال له غيره في مرضه المخوف نظرت فيه، فإن لم تجزه

---

(١) كما في المغني لابن قدامة ٦: ٤٢٦، والحاوي الكبير ٨: ٢١٣.

(٢ و٣) نقل القولين في الحاوي الكبير ٨: ٢١٠، وبعد أن عدّ الأوّل أصحّهما نسبه إلى أبي حنيفة.

(٤) نسبه الماوردي إلى نصّ كلام الشافعي في جميع كتبه، راجع الحاوي الكبير ٨: ٢١٣.

(٥) البقرة: ١٨٠. (٦ و٧) راجع المجموع ١٥: ٤١١، والحاوي الكبير ٨: ١٩٥.

الورثة بطل العتق في ثلثي العبد وصحّ في الثلث، ويكون الولاء في الثلث له وينتقل إلى عصبته. فإن أجازت الورثة فمن قال: إنّه إجازة على فعل الموصي، قال: ينعتق العبد ويكون ولاؤه لورثة الموصي الذكور دون الاناث. ومن قال ابتداءً هبة، قال: ولاء ثلث العبد للموصي، وللعصبة ولاء ثلثي العبد لورثته الّذين أجازوا العتق.

رجل أوصى لرجل بنصف ماله فأجازت الورثة ذلك، ثمّ قالوا: إنّا ظننّا أنّ ماله ثلاثة آلاف ويكون نصفه ألفاً وخمسمائة، وأنا أجزت خمسمائة والآن لاأُجيزه[١].

قال قوم: يقال أسقط ذلك الّذي تعلمه وتظنّه والباقي القول قولك إلّا أنّ الموصى له متى يقم البيّنة بأنّه كان علمه فإنّه حينئذ لا يقبل قوله، لأنّ البيّنة أقوى من دعواه[٢].

قال قوم: وهذا على قول من قال: إنّ إجازة الورثة إجازة على فعل الموصي، فأمّا على القول الآخر لا يجيء، لأنّه يحتاج إلى القبض، وإن لم يشاهده فالقبض لا يصحّ كالهبة[٣]. إذا ثبت هذا فإنّه لا يصحّ في تلك الزيادة؛ لأنّه إسقاط حقّ فلم يتعلّق بالمجهول كالإبراء، فيقال له: قد صحّ له خمسمائة وسقط هذه الخمس مائة، ومازاد على الخمس مائة فالقول قوله، إلّا أن يقيم له البيّنة فيحكم له بها.

إذا أوصى لرجل بعبد وكان يزيد على الثلث فأجاز الورثة، ثمّ قال: إنّي عهدته وكان له مال عظيم أو يقول: ما علمت أنّ عليه الدين، وظننت أنّ هذا العبد يزيد على الثلث بقدر يسير، والآن قد أتى على أكثر ماله فلا أُجيزه. قيل: فيه قولان، أحدهما: كالمسألة الّتي قبلها في أنّه يصحّ في القدر الّذي يعلم، وهو اليسير

---

(١) في العبارة اضطراب، ولعلّه فَرضَ المسألة في ثلاثة وارث سهم كلّ واحد منهم خمسمائة، ويقول كلّ واحد: أنا أجزت....

(٢ و٣) راجع المغني لابن قدامة ٦: ٤٢٩، والحاوي الكبير ٨: ٢١٤.

الّذي يدّعي أنّه كان يعلمه. والقول الثاني: تنفذ الوصيّة في جميع العبد.

والفرق بين هذه والّتي قبلها أنّ هناك ما شاهده ولم يعلم لأنّه مجهول، وليس كذلك هاهنا؛ لأنّ العبد كان قد شاهده ويعلم كم قيمته، فلم يدخل فيه بجهالة.

إذا أوصى لوارث وأجنبيٍّ بثلث ماله صحّ عندنا. وعندهم إن أجازت الورثة صحّ ويكون بينهما، وإن لم تجز بطل في حقّ الوارث ويصحّ في حقّ الأجنبيّ، ورجع على الورثة.

رجل أوصى بثلث ماله لأجنبيّ وبثلث ماله للوارث، قد بيّنّا مذهبنا فيه، وهو أن يمضي الأوّل منهما. وإن اشتبه استعمل القرعة. وإن أجازت الورثة صحّتا جميعاً.

وقال المخالف: إن أجاز الورثة صحّتا جميعاً وإن لم تجز بطل في حقّ الوارث، وتصحّ في حقّ الأجنبيّ[١] ثمّ قال بعضهم: للأجنبيّ نصف الثلث[٢] ومنهم من قال: يحصل للأجنبيّ ثلث المال بتمامه، لأنّه ينقص من الثلث إذا كان معه من يزاحمه وليس هاهنا مزاحمة[٣].

إذا أوصى لوارث بثلث ماله ولأجنبيّ بثلث ماله، وقال: «إن أجاز الورثة فلكما، وإن لم يجيزوا لي فنصيب الوارث لك أيّها الأجنبيّ» فإن أجازوا فلهما، وإن لم يجيزوا يكون للأجنبيّ ثلث المال؛ لأنّه قد جعل له الثلث مطلقاً، وجعل له نصيب الآخر بصفة. وعندهم: أنّ الوصيّة بالصفة جائزة[٤] وهذا صحيح على مذهبنا أيضاً.

إذا أوصى لرجل فقال: «إن متّ قبل موته أوصيت له بثلث مالي، وإن متّ بعد موته فلزيد» نظرت، فإن مات قبل موته فالوصيّة للأوّل، وإن مات بعده كانت لزيد.

إذا قال: «أوصيت لك بثلث مالي إن لم يقدم زيد، فإن قدم زيد فقد أوصيت

(١ و ٢) راجع المغني لابن قدامة ٦: ٤٢٤، والحاوي الكبير ٨: ٢١٣.

(٣ و ٤) راجع المغني لابن قدامة ٦: ٤٢٥.

له» فإن مات هذا الموصي قبل قدوم زيد صحّت الوصيّة للحاضر، وإن لم يمت حتّى يقدم زيد فالوصيّة لزيد.

رجل له ابن وبنت، فقال: «قد أوصيت له بمثل نصيب ابني» فإن أجاز الورثة صحّت، لكن هذا أكثر من الثلث؛ لأنّ المسألة من ثلاثة، للابن سهمان وللبنت سهم وللموصى له سهمان، يصير من خمسة. فإن لم تجز الورثة فله سهم من ثلاثة، فيبقى سهمان على ثلاثة لا تصحّ، فيضرب ثلاثة في ثلاثة تصير تسعة، يكون للموصى له ثلاثة وللبنت سهمان وللابن أربعة.

فإن أجاز الابن ولم تجز البنت، فالمسألة من تسعة، للموصى له ثلاثة وللبنت سهمان، يبقى أربعة يحتاج أن ينقص من نصيب الابن القدر الّذي أجازه، والابن هاهنا يستحقّ خُمسين، فما زاد على خُمسين لا يمكن قسمته من هذا، لكن يضرب خمسة في تسعة، يكون خمسة وأربعين، للموصى له ثُلثه خمسة عشر، وللبنت عشر[1] يبقى عشرون، للابن منها خُمسان ثمانية عشر، يبقى سهمان يضاف إلى نصيب الموصى له فيحصل له سبعة عشر، الجميع خمسة وأربعون.

تجوز الوصيّة للحمل والوصيّة به إذا كان مخلوقاً حال الوصيّة وخرج حيّاً، ومتى خرج ميّتاً لم تصحّ الوصيّة. ومتى خرج حيّاً فلا تخلو الوصيّة أن تكون مطلقة أو مقيّدة، فالمطلقة إذا أوصى فقال: «أوصيت لحمل هذه الجارية» والمقيّدة إذا قال: «أوصيت لحمل هذه الجارية من فلان» يعني وهو ابن فلان.

فإن أطلق نظرت، فإن أتت به لأقلّ من ستّة أشهر فإنّه تصحّ له الوصيّة؛ لأنّا تبيّنّا أنّه كان موجوداً حال الوصيّة. وإن أتت به لأكثر من ستّة أشهر، فلا يخلو إمّا أن يكون لها زوج، أو تكون خالية من زوج، فإن كان لها زوج أولها سيّد فلا تصحّ له الوصيّة؛ لأنّه يحتمل أن يكون حدث بعد الوصيّة. وإن لم يكن لها زوج ـ مثل أن

---

(١) خ: عشرة.

يكون طلّقها زوجها أو مات عنها ـ فإن أتت به لأقلّ من تسعة أشهر عندنا وعند بعضهم أربع سنين[١] أُلحق النسب، فإذا أُلحق النسب ثبتت له الوصيّة؛ لأنّا تبيّنّا أنّه كان موجوداً حال الوصيّة وإن أتت به لأكثر من هذه المدّة، فإنّه لا يلحق النسب فلا تثبت الوصيّة، لأنّا تبيّنّا أنّه حدث بعد الوصيّة.

وأمّا إن كان مقيّداً، فقال: «أوصيت لحمل هذه الجارية وهو من فلان» فإن أتت به لأقلّ من ستّة أشهر ولحقه النسب فإنّه تصحّ الوصيّة؛ لأنّا تبيّنّا أنّه كان مخلوقاً موجوداً حال الوصيّة؛ لأنّ أقلّ الحمل ستّة أشهر. وإن أتت به لأكثر من ستّة أشهر فالحكم على ما مضى في المسألة الأُولى:

فإن كان لها زوج فلا تصحّ له الوصيّة؛ لأنّه يجوز أن يكون حدث بعد الوصيّة. وإن لم يكن لها زوج نظرت، فإن أتت به لأقلّ من تسعة أشهر فإنّه يلحق النسب وتثبت له الوصيّة، وإن أتت به لأكثر من ذلك فإنّه لا يلحق النسب ولا تصحّ الوصيّة.

فإن أوصى لحمل جارية وقال: «هو ابن فلان» فأتت به ونفاه زوجها باللعان صحّت الوصيّة، لأنّه ليس فيه أكثر من انقطاع النسب بين الولد ووالده، فأمّا من الأجنبيّ فلا. وقال قوم: هذا خطاء؛ لأنّه إذا نفى الولد باللعان، تبيّنّا أنّه ليس مخلوقاً من مائه، فإذا لم يكن مخلوقاً من مائه لم يكن موجوداً حال الوصيّة، فلا تصحّ الوصيّة[٢]. وهذا قريب.

إذا أوصى لذكر كان ما أوصى به له، وكذلك إذا أوصى لأُنثى. وإن أوصى لذكر وأُنثى كان بينهما بالسويّة بلا خلاف. وإذا أوصى لحمل جارية فقال: «إن كان في بطنها ذكر فله ديناران، وإن كان أُنثى فلها دينار» فإن خرج ذكر كان له ديناران، وإن خرج أُنثى كان لها دينار، وإن خرج ذكر وأُنثى كان لهما ثلاثة دنانير.

---

(١) كما في الحاوي الكبير ٨: ٢١٥، والمغني لابن قدامة ٦: ٤٧٥.

(٢) منهم ابن سريج، كما في الحاوي الكبير ٨: ٢١٧ والمجموع ١٥: ٤٧٥.

وإن أوصى فقال: «إن كان الّذي في بطنها ذكراً فله ديناران وإن كان أُنثى فلها دينار» فإن أتت بذكر فله ديناران، وإن أتت بأُنثى فلها دينار، وإن أتت بهما فلا شيء لهما.

والفرق بين هذه وبين الأُولى حيث قال: «إن كان في بطنها ذكر فله ديناران وإن كان أُنثى فلها دينار» وقد كان ذكر وأُنثى، وليس كذلك هاهنا؛ لأنّه قال: «إن كان الّذي في بطنها ذكراً فله ديناران» أراد إن كان كلّ الّذي في بطنها ذكراً أو كلّ الّذي في بطنها أُنثى، وما وجد تلك الصفة؛ لأنّه كان كلّه ذكراً وأُنثى.

إذا قال: «أوصيت لما تحمل هذه الجارية» كانت باطلة، لأنّ الحمل غير موجود في الحال. وقال قوم: تصحّ؛ لأنّ المعلوم أنّها تحمل فيما بعدُ[1]. وهذا غير صحيح، لأنّها ربّما لا تحمل، ولأنّ من شأن المملّك أن يكون موجوداً غير معدوم.

فأمّا الوصيّة بالحمل: إذا كانت له جارية فحملت من زوج شرط عليه استرقاق الولد عندنا وعندهم من غير شرط أو من زنا فأوصى بحملها لرجل نظرت، فإن أتت به لأقلّ من ستّة أشهر صحّت الوصيّة به له. وإن أتت به لأكثر من ستّة أشهر نظرت: فإن كان لها زوج لا تصحّ الوصيّة به، وإن لم يكن لها زوج نظرت، فإن أتت به لأقلّ من تسعة أشهر فإنّه تصحّ الوصيّة؛ لأنّه يلحق به النسب فلذلك تصحّ الوصيّة، وإن أتت لأكثر من ذلك فلا يثبت النسب ولا تصحّ الوصيّة.

إذا أوصى لرجل بما تحمل هذه الجارية، أو قال: «أوصيت بما تحمل هذه الشجرة» فإنّ الوصيّة صحيحة. والفرق بين هذه والّتي مضت إذا أوصى لما تحمل هذه الجارية؛ لأنّ المملّك هناك معدوم غير موجود، والمملّك هنا موجود وهو الموصى له، وإن كان الشيء الّذي أوصى به له معدوماً فلا يضرّ؛ لأنّ الاعتبار بوجود المملّك.

---

(١) نُسب إلى بعض أصحاب الشافعية كما في المغني ٦: ٤٧٦.

إذا أوصى بخدمة عبده أو بغلّة داره أو ثمرة بستانه على التأبيد صحّت الوصيّة عند الجميع إلّا ابن أبي ليلى، فإنّه أبطلها؛ لأنّها مجهولة[١].

وإذا ثبت صحّتها، فإنّها تعتبر من الثلث. وكيفيّة الاعتبار: بأن يقوّم الرقبة والمنفعة من الثلث. وقال قوم: تقوّم الرقبة من ثلثي الورثة ويقوّم المنفعة من ثلثه. ومن الناس من قال: يقوّم عليه المنفعة وتسقط الرقبة في باب القيمة. وهذا ضعيف عندهم، وهو الأقوى عندي.

فمن قال: تقوّم الرقبة من الثُلثين والمنفعة من الثلث، يقول: المنفعة تنتقل إلى الموصى له وتنتقل الرقبة إلى الورثة. ومن قال: تقوّم الرقبة والمنفعة، قال: ثمّ ينظر، فإن خرج العبد من الثلث كان كلّه للموصى له، وإن خرج بعضه كان له من العبد بقدر ذلك، والباقي للورثة.

وعلى ما قلته تقوّم المنفعة، فإن خرج من الثلث كان له، وإن لم يخرج كان له منها بقدر الثلث، والباقى للورثة.

إذا أوصى لرجل برقبة عبده ولآخر بمنفعة عبده، كانت الوصيّة صحيحة؛ لأنّه يملك المنفعة كما يملك الرقبة. فإذا ثبت هذا فإنّه يصحّ، فإنّه يقوّم على كلّ واحد منهما ـ من الموصى لهما ـ من الثلث.

ولو أوصى بمنفعة عبده أو داره مدّة معلومة سنة أو أكثر أو أقلّ، فإنّ هاهنا تقوّم المنفعة وتقوّم الرقبة على الورثة. ونفقة هذا العبد على من تجب؟ قيل: فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: على ورثة صاحب الرقبة؛ لأنّها له. والثاني: على صاحب المنفعة كما لو تزوّج أمة كان نفقتها على زوجها؛ لأنّ منافعها للزوج. الثالث: أنّ نفقته في كسبه، فإن لم يف كسبه كان في بيت المال.

---

(١) كما في المغني لابن قدامة ٦: ٤٧٧، وفيه: لأنّها معدومة.

إذا ثبت هذا، فالكلام في التصرّف.

أمّا الموصى له فله أن يتصرّف في المنفعة بكلّ حال. وهل لورثة صاحب الرقبة التصرّف فيه بالبيع؟ قيل: فيه ثلاثة أوجه، أحدها: له أن يبيعه؛ لأنّه ملكه. وهو الأقوى. والثاني: ليس له بيعه؛ لأنّها رقبة بلا منفعة فهو كبيع الجعلان والديدان والخنافس. والثالث: له أن يبيع من الموصى له دون غيره؛ لأنّه يحصل له الرقبة والمنفعة. فأمّا إن أعتقه صحّ العتق والوصيّة بحالها، ويستحقّ الموصى له المنفعة كما كان ولا يرجع العبد على الورثة.

فإن جُني على هذا العبد قتلٌ فإنّه يلزم القاتل القيمة. ولمن تكون هذه القيمة؟ على وجهين، أحدهما: لصاحب الرقبة؛ لأنّها ملكه وهذه القيمة عوض عن الرقبة. والوجه الثاني: لا يكون لصاحب الرقبة؛ لأنّا لو دفعنا إليه لكنّا دفعنا إليه ما له وما لغيره. فعلى هذا يشترى بهذه القيمة عبد مكانه، فتكون المنفعة للموصى له ورقبته للورثة.

وإن أوصى بثمرة نخلة لرجل فاحتاج إلى السقي فلا يجب على واحد منهما، لأنّ الموصى له يقول: الرقبة ليس لي فلا يلزمني، ولا للورثة لأنّها تقول: المنفعة لغيري ولا أملك الثمرة، فلما لي أسقي؟ لكن إن تطوّع أحدهما بالسقي كان له ذلك.

إذا أوصى لرجل بخدمة أمته فأتت بولد مملوك، فلمن يكون هذا الولد؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: للموصى له؛ لأنّه من نماء الأمة والمنفعة والكسب له، كذلك نماؤها مثل الولد. والوجه الثاني: تكون للورثة الرقبة والمنفعة للموصى له، لأنّ هذا الولد بعض منها وجزء منها فحكمه حكمها. وهو الأقوى.

فإن قُتل هذا الولد لزم القيمة قاتله. ولمن تكون؟ من قال: إنّ الولد للموصى له قال: كذلك القيمة له، ومن قال: الولد حكمه حكم الأُمّ، فعلى وجهين.

فتحصّل هاهنا ثلاثة أوجه: أحدها القيمة للموصى له، والثاني للورثة، والثالث

يشترى به عبد مكانه يكون رقبته للورثة ومنفعته للموصى له.

المسألة بحالها: أوصى بخدمة جارية لرجل فوُطئت بوطء شبهة فأتت بولد، فلا حدّ لأنّه شبهة، ويلزمه المهر، ويكون المهر للموصى له: لأنّ منفعتها له. والولد لاحق به ويثبت النسب، لأنّه ولد من وطء شبهة. ويكون حرّاً ويلزمه قيمة الولد، ولمن يكون؟ فمن قال هناك للموصى له قال هاهنا القيمة له. ومن قال حكمه حكم الأُمّ إذا قتلت فعلى وجهين، فتكون هذه القيمة على ثلاثة أوجه.

المسألة بحالها: أوصى بخدمة أمته لرجل ثمّ مات الموصي، فليس لأحد أن يطأها، لا للموصى له لأنّه لا يملكها، ولا للورثة لأنّ لهم رقبة عريّة من المنفعة، لأنّها لو وطئت لكان المهر للغير لا للورثة، فإن خالفا ووطئاها نظرت:

فإن كان الموصى له فلا حدّ لأنّه وطء شبهة، ولا يلزمه المهر لأنّ المهر له، والولد لاحق به ويثبت به النسب لأنّه وطء شبهة، ويكون حرّاً لأنّها علقت بحرّ. وتكون أُمّ ولد عندنا، وعند قوم لا تكون لأنّه لا يملكها. وهل يلزمه قيمة الولد أم لا؟ قيل: فيه ثلاثة أوجه:

فمن قال: لو كان مملوكاً لكان له، فهاهنا لا يلزمه القيمة. ومن قال: لمالك الرقبة في الأُمّ، فهاهنا القيمة لمالك الأُمّ. الثالث يُشترى بقيمته عبد يكون رقبته للوارث ومنفعته للموصى له.

وإن وطئها الوارث فلا حدّ لأنّه وطء شبهة، ويلزمه المهر للموصى له لأنّ منفعتها له، والولد حرّ ويلحق به النسب لأنّها علقت بحرّ، وتصير أُمّ ولد لأنّها ملكه. وهل يلزمه قيمة الولد؟ فيه ثلاثة أوجه: فمن قال: إنّه لو كان عبداً كان يكون رقبته للوارث، قال: لا شيء عليه. ومن قال: كان يكون للموصى له، أوجب عليه دفع القيمة إلى الموصى له. ومن قال: حكم الولد حكم أُمّه، اشترى بقيمته عبداً يكون رقبته للوارث ومنفعته للموصى له.

إذا أوصى بزيادة على ثُلث ماله، فإنّ هذه الوصيّة تنقسم على قسمين: أحدهما أن يكون بشيء معيّن، أو بشيء غير معيّن، فإن كان بغير معيّن ـ مثل أن يكون قد أوصى بنصف ماله ـ والثاني[1] أن يكون قد أوصى بعبد بعينه أو بدار بعينها وكانت قيمتها أكثر من الثلث، فإنّ للورثة هاهنا المنع والإجازة، فإن منع وردّه فيصحّ في الثلث ويبطل في الزيادة على الثلث، وإن أجاز صحّ في الكلّ، الثُلث بالوصيّة، والزيادة إمّا بالإجازة على فعل الموصي، أو ابتداءً هبة من الورثة.

فإذا أوصى لرجل بزيادة على الثلث في حال صحّته وأجازته الورثة كان صحيحاً، لعموم الأخبار[2] وقال المخالف: هذه وصيّة باطلة، وليس للورثة أن تجيز هذه في حياته، وإن أجازته لم يلزم، سواء كان أوصى به في حال صحّته أو في حال مرضه[3] وفيه خلاف[4].

وكذلك إن أعتق عتقاً منجّزاً أو وهب أو حابا في حال صحّته فأجازته الورثة قالوا: لا يلزم؛ لأنّ حقّ الورثة لا يتعلّق بماله إلّا بعد موته، فلا تؤثّر إجازتهم في ذلك؛ ولأنّ قدر الزيادة على الثلث لا يُعلم إلّا بعد الموت، وفي هذه الحال لا يمكن أن يعلم قدر الزيادة على الثلث؛ لأنّه يجوز أن يكون حال ما أوصى به كان زيادة على الثلث وبعد موته يكون أقلّ من الثلث، ويجوز أن يكون حال الحياة أقلّ وبعد الموت أكثر، فلا يعلم حينئذٍ أيّ شيء أجازوه، فلا يصحّ. وعلى ما تدلّ عليه أخبارنا يجوز جميع ذلك في حال الحياة، وليس لهم رجوع فيه بعد الوفاة.

إذا قال: «أعطوا فلاناً رأساً من رقيقي» فإنّ هذه وصيّة صحيحة، والورثة بالخيار ويعطون أيّ رأس من عبيده شاؤا، أقلّ ما يقع عليه اسم الرقيق، سواء كان معيباً أو صحيحاً صغيراً أو كبيراً. فإن هلك الرقيق إلّا رأساً واحداً، فإنّه يُعطي ذلك

---

(١) كذا، وفي العبارة اضطراب.

(٢) الكافي ٧: ١/١٢، والتهذيب ٩: ٧٧٥/١٩٣.

(٣) راجع المجموع ١٥: ٤١٠.

(٤) راجع الحاوي الكبير ٨: ٢٢٨ ـ ٢٢٩.

العبد؛ لأنّه أوصى له لا بعينه، وعلّقه بصفة والصفة موجودة هاهنا.

فأمّا إن قال: «أعطوه رأساً من رقيقي» ولم يكن له رقيق أصلاً، فإنّ الوصيّة باطلة؛ لأنّه علّقه بصفة ليست موجودة، كما لو أوصى له بدار ولم يكن له دار. وإن ماتوا كلّهم فالوصيّة تبطل؛ لأنّهم ماتوا بغير تفريط من الورثة فيكون من ضمان الموصى له. وإن قُتلوا كلّهم فالوصيّة صحيحة ويلزم الورثة قيمة أيّ عبد شاؤا، ما يقع عليه اسم العبد؛ لأنّه قد حصل له بالقتل البدل وهو القيمة. وإن قتلوا كلّهم إلّا واحداً فإنّ الموصى له يستحقّه إن خرج من الثلث؛ لأنّ الصفة وُجدت.

وإذا أوصى بشاة من غنمه فالوصيّة صحيحة، وللورثة أن يعطوا أيّ شاة يقع عليها اسم الشاة، سواء كانت صغيرة أو كبيرة، ضائنة كانت أو ماعزة، معيبة أو سليمة. فإن كانت ماشية كلّها إناثاً أُعطي أُنثى، وإن كانت ذكراناً أُعطي ذكراً، وإن كانت ذكراناً وإناثاً قيل: فيه وجهان، أحدهما: الورثة بالخيار[1] والآخر: أنّهم لا يعطون تيساً ولا كبشاً[2]. والأوّل أقرب، لأنّ الاسم يتناوله، فإن ماتت كلّها إلّا واحدة منها أو ذبحت فالحكم كما قلناه في الرقيق.

وإذا قال: «أعطوه شاة من مالي» نظرت، فإن كانت له ماشية فإنّه يعطي شاة كما ذكرناه، وللورثة أن يشتروا شاة من ماله ويعطي إيّاه. والفرق بين هذه والأُولى: أنّ في الأُولى قال: «شاة من غنمي» فلم يجز غيرها، وفي هذه قال: «من مالي» والمشتراة من ماله وإن لم يكن من غنمه، ومتى لم يكن له غنم صحّت الوصيّة، واشتُري من ماله؛ لأنّ الصفة موجودة وهو المال.

وإذا قال: «أعطوه جملاً» فإنّه يكون ذكراً، وإن قال: «أعطوه ناقة» يكون أُنثى، وإن قال: «أعطوه ثوراً» كان ذكراً، وإن قال: «بقرة» كان أُنثى، وإن قال: «بعيراً» أعطوه ذكراً، وفي الناس من قال: هم بالخيار[3]، والأوّل أصحّ.

(١ و ٢) راجع الحاوي الكبير ٨: ٢٣٣ والأُمّ للشافعي ٤: ٩١.

(٣) نسبه الماوردي إلى بعض أصحابه، الحاوي الكبير ٨: ٢٣٤.

وإن قال: «أعطوه عشر أينُق أو عشر بقرات» أُعطي الإناث لا الذكور، لأنّه اسم الإناث.

فإن قال: «أعطوه عشرة من الإبل» قال قوم: أعطوه ما شاؤا؛ لأنّه اسم جنس[١]. والأقوى أن يقال: يجب أن يعطي ذكوراً، لأنّ «الهاء» لا تدخل إلّا على عدد المذكّر دون الأُنثى.

وإن قال: «أعطوه دابّة من دوابّي» أُعطِي فرساً. وقال قوم: أعطوه ما شاؤوا من الخيل ذكراً كان أو أُنثى أو من البغال وَالحمير[٢]. ولا خلاف أنّه لا يعطى من الإبل والبقر؛ لأنّ ذلك كلّه لا يسمّى في العرف دابّة.

وإن كان في لفظه ما يدلّ على ما أراد حُمل عليه، مثل أن يقول: «أعطوه دابّة ليغزو عليها» فإنّه يحمل على الخيل لا غير. وإن قال: «دابّة لينتفع بظهرها ونسلها» أُعطي من الخيل والحمير، ولا يعطى من البغال، لأنّه لا نسل لها. وإن قال: «لينتفع بظهرها ودرّها» أُعطي الخيل، لأنّ الحمير لا درّ لها.

إذا قال: «أعطوه كلباً من كلابي» نظرت، فإن لم يكن له كلاب، فالوصيّة باطلة. وهكذا إذا قال: «أعطوه كلباً من مالي» فالوصيّة باطلة؛ لأنّ شراء الكلب محظور. وأمّا إن كان له كلاب نظرت، فإن كان كلب هراش فالوصيّة باطلة؛ لأنّه لا ينتفع به. وإن كان كلب ماشية وكلاب حرث وكلاب صيد صحّت الوصيّة؛ لأنّه ينتفع بها. والأقوى عندي أنّه إن لم يكن له كلاب أن يشترى له أقلّ كلاب الصيد أو الماشية أو الحرث ثمناً؛ لأنّ ذلك يجوز عندنا.

إذا أوصى بجرّة فيها خمر لم تصحّ هذه الوصيّة، لأنّه لا ينتفع بها، ولا تقرّ يده عليها[٣].

---

(١) الماوردي في المصدر السابق. (٢) منهم الشافعي، راجع الحاوي الكبير ٨: ٢٣٥.
(٣) الظاهر وقوع التقديم في استنساخ هذه المسألة، وموضعها في الأصل بعد مسائل الكلب.

وإذا ثبت أنّ الوصيّة صحيحة فيما ذكرناه من الكلاب، فإنّه يقال للورثة: أن أعطوه كلباً، أيّها شاؤوا.

وإن كان له كلب واحد فإن لم يكن له مال غيره فيكون له ثلث هذا الكلب، وإن كان له مال غيره، قيل: فيه وجهان، منهم من قال: يعطى الموصى له هذا الكلب[١] ومنهم من قال: يجب أن يعطى الموصى له ثلث هذا الكلب، لأنّه ينبغي أن يبقى للورثة ثلثاه، فإنّه أوصى به[٢]. والأوّل أصحّ.

إذا قال: «أعطوه طبلاً من طبولي» فإن كانت له طبول للحرب فإنّ الورثة يعطونه واحداً من طبوله وصحّت الوصيّة، وإن كان ينتفع به بغير الجلد، قال قوم: يقلع الجلد منه وإن لم ينتفع به بغير الجلد ترك عليه وأُعطي مع الجلد[٣]. وإن لم يكن له طبل للحرب وله طبل للّعب نظرت، فإن كان يصلح لغير اللعب صحّت الوصيّة، وإن لم يصلح إلّا للّعب فلا يصحّ الوصيّة.

فأمّا إن كانت له طبول للّعب وللحرب، نظرت، فإن كان الّذي للّعب لا يصلح لمنفعة مباحة ولا يصحّ إلّا للّعب كانت الوصيّة تعيّنت في الّذي للحرب ويعطى الّذي للحرب، وإن كان الّذي للّعب يصلح لمنفعة مباحة فالورثة بالخيار فيهما.

وإن أوصى فقال: «أعطوه دفّاً من دفوفي» فإنّه تصحّ الوصيّة، لأنّ الدفّ له منفعة مباحة، لما روي عنه ﷺ أنّه قال: أعلنوا هذا النكاح، واضربوا عليه بالدفّ[٤] وعلى مذهبنا لا يصحّ، لأنّ ذلك محظور استعماله.

وإن قال: «أعطوه عوداً من عيداني» وله عود يضرب به؛ وعيدان قِسِيّ، وعيدان عِصِيّ وعيدان السقف والبنيان، فإطلاق قوله: «عوداً من عيداني»

(١ و٢) الأوّل قول أبي علي بن أبي هريرة، والثاني قول أبي سعيد الاصطخري، كما في المجموع ١٥: ٤٨٨. (٣) راجع الحاوي الكبير ٨: ٢٣٨، والمجموع ١٥: ٤٩٧.

(٤) الجامع الصحيح ٣: ٣٩٨، باب ما جاء في إعلان النكاح.

ينصرف إلى العود الّذي يضرب به للّهو، لأنّ ذلك يسمّى بالإطلاق عوداً في العادة. ثمّ نظرت، فإن كان له منفعة مباحة غير الضرب صحّت الوصيّة، وإن لم يكن له منفعة مباحة ولا يصلح إلّا للّعب بطلت الوصيّة. وهكذا إن كان منفصلاً ويكون له منفعة مباحة [لا تصحّ الوصيّة؛ لأنّ الاسم لم يتناوله.

فأمّا إن كان له منفعة مباحة][1] صحّت الوصيّة ويدفع إليه بلا وَتَر. وقيل: إنّه يدفع بالوتر، لأنّ الوتر ينتفع به[2] بأن يشدّ به شيء. لكن يدفع إليه بلا مِلْوى[3] ولا مِضْراب[4] ولا حمار[5] وهو الخشب الّذي تركب عليه الوتر، لأنّه يقال: عود، ويقع عليه الاسم، ويعيّن[6] به انضمام ما ذكرناه من المِلوى والحمار.

فأمّا إذا لم يكن له منفعة مباحة فليس على الورثة أن يعطوه من عيدان أُخر، وفيهم من قال: لهم أن يعطوه من عيدان أُخر[7]. وهذا ليس بشي؛ لأنّا حملنا إطلاق العود على ما يضرب به، فإذا لم يوجد المعنى فيه بطلت الوصيّة، وإذا بطلت الوصيّة فليس لهم بعد بطلانها أن يعطوه شيئاً.

وإن أوصى بالمزمار، فالكلام فيه مثل الكلام في العود سواء، إن كانت له منفعة مباحة صحّت الوصيّة وإن لم يكن لم تصحّ، وإذا صحّت فلا يعطون الشيء الأبيض الّذي على رأسه ويجعل في فيه وينفخ فيه.

إذا قال: «أعطوه قوساً من قِسيّي» وله قِسيّ قوس نَشّاب وهو قوس العجم،

---

(١) مابين المعقوفتين لم يرد في بعض المخطوطات.

(٢) راجع الحاوي الكبير ٨: ٢٣٩، والمجموع ١٥: ٤٩٧.

(٣) هو اسم آلة من لوى يلوي ليّاً ولَوْياً، يقال بالفارسيّة: گوشه عود ورباب وأمثال آن كه تار بر آن ببندند و بگردانند تا ساز آهنگ شود.

(٤) مِضْراب: ما يضرب به، مثل ريشة العوّاد الّتي يضرب بها الوتر، وحديدة الجرس التي تقرعه ونحوهما. (٥) خ: جِمار؛ وهكذا فيما يأتي. (٦) ط: يعني، يعين خ ل.

(٧) نسبه النووي إلى بعض أصحابهم، المجموع ١٥: ٤٨٨.

وقوس نبل وهو قوس العربي، أو يكون له قوس حُسبان وهو الّذي يدفع النُشّاب في المجرى وهو الوتد مع المجرى ويرمي به، أو يكون له قوس جُلاهق وهو قوس البُنْدق، أو يكون له قوس الندّاف، فإنّ هذا بالإطلاق يحمل على قوس النَشّاب والنبل والحُسبان، فإن كان له منها شيء فالورثة بالخيار يعطون أيّ قوس من هذه الثلاثة شاؤوا.

وإن كانت له قِسيٌّ معمولة وقِسيٌّ غير معمولة أُعطي معموله، لأنّ الاسم يتناول المعمول. وهل يعطى بالوتر أو بغير الوتر؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: يعطى بلاوتر لأنّه يسمّى قوساً بلا وتر، مثل الدابّة بلا سرج[1]. والثاني: يعطى بالوتر؛ لأنّ الوتر جزء منه ولا يمكن استعماله إلّا به[2]. وهكذا وتر العود يمكن الانتفاع به في غيره. فأمّا إذا لم يكن شيء إلّا الجُلاهق وقوس الندّاف فالورثة بالخيار يعطون أيّ القوسين شاؤوا لانّه إذا لم يكن له غيرهما فكأنّه قيّد بالدفع إليه.

ولو قال: «أعطوه قوساً ممّا يقع عليه اسم القوس» فالورثة بالخيار يعطونه أيّ قوس شاؤوا؛ لأنّه علّق الدفع بوقوع الاسم عليه.

هذا إذا كان مطلقاً، فأمّا إذا كان في كلامه ما يدلّ على مقصوده، فإنّه يُحمل على مقصوده، مثل أن يقول: «أعطوه قوساً يرمي عليها» أو «يندف عليها» فإنّه يحمل على ذلك الشيء الّذي يعمل بذلك القوس.

إذا قال: «اجعلوا ثلث مالي في الرقاب» فإنّه يدفع إلى المكاتبين أو في العبيد يشترون. وفيه خلاف. فإذا ثبت هذا نظرت، فإن كان ماله حاضراً وغائباً فإنّ ثلث المال الحاضر يصرف في المكاتبين في ذلك البلد، ويصرف ثلث المال الغائب في البلد الّذي فيه المال كما قلناه في الزكاة.

فأمّا إذا كان ماله كلّه في البلد الّذي هو فيه، فلا يخلو: إمّا أن يعمّ جميع

---

١ و ٢) راجع الحاوي الكبير ٨: ٢٣٩، والمجموع ١٥: ٤٩٧.

المكاتبين أو لا يعمّ، فإن كان يعمّ جميعهم فإنّه يعطى إيّاهم ويعتقون. وإن لم يعمّ المال فالمستحبّ أن يعطوا بقدر حاجتهم، مثل أن يكون كتابة واحد على مائة وكتابة آخر على خمسين فإنّه يعطى صاحب المائة سهمان وصاحب الخمسين سهم. والّذي يقوى في نفسي أنّه إن أُعطي واحد منهم أو قوم منهم دون قوم جاز، لأنّه قد فعل المأمور به.

قالوا: وإن لم يعمّ ثلث ماله جميع المكاتبين الّذين في بلده فلا يجوز أن يصرف في أقلّ من ثلاثة؛ لأنّه أقلّ الجمع فإن دفع إلى اثنين فإنّه يضمن للثالث، وكم يضمن؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: يضمن الثلث. والثاني: يضمن مقدار الّذي أراد أن يدفعه إليه ابتداءً. وعلى ما قرّرناه لا يضمن شيئاً بحال.

إذا قال: «أعتقوا بثلث مالي رقاباً» وجب أن يشترى بثلث ماله ثلاثة أعبد ويعتقون عليه، لأنّه أقلّ الجمع، فإن وجد بقيمة الثلث أربعة أو خمسة فإنّه يشترى الأكثر، فإذا لم يبلغ الثلث ثَمَنَ ثلاثة أعبد ويزيد على ثَمَن عبدين، فإنّه يجعل الرقبتين أكثرهما ثمناً ولا يفضّل شيئاً. وفي الناس من قال: يُجعل في عبدين وفي جزء من ثلاثة؛ لأنّ الكثرة فيه. وروى أصحابنا: أنّه إذا أوصى بعتق عبد بثمن معلوم فُوجد بأقلّ منه أُعطي البقيّة ثمّ أُعتق[1] ويجزئ صغيرها وكبيرها، شيخها وشابّها بلا خلاف.

إذا أوصى بعتق عبد ولا مال له غيره، فالعتق في الثلث صحيح بلا خلاف، والثلثان موقوف على إجازة الورثة.

فإن أجازوا ففي الإجازة قولان؛ أحدهما تنفيذ، والآخر ابتداء هبة، فمن قال: تنفيذ عن أمر الموصي، فإنّه يقول: ينعتق الكلّ والولاء للموصي وينتقل منه إلى عصبته، ومن قال: ابتداء هبة قال: يكون ثلث الولاء للموصي وينتقل منه إلى

---

(١) الكافي ٧: ١٣/١٩، والفقيه ٤: ٥٥٠٥/٢١٥.

عصبته، والثلثان للورثة ذكرهم وأُنثاهم. فإن ظهر على الموصي دين، فلا يخلو: أن يعمّ جميع التركة، أو يعمّ بعض التركة، فإن استغرق جميع التركة فالعتق باطل، ويباع العبد في حقّ الغرماء؛ لأنّ الدين مقدّم على الوصيّة. وإن كان الدين يحيط ببعض التركة ـ مثل أن يكون نصف قيمة العبد ـ فإنّه يباع في حقّ الدين ونصف الباقي يُعتق، ويكون ولاء ثلث النصف سدس جميعه للموصي والثلثان للورثة، على ما مضى من القولين.

فأمّا إذا لم تجز الورثة فإنّه يعتق الثلث ويكون الباقي للورثة، فإن ظهر عليه دين، فلا يخلو: أن يحيط بجميع التركة، أو ببعضها. فإن أحاط بجميعها فإنّه يباع في حقّ الدين، لأنّه مقدّم على الوصيّة. وإن كان يحيط بنصف تركته فإنّه يباع نصف العبد في الدين والنصف الباقي يعتق منه ثلثه والثلثان يكون للورثة، يحصل العبد لصاحب الدين نصفه رقيقاً وللورثة ثلثه يكون رقيقاً، ويعتق منه السدس، ويكون ولاء السدس لعصبة الموصي المذكور.

ولو أوصى فقال: «أعتقوا عنّي عبداً» ثمّ مات، فاشترى الورثة عبداً من التركة وأعتقوا، فلمّا أعتقوا ظهر على الموصي دين يحيط بجميع التركة، فلا يخلو: إمّا أن يكون قد اشتروا بعين تلك التركة، أو اشتروا بثمن في الذمّة. فإن كانوا قد اشتروا بعين التركة فإنّ الشراء باطل، لأنّه لمّا مات انتقل حقّ الغرماء من ذمّته إلى تركته وتعلّق حقّ الغرماء بها، فاشتروا بشيء قد تعلّق به حقّ الغير فلم يصحّ الشراء، كالراهن إذا اشترى بالمرهون شيئاً فإنّ الشراء يكون باطلاً. وإن اشتروا بثمن في الذمّة فالشراء صحيح ويكون الثمن في ذمّتهم، ويعتق عن الموصي. فإن أنفدوا[1] شيئاً من التركة لزمهم الضمان.

إذا مات وعليه حجّة الإسلام فإنّها لا تسقط بالموت عندنا، وكذلك الكفّارة

---

(١) ط: فقدوا، أنفدوا خ ل، وبعض المخطوطات: نفدوا، نقدوا.

والزكاة. وعند بعضهم يسقط. ومن قال بذلك قال: إن أوصى به كان تطوّعاً لا يكون عن فرض، وعندنا يكون عن فرض.

فأمّا إن أوصى به، فقال: «حجّوا عنّي» فلا يخلو من أربعة أقسام: أحدها أن يقول: «حجّوا عنّي من رأس مالي» والثاني يقول: «حجّوا عنّي من ثلث مالي» الثالث يطلق، الرابع يقول: «حجّوا عنّي من ثلث مالي» وأضاف إليه شيئاً يكون مخرجه من الثلث.

فإن قال: «حجّوا من رأس مالي» فإنّه يحجّ عنه من رأس المال؛ لأنّه لو أطلق كان من رأس ماله، ويكون من الميقات الّذي يجب الإحرام به.

وإن قال: «حجّوا عنّي من ثلث مالي» فإنّ هاهنا يحجّ عنه من ثُلثه؛ لأنّه قيّده، إلّا أن لا يبلغ ثلثه أن يحجّ عنه، فإنّه يتمّ من الثلثين.

وإن أطلق، فيهم من قال: يحجّ من ثلثه[1] وذهب الأكثر إلى أنّه من رأس المال[2] وهو مذهبنا؛ لأنّ حجّة الاسلام عندنا من رأس المال على كلّ حال، إلّا أن يقيّدها بالثلث فيكون من الثلث.

الرابع أن يقول: «حجّوا عنّي واسقوا عنّي وأطعموا عنّي» بما يكون مخرجه من الثلث، فمن قال هناك: مخرجه من الثلث قال هاهنا مثله، ومن قال: من رأس المال قال هاهنا مثله. وقد قلنا: إنّ عندنا يكون من رأس المال على كلّ حال إذا كانت حجّة الإسلام إلّا أن يقيّدها بالثلث، وإن كانت تطوّعاً فمن الثلث. وما عدا الحجّ يكون من الثلث لا غير.

(١ و٢) هذان القولان للشافعيّة، وقال أبو عليّ بن خيران: ليس هذا على اختلاف القولين، بل الحكم على حالين، فالّذي جعله في الثلث هو أُجرة مثل السير من بلده إلى الميقات، والّذي جعله من رأس المال هو أُجرة المثل من الميقات، راجع الحاوي الكبير ٨: ٢٤٥، والمغني لابن قدامة ٦: ٥٦٣.

وكلّ موضع قلنا: يحجّ من رأس ماله فإنّه يخرج من الميقات. وكلّ موضع قلنا: يحجّ من ثلثه فمن أين يجزئه؟[١] فيهم من قال: من حيث أثبته الشرع. والّذي أثبته الإحرام من دويرة أهله، والإحرام من الميقات رخصة[٢]. وفيهم من قال: يحرم من الميقات[٣]. وهو الّذي يقتضيه مذهبنا.

إذا كان عليه حجّة الإسلام فأوصى أن يحجّ من ثلث ماله وأوصى بوصايا أُخر ومات، فهل يقدّم الحجّ على سائر الوصايا أو يسوّى بين الكلّ؟ قيل: فيه وجهان:

أحدهما: أنّ الثلث يتقسّط على الحجّ وغيره، فإن كان ما يخصّ الحجّ يمكن أن يحجّ به صرف إليه ولا كلام، وإن كان أقلّ فإنّه يتمّ من أصل المال، لأنّ حجّة الإسلام من رأس المال، وإنّما خصّه بالوصيّة لرضا الورثة.

الوجه الثاني: أنّ الحجّ مقدّم على غيره، لأنّ الحجّ واجب، وما عداه ليس بواجب[٤]. وهذا الّذي تدلّ عليه روايات أصحابنا[٥] فعلى هذا يحجّ من الثلث، فإن لم يبقَ شيء بطلت سائر الوصايا، وإن فُضل صرف إلى غيره من الوصايا.

وإذا أوصى فقال: «حجّوا عنّي بثلثي حجّة» ومات، فقد أوصى بأن يحجّ عنه بجميع ثلثه، فينظر فيه، فإن كان ثلث ماله بقدر أُجرة من يحجّ عنه، فإنّ للوصيّ أن يستأجر من يحجّ عنه، سواء كان وارثاً أو أجنبيّاً بلا خلاف. وإن كان ثلث ماله أزيد ممّا يحجّ به، فكذلك عندنا. وعندهم يستأجر من يحجّ عنه بجميع ثلثه إذا كان أجنبيّاً ولا يجوز أن يستأجر وارث[٦] لأنّ مازاد على أُجرة المثل وصيّة بالمحاباة، وذلك لا يصحّ للوارث، وعندنا أنّ ذلك يصحّ.

---

(١) بعض المخطوطات: يخرجه.

(٢ و٣) راجع الحاوي الكبير ٨: ٢٤٦، والمجموع ١٥: ٤٩١.

(٤) حكى الوجهين أبو إسحاق المروزي، الحاوي الكبير ٨: ٢٤٥.

(٥) الكافي ٧: ١٨/ ٤ و٨.

(٦) الحاوي الكبير ٨: ٢٤٤.

وإن قال: «حجّوا عنّي بثلثي» ولم يقل: حجّة، فقد أوصى بأن يحجّ عنه بثلثه، فينظر في ذلك، فإن كان ثلثه بقدر ما يحجّ به حجّة واحدة استؤجر من يحجّ عنه، سواء كان وارثاً أو غيره. وإن كان ثلث ماله أكثر من أُجرة مثله فإنّه لا يجوز أن يستأجر عنه بأكثر منه، وينظر في الزيادة، فإن أمكن أن يستأجر به من يحجّ عنه حجّة أُخرى، فُعل. وإن لم يمكن ردّت الزيادة إلى الورثة [لأنّ الوصيّة متى لم تصحّ في الوجه الّذي صرفه فيه رجعت إلى الورثة][1].

والفرق بين هذه المسألة والّتي قبلها: أنّ فيما قبلها أوصى بأن يحجّ حجّة واحدة بجميع ثلثه، فلأجل هذا لم يراعَ أُجرة المثل.

إذا أوصى أن يحجّ عنه بمائة درهم من ثلث ماله، وأوصى بما بقي من الثلث لرجل آخر بعينه، وأوصى لرجل آخر بثلث ماله، فالوصيّة الأُولى والثانية صحيحتان والأخيرة باطلة، وإن اشتبها استعملت القرعة. هذا إذا كان الثلث أكثر من مائة، فإن كان الثلث مائة أو دونها فالوصيّة الثانية والثالثة باطلتان معاً.

وقال المخالف: هذه وصيّة بثلثي ماله[2] فلا يخلو ثلث ماله من أحد أمرين: إمّا أن يكون قدر مائة فما دون، أو أكثر من ذلك. فإن كان ثلث ماله قدر مائة فإنّ وصيّته بما زاد على المائة باطلة، لأنّها وصيّة بما لا يملك، وتبقى الوصيّة بالحجّ وثلث، فلا يخلو: إمّا أن يجيز الورثة ما زاد على الثلث أو لا تجيز، فإن أجازوا ذلك صرف إلى الحجّ مائة ودفع إلى الموصى له بالثلث مائة أُخرى، وإن لم تجيزوا ذلك قُسّم الثلث بينهما نصفين، فيصرف إلى الحجّ خمسين ويدفع إلى الموصى له بالثلث خمسين.

فأمّا إذا كان ثلث ماله أكثر من مائة نظرت، فإن كان ثلث ماله خمسين ومائة

---

(١) بين المعقوفتين لم يرد في خ.

(٢) الحاوي الكبير ٨: ٢٤٨ ـ ٢٤٩، والمجموع ١٥: ٤٩٢.

نظرت في الورثة، فإن أجازوا الوصيّة في الكلّ دفع إلى الموصى له بالثلث خمسين، ويصرف إلى الحجّ مائة ويدفع إلى الموصي بالزيادة خمسين. وإن لم يجيزوا ما زاد على الثلث فإنّ صاحب الزيادة وصاحب الحجّ يضربان مع صاحب الثلث في خمسين ومائة؛ لأنّ وصيّته بالحجّ مقدّرة ووصيّته بما زاد جهة واحدة، فلهذا قُسّم بينهما نصفين، فيدفع إلى الموصى له بالثلث خمسة وسبعين، ويصرف خمسة وسبعين إلى الحجّ، ولا يستحقّ صاحب الزيادة شيئاً؛ لأنّه لم يفضل على المائة شيء.

وأمّا إن كان ثلث ماله ثلاث مائة نظرت، فإن أجاز الورثة دفع إلى الموصى له بالثلث ثلاثمائة ويصرف إلى الحجّ مائة ويدفع إلى الموصى له بالزيادة مائتين. وإن لم يجيزوا ما زاد على الثلث قُسّم الثلث بينهم، فيدفع إلى الموصى له بالثلث مائة وخمسين ويصرف إلى الحجّ مائة ويدفع إلى الموصى له بالزيادة خمسين؛ لأنّ الموصى له بالزيادة إنّما يستحقّ شيئاً إذا فضل على مائة، فأمّا عند النقصان فإنّه لا يستحقّ شيئاً.

ومن الناس من قال: الموصى له بالزيادة يضرب مع الحاجّ إذا نقص عن مائة كما يقاسم عند المزاحمة[1] بيان ذلك: أنّه إذا كان ثلث ماله خمسين ومائة وليس هناك غيرهما، فإنّه يُصرف إلى الحجّ مائة ويدفع إليه ما بقي وهو خمسون، فيكون بينهما ثلثاً وثلثين، فكذلك إذا زاحمهما صاحب الثلث وأخذ خمسة وسبعين وجب أن يكون ما يبقى بينهما ثلث وثلثين فيصرف إلى الحجّ خمسين ويدفع إليه ما بقي وهو خمسة وعشرون، كما إذا خلّف ابناً وبنتاً فالمال بينهما للذكر مثل حظّ الأُنثيين فلو زاحمهما زوجة أو أُمّ كان ما بقي من سهم ذوي السهام بينهما للذكر مثل حظّ الأُنثيين.

---

(١) راجع المجموع ١٥: ٤٩٢، الحاوي الكبير ٨: ٢٤٩.

وهذا غلط جدّاً؛ لأنّه جعل من شرط استحقاقه أن يزيد ثلثه على مائة، فإذا لم يزد على مائة فلم يوجد الشرط فوجب أن لا يستحقّ شيئاً.

إذا أوصى بثلث ماله لرجُل ثمّ أوصى بأن يحجّ عنه بمائة من الثلث وأوصى لإنسان بما يبقى من الثلث، قال قوم: الحكم في هذه المسألة والّتي قبلها سواء[١] ولا فرق بين أن يوصي بالحجّ وبالبقيّة أوّلاً ثمّ يوصي بالثلث الآخر، وبين أن يوصي بالثلث أوّلاً ثمّ يوصي بالحجّ وبالبقيّة، فإنّ الحكم فيه على ما ذكرناه. وهذا صحيح عندنا أيضاً، غير أنّا نقول يقدّم الأوّل فالأوّل ويبطل مازاد.

ومن الناس من قال: لا تصحّ الوصيّة بالزيادة على مائة، قال: لأنّه بعد ما أوصى بثلث ماله وبأن يحجّ عنه بمائة من ثلثه لم يبق هناك زيادة على مائة[٢] وإذا لم يبق هناك زيادة فالوصيّة بها لا تصحّ[٣]. ويفارق إذا أوصى بالحجّ أوّلاً وبالزيادة ثمّ بالثلث؛ لأنّ هناك بعد الوصيّة بالحجّ بقيّة وهو تمام الثلث، فصحّت الوصيّة، وإذا قدّم الوصيّة بالثلث فلم يبقَ هناك زيادة على مائة فلم تصحّ الوصيّة. هذا يبطل الوصيّة بالزيادة.

ثمّ ينظر في الورثة، فإن أجازوا الوصيّة بالحجّ وبالثلث صرف إلى الحجّ مائة ويدفع إلى الموصى له بالثلث ثلث ماله، وإن لم يجيزوا فإنّه يضمّ مائة إلى الثلث ثمّ يقسّط ثلث ماله عليهما.

إذا أوصى لرجل بعبد له بعينه ولآخر بتمام الثلث، صحّت الوصيّتان. فإذا ثبت ذلك ففيه أربع مسائل:

إحداها: أن يموت الموصي والعبد حيّ سليم كما كان، فإنّه يدفع إلى الموصى له ويقوّم، فينظركم كانت قيمته حين وفاة الموصي؟ لأنّها حالة لزوم الوصيّة، فإن

---

(١) الحاوي الكبير ٨: ٢٥٠، المجموع ١٥: ٤٩٣.

(٢) خ: على الثلث.

(٣) راجع المصدرين السابقين.

كانت قيمته وفق الثلث بطلت الوصيّة بالزيادة، وإن كانت قيمته أقلّ من الثلث يدفع إلى الموصى له بالزيادة تمام الثلث.

المسألة الثانية: أن يموت العبد بعد وفاة الموصي وقبل تسليمه إلى الموصى له، فإنّ الوصيّة بالعبد تبطل؛ لأنّه لم يسلّم الموصى له به. ولا تبطل بالزيادة؛ لأنّهما وصيّتان منفردتان، ثمّ ينظركم كانت قيمة العبد حين وفاة الموصي؟ فإن كان وفق الثلث بطلت الوصيّة بالزيادة وإن كانت أقلّ دفع إلى الموصى له بالزيادة بقيّة الثلث.

الثالثه: إذا حدث بالعبد عيب فإنّ الوصيّتين بحالهما، فيدفع إلى الموصى له بالعبد ذلك العبد معيّناً، ويدفع إلى الموصى له بالزيادة مازاد على قيمته سليماً؛ لأنّه إنّما أوصى له بما زاد على قيمة عبده سليماً إلى تمام الثلث، فلا يستحقّ أكثر من ذلك.

الرابعة: إذا مات العبد قبل وفات الموصي فإنّ الوصيّة بالعبد تبطل ولا تبطل بالزيادة، لأنّ كلّ واحد منهما وصيّة بانفرادها، فإذا مات السيّد فيقال: لو بقي ذلك العبد إلى حين وفاته كم كانت قيمته؟ فإن كانت قيمته دون الثلث استحقّ الموصى له بالزيادة بقيّة الثلث، وإن كانت قيمته وفق الثلث لم يستحقّ الموصى له بالزيادة شيئاً.

إذا زوّج الرجل أمته بحرّ ثمّ أوصى بها لزوجها، فهذه المسألة تبنى على أُصول ثلاثة:

أحدها: أنّ الحمل هل له حكم أم لا؟ وقد قيل: فيه قولان، أحدهما: لاحكم له[١] والثاني: له حكم ويجرى مجرى الثمن[٢] فإذا أوصى بجارية حبلى فإنّه يكون وصيّة بها دون الحمل، فإذا باعها فالثمن لا يتقسّط على الحمل، ومتى وضعت فكأنّما حدث في تلك الحالة. ومعنى قولنا: «إنّ له حكماً» أنّ ذلك يجري مجرى الولد المنفصل، وإذا أوصى بها وهي حبلى، فكأنّه أوصى بها وبحملها، وإذا

(١ و٢) نقل القولين الماوردي في الحاوي الكبير ٨: ٢٥١.

باعها فالثمن يتقسّط عليهما.

والأصل الثاني: أنّ أقلّ مدّة الحمل ستّة أشهر، فمتى وضعت من حين الوصيّة لستّة أشهر فأكثر فالظاهر أنّه حدث بعد الوصيّة، وإن وضعت لدون ستّة أشهر من حين الوصيّة تبيّنّا أنّ الحمل كان موجوداً حين الوصيّة.

والأصل الثالث: أنّ من أوصى لرجل بشيء فلا خلاف أنّ ملكه لا يزول عن ذلك الشيء قبل وفاته، وإذا مات الموصي متى ينتقل الملك إلى الموصى له؟ قيل فيه قولان:

أحدهما: ينتقل بشرطين: بوفاة الموصي وقبول الموصى له، فإذا وجد الشرطان انتقل الملك عقيب القبول[1]. والقول الثاني: إنّه مراعى إن قبل الوصيّة تبيّنّا أنّه انتقل إليه الملك بوفاته، وإن لم يقبل تبيّنّا أنّ الملك انتقل إلى الورثة بوفاته[2].

وقيل فيه قول ثالث: وهو أنّ الملك ينتقل إلى الموصى له بوفاة الموصي مثل الميراث يدخل في ملك الورثة بوفاته، فإن قبل ذلك استقرّ ملكه وإن ردّ ذلك انتقل عنه إلى ورثته[3]. وهذا قول ضعيف لا يفرّع عليه، والتفريع على القولين الأوّلين.

إذا ثبت هذا رجعنا إلى المسألة، وهي إذا زوّج أمته من حرّ فإنّما يجوز للحرّ تزويج الأمة بشرطين: أحدهما عدم الطَول، والثاني خوف العَنَت ـ وهي أن يخشى على نفسه أن يقع في فجور ـ فإذا زوّجها من حرّ فيه الشرطان صحّ النكاح، ثمّ أوصى له بها، فإنّ الوصيّة له تصحّ كما يصحّ بيعها منه.

فإذا مات السيّد فلا يخلو: إمّا أن يقبل أو يردّ، فإن ردّ الوصيّة فالنكاح بحاله؛ لأنّا إن قلنا: إنّ الملك انتقل إليه بشرطين فالقبول لم يوجد، وإن قلنا: إنّه مراعى

(١ و٢) الأوّل قول ابن سريج وأكثر البصريّين، والثاني قول أبي إسحاق المروزي كما في الحاوي الكبير ٨: ٢٥٢، والمجموع ١٥: ٤٣٠.

(٣) حكاه ابن عبدالحكيم عن الشافعي كما في الحاوي الكبير ٨: ٢٥٣، والمجموع ١٥: ٤٣٠.

فكمثلٍ وإن قبل الوصيّة فالنكاح ينفسخ، لأنّ ملك اليمين والزوجيّة يتنافيان.

إذا ثبت هٰذا فمتى انفسخت الزوجيّة؟ إن قلنا: ينتقل بشرطين فإنّها تنفسخ عقيب القبول، وإن قلنا: مراعىً ينفسخ عقيب وفاة الموصى.

ثمّ لا يخلو حالها من أحد أمرين: إمّا أن تكون حاملاً، أو حائلاً. فإن كانت حائلاً فلا تفريع، وإن كانت حاملاً لم تخلُ: إمّا أن تضع الولد في حياة الموصي، أو بعد وفاته.

فإن ولدت قبل وفاته نظرت، فإن وضعت من حين الوصيّة لستّة أشهر فأكثر، فالظاهر أنّه حدث بعد الوصيّة فيكون الولد مملوكاً للموصي، لأنّ نماء الموصى به يكون للموصي قبل وفاته؛ وهذا عندنا إذا كان اشترط عليه الاسترقاق. وإن وضعت لدون ستّة أشهر من حين الوصيّة، فقد تبيّنّا أنّه كان موجوداً في ذلك الوقت. فلمن يكون؟ بُنيت على القولين، فمن قال: لا حكم للحمل، قال: يكون للموصي كما حدث في هذه الحالة، ومن قال: له حكم، قال: يكون للموصى له، لأنّه في التقدير كأنّه أوصى له بالحمل وبالجارية.

وإن وضعته بعد وفاة الموصي ففيه مسألتان: إحداهما أن تضع قبل قبول الوصيّة، والثانية أن تضع بعد القبول. فإن وضعت بعد وفاة الموصي وقبل القبول، ففيه ثلاث مسائل: إحداها أن تكون حبلت بعد الوفاة، الثانية أن تكون حبلت بعد الوصيّة وقبل الوفاة، الثالثة حبلت قبل الوصيّة.

فالأُولى: إذا حبلت بعد وفاة الموصي ووضعت قبل القبول، فهو أن تأتي به من حين الوفاة لستّة أشهر وأكثر، فالظاهر أنّها حبلت بعد وفاته، لأنّها أتت لأقلّ مدّة الحمل، فيحكم بأنّ الولد حدث بعد وفاته. وما الحكم فيه؟ يبنى على أنّ الملك متى ينتقل إلى الموصى له؟ فمن قال: ينتقل بشرطين ـ بموت الموصي والقبول ـ فهاهنا لم يوجد أحد الشرطين، فهي بعدُ في حكم ملك الميّت وهذا نماءٌ تميّز في

ملكه فيكون مملوكاً لورثته، فإذا قبل الوصيّة تصير الجارية مملوكة له. ولا تصير أُمّ ولد؛ لأنّها علقت في ملك غيره. ومن قال: إنّه مراعى وبالقبول يتبيّن أنّ الملك انتقل إليه بوفاته يحكم بأنّه ملك الجارية بوفاة الموصي، ولمّا حبلت علقت بحرّ وتصير أُمّ ولده؛ وليس على الولد ولاء.

المسألة الثانية: أن تكون حبلت بعد الوصيّة قبل الوفاة، فتأتي به لستّة أشهر فأكثر من حين الوفاة، ولأقلّ من ستّة أشهر من حين القبول، فإنّها تبنى على أنّ الحمل هل له حكم أم لا؟ فمن قال: له حكم، قال: الولد يكون مملوكاً للموصي وينتقل إلى الورثة بوفاته؛ لأنّه نماء في ملكه، فهو كما لو أوصى بشجرة فأثمرت قبل وفاته فإنّ الثمرة تكون له، ومتى ملك الموصى له الجارية إمّا بالوفاة أو بشرطين لا يكون أُمّ ولده. ومن قال: لا حكم له، قال: هذا يبنى على أنّه متى تنتقل؟ فإن قيل بشرطين: فهي بعدُ في حكم ملك الميّت والنماء لورثته، ويملك الجارية بالقبول وينفسخ النكاح، ولا تصير أُمّ ولده. ومن قال: ينتقل إليه بالوفاة، قال: يملكها بالوفاة وينفسخ النكاح ويملك الحمل ويعتق عليه ويكون له عليه الولاء، والجارية لا تصير أُمّ ولده؛ لأنّها علقت بمملوك في ملك الغير.

المسألة الثالثة: وهي أن تكون قد حبلت قبل الوصيّة ـ مثل أن تأتي به من حين الوصيّة لأقلّ من ستّة أشهر ـ فإنّه لا يمكن أن يكون حدث بعد الوصيّة، فيبنى على أنّ الحمل له حكم أم لا؟ فمن قال: له حكم، قال: فكأنّه أوصى له بالأمة وولدها، فمتى ملكهما ـ إمّا بالموت أو بشرطين ـ يعتق عليه الولد وله عليه الولاء، ولا تصير أُمّ ولده. ومن قال: ينتقل بشرطين، فقد وضعت وهي في حكم ملك الميّت ويكون الولد لورثته. ومن قال: ينتقل بالوفاة إليه، قال: فيتبيّن أنّه ملكها بالوفاة وانفسخ النكاح وعتق عليه الولد ويثبت عليه الولاء ولا تصير أُمّ ولده.

وأمّا الفصل الثاني[1]: وهو أن تأتي بالولد بعد وفاة الموصي وقبول الوصيّة،

---

(١) الفصل الأوّل هو قوله: «فإن ولدت قبل وفاته نظرت» وإن لم يعنونه بالفصل.

ففيه أربعة مسائل: إحداها أن تكون حبلت بعد القبول، والثانية أن تكون علقت به بعد الوفاة قبل القبول، والثالثة أن تكون علقت بعد الوصيّة قبل الوفاة، والرابعة أن تكون الحَبَل موجوداً قبل الوصيّة.

[المسألة الأُولى] فأمّا إذا حبلت بعد قبول الوصيّة، فهو أن تأتي به بعد القبول لستّة أشهر فأكثر، فالظاهر أنّه حدث بعد القبول، لأنّ الأصل أن لا حمل، وتكون الأمة ملكها بالقبول أو بالوفاة، وصارت مملوكة له، وقد علقت بحرّ في ملكه وصارت أُمّ ولده.

[المسألة الثانية] وإن كانت حبلت بعد الوفاة وقبل القبول، وهو أن تأتي به من حين الوفاة لستّة أشهر فأكثر لأقلّ من ستّة أشهر من حين القبول، فهي تبنى على أنّ الملك متى ينتقل؟ فمن قال: إنّه مراعى، فعلى هذا تبيّن أنّه بوفاة الموصي ملك وانفسخ النكاح وصارت رقيقة له، وعلقت بحرّ في ملكه وصارت أُمّ ولده، ولا ولاء له على الولد. ومن قال: الملك ينتقل بشرطين، فعلى هذا يبنى على أنّ الحمل له حكم أم لا؟ فمن قال: له حكم، فإنّه نماء تميّز وهي في حكم ملك الميّت فيكون لورثته، وإذا ملك الأمة بالقبول ينفسخ النكاح ولا تصير أُمّ ولده.

المسألة الثالثة: أن تكون حبلت بعد الوصيّة قبل الوفاة، وهي أن تأتي به من حين الوصيّة لستّة أشهر فأكثر ومن حين الوفاة لدون ستّة أشهر، تبنى على أنّ الحمل له حكم أم لا؟ فمن قال: له حكم، فهذا حدث في ملك الموصي وينتقل إلى ولده بوفاته، ومن قال: لا حكم له، فعلى هذا يكون الولد للموصى له بكلّ حال؛ لأنّا إن قلنا: إنّه يملك بالوفاة فقد مات الموصي، وإن قلنا: يملكه بشرطين فقد وجد الشرطان وينعتق عليه ويكون عليه الولاء ولا تصير أُمّ ولده.

الرابعة: أن تكون حبلت قبل الوصيّة وهو أن تأتي به من حين الوصيّة لأقلّ من ستّة أشهر، فإنّ الولد يكون للموصى له بكلّ حال، لأنّا إن قلنا: إنّ للحمل حكماً

فكأنّه أوصى له بهما، وإن قلنا: لا حكم له، فقد تميّز في ملكه إلّا أنّه يعتق عليه ويكون له عليه الولاء ولا تصير أُمّ ولده.

إذا زوّج أمته من رجل ثمّ أوصى له بها ومات الموصي ولزمت الوصيّة ثمّ مات الموصى له قبل قبوله، فإنّ وارثه يقوم مقامه في قبول الوصيّة؛ لأنّ الوصيّة من الحقوق الماليّة، وذلك يثبت للوارث كما يثبت للموروث مثل الشفعة والقصاص، وفيها خلاف.

فإذا ثبت هذا فتفرض المسألة فيه إذا كان له ابن واحد، فهو بالخيار بين أن يقبل الوصيّة أو يردّها، فإن ردّ الوصيّة فلا تفريع. ويكره له ردّها؛ لأنّه ربّما يكون له منها ولد فيعتق عليه بقبوله، وإذا ردّ الوصيّة فإنّه يرقّ، فلهذا كره. وإن قبل الوصيّة تبنى على انتقال الملك متى يكون إلى الموصى له؟

فمن قال بشرطين، فالميّت لم يملك شيئاً؛ لأنّه مات قبل القبول، وإنّما ينتقل من الموصي إلى ورثة الموصى له فتصير الجارية رقيقة له والولد مملوكاً ولا يعتق عليه، خلاف المسألة الّتي قبل هذا؛ لأنّ هناك ملك الأب فيعتق الولد عليه، وهاهنا الأخ ملك أخاه، فلهذا لم يعتق عليه. ومن قال: ينتقل إليه بوفاة الموصى، فإنّه يتبيّن بقبول الورثة أنّ الملك انتقل إلى الموصى له بوفاة الموصي، فيكون الحكم فيه كما لو قبل الموصى له ذلك قبل وفاته، وقد مضى في المسألة الّتي قبلها.

فأيّ موضع حكمت هناك أنّ الولد انعقد حرّاً وأنّ الأمة صارت أُمّ ولد فكذلك هاهنا مثله، وأيّ موضع حكمت أنّ الأمة مملوكة وأنّ الولد انعقد رقيقاً وعتق عليه فكذلك هاهنا مثله، إلّا أنّ الولد لا يرث من والده بحال؛ لأنّ صحّة الوصيّة تقف على قبول جميع الورثة؛ لأنّه لو أراد بعض الورثة أن يقبل جميع ما قد أوصى لابنه لم يكن له. فلو جعلنا هذا الولد وارثاً لم تصحّ الوصيّة إلّا بقبوله، والقبول منه لا يصحّ قبل حرّيّته، فكان ذلك يؤدّي إلى إبطال حرّيته وحرّية الأمة، وإبطال

الوصيّة، فأسقطنا الإرث حتّى حصلت الحرّيّة له ولها.

وإذا أوصى بأمة له لإنسان ثمّ أتت هذه الأمة بولد مملوك إمّا من زنا أو من زوج شرط عليه ذلك، أو اكتسب مالاً أو وُهب لها أو وجدت ركازاً نظرت، فإن أتت بذلك قبل وفاة الموصي، فإنّ ذلك يكون له؛ لأنّها مملوكته وهو نماء ملكه. وإن أتت بذلك بعد وفاة الموصي وقبول الموصى له، فإنّ ذلك يكون للموصى له؛ لأنّا قلنا: إنّه يملكها بالموت أو بالشرطين فقد ملكها وهذه الزيادة في ملكه، فكانت له وإن أتت بذلك بعد وفاة الموصي قبل قبول الموصى له، بنيت على القولين في أنّ الملك متى ينتقل؟ فمن قال: ينتقل بشرطين؟ فإنّ ذلك يكون لورثة الموصي؛ لأنّها في حكم ملك الميّت. وإن قلنا: إنّ الملك ينتقل بالوفاة، فإنّ ذلك للموصى له، لأنّه نماء في ملكه.

إذا أوصى لرجل بشيء ثمّ إنّ الموصى له ردّ الوصيّة ففيه أربع مسائل:

إحداها: أن يردّها قبل وفاة الموصي، فإنّه لا حكم لهذا الردّ؛ لأنّه ما وجب له شيء حتّى يردّ. كما لو عفا عن الشفعة قبل البيع، فلا يكون له حكم، ويكون له القبول بعد وفاة الموصي.

الثانية: أن يردّها بعد وفاة الموصي، صحّ ذلك، وتبيّن بذلك أنّ المال انتقل إلى ورثته.

الثالثة: أن يردّها بعد القبول والقبض، فإنّه لا يصحّ الردّ؛ لأنّ بالقبول تمّ عليه ملكه، وبالقبض استقرّ ملكه، فهو كمن وهب منه وأقبضه إيّاه، فإنّه لا يملك ردّه.

الرابعة: أن يردّها بعد القبول وقبل القبض، فإنّه يجوز. وفي الناس من قال: لا يصحّ الردّ؛ لأنّه لما قبل ثبت ملكه له إمّا بالموت أو بالشرطين، وإذا حصل في ملكه لم يكن له الردّ[1].

---

(١) هذا هو أحد الوجوه الثلاثة المذكورة في الحاوي الكبير ٨: ٢٦٢.

والصحيح أنّ ذلك يصحّ؛ لأنّه وإن كان قد ملكه بالقبول لم يستقرّ ملكه عليه مالم يقبضه، فصحّ منه الردّ كما أنّ من وقف عليه شيء فإنّه متى ردّ صحّ ذلك وإن كان قد ملك الرقبة والمنفعة أو أحدهما.

فإذا أوصى لرجل بشيء ثمّ مات الموصي وقال الموصى له: رددت هذه الوصيّة لفلان ـ واحد من ورثة الموصي ـ فإنّه يقال له: ما أردت بذلك؟ فإن قال: أردت به أنّي رددت إلى جماعتهم لأجل فلان لكرامته وفضله، صحّ وجازت الوصيّة إلى جماعتهم. وإن قال: رددت إلى فلان خاصّة، فإنّه يكون قد ملّكه وردّه إلى ذلك الإنسان، فهو يختصّ به من بين الورثة.

الأقوى أن يقال: إنّ الشيء الموصى به ينتقل إلى ملك الموصى له بوفاة الموصي. وقد قيل: إنّه بشرطين بالموت وقبول الموصى له[1]. وقيل أيضاً: إنّه يراعى، فإن قبل علم أنّه انتقل بالموت إليه، وإن ردّ علم أنّه بالموت ينتقل إلى الورثة[2].

وعلى ما قلناه لو أهلّ هلال شوّال وقد مات الموصي وقد أوصى له بجارية ولم يقبل الموصى له بعدُ لزمه فطرتها، وعلى القولين الآخرين لا تلزمه. وإنّما رجّحنا الأوّل، لقوله تعالى: ﴿يوصيكم اللّه﴾ الآية إلى قوله: ﴿من بعد وصيّة يوصي بها أو دين﴾[3] فأثبت الميراث بعد الوصيّة والدين، ولم يقل: بعد وصيّة وقبول الموصى له، فوجب أن لا يعتبر ذلك.

إذا أوصى لرجل بثلث ماله نظرت، فإن أوصى بثلث ماله مشاعاً فإنّ الموصى له يستحقّ ذلك، فيأخذ من كلّ شيء ثلثه. وإن أوصى له بثلث ماله وعيّنه في شيء بعينه، بقدر الثلث استحقّ ذلك الشيء بعينه. ولا اعتراض للورثة عليه؛ لقوله عليه وآله السلام: «إنّ الله تعالى تصدّق عليكم بثلث أموالكم»[4] ولم يفرّق.

(١ و٢) مرّ مراراً عن الحاوي والمجموع.

(٣) النساء: ١١.

(٤) مسند أحمد ٦: ٤٤١، سنن ابن ماجة ٢: ٩٠٤/٢٧٠٩.

إذا قال: «أوصيت لفلان بثلث هذا العبد» أو «بثلث هذه الدار، أو الثوب» ثمّ مات الموصي وخرج ثلثا ذلك العبد أو تلك الدار مستحقّاً، فإنّ الوصيّة تصحّ في الثلث الباقي إذا خرج من الثلث، وقال قوم: يصحّ في ثلث ذلك الثلث[1]. والأوّل أصحّ.

الفقراء والمساكين عندنا صنفان والفقير أسوء حالاً وأشدّ حاجة؛ لأنّ الفقير من لا يملك شيئاً أو له شيء لا يسدّ خلّته، والمسكين من له بلغة من العيش قدر كفايته.

إذا ثبت ذلك، فإذا أوصى رجل لهم بثلث ماله فلا يخلو: إمّا أن يوصي به لصنف واحد أو لهما، فان أوصى لصنف واحد، مثل أن يقول: «ثُلثي يفرّق في الفقراء» أو «اصرفوا في المساكين» فلا خلاف أنّه يجوز صرفه إلى الصنفين معاً، ويحتاج أن يفرّق في فقراء ومساكين ذلك البلد. ومن جوّز نقل الصدقة من بلد إلى بلد جوّز هاهنا مثله.

وإذا ثبت أنّه يصرف في فقراء بلده، فالمستحبّ أن يعمّ الكلّ، فإن خصّ البعض فلا يجوز أن ينقص من ثلاثة، لأنّه أقلّ الجمع، فإن دفع إلى اثنين ضمن نصيب الثالث وكم يضمن؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: يضمن ثلث ذلك، والثاني: يضمن القدر اليسير الّذي لو دفع إليه ابتداءً أجزأه.

فأمّا إذا أوصى بثلثه للصنفين، مثل أن يقول: «ثلث مالي اصرفوا في الفقراء والمساكين» فإنّه يجب صرفه إلى الصنفين معاً؛ لأنّه ذكرهما معاً، ويفرّق في كلّ فقراء ومساكين أهل بلده. فالمستحبّ أن يعمّ الكلّ، فإن خصّ بعضهم فلا يجوز أن ينقص من ثلاثة من كلّ واحد من الصنفين، وإن نقص ضمن كما قلناه. ولو قال: «ضع ثلث مالي حيث يراك الله» أو «ضعه في سبيل البرّ والثواب» فإنّه يصرفه في

---

(١) قاله أبو ثور، كما في الحاوي الكبير ٨: ٢٦٣.

الفقراء والمساكين. ويستحبّ أن يصرفوا إلى فقراء آل رسول الله ﷺ، وفقراء قرابته من النسب.

ويجوز عندي أيضاً أن يصرفه في غير ذلك من أبواب البرّ؛ لأنّ الاسم يتناول ذلك أجمع. وذوو القربى أولى، فإن لم يكن فمن بينه وبينه رضاع، فإن لم يكن فالجيران، فإن لم يكن فسائر الفقراء.

فأمّا إذا أوصى بثلث ماله في الرقاب، فهم المكاتبون عندنا والعبيد أيضاً، ويصرف إلى مكاتبي أهل بلده، ويستحبّ أن يعمّهم، فإن خصّ فلا يجوز أن ينقص من ثلاثة لأنّه أقلّ الجمع، وإن نقص ضمن على ما مضى بيانه.

وإن أوصى بصرف ثلث ماله في الغارمين، فالغارمون ضربان: ضرب استدانوا لصلاح ذات البين، وضرب استدانوا لمصلحة أنفسهم وعيالهم، فمن كان استدان لصلاح ذات البين ـ مثل أن وجد قتيلاً في محلّة فتحمّل ديته، وما أشبه ذلك ـ فإنه يجوز دفع الزكاة إليه مع الغنى والفقر حتّى يقضي ما عليه.

ومن استدان لصلاح نفسه وعياله يُعتبر حاله، فإن كان غنيّاً فإنّه لا يدفع إليه من الزكاة، وإن كان فقيراً فإن كان أنفقه في طاعة الله جاز أن يدفع إليه، وإن كان أنفقه في معصية فمادام مقيماً على ذلك فلا يجوز أن يدفع إليه، ومتى تاب منها فعندنا لا يجوز أيضاً دفعه إليه ليقضي ذلك الدين. ومن الناس من أجازه[1] فكلّ موضع قلنا: يجوز دفع الزكاة إليه جاز دفع الوصيّة إليه، وكلّ موضع قلنا: لا يجوز دفع الزكاة إليه لم يجز أيضاً دفع الوصيّة إليه.

وإمّا إن أوصى أن يصرف ثلث ماله في سبيل الله، فسبيل الله: هم الغُزاة، وهم على ضربين: أحدهما: هم المرابطون المترصّدون للقتال، فهؤلاء لا يُدفع إليهم من الزكاة؛ لأنّه يصرف إليهم أربعة أخماس الغنيمة. والضرب الثاني: هم أصحاب

---

(١) أحد الوجهين اللذين ذكرهما الماوردي في الحاوي ٨: ٢٧٢.

الصنائع الّذين إذا نشطوا غزوا ثمّ عادوا إلى حرفتهم، فهؤلاء يدفع إليهم من الزكاة مع الغنا والفقر، وهكذا الوصيّة. وفي أصحابنا من قال: إنّ سبيل الله يدخل فيه مصالح المسلمين كلهّا، ويدخل فيه الحجّ وغيره[١].

وإذا أوصى بثلث ماله في أبناء السبيل، فأبناء السبيل ضربان: أحدهما المجتازون، والثاني هو المنشئ للسفر من عندنا، فمن كان مجتازاً فإنّه يجوز دفع الزكاة إليه عند الحاجة وإن كان غنيّاً في بلده. ومَن أنشأ السفر من عندنا فإنّه لا يجوز دفع الزكاة إليه إلّا مع الفقر.

فإذا أوصى بثلث ماله في أبناء السبيل ينبغي أن يدفع إلى من يجوز دفع الزكاة إليه.

إذا ثبت هذا، فمن أوصى بثلث ماله للأصناف الستّة، فإنّه يجب صرف ذلك إلى جماعتهم إلى كلّ صنف سُدسه، وإن كان بعض الأصناف أكثر من بعض فالمستحبّ أن يعمّ كلّ صنف، فإن اقتصر على بعض في كلّ صنف جاز، ولا ينقصون من الثلاثة. ويجوز أن يفضّل بعضهم على بعض في كلّ صنف إلّا أنّه إن نقص من الثلاثة يضمن نصيبه، وكم يضمن؟ على ما مضى[٢].

إذا أوصى لرجل بشيء فإنّما يصحّ القبول منه والردّ بعد وفاة الموصي، فإن قبل أو ردّ قبل وفاته لم يتعلّق بذلك حكم، وكان له أن يقبل بعد وفاته، لأنّ حال وجوب الوصيّة ولزومها بعد الوفاة، فإذا قبل أو ردّ قبل الوفاة فقد قبل أو ردّ قبل أن وجبت له، فلم يتعلّق به حكم مثل من عفا عن الشفعة قبل انعقاد العقد من البيع.

وأمّا إذا وهب منه شيئاً في مرضه المخوف فإنّه يحتاج أن يقبل ذلك في الحال؛ لأنّ من شرط انعقادها القبول في الحال كالبيع.

وأمّا إذا أوصى إلى رجل بالنظر في مال أطفاله أو بتفرقة ثُلث ماله، فإنّه يصحّ

---

(١) منهم الشيخ المفيد في المقنعة: ٦٧٤، والسيّد المرتضى في الانتصار: ٨٦، والشيخ الصدوق في الفقيه ٤: ٢٠٦ ذيل الحديث ٥٤٧٩.

(٢) مضى في ص ٢٣٦.

قبوله أيضاً في الحال، ويجوز أيضاً تأخير القبول كما لو وكّله ببيع عبده على أن يبيعه بعد شهر أو سنة صحّ ذلك؛ لأنّه نجّز له عقداً في الحال. ويفارق الوصيّة؛ لأنّ هناك تمليكاً بعد الوفاة فافتقر إلى القبول في ذلك الوقت، وهذا عقد منجّز في حال الحياة يصحّ قبوله في الحال.

إذا ثبت هذا، فإذا قبل الوصيّة كان له ردّها متى شاء قبل وفاة الموصي، وليس له ردّها بعد وفاته. وفي الناس من قال: له ردّها في الحالين[1].

إذا أوصى لرجل بأبيه، فالمستحبّ له أن يقبل تلك الوصيّة؛ لأنّه يؤدّي إلى إعتاق أبيه، وإن ردّها فلم يقبلها لم يُجبر على قبولها.

فإذا ثبت ذلك، فإن ردّ الوصيّة فلا كلام، وإن قبلها فلا يخلو: أن يقبلها في حال صحّته أو مرضه، فإن قبلها في حال صحّته ملكه وعتق عليه ولا كلام. وإن قبل في حال مرضه نظرت، فإن برئ من ذلك المرض عتق من أصل ماله أيضاً ولا تفريع. وإن مات من ذلك المرض، فهل يعتق عليه من أصل ماله أو من ثلثه؟ قال قوم: يعتق من الثلث، وقال آخرون: من رأس المال؛ لأنّه إنّما يعتبر من الثلث ما يخرجه من ملكه، وهاهنا لم يخرج من ملكه شيئاً وإنّما قبل وصيّته.

وهذا أقوى إذا قلنا: إنّ عتق المريض من ثلثه، وإن قلنا من أصل المال فلا كلام. وإذا اعتبرناه من رأس المال انعتق وورثه؛ لأنّه حين وفاته حرّ. وعلى قول من اعتبره من الثلث إن لم يكن له مال سواه لم ينعتق منه إلّا قدر الثلث، والباقي لورثته. وإن كان ثلثه يحتمل كلّه عُتق عليه، إلّا أنّه لا يرثه؛ لأنّ عتقه كالوصيّة له عند من قال به فلهذا اعتبره من الثلث. ولو قلنا: إنّه يرثه لم يصحّ له الوصيّة؛ لأنّ الوصيّة لا تصحّ لوارث عندهم، فكان يؤدّي إلى أن لا ينعتق، وإذا لم ينعتق لم يرث أيضاً، وكلّ ما جرّ ثبوته إلى سقوطه عنه لم يثبت حتّى لا يؤدّى

---

(١) منهم الشافعي في الأُمّ ٤: ٩٧، ونسبه إليه وإلى أحمد في المجموع ١٥: ٥١٨.

إلى إسقاط غيره.

إذا كان معه ثلاثمائة دينار، فتصدّق بمائة دينار في مرضه المخوف، ثمّ اشترى أباه بمائة دينار، هل يصحّ ابتياعه أم لا؟ قيل: فيه وجهان بناءً على الأصلين: من أنّ عُتقه يعتبر من الثلث أو من أصل المال؟ أحدهما: لا يصحّ، لأنّه يقصد به الإضرار بورثته، لأنّه ربّما يكون وارثه ابنه، ومتى ملك جدّه عتق عليه، فوجب أن لا يصحّ شراؤه. والوجه الثاني: أنّه يصحّ؛ لأنّه ابتياع بعوض فهو كابتياع غير الأب.

فإذا ثبت هذا، فمن قال: ابتياعه لا يصحّ، فلا كلام، ومن قال: يصحّ فإنّه لا يعتق على الوجهين معاً عليه، لأنّه على قول من اعتبر من الثلث فهاهنا تصرّف في ثلثه. وعلى قول من اعتبر من رأس المال إنّما يعتبر من الأصل إذا لم يخرج في مقابلته شيئاً وهاهنا قد وزن مالاً في مقابلته. فإذا مات نظرت، فإن كان وارثه ابناً أو أباً عُتق عليه؛ لأنّه ملك جدّه. وإن كان وارثه من لا يعتق عليه ـ مثل أن يكون عمّه أو ابن عمّه ـ لم يعتق؛ لأنّ عندنا الأخ لا ينعتق على أخيه، ولا العمّ على العمّ. ومن قال من أصحابنا: إنّ تصرّفه في مرضه لا يعتبر من الثلث[1] ينبغي أن يقول: إنّ الشراء صحيح وينعتق عليه في الحال.

إذا أوصى لرجل بداره صحّت الوصيّة. إذا ثبت هذا، فإن مات الموصي والدار بحالها فإنّه يستحقّ ذلك الدار بجميع حقوقها وما كان متّصلاً بها دون ما لا يتّصل به، كما قلناه في البيع. وإن خربت الدار وانهدمت فلا يخلو: أن يتشعّث قبل الوفاة، أو بعد وفاته.

فإن خربت وتشعّثت بعد وفاته، فإنّ الموصى له يستحقّها وما قد انفصل منها من الخشب والآلة، وإن كان اسم الدار لا يقع عليها في هذه الحال.

وإن تشعّثت قبل الوفاة نظرت، فإن كان انهدمت ولم يسقط اسم الدار عنها

---

(١) كالشيخ المفيد رحمه الله في المقنعة: ٦٧١.

صحّت الوصيّة فيما بقي دون ما قد انفصل؛ لأنّ الاعتبار في الوصيّة بما يقع عليه الاسم حين لزوم الوصيّة، وما قد انفصل لا يقع عليه اسم الدار حين لزومها. وإن كان انهدمت وصارت براحاً[1] بطلت الوصيّة؛ لأنّ الاسم لا يقع عليها حين لزوم الوصيّة، فهو كما لو أوصى بطعام ثمّ طحنه قبل وفاته، فإنّه لا يستحقّ ذلك، لأنّ الاسم قد زال عنه بالطحن قبل لزوم الوصيّة..

نكاح المريض إن دخل بها صحيح وترث، ويجب لها المهر والميراث، وإن لم يدخل بها بطل النكاح، وفيه خلاف[2].

إذا أعتق الرجل أمته في حال مرضه المخوف وتزوّج بها صحّ التزويج إذا دخل بها، وترثه. وقال قوم: يصحّ التزويج ولا ترث؛ لأنّها حرّة حال التزويج؛ إلّا أنّها لا ترثه إذا مات؛ لأنّ العتق في المرض يعتبر من الثلث كالوصيّة سواء، ولو أُثبت الميراث لم يصحّ لها الوصيّة، وإذا لم تصحّ لها الوصيّة لم تعتق ولا يصحّ التزويج ولا تستحقّ الميراث، وفي إثبات الميراث لها إبطال العتق والتزويج والإرث، فأبطلنا الإرث حتّى يصحّ العتق والتزويج.

إذا كان لرجل مائتا دينار وأمة تساوي مائة دينار، فأعتقها في حال مرضه وتزوّجها وأصدقها مائة دينار ثمّ مات، فإنّ النكاح جائز، لكنّها لا ترث ولا تستحقّ الصداق؛ لأنّ عتق المريض يعتبر من الثلث. ولو أثبتنا لها الصداق لم يبق هناك ثلث ينفذ عتقها فيه وإذا لم تعتق لم يصحّ النكاح ولا الصداق، فأبطلنا الصداق حتّى يصحّ العتق والتزويج. ومن قال: لا يعتبر تصرّفه من الثلث[3] ينبغي أن يقول: إنّ العتق صحيح والتزويج صحيح وتستحقّ المهر إن دخل بها، وإن

---

(١) أي صارت كأنّه لم يكن فيها شيء.

(٢) قال مالك: نكاح المريض فاسد، إلّا أنّه إن أصابها لزمه مهر المثل من الثلث. وقال الزهري: النكاح في المرض جائز ولا ميراث. وقال الحسن البصري: إن ظهر منه الإضرار في تزويجه لم يجز، راجع الحاوي الكبير ٨: ٢٧٩.

(٣) منهم الشيخ المفيد ﷺ في المقنعة: ٦٧١.

لم يدخل بها كان النكاح باطلاً.

إذا مات الرجل وعليه حجّة واجبة، إمّا حجّة الإسلام أو حجّة منذورة، فإن خلّف تركة فإنّه يتعلّق بها ويجب على الورثة قضاؤها عنه. وإن لم يخلّف مالاً وتطوّع الوارث بالحجّ عنه جاز ذلك ويسقط الفرض عنه. وأمّا حجّة التطوّع فإن لم يوص بها فلا يصحّ أن يحجّ عنه وإن فعله عنه كان الثواب للفاعل. وإن أوصى به فهل يصحّ أن يحجّ أم لا؟ قيل: فيه قولان[١] أصحّهما أنّه يصحّ. وأمّا إذا كان عليه دين صحيحاً كان أو مغصوباً فقُضي عنه بعد وفاته صحّ ذلك ويسقط عن ذمّته. وإذا تصدّق عن ميّت صدقة تطوّع صحّ ذلك ويلحقه ثوابها. وإذا دعا لميّت صحّ ذلك وعند قوم يناله ثوابه[٢].

إذا قال الرجل: «أوصيت بثلث مالي لزيد وللمساكين» قيل: فيه ثلاثة أوجه، أحدها: أنّ زيداً كأحدهم إن عمّ المساكين، فإنّه يدفع إليه مثل ما يدفع إلى واحد منهم وإن خصّ المساكين كأنّه أعطى منهم إلى ثلاثة جعله كواحد منهم فيعطيه ربعه، ويكون فائدة تخصيصه بالذكر أنّه لا يجوز الإخلال به ويجوز الإخلال ببعض المساكين [والثاني][٣] أنّه يجوز الدفع إليه مع الغنى والفقر وإن لم يجز دفعه إلى غيره مع الغنى.

والوجه الثاني: أنّه يستحقّ نصفه، لأنّه جعله جزءاً على حدة، فاقتضى أن يكون بينهما كما لو أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله يكون بينهما نصفين. وهذا هو الأقوى.

---

(١) القولان مذكوران في المجموع ١٥: ٤٥٢، والحاوي الكبير ٨: ٢٤٦.

(٢) ذهب قوم من أهل الكوفة إلى أنّ الميّت لا يلحقه بعد موته ثوابٌ مستدلّاً بقوله تعالى: ﴿وأن ليس للإنسان إلّا ما سعى﴾ وذهب بعض الفقهاء إلى أنّ الميّت قد يلحقه الثواب بفعل غيره لقوله تعالى: ﴿إنّ الله وملائكته يصلّون...﴾ فأمر الله تعالى بالصلاة على النبيّ صلى الله عليه وآله ولا يجوز أن يأمر بما لا يقبله من الدعاء، راجع الحاوي الكبير ٨: ٢٩٨. ومختصر المزني ١٤٤ ـ ١٤٥.

(٣) لم يرد في بعض النسخ، وحذفه أولى.

والوجه الثالث: أنّه يستحقّ الربع، لأنّ أقلّ ما يقع عليه اسم المساكين ثلاثة فيكون هذا رابعهم. وهذا أيضاً قويّ.(١)

وإذا أوصى بثلث ماله لعمرو وزيد، ثمّ إنّ زيداً لم يقبل الوصيّة، فإنّها تعود إلى الورثة ولا يستحقّ عمرو أكثر من نصف الثلث؛ لأنّه إذا أوصى لهما بالثلث فكأنّه أوصى لكلّ واحد منهما بنصف الثلث على الانفراد، فإذا ردّ أحدهما نصيبه رجع إلى ورثته.

إذا أوصى فقال: «أعطوا ثلث مالي لقرابتي ولأقربائي ولذوي رحمي» فالحكم في الكلّ واحد. فقال قوم: إن هذه الوصيّة للمعروفين من أقاربه في العرف، فيدخل فيه كلّ من يُعرف في العادة أنّه من قرابته سواء كان وارثاً أو غير وارث(٢). و هو الّذي يقوى في نفسي. وقال قوم: إنّه يدخل فيه كلّ ذي رحم محرم، فأمّا من ليس بمحرم له فإنّه لا يدخل فيه وإن كان له رحم مثل بني الأعمام وغيرهم(٣). وقال قوم: إنّها للوارث من الأقارب، فأمّا من ليس بوارث فإنّه لا يدخل فيه(٤). والأوّل أقوى؛ لأنّ العرف يشهد به.

وينبغي أن يصرف في جميعهم، ومن وافقنا على ذلك قال: يصرف في جميعهم إلّا الوارث فإن أجازته الورثة صرف إليهم أيضاً ويكون الذكر والأُنثى فيه سواء. وفي أصحابنا من قال: إنّه يصرف ذلك إلى آخر أبٍ وأُمّ له في الإسلام(٥). ولم أجد به نصّاً ولا عليه دليلاً مستخرجاً ولا به شاهداً.

إذا قال: «أعطوا ثلث مالي أقرب الناس إليّ» أو «إلى أقرب أقربائي» أو «إلى أقربهم بي رحماً» نظرت فإن لم يكن له والد ولا أُمّ فإنّ أقرب الناس إليه ولده ذكراً كان أو أُنثى، ثمّ ولد ولده وإن سفل سواء كان وارثاً أو غير وارث، مثل أولاد

---

(١) ذكر الأوجه الثلاثة في الحاوي الكبير ٨: ٣٠٠، والمجموع ١٥: ٤٦٩.

(٢) منهم الشافعي في الأمّ ٤: ١١١.

(٣) منهم أبوحنيفة كما في الحاوي الكبير ٨: ٣٠٢.

(٤) منهم مالك كما في المصدر السابق.

(٥) منهم المفيد في المقنعة: ٦٧٥.

البنات عند المخالف[١] حتّى إن كان هناك بنت بنت وابن ابن ابن كانت الوصيّة لبنت البنت؛ لأنّها أقرب الناس إليه. فإن لم يكن له ولد وهناك والد فهو أحقّ بها؛ لأنّه أقرب الناس إلى ولده.

وإن اجتمع الوالد والولد قيل: فيه وجهان، أحدهما: إنّ الولد أولى وأقرب إليه؛ لأنّه بعض منه والوالد ليس ببعض منه[٢]. والثاني: إنّهما سواء[٣]. وهو الأولى؛ لأنّ كلّ واحد منهما يدلي بنفسه وليس بينهما واسطة، فعلى هذا يكون الأب أولى من ابن الابن. فإن لم يكن والد ولا ولد فالجدّ أولى مع عدم الإخوة، لأنّه أقرب إليه.

وإن لم يكن جدّ لكن له أخ فالأخ أحقّ به؛ لأنّه أقرب. ثمّ يكون الأخ للأب والأُمّ أولى من الأخ للأب أو للأُمّ؛ لأنّه يدلي بسببين. والأخ للأب والأخ للأُمّ واحد؛ لأنّ كلّ واحد منهما مثل الآخر في القرابة. والأخ للأب أولى من ابن الأخ للأب والأُمّ. فمتى تساويا في الدرجة كان من يدلي إليه بأبيه وأُمّه أولى، وإن اختلفا في الدرجة كان الأقرب أولى.

وإذا اجتمع الأخ والجدّ كانا متساويين. وفيهم من قال: الأخ أولى[٤] فعلى هذا يكون ابن الأخ أولى من الجدّ. وعلى ما يقتضيه مذهبنا ابن الأخ مثل الجدّ كما نقول في الميراث. وفي الناس من قال: الجدّ أولى من ابن الأخ[٥] فإذا لم يكن جدٌّ ولا إخوة فالأعمام، ثمّ بنو الأعمام. فعلى هذا فمتى تساووا في الدرجة فولد الأب والأُمّ أولى. ومتى اختلفوا في الدرجة فالأقرب أولى. هذا كلّه بلا خلاف.

إذا أوصى بثلث ماله لجماعة من أقربائه فقد أوصى لثلاثة أنفس من أقربائه، فيُنظر، فإن كان هناك ثلاثة في درجة واحدة ـ مثل ثلاث بنين أو ثلاث بنات أو

---

(١) راجع الحاوي الكبير ٨: ٣٠٥ ـ ٣٠٦.

(٢ و٣) في المغني (٦: ٥٥١) بعد أن اختار استواء الأب والابن في ذلك، ذكر تقدّم الابن على الأب على احتمال فيها.

(٤) هو أحد القولين للشافعيّة كما في الحاوي الكبير ٨: ٣٠٧.

(٥) راجع المصدر السابق.

ثلاثة إخوة ـ صرف ذلك إليهم. وإن كان في الدرجة الأوّلة اثنان وفي الثانية واحدة ـ مثل ابنتين وابن ابن ـ دفع إلى الأوّلتين ثلثا الثلث وإلى من في الدرجة الثانية الثلث من ذلك. وإن كان واحد في الدرجة الأُولى واثنان في الدرجة الثانية دفع إلى الأوّل الثلث من ذلك وإلى من في الدرجة الثانية ثلثا الثلث؛ لأنّه أوصى لجماعة فلا يعطى ذلك بعضهم.

كلّ من يتناوله الاسم فإنّ الوصيّة له صحيحة، سواء كان وارثاً أو لم يكن. وعند المخالفين إن كان وارثاً لم يصحّ وإن لم يكن وارثاً صحّت له الوصيّة[١].

وإذا أوصى لجيرانه فإنّه يفرّق على من بينه وبينه أربعون ذراعاً، وقد روي أربعون داراً[٢] وفيه خلاف[٣].

الوصيّة لأهل الذمّة جائزة بلا خلاف. وفي أصحابنا من قيّد ذلك إذا كانوا من أقاربه[٤]. وأمّا الوصيّة للحربيّ فعندنا أنّها لا تصحّ. وفيهم من قال تصحّ[٥].

القاتل تصحّ له الوصيّة، وفيه خلاف[٦].

---

(١) منهم الشافعي في أحد قوليه، ومختار المزني كما في الحاوي الكبير ٨: ٢١٣، والمغني لابن قدامة ٦: ٤١٩.

(٢) الخصال: ٥٩٣، أبواب الأربعين ح ٢٠، والسنن الكبرى للبيهقي ٦: ٢٧٦.

(٣) قال الشافعي: وأقصى الجوار بينهم أربعون داراً من كلّ ناحية، وقال قتادة: الجار: الدار والداران، وقال سعيد بن جبير: الّذين يسمعون الإقامة، وقال أبويوسف: هم أهل المسجد، راجع الحاوي الكبير ٨: ٢٧٢.

(٤) لم نجد المسألة بهذه الصورة في كتب أصحابنا المتقدّمين .

(٥) هو نصّ كلام أحمد، وقال به مالك وأكثر أصحاب الشافعي أيضاً كما في المغني لابن قدامة ٦: ٥٣٠، والمجموع ١٥: ٤١٦.

(٦) قال عدّة من الفقهاء بالصحّة، منهم مالك وأبوثور، وابن منذر والشافعي في أظهر قوليه. وقال أبوبكر بعدم الصحّة له، وقال أبو الخطّاب: إن وصّى له بعد جرحه صحّ، وإن وصّىٰ له قبل جرحه ثمّ طرأ القتل على الوصيّة أبطلها، راجع المغني لابن قدامة ٦: ٥٤٠، والمجموع ١٥: ٤١٧.

إذا أوصى لرجل بثلث ماله ثمّ أوصى لآخر بثلث ماله فهاتان وصيّتان بثلثي ماله. وهكذا إذا أوصى بعبد بعينه لرجل ثمّ أوصى لرجل آخر بذلك العبد بعينه فهما وصيّتان، ويكون الثانية رجوعاً عن الأُولى. وفيهم من قال: لا يكون رجوعاً[١] وفيه خلاف[٢].

فمن قال: ليس برجوع، قال: يُنظر، فإن أجازت الورثة يكون لكلّ واحد منهما ثلث ماله ـ وكذلك يقول: من قال: هو رجوع ـ وإن لم يجيزوه قالوا: المال بينهما نصفين.

وإن أوصى بعبد بعينه ثمّ أوصى بذلك العبد لآخر نظرت، فإن أجازت الورثة يكون العبد بينهما نصفين، وإن لم تجزه نظرت، فإن كان قيمة العبد قدر الثلث فإنّه يكون بينهما ولا يحتاج إلى إجازة الورثة. وإن كان قيمة العبد أزيد من قدر الثلث فللوارث أن يمنع الزيادة على الثلث، وأمّا الثلث فلا ويكون الثلث بينهما نصفين.

هذا إذا قبلا جميعاً الوصيّة وإن ردّ أحدهما وقبل الآخر، فإنّ جميع الثلث لمن قبل؛ لأنّه قد أوصى لكلّ واحد منهما بجميع الثلث.

وعلى ما قلناه: من أنّ في الثاني رجوعاً عن الأوّل ينظر، فإن رجع الأوّل فلا تأثير لرجوعه؛ لأنّ الوصيّة له قد بطلت بالوصيّة للثاني، وإن رجع الثاني ولم يقبلها رجع المال إلى الورثة؛ لأنّ الوصيّة للأوّل كان قد بطلت بالوصيّة للثاني.

وإذا أوصى بعبد ثمّ باعه أو أعتقه أو وهبه وأقبضه فإنّ هذا يكون رجوعاً بلا خلاف. وإن أوصى بأن يباع أو يعتق فإنّه يكون أيضاً رجوعاً بلا خلاف. ولو أوصى ثمّ عرض على البيع وسلّم إلى البيع أو وهبه ولم يقبضه، قال قوم: يكون ذلك رجوعاً[٣]

---

(١) منهم الشافعي كما نقله عنه في الحاوي الكبير ٨: ٣٠٩، والمجموع ١٥: ٥٠١.

(٢) اختلفوا فيه على أربعة مذاهب، نقلها بالتفصيل في الحاوي الكبير ٨: ٣٠٩.

(٣) هو الظاهر من قول أبي إسحاق المروزي، وأبي علي بن أبي هريرة كما في الحاوي الكبير ٨: ٣١٣.

لأنّ العرض على البيع سبب إزالة المال والبيع فكأنّه بيّن الغرض في الرجوع عن الوصيّة.

ولو أوصى ثمّ رهنه فإنّه كالبيع؛ لأنّ المقصود من الرهن أنّه إذا حلّ الأجل وعجز الراهن فإنّه يباع في حقّ المرتهن، ومعلوم أنّه لو باع كان رجوعاً كذلك إذا رهنه.

إذا أوصى بطعام ثمّ طحنه أو أوصى بدقيق فعجنه أو بعجين فخبزه يكون كلّ ذلك رجوعاً عن الوصيّة؛ لأنّ الاسم قد زال. وكذلك من أوصى بطعام فجعله سويقاً كان ذلك رجوعاً عنها؛ لمثل ذلك. وإن كان أوصى بخبز فدقّه وجعله فتيتاً فلا يكون رجوعاً؛ لأنّ الاسم لم يزل عنه، وهو الصحيح، وفي الناس من قال: يكون رجوعاً؛ لأنّه انتقل إلى اسم أخصّ[1].

ولو أوصى له بقفيز حنطة بعينها، ثمّ خلطه بطعام مثله أو دونه أو أجود منه فإنّ الوصيّة تبطل؛ لأنّ الموصى به لا يمكن تسليمها إليه كما أوصى له به. وإن أوصى له بقفيز طعام مشاعاً ثمّ خلطه بغيره بمثله أو بدونه فالوصيّة صحيحة. وإن خلطه بأجود منه بطلت الوصيّة؛ لأنّه لا يقدر على تسليم الموصى به إلّا زائداً، فإذا كان زائداً فلا تصحّ الوصيّة.

العطايا على ضربين: مؤخّرة ومنجّزة.

فالمؤخّرة: مثل أن يوصي أن يتصدّق عنه أو يحجّ عنه حجّة التطوّع أو يباع بيع محاباة، فهذا كلّه صحيح، سواء كان في حال صحّته أو حال مرضه، سواء أوصى به دفعة واحدة أو دفعة بعد أُخرى؛ لأنّ حال الاستحقاق واحدة، وهي بعد الموت. ويعتبر ذلك من الثلث بلا خلاف.

والعطيّة المنجّزة: هي ما يدفعه بنفسه مثل أن يعتق أو يحابي أو يتصدّق أو

---

(١) هو أوّل الوجهين اللذين ذكرهما في الحاوي الكبير ٨: ٣١٦.

يهب ويقبض، ولا تخلو هذه من أحد أمرين: إمّا أن يكون في حال صحّته أو حال مرضه. فإن كان في حال صحّته فإنّ ذلك يصحّ ويعتبر ذلك من رأس المال.

وإن فعله في حال مرضه، فالأمراض على ضروب ثلاثه: مرض لا يتعلّق به حكم، ومرض يكون معه كلام ولا يكون لكلامه معنى، ومرض معه كلام وله حكم.

فأمّا المرض الّذي لا يتعلّق به حكم: مثل الصداع والرمد وحمّى خفيفة، فإنّ هذا كلّه لا يتعلّق به حكم؛ لأنّه لا يخاف منه التلف، وإن أعطى فيه يكون من رأس المال. وهكذا المسلول والمفلوج؛ لأنّه لا يتعجّل موته ويبقى زماناً كثيراً.

الضرب الثاني من المرض: وهو إذا عاين الموت و شخص بصره واحمرّت وجنتاه أو شقّ جوفه وبانت حشوته أو وُسّط أو وقع في ماء قاهر ولا يحسن السباحة فإنّه لا حكم لكلامه؛ لأنّه بحكم الأموات، بدلالة أنّه لو قتل لما وجب على قاتله القَوَد، لأنّه لا تصحّ منه الشهادة، وحركته حركة المذبوح.

الضرب الثالث من المرض: إذا كان معه كلام ولكلامه حكم، وتصحّ منه الوصيّة ويكون من الثلث. هذا إذا فعل في حقّ غيره فإنّه يعتبر من الثلث فأمّا ما ينفق على نفسه من الملاذّ والشهوات مثل التسرّي[1] وغيره وشراء الأدوية، فإنّه يعتبر كلّه من رأس المال.

وهذه الوصيّة تلزم في حقّه، فإن برئ ولم يمت فإنّها تعتبر من رأس المال وإن مات فإنّه يعتبر من الثلث.

المرض المخوف على ضروب: منها الحُمّى وهو على ضربين لازمة وغير لازمة.

فاللازمة الّتي تدوم وتكون مطبقة نظرت، فإن كان حُمّى يوم أو يومين فلا يكون مخوفاً حتّى إذا مات منها في يوم أو يومين تعتبر وصاياه من رأس المال، وإن زاد على يومين وثلاثة فيكون ذلك مخوفاً.

---

(١) التسرّي: اتّخاذ السرّيّة، وهي الأمة تنزلها بيتاً وتخفيها عن نسائك.

والضرب الثاني: حُمّى غير لازمة مثل الغِبّ والربع[١] فإنّ هذا لا يكون مخوفاً، اللّهمّ إلّا أن يكون معها وَجَع آخر ـ مثل السرسام وذات الجنب والرعاف الدائم والقروح الّتي تكون في الصدر والقولنج ـ فإنّه يكون مخوفاً، فإنّه متى انضاف إلى حمّى يومٍ أو رِبعٍ شيءٌ من ذلك كان مرضاً مخوفاً.

وأمّا إذا كان به قيام وإسهال فهو على ضربين: إسهال يحرق بطنه، وإسهال لا يحرق بطنه. فالّذي يحرق بطنه هو الّذي لا يقدر على إمساكه ولم يكن له قوّة ممسكة، فإنّ ذلك يكون مثل الميّت. وإن كان إسهالاً لا يحرق بطنه وهو أن يكون قادراً على إمساكه، فإنّ هذا مثل حُمّى يوم أو يومين، فإن كان يوماً أو يومين فلا يكون مخوفاً، وإن زاد على ذلك كان مخوفاً. وأمّا إذا كان به زحير[٢] وانقطاع فإنّهما مخوفان، فإنّ الزحير هو ما لا يخرج إلّا بعد شدّة شديدة، والانقطاع ما يخرج بعد شدّة شديدة قليلاً قليلاً ويخرج بعد شدّة أُخرى قليلاً آخر.

والأمراض على ثلاثة أضرب:

ضرب يشترك فيه الخاصّ والعامّ بأنّه مخوف ـ مثل الرعاف الدائم والبرسام[٣] ـ فعطاياه تكون من الثلث.

والضرب الثاني: يجتمع فيه الخاصّ والعامّ بأنّه غير مخوف مثل الرمد والصُداع ووجع الضِرس، فإنّ هذا لا يكون مخوفاً وعطاياه تعتبر من رأس المال.

الضرب الثالث: مرض مشكل لا يعرفه إلّا الخواصّ؛ فإنّه يرجع فيه إلى أهل الخبرة من الطبّ، ويرجع في ذلك إلى المسلمين من الطبّ دون أهل الذمّة، لأنّ أهل الذمّة وصفهم الله بالكذب والخيانة والتحريف، ويعتبر في هذا العدالة مثل

---

(١) غبّت عليه الحُمّى: أخذته يوماً وتركته يوماً. جاءته الحُمّى رِبعاً: أخذته كلّ رابع يوم.

(٢) الزحير: هو استطلاق البطن أو تقطيع فيه يمشّي دماً ويُسبّب ألماً.

(٣) البِرسام: التهاب في الحجاب الّذي بين الكبد والقلب.

الشهادة ويكون شاهدان عدلان يعتبر فيه العدد مثل الشهادة سواء.

مثاورة الدم على ضربين: دم يأخذ جميع البدن وهو الطاعون، فإذا أخذ جميع البدن واحمرّ فإنّه يكون مخوفاً؛ لأنّه ربما تجفّ البرودة الغريزيّة فيموت منه. والضرب الثاني إذا انصبّ الدم إلى موضع واحد ويحمرّ ويَرِم، فيكون مخوفاً سواء تغيّر منه العقل أو لم يتغيّر.

ومن كان به بلغم نظرت، فإن كان ابتداء البلغم مثل أن يتمكّن في النفس فإنّه يكون مخوفاً؛ لأنّه ربّما يطفئ الحرارة الغريزيّة فيموت منه. وأمّا إن استمرّ واستقرّ وصار فالجاً فلا يكون مخوفاً وإن مات منه فلا يكون عاجلاً.

وأمّا الجراح فعلى ضربين: ضرب ينفذ وضرب لا ينفذ. فأمّا ما ينفذ إلى الجوف فعلى ضربين: أحدهما ينفذ إلى جوفه والآخر ينفذ إلى دماغه، فجميعاً مخوفان. وأمّا إذا لم يكن نافذاً إلى جوفه ويكون جراحة بالخشب والمُثقّل نظرت، فإن لم يأتكل ويَرِم فغير مخوف، وإن وَرِم فإنّه يكون مخوفاً.

إذا التحم الحرب سواء كان بين المشركين أو بين المسلمين ـ فإنّ الحكم فيه واحد ـ ينظر، فإن كان الحرب قبل التحام القتال والحرب فإنّه لا يكون مخوفاً وإن كان يرمي بعضهم بعضاً. وإذا كان التحام الحرب قال قوم: يكون مخوفاً[1] وقيل: إنّه لا يكون مخوفاً[2] والأوّل أصحّ. ويقوى عندي أنّ الثاني أصحّ.

وأمّا الأسير: إن كان في أيدي مشركين[3] وهم معروفون بالإحسان إلى الأُسارى ـ مثل الروم ـ فإنّ هذا لا يكون مخوفاً. وإن كان في أيدي مشركين يقتلون الأُسارى قيل: فيه قولان، أحدهما: يكون مخوفاً، فإنّه يخاف تلف النفس[4]

(١ و٢) قال بالأوّل مالك والأوزاعي والثوري وأحمد والشافعي في أحد قوليه، وقال الشافعي بالثاني في قوله الآخر كما في المجموع ١٥: ٤٤٤، والحاوي الكبير ٨: ٣٢٤.

(٣) خ : في دار الحرب.

(٤) راجع المصدرين السابقين.

والثاني: لا يكون مخوفاً؛ لأنّه لا يصيب البدن، فالمخوف ما يصيب البدن[١].

إذا غلب الموج وحصل في جُبّ البحر قيل أيضاً قولان، مثل الأسير[٢].

وإذا قدم مَن عليه القصاص فإنّه غير مخوف. وفيهم من قال: يكون مخوفاً[٣].

إذا ضرب الحامل الطَلق[٤] فلها ثلاثة أحوال: حال قبل الطَلْق، وحال مع الطَلْق، وحال بعد الطَلْق. فما قبل الطَلْق لا يكون مخوفاً، وما يكون حال الطَلْق يكون مخوفاً. وقال بعضهم: لا يكون مخوفاً[٥] وما يكون بعده، فإن لم يكن معه دم ولا ألم فلا يكون مخوفاً، وإن كان معه دم وألم يكون مخوفاً.

وأمّا السقط: فإن كان قد تخلّق فإنّه يكون مخوفاً؛ لأنّه لا يسقط إلّا لألم. وإن كان لم يتخلّق وكان مضغة أو علقة فلا يكون مخوفاً.

قد ذكرنا: أنّ العطيّة على ضربين: منجّزة ومؤخّرة، فالمؤخّرة أن يعتق عبداً يوصى به أو يوصى بمحاباة أو بصدقة فإنّها تلزم بالموت، والمنجّزة إذا أعتق أو باع وحابا أو وهب وأقبض هو بنفسه، فإنّ هذا كلّه عطيّة منجّزة. ثمّ ينظر، فإن أعطى في حال صحّة أو مرض غير مخوف فإنّه يعتبر من رأس المال، وإن كان في مرض مخوف. فإنّه يعتبر ذلك من الثلث. ولأصحابنا فيه روايتان: إحداهما أنّه يكون من رأس المال[٦] والثانية من الثلث[٧].

فإذا أعطى في مرضه المخوف، فلا يخلو من أحد أمرين: إمّا أن يكون من جنس واحد أو من أجناس مختلفة، فإن كان من جنس واحد فلا يخلو: إمّا أن

---

(١) راجع المصدرين السابقين.

(٢) القائل بهما أبو إسحاق المروزي كما في المجموع ١٥: ٤٤٤.

(٣) القائل به أحمد كما في المجموع ١٥: ٤٤٥، والحاوي الكبير ٨: ٣٢٥.

(٤) الطَلْق: وَجَع الولادة. (٥) هو بعض أصحاب الشافعيّة، كما في الحاوي الكبير ٨: ٣٢٧.

(٦) الكافي ٧: ١/٧ و ٣، و ٧: ٥/٨ والتهذيب ٩: ٧٤٨/١٨٦ و٧٤٩ وعدّة روايات أُخر في هذا الباب. (٧) التهذيب ٩: ٧٨٣/١٩٥، و٧٨٦/١٩٧، والاستبصار ٤: ٤٥٧/١٢٠.

يكون قد فعله دفعة واحدة أو فعله شيئاً بعد شيء.

فإن كان شيئاً بعد شيء ـ مثل أن يكون أعتق ثمّ أعتق أو حابا ثمّ حابا ـ فإنّه يقدّم الأسبق فالأسبق بلا خلاف؛ لأنّ المريض إذا أعتق أو حابا يلزم في حقّه ويلزم في حقّ الورثة من الثلث، فالأوّل لازم في حقّهما والمتأخّر لازم في حقّ أحدهما وهو حقّ نفسه، فتقديم ما هو لازم في حقّهما أولى من تقديم ما هو لازم في حقّ أحدهما. والثاني أنّهما عطيّتان منجّزتان ولأحدهما التقدّم وجب أن يقدّم؛ لحقّ سبقه وتقدّمه.

فأمّا إن كان دفعة واحدة ـ مثل أن يكون أعتق أعْبُداً أو باع وحابا لجماعة أو وهب لجماعة وأقبضه إيّاهم نظرت، فإن أعتق نظرت: فإن خرجوا من الثلث عتقوا، وإن لم يخرجوا من الثلث أُقرع بينهم حتّى يستوفى الثلث، وإن كان محاباة وهبة فإنّه يقسّط بينهم.

وأمّا إن كان من أجناس فلا يخلو: أن يكون فعله دفعة واحدة أو فعله شيئاً بعد شيء. فإن كان فعله شيئاً بعد شيء نظرت، فإن حابا ثمّ أعتق فإنّ المحاباة تقدّم على العتق. وإن أعتق ثمّ حابا كان مثل ذلك يقدّم الأسبق فالأسبق. وقال قوم: يسوّى بينهما من العتق والمحاباة[1].

فأمّا إذا كان دفعة واحدة فهو مثل الوصايا، والكلام عليه يأتي فيما بعدُ.

وفُرّع على هذا ستّ مسائل:

أُولاها: إذا كان له عبدان سالم وغانم، قال لسالم: «متى أعتقت غانماً فأنت حرّ» فقد جعل عتق غانم صفة لسالم ثمّ أعتق غانماً في مرضه نظرت، فإن كانا قد خرجا من الثلث، فقد عتقا: عتق الغانم بالمباشرة وعتق السالم بالصفة. وإن لم يخرجا من الثلث عتق غانم ولم يُعتق سالم. وعندنا أنّه يُعتق غانم بالمباشرة،

---

(١) منهم أبو حنيفة كما في المجموع ١٥: ٤٤٢.

وسالم لا يُعتق على كلّ حال؛ لأنّ العتق بصفة لا يصحّ عندنا.

والمسألة الثانية: قال لسالم: «إذا أعتقت غانماً فأنت حرّ حين إعتاقي غانماً» فقد علّق عتقهما بحال واحد، ثمّ أعتق غانماً في مرضه نظرت، فإن خرجا من الثلث عتقا؛ لما تقدّم، وإن لم يخرجا من الثلث عُتق غانم ولم يُعتق سالم، وعلى مذهبنا مثل الأُولى سواء، يعتق غانم بالمباشرة، ولا يعتق سالم بالصفة.

الثالثة: إذا كان له ثلاثة أعبد: غانم وسالم وفائق، فقال لسالم وفائق: «متى أعتقت غانماً فأنتما حرّان» فقد جعل عتق غانم صفة لهما ثمّ أعتق غانماً في مرضه نظرت، فإن خرجوا من الثلث عتقوا كلّهم: غانم بالمباشرة وسالم وفائق بالصفة، وإن لم يخرجوا من الثلث عتق غانم. ثمّ نظرت، فإن لم يبقَ من الثلث لم يُعتق سالم ولا فائق، وإن بقي من الثلث شيء أُقرع بينهما. وعلى مذهبنا مثل ما قدّمناه سواء.

المسألة الرابعة: المسألة بحالها قال لسالم وفائق: «متى أعتقت غانماً فأنتما حرّان حين إعتاقي غانماً» فقد علّق إعتاقهم بحالة واحدة ثمّ أعتق غانماً في مرضه نظرت، فإن خرجوا من الثلث عُتقوا، وإن لم يخرجوا من الثلث عُتق غانم من الثلث. ثمّ ينظر فإن لم يبقَ من الثلث شيء فلا يعتق أحدهما. وإن بقي من الثلث شيء أُقرع بينهما وعندنا أنّ هذه مثل الأوّل سواء.

المسألة الخامسة: إذا قال لعبده سالم: «متى تزوّجت فأنت حرّ» فقد جعل التزويج صفة لعتق سالم ثمّ تزوّج في مرضه، فإن كان أصدقها صداق مثلها فإنّ مهرها يلزم من رأس المال ويُعتق سالم من الثلث. وإن أصدقها أكثر من مهر مثلها فقدر مهر مثلها من رأس المال والزيادة على ذلك يكون من الثلث إن كانت هي غير وارثة تستحقّ هي من الثلث؛ لأنّ تلك الزيادة وصيّة ولا وصيّة لوارث. ثمّ نظرت، فإن خرجا من الثلث ـ الزيادة وعتق سالم ـ فإنّه يُعتق سالم، وإن لم يخرجا

من الثلث تُدفع الزيادة إلى المرأة ولا يُعتق سالم. وعندنا أنّ تزويجه إذا كان صحيحاً بأن يدخل بها فلها المهر وسالم لا ينعتق بحال؛ لأنّه عتق بصفة، وقد بيّنّا أنّ ذلك لا يجوز.

المسألة السادسة: المسألة بحالها، فقال: «يا سالم متى تزوّجت فأنت حرّ حين تزويجي» نظرت، فإن أمهرها مهر المثل فإنّه يكون ذلك من رأس المال، ويعتق سالم من الثلث. وإن كان أمهرها أكثر من مهر المثل نظرت، فإن كانت الزيادة على مهر مثلها وقيمة سالم يخرجان من الثلث، فإنّه يعتق سالم وتدفع تلك الزيادة إلى المرأة. وإن لم يخرجا من الثلث فتلك الزيادة تقسّط بين المرأة وبين سالم.

وهذه المسائل كلّها قد بيّنّا أنّها لا تصحّ على مذهبنا إلّا عتق ما باشره، وما علّقه بصفة لا يصحّ، فإن كان ما باشره بنفسه يخرج من الثلث أُعتقوا، وإلّا ينعتق منه بقدر الثلث.

وأمّا العطيّة المؤخّرة: إذا أوصى بعتق أو أوصى بمحاباة دفعة واحدة نظرت، فإن لم يكن فيه عتق فإنّه يُسوّى بينهم؛ لأنّ حال استحقاق وجوبه واحدة وهو بعد الموت، فإن خرج كلّه من الثلث صحّ الكلّ، وإن لم يخرج من الثلث عندنا يقدّم الأوّل فالأوّل، فيدخل النقص على الأخير. وإن اشتبهوا أُقرع بينهم، وعند المخالف يقسّط عليهم. وإذا كان فيه العتق والتدبير فعندنا أنّه يقدّم العتق. وفيهم من وافقنا على ذلك، وفيهم من لم يقدّم.

وإذا جمع بينهم وكانت عطيّة منجّزة ومؤخّرة، فإنّ عندنا يقدم المنجّزة؛ وكذلك عند بعض من خالفنا[1] وفيهم من قال: لا يقدّم[2] وإنّما قلنا ذلك؛ لأنّ العطيّة سابقة فوجب تقديمها؛ ولأنّها لزمت من جهة المعطي، والمؤخّرة لم تلزم بعدُ.

إذا كان له عبدان، فقال لأحدهما: «إن متّ من مرضي هذا فأنت حرّ» وقال

---

(١) أحمد والشافعي، حكاه عنهما في المجموع ١٥: ٤٤٢. (٢) أبو حنيفة، المصدر السابق.

للآخر: «إن متّ فأنت حرّ» فهذان تدبيران تدبير مقيّد وتدبير مطلق، فإن لم يمت من ذلك المرض وبَرِئ بطل التدبير المقيّد. وإن مات بعد ذلك لم يُعتق ذلك العبد. وإن مات من ذلك المرض فإن خرجا من الثلث عُتقا وإن لم يخرجا من الثلث أُقرع بينهما.

ولو أوصى بثلث ماله لأهل بيته، قال ثعلب: أهل بيته هم الآباء والأجداد وبنو الآباء وبنو الأجداد، ولا يدخل تحته الأولاد[١]. والصحيح عندنا: أنّ الأولاد يدخلون فيه.

وإن أوصى بثلثه لذرّيّته قال ثعلب: ذرّيّته أولاده وأولاد أولاده وأولاد أولاده[٢]. وهذا صحيح. وإن قال: «أعطوا ثلث مالي لعترتي» قال ثعلب وابن الأعرابي: إنّ عترته ذرّيّته: أولاده وأولاد أولاده[٣]. وهذا هو الصحيح. وقال القُتيبي: أُمّته: هو عترته لقول أبي بكر: نحن عترة رسول الله ﷺ[٤].

إذا قال: «أعطوا ثلث مالي لأولاد فلان» فإنّه يدفع إلى أولاده للصلب، ولا يدفع إلى ولد ولده.

إذا قال: «أعطوا ثلث مالي إلى مواليّ» قيل: فيه ثلاثة أوجه، أحدها: تصحّ هذه الوصيّة لمولى الأعلى؛ لأنّ الإطلاق ينصرف إليه. والوجه الثاني: يستويان فيه مولى الأعلى ومولى الأسفل؛ لأنّ الاسم يتناولهما. والوجه الثالث: يبطل الوصيّة. والوجه الثاني أقرب.

إذا أوصى لرجل بعبد له، وكان له مال غائب أو أوصى بثلث ماله وكان له مال غائب، فإنّ هذه الوصيّة تصحّ؛ لأنّها وصيّة بثلث ماله. لكن لا يُدفع إلى الموصى له مع صحّتها؛ لأنّ من شرط صحّة الوصيّة أن يحصل للورثة مثلاً ما يحصل للموصى

---

(١) حكاه عن ثعلب ابن قدامة في المغني ٦: ٥٥٣.
(٢) لم نعثر على مأخذه.
(٣) حكاه عنهما ابن قدامة في المغني ٦: ٥٥٤.
(٤) انظر الكتاب المذكور.

له، وهاهنا ما سُلّم إلى الورثة شيء فلم يحصل لهم شيء. لكن هل يُسلّم إليه ثلث العبد أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يُسلّم إليه ثُلثه؛ لأنّه قد استحقّ هذا الثلث؛ لأنّه إن سُلّم مال الغائب فإنّه يستحقّ كلّ العبد، وإن لم يُسلّم له فالثلث من هذا قد استحقّه على كلّ حال. وهو الأقوى عندي.

والوجه الثاني: لا يُدفع إلى الموصى له شيء من العبد، لأنّ من شرط الوصيّة أن يبقى للورثة مثلا ما قد حصل للموصى له، وهاهنا ما حصل للورثة شيء ولم يكن للورثة الخيار.

[١]

فصل في ذكر الأوصياء

لا تصحّ الوصيّة إلّا إلى من جمع صفات خمسة: البلوغ والعقل والإسلام والعدالة والحرّيّة، ومتى اختلّ شيء منها بطلت الوصيّة.

وإنما راعينا البلوغ؛ لأنّ الصبيّ لا يجوز أن يكون وصيّاً لقوله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة عن الصبيّ حتّى يحتلم»[١] وفي بعضها «حتّى يبلغ»[٢] وإذا كان كذلك لم يكن لكلامه حكم، ومن كان كذلك لا يجوز أن يكون وصيّاً؛ ولأنّه مولّى عليه في نفسه فلا يجوز أن يكون وليّاً لغيره.

وراعينا العقل، لأنّ من ليس بعاقل ليس بمكلّف ومن لا يكون مكلّفاً لا يجوز أن يكون وصيّاً، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «رفع القلم عن المجنون حتّى يُفيق»[٣].

والإسلام لابدّ منه، لأنّ الكافر فاسق، والمسلم لا يجوز أن يوصي إلى كافر

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٢٠٦، و ٨: ٢٦٤.

(٢) عوالي اللآلئ ١: ٢٠٩/٤٨، والسنن الكبرى ٨: ٢٦٤.

(٣) السنن الكبرى ٨: ٢٦٤، والخصال ٩٣: ٤٠ و ١٧٥ / ٢٣٣.

ولا فاسق؛ لأنّهما ليسا من أهل أمانة والوصيّة أمانة.

فأمّا إن أوصى كافر إلى مسلم صحّت وصيّته، ووصيّة الكافر إلى الكافر، والذمّي إلى الذمّي. فإن كان غير رشيد في دينه فلا يصحّ أن يكون وصيّاً وإن كان رشيداً.

فهل يجب أن يكون أميناً أولا؟ قيل فيه وجهان: أحدهما يصحّ، والآخر لا يصحّ[١] لأنّه فاسق والفاسق لا يولّى الولاية.

ويجب أن يكون عدلاً؛ لأنّ الوصيّة أمانة ولا يؤتمن إلّا العدل.

والحرّية شرط؛ لأنّ المملوك لا يملك من نفسه التصرّف. وفيه خلاف[٢] وحكم المدبّر وأُمّ الولد والمكاتب والّذي نصفه حرّ حكم العبد سواء.

إذا ثبت أنّ هذه الخمسة أوصاف شرط في صحّة الوصيّة، فمتى تعتبر هذه الأوصاف؟ قيل: فيه ثلاثة أوجه:[٣]

أحدها حين وفاة الموصي؛ لأنّ نظره وتصرّفه تثبت بعد الوفاة، فعلى هذا تصحّ الوصيّة إلى عبد ومكاتب ومجنون ومدبّر وأُمّ ولد؛ لأنّه يجوز أن يكون حال الموت ممّن تصحّ الوصيّة إليهم.

ومنهم من قال: يعتبر في الحالين معاً حين الموت وحين الوصية في الطرفين معاً؛ لأنّ حال الوفاة حال ثبوت التصرّف وحال الوصيّة حال القبول، فوجب اعتبار الشروط فيهما. وهذا هو الأقوى.

وفي الناس من قال: يعتبر في عموم الأحوال، من حين الوصيّة إلى حين

---

(١) الوجه بالصحّة منسوب إلى أصحاب الرأي، وعدم الصحّة منسوب إلى أبي ثور، ولأصحاب الشافعي فيه وجهان، راجع الشرح الكبير ٦: ٥٩٦.

(٢) مالك يجوّز الوصيّة له مطلقاً، وأبوحنيفة قائل بالتفصيل بين عبد نفسه وغيره، راجع الحاوي الكبير ٨: ٣٣٠.

(٣) أورد الوجوه الثلاثة النووي في المجموع ١٥: ٥١١.

الوفاة؛ لأنّ في جميع هذه الأحوال يصحّ منه القبول والردّ. ومن التزم بالأوّل قال: لأنّه[١] لا يجوز القبول والردّ قبل الموت.

وأمّا المرأة: فيصحّ أن تكون وصيّة بلا خلاف، إلّا عطاء[٢] فإنّه لم يجزها.

الوصيّ إذا تغيّرت حاله نظرت، فإن كان تغيّر حاله بالكبر والمرض فإنّه يضاف إليه أمين آخر، ولا يخرج من يده، لأنّ الكبر والمرض لا ينافيان الأمانة، وإن كان تغيّر حاله بفسق أُخرجت الوصيّة من يده، لأنّ الفاسق لا يكون أميناً.

وأمّا الأعمى: فهل يصحّ أن يكون وصيّاً وأميناً؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: لا يصحّ؛ لأنّه ليس له نظر والوصيّة تفتقر إلى النظر[٣] والثاني: تصحّ؛ لأنّ شهادة الأعمى تقبل والعمى لا يمنع من الأمانة[٤].

فأمّا من يصحّ أن يوصى عليهم: فلا يخلو الورثة: إمّا أن يكونوا أولاداً أو غير أولاد، فإن كانوا غير أولاد ـ مثل الأب والجدّ والعمّ والأخ وابن العمّ وابن الأخ ـ فلا يصحّ أن يوصي عليهم، ويستنيب من ينوب عنه بالتولية عليهم، إلّا في قدر الثلث وقضاء الديون، سواء كانوا مولّى عليهم أو لم يكونوا كذلك. وليس له أن يوصي إلى من يلي عليهم؛ لأنّه لمّا لم يملك التولية عليهم في حال الحياة كذلك لا يملك أن يستنيب من ينوب عنه في حال موته.

وإن كان الورثة أولاداً نظرت، فإن كان له أب أو جدّ فليس له أيضاً أن يوصي إلى من يلي عليهم، إلّا في قدر الثلث وقضاء الديون؛ لأنّ الأب والجدّ لا يليان بتولية، ألاترى أنّ الحاكم لا يلي من اليتيم مع وجود الأب والجدّ، ويلي عليهم مع عدمهما؟

---

(١) خ: والتزم من قال بالأوّل أنّه.

(٢) ذكره في المجموع ١٥: ٥١٠.

(٣ و ٤) الأوّل مختار الشافعيّة، والثاني لأحمد وأصحابه كما في المجموع ١٥: ٥١٠.

وإن لم يكن له أب ولا جدّ فلا يخلو حال الأولاد من أحد أمرين: إمّا أن يكونوا كباراً، أو صغاراً.

فإن كانوا كباراً فلا يصحّ أن يوصي إلى من يلي عليهم أيضاً إلّا في قدر الثلث وقضاء الدين؛ لأنّه لا يلي على أولاده الكبار في حال حياته كذلك لا يملك أن يستنيب من ينوب عنه بالتولية عليهم، إلّا أن يكونوا بالخيار إن شاؤوا أجازوا ليقضي الدين والثلث من غير تركته، وإن شاؤوا يدفعون من عند أنفسهم، إلّا أن يكون قد أوصى بشيء من ماله بعينه وعيّن عليها، فحينئذٍ ليس لهم الخيار. وفي هذه الفصول ليس له أن يوصي إلى من يلي عليهم، إلّا في قدر الثلث وقضاء الدين.

وإن كان الأولاد صغاراً، فإنّه يصحّ أن يوصي إلى من يلي عليهم، لأنّه يملك التولية في حال الحياة وكذلك له أن يستنيب من ينوب عنه بعد وفاته. وأمّا إن كان بعضهم كباراً وبعضهم صغاراً، فإنّه يصحّ أن يوصي في حقّ الصغار ولا يصحّ في حقّ الكبار.

وإذا أوصى إلى رجلين فلا يخلو حال الموصي من ثلاثة أحوال: أحدها أن يكون أوصى إليهما وإلى كلّ واحد منهما، الثاني أوصى إليهما ونهى كلّ واحد منهما أن ينفرد بالتصرّف، الثالث إذا أطلق فقال: أوصيت إليكما.

فإذا أوصى إليهما وإلى كلّ واحد منهما فإنّه صحيح، فإن اجتمعا على التصرّف جاز، وإن انفرد أحدهما بالتصرّف جاز أيضاً، لأنّه مأذون في ذلك، كما لو وكّل وكيلين على الاجتماع والانفراد.

فإن تغيّر حال أحدهما نظرت، فإن كان تغيّره بمرض أو كبر فإنّ الحاكم يضيف إليه أميناً ليقوّي يده ويكون الوصيّ كما كان، ويكون هذا الأمين معيناً معه يعاونه في تصرّفه. وإن كان تغيّر حاله بموت أو فسق أو جنون بطل تصرّفه. وليس للحاكم أن يقيم مقامه وصيّاً آخر؛ لأنّه إذا كان للموصي وصيّ فليس للحاكم أن

ينصب وصيّاً آخر؛ لأنّ الموصي قد رضي بتصرّف واجتهاد الّذي لم يتغيّر حاله.

الثاني: إذا أوصى إليهما ونهى كلّ واحد منهما أن ينفرد بالتصرّف، فإنّ هاهنا إن اجتمعا على التصرّف صحّ، وإن انفرد أحدهما بالتصرّف لم يصحّ ذلك وتصرّفه مردود؛ لأنّ الموصي لم يرض باختياره وتصرّفه وحده. فإن تغيّر حال أحدهما فليس للّذي بقي ولم يتغيّر أن يتصرّف، وللحاكم أن يقيم مقامه آخر ينضاف إلى الّذي بقي ليتصرّفا.

فإن رأى الحاكم أن يفوّض النظر والتصرّف كلّه إلى الّذي لم يتغيّر حاله وحده هل له ذلك أم لا؟ قيل: فيه وجهان[١] أحدهما: له ذلك، ويكون وصيّاً للموصي وأميناً للحاكم[٢]. والوجه الثاني: لا يصحّ؛ لأنّ الموصي لم يرض باجتهاده وحده[٣].

فإن تغيّر حالهما جميعاً، فإنّ الحاكم يقيم مقامهما رجلين أمينين، فإن أراد أن يقيم مقامهما رجلاً واحداً فهل له ذلك أم لا؟ قيل: فيه وجهان، على ما مضى[٤] وهذان الفصلان لا خلاف فيهما.

الثالث: إذا أطلق، فقال: «أوصيت إليكما» فإنّ الحكم في هذا الفصل كالحكم في الفصل الثاني إذا أوصى إليهما ونهى كلّ واحد منهما أن يتصرّف وينفرد بتصرّفه في جميع الأشياء. وقال أبو يوسف: يجوز لكلّ واحد منهما ذلك[٥].

وإذا تشاحّ الوصيّان وكانت الوصيّة إلى كلّ واحد منهما مجتمعاً ومنفرداً قُسم بينهما التركة قسمة المقاربة لا قسمة العدل، وضربت السهام وجعل في يد كلّ واحد منهما نصفه ليتصرّف فيه. ولا ينقطع تصرّف كلّ واحد منهما عمّا في يد صاحبه.

---

(١) خ: قولان.

(٢ و٣) الأوّل لأصحاب الشافعيّة، والثاني للحنبليّة كما في الشرح الكبير ٦: ٥٨٢، وجاء الوجهان في الحاوي الكبير ٨: ٣٣٧ أيضاً.

(٤) راجع المصدرين السابقين.

(٥) كما في المغني لابن قدامه ٦: ٥٦٩. والحاوي الكبير ٨: ٣٣٧.

وأمّا إذا كانت الوصيّة مطلقة فلا تجوز القسمة. وكذلك إذا كانت الوصيّة تتضمّن نهي كلّ واحد منهما عن الانفراد بالتصرّف. وفي الناس من قال: إذا كانت الوصيّة مطلقة جاز أن يقسم التركة ويحفظ كلّ واحد منهما نصيبه تحت يده وحرزه ويجتمعا على التصرّف ولا ينفرد أحدهما به[١].

وقد ذكرنا أنّ الجدّ أولى بالتولية. فإذا أوصى إلى رجل وكان له أب يعني جدّ المولّى عليه فلا تصحّ الوصيّة عندنا. وفيهم من قال: تصحّ الوصيّة إلى أجنبيّ مع وجود الجدّ[٢].

إذا مات الرجل وخلف أطفالاً ومعهم الأُمّ، فإنّ الأُمّ لا تلي بنفسها على الأطفال إلّا أن يكون الأب أوصى إليها. وقال بعضهم: لها أن تلي بنفسها[٣].

رجل له أطفال ومعهم الأُمّ، فأوصى إلى رجل لينظر في مال الأطفال مع وجود أُمّهم، قال من أجاز لها التولّي بنفسها: إنّ الوصيّة باطلة؛ لأنّها أولى[٤]. وعندنا أنّها صحيحة؛ لأنّا بيّنّا أنّه ليس لها ذلك؛ لأنّه لا دلالة عليه.

امرأة لها أطفال، فأوصت إلى رجل بالنظر في أموال أطفالها، فمن قال: لها الولاية بنفسها[٥] قال: وصيّتها إلى الأجنبيّ صحيحة؛ لأنّها تلي بنفسها، كما لو أوصى الأب إلى رجل كذلك هي مثله. وعندنا أنّ الوصيّة تبطل، لأنّها لا تملك شيئاً.

رجل أوصى بجارية لرجل فأتت بولد مملوك إمّا من زنا أو من زوج شرط عليه عندنا ـ وعندهم و إن لم يشرط ـ فهل ذلك المملوك للموصى له أم لا؟ نظرت، فإن أتت به بعد الوصيّة وقبل موت الموصي فإنّ الولد للموصي؛ لأنّها أتت به على ملكه. وإن أتت به بعد موت الموصي وبعد القبول فيكون الولد والجارية للموصى

---

(١) منهم أبو سعيد الاصطخري وأبو عليّ بن أبي هريرة كما في الحاوي الكبير ٨: ٣٣٨.

(٢) منهم أبو حنيفة كما نقله عنه في الحاوي الكبير ٨: ٣٣٤.

(٣) منهم أبو سعيد الاصطخري كما نقله عنه في الحاوي الكبير ٨: ٣٣٣.

(٤) راجع المصدر السابق.

(٥) تقدّم عن أبي سعيد الاصطخري.

له. وإن أتت به بعد موت الموصي وقبل القبول، قيل: فيه قولان مبنيّان على القولين، فمن قال: الموصى له يملك بالموت والقبول، فإنّ الولد يكون للوارث. ومن قال: إنّه مراعى، فإن قبل تبيّنّا أنّه بالموت ملكه فإنّ الولد يكون للموصى له.

فرع: على هذا لو أوصى لرجل بجارية ولا مال له غيرها ولم تخرج من الثلث فاستحقّ الموصى له ثلث الجارية بالوصيّة، فإن أتت بولد من زوج أو من زنا من بعد موت الموصي وقبل القبول بُنيت على القولين، فمن قال: إنّ الموصى له يملك بالموت والقبول، فإنّ الولد لورثة الموصي. ومن قال: هو مراعى، فإن قبل تبيّن أنّه بالموت ملك فإنّ الموصى له يملك من الولد ثلثه كما يملك من الأُمّ ثلثها؛ لأنّه نماؤها. وعلى القولين جميعاً إنّ النماء لا يضمّ إلى ثلثي الورثة، ويحسب على الورثة ليتوفّر على الثلث، لأنّ الموصي مات ولم يخلف النماء على ملكه.

رجل أوصى إلى رجل بجهة من الجهات فليس له أن يتصرّف في غير تلك الجهة، مثل أن يوصي إليه في تفرقة الثلث على المساكين والفقراء، أو يوصي إليها بردّ الوديعة فإنّه ليس له أن يتصرّف في غيره، وفيه خلاف[1] وإنّما قلنا ذلك؛ لأنّه لا دليل عليه في جواز تصرّفه في غير ما أُسند إليه.

رجل له جارية حبلى فأعتقها في مرضه المخوف فإنّها تعتق، ويسري العتق إلى الحمل؛ لأنّه كالجزء منها. ثمّ ينظر، فإن خرجت من الثلث عتقت هي وعتق حملها، وإن لم يخرجا من الثلث كأنّه لا مال له إلّا هي، فإنّه يعتق ثلثها ويرقّ ثلثاها، ومن الحمل ثلثه يعتق ويرقّ ثلثاه وكيف يقوّم؟

قال قوم: تُقوّم الجارية حاملة مع ولدها. وهو الصحيح؛ لأنّ الحمل جزء منها. وقال آخرون: تقوّم الجارية حاملة والولد إذا انفصل؛ لأنّهما شخصان كالعبدين

---

(١) قال الشافعي وأحمد بن حنبل: لا يجوز تجاوزه عمّا أوصى به، وأبو حنيفة يقول: يصير وصيّاً في كلّ ما يملكه الموصي. راجع المجموع ١٥: ٢١٤.

والأمتين. فعلى هذا يقال: كم كانت قيمة الجارية حين أعتقها حبلى؟ قالوا: مائة، كم كان قيمة الولد منفصلاً؟ قالوا: مائة، فيصير مائتين، فإن كان ثلث ماله مائتين أُعتقا معاً وإن كانت ثلثه مائة عتق من كلّ واحد منهما بحسابه.

وإنّما لم تقوّم الجارية إذا انفصل الولد، لأنّ الحبل نقص في بنات آدم وزيادة في البهائم وقيمتها حبلى أقلّ من قيمتها إذا وضعت، فلو قُوّمت بعد الوضع لأضرّ بالورثة.

ولا يقرع بين الأمة والولد كما قلنا في العبدين إذا أُعتقا ولم يخرجا من الثلث؛ لأنّ العبدين أصلان كلّ واحد منهما أصل وهاهنا الولد تبع للأُمّ.

وذلك مثل أن يكون جارية بين رجلين، فكاتباها، فوطئ أحدهما وأحبلها ثمّ عجزت نفسها، ففسخ الكتابة، فإنّ نصف الجارية هي أُمّ ولد له، ونصف الولد صار حرّاً ونصفه مملوكاً. فإن كان معسراً لم يقوّم عليه، وإن كان موسراً قُوّم عليه. وكيف تقوّم؟ على القولين: أحدهما تقوّم حبلى مع الولد، والثاني تقوّم هي حبلى والولد إذا انفصل.

رجل له جارية حبلى بمملوك فأعتق حملها في مرضه المخوف، ثمّ أعتقها هي نظرت، فإن خرجا من الثلث عتق الحمل؛ لأنّه يقدّم في العتق الأسبق وتعتق الأُمّ بعده فيعتقان جميعاً. وإن لم يخرجا من الثلث، فإن كان قيمة الولد قدر الثلث يعتق الولد وترقّ الأُمّ. ولا يقرع بينهما؛ لأنّ الولد أسبق. ولو كان قيمة الولد أكثر من الثلث فإنّه يعتق منه بقدر الثلث ويرقّ الباقي. وإن كان قيمته أقلّ من الثلث فيعتق الولد ويعتق من الأُمّ بقدر ما بقي من الثلث.

فإن أتت بولدين توأمين نظرت، فإن خرجوا من الثلث عتقوا كلّهم، وإن خرج الولدان عتقا وترقّ الأُمّ. وإن لم يخرجا من الثلث أُقرع بينهما؛ لأنّهما توأمان وجمع عتقهما كالعبدين سواء.

المسألة بحالها فأتت بثلاثة أولاد، فإن خرجوا من الثلث عتقوا كلّهم الأُمّ والأولاد، وإن خرج الأولاد من الثلث عتقوا ورقّت الأُمّ، وإن خرج الولدان من الثلث اقرع بينهم.

وكيف يقرع؟ على وجهين، أحدهما: أنّه يُكتب ثلاث رقاع: رقعتين بالحرّيّة وواحدة بالرقّ، فمن خرجت باسمه رقعة الحرّيّة عتق. والوجه الثاني: أنّه يُكتب رقعتان: إحداهما بالحرّيّة والثاني بالرقّ، فمن خرج باسمه رقعة الرقّ رقّ صاحبها ويعتق الآخران. وإن خرجت رقعة الحرّيّة يعتق هذا الّذي خرجت له، ويكتب رقعتان أُخريان بالحرّيّة والرقّ فمن خرجت رقعته بالحرّيّة عتق.

جارية له حبلى، فقال: «متى أعتقت نصف حملك فأنت حرّة» فإنّه جعل عتق نصف حملها صفة لعتقها ثمّ قال: «نصف حملك حرّ» نظرت، فإن خرجا من الثلث عتق نصف الحمل بالمباشرة وعتقت الأُمّ بالصفة وعتق النصف الباقي من الحمل بالسراية؛ لأنّ الحمل إذا أُعتق نصفه سرى إلى الباقي فقد حصل عتقهم في حالة واحدة.

فأمّا إذا لم يخرجا من الثلث، ففيه مسألتان:

إحداهما: يقال: كم قيمة الثلث؟ فقالوا: مائة، وقيمة الحمل مائة وقيمة الأُمّ خمسون، فلمّا عتق نصف الحمل فقد خرج نصف الثلث، بقي من الحمل نصفه وهو خمسون، فيكون الخمسون بين الحمل وقيمة الأُمّ أُقرع بينهما، فإن خرجت القرعة للحمل عتق الحمل كلّه ورقّت الأُمّ، وإن خرجت القرعة على الأُمّ لم يعتق كلّها لكن يسوّى بينها[1] وبين الحمل، يكون ذلك الخمسون نصف يضاف إلى الحمل، ويعتق من الأُمّ نصفها خمسة وعشرون، فكأنّه عتق من الحمل ثلاثة أرباعه ومن الأُمّ نصفها وهو خمسة وعشرون بالقيمة؛ لأنّه ينبغي أنّ كلّ جزء يعتق من الأُمّ

(١) اكثر النسخ: بينهما.

يعتق من الحمل مثله. وعندنا لا ينعتق إلّا ما باشره بالعتق وما علّقه بصفة باطل ويسري العتق إلى النصف الآخر.

المسألة الثانية: كانت قيمة الأُمّ مائة والثلث مائة وقيمة الحمل مائة، فأعتق نصف الحمل، يعتق نصفه بالمباشرة، بقي من الحمل خمسون. ثمّ يقرع بينهم[١] فإن خرجت القرعة على الحمل عتق كلّه ورقّت الأُمّ، وإن خرجت القرعة على الأُمّ لم يعتق الكلّ لكن يسوّى بينهما ذلك الخمسون، ويعتق من الأُمّ ثلثها ومن الحمل نصف الثلث، صار يعتق من الحمل ثلثاه ومن الأُمّ ثلثها. وعندنا مثل الأُولى سواء.

إذا أوصى إلى غيره، **فهل للوصيّ أن يوصي إلى غيره أم لا؟** قيل: فيه ثلاث مسائل:

أحدها: إذا أطلق فقال: «أوصيت إليك» ولم يقل «فإذا متّ أنت فوصيّي فلان» ولا قال: «فمن أوصيت إليه فهو وصيّي» فإنّ هذا له أن يوصي إلى غيره. وفي أصحابنا من قال: ليس أن يوصي[٢] وفيه خلاف[٣].

المسألة الثانية: إذا قال: «أوصيت إليك فإذا متّ أنت فوصيّي فلان» فإنّ هذه وصيّة صحيحة؛ لأنّهما وصيّتان رتّبت إحداهما على الأُخرى. وليس فيه خلاف، ودليله تولية النبيّ ﷺ من أنفذه إلى غزاة مؤتة؛ لأنّه قال: إن قتل فلان ففلان، على الترتيب[٤].

المسألة الثالثة: إذا قال: «أوصيت إليك فمن أوصيت إليه فهو وصيّي» قال

---

(١) كذا، والظاهر: بينهما.

(٢) كالشيخ المفيد في المقنعة: ٦٧٥، والحلبي في الكافي: ٣٦٦، وسلّار في المراسم: ٢٠٤.

(٣) قال أبوحنيفة: لو أنّ رجلاً أوصى إلى رجل فمات الموصى إليه فأوصى إلى آخر، هذا الآخر وصيّ الرجلين جميعاً، وكان ابن أبي ليلى يقول: هذا الآخر وصيّ الّذي أوصى إليه ولا يكون وصيّاً للأوّل. وللشافعيّة فيها قولان. راجع تفصيل الأقوال إلى المجموع ١٥: ٥١٧ ـ ٥١٨.

(٤) راجع إلى تفصيل الواقعة السيرة النبويّة لابن هشام ٤: ١٥، و تاريخ اليعقوبي ٢: ٦٥.

قوم: إنّها تصحّ[١] وقال آخرون: لا تصحّ[٢] وفيها خلاف[٣]. والأقوى عندي: أنّها تصحّ، وإنّما لا يصحّ ما يقول أبوحنيفة: من أنّ الوصي إذا أوصى في أمر أطفال نفسه لا يدخل في ذلك التصرّف في أطفال الموصى إليه، وعند أبي حنيفة تصحّ؛ لأنّها لا تتبعّض[٤].

إذا قال: «أوصيت إليك ومتى أوصيت إلى فلان فهو وصيّي» كانت صحيحة. وفي الناس من قال: لا يصحّ[٥].

[٢]

فصل في ما يجوز للوصيّ أن يصنعه في أموال اليتامى

يجب على الوصيّ أن يخرج من مال اليتيم جميع ما يتعلّق به.

فأمّا الفطرة: فلا تجب عليه. وقال قوم: تجب[٦] وعلى الأوّل إجماع الفرقة وكذلك لا زكاة في أموالهم الصامتة، وإنّما تجب في الغلّات والمواشي، وعلى الوصيّ إخراجها منها. وقد مضت في الزكاة والخلاف فيها.

وأمّا جنايته: فإن جنى جناية نظرت، فإن كانت الجناية على مال، فإنّه يلزمه في ماله ويخرج من ماله. وإن كانت الجناية على النفس فلا يخلو: أن تكون عمداً أو خطأ، فإن كانت خطأً فالدية تجب على عاقلته منجّزاً، ويجب في ماله الكفّارة. وإن كان عمداً فعندنا: أنّ عمد الصبيّ وخطؤه واحد، فيلزم أيضاً العاقلة. وفيهم من قال: عمده عمد[٧] غير أنّه لا يوجب القَوَد، وإنّما يجب به الدية مغلّظة في ماله؛ لأنّه غير مكلّف. والكفّارة أيضاً في ماله.

وأمّا النفقة: فإنّه ينفق عليه بالمعروف، فإن أنفق عليه أكثر من المعروف، فإنّ

(١ ـ ٣) راجع إلى المجموع ١٥: ٥١٧، والحاوي الكبير ٨: ٣٤٢.

(٤) لم نظفر به.

(٥) هو بعض أصحاب الشافعيّة كما في المجموع ١٥: ٥١٨.

(٦) الماوردي في الحاوي الكبير ٨: ٣٤٦.

(٧) نقل القولين الماوردي في الحاوي الكبير ٨: ٣٤٧، ولم يرجّح

تلك الزيادة يضمن الوصيّ لأنّها غير مأذون فيها. فإن بلغ الصبيّ وادّعى بأنّه أنفق أكثر من المعروف نظرت، فإن كان ذلك القدر معروفاً ويعلم أنّه أنفق أكثر ممّا ينفق بالمعروف فإنّه يضمن، وإن كان معروفاً ولم يعلم ذلك القدر أنّه أنفق، فالقول قول الوصيّ مع يمينه؛ لأنّه أمين.

فإن اختلفا في المدّة، فقال الصبيّ: «أنفقت خمس سنين؛ لأنّ أبي مات مُذ خمس سنين» وقال الوصيّ: «أنفقت عشر سنين» فالقول قول الصبيّ؛ لأنّ الأصل أن لا موت.

وأمّا التزويج: فليس للوصيّ أن يزوّجه؛ لأنّه ليس من أهله، وربّما اتّهم. وكذلك ليس له أن يزوّج الصغيرة الّتي يلي عليها؛ لأنّ ولاية النكاح لا تستفاد بالوصيّة.

إذا ثبت هذا، فإن بلغ هذا الصغير نظرت، فإن بلغ رشيداً[1] فإنّه يدفع إليه ماله وبطل ولاية الوصيّ، وإن بلغ غير رشيد نظرت، فإن كان مجنوناً فالحكم فيه كالحكم في الصبيّ سواء، وإن كان غير مجنون غير أنّه كان سفيهاً ـ سواء كان غير رشيد في ماله أو غير رشيد في دينه ـ فإنّه لا ينفكّ الحجر عنه بالبلوغ بلا خلاف، ويكون ولاية الوصيّ على ما كانت في جميع الأشياء. ويجب عليه الزكاة ويخرج عنه الوصيّ.

وإن جنى جناية فإن كانت الجناية على مال فإنّه يخرج ممّا في يديه[2] ويلزم في ماله. وإن كانت الجناية على النفس فإن كانت خطأ فالدية على عاقلته والكفّارة في ماله. وإن كانت عمداً فإنّه يقاد به، لأنّه مكلّف إلّا ان يعفو عنه فإنّه يجب في ماله.

وأمّا التزويج: فإن كان لا يحتاج إليه فإنّه لا يزوّجه، وإن احتاج إليه بأن خشي أن يقع في الزنا، فإنّه يزوّجه حتّى لا يزني بعده؛ لأنّ [illegible]

---

١) في: فإن بلغ هذا [illegible]

ولا يزوّجه أكثر من واحدة؛ لأنّ فيها كفاية. وإن طلّقها فالطلاق يقع، فإن كان مطلاقاً فلا يزوّجه، لكن يسرّيه لأنّه ليس فيه أكثر من أن يحبلها، ولا يسرّيه أكثر من واحدة؛ لأنّها كفايته.

وأمّا نفقته: فإنّه ينفق عليه بالمعروف، فإن أنفق أكثر من ذلك كان ضامناً للزيادة. وإن كان ممّن يتلف الطعام الرطب ويرميه ويفسده فإنّه يجلس ويطعمه.

وأمّا الكسوة: فإنّه ينظر، فإن كان ممّن لا يخرق، إذا خُلق وبَلي فإنّه يلبسه الجديد. وإن كان ممّن يخرق السَلَب[1] فإنّه يلبسه إذا أخرج ويحفظه، فإذا رجع إلى البيت نزع عنه، ويدع إليه إزاراً بأتزر به.

إذا قال: «أعطوا فلاناً كذا وكذا» فإنّ هذه وصيّة بشيئين، كما قلناه في الإقرار ويرجع إليه بما يفسّره فبأيّ شيء فسّره يلزمه ذلك. وكذلك إذا قال: «لفلان كذا وكذا ديناراً» يلزمه ديناران وفيهم من قال: يلزمه دينار واحد وشيء واحد[2]. وهذا فاسد؛ لأنّه لا يعطف الشيء على نفسه، فإذا ثبت هذا في الإقرار فالوصيّة مثل ذلك وقد قلنا في الإقرار: أنّ الإقرار بكذا وكذا ديناراً أنّه يكون أحد وعشرين ديناراً، وفي الوصيّة مثل ذلك.

فإن قال: «كذا وكذا ديناراً من دنانيري» نظرت، فإن كان له دنانير فإنّه يدفع إليه ما قلناه على الخلاف، فإن لم يكن له دنانير فالوصيّة تبطل.

إذا قتلت أُمّ الولد مولاها فإنّها تنعتق عند المخالف من رأس المال. وعندنا من نصيب ولدها إذا كان ولدها باقياً، وإن لم يكن ولدها باقياً تكون رقّاً لباقي الورثة.

والمدبّر إذا قتل مولاه، فمن قال: إنّ التدبير عتق بصفة، قال: ينعتق، ومن قال: إنّ التدبير وصيّة ـ وهو مذهبنا ـ يبنيه على القاتل، فمن قال: الوصيّة للقاتل تصحّ،

---

(١) كذا، والمقصود منه اللباس الجديد، لكن في اللغة: السَلَب: ما يُسلب من المقتول، والسِلاب: ثوب الحزن والمأتم.

(٢) راجع الحاوي الكبير ٨: ٣٥٣.

قال: إنّه يعتق، ومن قال: لا تصحّ الوصيّة للقاتل، فلا ينعتق. هذا إذا خرج من الثلث فأمّا إذا لم يخرج من الثلث فلا ينعتق بحال.

مَن له الدين إذا قتل مَن له عليه الدين والدين كان مؤجّلاً فيحلّ بموته؛ لأنّ الأجل كان حقّاً لمن عليه الدين فلمّا مات تعجّل حقّه؛ لأنّه يؤدّي دينه ويُبرأ، وحظّه في تعجيل أداء ما عليه لتُبرأ ذمّته[1].

الوصيّ هل تُقبل شهادته للموصي؟ نظرت، فإن كان وصيّاً في تفرقة شيء بعينه ويكون ثلث المال موجوداً في الحال فإنّه تقبل شهادته له؛ لأنّه غير متّهم ولا يجرّ إلى نفسه.

وإن كان وصيّاً في تفرقة مشاع أو يكون وصيّاً في جميع مال اليتيم، لا تُقبل شهادته؛ لأنّه يثبت بهذا تصرّفاً ويجرّ إلى نفسه نفعاً فهو متّهم في هذه الحال. وكذلك إذا أوصى إليه بتفرقة شيء بعينه ولم يخرج من الثلث؛ فإنّه لا يقبل شهادته، لما ذكرناه من التهمة.

إذا أوصى لعبد نفسه أو لعبد ورثته صحّت الوصيّة عندنا؛ لأنّ الوصيّة للوارث صحيحة. وقال المخالف: لا تصحّ في الموضعين؛ لأنّ مال العبد لمولاه والوصيّة للوارث لا تصحّ. وإن أوصى لمكاتبه فإنّ الوصيّة صحيحة بلا خلاف. وهكذا إن أوصى لمكاتب ورثته، فإنّها تصحّ بلا خلاف.

وأمّا الوصيّة للمدبّر نظرت، فإن خرج من الثلث صحّت له الوصيّة بلا خلاف، وإن لم يخرج من الثلث لم تصحّ. وأُمّ الولد تصحّ له الوصيّة بلا خلاف، فعندنا لأنّ الوصيّة للعبد جائزة، وعندهم لأنّها تنعتق بالموت.

وأما الوصيّة لعبد الغير من الأجانب، فإنّ عندنا لا تصحّ على ما روي[2] وعند

---

(١) لم نعلم الوجه في ذكر هذه المسألة في الوصيّة؟ ومثله كثير في هذا الكتاب.
(٢) التهذيب ٩: ٢١٦ / ٨٥٢.

المخالف تصحّ كما لو أوصى لسيّده ولكنّ العبد يقبل؛ لأنّه مضاف إليه. وهل يفتقر إلى إذن السيّد في القبول أم لا؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما لا يفتقر، والثاني يفتقر. قالوا: والأوّل أصحّ؛ لأنّه بمنزلة الاحتشاش والاحتطاب.

إذا أوصى بثلث ماله فمتى يعتبر إخراج الثلث؟ قال قوم: الاعتبار بإخراج الثلث وقت لزومها وهو بعد الوفاة[١] وهو الصحيح. ومنهم من قال: يعتبر حال الوصيّة حين أوصى[٢] فإذا ثبت هذا، فإن كان له مال فإنّه يصحّ وتلزم الوصيّة بالموت، وإن لم يكن له مال حين الوصيّة ثمّ وجد مالاً بعد ذلك، فإنّه يلزم الوصيّة فيه بهذه الصفة. وهكذا إن كان له مال فزاد حال اللزوم والوفاة، فإنّه تلزم الوصيّة في جميعه.

ومن قال: يعتبر حال الوصيّة، فإن كان له مال فإنّه تلزم الوصيّة. وإن لم يكن له مال ثمّ ظهر له بعد الوصيّة، فإنّ الوصيّة تبطل في المال الّذي ظهر. وهكذا إن كان له مال ثمّ زاد بعد الوصيّة، فإنّ الوصيّة لا تثبت في الزيادة.

وإذا أوصى ببناء مسجد أو بناء سقاية أو أوصى بالوقف على المسجد والسقاية فإنّه يصحّ؛ لأنّه قربة. فأمّا إن أوصى بثلث ماله لأهل الذمّة وأهل الحرب، فإنّه تصحّ لهم عند المخالف[٣]. وعندنا يصحّ للذمّي إذا كانوا أقاربه.

ولو أوصى ببناء كنيسة وبيعة لم تصحّ بلا خلاف، لأنّ دعاءهم وصلاتهم فيها ضلالة وكفر وبدعة.

وأمّا إن أوصى ببناء بيت ليسكن فيه المجتازون من أهل الذمّة صحّت؛ لأنّها منفعة والوصيّة بالمنفعة لهم صحيحة. وعندنا أيضاً صحيحة؛ لأنّه ربّما سكنها

---

(١) منهم أبو حنيفة وأكثر البصريّين كما في الحاوي الكبير ٨: ١٩٦، والمجموع ١٥: ١٤٣.

(٢) مالك وأكثر البغداديّين كما في المصدرين السابقين.

(٣) هو مذهب الشافعيّة، راجع الحاوي الكبير ٨: ١٩٣، والمجموع ١٥: ٤١٥.

المجتازون من المسلمين.

وإن أوصى بقناديل الكنيسة والسُرُج فيها وفي البِيَع نظرت، فإن كان يراد للتعظيم وتكريم البيعة فلا تصحّ. وإن أراد به الضوء والانتفاع فإنّه يصحّ.

وإن أوصى بكتب التوراة والإنجيل كانت الوصيّة باطلة؛ لأنّهم بدّلوها وغيّروها، وما كان كذلك لا تصحّ الوصيّة به.

إذا أوصى لميّت كانت باطلة، سواء علم أنّه ميّت أو ظنّ أنّه حيّ وكان ميّتاً. وفيه خلاف[١].

من ليس له وارث لا قريب ولا بعيد ولا مولى نعمة ولا حامي جريرة لا يصحّ أن يوصي بجميع ماله. وفيه خلاف[٢].

تصحّ الوصيّة للذمّي إذا كانوا أقاربه ولا تصحّ لأهل الحرب. وفيه خلاف[٣].

إذا أُوصي إليه أو أُوصي له، من الناس من قال: ليس له القبول إلّا بعد الموت في هذين الفصلين[٤]. وأمّا إن كان أُوصي إليه قيل: فيه وجهان، منهم من قال: له أن يقبل قبل الموت في حال حياته[٥] ومنهم من قال: ليس له إلّا بعد الوفاة[٦]. فمن قال: له أن يقبل حال حياته فقبل فله الردّ بكلّ حال سواء كان في وجه الموصي أو غيبته. وقال قوم: إن ردّ في حال حياته فليس له أن يردّه إلّا في وجهه وإن كان غائباً حين يبلغه ويعلمه. وإن كان بعد الموت فليس له الردّ إلّا بعجز أو خيانة أو إقرار بالخيانة[٧]. وعندنا: ليس له أن يردّ بعد الموت، وله أن يردّ في حال الحياة إذا

---

(١) قال أبو حنيفة والشافعي: لا تصحّ، وقال مالك: تصحّ وهي لورثته كما في المغني لابن قدامة ٦: ٤٣٦، والشرح الكبير ٦: ٤٩٦.

(٢) الخلاف من حيث القول بالصحّة وعدمها منقول منهم في المجموع ١٥: ٤١١.

(٣) راجع الحاوي الكبير ٨: ١٩٣، والمجموع ١٥: ٤١٦.

(٤) هو ظاهر كلام ابن قدامة في المغني ٦: ٥٧٤.

(٥ و٦) راجع لتفصيل الأقوال إلى المغني لابن قدامة ٦: ٥٧٤.

(٧) راجع المغني لابن قدامة ٦: ٥٧٤.

علم[١] سواء كان في وجهه أو لم يكن. وفيه خلاف ذكرناه في الخلاف[٢].

رجل باع كرّ طعام قيمته اثنا عشر ديناراً بكرّ شعير قيمته ستّة دنانير فقد حابا بنصف ماله، وليس له المحاباة بأكثر من الثلث، فالوجه في هذا أن يفسخ السدس من كلّ طعامه، قيمته ديناران، ويردّ إلى الورثة، فيحصل للورثة كرّ شعير قيمته ستّة دنانير و سدس الطعام قيمته ديناران فيحصل معهم ثمانية دنانير: ثلثا المال، وحصل مع المشتري خمسة أسداس الكرّ من الطعام قيمته عشرة دنانير وله ستّة دنانير قيمة الكرّ الشعير، فحصل له أربعة دنانير بالمحاباة.

هذا على مذهب من أجاز التفاضل بين الحنطة والشعير[٣] فأمّا على ما نذهب إليه من المنع من ذلك فلا يصحّ. والوجه في ذلك: أن يفسخ البيع في ثلث كرّ من الطعام وثلث كرّ من الشعير فيحصل للموصى له ثلثا كرّ من الطعام قيمته ثمانية دنانير بثلثي كرّ من الشعير قيمته أربعة دنانير، ويحصل معه من فضل القيمة أربعة دنانير وهو قدر الثلث، ويحصل مع الورثة ثلثا كرّ من الشعير وثلث كرّ من الطعام.

إذا باع كرّ طعام جيّد بكرّ طعام رديء، وكان قيمة الجيّد اثني عشر ديناراً وقيمة الرديء ستّة دنانير، فقد حابى بنصف ماله هاهنا. ولا يمكن أن يفسخ السدس من الطعام الجيّد؛ لأنّا إن فسخنا في الطعام الجيّد لكان بيع الطعام بالطعام متفاضلاً وذلك لا يصحّ. وفي الأوّل يمكن؛ لأنّ الجنسين مختلفان عند من أجازه.

وعندنا أنّ الوجه في هذه ما قلناه في المسألة الأُولى سواء، وهو أن يفسخ الثلث في الطعام الرديء، ويفسخ الثلث في الطعام الجيّد، فيدفع ثلث الطعام الجيّد إلى الورثة، ويدفع ثلثا الطعام رديء إليهم وقيمة ذلك أجمع ثمانية دنانير وهو ثلثا

---

(١) تقدّم في ص٢٣٨ أنّه لا حكم لردّ الموصى له قبل وفاة الموصي، وهو مثل العفو عن الشفعة قبل البيع، فراجع.

(٢) الخلاف ٤: ١٤٨، المسألة ٢١.

(٣) كالشافعي على ما في الحاوي الكبير ٥: ٨١.

تركة الميّت، ويدفع إلى الموصى له ثلث الطعام الرديء قيمته ديناران وثلثا الطعام الجيّد ثمانية دنانير، يكون عشرة: له قيمة طعامه ستّة دنانير، وأربعة دنانير قدر المحاباة.

إذا باع في مرضه عبداً قيمته مائتان بمائة، فقد حابا بنصف عبده، فلا يخلو حاله من أحد أمرين: إمّا أن يبرأ أو لا يبرأ، فإن برئ فقد لزم البيع، لأنّ العطايا المنجّزة تلزم في حقّ المعطي. فإن لم يبرأ أو مات فلا يخلو حاله من أن يكون قد خرج من الثلث أو لم يخرج:

فإن خرج من ثلثه ـ مثل أن يكون له مائة دينار أُخرى ـ فالورثة يأخذون المائة وثمن العبد مائة، فيلزم البيع؛ لأنّه خرج من الثلث.

وإن لم يخرج من الثلث ـ مثل أن يكون لا مال له غيره ـ فإنّه يلزم البيع في نصف العبد ما هو في مقابلة نصف ثمن مثله وفي ثلثه بالمحاباة؛ لزم في الجملة البيع في خمسة أسداس العبد ولم يلزم في سدس العبد. والورثة بالخيار إن شاؤوا أجازوا السدس، فإن أجازوه لزم البيع في الكلّ، وإن لم يجيزوه يقال للمشتري: «قد تبعّضت عليك صفقتك، ولك الخيار إمّا أن تختار ما لزم في العبد وهو خمسة أسداس، وإمّا أن تفسخ» فإن اختار المقام يكون العبد بينهم، للمشتري خمسة أسداس وللورثة سدسه، وإن اختار الفسخ، فإنّه يسترجع المائة الّذي دفعه، ويحصل العبد للورثة.

فإن قال المشتري: «أعطوني ثلث العبد الّذي حاباه؛ لأنّه قد أوصى لي به» لم يكن له ذلك، ويقال له: «كان المحاباة في ضمن البيع، فإذا لم يسلم البيع لم تصحّ المحاباة». وهذا مثل أن يقول: «أعطوا فلاناً مائة ليحجّ عنّي» وكان أُجرة مثله خمسين، فإن حجّ هذا المنصوص عليه فإنّه يستحقّ المائة، وإن لم يحجّ وقال: «لا أحجّ لكن أعطوني مازاد على أُجرة المثل؛ لأنّه قد أوصى لي» فإنّه

لا يدفع إليه، كذلك هاهنا.

فإن قال المشتري: أنا أدفع قيمة السدس حتّى يحصل لي جميع العبد لم يلزم الورثة ذلك، لأنّ حقّ الورثة في العبد لا في الثمن.

وأمّا إن اشترى في مرضه عبداً قيمته مائة دينار بمائتي دينار، فقد غبن هاهنا بمائة، فإن برئ صحّ الشراء ولزم البيع، وإن مات فالورثة بالخيار في الإجازة فإن أجازوا فذاك، وإن لم يجيزوه يقال للبايع: «قد تبعّضت عليك صفقتك، ولك الخيار إن شاء فسخ وإن شاء أمضى» والحكم في هذه كالحكم في الّتي قبلها إذا حاباه.

إذا دبّر عبدين في مرضه ثمّ مات نظرت، فإن خرجا من الثلث عتقا، فإن استحقّ أحدهما بطل العتق فيمن استحقّ ويصحّ في الثاني. وإن لم يخرجا من الثلث لكن خرج أحدهما من الثلث فإنّه يقرع بينهما، فمن خرج اسمه عتق. فإن استحقّ هذا الّذي خرجت عليه القرعة ينعتق الثاني ويسلّم إلى مستحقّه ويعتق الثاني؛ لأنّا إنّما منعنا لأجل المزاحمة، فإذا زالت المزاحمة واتّسع المال عتق.

المسألة بحالها فقال لعبده: «إن متّ فأنت حرّ» وقال لعبد آخر: «إن متّ فأنت حرّ من فاضل ثلثي» فإن خرجا من الثلث عتقا جميعاً. وإن لم يخرجا من الثلث قدّم الأوّل ويعتق. فإن خرج الأوّل مستحقّاً بطل عتقه ولم يعتق الثاني.

ويفارق المسألة الأُولى؛ لأنّ هناك منعنا لأجل المزاحمة، وليس كذلك هاهنا؛ لأنّه علّق عتقه بفاضل ثلثه، ولم يفضل هاهنا شيء.

وإذا أوصى لرجل بعبد بعينه ولآخر بمائة دينار، فإن خرجا من الثلث استحقّ كلّ واحد منهما ما أوصى له به. وإن لم يخرجا من الثلث يقسّط عليهما. فإن ردّ صاحب العبد الوصيّة فإنّ صاحب المائة يستحقّ جميع المائة الّتي أوصى له بها. فأمّا إن أوصى لرجل بعبد ولآخر بفاضل ثلثه، فإن خرجا من الثلث استحقّ كلّ واحد منهما. وإن لم يخرج من الثلث وردّ صاحب العبد وصيّته، فإنّ الثاني

لا يستحقّ إلّا قدر الفاضل ولا يستحقّ الثلث.

من دبّر عبداً له ومات وخرج من الثلث عتق، فإن استحقّ نصف العبد فـإنّه لا يقوّم عليه النصف الّذي خرج مستحقّاً؛ لأنّه لا يملكه؛ لأنّ بالموت يزول ملكه إلّا ما استثناه وهذا ما استثنى شيئاً.

فأمّا إن أعتق عبداً في مرضه وخرج من الثلث ثمّ استحقّ نصفه، فإنّ هاهنا يقوّم عليه؛ لأنّه ملكه حين حصول العتق. وهكذا إن باع نصفه في مرضه أو وهب له عبده، فإنّه لا يقوّم النصف الآخر.

كتاب الفرائض والمواريث

كتاب الفرائض والمواريث

روي عن النبيّ ﷺ أنّه قال: تعلّموا الفرائض وعلّموها الناس، فإنّها نصف العلم، وهو يُنسى، وهو أوّل شيء ينتزع من أُمّتي[1].

وروى عبدالله بن مسعود: أنّ النبيّ ﷺ قال: تعلّموا القرآن وعلّموه الناس وتعلّموا الفرائض وعلّموها الناس، فإنّي امرؤ مقبوض، وسيقبض العلم ويظهر الفتن حتّى يختلف الرجلان في فريضة ولا يجدان من يفصل بينهما[2].

وكانت الجاهليّة يتوارثون بالحِلف والنصرة، وأُقرّوا على ذلك في صدر الإسلام في قوله تعالى: ﴿والّذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم﴾[3] ثمّ نسخ بسورة الأنفال بقوله: ﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض﴾[4].

وكانوا يتوارثون بالإسلام والهجرة، فروي أنّ النبيّ ﷺ آخا بين المهاجرين والأنصار لمّا قدم المدينة فكان يرث المهاجري من الأنصاري، والأنصاري من المهاجري[5] ولا يرث وارثه الّذي كان له بمكّة وإن كان مسلماً؛ لقوله تعالى: ﴿إنّ الّذين آمنوا وهاجروا وجاهدوا بأموالهم وأنفسهم في سبيل الله والّذين آووا

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٢٠٩، وسنن ابن ماجه ٢: ٩٠٨.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٢٠٨، وسنن الدارقطني ٤: ٨١ ـ ٨٢، وتفسير القرآن العظيم ١: ٤٤١.

(٣) النساء: ٣٣.　(٤) الأنفال: ٧٥.　(٥) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٢٦٢.

ونصروا أولئك بعضهم أولياء بعض والّذين آمنوا ولم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شيءٍ حتّى يهاجروا وإن استنصروكم في الدين فعليكم النصر﴾[١].

ثمّ نسخت هذه الآية بالقرابة والرحم والنسب والأسباب بقوله تعالى: ﴿وأُولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله من الْمؤمنين والمهاجرين إلّا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفاً﴾[٢] وفي آية أُخرى: ﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعضٍ﴾[٣] فبيّن أنّ أُولي الأرحام أولى من المهاجرين، إلّا أن تكون وصيّة وقوله: ﴿للرجال نصيب ممّا ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب ممّا ترك الوالدان والأقربون ممّا قلّ منه أو كثر نصيباً مفروضاً﴾[٤].

ثمّ قرّر ذلك في سورة النساء في ثلاث آيات في قوله تعالى: ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظّ الأنثيين﴾[٥] ذكر فرض ثلاثة، أحدها: جعل للبنت النصف وللبنتين الثلثان، وإن كانوا ذكوراً وإناثاً فللذكر مثل حظّ الأُنثيين. ثمّ بيّن ذكر الوالدين وأنّ لكلّ واحد منهما السدس مع الولد، فإن لم يكن له ولد فللأُمّ الثلث والباقي للأب، وإن كانوا إخوة معهما فلأُمّه السدس والباقي للأب في قوله: ﴿ولِأبويه لكلّ واحد منهما السدس ممّا ترك إن كان له ولد فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأُمّه الثلث فإن كان له إخوة فلأُمّه السدس﴾ هذه الآية الأُولى.

ثمّ قال: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهنّ ولد﴾ فذكر في صدر هذه الآية حكمين، وذكر في آخرها حكم الكلالة، ذكر في أوّلها حكم الزوج والزوجة وأنّ للزوج إذا لم يكن له ولد النصف، فإن كان له ولد فله الربع، وللزوجة الربع إذا لم يكن له ولد، فإن كان له ولد فلها الثمن. ثمّ عقّب بالكلالة فقال: (إن كان له أخ من أُمّ أو أُخت فله السدس، وإن كانوا اثنين فصاعداً فلهم الثلث)[٦] وفي

---

(١) الأنفال: ٧٢ (٢) الأحزاب: ٦ (٣) الأنفال: ٧٥

(٤) النساء: ٧ (٥) النساء:

(٦) ظاهر قوله بعدُ: «وفي قراءة ابن مسعود...» أنّ ما بين القوسين أيضاً قراءة أخرى عنده، فلياحر

قراءة ابن مسعود ﴿وإن كان رجل يورث كلالةً أو امرأة وله أخ أو أُخت فلكل واحد منهما السدس﴾[١] وأيضاً فإنّ الله تعالى ذكر أُنثى وذكراً، وجعل لهما الثلث، ولم يفضّل أحدهما على الآخر ثبت أنّه يأخذ بالرحم.

الآية الثالثة في آخر سورة النساء قوله: ﴿يستفتونك قل اللّه يفتيكم في الكلالة إن امرؤٌ هلك﴾[٢] فذكر فيها أربعه أحكام: ذكر أنّ للأُخت من الأب والأُمّ إذا كانت واحدة فلها النصف، وإن ماتت هي ولم يكن لها ولد ولها أخ فالأخ يأخذ الكلّ، وإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان، وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظّ الانثيين.

وروى عن ابن عبّاس، أنّه قال: من علم سورة النساء وعلم من يحجب ومن لا يحجب فقد علم الفرائض[٣].

فإذا ثبت هذا، فالإرث على ضربين: خاصّ و عامّ.

فالعامّ: إذا مات ميّت ولم يكن له وارث ولا مولى نعمة كانت تركته لبيت المال يرثه جميع المسلمين، كما يعقلون عنه، ويستوي فيه الكبير والصغير والحاضر والغائب والّذي يجيء بعده؛ لأنّهم يأخذون بحقّ الموالاة. وعند أصحابنا: أنّ ميراث من هذه صفته للإمام خاصّة[٤]، وهو الّذي يعقل عنه.

وإن مات ذمّي لا وارث له كان ذلك للإمام، وعند المخالف يكون لبيت المال فيئاً[٥].

والإرث الخاصّ يكون بشيئين: نسب وسبب، والسبب سببان: زوجيّة وولاء.

والولاء على ثلاثة أقسام: ولاء النعمة وولاء تضمّن الجريرة وولاء الإمامة.

فالميراث بالنسب يثبت على وجهين: بالفرض والقرابة.

---

(١) النساء: ١٢ (٢) النساء: ١٧٦.

(٣) الدرّ المنثور ٢: ١١٦ ولفظه: من قرأ سورة النساء فعلم ما يحجب ممّا لا يحجب.

(٤) منهم المفيد في المقنعة: ٧٠٥، وسلّار في المراسم: ٢٢٤.

(٥) كما في الحاوي الكبير ٨: ٨١، والمجموع ١٦: ٥٤، والمغني لابن قدامة ٧: ١٧٨.

فإذا مات ميّت فلا يخلو حاله من ثلاثة أقسام: أوّلها أن يخلف من يحوز جميع المال، والثاني أن يخلف من يأخذ بعض المال، والثالث لم يخلف أحداً.

فإن خلف من يحوز جميع المال فلا يخلو ذلك من ثلاثة أقسام: أحدها يأخذ ذلك بالقرابة، والثاني يأخذ الكلّ بالفرض، والثالث يأخذ بالفرض والقرابة.

فمن يأخذ بالقرابة فقط مثل الابن والأب، فإنّهما يأخذان المال بالقرابة دون التعصيب؛ لأنّ التعصيب عندنا باطل. وكذلك الجدّ والأخ وابن الأخ والعمّ وابن العمّ، وكذلك من يتقرّب من قبل الأُمّ، فإنّ كلّ واحد من هؤلاء يأخذ جميع المال بالقرابة.

وأمّا المولى: فإنّه يأخذ بحقّ الولاء دون التعصيب، فإن كانوا جماعة أخذوا المال كلّه بالقرابة أو الولاء؛ لأنّهم ليس لهم تسمية فيأخذون بها. والعصبة باطلة.

ومن يأخذ بالفرض دون القرابة مثل الزوج والأُخت إذا اجتمعا، يأخذ الزوج النصف والأُخت النصف بلا خلاف. وكذلك حكم البنتين والأبوين، أو الأُختين من الأب والأُمّ، أو الأب مع الأُختين أو الأخوين من الأُمّ.

ومن يأخذ بالفرض والقرابة مثل الزوج والعمّ أو ابن العمّ وما يجري مجراه، فإنّ الزوج يأخذ بالفرض والباقين يأخذون بالقرابة دون التعصيب. وكذلك كلّ من له سهم مسمّى ويفضل عن سهمه من ذوي الأنساب، إذا لم يكن هناك غيره، فإنّه يأخذ ما سُمّي له بالفرض والباقي بالقرابة يردّ عليه، مثل أن يخلّف البنت وحدها أو البنتين، فإنّها تأخذ النصف إذا كانت وحدها والثلثين إذا كانتا اثنتين، والباقي ردّ عليها أو عليهما.

فأمّا إذا لم يخلّف أحداً فإنّ ميراثه للإمام، وعند المخالفين لبيت المال[1] على ما بيّنّاه، على اختلافهم أنّه على جهة الفيء أو التعصيب[2].

---

(١) راجع المجموع ١٦: ٥٤.

(٢) راجع كتاب الخلاف ٤: ٢٢، المسألة ١٤

فإذا ثبت هذا، فإن كان الإمام ظاهراً سُلّم إليه، وإن لم يكن ظاهراً حفظ له كما يُحفظ سائر حقوقه، ولا يسلّم إلى أئمّة الجور مع الإمكان، فمن سلّمه مع الاختيار إلى أئمّة الجور كان ضامناً. ومن قال: إنّه لبيت المال يرثه جميع المسلمين، قال: إن كان إمام عدل سلّمه إليه، وإلّا فهو بالخيار بين أن يحفظه حتّى يظهر الإمام العادل وإن شاء وضعه في المصالح وإن شاء دفعه إلى الإمام الجائر[1].

[١]

فصل في ذكر سهام المواريث وما يجتمع منها وما لا يجتمع

سهام المواريث ستّة: النصف، والربع، والثمن، والثلثان، والثلث، والسدس.

فالنصف سهم أربعة: سهم الزوج مع عدم الولد وولد الولد وإن نزلوا ذكوراً كانوا أو إناثاً أولاد ابن كانوا أو أولاد بنت، وسهم البنت إذا انفردت ولم يكن غيرها من الأولاد، وسهم الأُخت من الأب والأُمّ، وسهم الأُخت من الأب إذا لم يكن أُخت من قبل أب وأُمّ.

والربع سهم اثنين: سهم الزوج مع وجود الولد أو ولد الولد وإن نزلوا، وسهم الزوجة مع عدم الولد وولد الولد وإن نزلوا.

والثمن سهم الزوجة مع وجود الولد وولد الولد وإن نزلوا، لا غير.

والثلثان سهم البنتين فصاعداً، وسهم الأُختين فصاعداً من الأب والأُمّ، فإن لم تكونا من الأب والأُمّ فهو سهمهما إذا كانتا من قبل الأب، لا غير.

والثلث سهم اثنين: سهم الأُمّ مع عدم الولد وعدم ولد الولد وعدم مَن يحجبها من الإخوة والأخوات، وسهم اثنين فصاعداً من كلالة الأُمّ.

والسدس سهم خمسة: سهم كلّ واحد من الأب مع وجود الولد وولد الولد

---

(١) راجع المحرر ٢: ١٤.

وسهم الأُمّ مع عدم الولد وولد الولد مع وجود من يحجبها ـ من أخوين أو أخ وأُختين أو أربع أخوات إذا كانوا من قبل أب وأُمّ أو من قبل أب دون أُمّ على الانفراد ـ وسهم كلّ واحد من كلالة الأُمّ ذكراً كان أو أُنثى.

ونحن نذكر ما يصحّ أن يجتمع من هذه السهام:

فأمّا النصف: فإنّه يصحّ أن يجتمع مع النصف في زوج وأُخت من أب وأُمّ أو أُخت من أب، فإنّهما يأخذان المال بينهما نصفين.

ويصحّ أن يجتمع النصف مع الربع، مثل نصف البنت مع ربع الزوج، ومثل نصف الأُخت للأب والأُمّ أو للأب مع رُبع الزوجة.

ويصحّ أن يجتمع النصف مع الثُمن، مثل ثُمن الزوجة مع نصف البنت، لا غير.

ولا يصحّ أن يجتمع النصف مع الثلثين؛ لأنّها تعول والعول باطل عندنا.

ويصحّ أن يجتمع مع الثلث، مثل نصف الزوج وثلث الأُمّ، أو ثلث الاثنين من كلالة الأُمّ.

ويصحّ أن يجتمع مع السدس، مثل نصف البنت مع سدس كلّ واحد من الأبوين على الانفراد وسدسهما على الاجتماع، ومثل نصف الزوج وسدس كلّ واحد من كلالة الأُمّ، ومثل نصف الأُخت للأب والأُمّ أو للأب مع سدس كلّ واحد من كلالة الأُمّ.

ولا يصحّ أن يجتمع مع الربع الثمن؛ لأنّ الربع لا يكون إلّا سهم الزوج أو الزوجة، والثمن سهم الزوجة خاصّة، وهما لا يجتمعان.

فأمّا اجتماع الربع مع الثلثين: فإنّه يصحّ، مثل ربع الزوج مع الثلثين للبنتين، ومثل ربع الزوجة مع الثلثين للأُختين من الأب والأُمّ أو للأب.

ويصحّ اجتماع الربع مع الثلث، مثل ربع الزوجة مع ثلث الأُمّ، وربع الزوجة أيضاً مع ثلث كلالتي الأُمّ. ويصحّ اجتماعه مع السدس، مثل ربع الزوج مع سدس

كلّ واحد من الأبوين إذا كان هناك ولد، ومثل ربع الزوجة مع سدس الأُمّ إذا كان هناك من يحجبها، ومع سدس كلّ واحد من كلالة الأُمّ.

ويصحّ اجتماع الثمن مع ثلثي البنتين، ومع سدس كلّ واحد من الأبوين.

والثلثان يصحّ اجتماعهما[1] مع الثلث، مثل ثلثي الأُختين من الأب والأُمّ دون الأب مع ثلث ابنتين فصاعداً من كلالة الأُمّ. ويصحّ اجتماعه أيضاً مع السدس، مثل ثلثي البنتين مع سدس كلّ واحد من الأبوين، ومثل ثلثي الأُختين من الأب والأُمّ أو من الأب مع سدس كلّ واحد من كلالة الأُمّ.

ولا يصحّ اجتماع الثلث مع السدس على حال.

وهؤلاء ذوو السهام على ضربين: ذوي الأنساب، وذوي الأسباب. فلا يصحّ أن يجتمع من ذوي الأنساب في فريضة واحدة إلّا من كان قرباه إلى الميّت على حدّ واحد، مثل البنت والبنتين مع الأبوين أو مع كلّ واحد منهما؛ لأنّ كلّ واحد من هؤلاء يتقرّب إلى الميّت بنفسه.

فأمّا إذا كان أحدهما أقرب والآخر أبعد، فإنّه يسقط الأبعد وإن كان ذا فرض؛ وذلك مثل الكلالتين معاً مع البنت أو البنتين أو الأبوين؛ لأنّ هؤلاء أقرب والكلالتان يدليان بالأبوين، فهما أبعد. وأمّا الكلالتان أنفسهما فيصحّ أن يجتمعا؛ لأنّ قرباهما واحدة.

فإذا اجتمعوا فلهم ثلاثة أحوال: حالة يكون المال وِفقاً لسهامهم، وحالة تفضل المال عن سهامهم، وحالة ينقص؛ لمزاحمة الزوج أو الزوجة لهم.

فإذا كانت التركة وِفقاً لسهامهم: أخذ كلّ ذي سهم سهمه، وذلك مثل الأبوين والبنتين، للبنتين الثلثان وللأبوين السدسان. ومثل الأُختين من كلالة الأب والابنين من كلالة الأُمّ، فللأُختين من كلالة الأب الثلثان وللابنين من كلالة الأُمّ

(١) كذا في النسخ، والأولى افراد الضمير، كما يأتي في قوله: ويصحّ اجتماعه أيضاً.

الثلث، وقد استوفيت الفريضة.

وإذا كانت التركة فاضلة عن سهامهم: أخذ كلّ ذي سهم حقّه، والباقي يردّ عليهم على قدر سهامهم، مثل بنت وأبوين أو أحدهما أو بنتين وأحد الأبوين، فإنّ كلّ واحد منهم يأخذ نصيبه والباقي يردّ عليهم على قدر سهامهم. ومثل الأُخت من قبل الأب مع الأخ أو الأُخت من قبل الأُمّ، فإنّ كلّ واحد منهما يأخذ نصيبه والباقي يردّ عليهما على قدر سهامهما.

وفي أصحابنا من قال: يردّ على الأُخت من قبل الأب؛ لأنّ النقص يدخل عليها إذا دخل في الفريضة زوج أو زوجة[1] والأوّل أصحّ.

فأمّا إذا كان أحدهما له سببان والآخر له سبب واحد، فإنّ الباقي يردّ على من له سببان، مثل أُخت من قبل أب وأُمّ مع أخ أو أُخت من قبل الأُمّ، فإنّ الباقي يردّ على الأُخت من الأب والأُمّ؛ لأنّها تجمع سببين.

ومتى اجتمع كلالة الأب والأُمّ مع كلالة الأب سقط كلالة الأب، وإن اجتمع الثلاث كلالات سقطت الّتي من جهة الأب، لا غير.

وأمّا إذا كانت التركة ناقصة عن سهامهم: لمزاحمة الزوج أو الزوجة، كان النقص داخلاً على البنت أو البنات دون الأبوين والزوج والزوجة، وعلى الأُخت من قبل الأب والأُمّ أو من قبل الأب دون كلالة الأُمّ والزوج أو الزوجة، فإنّ العول عندنا باطل، مثال ذلك: بنت أو بنتان وأبوان وزوج، للزوج الربع وللأبوين السدسان والباقي للبنت أو البنتين. وكذلك إن كان أُخت من أب وأُمّ أو أُختان منهما أو من الأب مع الإخوة من الأُمّ والزوج أو الزوجة، فللزوج النصف كَمَلاً وللزوجة الربع كَمَلاً، ولكلالة الأُمّ الثلث كَمَلاً، والباقي لمن بقي من كلالة الأب؛ لأنّ لها الزيادة إذا فضلت.

---

(١) الحلبي في الكافي: ٣٧٢، وابن البرّاج في المهذّب ٢: ١٣٦.

فأمّا ذو السهم من ذوي النسب: إذا انفرد أخذ ما سمّي له بالفرض، والباقي يردّ عليه كائناً من كان.

فأمّا ذوو الأسباب: فهم الزوج والزوجة، لهما حالتان: حالة انفراد بالميراث وحالة اجتماع، فإذا انفردوا كان لهم سهمهم المسمّى، إن كان زوجاً له النصف وإن كانت زوجة فلها الربع، والباقي للإمام. وقال أصحابنا: إنّ الزوج وحده يردّ عليه الباقي؛ لإجماع الفرقة عليه[1].

وأمّا حالة الاجتماع فلهم سهمهم المسمّى، للزوج النصف مع عدم الولد وعدم ولد الولد وإن سفلوا مع جميع الورّاث ذا فرض كان أو غير ذي فرض، وله الربع مع وجود الولد وولد الولد وإن سفلوا. والزوجة لها الربع مع عدم الولد وعدم ولد الولد وإن سفل مع جميع الورّاث، ولها الثمن مع وجود الولد وولد الولد، ولا يدخل عليهما النقصان. ولا يردّ عليهما الفاضل إلّا ما استثناه.

[٢]
فصل في من يرث بالقرابة، وكيفيّة ذلك

يُستحقّ الميراث بالقرابة من جهتين:

أحدهما: من جهة الولد للصلب إذا كانوا ذكوراً [أو إناثاً] أو ذكوراً وإناثا ومن يتقرّب بهم من ولد الولد وإن نزلوا، سواء كانوا ولد الابن أو ولد البنت. فأمّا البنات فلهنّ سهم مسمّى فقط، وقد بيّنّاه.

والآخر: الأب ومن يتقرّب بالأبوين.

فمن يتقرّب بالأب: هم الإخوة والأخوات إذا كانوا من جهة أب وأُمّ أو من جهة أب، أو إخوة فقط، دون الأخوات فإنّ الأخوات من جهته لهنّ سهمهنّ

(١) عدّه السيّد ممّا انفردت به الإماميّة، الانتصار، ٥٨٤.

المسمّى ـ وقد بيّنّاه أوّلاً ـ وأولاد الإخوة والأخوات وإن نزلوا، والجدّ والجدّة من قبله ومن يتقرّب بهما من العمومة والعمّات وأولادهم وإن نزلوا، والجدّ الأعلى والجدّة العليا ومن يتقرّب بهما.

ومن يتقرّب بالأُمّ هو الجدّ الأدنى والجدّة الدنيا ومن يتقرّب بهما من الخال والخالة وأولادهما، والجدّ الأعلى والجدّة العليا ومن يتقرّب بهما من أولادهما وأولاد أولادهما وإن علوا أو نزلوا.

فأمّا الأُمّ نفسها والإخوة والأخوات من جهتها فلهم سهام مسمّاة، وقد ذكرناه.

فأقوى القرابة الولد للصلب، فإنّه إن كان ذكراً أخذ المال كلّه بالقرابة دون التعصيب، وإن كانوا أكثر فالمال بينهم بالسويّة، وإن كانوا ذكوراً وإناثاً كان للذكر مثل حظّ الأُنثيين، ولا يرث معهم أحد ممّن يرث بالقرابة ـ سواء تقرّب بهم أو بغيرهم ـ إلّا الزّوج أو الزوجة أو الوالدان أو أحدهما الّذين هم ذوو السهام على ما بيّنّاه.

ثمّ بعد ذلك ولد الولد أقوى من غيرهم من القرابات، لأنّ ولد الولد يقوم مقام الولد للصلب ويمنع من يمنعه الولد للصلب، ولا يأخذ معه إلّا من يأخذ مع الولد للصلب من الأبوين أو الزوج والزوجة، ويأخذ كلّ واحد منهم نصيب من يتقرّب به.

فولد الابن يقوم مقام الابن ذكراً كان أو أُنثى، ويكون للذكر مثل حظّ الانثيين.

وولد البنت يقوم مقام البنت ذكراً كان أو أُنثى، فإن كانوا ذكوراً وإناثاً فالمال بينهم بالسويّة. وإن اجتمع أولاد الابن وأولاد البنت أخذ كلّ فريق منهم نصيب من يتقرب به على ما بيّنّاه.

والبطن الأوّل أبداً يمنع من نزل عنه بدرجة، كما يمنع ولد الصلب ولد الولد، وهم وإن نزلوا يمنعون كلّ من يمنعه ولد الصلب على حدّ واحد. وكلّ من يأخذ مع الولد للصلب من ذوي السهام فإنّه يأخذ مع ولد الولد على حدّ واحد، من غير زيادة ولا نقصان.

ثمّ الأب: فإنّه يستحقّ جميع المال إذا انفرد، وإذا اجتمع مع الأُمّ أخذ ما يبقى من سهمها، وهو السدس مع وجود من يحجبها من الإخوة والأخوات من قبل الأب، أو الثلث مع عدمهم، والباقي للأب بالقرابة. ولا يجتمع معه أحد من يتقرّب به ولا من يتقرّب بالأُمّ. ويجتمع معه الزوج والزوجة على ما بيّنّاه في ذوي السهام.

فإن اجتمع زوج وأُمّ وأب، فإنّ للأُمّ الثلث إذا لم يكن هناك من يحجبها، وللزوج النصف، والباقي للأب. فإن كان بدل الزوج زوجة كان مثل ذلك سواء.

وأمّا من يتقرّب به إمّا ولده أو والده أو من يتقرّب بهما من جدّ وجدّة وعمّ وعمّة، فالجدّ (أبو الأب) مع الأخ (الّذي هو ولد الأب) في درجة واحدة، وكذلك الجدّة من قِبَله مع الأُخت من قِبَله في درجة، فهم يتقاسمون المال بينهم للذكر مثل حظّ الأُنثيين إذا كانوا ذكوراً وإناثاً. وكذلك أولاد الأب إذا اجتمع الذكور والإناث كان المال بينهم للذكر مثل حظّ الأُنثيين. وإن كانوا ذكوراً كان المال بينهم بالسويّة. ومن له سببان يمنع من له سبب واحد.

وكذلك إذا اجتمع الجدّ والجدّة من قبل الأب كان المال بينهما للذكر مثل حظّ الأُنثيين.

وولد الإخوة والأخوات يقومون مقام آبائهم وأُمّهاتهم في مقاسمة الجدّ. كما أنّ ولد الولد يقوم مقام الولد للصلب مع الأب.

والجدّ والجدّة وإن عليا يقاسمان الإخوة والأخوات وأولادهم وإن نزلوا على حدّ واحد. ولا يجتمع مع الجدّ والجدّة ولا مع واحد منهم أولاد الجدّ أو الجدّة، كما لا يجتمع مع الولد للصلب أولاد الأب. وعلى هذا التدريج الأقرب يمنع الأبعد بالغاً ما بلغوا.

فأمّا من يتقرّب من قبل الأُمّ: فليس إلّا الجدّ أو الجدّة من قبلها أو من يتقرّب بهما، فإنّ أولادها ذوو سهام. والجدّ والجدّة من قبلها يقاسمون الجدّ والجدّة من

قبل الأب والإخوة والأخوات من قبله ومن قبل الأُمّ؛ لتساويهم في القرابة. وتسقط تسمية كلالة الأب وكلالة الأُمّ معاً عند الاجتماع.

ومتى اجتمع قرابة الأب مع قرابة الأُمّ مع تساويهم في الدرج كان لقرابة الأُمّ الثلث ـ نصيب الأُمّ ـ بينهم الذكر والأُنثى فيه سواء، والباقي لقرابة الأب للذكر مثل حظّ الأُنثيين.

فإن زاحمهم زوج أو زوجة لم ينقص قرابة الأُمّ عن الثلث ودخل النقص على قرابة الأب كما يدخل على الأب نفسه إذا كان هناك زوج وأبوان، فإنّ للزوج النصف وللأُمّ الثلث والباقي للأب وهو السدس، وكذلك إن كان بدل الزوج زوجة كان لها الربع كَمَلاً وللأُمّ الثلث والباقي للأب.

ومتى بعُد أحد القرابتين بدرجة سقط مع الّذي هو أقرب، سواء كان الأقرب من قبل الأب أو من قبل الأُمّ، وسواء كان البعيد له سببان والقريب له سبب واحد أو لم يكن إلّا مسألة واحدة وهي ابن عمّ للأب والأُمّ مع عمّ الأب، فإنّ المال لابن العمّ للأب والأُمّ، دون العمّ للأب. ولا يُحمل عليها غيرها؛ لأنّ الطائفة أجمعت على هذه[1] وما عداها فعلى الأصل الّذي قرّرناه. ثمّ على هذا المنهاج يمنع أولاد الجدّ الأدنى والجدّة الدنيا من جهة الأب وأولاد أولادهم أولادَ الجدّ الأعلى. وكذلك أولاد الجدّ للأُمّ والجدّة من قبلها ـ الدنيا ـ يمنع أولادَ الجدّ الأعلى

(١) روى الشيخ في التهذيب (٩: ٣٢٦/ ١١٧٢) بإسناده عن الحسن بن محمّد بن سماعة، عن محمّد بن بكر، عن صفوان بن خالد، عن إبراهيم بن محمّد بن مهاجر، عن الحسن بن عُمارة؛ قال: قال أبوعبدالله عليه السلام: أيّما أقرب؟ ابن عمّ لأب وأُمّ؟ أو عمّ لأب؟ قال: قلت: حدّثنا أبو إسحاق السبيعي، عن الحارث الأعور، عن أميرالمؤمنين عليّ بن أبي طالب عليه السلام أنّه كان يقول: أعيان بني الأُمّ أقرب من بني العَلات* قال: فاستوى جالساً ثمّ قال: جئت لها من عين صافية. إنّ عبدالله أبا رسول الله صلى الله عليه وآله أخو أبي طالب لأبيه وأُمّه.

* العَلات: جمع العَلّة بمعنى الضرّة.

والجدّة العليا من قبلها. كما يمنع أولاد الأب نفسه أولادَ الجدّ والجدّة من قبله. وكذلك أولاد الأُمّ نفسها يمنع أولادَ الجدّ الأعلى والجدّة من قبلها؛ لأنّهم يقومون مقام آبائهم، وآباؤهم أقرب بدرجة.

[٣]
فصل فيما يمنع من الميراث من الكفر والرقّ والقتل

يمنع من الميراث ثلاثة أشياء: الكفر والرقّ والقتل، والكافر لا يرث المسلم بلا خلاف، والمسلم يرث الكافر عندنا سواء كان حربيّاً أو ذمّيّاً أو كافر أصل أو مرتدّاً عن الإسلام، وسواء ما خلفه كسَبه في حال الإسلام أو حال الارتداد. ويحوز المسلم المال قريباً كان أو بعيداً ذا سهم كان أو ذا قرابة من جهة الأب كان أو من قبل الأُمّ، ويمنع جميع ورثته الكفّار وإن كانوا أقرب منه.

ومتى أسلم الكافر على ميراث قبل القسمة قاسم الورثة إن كان ممّن يستحقّ المقاسمة، وإن كان أولى منهم أخذ المال كلّه دونهم، ومتى أسلم بعد قسمة المال فلا ميراث له؛ وكذلك إن كان الّذي استحقّ التركة واحداً أو لم يكن له وارث فنقلت إلى بيت المال، فلا يستحقّ من يسلم بعده على حال.

الكفر كالملّة الواحدة، يرث بعضهم بعضاً.

إذا مات مسلم وله أولاد بعضهم مأسورون وبعضهم معه كان ميراثه للجميع إجماعاً إلّا شريح فإنّه قال: المأسور أولى به[١]. وقال النخعي: المأسور لا يرث[٢].

المملوك لا يرث على حال مادام رقّاً، فإن أُعتق قبل قسمة المال قاسم الورثة إن استحقّ القسمة، أو حاز المال إن كان مستحقّاً لجميعه. وإن أُعتق بعد قسمة المال أو بعد حيازة الحرّ له إن كان واحداً لم يستحقّ المال. ومتى لم يكن للميّت

---

(١) عمدة القارئ ٢٣: ٢٥٩.
(٢) المجموع ١٦: ٦٨.

وارث غير هذا المملوك اشتري من تركته وأُعتق وورث بقيّة المال إن وسع ذلك، وإن لم يسع لم يجب ذلك ونقل إلى بيت المال. وأمّا إن عتق بعضه وبقى بعضه رقّاً ورث بقدر حرّيته، ويورث منه بقدر ذلك، ويمنع بمقدار ما بقي منه رقّاً.

وأمّا القاتل: إذا كان عمداً ظلماً فلا يستحقّ الميراث وإن تاب فيما بعد، وإن كان مطيعاً بالقتل لم يُمنع الميراث. وإن كان خطاءً لم يُمنع الميراث من تركته، ويمنع الميراث من ديته.

وحكم المدبّر وأُمّ الولد والمعتق نصفه والمكاتب المشروط عليه عندنا وعندهم مطلقاً حكم المملوك القنّ سواء. ومن كان بينه وبين سيّده مهاياة وقد عتق بعضه وكسب مالاً في يومه فإنّه يورَث عنه، ولا يكون لسيّده، وفيه خلاف.

فإذا ثبت أنّه موروث، فإن كان له مناسب كان ما خلفه له، وإن لم يكن له مناسبٌ فلمولاه بحقّ الولاء، وإن لم يكن له مولاً فللإمام، وعندهم لبيت المال. ومن قال: لا يورث، قال: يكون لهذا السيّد الّذي له نصفه. وفيهم من قال: يكون لبيت المال.

قد ذكرنا جملة يشرف بها على جميع المذهب، ونحن الآن نذكر باقي الكتاب حسب ما ذكره المخالفون من المسائل ـ وإن كانت غير متناسبة ـ لنستوفي جميع المسائل، ونذكر مذهبنا فيه إن شاء الله تعالى.

[٤]

فصل في ذكر الحجب

الحجب على ضربين: حجب مطلق، وحجب مقيّد، فالمطلق: من يُسقط ويدفع الّذي لو لم يكن كان يرثه، مثل الجدّ يسقط بالأب، وابن الابن يسقط بالابن وابن العمّ يسقط بالعمّ، وابن الأخ يسقط بالأخ. والحجب المقيّد: إذا حجب عن

بعض فرضه ولا يسقطه أصلاً، مثل الزوج والزوجة والأُمّ.

فإذا ثبت هذا، فالمملوك والكافر والقاتل لا يرثون ولا يحجبون، إلّا ابن مسعود فإنّه انفرد في جملة الخمس مسائل بأنّ هؤلاء يحجبون[١].

أولاد الأُمّ يَسقطون مع ثلاثة: مع الأبوين ومع الولد وولد الولد. ذكوراً كانوا أو إناثاً، سواء كانوا أولاد ابن أو أولاد بنت. ويَسقطون بالأبوين وبكلّ واحد منهما عندنا. ولا يسقطون مع الجدّ، بل يقاسمونه على ما بيّنّاه.

الإخوة والأخوات للأب والأُمّ يسقطون بالأب ولا يسقطون بالجدّ، ويسقطون بالابن إجماعاً ويسقطون عندنا بالبنات، وفيه خلاف[٢] ويسقطون بابن الابن بلا خلاف ويسقطون ببنات ابن الابن، وفيه خلاف[٣].

يسقط الجدّة بالأُمّ؛ لأنّها تدلي بها، ويَسقط الجدّة ـ أُمّ الأب ـ بالأُمّ؛ لأنّها في درجة أُمّ الأُمّ، ويسقط الجدّ بالأب بلا خلاف في هذه المسائل. وتسقط أُمّ الأُمّ بالأب وعندهم لا يسقط به[٤] لأنّها تدلي بالأُمّ لا بالأب. أُمّ الأب لا ترث مع الأب، وفيه خلاف[٥].

إذا خلّف أباه وجدّتيه ـ أُمّ أبيه، وأُمّ أُمّه ـ فالمال لأبيه، ولا شيء للجدّتين ويؤخذ من الأب السدس فتعطى أُمّه طعمة، فإن كان بدل الأب أُمّاً كان المال لها ويؤخذ منها السدس فتعطى أُمّها طعمة ويسقط الباقون، وفيها خلاف[٦].

---

(١) ابن مسعود يقول بأنّ هؤلاء يحجبون وإن كانوا لا يرثون، مستدلّاً بأنّ الحجب غير معتبر بالميراث، كما في الحاوي الكبير ٨: ٩٠.

(٢) قال الماوردي: الأخوات مع البنات عصبة لا يفرض لهنّ ويرثن ما بقي بعد فرض البنات، الحاوي الكبير ٨: ١٠٧.

(٣) كما في المجموع ١٦: ٩٠، وكفاية الأخيار ٢: ١٧ و ١٨.

(٤ و٥) انظر الحاوي الكبير ٨: ١١٠ ـ ١١١، والمجموع ١٦: ٨٦.

(٦) راجع الشرح الكبير ٧: ٤٤.

للزوج النصف كَمَلاً مع عدم الولد. وللزوجة الربع مع عدم الولد والثمن مع الولد غير مُعوَل، لأنّ العول باطل. وعند المخالف مثل ذلك، ويشترطون فيه كونه معولاً؛ لقولهم بالعول.

فأمّا النصف غير المعول: إذا كان معه من عصبات غير الولد وولد الولد مثل الأب والجدّ والعمّ وابن العمّ والأخ وابن الأخ ومولى، فإنّ هاهنا يأخذ نصفاً كَمَلاً بلا عول.

ونصف معول: مع ذوي الفروض من غير ذوي العصبات مثل أُختين من أب وأُمّ أو من أب، فللزوج النصف وللأُختين الثلثان، المسألة من ستّة تعول إلى سبعة. وعندنا له النصف كَمَلاً والنقص يدخل عليهما.

فإن كان معهما[1] أُمّ فلها السدس يعول إلى ثمانية، وعندنا يكون الباقي للأُمّ دونهما. فإن كان معهم أَخ من أُمّ يعول إلى تسعة، وعندنا يكون الباقي للأُمّ ويسقطون هؤلاء. فإن كان معهم أخ آخر من أُمّ له سدس آخر يعول إلى عشرة.

وليس في الفرائض مسألة تعول بالشفع والوتر إلّا هذه المسألة، وتعول بثلثيها ويقال لها: «أُمّ الفروخ» لأجل ما ذكرناه، ولها فروخ وصورتها: زوج وأُمّ وأُختان من أب وأُمّ وأخوين من أُمّ، ولا يعول أكثر من هذا، وقد بيّنّا مذهبنا فيها.

وأمّا رُبع غير معول: إذا كان معه عصبة من الأولاد مثل الولد أو ولد الولد، فله الربع، والباقي للولد.

وأمّا ربع معول: إذا كان معه من ذوي الفروض من الولد وولد الابن ـ مثل ابنين ـ ويكون في المسألة بنتان وأُمّ للزوج الربع وللبنتين الثلثان، وللأُمّ السدس، يكون المسألة من اثني عشر تعول إلى ثلاثة عشر، وإذا كان معه أبوان تعول إلى خمسة عشر ولا تعول بأكثر من هذا.

---

(١) أي الزوجين.

وأمّا الزوجة: فلها ربع غير معول وربع معول.

أمّا ربع غير معول: إذا كان معها عصبة من غير الأولاد مثل الأب والجدّ والعمّ وابن العمّ والأخ وابن الأخ والمولى، لها الربع والباقي لهم.

وأمّا ربع معول: إذا كان معها من ذوي الفروض من غير الولد وغير العصبات مثل زوجة وأُختين من أب وأُمّ وأُمّ، للزوجة الربع وللأُختين الثلث وللأُمّ السدس، المسألة من اثني عشر يعول إلى ثلاثة عشر. فإن كان معهم أخ من أُمّ له السدس ويعول إلى خمسة عشر. فإن كان معهم أخ آخر له سدس آخر فيعول إلى سبعة عشر. وهذه يعول بالوتر لا بالشفع، ويعول من اثني عشر إلى سبعة عشر، لا أكثر من ذلك.

وأمّا ثُمن غير معول: للزوجة إذا كان معها عصبة من الولد وولد الولد مثل زوجة وابنتين، للزوجة الثمن وللبنتين الثلثان، والباقي لمن معهما.

وأمّا ثُمن معول: إذا كان معها من ذوي الفروض من الولد وولد الابن مثل زوجة وابنتين وأُمّ وأب، للزوجة الثمن وللبنتين الثلثان وللأبوين السدسان، أقلّ المسألة من أربعة وعشرين يعول إلى سبعة وعشرين، ويقال لها: المنبريّة[1] صورتها: زوجة وأبوان وبنتان، فهي الّتي يقال: صار ثُمنها تُسعاً.

وعندنا أنّ هذه المسائل كلّها لا تصحّ؛ لأنّ أحداً من الأخوات والإخوة لا يرث مع الأُمّ، والنقص يدخل على البنت دون الأُمّ والزوج والزوجة، على ما بيّنّاه.

للأُمّ سبعة أحوال: حال لها السدس إذا كان معها ولد.

الثانية: لها الثلث مع الأب إذا لم يكن هناك ولد.

الثالثة: لها السدس مع الإخوة أو الأخوات.

---

(١) وجه تسميتها بالمنبرية: أنّه سئل أمير المؤمنين عليه السلام عنها وهو على المنبر فأجاب عنها كما في المجموع ١٦: ٩٤.

الرابعة: إذا كان معها أخ واحد لها الثلث؛ لأنّه لم يكمل من يحجب. هذه كلّها لا خلاف فيها.

[الخامسة][١] فأمّا إن كان معها أخوان فلها السدس. وكذلك يُحجب بأخ وأُختين أو أربع أخوات، فأمّا الأُختان فلا يحجب بهما عندنا، وفيها خلاف[٢].

السادسة: زوج وأبوان: للزوج النصف بلا خلاف، وللأُمّ ثلث جميع المال، والباقي للأب، وفيه خلاف[٣].

السابعة: زوجة وأبوان: للزوجة الربع بلا خلاف، وللأُمّ ثلث جميع المال، والباقي للأب، وفيه خلاف[٤].

للبنتين فصاعداً الثلثان. وقال ابن عبّاس: للبنتين النصف وللثلاث فصاعداً الثلثان[٥].

لا يرث مع الولد أحد من ولد الولد، سواء كان ذكراً أو أُنثى، واحدة كانت أو اثنتين. فإذا خلّف بنتاً وبنت ابن، وعصبة، فالمال للبنت؛ وكذلك جميع المسائل الّتي يتركّب على هذا:

زوج وأبوان وبنت وبنت ابن، للزوج الربع وللأبوين السدسان، والباقي للبنت، ولا شيء لبنت الابن.

وقال المخالفون: للبنت النصف (ستّة) ولبنت الابن سهمان (السدس) وللزوج الربع (ثلاثة) وللأبوين السدسان (أربعة) يعول من اثني عشر إلى خمسة عشر[٦].

---

(١) أثبتناه لإكمال العدد.

(٢) قال عمر و عليّ وزيد بن مسعود والشافعي ومالك وأبوحنيفة وجماعة من الفقهاء بحجبها بهما، فخالف الصحابة بأسرهم فقالوا بعدم حجبها، راجع الحاوي الكبير ٨: ٩٨.

(٣) قال جمهور الفقهاء بعد فرض النصف للزوج والثلث للأمّ: الباقي للأب، وتفرّد ابن عبّاس بخلافهم في ذلك كما في الحاوي الكبير ٨: ٩٩.

(٤) انظر الحاوي الكبير ٨: ٩٩.

(٥) كما في الحاوي الكبير ٨: ١٠٠، والمجموع ١٦: ٧٩

(٦) منهم الحنفيّة كما في الفتاوى الهندية ٦: ٤٥٢

فإن كان مع بنت ابنٍ ابنُ ابنٍ، فإنّ بنت الابن تسقط بالأخ، لأنّ المسألة لا تعول بالعصبات وإنّما تعول بذي فرض، فرجع المسألة مع عولها إلى ثلاثة عشر.

أولاد الصلب بنت وابن وبنت وبنون وبنات وابن وابنان وبنت ـ سواء كانوا الذكور أكثرَ أو الإناث ـ المال بينهم للذكر مثل حظّ الانثيين بلا خلاف.

وهكذا ولد الولد يقوم مقام الولد ـ سواء فرادى وجماعة ـ بلا خلاف، إلّا أنّ عندنا يأخذ كلّ واحد منهم نصيب من يتقرّب به. وعند الفقهاء يأخذ كلّ منهم نصيب من لو كان للصلب: لبنت الابن نصف المال ولبنات الابن الثلثان ولبنت الابن وابن الابن المال بينهم للذكر مثل حظّ الأُنثيين[1] وهكذا بنات الابن وابن الابن وبنت الابن وبنو ابن الابن المال بينهم للذكر مثل حظّ الانثيين. وولد البنت لا يرث عندهم مع العصبة، ومع عدمهم فيه خلاف[2].

ثلاث بنات ابنٍ بعضهنّ أسفل من بعض، لبنت الابن النصف، ولبنت ابن الابن السدس، تكملة الثلثين، وتسقط بنت ابن ابن الابن.

المسألة بحالها معهنّ أخ لهنّ: ثلاث بنات ابن بعضهنّ أسفل من بعض، معهنّ أخ لهنّ نظرت، فإن كان الأخ مع بنت الابن فإنّ المال بينهم للذكر مثل حظّ الأُنثيين، ويسقطان الآخران. وإن كان الأخ مع بنت ابن الابن، فإنّ لبنت الابن النصف والباقي بين بنت ابن ابن وأخيها للذكر مثل حظّ الانثيين. وإن كان الأخ مع بنت ابن ابن ابن، للبنت النصف، ولبنت ابن الابن السدس، والباقي بين بنت ابن ابن وأخيها، للذكر مثل حظّ الانثيين.

وعندنا: أنّ المال لبنت الابن، ويسقط الباقون على [كلّ][3] حال.

---

(١) هم فقهاء الشافعية كما في الحاوي الكبير ٨: ١٠٢ ـ ١٠٣، والمجموع ١٦: ٨٠.

(٢) ذهب الشافعي إلى أنّه لا ميراث لهم، وأنّ بيت المال أولى منهم، وقال أبوحنيفة خلاف ذلك، راجع مختصر المزني: ١٣٨، والحاوي الكبير ٨: ٧٣.

(٣) لم يرد في أكثر النسخ.

ثلاث بنات ابن بعضهنّ أسفل من بعض، مع كلّ واحدة عمّةُ عمّتِها، هنّ تسعة: ثلاث بنات ابن، وثلاث عمّات، وثلاث عمّات عمّات، بيانه: عمّة العليا بنت الميّت، وعمّة عمّتها أُخت الميّت، وعمّة الوسطى أُخت العليا، وعمّة عمّتها بنت الميّت، وعمّة السفلى أُخت الوسطى، وعمّة عمّتها أُخت العليا، حصل هاهنا أُخت وبنتان وثلاث بنات ابن، وبنتا ابن ابن، وبنت ابن ابن ابن، للبنتين الثلثان، والباقي للأُخت؛ لأنّ الأخوات مع البنات عصبة، وعندنا للبنتين الثلثان، والباقي ردّ عليهما وسقط الباقون.

لا تحجب الأُمّ إلّا الولد وولد الولد والإخوة، فأمّا أولاد الأخ فلا يحجبونها بلا خلاف. وفي أصحابنا من قال: إنّ ولد الولد لا يحجب الأُمّ[1] وهو شاذّ.

أولاد الأخ يقومون مقام آبائهم في مقاسمة الجدّ ولم يوافقنا عليه أحد.

ولد الأُمّ إن كان واحداً له السدس، وإن كانوا اثنين فصاعداً لهم الثلث يتساوون فيه خلاف[2] الذكر والأُنثى فيه سواء.

الإخوة والأخوات للأب والأُمّ يقومون مقام الولد إذا لم يكن هناك أبوان، فيسقط معهم الإخوة والأخوات من الأب بلا خلاف، ويقومون مقام الولد في سائر الأشياء، إن كانت واحدة فلها النصف، وإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان. وإن كان أخ من أب وأُمّ له المال، وإن كانوا ذكوراً كان المال بينهم بالسويّة. وإن كانوا إخوة وأخوات المال بينهم للذكر مثل حظّ الأُنثيين بلا خلاف في جميع ذلك، لقوله تعالى: ﴿يستفتونك قل اللّه يفتيكم في الكلالة...﴾[3]، الآية إلى آخرها.

لا يرث مع الأخ والأُخت من قبل الأب والأُمّ أحد من أولاد الأب خاصّة، واحدة كانت أو اثنتين أو إخوة وأخوات، وسواء كان الّذي للأب أُخت

---

(١) كالصدوق في المقنع: ٤٨٩، والفقيه ٤: ٢٦٩.

(٢) راجع المجموع ١٦: ٨٣، ومختصر المزني: ١٣٨.

(٣) النساء: ١٧٦.

واحدة أو أُختان أو إخوة أو أخوات، بل المال كلّه للّذي يجمع السببين واحدة كان أو ما زاد عليها:

إن كان أُختاً فلها النصف بالتسمية والباقي ردّ عليها، وإن كانتا اثنتين لهما الثلثان بالتسمية والباقى ردّ عليهما، وفيه خلاف[١] فإن كانوا ذكوراً وإناثاً بينهم للذكر مثل حظّ الانثيين بلا خلاف.

وإن كان معهم ولد الأُمّ فله نصيبه، إن كان واحداً له السدس، وإن كانتا اثنتين فصاعداً لهم الثلث ذكوراً كانوا أو إناثاً. ولا يرث مع جميع من ذكرناه ولا مع واحد منهم العصبة بحال، وفي أكثر ذلك خلاف[٢].

والإخوة والأخوات من قبل الأب يقومون مقام الإخوة والأخوات من قبل الأب والأُمّ ـ واحداً كان أو اثنين ذكراً كان أو أُنثى ـ في جميع الأحكام، مع الأخ أو الأُخت أو معهما من قبل الأُمّ ومع العصبة وعلى كلّ حال إذا لم يكن هناك أحد من قبل أب وأُمّ بلا خلاف، إلّا في مسألة المشتركة.

وهي: زوج وأُمّ وإخوة لأُمّ وإخوة لأب وأُمّ، فإنّ عندهم للزوج النصف، وللأُمّ السدس، وللإخوة للأُمّ الثلث، ويشاركهم الإخوة للأب والأُمّ في ثلثهم ذكرهم وأُنثاهم سواء، فإن كان معهم إخوة لأب لم يرثوا معهم ويسقطون[٣].

وعندنا في هذه المسألة للزوج النصف، وللأُمّ الثلث بالتسمية والباقي ردّ عليها، ويسقط الباقون.

الأب له ثلاثة أحوال: حال يأخذ المال بالرحم، وحال بالتعصيب وحده،

---

(١) الخلاف مذكور في الحاوي الكبير ٨: ١٠٦، ومختصر المزني: ١٣٨، والمغني لابن قدامة ٧: ١٣ ـ ١٤.

(٢) راجع الانتصار للسيّد من كتب الإماميّة، ومختصر المزني: ١٣٨، والمغني لابن قدامة ٧: ٤٩، والمجموع ١٦: ٨٣ من كتب العامّة.

(٣) قال به الشافعي ومالك وإسحاق كما في المغني لابن قدامة ٧: ٢٢ والحاوي الكبير ٧: ١٠٦.

وحالة يأخذ بالرحم والتعصيب.

أمّا الحالة الّتي يأخذ بالرحم: فإنّه يأخذ السدس مع الابن وابن الابـن؛ لأنّ تعصيب الابن أقوى من تعصيب الأب، فيردّه إلى الرحم لقوله تعالى: ﴿لكلّ واحد منهما السدس ممّا ترك إن كان له ولد﴾[١] وهاهنا له ولد.

وأمّا الحالة الثانية: إذا كان يأخذ بالتعصيب، وهو ينقسم قسمين:

أحدهما: إذا كان يأخذ جميع المال، وهو إذا كان وحده، أو كان مع من يدلي به وهو الجدّ، أو كان مع من يدلي بمن يدلي به وهو الأخ؛ لأنّ الأخ يدلي بالجدّ، والجدّ يدلي بهذا، فإنّه يأخذ هاهنا جميع المال.

والقسم الثاني: إذا كان معه من له فرض غير الولد مثل الزوج والزوجـة أو الجدّة؛ لأنّ زوجاً وأباً، للزوج النصف والباقي للأب.

زوجة وأب، للزوجة الربع والباقي للأب.

جدّة وأب، للجدّة السدس والباقي للأب.

وعندنا: أنّ سدس الجدّة من ماله طعمة لها إن كانت من قِبَله، وإن كانت من قِبَل الأُمّ لا شيء لها.

أبوان: للأُمّ الثلث، والباقي للأب.

وإذا كان مع الأبوين إخوة فللأُمّ السدس والباقي للأب بلا خلاف إلّا رواية شاذّة عن ابن عبّاس، فإنّه قال: السدس الّذي حجبوا به الأُمّ يكون للإخوة[٢].

وهذه المسائل كلّها لا خلاف فيها، غير أنّ عندنا الأب له حالتان: حالة يأخذ بالفرض وهو مع وجود الولد وولد الولد. والثاني[٣] مع عدم الولد يأخذ بالقرابة في جميع هذه المسائل ولا نعرف التعصيب.

---

(١) النساء: ١١.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ٦ ٢٢٧.

(٣) كذا، والمناسب: الثانية، ولعلّه ذكرها لعدم حصول الاشتباه مع أعداد قوله: الأب له ثلاثة أحوال.

الحالة الثالثة: إذا كان يأخذ بالرحم والتعصيب، وهو إذا كان معه ذو فرض من الأولاد، مثل بنت وأب، للأب السدس وللبنت النصف، والباقي يردّ على الأب بالتعصيب.

بنتان وأب، للأب السدس وللبنتين الثلثان، والباقي للأب بالتعصيب. بنت وبنت ابن وأب، للأب السدس وللبنت النصف ولبنت الابن السدس، والباقي للأب بالتعصيب.

وهذه المسائل كلّها عندنا: للبنت أو البنتين فريضتهما وللأب السدس، والباقي ردّ عليهما أو عليهم على قدر أنصبائهم. فأمّا بنت الابن فلا ترث عندنا مع البنت للصلب شيئاً أصلاً. وإذا انفردت مع الأب كان للأب السدس والباقي لها؛ لأنّها تأخذ نصيب الابن الّذي يتقرّب به، وله المال كلّه بعد السدس.

[٥]
فصل في ميراث الجدّات

قد رتّبنا ميراث الأجداد والجدّات في النهاية على ما لا مزيد عليه، وفيما عقدناه من ميراث من يأخذ بالقرابة بيّنّا ما فيه مقنع[١] ونسوق الآن ترتيب الفقهاء كما فعلناه في العصبة.

فأوّل الدرجة جدّتان، الدرجة الثانية تكون أربعة، الدرجة الثالثة تكون ثمانية، الرابعة ستّة عشر، الخامسة اثنان[٢] وثلاثون، السادسة أربعة وستّون، ثمّ على هذا القياس... كلّما تزيد درجة يزيد ضعفها. وإنّما كان كذلك؛ لأنّه ما من جدّة إلّا ولها أبوان، ويكون لأبيها جدّة ولأُمّها جدّة، فكلّما ترتفع درجة ترتفع معه جدّتان.

---

(١) راجع النهاية ٣: ٢١٥ ـ ٢٢٠.

(٢) كذا في النسخ والمناسب: اثنتان.

فإذا ثبت هذا، فإنّ أُمّ الأُمّ ترث وإن علون إجماعاً، وأُمّ أب الأُمّ عندنا ترث وعندهم لا ترث[١] وأُمّ أُمّ الأب ترث وإن علون إجماعاً، وأُمّ أب الأب عندنا ترث، وفيهم من قال: لا ترث[٢] وفيها خلاف[٣].

أُمّ أُمّ أُمّ هي أُمّ أب أب، عندنا تأخذ المال من الطرفين، وصورتها: أنّ امرأة كانت لها ابن ابن ابن وبنت بنت بنت، فتزوّج ابن ابن ابن بنت بنت بنت، فجاءت بولد، هي الآن أُمُ أُمّ أُمّ و أُمّ أب أب، فيجب أن يستحقّ المال من الطرفين، وفيها خلاف بين الفقهاء[٤].

وذهب بعضهم إلى أنّ كلّ جدّة تدلي بالأُمّ فإنّها ترث إجماعاً[٥] وكلّ جدّة تدلي بالجدّ الّذي هو وارث فهل ترث أم لا؟ قيل: فيه قولان، فمن قال: لا ترث، فليس في الدنيا جدّة ترث من قبل الأُمّ إلّا جدّتان[٦] ومن قال: ترث فترث جميع الجدّات إلّا واحدة[٧].

تنزيل الجدّات:

قد بيّنّا أنّ أوّل درجة الجدّات هما جدّتان، وهي أُمّ أُمّ وأُمّ أب، وهي ثاني درجة الميّت، والدرجة الثانية أربع جدّات، وفي الدرجة الثالثة ثمانية[٨] جدّات وفي الدرجة الرابعة ستّة عشر، وفي الخامسة اثنان[٩] وثلاثون، وعلى هذا كلّما ترتفع درجة زاد من الجدّات ويتضاعف؛ لأنّه إذا كان له أبوان فأُمّهما جدّتان، فكذلك الجدّة لها أبوان، فلها جدّتان، وكلّما ترتفع درجة تزيد جدّة.

---

(١) منهم الشافعي وأبوحنيفة وجمهور من الصحابة والتابعين كما في الحاوي الكبير ٨: ١١١، والمجموع ١٦: ٧٤.

(٢ و٣) راجع المجموع ١٦: ٧٤، والحاوي الكبير ٨: ١١١.

(٤) راجع الحاوي الكبير ٨: ١١٣.

(٥) راجع المغني لابن قدامة ٧: ٥٦ ـ ٥٧.

(٦ و٧) راجع الحاوي الكبير ٧: ١١١، والمغني لابن قدامة ٧: ٥٦ ـ ٥٧، والموطّأ لمالك ٢: ٥١٤.

(٨) كذا في النسخ، والمناسب: ثماني.

(٩) هكذا في النسخ، والمناسب: اثنتان.

ففي الدرجة الأوّلة: جدّتان أُمّ أُمّ وأُمّ أب، هما وارثتان بلا خلاف. الثانية: أربع جدّات إحداهما أُمّ أُمّ الأُمّ وارثة بلا خلاف، الثانية أُمّ أب الأُمّ فهي لا ترث عندهم، إلّا ابن سيرين، فإنّه قال: إنّ أُمّ أب الأُمّ ترث لأنّها جدّة[١]. الثالثة أُمّ أُمّ أب ترث بلا خلاف. الرابعة: أُمّ أب أب ترث، وفيهم من قال: لا ترث[٢]. والصحيح الأوّل، وعليه التفريع. وترث أُمّ أُمّ، وأُمّ أُمّ أب وأُمّ أب أب أب عندهم.

فالجدّتان المتساويتان في الدرجة الأُولى، والأربع جدّات المتساويات في الدرجة الثانية، والثمانية[٣] جدّات في الدرجة الثالثة، والستّ عشر متساويات في الرابعة كلّهنّ ترثن عندنا، غير أنّ القربى تُسقط البُعدى. وعند الفقهاء الجدّتان الوارثتان المتساويتان في الدرجة الأُولى أُمّ أُمّ وأُمّ أب وثلاث جدّات وارثات في الثانية، وأربع جدّات وارثات في الثالثة، وعشر جدّات وارثات في الدرجة التاسعة، ومائة جدّات وارثات في الدرجة التاسع والتسعين[٤]. وإنّما كان كذلك؛ لأنّه كلّما ترتفع الدرجة زادت واحدة.

وهاهنا أجداد ليسوا بوارث عندهم إلّا جدٌّ واحد يرث فيرث من يدلي به، وهي الجدّة، وكلّما ترتفع درجة تزيد جدّة وارثة. وفي عشر جدّات وارثات من قبل الأُمّ واحدة، والباقون كلّهنّ من قبل الأب، فلأجل ذلك كنّ في تسع درج عشر جدّات؛ لأنّ هذه الزيادة كانت في الدرجة الأوّلة كانتا جدّتين أُمّ أُمّ وأُمّ أب، والباقين كلّهنّ من قبل الجدّ وبقي الّتي زادت من قبل الأُمّ حتّى حصلت في تسع درج عشر جدّات.

---

(١) وافقه عطاء وجابر بن زيد كما في الحاوي الكبير ٨: ١١١، والمجموع ١٦: ٧٦، والمغني لابن قدامة ٧: ٥٥.

(٢) منهم الزُهري، وربيعة، ومالك كما في المجموع ١٦: ٧٦.

(٣) كذا في النسخ، ولكن الصواب: الثماني.

(٤) كما في المجموع ١٦: ٧٧.

والبُعدى تسقط بالقرُبى إذا كنّ من جهة واحدة مثل أن تكون أُمّ أُمّ أُمّ مع أُمّ أُمّ أُمّ، فإنّ أُمّ أُمّ الأُمّ تسقط مع أُمّ الأُمّ؛ لأنّها تدلي بها. وكذلك تسقط أُمّ أُمّ أُمّ أب بأُمّ أُمّ أب. وكذلك أُمّ أب أب أب تسقط بأُمّ أب أب. وهذه أيضاً جهة واحدة إذ كانت منفردة. وأُمّ أب أب لا تسقط بأُمّ أُمّ أب؛ لأنّهما تتساويان في الدرج. وعندهم يسقط؛ لأنّ الجهة واحدة، وفيها خلاف[١].

وأمّا إذا كانتا من جهتين من قبل الأب ومن قبل الأُمّ مثل أن يكون أُمّ أُمّ أُمّ وأُمّ أُمّ أب، فعندنا أنّه لا تسقط واحدة منهما؛ لأنّهما متساويتان في الدّرج. والمال بينهما يأخذ كلّ واحدة نصيب من يتقرّب به، وفيها خلاف[٢].

[٦]
فصل في ذكر العَصَبَة

القول بالعصبة باطل، ولا نُعرف في موضع من مواضع الميراث بالتعصيب. وقال جميع الفقهاء: إنّ الميراث بالتعصيب صحيح[٣]. وقال قوم: العصبة ما يحوز

(١ و٢) اختلفت الصحابة في ذلك على ثلاثة مذاهب:
فذهب عليّ عليه السلام إلى أنّه تسقط البُعدى بالقُربى، سواء كانت من قبل الأب أو الأُمّ مثل ما قلناه، وبه قال أهل العراق.
وقال ابن مسعود: يتشاركون فيه القُربى والبُعدى من قبل الأب ومن قبل الأُمّ ـ وقد انفرد بها ابن مسعود وهي من الخمس مسائل الّتي انفرد بها ـ وإن كانتا من جهة واحدة ورث أقربهما وقيل: إنّه ورث القربى والبعدى من جميع الجهات.
والثالث: مذهب زيد بن ثابت، أنّه قال: إن كنّ من قبل الأُمّ فإنّ البُعدى تسقط بالقُربى. وإن كنّ من قبل الأب ففيه روايتان: إحداهما لا تسقط ويشرك بينهما في السدس، وبه قال مالك وأكثر أهل الحجاز. والثاني أنّهما إن كانتا من قبل أُمّ فإنّ القُربى تُسقط البُعدى، وإن كانتا من قبل أب فعلى قولين مثل قول زيد، راجع الحاوي الكبير ٨: ١١٢ـ١١٣، والمجموع ١٦: ٧٧ـ٧٨.
(٣) راجع الحاوي الكبير ٨: ١١٤، والمجموع ١٦: ٩٧، والمغني ٧: ١٩.

المال ويجمع ويحيط بالمال، ولهذا سُمّيت «العصابة» عصابة؛ لأنّها تحيط بالرأس[١].

فإذا ثبت هذا، فالعصبة ترث المال عندهم. والعصبات يتفرّع من نفسين: من ابن وأب: أمّا الابن: فإنّ ابن ابن ابن يكون منه. والأب: فالأخ يدلي بالأب، وابن الأخ والعمّ يدلى بالأب، وابن العمّ والجدّ كلّهم يدلون بالأب.

فأوّل العصبات من هؤلاء: عصبة الولد، لقوله تعالى: ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذّكر مثل حظّ الأنثيين﴾[٢] ومن شأن العرب أن يفتتح ويبتدئ بالأهمّ فالأهمّ، ولأنّ الابن أقوى عصبة من الولد؛ لأنّ الله تعالى جعل للأب السدس مع الولد فجعل ميراثه مع الولد السدس بالرحم كالأُمّ؛ لأنّ الابن عصبة وأسقط عصبته، فثبت بذلك أنّ الابن أقوى.

فإذا ثبت أنّه أولى بالتعصيب من الأب، فإن كان واحداً فله المال كلّه. وإن كانا اثنين فالمال بينهما بالسويّة. وإن كانوا ذكوراً وإناثاً بينهم للذكر مثل حظّ الانثيين.

وابن الابن وإن نزل يقوم مقام الابن مع الأب بلا خلاف. وإن لم يكن ولد ولد أصلاً فالمال للأب بلا خلاف. فإن لم يكن أب فالجدّ؛ لأنّه يدلي بالأب. فإن لم يكن جدّ فجدّ الجد وإن علا. فإن اجتمع جدّ وأخ تقاسما عندنا، وفيه خلاف[٣]. وجدّ الأب يسقط مع الأخ. وفيهم من قال: لا يسقط[٤] وهو الأقوى.

وإن لم يكن جدّ وكان عمّ وأخ سقط العمّ مع الأخ بلا خلاف؛ لأنّه ولد الأب

---

(١) ذكر النووي القول به عن البيان في المجموع ١٦: ١٠٠.

(٢) النساء: ١١.

(٣) والخلاف من الشافعيّة، كما في الحاوي الكبير ٨: ١٢٢.

(٤) انظر مختصر المزني: ١٣٩، والحاوي الكبير ٨: ١٢٢.

والعمّ ولد الجدّ. وإن اجتمع الأب مع الجدّ كان الأب أولى.

والأخ من الأب والأُمّ أولى من الأخ من الأب لأنّه يتقرّب بسببين. فإن لم يكن أخ من أبٍ وأُمّ فالأخ من الأب يقوم مقامه وكان أولى من ابن الأخ للأب والأُمّ. كلّ هذا لا خلاف فيه، وإن اختلفوا في تعليله، فعندنا أنّهم أولى؛ لأنّهم أقرب. وعندهم أولى لأنّ تعصيبهم أقوى[١].

فإن لم يكن أخ من أب فابن أخ من أب وأُمّ، فإن لم يكن فابن أخ من أب، فإن لم يكن فالعمّ من الأب والأُمّ، لأنّه ولد الجدّ فيقوم مقام أبيه، كما أنّ وُلد الأب يقومون مقام أبيهم، فإن لم يكن عمّ من أب وأُمّ فعمّ من أب، فإن لم يكن فابن عمّ لأب وأُمّ. وعند أصحابنا أنّه أولى من العمّ للأب[٢]. فإن لم يكن فابن العمّ للأب، فإن لم يكن فعمّ الجدّ، فإن لم يكن عمّ الجدّ فبنوهم، فإن لم يكن فعمّ جدّ الجدّ ثمّ بنوهم... على هذا التدريج.

ابنا عمّ أحدهما أخ من أُمّ: فللأخ من الأُمّ السدس بالفرض. والباقي ردّ عليه؛ لأنّه أقرب والتعصيب باطل وفيه خلاف[٣].

[٧]
فصل في ذكر الولاء

الولاء لُحمة مثل النسب يثبت به الميراث، إلّا أنّه لا يرث المولى مع وجود

---

(١) ذكره النووي في المجموع ١٦: ١٠٠.

(٢) صرّح به المفيد في المقنعة: ٦٩٢، والقاضي في المهذّب ٢: ١٤٥، وأبو الصلاح في الكافي: ٣٦٩.

(٣) قال الشافعي وباقي الفقهاء: الباقي بينهما نصفان بالتعصيب، ورووا ذلك عن عليّ عليه السلام وعن زيد بن ثابت، وبه قال من الفقهاء مالك والأوزاعي وأبو حنيفة وأهل العراق وأهل الحجاز، وذهب عمر وابن مسعود إلى أنّ الأخ من الأُمّ يسقط، وبه قال شريح والحسن وابن سيرين، راجع الحاوي الكبير ٨: ١١٥.

واحد من ذوي الأنساب، سواء كان ذا فرض أو لم يكن ذا فرض، قريباً كان أو بعيداً من قبل أب كان أو من قبل أُمّ، وعلى كلّ حال.

وإذا لم يكن له أحد كان ميراثه لمولاه الّذي أعتقه أو من يتقرّب من جهته من الولد والوالدين أو إخوته من قبل أبيه وأُمّه أو من قبل أبيه.

وفي أصحابنا من قال: والأخوات من جهتهما أو من يتقرّب بأبيه من الجدّ والعمومة وأولادهم[1]. ولا يرث أحد ممّن يتقرّب من جهة أُمّه من الإخوة والأخوات ومن يتقرّب بهما، ولا الجدّ والجدّة من قبلها، ولا من يتقرّب بهما. فإن لم يكن أحد ممّن ذكرناه كان ميراثه للإمام وعند المخالف لبيت المال.

روي عن النبيّ ﷺ أنّه قال: «الولاء لُحمة كلُحمة النسب، لا تُباع ولا تُشترى ولا توهب»[2] ويتعلّق بالولاء ثلاثة أحكام: النكاح والعَقْل والميراث. وهذه كلّها تتعلّق بالنسب أيضاً. ويتعلّق بالنسب زائداً على ذلك العتق والولاية والإجبار على النكاح والشهادة.

إذا ثبت هذا، فإنّ النسب يتعلّق به ما لا يتعلّق بالولاء، فيكون أقوى من الولاء، فلأجل ذلك يجب أن يقدّم. فإذا ثبت ذلك، فمتى وجد من أهل النسب واحد فالمولى لا يرث:

وهم ثلاثة أنواع، منهم: من يأخذ الكلّ بالتعصيب، مثل الابن والأب والجدّ والعمّ وابن العمّ إذا كانوا موجودين. والثاني: من يأخذ بالفرض من جميع المال وهو الزوج والأُخت. والثالث: من يأخذ بالفرض والتعصيب، مثل بنتٍ وعمّ وأُختٍ وعمّ وبنتٍ وابن عمّ وبنتٍ وابن أخ، فإن لم يكونوا أُولئك فالمولى يرث.

---

(١) نظراً إلى انقضاء نظام الرقّيّة في هذه الأعصار وعدم البلوى بهذه المسائل طوينا كشحنا عن ذكر مآخذ الأقوال ومصادر الآراء.

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٢٤٠، التهذيب ٨: ٢٥٥/٩٢٦.

هذا مذهب من قال بالتعصيب، وعلى ما قدّمناه لا يرث المولى إلّا مع عدم ذوي الأنساب، سواء ورث بالفرض أو بالقرابة، قريباً كان أو بعيداً. فأمّا في هذه المسائل فلا شيء فيها للمولى، وهو الأقرب فالأقرب على ما قدّمنا القول فيه.

والمولى له حالتان عندنا: إمّا أن يأخذ المال كلّه مع عدم ذوي الأنساب والأسباب، وإمّا أن لا يأخذ شيئاً. وليس له حالة يأخذ مع واحدٍ من ذوي الأنساب، لا مع من له فرض ولا مع من ليس له فرض. وعند المخالف له حالتان: حالة يأخذ كلّ المال وحالة يأخذ النصف، وذلك إذا كان معه واحد ممّن يأخذ النصف مثل الأُخت والبنت.

وعندنا إنّما يأخذ النصف المولى مع الزوج فقط، والزوجة تأخذ الربع والباقي للمولى، ومتى لم يكن له مولى فعصبة المولى، فإن لم يكن عصبة المولى فمولى المولى، فإن لم يكن مولى المولى فعصبة مولى المولى، فإن لم يكن عصبة مولى المولى فعندنا للإمام، وعندهم لبيت المال.

وقد ذكرنا في النسب: أنّ من يتفرّع منه العصبة نفسان: أب وابن، كذلك هنا في الولاء الّذي يتفرّع منه العصبة أبو المولى وابن المولى، فابن المولى والأب يرثان معاً من الولاء؛ لأنّهما في درجة، وعندهم الابن أولى. وأمّا الابن أولى من ابن الابن بلا خلاف، والأب أولى من الجدّ ثمّ الجدّ أولى من الأخ عندهم، وعندنا يشتركان فيه. والأخ أولى من العمّ بلا خلاف. وابن الأخ يشترك عندنا مع الجدّ، وعندهم الجدّ أولى. وابن الأخ أولى من العمّ وابن العمّ بلا خلاف فيه، وكذلك العمّ أولى من ابن العمّ، وعلى هذا...

والإخوة والأخوات من الأُمّ ومن يتقرّب بهما لا يرثون الولاء بلا خلاف. وقد بيّنّا أنّ ابن الأخ يقاسم الجدّ وإن علا ذلك ونزل هذا، وعندهم لا يقاسم. ومتى لم يكن له عصبة فعصبة المولى، فإن لم يكن عصبة المولى فمولى المولى، فإن

لم يكن مولى المولى فعصبة مولى المولى. ومتى كانوا في درجة اشتركوا في الولاء، ومتى بَعُد أحدهما كان الولاء للأقرب.

والمرأة إذا أعتقت فالولاء لها وترث بالولاء بلا خلاف. ولا ترث المرأة بالولاء إلّا في موضعين: أحدهما إذا باشرت العتق فيكون مولى لها، أو يكون مولى المولى لها.

إذا خلّف المولى إخوة وأخوات من الأب والأُمّ أو من الأب أو أخاً وأُختاً كان ميراث مولاه بينهم للذكر مثل حظّ الانثيين. وقال المخالفون: للذكور دون الاناث. وفي أصحابنا من قال بذلك.

مولى مات وخلّف ثلاث بنين، مات أحد البنين وخلّف ابنين، مات الثاني وخلّف ثلاث بنين، مات الثالث وخلّف خمس بنين، ثمّ مات مولاه، فإنّ الولاء بينهم أثلاثاً يأخذ كلّ قوم منهم نصيب أبيه، وقال المخالف: المال بينهم على عدد رؤوسهم، وفي الميراث لا خلاف أنّ كلّ واحد يأخذ نصيب من يتقرّب به.

إذا مات المعتِق لا يرثه المعتَق بلا خلاف إلّا شريحاً وطاووساً.

رجل زوّج أمته من عبد ثمّ أعتقها فجاءت بولد كان الولد حرّاً بلا خلاف عندنا؛ لأنّه لاحق بالحرّيّة، وعندهم أنّه لاحق بأُمّه وولاؤه يكون لمولى الأُمّ، فإن أعتق العبد جرّ الولاء إلى مولى نفسه. وهذه المسألة يسمّيها الفرضيّون مسألة الجرّ، وبه قال أكثر أهل العلم. وفيه خلاف.

رجل زوّج معتقته بمعتق غيره، فجاءت بولد فنفى الولد باللعان، فإنّه ينتفي باللعان، ويكون الولاء لمولى الأمة. فإن أكذب نفسه فإنّه يرجع النسب إلى الأب والولاء إلى مولى الأب. ويقتضي مذهبنا أنّ الولاء لا يرجع إلى المولى؛ لأنّهم قالوا: إذا اعترف به بعد اللعان فإنّ الأب لا يرثه، وإنّما يرثه الابن.

رجل زوّج معتقته بمعتق غيره، فإن ولدت بولدين فنفاهما باللعان فإنّهما

ينتفيان، فقتل أحد الابنين الآخر، فإنّ القاتل لا يرث، ويكون ميراثه لأُمّه عندنا، وعندهم الثلث للأُمّ والباقي لمولى الأُمّ. فإن أكذب نفسه، فإنّه يرجع الولاء إلى مولى الأب ويسترجع ثلثا الميراث ويدفع إلى الأب. وعندنا المال للأُمّ ولا يسترجع منها شيء بعد انقضاء اللعان.

المسألة بحالها، زوّج معتقته بعبد فأولدت ولدين فقتل أحدهما الآخر، فالقاتل لا يرث، ويكون ثلث المال للأُمّ والباقي ردّ عليها، وعندهم لمولاها، فإن أعتق العبد، فإنّ الولاء يرجع إلى مولى العبد ولا يردّ الثلثان إليه.

والفرق بين هذه المسألة والّتي قبلها: أنّ هناك أخذ مولى الأُمّ بغير استحقاق فلأجل هذا لمّا أكذب نفسه استرجعنا. وليس كذلك هاهنا؛ لأنّ مولى الأُمّ أخذه باستحقاق؛ لأنّه حين أخذه ما كان العبد من أهل الولاء، ولا ولاء لأحد عليه. وعندنا أنّ الولاء يرجع إلى مولى العبد، غير أنّه لا يرث واحد منهم مع وجود الأُمّ شيئاً. وإن ماتت الأُمّ كان مولى العبد أولى. وعلى ما قلناه قبل هذا لا يرجع الولاء أيضاً؛ لما مضى.

رجل زوّج أمته بعبد فجاءت بولد فأعتقها سيّدها مع ابنها، فإنّ الولاء لمولى الأمة، ثمّ أعتق العبد فإنّ هاهنا لا ينجرّ الولاء إليه.

والفرق بين هذه المسألة والّتي قبلها حيث قلنا إنّه إذا اعتق العبد ينجرّ الولاء؛ لأنّ هناك ما صادف عتقاً هذا الابن وما باشر العتق، لأجل هذا قلنا: ينجرّ الولاء إلى مولى الأب، وليس كذلك هاهنا لأنّه صادف عتقاً وباشر العتق، فلم ينجرّ الولاء إلى غيره.

رجل زوّج أمته بعبد فاستولدها بولد ثمّ أحبلها ثمّ أعتقها سيّدها، فإنّ العتق يسري إلى الحمل ويعتق، كما لو باشر العتق، فإن أعتق العبد يكون الولاء لمولى الأمة؛ لما تقدّم ذكره.

رجل زوّج أمته بعبد فاستولدها بولد ثمّ أحبلها ثمّ أعتقها سيّدها، فإنّه يعتق الابن والحمل جميعاً؛ لما ذكرناه من السراية. فإن أعتق العبد يكون ولاء الابن والحمل جميعاً لمولى الأُمّ، لا ينجرّ إلى الأب، فإن جاءت بولد ثالث يكون الولاء لمولى الأب؛ لأنّه هو المنعم عليه.

عبد تزوّج بأمة ثمّ طلّقها تطليقتين أو خالعها فبانت منه، ثمّ أُعتقت الأمة وأتت بولد، فالولد يكون حرّاً تبعاً لأُمّه؛ لأنّه لا يخلو: إمّا أن تكون أتت به بعد العتق أو كان موجوداً حال العتق. فإن أتت به بعد العتق فإنّ ولد المعتقة يكون معتقاً وإن كان موجوداً حال العتق وكانت حبلى، فإنّ عتق الأُمّ يسري إلى ولدها وحملها فإن أعتق العبد لا ينجرّ الولاء ويكون ولاء هذا الابن لمولى الأُمّ لأنّه لا يخلو إمّا أن تكون أتت به في وقت يمكن إلحاقه به، أو يكون أتت به في وقت لا يمكن إلحاقه به:

فإن أتت به في مدّة لا يمكن إلحاقه به مثل أن يكون فوق تسعة أشهر عندنا، وعند بعضهم فوق أربع سنين، فإنّ هاهنا لا يثبت النسب، فإذا لم يثبت النسب لا يثبت الولاء. وإن أتت به في مدّة يمكن إلحاقه به ـ مثل أن يكون أتت به من حين طلّقها إلى دون تسعة أشهر ـ فإنّا نشكّ فيه. ويجوز أن يكون موجوداً حال العتق، ويجوز أن لا يكون موجوداً والأصل بقاء الرقّ، فإذا ثبت هذا فإنّ لمولى الأمة عليه ولاؤه.

وإن تزوّج عبد بأمة فماتت ثمّ اعتقت الأمة وأولدت ولداً، فالحكم في هذا كالحكم في الّتي قبلها إذا طلّقها.

عبد تزوّج بمعتقة فجاءت بولد فإنّ الولاء لمولى الأُمّ. فإن مات العبد وخلّف جدّاً فاعتق الجدّ فإنّه ينجرّ الولاء الّذي كان لمولى الأُمّ إلى مولى نفسه؛ لأنّ الجدّ عصبة وهو يقوم مقام الأب. ولو كان الأب حيّاً لكان ينجرّ الولاء كذلك الجدّ

المسألة بحالها، عبد تزوّج بمعتقة فجاءت بولد حكمنا بالولاء لمولى الأُمّ، وكان هناك جدّ فاعتق الجدّ والأب حيّ، فهل يجرّ الولاء مولى هذا الجدّ من مولى الأُمّ إلى نفسه؟ قال قوم: يجرّ، وقال آخرون: لا يجرّ. والأوّل أقوى.

ولهذه المسألة نظير يبنى عليها، وذلك أنّ الأب إذا أسلم وله ولد، فإنّه يحكم بإسلام الابن تبعاً للأب. فإن مات الأب وأسلم الجدّ فإنّا نحكم بإسلامه لإسلام الجدّ. وإن كان الأب حيّاً وأسلم الجدّ هل يحكم بإسلام هذا الولد تبعاً للجدّ؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: يحكم به، وهو الأقوى؛ لأنّه لو ملكه لا يعتق عليه. والثاني: لا يحكم بإسلامه؛ لأنّ الولد يكون تبعاً للأب، فأمّا أن يكون تبعاً للجدّ مع وجود الأب فلا.

ويفارق ما قالوه: من أنّه إذا ملكه عتق عليه؛ لأنّ ذلك تمليك ويصحّ للجدّ أن يملك مع وجود الأب، وليس كذلك هاهنا؛ لأنّه يكون تبعاً ولا يجوز أن يكون تبعاً للجدّ مع وجود الأب. كذلك هاهنا على وجهين، أحدها: ينجرّ إلى الجدّ وهو الأقوى. والثاني: لا ينجرّ، فمن قال: لا ينجرّ، فإنّ الولاء لمولى الأُمّ، فإن مات الأب انجرّ إلى الجدّ حينئذٍ. ومن قال: ينجرّ إلى الجدّ، فإنّ الولاء يكون لمولى الجدّ فإن أعتق الأب انجرّ من جدّه إلى نفسه.

حرّ تزوّج بأمة فأُعتقت ثمّ جاءت بولد لستّه أشهر، وأكثر، فإنّ هاهنا لا يثبت الولاء لأحد؛ لأنّه أتت به من حرّ، وقال قوم: إن كان من عربيّ فلا يثبت الولاء هاهنا لأحد بناءً على أصله: أنّ عبدة الأوثان من العرب لا يسترقّون، وإن كان أعجميّاً يثبت عليه الولاء. والأوّل أقوى؛ لأنّ الأصل الحرّيّة وعدم الولاء، فإثباتهما يحتاج إلى دلالة، وليس هاهنا معتق. والنبيّ ﷺ قال: «الولاء لمن أعتق» وهذا ما أعتق.

عبد تزوّج بمعتقة رجل فأتت بولد، فإنّه يكون حرّاً ولمولى الأُمّ عليه الولاء

فأُعتق العبد ومات الولد، فإنّ ولاءه ينجرّ إلى مولى الأب، فإن لم يكن مولى الأب فعصبة مولى الأب، فإن لم يكن عصبته فمولى عصبة مولى الأب، وإن لم يكن مولى ولا عصبة كان ميراثه عندنا للإمام، وعندهم لبيت المال.

وحكي عن ابن عبّاس أنّه قال: الولاء لمولى الأُمّ؛ لأنّ الولاء كان له، فلمّا جرّ مولى الأب كان له، فلمّا لم يكن عصبة المولى عاد الولاء إلى مولى الأُمّ، كما لو لم تكن عصبة الأب. والأوّل أقوى؛ لأنّ عوده إليه بعد أن كان انجرّ عنه يحتاج إلى دليل.

عبد تزوّج بمعتقة رجل وبحرّة، أو تزوّج بمعتقتين ـ فإنّ الحكم لا يتغيّر ـ فجاءت المعتقة بولد، فإنّ ولاءه لمولى الأُمّ، فمات الولد فالأب لا يرث؛ لأنّه عبد وتعطى أُمّه الثلث والباقي يردّ عليها عندنا. وعند المخالف الثلثان لمولى الأُمّ فإن أتت الحرّة بولد نظرت، فإن أتت به في ستّة أشهر وأكثر فإنّه لا ينقض شيء والميراث على حاله؛ لأنّا تبيّنّا أنّه ما كان موجوداً حال موت ذلك الولد. وإن أتت به لستّة أشهر ودونه فإنّا ننقض ذلك الحكم ونسترجع الثلثين الّذي دفعنا إلى مولى الأُمّ؛ لأنّ الوارث الآن هو الولد الّذي ولد الآن؛ لأنّا تبيّنّا أنّه كان موجوداً حال موته، فيكون للأُمّ الثلث والثلثان لهذا الولد. وعندنا المال كلّه للأُمّ بالفرض والردّ، ولا شيء للمولى معها بحال على ما مضى القول فيه.

امرأة اشترت عبداً فأعتقته، فالولاء لها عليه. اشترى هذا المعتق عبداً وأعتقه ومات المعتق الأوّل نظرت، فإن كان له مناسب فالمال له، وإن لم يكن له مناسب فالمال لمولاته.

فإن مات المعتق الثاني نظرت، فإن كان له مناسب فالمال له، وإن لم يكن له مال وكان مولاه الّذي أعتقه باقياً فالمال له. وإن لم يكن الّذي أعتقه باقياً ولا مناسب له فالمال لمولاة المولى، وهي مولاة مولاة. وليس في الميراث موضع

ترث المرأة بالولاء إلّا هاهنا.

امرأة اشترت أباها فإنّه ينعتق عليها، فاشترى أبوها عبداً وأعتقه مات الأب المال لها: النصف بالتسمية والباقي بالردّ، ولا حكم للولاء. وعند المخالف الباقي لها بالولاء.

مات العبد المعتق المال لها أيضاً النصف بالفرض، والباقي لها، لأنّها بنت المولى. وقال المخالف: لها؛ لأنّها عصبة المولى.

بنتان اشترتا أباهما فإنّه ينعتق عليهما، فاشترى الأب أباه جدّاً لهما، مات الأب، للبنتين الثلثان بالفرض، والسدس للأب الّذي هو جدّهما، والباقي ردّ عليهم. وقال قوم: الباقي للجدّ بالفرض والتعصيب.

مات الجدّ، المال لهما عندنا بالقرابة؛ لأنّهما بنتا أبيه. وعند المخالف لهما الثلثان بالفرض والثلث بجرّ الولاء؛ لأنّ لهما الولاء على الأب انجرّ الجدّ، فلمّا مات الجدّ عاد الولاء عليهما، صارت المسألة من ستّة: الثلثان (أربعة) بالفرض، والثلث (سهمان) لكلّ واحدة منهما سهم، فيحصل لكلّ واحدة منهما ثلاثة أسهم.

بنتان اشترتا أباهما عتق عليهما، فاشترت أحدهما مع الأب جدّهما، فقد عتق عليهما؛ لأنّ الجدّ ينعتق على بنت الابن كما ينعتق على الابن. ولهما ولاء على الأب، ولإحداهما لها على الجدّ نصف الولاء، ونصف الولاء للأب.

مات الأب، للبنتين الثلثان، وللجدّ السدس، والباقي ردّ عليهم على قدر سهامهم وقال المخالف: الباقي للجدّ بالفرض والتعصيب، فيسقط تعصيب البنات.

مات الجدّ، لهما ولاء على الأب، ولإحداهما نصف الولاء على الجدّ، الثلثان بينهما. والّتي اشترت الجدّ مع الأب لها النصف من الثلث؛ لأنّ لها نصف الولاء من الجدّ، فبقي نصف الثلث يكون بينهما نصفين؛ لأنّ ولاء الأب بينهما، جعلت المسألة من اثني عشر، ثمانية بينهما بالفرض، يبقى أربعة: منها للّتي اشترت الجدّ مع الأب

سهمان، وبقي سهمان بينهما؛ لأنّ الولاء على الأب كان بينهما. فإن مات الجدّ أوّلاً فالمال كلّه للأب، وقد بيّنّا أنّ المال عندنا كلّه لهما بالقرابة دون الفرض والتعصيب.

بنتان اشترتا أباهما عتق عليهما، اشترت إحداهما مع الأب أخاً لها فنصف الابن ينعتق على الأب ولا يقوّم عليه الباقي؛ لأنّه معسر، والنصف الآخر للأُخت لا يعتق عليها؛ لأنّ الأخ لا يعتق على الأُخت بالملك، فإن تطوّعت فأعتقته أُعتق ويكون لها عليه نصف الولاء.

مات الأب، المال بينهم للذكر مثل حظّ الانثيين، فإن مات الأخ فللبنتين الولاء، ولإحداهما نصف الولاء على الأخ.

إذا ثبت هذا، فلهما الثلثان بالفرض والباقي ردّ عليهما بالقرابة عندنا. وعندهم يبقى ثلث، لإحداهما نصف الثلث بحقّ ولاء الأخ، يبقى نصف الثلث يكون بينهما نصفين.

المسألة تخرج من اثني عشر: الثلثان ثمانية، ونصف الثلث اثنان، ونصف نصف الثلث واحد، فيحصل لإحداهما سبعة أسهم، وللأُخرى خمسة أسهم. وكذلك المسألة الّتي قبلها، لإحداهما سبعة أسهم وللأُخرى خمسة. فإن مات أوّلاً الأخ فالمال كلّه للأب؛ لأنّ الأخوات لا يرثن مع الأب.

بنتان اشترت إحداهما الأب عتق عليها. اشترت الّتي لم تشتر الأب مع الأب جدّاً لهما فإنّه يعتق عليهما؛ لأنّ الجدّ يعتق على بنت الابن كما ينعتق على الابن. مات الأب، للبنتين الثلثان، وللأب الّذي هو جدّهما سهم. وعند المخالف الباقي للجدّ بالفرض والتعصيب. وعندنا الباقي ردّ عليهما وعلى الجدّ الّذي هو أب الأب، على قدر سهامهم.

مات الجدّ أيضاً، كان المال للبنتين كلّه بالقرابة. وعندهم الثلثان بالفرض، يبقى ثلث المال للّتي اشترت الجدّ مع الأب، لها على الجدّ نصف الولاء، يأخذ من

هذا نصف الثلث سهم، يبقى سهم للأُخرى؛ لأنّ ولاء الأب لها وهذا نصيب الأب. المسألة من ستّة، ثلثاه (أربعة) بينهما وسهم للّتي اشترت الجدّ، وسهم للأُخرى بحقّ الولاء على الأب. فإن مات الجدّ أوّلاً كان المال للأب.

بنتان اشترتا أباهما فعتق عليهما مات الأب لهما الثلثان بالفرض، والباقي بالردّ وعندهم: والثلث بالتعصيب لأنّ الولاء لهما.

ماتت إحدى البنتين وبقيت الأُخرى، لها النصف بالفرض، ولها على الأب نصف الولاء تأخذ ربع المال أيضاً عن الولاء. المسألة من أربعة لها منها ثلاثة أسهم، والباقي سهم لبيت المال.

المسألة بحالها، كانتْ قد اشترت الأب هذه الّتي في الحياة، يكون المال كلّه لها.

المسألة بحالها، بنتان اشترتا أباهما عتق عليهما، ماتت إحدى البنتين، المال للأب؛ لأنّ الأُخت لا ترث مع الأب.

مات الأب أيضاً، لهذه البنت النصف بالفرض، والباقي ردّ عليها عندنا بالقرابة. وعندهم لها نصف الولاء على الأب، ولها أيضاً سهمان بحقّ ولاء الأب، وكان للّتي ماتت بعد الولاء لمّا ماتت انجرّ الولاء إلى الأب نفسه ذلك الولاء، فيكون لعصبة الأب لمّا مات الأب، صارت لهذه السهم الّذي جرّ الأب المسألة من ثمانية، لها أربعة بالفرض وسهمان لها بالولاء الّذي على الأب، ولها أيضاً سهم الّذي جرّ أباها وترك لها، فبقي سهم ثمانية لبيت المال.

ثلاث بنات أحرار ولهنّ أبوان وأخ مملوكون، فاشترت اثنتان منهنّ أباهما عتق عليهما، واشترت الّتي لم تشتر الأب الأخ مع إحدى الّتي اشترت الأب مع الأب، فثلاثهم اشترت الأخ، فالأخ عتق ثلثه، لأنّ الأب إذا ملك الولد عتق عليه. ولا يقوّم عليه ثلثاه؛ لأنّه معسرٌ. ولا ينعتق على الأُختين؛ لأنّ الأُخت تملك الأخ، ولا يعتق عليها. فإن تطوّعتا وأعتقتا فإنّه يعتق ويكون لهما عليه ولاء فاجتمعوا

الكلّ خمستهم ـ الأب والأخ مع البنات ـ واشتروا الأُمّ، فإنّ أربعة أخماسها تنعتق على الأولاد، ولا يقوّم عليهم؛ لأنّهم معسرون. ولا ينعتق على الزوج، لأنّ الزوج أو الزوجة إذا ملكت إحداهما الأُخرى لا ينعتق عليه، لكن ينفسخ النكاح بينهما إذا ملك أحدهما كلّه أو بعضه انفسخ النكاح بينهما، لكن إن تطوّع وأعتقها يصيبه الخمس الّذي ملك منها، صارت هاهنا بنتان مولاتي الأب، وللأخ ثلاث موالي أُختان وأب، وللأُمّ خمس موالي بنات وابن وزوج، وهم مواليها.

مات الأب خلّف ثلاث بنات وابن وزوجة مطلّقة، الزوجة لا ترث، لأنّها بانت بالطلاق، المال بين البنات والأخ للذكر مثل حظّ الانثيين، تكون المسألة من خمسة: ثلاثة أسهم للبنتان، وسهمان للابن.

مات الابن[1] وخلّف ثلاث أخوات وأُمّ، وله ثلاث موال، عندنا المال للأُمّ وسقط الموالي. وعند المخالف للأخوات الثلثان (أربعة) وللأُمّ السدس (سهمٌ) يبقى سهم؛ لأنّ المسألة من ستّة بينهم على ثلاثة لا تصحّ، فيضرب اثنان ـ وهما عصبتا الأب ـ في ثلاثة يكون ستّة، وتضرب ستّة في أصل المسألة ـ وهو ستّة ـ يصير ستّة وثلاثين، فللأخوات الثلثان (أربعة وعشرون) وللأُمّ السدس سهم (ستّة) يكون ثلاثين، يبقى ستّة للموالي أثلاثاً منها للأُختين أربعة، وسهمان كان للأب وينتقل إلى مولاته، تكون للبنت الّتي اشترت أباها وشاركته في شراء الأخ ثمانية بالاخوّة وسهمان لأنّها مولاته. ولها سهم لأنّها مولاة مولى مولاه وهو الأب، فحصل لها إحدى عشر، وللأُخت الّتي اشترت الأخ ولم تشتر أباها ثمانية بالأُخوّة وسهمان، لأنّها مولاته تكون عشرة، وللبنت الّتي اشترت أباها ولم تشتر أخاها ثمانية بالاخوة وسهم؛ لأنّها مولاة الأب، تكون تسعة، والجميع ثلاثين، وستّة للأُمّ صارت ستّة وثلاثين.

(١) بعض النسخ: مات الأخ.

طريقة أُخرى أوضح من هذا فتنكشف: هاهنا ثلاث أخوات إحداها مولاته ومولاة مولا مولاه، والثانية أُختٌ مولاته، والثالثة أُختٌ مولاة مولا مولاه. فالّتي هي مولاته لها ثمانية بالأُخوّة وسهمان لأنّها مولاته، ولها سهم لأنّها مولاة مولا مولاه. والّتي هي أُخت ومولاته لها ثمانية بالأُخوّة وسهمان لأنّها مولاته، والّتي هي مولاة مولى مولاه لها ثمانية بالأُخوّة ولها سهم من قبل الأب لأنّها مولاة مولى مولاه، يكون ثلاثين وستّة للأُمّ، الجميع ستّة وثلاثين.

ماتت الأُمّ خلّفت ثلاث بنات وخمس موالي، للبنات الثلثان، يبقى الثلث على الخمس، للبنات ثلاثة أخماس، وخمس منها للأب انتقلت منه إلى مولاته، وخمس الآخر للأخ ينتقل إلى مواليه أُختين وأب، للأُختين الثلثان من هذا الخمس لكلّ واحدة ثلثه، وثلث الباقي من هذا الخمس كان للأب انتقل إلى مولاته، المسألة من ثلاثة، للأُختين الثلثان سهمان، يبقى سهم على ثلاثة لا يصحّ، يضرب ثلاثة في ثلاثة تصير تسعة، الثلثان ستّة للبنتين يصحّ عليهنّ، يبقى ثلاثة لا يصحّ على خمسة، يضرب تسعة في خمسة، يكون خمسة وأربعين، هناك سهم انتقل إلى مولاته لا يصحّ، فيضرب سهماهما في خمسة وأربعين تكون تسعين: الثلثان للبنتين (ستّون) ويبقى ثلاثون منها ثلاثة أخماس للبنات (وهو ثمانية عشر) بقي اثنا عشر سهماً، خمس للأب ينتقل إلى مولاته، والخمس الآخر للأخ انتقل إلى مواليه منها للأُختين ثلثي الخمس، وثلث الخمس للأب انتقل إلى مولاته، تكون للّتي اشترت الأب وشاركت في شراء الأخ والأُمّ اثنان وثلاثون، وللأُخت الّتي اشترت الأب ولم تشاركهم في شراء الأخ ثلاثون: عشرون بالأُخوّة وستّة للأب يجرّ بالولاء على الأُمّ وثلاثة أسهم لها بالولاء على الأُمّ، وسهم لها بالولاء على الأب وهو السهم الّذي كان للأب يجرّ الولاء على الابن فانتقل إليها، وللأُخت الّتي اشترت الأخ ولم تشتر الأب عشرون بحقّ البُنوّة وستّة أسهم بحقّ

الولاء على الأُمّ وسهمان لها بحقّ الولاء على الأخ، فحصل لإحداهنّ اثنان وثلاثون، وللثانية ثلاثون، وللثالثة ثمانية وعشرون، الجميع تسعون.

طريقة أُخرى يوضح هذا وينكشف، ثلاث بنات: إحداها بنت هي مولاتها ومولاة مولاتين ومولاة مولى مولاة البنت، الثانية مولاتها ومولى مولاتها. الثالثة وهي بنت مولاتها ومولاة مولى مولاتها:

فالّتي هي مولاتها ومولاة مولاتين من جهة ومولاة مولى، لها اثنان وثلاثون، بحقّ البُنوّة عشرون وستّة لأنّها مولاة الأُمّ، ولها ثلاثة أسهم بالولاء على الأب، ولها سهمان بالولاء على الأخ، ولها سهم آخر الّذي كان للأب من ولاء الأخ فانتقل إليها، فصار اثنين وثلاثين.

الثانية: وهي بنت وهي مولاتها ومولاة مولى مولاتها، لها عشرون بحقّ البنوّة، وستّة لأنّها مولاتها، ولها ثلاثة بحقّ الولاء على الأب، ولها سهم الّذي كان للأب على الابن فانتقل إليها، فصار لها ثلاثون.

والثالثة: بنت وهي مولاتها ومولاة مولى مولاتها، لها بحقّ البنوّة عشرون ولها بحقّ ولاء الأمّ ستّة أسهم ولها بحقّ ولاء الأخ سهمان كان الجميع ثمانية وعشرين.

وقد بيّنّا أنّ على مذهبنا لا يحتاج إلى جميع ذلك؛ لأنّ مع وجود البنات يبطل حكم الولاء، وإنّما يورث بالولاء إذا لم يكن أحد من المناسبين، كان ذا فرض أو لم يكن كذلك.

عبد تزوّج بمعتقة رجل فاستولدها بنتين، فالبنتان تكونان حرّتين؛ لأنّهما ولد المعتقة، ويكون ولاؤهما لمولى الأُمّ، ولمولى الأُمّ عليها ولاء، فاشترتا أباهما، فإنّه ينعتق عليهما، لأنّ الولد إذا ملك أباه انعتق عليه، وينجرّ الأب بعتقه من مولى الأُمّ إلى مولى نفسه، وكان ولاء الأب للبنتين.

إذا ثبت هذا، فإنّه ينجرّ الولاء. وكان ينبغي أن يقال: إنّه ينجرّ كلّ الولاء إلى

البنتين، لكن لمولى الأُمّ على البنتين ولاؤهما والإنسان لا يملك ولاء نفسه، فكلّ واحد من البنتين لا ينجرّ إليها نصف الولاء الّذي له عليها، بل ينجرّ إلى كلّ واحدة نصف ولاء أُختها والّذي على نفسها فلا.

هذا الكلام في الولاء.

فأمّا الميراث: مات الأب، للبنتين الثلثان بحقّ الفرض والباقي عندنا ردّ عليهما بالقرابة بحقّ النسب لا بحقّ الولاء وعندهم يبقى الثلث لكلّ واحدة نصف الثلث الباقي بحقّ الولاء، لأنّها مولاته.

إن ماتت إحدى البنتين كان لهذه البنت سبعة أثمان، والباقي يرجع إلى مولى الأُمّ. وقال قوم: إنّ لها ثلاثة أرباع والربع الباقي يكون لمولى الأُمّ.

المسألة من أربعة:

فمن قال بالأوّل قال: المسألة من ثمانية، لها نصف المال لأنّها أُخت، ولها نصف الباقي لأنّها مولاتها، ولها نصف النصف لأنّها مولى عصبة الأب؛ لأنّ الأُخت الّتي ماتت كانت مولاة الأب وهذه عصبتها. ومن قال بالآخر جعل المسألة من أربعة، لها نصف المال لأنّها أُخت، ولها نصف الّذي بقي لأنّ لها نصف ولاء الأُخت، والباقي لمولى الأُمّ لأنّ مولى الأمّ أقرب منها بدرجة، ولأنّ مولى الأُمّ مولاتها وهي مولى مولاتها فيكون مولى الأُمّ أولى من هذه بذلك السهم، يحصل له ثلاثة أرباع، والربع الّذي بقي لمولى الأب.

فإن ماتت إحدى البنتين قبل الأب، فإنّ المال كلّه للأب، ثمّ مات الأب وخلّف البنت الّتي اشترت نصف أبيها، فإنّ لها نصف المال بحقّ النسب، ولها سهمان بحقّ الولاء على مباشرة عتق الأب، ولها سهم آخر لأنّها مولاة المولى.

فمن قال: إنّ المسألة من ثمانية ولها سبعة أثمان، قال: الثمن الباقي لبيت المال، ومن قال: لها ثلاثة أرباع، قال: الربع الباقي لبيت المال.

المسألة بحالها: عبد تزوّج معتقة فاستولدها بنتين، فإنّما ينعتقان، ولمولى الأمّ عليهما الولاء، اشترت إحداهما أباها فانعتق عليها، فلها على الأب الولاء.

إذا مات الأب، لهما الثلثان بحقّ النسب والباقي للّتي اشترت الأب.

فإن ماتت الّتي لم تشتر الأب فالمال كلّه للّتي اشترت أباها، نصف المال لها بالفرض لأنّها أُختها، والباقي بالولاء عليها لأنّ هذه اشترت أباها وانعتق عليها، انجرّ الأب جميع الولاء إليها، فالولاء الّتي يصيبها على قولين والنصف الّذي هو على أُختها حصل لها كلّ ذلك النصف، فتأخذ هذا الباقي بالولاء عليها.

فإن ماتت الّتي اشترت أباهما أوّلاً: لها نصف المال بحقّ النسب؛ لأنّه لا ولاء لها. فعلى قول بعضهم يكون النصف الباقي لبيت المال. وعلى قول آخرين لمولى الأُمّ يعود إليه، كما قلناه فيما تقدّم.

رجل له ابنان فاشترى أحد الابنين مع الأب عبداً فأعتقاه، فإنّ للأب والابن معاً عليه ولاء، مات الأب المال بينهما نصفين، مات المعتَق يكون المال للّذي اشتراه مع الأب ثلاثة أرباعه والباقي يكون للأخ الآخر، نصف المال لأنّه مولاه، وله نصف النصف الّذي كان لأبيهما، فيكون نصفه لهذا، والباقي يكون للأخ، يكون ثلاثة أرباع المال لهذا، وربع المال لأخيه.

عبد تزوّج بمعتقة فاستولدها، الولد يكون حرّاً، ولمولى الأُمّ عليه الولاء. بلغ الولد واشترى أباه فإنّه يعتق عليه، فإذا أعتق هذا الأب لا ينجرّ الولاء من مولى الأُمّ إلى مولى نفسه، لأنّ مولى الأب هو هذا الابن، وكان ولاء مولى الأُمّ على هذا الابن. فلا يجوز أن يملك الولاء على نفسه، لأنّ العتق والولاء يفيد ثلاثة أشياء: التزويج والعقل والإرث، والإنسان لا يملك تزويج نفسه، ولا يعقل عن نفسه، ولا يرث من نفسه، فلذلك قلنا لا ينجرّ هذا الأب الولاء الّذي على الابن من مولى الأُمّ. وقال قوم: ينجرّ الولاء من مولى الأُمّ فيكون لبيت المال.

عبد تزوّج بمعتقة فاستولدها فجاءت بولد، يكون الولد حرّاً لحرّيّة الأُمّ، وعليه الولاء لمولى الأُمّ. فمضى هذا الابن واشترى عبداً فأعتقه يكون الولاء له، وهذا يكون مولى له، فمضى هذا المعتق واشترى أبا معتقه وأعتقه فيصير حرّاً، فيكون للمعتق عليه ولاء هذا الأب، لمّا أعتق ينجرّ الولاء الّذي كان على الابن من مولى الأُمّ إلى مولى نفسه وهو هذا المعتق، فإنّ كلّ واحد منهما يتولّى الآخر ـ يعنى الابن والعبد المعتق ـ كلّ واحد منهما مولى لصاحبه مولى من أعلى، ومولى من أسفل.

مات الأب، يكون المال كلّه للابن بالنسب. مات المعتق ولم يكن له مناسب المال لهذا الابن. فإن مات الابن يكون ماله للمعتق كلّ واحد منهما يرث من الآخر. فإن ماتا ولم يكن لهما مناسب يكون لمولى الأُمّ، ويعود إليه الولاء الّذي جرّ أبوه.

ومن هذا قول الفرضيّين: إنّه انتقل الولاء، وقولهم: ينجرّ الولاء من الأب، لا يريدون به أنّه زال ملكه، لكن يريدون به: أنّ هذا عصبة المولى، ومولى الأُمّ مولى المولى، فعصبة المولى أولى من مولى المولى.

أخ وأُخت حرّان اشتريا أباهما، فإنّه يعتق عليهما، ولهما على الأبّ الولاء اشترى أبوهما عبداً فأعتقه يكون له عليه ولاء. مات الأب، المال بينهم للذكر مثل حظّ الانثيين. مات المعتق المال للابن، لأنّه عصبة المولى، والبنت هي مولى المولى، وعصبة المولى أولى من مولى المولى.

المسألة بحالها، مات الابن وخلّف ابناً المال لابن الابن، لأنّه عصبة المولى، خلّف ابناً وبنتاً المال لابن الابن، ولا يكون لبنت الابن شيء مع ابن الابن. وعندنا أنّه بينهما للذكر مثل حظّ الأُنثيين.

مات الابن وخلّف أُختاً وبنتاً وأباً، للبنت النصف، والباقي للأب السدس بالفرض والباقي بالتعصيب. ولا يكون للأُخت شيء؛ لأنّ الأُخت تسقط مع الأب. وعندنا أنّه يكون للبنت النصف وللأب السدس، والباقي ردّ عليهما مثل الميراث.

مات الأب وخلّف بنتاً وبنت ابن، للبنت النصف، ولبنت الابن السدس تكمّلت الثُلثين، بقي ثلث المال، نصف الثلث للبنت أيضاً بحقّ الولاء على الأب، ويبقى نصف الثلث، لها في هذا النصف نصف أيضاً ـ وهو الّذي جرّه الأب من ولاء الأخ ـ لأنّ الولاء يكون للعصبة، وهذه عصبة هذا الأخ.

واعلم أنّه لا يصحّ على مذهبنا أن يستحقّ أحد على غيره من المناسبين له شيئاً من الولاء ولا يرث به، لا مَن ينعتق عليه من الأبوين والأجداد ولا الولد وولد الولد سواء كان ذا سهم أو لم يكن؛ لأنّه متى كان له عليه ولاء وهو مناسبه، فإنّما يستحقّ المال بالقرابة دون الولاء؛ لأنّ الولاء إنّما يثبت به الميراث مع عدم ذوي الأنساب القريبة أو البعيدة، على ما ذكرناه في أوّل الباب؛ فإذا ثبت هذا سقط عنّا هذه الفروع كلّها وإنّما أجريناها ليعرف مذهب المخالف ويرتاض بها، وإلّا فلا يحتاج إليها على حال.

إذا كان المعتق امرأة وخلّفت ولداً ذكراً أو أولاداً أو عمّاً أو بني عمّ، فولاء مواليها لعصبتها الّتي هو العمّ وابن العمّ دون الابن الذكر. وخالف جميع الفقهاء في ذلك وقالوا: الولد أحقّ. وفي أصحابنا من قال بذلك.

وأمّا ولاء تضمّن الجريرة: فهو كلّ من أعتق نسمة في أمر واجب مثل نذر أو كفّارة فإنّه لا يثبت له عليه الولاء، ويكون سائبة لا ولاء لأحد عليه. فإن توالى إلى إنسان يضمن جريرته وحدثه ويكون له ميراثه إذا لم يخلّف وارثاً كان ذلك صحيحاً. وكذلك من لا وارث له أصلاً فتوالى إلى إنسان بهذا الشرط ويكون ولاؤه له كان ذلك صحيحاً ويثبت به الميراث مثل ولاء النعمة سواء، وفيها خلاف.

[٨]
فصل في ميراث الجدّ

قد بيّنّا كيفيّة ميراث الجدّ فيما تقدّم إذا انفرد، وإذا كان معه من يقاسمه. ونحن

نذكر الآن حسب ما ذكره المخالفون، فعندنا: أنّه يرث مع الإخوة للأُمّ، لهم ثلثهم المفروض، والباقي للجدّ. وخالف جميع الفقهاء في ذلك، وقالوا: المال للجدّ[١] والجدّ يقاسم الإخوة والأخوات من قبل الأب والأُمّ أو من قبل الأب، وكان كواحد منهم، وفيه خلاف[٢].

والجدّ وإن علا قاسم الإخوة والأخوات بلا خلاف عند من قال بالمقاسمة[٣]. وولد الأخ عندنا يقاسم الجدّ وإن نزل. وخالف جميعهم في ذلك[٤]. وفي الناس من لا يقاسم الإخوة والأخوات مادام الثلث خيراً له، فإن كانت المقاسمة خيراً له قاسم[٥].

وهو بمنزلة الأب في جميع المواضع إلّا في أربع مسائل:

إحداها: أنّ الأب يسقط الأخ والجدّ لا يسقط الأخ، الثانية: زوج وأبوان. الثالثة: زوجة وأبوان؛ لأنّ في هاتين المسألتين إذا كانت الأُمّ مع الأب ترث ثلث ما بقي، وإن كانت مع الجدّ ترث ثلث جميع المال. وعندنا أنّ لها ثلث جميع المال في المسألتين معاً. الرابعة: أنّ الأب يسقط أُمّه والجدّ لا يسقط أُمّ أبيه.

إذا ثبت هذا، فإن لم يكن جدّ فجدّ الجدّ وإن علا، لأنّ عمود الأجداد وإن علا مثل عمود الأولاد وإن سفل. وليس كذلك الأخ وابن الأخ؛ لأنّ ابن الأخ لا يرث مع الجدّ. وعندنا أنّه يرث ابن الأخ وإن نزلَ مع الجدّ، وجدّ الجدّ مع الجدّ

---

(١) منهم الشافعيّ كما في مختصر المزني: ١٣٨، ونسب ذلك ابن قدامة في المغني (٧: ٦٤) إلى عدّة من الأصحاب وغيرهم.

(٢) الخلاف مذكور في المغني لابن قدامة ٧: ٦٥، والشرح الكبير ٧: ٩ و ١٠، والمجموع ١٦: ١١٦.

(٣) كعليّ عليه السلام وابن مسعود وغيرهما، مع اختلاف في كيفيّة المقاسمة كما في الحاوي الكبير ٨: ١٢٦.

(٤) هو الظاهر من مغني المحتاج ٣: ١٩، والجامع لأحكام القرآن ٥: ٦٩.

(٥) كالشافعي، وزيد بن ثابت، وابن مسعود وأحمد كما في الحاوي الكبير ٨: ١٢٦، والمغني لابن قدامة ٧: ٦٨، والأمّ: ٨١.

كالابن وابن الابن وإن سفل في سائر الأشياء، إلّا في شيء واحد، وهو أنّ جدّ الجدّ يسقط ما هو أبعد منه، ولا يسقط من هو في درجته أو يكون أقرب منه، وليس كذلك ابن الابن. وعندنا أنّهما سواء، فإنّ الأقرب في الطرفين يسقط الأبعد.

هذا إذا لم يكن معه ذو فرض، فإن كان معه ذو فرض مثل زوج وأخ وجدّ، فهاهنا للجدّ ثلاثة أحوال: المقاسمة، أو ثلث ما بقي، أو سدس جميع المال، فأيّها كان خيراً له عمل به. وعندنا ليس له إلّا المقاسمة.

بنت وأُخت وجدّ: المال للبنت عندنا بالفرض والردّ، وفيها خلاف[١].

زوج وأُمّ وأُخت وجدّ: للزوج النصف، والباقي للأُمّ بالفرض والردّ، وفيها خلاف بين الصحابة وهي الأكدريّة[٢].

زوج وأُمّ وجدّ وأخ: للزوج النصف والباقي للأُمّ بالفرض والردّ. وعندهم على حسب اختلافهم في الجدّ، للزوج النصف، وللأُمّ الثلث، وللجدّ السدس، وسقط الأخ؛ لأنّ الأخ عصبة والمسألة لا تعول بعصبة[٣].

زوج وأُمّ وبنت وأُخت وجدّ: للزوج الربع، وللبنت النصف، وللأُمّ السدس، والباقي ردّ على البنت والأُمّ. وعندهم للجدّ السدس وتسقط الأُخت، لأنّ الأخ مع

---

(١) راجع المجموع ١٦: ١١٦، والمغني لابن قدامة ٧: ٧٧.

(٢) روى سفيان قال: قلت للأعمش: لم سمّيت هذه المسألة الأكدريّة قال: سأل عبدالملك بن مروان رجلاً من الفرضيّين يقال له أكدر، فأجاب على مذهب زيد بن ثابت، وقيل: إنّ امرأة ماتت وخلفت هؤلاء الّذين ذكرناهم، وكانت اسمها أكدرة فسمّيت المسألة أكدريّة.
وقيل: إنّها سمّيت أكدرية لأنّها كدرت المذهب على زيد بن ثابت لأنّه ناقض أصله في هذه المسألة في موضعين: أحدهما أنّه فرض للاخت مع الجدّ والأُخت مع الجدّ لا يفرض لها، وأعال المسألة مع الجدّ والجدّ عصبة، ومن مذهبه أن لا يعال بعصبة، راجع المغني لابن قدامة ٧: ٧٦، وكفاية الأخيار ٢: ١٩.

(٣) إن أردت الوقوف على الأقوال والآراء في هذه المسألة وما بعدها من المسائل، راجع الحاوي الكبير ٨: ١٣٢، والمجموع ١٦: ١١٦، والمغني لابن قدامة ٧: ٧٦، وغيرها.

البنت عصبة والعصبة تسقط في العول.

زوج وأُمّ وأُختان وجدّ: للزوج النصف، والباقي للأُمّ بالفرض والردّ. وعندهم للزوج النصف، وللأُمّ السدس، والباقي بين الجدّ والأُختين للذكر مثل حظّ الانثيين، إن شاء قاسم وإن شاء أخذ السدس.

أخ لأب وأُمّ وأخوات لأب وجدّ: المال هاهنا للجدّ أيضاً بالمقاسمة بين الأخ للأب والأُمّ وبينه، وتسقط اللواتي من جهة الأب، وفيها خلاف.

أخوان لأب وأُمّ وأخ لأب وجدّ: مثل ذلك. وعندهم الثلث له خير من المقاسمة.

أخ لأب وأُمّ وأُخت لأب وجدّ: المقاسمة بين الأخ للأب والأُمّ والجدّ، وتسقط الأُخت.

أخ لأب وأُمّ وأُختان لأب وجدّ: المقاسمة مثل ما ذكرناه بين الأخ للأب والأُمّ والجدّ، لا غير.

أُخت لأب وأُمّ وأُخت لأب وجدّ: المقاسمة بين الجدّ والأُخت للأب والأُمّ فحسب للذكر مثل حظّ الانثيين. وعندهم يكون له النصف وللأُخت من الأب والأُمّ النصف.

أُخت لأب وأُمّ وأُختان لأب وجدّ: للجدّ سهمان من ثلاثة، وسهم للأُخت، وتسقط الأُختان للأب. وعندهم للجدّ سهمان من خمسة، وللأُخت للأب والأُمّ سهمان ونصف سهم، لا يصحّ على اثنين يُضرب في خمسة تصير عشرة، يصير للجدّ خمسان (أربعة) وللأُخت للأب والأُمّ النصف (خمسة أسهم) يبقى سهم لا يصحّ على اثنين تضرب في عشرة يكون عشرين للجدّ ثمانية، وللأُخت للأُمّ والأب عشرة، ويبقى سهمان لكلّ واحد سهم.

أُخت للأب والأُم وثلاث أخوات للأب وجدّ: عندنا مثل الأوّل سواء. وعندهم المقاسمة، والثلث للجدّ شيء واحد، فإن كنّ أربع أخوات فالثلث خير له

من المقاسمة. أُخت لأب وأُمّ وأخ لأب وجدّ: للجدّ سهمان من ثلاثة، وللأُخت للأب والأُمّ سهم، ويسقط الأخ من الأب وفيها خلاف بين الصحابة، ذكرناه في الخلاف[١].

[٩]
في حكم المرتدّ

المرتدّ إذا ارتدّ وقُتل أو مات فمالُه لمن تقرّب إليه من المسلمين كان قريباً أو بعيداً، فإن لم يكن له أحد من المسلمين كان للإمام. ولا يرثه كافر على حال. وفيه خلاف، وعند بعضهم أنّه لبيت المال فيئاً[٢].

وجملته: أنّ كلّ مال يؤخذ من المشركين فعلى ثلاثة أضرب: أحدها يؤخذ بالقهر والغلبة، والثاني يؤخذ فزعاً، والثالث يؤخذ من غير فزع.

فما يؤخذ بالقهر والغلبة والقتال: يكون خمسه لأهل الخُمس، والباقي للغانمين. وما يؤخذ فزعاً ـ مثل أن يظهر الإمام ببلاد الشرك فينهزمون منه ويتركون ديارهم وأموالهم ـ فإنّ ذلك يكون فيئاً للإمام خاصّة. وعندهم يكون خمسه لأهله والباقي كان للنبيّ ﷺ. واليوم فيهم من قال: يدفع إلى المقاتلة، وفيهم من قال: ينتقل إلى بيت المال لمصالح المسلمين.

الثالث: ما يؤخذ من غير خوف مثل الجزية والعشر في أموالهم الّتي يتّجرون به في دار الإسلام، والّذي يؤخذ من المصالح منهم.

وإن مات أحد من أهل الشرك في دار الحرب وخلف مالاً ولم يكن له وارث

---

(١) الخلاف ٤: ٩٨، المسألة ١٠٩.

(٢) إن أردت الوقوف على آراء العامّة في مسائل هذا الفصل، راجع الحاوي الكبير ٨: ١٤٥، والشرح الكبير ٧: ١٦٧، وكفاية الأخيار ٢: ١٣٢.

فإنّه يكون جميع ذلك فيئاً عندنا للإمام خاصّة. وعندهم لمن تقدّم ذكره[١].

وروى أصحابنا في الجزية والصلح أنّه للمجاهدين[٢].

مسألة المشتركة*

زوج وأُمّ وأخوان لأب وأُمّ وأخوان لأُمّ: عندنا للزوج النصف والباقي للأُمّ، الثلث بالتسمية والباقي بالردّ. وفي أصحابنا من قال: لها السدس بالتسمية والباقي بالردّ[٣]. وفيه خلاف، عند بعضهم: للزوج النصف وللأُمّ السدس، وللإخوة من الأُمّ الثلث ويشاركونهم الإخوة من الأب والأُمّ[٤].

[١٠]

في ميراث ولد الملاعنة

ولد الملاعنة لا نسب بينه وبين والده، ونسبه ثابت مع أُمّه بلا خلاف، فإن ماتت الأُمّ فالمال للابن. وإن مات هذا الابن فللأُمّ الثلث بالفرض، والباقي ردّ عليها. وقال المخالف: الباقي لمولى الأُمّ فإن لم يكن لها مولى فلبيت المال[٥].

ولا يرث عندنا مع الأُمّ إخوة وأخوات من جهتها. وعندهم إن خلّف أُمّاً

---

(١) راجع الحاوي الكبير ٨: ٤٤٢.

(٢) لم نظفر به في كتب الأصحاب.

* حكم فيها عمر فجعل الثلث للأخوين لأُمّ، ولم يجعل للإخوة للأب والأُمّ شيئاً، فقالوا له: يا أميرالمؤمنين هب أنّ أبانا كان حماراً. فأشركنا بقرابة أُمّنا. فأشرك بينهم، فسمّيت: مشركة ومشتركة وحمارية (هامش المطبوع) ط وبعض النسخ: الشركة. والعنوان في الحاوي الكبير: باب ميراث المشتركة. ثمّ إنّ هذه المسألة ينبغي أن تُلحق بالفصل السابق.

(٣) الصدوق في الفقيه ٤: ٢٧١، والسيّد في الانتصار: ٢٩٢.

(٤) راجع الحاوي الكبير ٨: ١٥٥.

(٥) راجع لمسائل هذا الفصل الحاوي الكبير ٨: ١٥٩، والمغني لابن قدامة ٧: ١٢١، والمجموع ١٦: ١٠٤.

وأخوين منها فللأُمّ السدس، ولهما الثلث، والباقي لبيت المال إن لم يكن لها مولى. وإن كان أخاً واحداً كان له السدس، والباقي على ما قلناه. وقد قلنا: إنّ عندنا المال كلّه للأُمّ.

ولد الملاعنة توأمان، فإنّه يرث أحدهما الآخر بالأُمومة دون الأُبوّه. وفيهم من قال: يرث بالأُبوّة والأُمومة معاً.

ولد الزنا لا يرث ولا يورث عندنا وماله للإمام إن لم يكن له وارث من ولد أو ولد ولد ولا زوج ولا زوجة ولا مولى. وفي أصحابنا من قال: ميراثه مثل ميراث ولد الملاعنة[١]. وبه قال جميع من خالفنا. وعلى ما قلناه إذا كانا توأمين لا يرث أحدهما صاحبه؛ لأنّ نسبهم الشرعي ليس بثابت. وعندهم على ما قلناه في ولد الملاعن سواء.

[١١]
ميراث الخُنثى

إذا كان له ما للرجال وله ما للنساء اعتبرنا بالمبال، فمن أيّهما سبق وُرّث عليه، فإن تساويا فمن أيّهما انقطع وُرّث عليه، وإن تساويا وُرّث نصف ميراث الرجال ونصف ميراث النساء. وقد روي أنّه تعدّ أضلاعه فإن نقص أحد الجانبين على الآخر كان ذكراً وإن تساويا كانت أُنثى[٢]. والأوّل أحوط.

وإن لم يكن له ما للرجال ولا ما للنساء استعمل القرعة، فما خرج وُرّث عليه. ومن المخالفين من قال: يعطى نصف ميراث الذكر ويوقف الباقي حتّى يتبيّن أمره، فإن بان ذكراً أُعطي الباقي وإن بان أُنثى أُعطى عصبته[٣] وعندنا: إن كان واحداً

---

(١) الصدوق في المقنع: ١٧٨، والحلبي في الكافي: ٣٧٧.

(٢) للفقيه ٤: ٣٢٦، والتهذيب ٩: ٣٥٤/١٢٧١.

(٣) راجع لمسائل هذا الفصل الحاوي الكبير ٨: ١٦٨، والمجموع ١٦: ١٠٥، والمغني لابن قدامة ٧: ١١٣.

أُعطي المال كلّه؛ لأنّ له ذلك سواء ذكراً كان أو أُنثى. وحكم مازاد على الواحد حكم الواحد في الخناثى.

وإذا اجتمع خنثى مع ولد بيقين كان الحكم أيضاً مثل ذلك عندنا. وعند قوم: إن كانا اثنتين أُعطيا ميراث البنتين، لأنّه المقطوع به، والباقي يوقف على ما مضى.

فإن خلّف ثلاث خُناثى: كان عندنا أيضاً المال بينهم بالسويّة. وعند قوم يجوز أن يكونوا ذكوراً، ويجوز أن يكونوا إناثاً، ويجوز أن يكون بنتان وابن، ويجوز أن يكون ابنان وبنت، فإنّ سهامهم خمسة يدفع إلى كلّ واحد منهم الخمس، يبقى خمسان يكون موقوفاً.

فإن كانوا أربع خُناثى: عندنا الأمر على ما قلناه. وعندهم يدفع إلى كلّ واحد منهم السبع، فإن كانوا خمسة يدفع إلى كلّ واحد منهم التسع، والباقي يكون موقوفاً. وعلى هذا المنهاج يُجعل واحدة أُنثى والبافي ذكراناً.

فإذا استقرّ ما قلناه على مذهبنا، فإن خلّف خنثى فالمال كلّه له. وإن كان اثنين فصاعداً فالمال بينهم بالسويّة، إن كان ابناً أو ابنين فالمال بينهم بالسويّة بلا خلاف، وإن كانت بنتاً أو بنات فلها النصف ولهنّ الثلثان، والباقي ردّ عليها أو عليهنّ بالسويّة. وإن كان بعضهم ذكوراً وبعضهم إناثا فإنّهم أيضاً يشتركون في أنّ لكلّ واحد نصف ما للذكر ونصف ما للأُنثى، فقد تساووا على كلّ حال.

وإن كان مع الخنثى ولد بيقين: فالّذي يُعوّل عليه في هذا الباب ويُجعل أصلاً فيه: أن نفرض الخنثى بنتاً ونصف بنت مع الباقين من الورثة. وقيل أيضاً: أن يقسم الفريضة دفعتين، يُفرض الخنثى في إحداهما ذكراً وفي الأُخرى أُنثى، فما يصيبه في الدفعتين أُعطي نصفه من الفريضة.

مثال ذلك: إذا خلّف ابناً بيقين وخنثى، فينبغي أن يطلب مالاً يمكن قسمته مع فرض الذكر ومع فرض الأُنثى من غير كسر، وأقلّ ما يمكن ذلك فيه في هذه

المسألة ستّة، فإن فرضت الخنثى ذكراً كان المال بينهما نصفين، لكلّ واحد ثلاثة، وإن فرضته بنتاً كان له سهمان من ستّة، إذا أضفت السهمين إلى الثلاثة صارت خمسة، فيعطى الخنثى نصفها سهمان ونصف من ستّة، وثلاثة ونصف للابن بيقين. فإن أردت أن لا ينكسر فاجعلها من اثني عشر، فيعطى الابن سبعة، وللخنثى خمسة.

وإن فرضت بنتاً بيقين وخنثى: خرجت أيضاً من اثني عشر، فإن كان ذكراً كان له ثمانية وللبنت أربعة، وإن كان بنتاً كان لها ستّة لأنّ المال بينهما نصفين بالفرض والردّ عندنا، فنضيف الستّة إلى الثمانية فيصير أربعة عشر، فيعطى الخنثى نصفها سبعة، وللبنت بيقين خمسة.

فإن كان ابن وبنت وخنثى: فأقلّ ما يخرج منه سهامهم عشرون، فإن فرضته ذكراً كان له ثمانية، وإن فرضته أُنثى كان له خمسة تصير ثلاثة عشر، تعطيه نصفه (ستّة ونصف) من عشرين. فإن أردته بلا كسر جعلته من أربعين فيعطى الخنثى ثلاثة عشر، وتبقى سبعة وعشرون: للابن ثمانية عشر وللبنت تسعة. ثمّ على هذا المنهاج بالغاً ما بلغوا.

فإن كان معهم زوج أو زوجة أُخرجت سهمه والباقي قسمته على ما قلنا، مثال ذلك: خلّفت زوجاً وابناً وبنتاً وخنثى، فللزوج الربع واحد من أربعة تبقى ثلاثة تنكسر عليهم، وقد بيّنّا أنّ سهامهم يخرج من أربعين، فيضرب أربعة في أربعين يكون مائة وستّين، للزوج الربع (أربعين) والباقي على ما قلناه، فكلّ من أعطيته هناك سهماً جعلته هاهنا ثلاثة. فإن كان بدل الزوج زوجة: فلها الثمن، ضربت الثمانية الّتي يخرج منها الثمن في أربعين يكون ثلاثمائة وعشرين، يخرج الثمن (أربعين) ويُقسم على ما قلناه، فمن أعطيته هناك سهماً أعطيت هاهنا سبعة أسهم وعلى هذا بالغاً ما بلغوا.

فإن خلّفت مع الخنثى أبوين: فإن فرضته ذكراً كان لهما السدسان، والباقي للذكر. وإن فرضته أُنثى كان الباقي ردّ عليهم، فأقلّ ما يخرج من ثلاثين، فإن فرضت الخنثى ذكراً كان له عشرون بعد السدس، وإن فرضته أُنثى كانت مقسومة على خمسة، يكون لها ثمانية عشر، فإذا أضفت العشرين إلى ثمانية عشر كانت ثمانية وثلاثين، يكون نصفها للخنثى (تسعة عشر من ثلاثين) وأحد عشر للأبوين. فإن أردت أن لا ينكسر عليهما[1] فاجعلها من ستّين وأضعف سهامهم.

فإن كان مع الخنثى أحد الأبوين: فإنّها يخرج من أربعة وعشرين، فإن فرضت الخنثى ذكراً كان له عشرون، وإن فرضته أُنثى كان لها ثمانية عشر، فيصير ثمانية وثلاثين تأخذ نصفها تسعة عشر، فيعطى الخنثى ذلك من أربعة وعشرين، وخمسة لأحد الأبوين.

فإن فرضت خنثيين فصاعداً مع الأبوين: كان للأبوين السدسان والباقي للخناثى، ولا ردّ هاهنا. وإن فرضت خنثيين فصاعداً مع أحد الأبوين: كانت خارجة من ستّين، لأحد الأبوين أحد عشر سهماً والباقي للخناثى؛ لأنّك إن فرضتهم ذكوراً كان لهم خمسون، وإن فرضتهم أُناثى كان لهم ثمانية وأربعون، الجميع ثمانية وتسعون سهماً، نصفها تسعة وأربعون سهماً، فإن انكسر على الخناثى ضربت عدد الخناثى في أصل الفريضة وقد صحّت لك المسألة.

ومتى حصل في الفريضة زوج أو زوجة وأبوان أوأحدهما مع خنثى أوخناثى أو ابن وخنثى أو بنت وخنثى أو ما زاد عليهم: أُخرجت سهم الزوج والزوجة وسهم الأبوين أو أحدهما على الكمال، والباقي قسمت بين الأولاد على ما بيّنّاه.

وكذلك إذا كان في الفريضة زوج أو زوجة ومعهم إخوة وأخوات فيهم خناثى

---

(١) بعض المخطوطات: عليهم.

من قبل أب وأُمّ أو من قبل أب: أُخرجت سهام الزوج أو الزوجة وقسمت الباقي بين الإخوة والأخوات والخُناثى على ما بيّنّاه في الأولاد سواء.

فإن كان الاخوة والأخوات من قبل الأُمّ: كان الباقي بينهم بالسويّة؛ لأنّ الذكور والإناث في ذلك سواء.

وحكم الجدّ والجدّة والعمّة والعمّات وأولادهم إذا اجتمعوا مع الزوج والزوجة وفيهم الخناثى كان الحكم مثل ذلك سواء. وإن كانوا من قبل الأُمّ كان المال بينهم بالسويّة على ما بيّنّاه.

ومتى كان مع الأبوين إخوة و أخوات خُناثى: فإنّه لا يحجب الأُمّ من الثلث إلى السدس إلّا بأربعة؛ لأنّه اليقين، لجواز أن يكونوا كلّهم إناثاً.

ولا يتقدّر في الخنثى أن يكون أباً وأُمّاً؛ لأنّه متى كان أباً كان ذكراً بيقين ومتى كان أُمّاً كانت أُنثى بيقين. ويتقدّر أن يكون زوجاً أو زوجة، على ما روى في بعض الأخبار[1] فإن كان زوجاً كان له نصف ميراث الزوج ونصف ميراث الزوجة، والطريق على ما قلناه.

ومسائل الخُناثى لا تنحصر، وبتركيبها يطول الكتاب، والطريقة ما قدّمناه في استخراج المسائل.

* * *

ومتى ولد مولود له رأسان على حَقو واحد وبدنان: تركا حتّى يناما، ثمّ ينبّهان، فإن انتبها معاً كان شخصاً واحداً، وإن انتبه أحدهما دون الآخر فهما شخصان، على ما ورد به الأخبار[2].

---

(١) الفقيه ٤: ٣٢٧/ ٥٧٠٤، والتهذيب ٩: ١٢٧١/٣٥٤.

(٢) الكافي ٧: ١/١٥٩، إرشاد المفيد ١: ٢١٢.

[١٢]

فصل في ميراث الغرقى والمهدوم عليهم

إذا غرق جماعة في وقت واحد أو انهدم عليهم حائط وكانوا يتوارثون: فإن علم تقدّم موت أحدهما ورث الآخر منهم. وإن لم يُعلم من تقدّم موته وأشكل الأمر ورث بعضهم من بعض من نفس التركة، لا ممّا يرثه من الآخر؛ لأنّا إن ورّثناه ممّا يرثه منه لما انفصلت القسمة أبداً.

وقد روى أصحابنا أنّه يقدّم أضعفها في الاستحقاق، ويؤخّر الأقوى[١] مثل زوجة وزوج، فإنّه يفرض المسألة أوّلاً كأنّ الزوج مات ويُورّث منه الزوجة[٢] لأنّ سهمها أقلّ من سهم الزوج، ثمّ يورّث بعد ذلك الزوج. وهذا ممّا لا يتغيّر به حكم سواء قدّمنا موت الزوج أو الزوجة إذا ورّثنا أحدهما من صاحبه، غير أنّا نتبع الأثر في ذلك. ومثل أب وابن، فإنّه يفرض أوّلاً موت الابن ثمّ موت الأب؛ لأنّ سهمه أقلّ. ومتى ورّثنا أحدهما من صاحبه قدر ما يستحقّه فما بقي يكون للورثة الأحياء، فإن فرضنا أنّ للأب وارثاً آخر غير أنّ هذا الولد أولى منه، وفرضنا أنّ للولد وارثاً غير أنّ أباه أولى منه، فإنّه يصير ميراث الابن لورثة الأب وميراث الأب لورثة الابن؛ لأنّا إذا فرضنا موت الابن أوّلاً صارت تركته للأب، وإذا فرضنا موت الأب بعد ذلك صارت تركته خاصّة للولد، وصار ما كان ورثه من ابنه لورثته الآخر، وكذلك إذا فرضنا موت الأب صارت تركته خاصّة لورثة الابن. وعلى هذا يجري أصل هذا الباب.

وإن خلّف أحدهما شيئاً ولم يخلّف الآخر، فإنّه ينتقل ميراث من له مال إلى الّذي ليس له شيء، ومنه ينتقل إلى ورثته، ولا ينتقل إلى ورثة الّذي خلّف المال شيء على حال.

---

(١) الفقيه ٤: ٣٠٧/٥٦٥٧، والتهذيب ٩: ٣٥٩/١٢٨١.

(٢) خ: للزوجة.

وعلى هذا متى كان أخوان معتقان، فماتا وورث كلّ واحد منهما صاحبه ولأحدهما مال والآخر لا مال له، فإنّه ينتقل تركة الّذي له مال إلى مولى الّذي لا مال له؛ لما قلناه. ولا ترجيح في هذه المسألة لتقديم أحدهما على صاحبه، لأنّ ميراث كلّ واحد منهما من صاحبه على حدّ الآخر، وإن كان ليس لأحدهما وارث غير صاحبه فميراثهما للإمام؛ لأنّ ما ينتقل إلى كلّ واحد منهما من صاحبه لا وارث له فيصير للإمام على ما قدّمناه.

فإن كان أحدهما له وارث من ذي رحم أو مولى نعمة أو مولى ضامن جريرة أو زوج أو زوجة فإنّ ميراث الّذي له وارث لمن ليس له وارث، وينتقل منه إلى الإمام ومال من ليس له وارث لمن له وارث فينتقل منه إلى ورثته. وعلى هذا المثال تجري مسائل هذا الباب.

وإن كان أحدهما يرث صاحبه والآخر لا يرثه؛ فإنّه لا يُورّث بعضهم من بعض ويكون ميراث كلّ واحد منهما لورثته، مثل أن يغرق أخوان ولأحدهما أولاد والآخر لا ولد له، فإنّه لا توارث بينهما؛ لأنّ مع وجود الولد لا يرث الأخ، فعلى هذا يسقط هذا الاعتبار وينتقل تركة كلّ واحد منهما إلى ورثته الأحياء. ومتى ماتا حتف أنفهما لم يورث بعضهما من بعض، بل يكون ميراثهما لورثتهما الأحياء؛ لأنّ ذلك إنّما يجوز في الموضع الّذي يشتبه الحال فيه، فيجوز تقديم موت أحدهما على صاحبه.

[١٣]

في ميراث المجوس

لأصحابنا في ميراث المجوس ثلاثة مذاهب: فيهم من قال: لا يورثون إلّا بالأنساب والأسباب الصحيحة الّتي تجوز في شريعة الإسلام[١] وفيهم من قال:

(١) قاله الشريف المرتضى في الموصليّات الثالثة (المجموعة الأُولى): ٢٦٦، المسألة ١٠٩، والمفيد في الإعلام (المصنّفات ٩): ٦٦.

يورثون بالأنساب على كلّ حال، ولا يورثون بسبب لا يجوز في شرع الإسلام[١] وقال آخرون: يورثون بكلا الأمرين الأنساب والأسباب سواء كانا جائزين في الشرع أو لم يكونا جائزين[٢] وهو الّذي اخترته في سائر كتبي: في النهاية والخلاف والإيجاز وتهذيب الأحكام، وغيرذلك؛ لأنّه الأظهر في الروايات.

فعلى هذا إذا خلّف مجوسيّ اُمّه هي اُخته، فإنّها ترث بالاُمومة دون الاُخوّة؛ لأنّ الاُخت لا ترث مع الاُمّ عندنا. فإن كانت زوجة ورثت بالاُمومة والزوجيّة. ولا خلاف بين الفقهاء: أنّ السبب الفاسد لا يورث به، وإنّما الخلاف بينهم في الأنساب الفاسدة والصحيحة. وقد قلنا: إنّ الصحيح أنّ الميراث يثبت بينهم بالزوجيّة على كلّ حال، وروي ذلك عن عليّ عليه السلام[٣] وذكر ابن اللبان في الموجز[٤] ذلك عنه.

وإذا خلف اُمّاً هي اُخت لأب ورثت بالاُمومة، وإذا خلف بنتاً هي بنت بنت ورثت بأنّها بنت بلا خلاف.

والأصل في هذا الباب أنّ المجوسي يورث بجميع قراباته ما لم يسقط بعضها بعضاً.

مجوسيّ تزوّج بنته ثمّ مات فلها النصف بالبُنوّة ولها الثمن بالزوجيّة، والباقي ردّ عليها بالبنوّة.

المسألة بحالها، فاستولدها وجاءت ببنت ثمّ مات المجوسي وخلّف بنتاً هي زوجته وبنت بنته، فلهما الثلثان عند المخالف[٥] لأنّهما بنتاه. وهذا صحيح أيضاً

---

(١) قاله الصدوق في الفقيه ٤: ٣٤٣، ونسبه في التهذيب (٩: ٣٦٤) إلى الفضل بن شاذان.

(٢) المفيد في المقنعة: ٦٩٩.

(٣) التهذيب ٩: ١٢٩٩/٣٦٤، السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٢٦٠.

(٤) الموجز لابن اللبان: لا يوجد لدينا.

(٥) اطلب أراء المخالفين في مسائل هذا الفصل من المغني لابن قدامة ٧: ١٨٣ والمجموع للنووي ١٦: ٩٦، والمبسوط للسرخسي ٣٠: ٣٣.

عندنا وللبنت الّتي هي زوجته الثمن، والباقي ردّ عليهما بالبُنوّة.

المسألة بحالها، ماتت السفلى وخلّفت أُمّاً هي أُخت لأب: للأُمّ الثلث بلا خلاف والباقي ردّ عليها بالأُمومة عندنا. وعندهم الباقي للعصبة.

ماتت العليا وخلّفت بنتاً هي أُخت لأب، عندنا الكلّ للبنت بالفرض والردّ. وعندهم لها النصف لأنّها بنت، والنصف الآخر لأنّها أُخت، ومنهم من قال: للعصبة الباقي.

مجوسيّ تزوّج بنتاً له فأولدها فجاءت بولدين ذكراً وأُنثى، ثمّ مات فقد خلّف بنتاً هي زوجته، وبنت بنت وابن بنت هما لصلبه: فالمال بينهم للذكر مثل حظّ الانثيين بلا خلاف، إلّا ما قلنا: من إخراج الثمن بحقّ الزوجيّة للبنت الواحدة.

ماتت الكبرى الّتي هي أُمّ وخلّفت بنتاً هي أُخت لأب وابناً هو أخ لأب: فالمال بينهم للذكر مثل حظّ الانثيين ـ بلا خلاف ـ بالبنوّة.

مات الابن ولم تمت الكبرى الّتي هي أُمّه، وخلّف أُمّاً هي أُخت لأب وأُختاً لأب وأُم: للأُمّ الثلث بلا خلاف والباقي ردّ عليها عندنا، وعند بعضهم للأُخت للأب والأُمّ النصف، والباقي للعصبة. وفيهم من قال: للأُخت للأب والأُمّ النصف، وللأُمّ السدس ولها سدس آخر؛ لأنّها أُخت لأب، فتصوّر هاهنا أُختين ـ هي وأُختها ـ فكأنّها تحجب نفسها بنفسها، لأجل هذا حصل لها بالأُمومة السدس؛ لأنّ هاهنا حصل أُختان والأُمّ تحجب بأُختين.

ماتت السفلى ـ وهي بنت البنت ـ وخلّفت أُمّا هي أُخت لأبيها وأخاً لأب وأُمّ: للأُمّ الثلث والباقي ردّ عليها. وعند بعضهم الباقي للأخ وعند آخرين للأُمّ السدس والباقي للأخ، فحجبها أيضاً بنفسها.

مجوسي تزوّج بأُمّه ثمّ ماتت: للأُمّ الثلث بالأُمومة والربع بالزوجيّة، والباقي ردّ عليها بالأُمومة.

أولدها بنتاً ومات المجوسي خلّف اُمّاً وبنتاً هي اُخت لاُمّه: للاُمّ السدس بالفرض والنصف للبنت. وعندنا تعطى الاُمّ الثمن بالزوجيّة والباقي يردّ عليها بالاُمومة والبُنوّة ولا شيء للاُخت بسبب الاُخوّة. وعند بعضهم الباقي للعصبة، وعند آخرين يردّ عليها بالاُخوّة.

فإن ماتت البنت وخلّفت اُمّها فهي اُمّه وهي جدّته اُمّ أب: فلها الثلث بالاُمومة والباقي يردّ عليها، ولا شيء للجدّة إجماعاً؛ لأنّها اُمّ أب لا ترث مع الأب.

مجوسي تزوّج باُمّه واستولدها بنتين، ثمّ تزوّج بإحدى البنتين واستولدها بنتاً وابناً ومات المجوسي، خلّف هاهنا اُمّاً هي زوجته، وخلّف بنتين هما اُختان من اُمّ إحداهما زوجته، وخلّف بنتاً وابناً هما ولداه وهما ولدا بنته، وهما ولدا اُخته من اُمّه: للاُمّ السدس بالاُمومة بلا خلاف، ولها الثمن بالزوجيّة ـ ولا يثبت ذلك عندهم ـ والباقي للبنات والابن بينهم للذكر مثل حظّ الاُنثيين.

فخرج المسألة من أربعين: الثُمن خمسة، وللابن أربعة عشر، ولكلّ واحدة من البنات سبعة، ولا ترث البنات بكونهما اُختين للاُمّ، لأنّ ولد الاُمّ لا يرث مع الولد إجماعاً، ولا يرثان بكونهما ولدي اُخت، ولا بكونهما ولدي بنت، لمثل ذلك.

المسألة بحالها، ماتت الاُمّ وخلّفت أربعة: بنتين وهما بنتا ابن وخلّفت ولدي ابنها وهما ولدا بنتها: للبنتين الثلثان إجماعاً لكونهما بنتين، ولا يرثان بكونهما بنتي ابن؛ لأنّهما يرثان بقرابة واحدة لامن قرابتين، والباقي يردّ عندنا على البنتين، وعندهم الباقي بين بنت الابن وابن الابن للذكر مثل حظّ الانثيين. وفيهم من قال: الباقي بينهما؛ لأنّ ابن الابن يعصّب اُختاً لأب واُمٍّ ولا تعصّب اُختاً لأب. وقال غيره: هذا غلط لأنّ ابن الابن يعصّب اُختاً لأب كما يعصّب اُختاً لأب واُمّ.

المسألة بحالها، مات الابن والاُمّ بحالها ولم تمت، فخلّف اُمّاً وجدّة واُختاً لأب واُمّ واُمّ الّتي هي في درجته، وخلّف اُختاً لأب وهي خالته: للاُمّ السدس

ـ ويسقط هاهنا الأُمّ بسبب الجدّة وترث بكونها أُمّه ولا ترث بكونها أُختاً لأبيه ـ وللأُخت للأب والأُمّ النصف، وللأُخت للأب الّتي هي خالته السدس ـ تكملة الثلثين ـ والباقي للعصبة. وعندنا: أنّ المال كلّه للأُمّ بالفرض والردّ، وسقط الباقون.

المسألة بحالها لم يمت الابن وماتت أُخته وخلّفت أُمّاً وجدّة[1] ـ هي أُخت من أبيها ـ وخلّفت أُختاً[2] لأب وأُمّ وخلّفت أُختاً لأب: للأُمّ السدس وسقط الجدّة، والباقي للأخ للأب والأُمّ، فتسقط الأُخت للأب بالأخ للأب والأُمّ. وعندنا أنّها مثل الأُولى سواء.

المسألة بحالها ماتت إحدى البنتين الأوّلتين نظرت، فإن ماتت الّتي هي أُمّهما فإنّها ماتت وخلّفت أُمّاً وأُختاً لأب وأُمّ ـ وهي الّتي في درجتها ـ وخلّفت ولدين وهما إخوتها لأبيها: للأُمّ السدس، والباقي لولديها، وتسقط الأُخت للأب بالابن، فتصحّ المسألة من ثمانية عشر.

لم يكن هكذا، لكن ماتت الّتي هي لم تكن أُمّ الولدين، وخلّفت أُمّها وأُختاً لأب وأُمّ ـ وهي الّتي في درجتها وهي أُمّ الولدين ـ وخلّفت أخوين من أبيها وهما ولدا أُخت لأب وأُمّ: للأُمّ السدس، والباقي ردّ عليها عندنا. وعندهم للأُخت للأب والأُمّ النصف، والباقي للأخوين من أبيها، للذكر مثل حظّ الانثيين.

[١٤]

في ميراث الحمل والأسير والمفقود والحميل وغير ذلك

رجل مات وخلّف امرأة حُبلى، فإنّ الحمل يرث بلا خلاف. فإن خرج واستهلّ فإنّه يرث بلا خلاف. وإن خرج وفيه حياة مستقرّة ولم يستهلّ فإنّه يرث أيضاً، ويصلّى عليه استحباباً.

---

(١) في بعض النسخ زيادة: أُمّاً.

(٢) في المطبوع: أخاً.

ويعلم أنّ فيه حياة مستقرّة بأن يعطس أو يمصّ اللبن أو يبقى يومين وثلاثة. وقال قوم: إذا لم يستهلّ فإنّه لا يرث[١].

ويعتبر الحياة حين يسقط وإن لم يكن فيه حياة حال موت أبيه، ألاترى أنّ الرجل لو وطئ امرأة ثمّ مات وجاءت بعد ذلك بولد لستّة أشهر فصاعداً ألحقناه به في النسب، والميراث تابع للنسب، وإن كنّا نتحقّق أنّ حال موت أبيه ما كان مخلوقاً فيه الحياة.

ومتى خرج ميّتاً فإنّه لا يرث، لما روي عنه عليه السلام أنّه قال: «السقط لا يرث ولا يورث»[٢] وكذلك إن خرج وهو يتحرّك ويختلج حركة الموتى فإنّه لا يرث؛ لأنّه يتحرّك كما يتحرّك المذبوح. وكذلك إن خرج نصفه حيّاً ثمّ خرج الباقي ميّتاً، فإنّه لا يرث؛ لأنّ الاعتبار بالحياة حال الخروج، وهذا ما كان فيه حياة حال الخروج.

وإذا ثبت هذا نظرت، فإن لم يكن وارث غير هذا الحمل فإنّه يوقف ويحبس ماله، فإن خرج حيّاً دفع إليه ذكراً كان أو أُنثى عندنا. وفيه خلاف[٣] فأمّا إن كان له وارث نظرت، فإن كان ممّن له فرض مقدّر ـ مثل الزوج والزوجة والأبوين ـ فإنّه يدفع فرض هؤلاء أقلّ ما يستحقّون إمّا السدس أو الربع للزوج والثمن للزوجة، ويوقف الباقي، ولا يشترط كونه معولاً؛ لأنّ العول باطل على ما بيّنّاه.

فإن كان للميّت ابن حاضر فعند قوم لا يدفع إليه شيء أصلاً[٤] وعند آخرين

---

(١) حكاه الماوردي عن شريح والنخعي وأبي سلمة بن عبدالرحمن، الحاوي الكبير ٨: ١٧٢.
(٢) لم نعثر عليه في الجوامع الروائيّة الّتي راجعناها، وإنّما رواه مرسلاً الشهيد في الدروس ٢: ٣٥٥.
(٣) ذكر الخلاف الماوردي في الحاوي الكبير ٨: ١٧٠ مفصّلاً، وأورد فيه أكثر من خمسة أقوال.
(٤) هذا القول مختار الشافعي، راجع الحاوي الكبير ٨: ١٧١، والمغني لابن قدامة ٧: ١٩٤، والشرح الكبير ٧: ١٣٠.

يدفع إليه الخمس[١] لأنّ أكثر ما تلده المرأة أربعة فيكون مع هذا خمساً.

وقال محمّد بن الحسن: يدفع إلى هذا الابن ثلث المال[٢] لأنّ أكثر ما جرت به العادة أن تلد المرأة توأمين فيكون ثلاثة وهذا الّذي يقوى في نفسي.

وقال أبو يوسف: يدفع إليه النصف، لأنّ العادة جرت أن تلد المرأة ذكراً و أُنثى[٣].

ومن ضرب امرأة فألقت جنيناً فعندنا: إن كان تامّاً قد شقّ له السمع والبصر لزمته ديته مائة دينار، وإن لم يشقّ له سمع لزمه غرّة عبد أو أمة. وعند المخالف غرّة[٤] ولم يفصّلوا. وتكون هذه الدية موروثة لسائر الورّاث المناسبين وغير المناسبين لهذا السقط بلا خلاف إلّا ربيعة، فإنّه قال: هذا العبد لأُمّه[٥] وحكى عن بعض الصحابة: أنّه يكون لعصبته[٦].

ويقضى الديون والوصايا من الدية بلا خلاف، إلّا أبا ثور، فإنّه قال: لا تقضى منه الدين ولا الوصيّة[٧].

والحميل: مَن جُلب من بلاد الشرك فيتعارف منهم نفسان بنسب يوجب الموارثة بينهما قُبل قولهم بلا بيّنة ووُرّثوا عليه. إلّا أن يكونوا معروفين بغير ذلك النسب أو قامت البيّنة بخلافه فيبطل حكم الإقرار.

والأسير في بلاد الشرك: إذا لم يُعلم موته فإنّه يورّث، ويوقف نصيبه إلى أن

(١ و٢) هذان القولان بالترتيب: الأوّل لأبي حنيفة ومن تبعه، والثاني لمحمّد بن الحسن، راجع الحاوي الكبير ٨: ١٧١، والمغني لابن قدامة ٧: ١٩٤، الشرح الكبير ٧: ١٣٠.

(٣) نقله عنه في الحاوي الكبير ٨: ١٧١، والمبسوط للسرخسي ٣٠: ٥٢.

(٤) المجموع ١٩: ٥٦، والمبسوط للسرخسي ٢٦: ٨٧، والمغني لابن قدامة ٧: ٢٠٣.

(٥) راجع المغني لابن قدامة ٧: ٢٠٣.

(٦) هو المنسوب إلى عليّ عليه السلام في أحد قوليه كما في المغني لابن قدامة ٧: ٢٠٤، والمبسوط للسرخسي ٢٦: ١٥٧.

(٧) كما في المغني ٧: ٢٠٤.

يجيء أو يصحّ موته، فإن لم يعلم موته ولا حياته فهو بمنزلة المفقود.

والمفقود: لا يُقسم ماله حتّى يُعلم موته أو يمضي مدّة لا يعيش مثله إليها. فإن مات في هذه المدّة من يرثه هذا المفقود فإنّه يوقف نصيبه منه حتّى يُعلم حاله وسُلّم الباقي إلى الباقين. وإن سُلّم نصيب المفقود وميراث الحمل أيضاً إلى الورثة الحاضرين واخذ منهم كفلاً بذلك كان جائزاً.

والمريض: إذا طلّق امرأته ومات من مرضه ذلك ورثته المرأة ما بينه وما بين سنة ما لم تتزوّج سواء كان الطلاق رجعيّاً أو بائناً، فإن زاد على سنة أو تزوّجت فلا ميراث لها، وهو يرثها مادامت في العدّة إذا كان الطلاق رجعيّاً.

إذا تزوّج المريض، فإن دخل بها صحّ العقد وتوارثا، وإن لم يدخل بها ومات كان العقد باطلاً.

والصبيّان إذا زوّجهما أبواهما ثمّ مات واحد منهما قبل البلوغ ورثه الآخر. فإن كان العاقد عليهما غير الأبوين فلا توارث بينهما حتّى يبلغا ويرضيا فإن ماتت الصبيّة قبل البلوغ وكان الصبيّ قد بلغ ورضي بالعقد لم يرثها؛ لأنّ لها الخيار إذا بلغت. وإن بلغت الصبيّة ورضيت بالعقد ولم يبلغ الصبيّ فإنّها لا ترثه؛ لأنّ له الخيار إذا بلغ.

فإن بلغ الصبيّ ورضي بالعقد ولم تبلغ الصبيّة ومات الصبيّ عُزل ميراث الصبيّة فإذا بلغت ورضيت بالعقد حلفت بالله أنّه ما دعاها إلى الرضا بالعقد الطمع في المال، فإذا حلفت يُسلّم إليها حقّها منه. وكذلك القول في الصبيّ سواء.

* * *

والمرأة لا ترث من زوجها من الأرضين والقرى والرباع من الدور والمنازل، بل يقوّم الطوب[1] والخشب وغير ذلك من الآلات، وتعطى حصّتها منه ولا تعطى

---

(١) الآجر المشويّ.

من نفس الأرض شيئاً.

وقال بعض أصحابنا: إنّ هذا مخصوص بالدور والمنازل دون الأرضين والبساتين[١]. والأوّل أظهر. هذا إذا لم يكن لها منه ولد، فأمّا إذا كان لها ولد فإنّها يعطى حقّها من جميع ذلك.

* * *

وقال أصحابنا: إنّ الابن الأكبر يخصّ بسيفه ومصحفه وخاتمه وثياب جلده[٢] فإن كانوا جماعة في سنّ واحد اشتركوا فيه. وإن كان لم يخلف غير ذلك يسقط هذا الحكم. وفي أصحابنا من قال: إنّ ذلك يقوّم عليهم دون أن يعطوا بلا تقويم[٣].

[١٥]
فصل في المعاياة*

إذا قالت امرأة: إن ولدت ذكراً يرث، وإن ولدت أُنثى لم ترث، وإن ولدت ذكراً وأُنثى فالذكر يرث دون الأُنثى.

صورتها: رجل مات وخلّف امرأة أخيه حبلى وخلّف ورثة أُخر ـ ابن أخ أو ابن عمّ ـ فإنّها إن ولدت ذكراً، فإنّه يكون ابن الأخ، وابن الأخ يرث مع ابن الأخ، وهكذا ابن العمّ يرث مع ابن العمّ، وإن أتت بأُنثى لا ترث فإنّ بنت الأخ لا ترث مع ابن الأخ.

مسألة أُخرى: قوم كانوا يقسمون الميراث، قالت امرأة: لا تقتسموا؛ لأنّي حاملة فإن ولدت أُنثى فإنّها ترث، وإن ولدت ذكراً فإنّه لا يرث، وإن ولدت ذكراً

---

(١) منهم المفيد في المقنعة: ٦٨٧.

(٢) المفيد في المقنعة: ٦٨٤ ونسبه العلّامة في المختلف (٩: ١٧) إلى ابن الجنبد.

(٣) منهم السيّد في الانتصار: ٥٨٢، المسألة ٣١٦.

* المعاياة أن تأتي بمسألة لا يهتدى لوجهها.

وأُنثى فلا يرثان.

صورة المسألة: امرأة ماتت وخلّفت زوجاً وبنتاً وأبوين وامرأة ابنها حامل، المسألة من اثني عشر، للزوج الربع (ثلاثة) وللبنت النصف (ستّة) وللأبوين السدسان (أربعة) يكون ثلاثة عشر، عالت الفريضة بواحدة، فإن أتت امرأة ابنها ببنت فإنّها ترث وتعول المسألة إلى خمسة عشر، وإن أتت بابن لا يرث؛ لأنّه ابن ابن، والمسألة لا تعول بالعصبة. وهكذا إن أتت بذكر وأُنثى فمثل ذلك.

وهذه المسائل لا تصحّ على مذهبنا، لأنّ ولد الأخ يرث ذكراً كان أو أُنثى وهو أولى من العمّ وابن العمّ. ولا يرث مع البنت للصلب ولد الولد بحال، سواء كان ولد ابن أو ولد بنت.

* * *

عشرة من الرجال يرثون بالإجماع: الابن، وابن الابن وإن نزل، والأب والجدّ وإن علا، والأخ وابن الأخ، والعمّ وابن العمّ، والزوج، ومولى النعمة.

سبع من النساء يرثن بالإجماع: البنت، وبنت الابن، والأُمّ، والجدّة، والأُخت، والزوجة، ومولاة النعمة.

ستّة لا يرثون بالإجماع: العبد، والمدبّر، وأُمّ الولد، وقاتل العمد، والمرتدّ، والكافر.

ستّة عشر اختلفوا في توريثهم: أولاد البنات، وأولاد الأخوات، وأولاد الإخوة من الأُمّ، وبنات الإخوة من الأب، والعمّة وأولادها، والخالة وأولادها، والخال وأولاده، والعمّ ـ أخو الأب من أُمّه ـ وأولاده، وبنات العمّ وأولادهنّ، والجدّ أبو الأُمّ، والجدّة أُمّ أبي الأُمّ.

فعندنا: أنّ هؤلاء كلّهم يرثون، وإنّما يقدّم الأقرب فالأقرب، وفيه خلاف[1].

---

(١) راجع الحاوي الكبير ٨: ٧٣ و ١٧٤.

[١٦]
فصل في ذكر جُمل يُعرف بها سهام الفرائض

قد ذكرنا: أنّ السهام المسمّاة ستّة: النصف والربع والثمن والثلثان والثلث والسدس، فمخرج النصف من اثنين ومخرج الربع من أربعة ومخرج الثمن من ثمانية ومخرج الثلثين والثلث من ثلاثة ومخرج السدس من ستّة.

فإن كان في المال نصف ونصف فاجعله من اثنين، وإن كان مع النصف ثلث أو سدس فاجعلها من ستّة، فإن كان معه ثمن أو ربع فاجعلها من ثمانية، وإن اجتمع ثلثان وثلث فاجعله من ثلاثة، وإن اجتمع ربع وما بقي أو ربع ونصف ومابقي فاجعلها من أربعة، إن كان ثمن وما بقي أو ثمن ونصف وما بقي فاجعله من ثمانية، فإن كان مع الربع ثلث أو سدس فاجعلها من اثني عشر، وإن كان مع الربع ثلثان فاجعلها من اثني عشر، وإن كان مع الثمن ثلثان أو سدس فاجعلها من أربعة وعشرين.

فإن زاد من له أصل الفرائض على واحد ولم يخرج سهامهم على صحّة ضربت عددهم في أصل الفريضة مثل أبوين وخمس بنات: للأبوين السدسان سهمان من ستّة ويبقى أربعة لا ينقسم على الصحّة تضرب عدد البنات وهي خمسة في أصل الفريضة وهي ستّة فيكون ثلاثين: لكلّ واحد من الأبوين خمسة أسهم ولكلّ واحدة من البنات أربعة أسهم.

وإن كان مَن بقي بعد الفرائض أكثر من واحد ولم تصحّ القسمة فاضرب عدد من له ما بقي في أصل الفريضة، مثل أبوين وزوج وبنتين: للزوج الربع، وللأبوين السدسان، يخرج من اثني عشر يبقى بعد فرائضهم خمسة فتنكسر على البنتين فتضرب عدد البنتين وهو اثنان في اثني عشر فيكون أربعاً وعشرين، لكلّ واحد من الأبوين أربعة أسهم، وللزوج ستّة أسهم، ولكلّ واحد من البنتين خمسة أسهم.

وإن بقي بعد الفرائض ما يجب ردّه على أرباب الفرائض أو على بعضهم بعد فرائضهم ولم تصحّ القسمة، فاجمع مخرج فرائض من يجب عليه الردّ واضرب في أصل الفريضة، مثل أبوين وبنت: للأبوين السدسان، وللبنت النصف، ويبقى سهم واحد من ستّة أسهم فتأخذ مخرج السدسين وهو الثلث من ثلاثة ومخرج النصف من اثنين فيكون خمسة، فتضرب في ستّة وهو أصل الفريضة فيكون ثلاثين، لكلّ واحد من الأبوين خمسة أسهم بالفرض، وللبنت خمسة عشر سهماً بالفرض، ويبقى خمسة أسهم، لكلّ واحد من الأبوين سهم واحد بالردّ، وللبنت ثلاثة أسهم بالردّ.

فإن كانت المسألة بحالها ووجب الردّ على بعضهم، بأن يكون هناك إخوة وأخوات، فإنّ عند ذلك لا تستحقّ الأُمّ أكثر من السدس، وما وجب من الردّ عليها يتوفّر على الأب، فإنّه يكون مثل الأُولى سواء، غير أنّ السهم المردود على الأُمّ يوفّر على الأب، فيحصل للأب سبعة أسهم، وللأُمّ خمسة أسهم، وللبنت ثمانية عشر سهماً.

فإن فرضنا أنّ المسألة فيها زوج فإنّها تستحقّ الثمن، فتصحّ المسألة من أربعة وعشرين: للأبوين السدسان (ثمانية) وللبنت النصف (اثنا عشر) وللزوجة الثمن (ثلاثة) بقي سهم يحتاج إلى أن يردّ على الأبوين دون الزوجة، فتضرب سهامهم وهي خمسة في أصل الفريضة وهي أربعة وعشرون، تصير مائة وعشرين: للزوجة الثمن (خمسة عشر) وللبنت النصف (ستّون) وللأبوين السدسان (أربعون) يبقى خمسة أُعطي كلّ واحد من الأبوين سهماً والثلاثة أسهم للبنت، فإن كان هناك من يحجب الأُمّ وفّر سهمها من الردّ على الأب فيحصل معه سهمان من الردّ ولا شيء للأُمّ.

[١٧]

فصل في ذكر جمل من استخراج المناسخات*

العمل في تصحيح ذلك: أن تصحّح مسألة الميّت الأوّل ثمّ تصحّح مسألة الميّت الثاني وتقسم ما يخصّ الميّت الثاني من المسألة الأُولى على سهام مسألته، فإن انقسمت فقد صحّت المسألتان معاً ممّا صحّت منه مسألة الميّت الأوّل.

مثال ذلك: رجل مات وخلّف أبوين وابنين، فالمسألة تخرج من ستّة: للأبوين السدسان، ولكلّ واحد من الابنين اثنان، فإذا مات أحد الابنين وخلّف ابنين كان لكلّ واحد منهما سهم من هذين السهمين، فقد صحّت المسألتان من المسألة الأُولى.

وإن لم تنقسم الثانية من المسألة الأُولى نظرت في سهام من يستحقّ المسألة الثانية وجمعتها وضربتها في سهام المسألة الأُولى صحّت لك المسألتان معاً، مثل المسألة الّتي قدّمناها.

فيفرض أنّ أحد الابنين مات وخلّف ابناً وبنتاً وكان له سهمان من ستّة لم يمكن قسمتهما عليهما: ضربت سهم الابن (وهو اثنان) وسهم البنت (وهو واحد) في أصل الفريضة الأُولى (وهي ستّة) فيصير ثمانية عشر، يكون للأبوين السدسان (ستّة) ولكلّ واحد من الابنين ستّة. فإذا مات الابن وخلّف ابناً وبنتاً: كان للابن من ذلك أربعة، وللبنت اثنان. وكذلك إن مات ثالث ورابع صحّح مسألة كلّ ميّت ثمّ اقسم مالَه من مسائل المتوفّين قبله من السهام على سهام مسألته، فإن انقسمت فقد صحّت لك المسائل كلّها، وإن لم تصحّ فاضرب جميع مسألته فيما صحّت منه مسائل المتوفّين قبله، فما اجتمع صحّت منه المسائل كلّها. والله تعالى الموفّق للصواب.

تمّ كتاب الفرائض

(*) المناسخة في الميراث ـ أو التناسخ ـ أن يموت ورثة بعد ورثة وأصل الميراث قائم لم يقسم بعد.

كتاب الوديعة

كتاب الوديعة

الوديعة مشتقّة من ودَع[1] يدَع إذا استقرّ وسكن، يقال: أودعته أودِعه أي أقررته وأسكنته. ويقال: إنّه مشتقّ من ودُع[2]. يقال: ودُع الشيء يودُعه إذا كان في خفض وسكون، وأحدهما قريب من الآخر.

وللوديعة حكم في الشريعة لقوله تعالى: ﴿إنّ الله يأمركم أن تؤدُّوا الأمانات إلى أهلها﴾[3] وقال تعالى: ﴿فليؤدّ الّذي اؤتمن أمانته﴾[4] وقال: ﴿ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤدّه إليك ومنهم من إن تأمنه بدينار لا يؤدّه إليك﴾[5].

وروى أنس بن مالك وأُبيّ بن كعب وأبو هريرة ـ كلّ واحد على الانفراد ـ عن النبيّ ﷺ أنّه قال: أدّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك[6] وروي أنّ النبيّ ﷺ كانت عنده ودائع بمكّة فلمّا أراد أن يهاجر أودعها أُمّ أيمن وأمر عليّاً بردّها على أصحابها[7].

فإذا ثبت هذا، فالوديعة أمانة لا ضمان على المودع ما لم يفرّط. وروى عمرو ابن شعيب عن أبيه، عن جدّه أنّ النبيّ ﷺ قال: ليس على المستودع ضمان[8].

---

(١) قلّ استعمال مصدر هذا الفعل وماضيه.
(٢) بعض المخطوطات: من وادع.
(٣) النساء: ٥٨.
(٤) البقرة: ٢٨٣.
(٥) آل عمران: ٧٥.
(٦) السنن الكبرى ١٠: ٢٧١، وسنن الدار قطني ٣: ١٤١/٣٥.
(٧) الحاوي الكبير ٨: ٣٥٥.
(٨) سنن الدار قطني ٣: ١٦٨/٤١.

وإذا ثبت ذلك فالوديعة جائزة من الطرفين، من جهة المودِع متى شاء أن يستردّها فعل، ومن جهة المودَع متى شاء أن يردّها فعل، بدلالة ما تقدّم من الأخبار والآي، وروى سمرة أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله قال: على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي[١].

إذا أراد المقيم أن يردّ الوديعة ردّها، فإن ردّها على المودع أو على وكيله فلا شيء عليه، وإن ردّها على الحاكم أو على ثقة مع القدرة على الدفع إلى المودع أو على وكيله فعليه الضمان. فأمّا إن لم يقدر على المودع ولا على وكيله فلا يخلو إمّا أن يكون له عذر أو لم يكن له عذر فيه، فإن لم يكن له عذر فردّه فعليه الضمان، وإن كان له عذر ـ مثل النهب والحريق ـ وردّه على الحاكم أو على ثقته فلا ضمان عليه.

وإن أراد أن يسافر فردّها على المودِع أو على وكيله فلا ضمان عليه، وإن لم يتمكّن منهما وردّ على الحاكم فلا ضمان عليه، وإن لم يتمكّن منهم وردّ على ثقته فلا ضمان أيضاً. كلّ هذا لا خلاف فيه، لأنّ السفر مباح، فلو قلنا ليس له ردّه لمنعناه من المباح الّذي هو السفر. فأمّا إذا لم يتمكّن من المودع ولا من وكيله وقدر على الحاكم فردّه على ثقته قال قوم: لا ضمان عليه[٢] وقال آخرون: عليه الضمان[٣].

وأمّا إن أراد أن يسافر بها فليس له أن يسافر بها سواء كان الطريق مخوفاً أو أمناً وفيه خلاف[٤]. وأمّا إن كان البلد مخوفاً ففزع من النهب والحريق فله أن يسافر بها ولا ضمان عليه بلا خلاف.

وإن أراد المودع السفر فدفنها فلا يخلو إمّا أن يعلم به غيره أو لم يعلم به، فإن

---

(١) سنن الترمذي ٣: ٥٦٦/١٢٦٦، وسنن الدارمي ٢: ٢٦٤، والسنن الكبرى ٦: ٩٠ و ٩٥.
(٢) هذا القول لأبي إسحاق المروزي كما في الحاوي الكبير ٨: ٣٥٩، والمجموع ١٤: ١٨٤.
(٣) هو ظاهر كلام الشافعي كما في المصدرين السابقين.
(٤) ذكر الخلاف الماوردي في الحاوي الكبير ٨: ٣٥٧.

لم يعلم به غيره ضمن لأنّه غرّر[١] لأنّه ربّما مات المودع في السفر ولم يعلم، ويتلف الوديعة في الدفن، وربّما يتلف أيضاً بالغرق أو الحريق أو بحتّ الأرض.

وإن أعلم غيره فإن كان فاسقاً ضمن لأنّه أشهرها، وإن عرّف ثقة أميناً نظرت، فإن كان ممّن لا يسكن تلك الدار الّتي دفن فيها فإنّه يضمن، لأنّه عرّف من لم يأمنه المودع كما لو كان المودع حاضراً.

وإن أعلم من سكن تلك الدار الّتي دفن فيها فهل يضمن أم لا؟ فيه الفصول الثلاثة الّتي ذكرناها فيما قبل في ردّ الوديعة: فإن ردّها على صاحبها أو على وكيله لم يضمن، وإن لم يتمكّن منهما فردّها على الحاكم لم يضمن، وإن لم يتمكّن منه أيضاً فردّها على الثقة لم يضمن، الثالث إذا تمكّن من الحاكم فردّه على ثقة فعلى الوجهين.

وكذلك هاهنا.

فإن عرّف صاحبها أو وكيله أو الحاكم مع عدمهما فلا يضمن. وإن عرّف الساكن معه في تلك الدار مع عدم صاحبها أو وكيله ووجود الحاكم فعلى وجهين[٢].

إذا حيل بينه وبين المودع عند حضوره ولم يقدر على تسليمها إليه سواء كانت الحيلولة له دونه بالسفر أو الحبس فإنّ الحكم فيه سواء، فإن كان المودع معه في البلد فهو في حكم الغائب فالحكم فيه كما لو كان غائباً.

إذا أودع وديعة بشرط أن تكون مضمونة لم تكن مضمونة وكان الشرط باطلاً، وخالف فيه العنبري[٣].

من كانت عنده وديعة فأراد أن يودعها غيره مع حضوره فإنّه يضمنها بكلّ

---

(١) ليس «لأنّه غرر» في ط.

(٢) مضى ذكرهما في من قدر على الحاكم فردّه على ثقته.

(٣) هو عبيدالله بن الحسن بن الحصين العنبري من أهل البصرة توفّي في سنة ١٦٦هـ.ق وهو والعترة وقتادة قائلون بأنّه إذا شرط الضمان كانت مضمونة كما في نيل الأوطار للشوكاني ٦: ٣٨.

حال، سواء أودعها زوجته أو أحداً من عياله. وفيه خلاف:

فقال بعضهم: إن أودعها زوجته لم يضمن، وإن أودع غيرها ضمن[١]. وقال غيره: إذا أودعها زوجته أو من يكون عليه مؤنته فقد وكلها إلى اجتهاده ورفع يد نفسه عنها، فبهذا يضمن، وأمّا إن قال لزوجته أو لجاريته: «اجعليها في الصندوق أو أدخليها البيت» وهو يرى ما تفعل ويشاهد فلا يضمن[٢]. ويجري ذلك مجرى من يكون عنده دابّة وديعة فيقول لغلامه: اسقها أو اطرح عليقها[٣] فإنّه لا يضمن.

إذا أُودع وديعة فتعدّى فيها ضمنها، وإذا ردّها إلى حرزها لم يزل الضمان بردّها إلّا أن يردّها على المودع، أو حدث استئمان على أحد الوجهين، وفيه خلاف[٤].

ومتى أخرجها لمنفعة نفسه ضمنها مثل أن يكون ثوباً ليلبسه أو دابّة ليركبها فإنّ بنفس الإخراج يضمن. وقال قوم: بنفس الإخراج لا يضمن وإنّما يضمن بالاستعمال إن كان ثوباً حتّى يلبسه وإن كانت دابّة حتّى يركبها[٥]. فالكلام في هذا يجيء.

وإذا أخرجها من حرزها ثمّ ردّها إلى مكانها فإنّ عندنا يضمن بكلّ حال، وعند قوم لا يضمن إلّا في ثلاث مسائل:

الأُولى إذا جحدها ثمّ اعترف بها، والثانية إذا طلب بردّها فمنع الردّ ثمّ بذل،

---

(١) القائل به أبو حنيفة كما في بداية المجتهد ٢: ٣٣٧.

(٢) القائل به مالك كما في المدوّنة الكبرى ٦: ١٤٤ ـ ١٤٥.

(٣) العليق: ما تُعْلَفه الدابة من شعير ونحوه.

(٤) القائل بالضمان الشافعي كما في الأُمّ ٤: ١٣٥ ومختصر المُزني: ١٤٧ والمجموع ١٤: ١٩٤. وقال مالك وأبو حنيفة بعدم الضمان كما في المغني لابن قدامة ٧: ٢٩٦، والشرح الكبير ٧: ٣٠٥.

(٥) منهم أبو حنيفة كما في بدائع الصنائع ٦: ٢١٢ ـ ٢١٣، واللباب ٢: ١٩٧، والمغني لابن قدامة ٧: ٢٩٦.

والثالثة إذا خلطها ثمّ ميّزها، فإنّه لا يزول الضمان في هذه المسائل عنده[١]. وقال قوم: إن أنفقها وجعل بدلها مكانها زال الضمان[٢] بناءً على أصله، لأنّ عنده أنّ المودع إذا كان موسراً وكانت الوديعة دراهم أو دنانير كان للمودع أن ينفقها وتكون في ذمّته ويكون هذا أحظى عنده للمودع من الحرز، والأوّل أصحّ.

إذا تعدّى بإخراج الوديعة ثمّ ردّها ففيه ثلاث مسائل:

إحداها: أن يردّها إلى يد ربّها، فإنّه يبرأ ويسقط الضمان، وكذلك إن ردّها إلى وكيله بالقبض بلا خلاف[٣].

الثانية: أن يردّها إلى الحرز من حيث أخذها فإنّه لم يزل الضمان خلافاً لأبي حنيفة.

الثالثة: أن يقول له ربّ الوديعة: «قد أبرأتك من ضمانها وجعلتها وديعة عندك وائتمنتك على حفظها» فهل يزول الضمان أم لا؟ قال قوم: إنّه لم يزل الضمان[٤]. وقال آخرون: يزول[٥]. وهو الأقوى. فإن ردّها إلى صاحبها ثمّ أودعها إيّاه زال الضمان بلا خلاف.

إذا أخرج الوديعة لمنفعة نفسه مثل أن يكون ثوباً أراد أن يلبسه أو دابّة فأراد أن يركبها، فإنّ بنفس الإخراج يضمن، وقال قوم: بنفس الإخراج لا يضمن حتّى ينتفع مثل أن يلبسه أو يركبه[٦]. وإن عزم على أن يتعدّى فيها لا يضمن عندنا، وقال قوم شذاذ: إنّه يضمن بالنيّة كما لو التقط لقطة لينتفع بها فإنّه يضمن[٧]. والأوّل

---

(١) راجع المصادر السابقة.

(٢) منهم مالك كما في المدوّنة الكبرى ٦: ١٤٧، وبداية المجتهد ٢: ٣٣٦ ـ ٣٣٧.

(٣) مضافاً عليه هو مختار مالك أيضاً كما في الحاوي الكبير ٨: ٣٦٣ والمغني لابن قدامة ٧: ٢٩٦.

(٤ و ٥) نقلهما في المجموع ١٤: ١٩٦ ونسب الأوّل إلى الشافعي وهكذا في مغني المحتاج ٣: ٩٠.

(٦) منهم أبو حنيفة كما في بدائع الصنائع ٦: ٢١٣، واللباب ٢: ١٩٨ والشرح الكبير ٧: ٣٢٠.

(٧) منهم أبو العبّاس بن سريج كما في الحاوي الكبير ٨: ٣٦٢، والمجموع ١٤: ١٩٣، والمغني لابن قدامة ٧: ٢٩١

أصحّ، لأنّه لم يقع التعدّي.

إذا كان عنده وديعة في كيس أو في شيء مشدود فحلّ الخيط أو قطعه أو كان عليها ختم فكسر الختم، فإنّه يضمن جميع الوديعة، لأنّه قد هتك الحرز. فإن لم يكن هكذا لكن خرق الكيس وشقّه نظرت، فإن كان ذلك من فوق الشدّ والختم لم يضمن المال لكن عليه أرش ما نقص من الكيس بالتخريق، وإن كان الشقّ بالبطّ من تحت الكيس أو تحت الشدّ فإنّه يضمن جميع المال سواء أخذه أو لم يأخذ منه، لأنّه هُتِكَ حرز المال.

قد ذكرنا أنّه إذا تعدّى في الوديعة في الكيس بكسر الختم وحلّ الشدّ فإنّه يضمن. فأمّا إذا أودع شيئاً ليس بمحرز مثل الدراهم والدنانير في قُفّة[١] أو ركوة[٢] ونحو ذلك فأخذ منها درهماً أو ديناراً ضمن ذلك الدرهم والدينار لأنّه تعدّى عليه بأخذه وعليه ضمانه، ولا يضمن الباقي لأنّه ما تعدّى فيه ولا يتعلّق به ضمانه.

فإن ردّه فلا يخلو إمّا أن يردّ ما أخذه بعينه أو يردّ بدله، فإن ردّ ما أخذه بعينه فلا يخلو إمّا أن يكون متميّزاً من الباقي أو غير متميّز.

فإن كان متميّزاً فلا خلاف أنّه لا يضمن البقيّة لأنّ الّذي أخذه معروف العين، والباقي لم يحدث فيه فعلاً تعدّى به، بل عليه ضمان الّذي ردّه. وقال قوم: زال ضمانه عنه[٣].

وإن كان لا يتميّز مثل أن يكون دراهم صحاحاً فخلطه بصحاح أو مكسّراً خلطه بمكسّر، فذهب قوم إلى أنّه لا يضمن إلّا قدر ما أخذه والباقي أمانة كما كان[٤].

---

(١) القُفّة بالضّم: القرعة اليابسة، والزنبيل كهيئة القرعة يتّخذ من الخوص أي ورق النخل ونحوه.

(٢) الرَكْوة بالفتح: شبه تور من أدم.

(٣) منهم مالك كما في المدوّنة الكبرى ٦: ١٤٧، وبداية المجتهد ٢: ٣٣٦ ـ ٣٣٧.

(٤) راجع المجموع ١٤: ١٩١، والحاوي الكبير ٨: ٣٦٤.

وقال قوم: إنّه إذا لم يتميّز ضمن الكلّ لأنّه خلط المضمون بغير المضمون[١] والأوّل أصحّ لأنّه وإن خلط مضموناً بغير المضمون، فإنّه خلطه بإذنه، وهو مأذون فيه، لأنّ ربّ المال رضي بأن يكون ذلك مع الباقي، فإذا ردّه فلم يفعل شيئاً إلّا برضا ربّ الوديعة.

وأمّا الكيسان إذا خلطهما فإنّه يكون مضموناً عليه، لأنّه خلطهما بغير رضا صاحبه، فكان متعدّياً بالخلط، فضمنهما بكمالهما.

هذا إذا كان قد ردّ ما أخذ بعينه، فأمّا إن ردّ بدل ما أخذه فلا يخلو إمّا أن يتميّز أو لا يتميّز، فإن كان يتميّز فإنّه يضمن ذلك الّذي أخذه، ولا يضمن الباقي وإن كان غير متميّز فإنّه يضمن الكلّ لأنّه خلط ماله بمال غيره بغير إذن مالكه، فهو كما لو كان مقارضاً فخلط مال القراض بمال من عنده فإنّه يضمن مال القراض كلّه.

إذا أودع حيواناً ففيه ثلاث مسائل:

إحداها: أن يأمره بسقيها وعلفها. الثانية: أطلق ولم يأمره ولم ينهه. الثالثة قال: لا تسقها ولا تعلفها.

فإن أمره بسقيها فإنّه يلزمه سقيها وعلفها، لأنّ لها حرمتين وحقّين: إحداهما: حرمة مالكها، ألاترى أنّه لو أتلفها عليه إنسان ضمنها. ولها حرمة في نفسها وهي حقّ للّه، ألا ترى أنّه ليس لصاحبها أن يعذّبها؟

إذا كان هكذا لزمه أن يسقيها ويعلفها.

فإن سقاها فلا يخلو إمّا أن يسقيها في بيته، أو في غير بيته.

فإن كان قد سقاها في بيته نظرت، فإن سقاها بنفسه فقد زاد خيراً وبالغ في حفظها.

وإن أمر غيره من غلمانه فسقاها الغير جاز، ولا ضمان عليه، لأنّ العادة

---

(١) منهم أبو حامد المروزي والبصريّون كما في الحاوي الكبير ٨: ٣٦٤، ونسبه أيضاً في المجموع ١٤: ١٩١ إلى الربيع.

جرت بأنّ الإنسان لا يسقي الدابّة بنفسه.

وإن أخرجها من داره وسقاها في غير داره فلا يخلو إمّا أن يكون إخراجها لعذر أو لغير عذر.

فإن كان لعذر مثل أن يكون داره حجرة لم يكن فيها بئر ولا نهر فأخرجها إلى خارج إلى نهر أو حيث يسقي دوابّ نفسه للضرورة[١] والعادة جرت بأنّه يسقي خارجاً لم يضمنها.

وإن كان في داره بئر أو نهر يجري ويسقي دوابّ نفسه منه فأخرجها وحملها لسقيها برّاً ضمن. وفيهم من قال: إذا كان الطريق أمناً لم يضمن[٢] وكأنّه أخرجها من حرز إلى حرز، والأوّل أقوى، لأنّه أخرجها من غير حاجة ويرجع على صاحبها بما أنفق عليها، لأنّه أذن له في النفقة عليها.

المسألة الثانية: إذا أطلق ولم يقل شيئاً فإنّه يلزمه الإنفاق. وقال قوم: لا يلزمه أن ينفق عليها ولا يسقيها ولا يعلفها، لأنّه مستحفظ في حفظها، فأذن له في حفظها فأمّا سقيها وعلفها فلا[٣]. والأوّل أقوى لأنّ لها حرمة ويراعى فيها حرمته أيضاً، ولأنّ العادة جرت بأنّ السقي والعلف لابدّ منهما، فكأنّه تلفّظ بذلك.

فإذا ثبت أنّه يلزمه فأنفق وأراد أن يرجع عليه بما أنفق، فإنّه ينبغي أن يجيء إلى الحاكم ويعرّفه بأنّ فلان بن فلان أودعه دابّة وسافر، فإنّ الحاكم يفعل بها ما يرى من المصلحة:

فإن رأى من المصلحة أن يبيعها ويحفظ ثمنها على صاحبها فعل.

وإن رأى أن يبيع بعضها وينفق على باقيها، فله ذلك.

---

(١) ط: لضرورة.

(٢) القائل به أبو إسحاق المروزي كما في المجموع ١٤: ١٩٣.

(٣) منهم أبو حنيفة كما في المجموع ١٤: ١٩٢.

وإن رأى من المصلحة أن يؤجرها وينفق عليها من الأُجرة، والباقي يحفظ على صاحبها فعل.

وإن رأى أنّه يستقرض وينفق نظرت، فإن استقرض من المودع فهل لهذا المودع أن ينفق عليها، أو يؤخذ منه ويدفع إلى أمين الحاكم لينفق عليها على وجهين:

أحدهما: ليس له أن ينفق عليها بنفسه، لأنّه لا يجوز أن يكون مستقرضاً وهو ينفق ممّا استقرض منه، حتّى إذا أراد الرجوع فيحتاج أن يقبل قوله[١].

والوجه الثاني: يجوز أن ينفق هو، لأنّه كما جاز أن يستقرض من غيره ويدفع إلى هذا لينفق عليها، كذلك إذا استقرض منه جاز أن ينفق هو بنفسه. فإذا جاء صاحبها نظرت، فإن كان أنفق قدر المعروف فإنّ القول قول المودع هاهنا، لأنّ الأصل الأمانة[٢].

والكلام في الرجوع على صاحبها، فإن كان أنفق هو بنفسه مع القدرة على الحاكم فإنّه لا يرجع، لأنّه تطوّع بذلك. وإن لم يكن حاكم ولا يقدر عليه نظرت، فإن لم يشهد على نفسه بالرجوع على الإنفاق فإنّه لا يرجع، لأنّه تطوّع به وفرّط في ترك الإشهاد، وإن أشهد على نفسه بما ينفق فهل يرجع على صاحبها أم لا؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: لا يرجع، لأنّه أنفق بغير الإذن وهو لا يلي على صاحبها وإنّما يلي الحاكم[٣]. والوجه الثاني: يرجع عليه لأنّ هاهنا موضع الضرورة[٤].

وهذان الوجهان مبنيّان على الوجهين: إذا هرب الجمّال وترك الجمال وأنفق المكري فإذا جاء الجمّال فهل يرجع أم لا على وجهين كذلك هاهنا، فمن قال: له

(١ و ٢) الوجهان مذكوران في المجموع ١٤: ١٩٢، وهكذا في المغني لابن قدامة ٧: ٢٩٣.
(٣ و ٤) راجع المغني لابن قدامة ٧: ٢٩٣، والشرح الكبير ٧: ٢٩٢.

أن يرجع هاهنا وفي الفصل الأوّل حيث قلنا: إنّ له أن ينفق هو بنفسه، قال في هذين الموضعين، إنّما قلنا له ذلك، فإنّ حاله في التصرّف في هذه الدابّة كالحاكم إن رأى من المصلحة بيعها أو بيع بعضها فله ذلك، وكذلك الإجارة في الحكم سواء.

فإن لم يسقها ولم يطعمها فماتت الدابّة نظرت، فإن كان قد منعها من العلف في مدّة تموت الدابّة لمثل تلك المدّة لمنع السقي والعلف، فإنّه يضمن قيمتها، لأنّه معلوم أنّها ماتت من منع علفها. وإن كانت مدّة لم تمت الدابّة لمثل تلك المدّة فإنّه لا يضمن إذا منعت العلف والسقي.

المسألة الثالثة: إذا أودعه دابّة أو عبداً وقال: «لا تطعمه ولا تسقه» فإنّ الحكم في هذه المسألة كالمسألة الّتي قبلها إذا أطلق حرفاً بحرف، إلّا في شيء واحد، وهو إذا منع الطعام والشراب عنه فماتت، فإن مات في مدّة يموت الحيوان لمثل ذلك إذا منع الطعام فهل يضمن قيمة العبد أم لا؟ قيل: فيه وجهان، وفي الفصل الأوّل وجه واحد أنّه يضمن، وهاهنا وجهان:

أحدهما: يضمن قيمة العبد، لأنّه مات من منع الطعام، وهو متعدّ في هذا الموضع لحقّ الله[1]. وقال غيره: لا يضمن قيمة العبد، لأنّ الضمان كان لمالكه[2]. فإذا أمر بأن لا يسقيه ولا يطعمه فقد رضي بإسقاط حقّه وإسقاط الضمان عنه، وهذا هو الأقوى.

وعلى هذا كما لو كان له عبد فأمر بقتله فقتله فإنّه وإن كان ليس له قتله فإذا قتله لم يكن عليه ضمان قيمة العبد، بل عليه الكفّارة.

المودع إذا حضرته الوفاة فإنّه يلزم أن يشهد على نفسه بأنّ عنده وديعة لفلان،

---

(١) هو مختار أبي سعيد الاصطخري كما في المجموع ١٤: ١٩٢، والحاوي الكبير ٨: ٣٦٦، والمغني لابن قدامة ٧: ٢٩٣.

(٢) هذا مختار أبي العبّاس بن سريج وأبي اسحاق المروزي كما في المصادر السابقة.

ويشهد حتّى لا يختلط بماله ويأخذه ورثته، ولا يقبل قول المودع إلّا بالبيّنة فإذا لم يكن معه بيّنة فالظاهر أنّ هذا مال الميّت فيؤدّي إلى هلاك ماله، والحكم في هذه المسألة إذا حضرته الوفاة وإذا كان عنده وديعة وسافر فإنّ الحكم فيه واحد، لأنّ المسافر يعود ويغيب، فكذلك الميّت يغيب.

إذا ثبت هذا جميع أحكامه يعتبر بالمسافر مثل ماقلنا فيما قبل، فإن ردّها على صاحبها أو على وكيله فلا يضمن، وإن لم يتمكّن من صاحبها وكان وكيله فردّ على الحاكم أو على ثقة[١] فلا يضمن، وإن ردّها على الحاكم مع القدرة على صاحبها أو على وكيله فيضمن، وإن لم يتمكّن من الحاكم ولا من صاحبها فردّها على ثقة[٢] فلا ضمان، وإن ردّها على ثقة[٣] مع القدرة على الحاكم فهل يضمن أم لا على وجهين[٤].

إذا أودعها في قرية فنقلها إلى قرية أُخرى فلا يخلو من أحد أمرين: إمّا أن يكون نقلها لعذر أو لغير عذر، فإن كان نقلها لعذر مثل النهب والحريق فلا يضمنها، لأنّ هاهنا موضع الضرورة. وإن نقلها لغير عذر نظرت، فإن كان بين القريتين مسافة ليس بينهما بنيان فإنّه يضمن، وفيهم من قال: لا يضمن إذا كان الطريق أمنا[٥] والأوّل قول الشافعي[٦] والثاني قول أبي حنيفة[٧]. وإن لم يكن بينهما مسافة نظرت، فإن نقلها إلى قرية مثلها أهلية في الكبر وكثرة الناس فيها وكثرة الحصون فإنّه لا يضمنها، لأنّ صاحبها رضي أن يكون في تلك القرية وفي مثل تلك القرية وهذه مثلها، فكأنّها حرز له. وإن كانت القرية الّتي نقلت إليها دون القرية الّتي كانت فيها ضمنها، لأنّ صاحبها ما رضي بأن تكون في مثل ذلك،

(١ ـ ٣) خ ٢: على ثقته.

(٤) مضى الوجهان

(٥) القائل به هو أبو إسحاق المروزي كما في الحاوي الكبير ٨: ٣٦٨ وقال ابن قدامة في المغني ٧: ٢٨٤: نصّ عليه أحمد وبهذا قال أبو حنيفة أيضاً.

(٦) الأُمّ للشافعي ٤: ١٣٦، والحاوي الكبير ٨: ٣٦٧ ـ ٣٦٨.

(٧) المغني لابن قدامة ٧: ٢٨٤، وبدائع الصنائع ٦: ٢٠٩.

ولا اختار أن تكون تلك القرية حرزاً له.

إذا أودع وديعة ففيه ثلاث مسائل:

إحداها: إذا أطلق ولم يقل احفظها في هذا الموضع، فإنّ هاهنا يلزمه أن يحفظها في حرز مثلها، مثل أن يكون دراهم أو دنانير فإنّه يحفظها على وسطه وفي كمّه وفي بيته وفي صندوقه وفي خزانته، فإن هلك وكان في حرز مثله أو دونه بعد أن يكون حرز مثله فلا ضمان عليه.

والمسألة الثانية: إذا قال: «أودعتك على أن تحفظها في هذا الموضع» فإنّه يلزمه حفظها في ذلك الموضع، فإن نقلها إلى موضع آخر نظرت، فإن نقلها إلى مثل ذلك الموضع وما في معناه في الحرز والحفظ فإنّه لا يضمن، لأنّ صاحبها رضي[١] بأن يكون في ذلك الموضع وما في معناه في الحرز والحفظ. وهذا كما لو استأجر أرضاً ليزرعها طعاماً فله أن يزرع فيها ما يكون ضرره مثل ضرر الطعام، أو دون ضرره. وإن كان الموضع الّذي نقل إليه دون ذلك المكان فإنّه يضمن، لأنّ صاحبها ما رضي بأن يكون في دون ذلك الموضع الّذي نصّ عليه.

المسألة الثالثة: إذا أودعها وقال: «على أن لا تخرجها من هذا الموضع» فنقلها إلى موضع آخر فلا يخلو إمّا أن يكون لعذر أو لغير عذر، فإن كان لعذر مثل الحريق والنهب فلا ضمان عليه، لأنّه موضع الضرورة، فإن لم ينقلها وتركها حتّى تلفت هل يضمن أم لا؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: يضمن، لأنّه يلزمه حفظها وكان الحفظ في نقلها[٢] وهو الأقوى. والثاني: لا يضمن، لأنّه مأذون فيه في تركها، لأنّه أخذ عليه أن لا يخرجها وبإذن صاحبها هلكت[٣].

---

(١) ط: رخص.

(٢ و٣) نقلهما في المغني ٧: ٢٨٥ ونسب عدم الضمان إلى الشافعي، وقال أبو حنيفة: إن نهاه عن نقلها من بيت، فنقلها إلى بيت آخر من الدار لم يضمن، وإن نقلها من دار إلى دار أُخرى ضمن، وأوردهما الماوردي في الحاوي الكبير ٨: ٣٧٠ من دون بيان وتفصيل.

وإن نقلها لغير عذر نظرت، فإن نقلها إلى دون ذلك الموضع فإنّه يضمن لأنّه فرّط. وإن نقلها إلى مثل ذلك الموضع فهل يضمن أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يضمن، لأنّه لمّا لم يكن فيما أطلق، كذلك إذا قيّده[١].

والآخر: أنّه يضمن، لأنّه خالف ما نصّ عليه من غير فائدة[٢] وهو الأقوى.

ويفارق إذا أطلق، لأنّه إذاً احتمل أن يكون أراد ذلك الموضع بعينه، ويحتمل مثل ذلك الموضع، وفوّض إلى اجتهاده، وليس كذلك إذا قال: «لا تخرجها» لأنّه قطع اجتهاده.

فرع المسألة الّتي قبلها: فإن نقلها وادّعى أنّه أخرجها للحريق أو النهب أو الغرق فإنّه لا يقبل قوله إلّا ببيّنة، لأنّ مثل ذلك لا يخفى. وجملته أنّ كلّ موضع يدّعي الحريق والنهب والغرق فإنّه لا يقبل قوله إلّا بالبيّنة، وكلّ موضع يدّعي السرقة والغصب أو يقول: «تلفت في يدي» فإنّ القول قوله مع يمينه بلا بيّنة.

والفرق بينهما أنّ الحريق والغرق لا يخفى، ويمكن إقامة البيّنة عليها وليس كذلك السرقة فإنّه يتعذّر إقامة البيّنة عليها.

إذا ادّعى وديعة فقال المودع: «ما أودعتني وأنكر» فالقول قول المودَع لقوله عليه السلام: البيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه[٣]. والأصل أن لا إيداع حتّى يظهر.

المسألة بحالها: أودع وديعة وادّعى المودع بأنّه قد ردّها على صاحبها. وأنكر المودع، فالقول قول المودع مع يمينه، لأنّه أمينه ولا بدل[٤] له على حفظها. ويفارق المرتهن إذا ادّعى ردّ الرهن، لأنّ المرتهن يمسكه على نفسه طلباً لمنفعة

(١ و٢) راجع الحاوي الكبير ٨: ٣٦٩.

(٣) الفقيه ٣ / ٣٢، ٣٢٦٧ والكافي ٧: ١/٤١٥، والتهذيب ٦: ٤/٢٢٩.

(٤) في نسخة: لا بدّل.

نفسه وهو وثيقة يأخذ الحقّ من رقبة الرهن، والمودع ممسك على غيره حافظ لغيره من غير فائدة.

إذا أودع وديعة فقال المودع: «دفعتها إلى فلان بأمرك» وأنكر المودع ففيه مسألتان:

إحداهما: إذا قال: «دفعتها إلى فلان بأمرك» فقال المودع: «أمرتك بأن تدفع إليه لكن ما دفعتها إليه».

والثانية: إذا قال: «أمرتني بأن أدفعها إلى فلان فدفعتها إليه» فقال المودع: «ما أمرتك بأن تدفعها إليه».

فالمسألة الأُولى إذا ادّعى أنّه دفعها بأمره وأنكر دفعها فلا يخلو إمّا أن يكون الّذي أمره به إسقاط حقّ مثل الدين الّذي عليه أو المهر، أو يكون أمانة.

فإن كان عن دين عليه فإنّ القول قول المودع بلا يمين، سواء صدّقه أو كذّبه لأنّه يقول: أنت دفعت لكن دفعاً ما كان يبرئني ويلزم الضمان المودع، لأنّه كان يلزمه أن يشهد على الدفع فلمّا لم يشهد فرّط فلزمه الضمان.

وإن كان أمانة فقال: «أمرتك بأن تدع عند فلان» فهل يلزمه الإشهاد؟ قيل فيه وجهان:

أحدهما: لا يلزمه، لأنّه لا فائدة في الإشهاد[1] لأنّه ليس فيه أكثر من أنّ المودع الثاني يدّعي الهلاك فيكون القول قوله.

والوجه الثاني: يلزمه الإشهاد[2] وفيه فائدة، لأنّه ربّما أنكره المودع الثاني فيقيم عليه البيّنة، فإذا ادّعى بعد ذلك الهلاك لا يقبل.

إذا ثبت هذا فمن قال: يلزمه الإشهاد، فالقول قول المودع[3] وقال قوم: القول قول المودَع لأنّه أمين[4] وهو الأقوى، كما لو ادّعى أنّه دفعها إلى المودع نفسه، ومن

(١ و٢) راجع الحاوي الكبير ٨: ٣٧٢ و ٣٧٤.
(٣ و٤) راجع الحاوي الكبير ٨: ٣٧٤.

قال بالأوّل[١] قال المودع ائتمن هذا الدافع والمدفوع إليه ما ائتمنه، فوجب أن لا يقبل قوله على من لم يأتمنه، كما قلنا في الصبيّ إذا بلغ وادّعى الوليّ بأنّه دفع إليه ماله وأنكر الصبيّ فالقول قول الصبيّ، لأنّ هذا الوليّ ائتمنه الموصي وما ائتمنه هذا الصبيّ[٢]. فلهذا قال الله تعالى: ﴿فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم﴾[٣] وهذا أيضاً قويّ.

المسألة الثانية: إذا قال: «أمرتني بأن أدفعها إلى فلان وقد دفعتها إليه» فأنكر وقال: ما أمرتك، فإنّ القول قول المودع، لأنّ الأصل أن لا دفع. ثمّ لا يخلو حال المدفوع إليه من أحد أمرين: إمّا أن يصدّقه، أو يكذّبه.

فإن كذّبه فالقول قوله، لأنّ الأصل أن لا إذن ولا دفع.

وإن صدّقه فلا يخلو إمّا أن يكون غائباً، أو حاضراً.

فإن كان حاضراً فقال: «صدّقتك أمرك بالدفع ودفعت إليّ» نظرت، فإن كان العين قائمة فإنّها تردّ على المودع لأنها عين ماله، وإن كانت تالفة كان المودع بالخيار، إن شاء ضمّن المودع، لأنّه دفعها بغير إذنه، وإن شاء ضمن المدفوع إليه، لأنّه أخذها من يد مضمونة. فإن ضمن أحدهما فلا يرجع أحدهما على الآخر، فإن ضمّن المودع فلا يرجع على المدفوع إليه، لأنّه يقول: «أنا دفعت إليه لكن ظلمت». وإن ضمّن المدفوع إليه لا يرجع على المودع، لأنّه يقول: «أنت دفعتها إليّ وإنّي قبضت منك لكن تلفت في يدي وأنا كنت أميناً فظلمت».

فأمّا إن كان غائباً فإنّه يضمن المودع، لأنّه دفعها بغير إذنه، فإن جاء الغائب فلا يخلو إمّا أن يصدّقه أو يكذّبه. فإن كذّبه فلا كلام، لأنّه قد ضمن المودع، وقلنا إنّه لا يرجع. وإن صدّقه فقال: «دفعتها إليّ وقبضتها منك» فلا يخلو حال العين من أحد أمرين: إمّا أن تكون باقية، أو تالفة، فإن كانت باقية فإنّها تؤخذ وتدفع إلى

---

(١) راجع الحاوي الكبير ٨: ٣٧٤. (٢) ط وبعض النسخ: هذا الموصى. (٣) النساء: ٨.

المودع ويسترجع منه ما قد ضمّن المودع، ويردّ على المودع. وإن كانت تالفة فلا يرجع أحدهما على أحد، وما كان قد ضمنه صحّ ضمانه ولا رجوع.

إذا كان الكيس للمودَع فقال: «احفظها في هذا الكيس» فإن حفظها في كيس فوقه في الحرز فلا يضمن، وإن حفظها فيما هو دونه ضمن. وهذا كما لو قال: «احفظها في هذا البيت» فنقلها إلى بيت فوق منه لم يضمن، وإن نقلها إلى بيت دونه يضمن كذلك هاهنا مثله.

وإن كان الكيس للمودع فقال: «احفظها في هذا الكيس» ثمّ أخرجها من الكيس فإنّه يضمن الكلّ لأنّه هتك حرز صاحبها كما لو أودعها وكان في الصندوق فأخرجها من الصندوق من غير عذر فإنّه يضمن، لأنّه هتك حرزه كذلك هاهنا مثله.

وإذا أُكره على الأخذ فلا ضمان عليه، لأنّه لو أخذه من غير إكراه لم يكن عليه ضمان فبأن لا يكون عليه ضمان بالإكراه أولى. وإذا أُكره على أخذه منه وأمكنه من دفعه عن نفسه فلم يفعل فعليه الضمان لأنّه فرّط، وإن لم يتمكّن من الدفع عن نفسه لم يضمن.

ولو أودع صندوقاً وشرط وقال: «لا ترقد عليه» فرقد ونام عليه أو طرح متاعاً عليه أو قفله أو كان عليه قفل فقفله بآخر فلا ضمان عليه، لأنّه زاده حرزاً. وفي الناس من قال: يلزمه الضمان لأنّه نبّه عليه اللصوص بأنّ فيه مالاً بالرقاد عليه[1] والأوّل أقوى، لأنّ الأصل براءة الذمّة، وهذا مثل أن يقول: «اطرحها في صحن دارك» فأدخلها في البيت وقفله، فإنّه لا يضمن، لأنّه زاده حرزاً. ويفارق ما قالوه من أنّه نبّه عليه اللصوص بأنّ فيه بضاعة، لأنّه لو قال بلفظه: «إنّ فيه مالاً» لم يضمن فبأن لا يضمن بالتنبيه أولى.

---

(١) منهم مالك كما في الحاوي الكبير ٨: ٣٧٧، وحكى عنه ابن قدامة في المغني ٧: ٢٨٨، والشرح الكبير ٧: ٢٩٦ ـ ٢٩٧.

وكذلك لو دفع إليه حمل متاع ليحمله إلى بلد آخر فنام عليه لم يضمن، لأنّه بالنوم عليه زاده حرزاً. ولو قال له: «اطرحها في بيتك واحفظها وإن فزعت عليها فلا تخرجها» ففزع عليها فأخرجها وحفظها في حرز مثله لم يضمنها، لأنّه زاده حرزاً وبالغ في الحرز.

ولو أودعه خاتماً فقال: «دعها في أصبعك الخنصر» فوضعها في البنصر لم يضمن، لأنّ الخاتم في البنصر أوثق، لأنّ في الخنصر سريع القلق. ولو قال: «دعها في إصبعك البنصر» فوضعها في الخنصر، فإنّه يضمن، لأنّه وضعها فيما دون منه من الحرز. وكذلك إن كان يضيق به على البنصر فأمره أن يجعلها في الخنصر فأدخلها بنصره فانكسرت ضمن الأرش، لأنّه تحامل عليها وتعدّى فيها.

إذا أودعه دراهم فخلطها بدنانير أو كان أودعه دنانير فخلطها بدراهم معه إنّه لا يضمن، لأنّ الدراهم والدنانير لا تخلط خلطاً لا يتميّز، وإذا كانت متميّزة لم يضمنها، بلى إن تغيّرت الدراهم وتوسّخت كان عليه أرش ما نقص.

إذا طالب المودع المودَع فقال: «لم تودعني شيئاً» وأنكر فأقام المودع البيّنة أنّه كان أودعه، فقال: «صدقت البيّنة كنت أودعتني لكن تلفت منّي قبل ذلك» فإنّه لم يسمع هذا القول وعليه الضمان، لأنّ البيّنة قد أكذبته وبان كذبه بالبيّنة. فإن أتى هذا المودع ببيّنة تشهدان بأنّ الوديعة تلفت، فهل تسمع هذه البيّنة وسقط عنه الضمان أم لا؟ على وجهين:

فقال بعضهم: لا يلتفت إلى هذه البيّنة، لأنّه قد كذّبها، وذلك أنّ تحت قوله: «ما أودعتني» إنكار أن يكون هناك وديعة تلفت، فإذا شهدت البيّنة بتلفها فهي تشهد له بشيء قد أنكره وأكذبها فلم يقبل[1]. وقال قوم: إنّه ينظر فإن شهدت بالتلف بعد إنكاره وجحده لم يسمع، وإن شهدت بأنّها تلفت قبل الإنكار

(١) هو أبو عليّ بن أبي هريرة كما في الحاوي الكبير ٨: ٣٧٧، والمجموع ١٤: ١٩٦.

والجحود، قبلت، لأنّ الوديعة إلى حين تلفها كان المودع على أمانته، وطريان الجحود لا يقدح في أمانته[١]. والأوّل أقوى، والثاني أيضاً قريب.

إذا أودع وديعة فقال: «اجعلها في كمّك» فجعلها في يده، قال قوم: لا يضمن، لأنّ اليد أحرز من الكمّ[٢]. وقال آخرون: إنّه يضمن، لأنّه إذا أمسكها في يده فقد يسهو وتسترخي يده منها[٣]. وليس كذلك الكمّ، لأنّه قد أمن من أن تسقط بالاسترخاء، لأنّه يعلم خفّته. ويقوى في نفسي أنّه من حيث خالف صاحبها فكان ذلك تعدّياً لأنّه لم يخالفه أفضل حفظ[٤].

إذا دفع إليه شيئاً فقال: «اتركه في جيبك» فطرحها في كمّه يضمن. ولو قال: «اربطها في كمّك» فطرحها في جيبه لا يضمن، لأنّ الجيب أحرز من الكمّ. وأمّا إذا قال: «اتركها في جيبك» فتركها في فمه ضمن، لأنّه نقلها إلى ما هو دونه، لأنّه ربّما بلعها، وربّما سقط من فمه وليس كذلك الجيب، لأنّ الجيب لا يقع منه إلّا إذا بطّ[٥].

إذا قال له: «اتركها في جيبك» فربطها في طرف ثوبه وأخرجها إلى برّا[٦] فتلفت لزمه الضمان، لأنّه أخرجها إلى ما هو دون الحرز، لأنّ الجيب أحرز من برّا.

إذا أودع وديعة في السوق فقال: «اتركها في بيتك» فإنّه يلزم في الحال أن يحملها إلى البيت لكن لا يعدو، بل يمشي على تؤدة على حسب عادته، فإذا جاء إلى باب الدار يدقّ ويقف مقدار ما جرت به العادة بأنّه يفتح في ذلك القدر، فإن تلفت في تلك الحال لم يضمن، وإن لم يحملها حين الأخذ وكان يتمكّن من حملها

---

(١) كما في الحاوي الكبير ٨: ٣٧٧، ونسب ابن قدامة في المغني ٧: ٢٩٠ إلى الأوزاعي والشافعي، وإسحاق، وأصحاب الرأي.

(٢) منهم الشافعي كما في مختصر المزني: ١٤٧، والحاوي الكبير ٨: ٣٧٨.

(٣) منهم الربيع كما في الحاوي الكبير ٨: ٣٧٨، والشافعي في الأُمّ ٤: ١٣٧، وأورد الوجهين ابن قدامة في المغني ٧: ٢٨٧ من دون أن يرجّح أحدهما على الآخر.

(٤) ط: حفظه.

(٥) أي شقّ.

(٦) النسخ كذلك، ولكنّ الّذي ورد في لسان العرب: البرّ، أي المتن الظاهر من دون ألف.

فتركها زماناً ثمّ قام حملها فتلفت في يده، ضمن، لأنّه تعدّى في ذلك القدر الّذي حبسها وكان قادراً على الحمل.

ما يتلف في يد الصبيّ على ثلاثة أضرب: أحدها ما يدفع إليه باختياره ويسلّطه هلاكه وإتلافه. والثاني: ما لم يسلّط عليه ولم يختر هلاكه. والثالث: إذا دفع إليه باختياره ولم يسلّطه على هلاكه وإتلافه.

أمّا ما دفع إليه باختياره وسلّطه على هلاكه مثل البيع والقرض والهبة إذا وهبه وأقبضه فإنّ هاهنا لا يضمنّ لأنّه باختياره ملك، لأنّ بيع الصبيّ وهبته كلا بيع، فإذا باعه من صبيّ وعلم أنّ بيعه كلا بيع فقد رضي بهلاكه وإتلافه، كما لو دفع إلى بالغ شيئاً فقال: «أتلفه» فأتلفه، لم يكن عليه الضمان، لأنّه باختياره أتلفه كذلك الصبيّ.

الثاني: إذا جنى هذا الصبيّ على مال رجل فإنّ الضمان يتعلّق بذمّته في ماله، لأنّ في باب إتلاف الأموال الصبيّ والبالغ سواء. وإن كانت الجناية على بدن فعلى ما مضى إن كان خطأً أو عمداً على عاقلته، لأنّ عمد الصبيّ وخطأه سواء. وفي الناس من قال: إنّ عمده عمد يجب عليه الدية في ماله[1]. هذا إذا لم يدفع إليه باختياره ولم يسلّط عليه.

وأمّا الضرب الثالث: إذا دفع إليه باختياره ولم يسلّطه على الإتلاف فهو إذا كان قد أودع وديعة عند صبيّ وتلفت في يده فهل يلزمه الضمان؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: لا يلزمه الضمان[2] وهو الأقوى، لأنّ باختياره سلّطه على إتلافه وهلاكها، فأشبه البيع كما لو باع. والثاني: أنّه يضمن[3] لأنّه ما اختار التسليط، وهذه المسألة لها نظائر في البيع والجناية.

صبيّ أودع وديعة عند رجل يلزمه الضمان، لأنّ دفع الصبيّ لا حكم له، فلمّا

---

(١) لم نعثر عليه في مظانّه.

(٢) هو قول أبي حنيفة ومحمّد كما في المبسوط للسرخسي ١١: ١١٨.

(٣) هذا قول الشافعي وأبي يوسف والقاضي والخرقي كما في المجموع ١٤: ١٧٠، والمبسوط ١١: ١١٨.

لم يكن له حكم فقد أخذها ممّن ليس له الأخذ منه، فإن أراد ردّها إلى الصبيّ لم يزل الضمان، لأنّ بالأخذ لزمه الضمان فلا يسقط بهذا الردّ، لأنّ هذا ردّ على من ليس له أن يردّها عليه، إلّا أن يردّها على وليّ الصبيّ فإنّه يزول بهذا الردّ الضمان.

فأمّا إن أودع عبداً فالكلام في العبد قريب من الكلام في الصبيّ. كذلك إتلاف العبد على ثلاثة أضرب: أحدها: ما يكون قد اختار أن يسلّطه على هلاكه. والثاني: ما اختار أن يسلّطه على هلاكه وإتلافه. والثالث: إذا اختار الدفع إليه ولم يختر التسليط على الهلاك.

فإن كان اختار التسليط على هلاكه مثل أن يكون قد باعه من عبد أو أقرضه أو وهبه منه وأقبضه فتلف في يده، فإنّ هناك لا يتعلّق الضمان برقبته، وإنّما يتعلّق الضمان بذمّته، لأنّه مكلّف ويتّبع به إذا أُعتق.

الضرب الثاني: إذا لم يختر التسليط على هلاكه مثل الجناية. عبد جنى جناية يلزمه الضمان ويتعلّق برقبته.

الضرب الثالث: إذا اختار الدفع ولم يختر الهلاك والإتلاف مثل أن أودعه وديعة فالضمان على وجهين: فإن غلّبنا الجناية تعلّق الضمان برقبته، وإن لم نغلّب الجناية فالضمان يتعلّق بذمّته، وإن شئت قلت: إن قلنا في الصبيّ يضمن فضمان العبد يتعلّق برقبته. وإن قلنا الصبيّ لا يضمن يتعلّق في العبد الضمان بذمّته، وهذا هو الأقوى عندي.

رجل مات ووجد في روزنامجته مكتوب: «لفلان عندي كذا وكذا» أو وجد في خزانته شيء مكتوب عليه: «لفلان بن فلان» لا يلزم الورثة ردّ ذلك على من وجد اسمه، لأنّه يجوز أن يكون الميّت قد ردّه عليه ونسي ولم يمح اسمه، ويجوز أن يكون كان وديعة عنده فاشتراها من صاحبها ولم يمح اسمه فتركه كما كان.

فأمّا إذا أقرّ فقال: «لفلان عندي وديعة» أو «لفلان عليّ شيء» فمات، أو أقرّ الورثة بأنّ لفلان على مورّثه كذا وكذا، أو أُقيم البيّنة بأنّ عليه لفلان كذا وكذا نظرت، فإن كان العين باقية ردّت على صاحبها. وإن كانت تالفة نظرت، فإن كان ماله كثيراً يتّسع هذا والغرماء جميعاً فإنّه يدفع قيمة ذلك من التركة، وإن كان المال ضيّقاً قال قوم: يحاصّ[١] ربّ الوديعة الغرماء على كلّ حال[٢].

وقال قوم: هذا إذا كان أقرّ ومات وكان في ماله من جنس ما أقرّ به مثل الدراهم والدنانير، فإنّه لا يمكن أن ندفع إليه من هذا المال، لأنّه يجوز أن هذا ليس بعين ماله، ولا يمكن أن يبطل حقّه فلا يدفع إليه شيئاً، لأنّه يجوز أن يكون هذا عين ماله، فإذا كان كذلك حاصّ الغرماء. فأمّا إذا لم يكن في تركته من جنس ذلك العين فلا يدفع إليه شيئاً، لأنّه يجوز أنّها تلفت قبل ذلك فلا يلزمه الضمان[٣].

وفي الناس من قال: هذا إذا كان قد أقرّ به حين حضرته الوفاة فقال: «لفلان عندي كذا وكذا» أو «لفلان قبلي كذا وكذا» ولم يوجد العين في تلك الحالة، فإنّه يضرب مع الغرماء، لأنّه يحتمل أن يكون كانت وديعه عنده فتعدّى فيها واستهلكها فأقرّ بها فإنّه يضرب مع الغرماء[٤].

وفي الناس من قال: يضرب مع الغرماء بكلّ حال، سواء كان في ماله من جنس ذلك أو لم يكن[٥]. وهو الأقوى لأمرين، أحدهما: الوديعة إذا حصلت في يد المودع يلزمه الردّ فإذا شككنا في الهلاك هل هلكت أم لا؟ فلا يسقط الردّ إلّا بعد تحقّق الهلاك، ولا يسقط عنه الضمان بالشكّ. والثاني: أنّا قد تحقّقنا أنّ عنده

---

(١) ط وبعض المخطوطات: حاصّ.

(٢) منهم الشافعي كما في مختصر المزني: ١٤٧، والحاوي الكبير ٨: ٣٨٠.

(٣) منهم أبو حامد المروزي كما في الحاوي الكبير ٨: ٣٨٠.

(٤) هذا هو أحد الوجوه الّتي ذكرها الماوردي في الحاوي الكبير ٨: ٣٨٠.

(٥) هو ظاهر كلام الشافعي كما في الحاوي الكبير ٨: ٣٨٠، ومختصر المزني ٣٨٠.

وديعة يجب عليه ردّها، لكن جهلت عينها فوجب ضمانها في ماله، كما لو كانت عنده وديعة فدفنها وسافر ولم يطلع عليها أحداً فإنّ الضمان يجب عليه بالسفر، والموت في هذا المعنى واحد.

إذا خلط الوديعة بماله خلطاً لا يتميّز، مثل أن كانت دراهم فخلطها بدراهم أو دنانير فخلطها بدنانير أو طعاماً فخلطه بطعام مثله، سواء كان ما خلطه بها مثلها أو دونها، فإنّه يضمن. وقال قوم: إن خلطها بما هو مثلها لم يضمن، وإن خلطها بما هو دونها ضمن[١].

إذا أودعه دراهم أو دنانير فأنفقها ثمّ ردّ مكانها غيرها لم يزل الضمان. وقال قوم: يزول[٢] لأنّ عند هذا القائل له إنفاق الوديعة، وأقلّ الأقسام أن يكون ديناً في ذمّته والدين في ذمّته أحفظ للمودع من الحرز، وهذا باطل، لأنّه تعدّى ولزمه الضمان، وزواله يحتاج إلى دليل.

ولو أمره أن يكري دابّته لحمل القطن فأكراها لحمل الحديد ضمن، لأنّ الحديد يضرّ بالدابّة ما لا يضرّ به القطن. وإن أذن له أن يكريها لحمل الحديد فأكراها لحمل القطن ضمن، لمثل ذلك، ولأنّه خلاف المأذون فيه [إلا لضرورة][٣]. وإن أذن له أن يكريها للركوب فحمل عليها رجلاً جسيماً ضخيماً عظيم الجثّة ضمن، لأنّ العادة لم تجر بركوب مثل هذا فلم يتضمّن إذنه ذلك فلذلك ضمن.

وإن أذن له أن يكريها للركوب بسرج فأكراها عرياناً رجع إلى أهل الخبرة، فإن قالوا: ركوبها بالسرج أخفّ، لزمه الضمان. وإن قالوا: ركوبها عرياناً أخفّ من ركوبها بسرج لم يضمن، لأنّ له أن يوجرها لما ضرره ضرر ما جرى به الإذن، ويقوى عندي أنّه يضمن على كلّ حال لأنّه خالف المأذون فيه.

---

(١) منهم مالك كما في المدوّنة الكبرى ٦: ١٤٦، والمجموع ١٤: ١٩١.

(٢) راجع المدوّنة الكبرى ٦: ١٤٧.

(٣) بين المعقوفتين لم يرد في ط وبعض النسخ.

وإذا ادّعى رجلان وديعة وقال المودع: «هي لأحدكما ولا أدري أيّكما هو» قيل لهما: هل تدّعيان شيئاً غير هذا بعينه؟ فإن قالا: «لا» حلف المودع أنّه لا يدري لأيّهما هو، ووقف لهما جميعاً حتّى يصطلحا فيه أو يقيم أحدهما البيّنة، وأيّهما حلف مع نكول صاحبه كان له.

وجملته أنّ حال المودع لا يخلو من أربعة أشياء: إمّا أن ينكرهما معاً، أو يعترف لأحدهما بعينه، أو يقرّ لهما معاً بها، أو يقرّ بها لأحدهما لا بعينه.

فإن أنكرهما معاً فقال: «هي لي وملكي لا حقّ لأحدهما فيها» فالقول قوله مع يمينه، لأنّه مدّعى عليه فيحلف لكلّ واحد منهما يميناً أنّه لا حقّ له[1] فيها، فإذا حلف سقطت دعواهما وخلص ملكها له دونهما.

وإن أقرّ لأحدهما بعينه فإنّ إقراره مقبول، لأنّ يده عليها والظاهر أنّها ملكه، فإذا أقرّ بها لإنسان قبل إقراره فيها، وهل يحلف للآخر؟ قيل فيه قولان، بناءً على القولين: إذا أقرّ لزيد بدار ثمّ رجع فقال: «لا بل لعمرو» ففيها قولان، أحدهما: يغرم لعمرو قيمتها[2]. والثاني: لا يغرم، لكن لا ينتزع من يد زيد قولاً واحداً[3].

وهذا كرجلين تداعيا نكاح امرأة فأقرّت لأحدهما هل تحلف للآخر أم لا؟ وهكذا لو أقرّت لواحد بالزوجيّة، ثمّ رجعت فقالت: «لا بل فلان تزوّجني» فهل يغرم للثاني مهر مثلها أم لا؟ على قولين.

وكذلك رجل باع شيئاً ثمّ ادّعى بأنّ هذا الشيء الّذي باعه لزيد، وصدّقه المشتري هل يغرم لهما أم لا؟ على قولين كذلك هاهنا هل يحلف للثاني أم لا؟ على قولين.

---

(١) ط: لأحدهما.

(٢ و٣) نقل ابن قدامة القولين في المغني ٧: ٢٩٤ ونسب الغرامة إلى نصّ كلام أحمد، وراجع الحاوي الكبير ٨: ٣٨٢ أيضاً.

إذا ثبت هذا فمن قال: لا يمين، فلا كلام. ومن قال: عليه اليمين للثاني: أنّه لا حقّ له في هذا، فلا يخلو من ثلاثة أحوال:

إمّا أن يحلف أو يعترف أو ينكل: فإن حلف سقطت دعواه، وإن اعترف لم ينتزع الدار من يد المقرّ له الأوّل، وعليه القيمة للمقرّ له الثاني هاهنا، لأنّا إنّما فرّعنا هذا على القول الّذي يقال: إنّه يوجب عليه اليمين والضمان.

فأمّا إن لم يقرّ ولم يحلف ونكل فردّ اليمين على الثاني ويحلف ليحصل للأوّل إقرار المدّعى عليه، ويحصل للثاني يمينه مع نكول المدّعى عليه وهو يجري مجرى الإقرار فيصير في الحقيقة كأنّه قد أقرّ بها لكلّ واحد منهما.

والحكم فيه قيل: فيه ثلاثة أوجه، أحدها: أن توقف الدار والشيء المتنازع فيه حتّى يتبيّن أو يصطلحا. والوجه الثاني: يقسم بينهما. الثالث: يقرّ في يد المقرّ له الأوّل ويغرم قيمتها للثاني[١] لأنّ يمين الثاني مع نكوله يجري مجرى الإقرار، وقد تقدّم إقراره بها للأوّل، فصار كأنّه أقرّ للثاني بعد أن كان أقرّ بملكها، فوجب أن يقرّ في يد من يقرّ بها له ويغرم للثاني، وهذا هو الأقوى.

الثالث[٢] أن يقرّ بها لهما معاً، فقد أقرّ لكلّ واحد منهما بنصفها، ويدّعي كلّ واحد منهما نصف ذلك الشيء، فالحكم في النكول عن اليمين والوقف والقسمة والغرم في هذا النصف كالحكم في جميع الدار في الفصل الأوّل[٣] وقد مضى.

الرابع[٤] إذا قال: «هو لأحدكما لا بعينه، ولا أعرف عينه» فقال لهما: هل تدّعيان علمه، فإن لم يدّعيا ذلك توقّف حتّى يصطلحا معاً، لتساويهما في الإقرار لهما، وما الّذي يصنع به؟ وجهان، أحدهما: ينتزع من يده ويوضع على يدي عدل

---

(١) الأوجه الثلاثة محكيّة عن أبي القاسم بن كج كما في الحاوي الكبير ٨: ٣٨٢.

(٢) من حالات المودع الأربع.

(٣) أي الوجه الأوّل من الوجوه الأربعة الّتي تقدّمت آنفاً.

(٤) من حالات المودع الأربع.

حتّى يصطلحاً، لأنّه لا حقّ له فيها[١]. والثاني: أنّها تقرّ في يده، لأنّا إن انتزعنا من يده لا نسلّم إلى أحدهما، وإنّما توضع على يدي عدل وهو عدل[٢]. وهذا أقوى.

وإن ادّعيا العلم وقال كلّ واحد منهما: «أنت تعلم أنّ جميع هذه الدار لي» وأنكر فالقول قوله مع يمينه، لأنّه مدّعى عليه، فيحلف ويبرأ يميناً واحدة أنّه لا يعلم لأيّهما هي[٣]. وقال قوم: يحلف لكلّ واحد منهما[٤]. وهذا الأقوى كالفصل الأوّل إذا أنكر لهما معاً.

قال المخالف: والفرق بينهما أنّ هناك أنكر كلّ واحد منهما، فإذا حلف لم يكن ذلك اليمين يميناً للآخر، وليس كذلك هاهنا، لأنّه إذا قال: «لا أعرف أيّكما هو مالكها» وحلف فقد حلف لكلّ واحد منهما، فإن حلف سقطت دعواه وصار كما لو صدّقاه[٥] وقد مضى الكلام عليه، وهل ينتزع من يده، أو يقرّ في يده على القولين[٦].

ثمّ يبقى الحكومة بينهما بين المتداعيين، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى بها للّذي حلف دون المنكر، وإن حلفا فقد تساويا وفيها قولان: أحدهما: يقسم بينهما نصفين.[٧] والثاني: يوقف حتّى يصطلحا فيها.[٨] والأقوى الأوّل، وإن استعمل القرعة في ذلك كان قويّاً.

[تمّ كتاب الوديعة وهو آخر الجزء الثالث من أصل الشيخ رحمهالله][٩]

(١ و٢) أورد الوجهين الماوردي في الحاوي الكبير ٨: ٣٨٣.

(٣ و٤) راجع المصدر السابق.

(٥) راجع الحاوي الكبير ٨: ٣٨٢ ـ ٣٨٣.

(٦) مضى فيما سبق قبيل هذا.

(٧ و٨) راجع الحاوي الكبير ٨: ٣٨٣.

(٩) أثبتناه من ط و بعض المخطوطات.

كتاب النكاح

كتاب النكاح

قال الله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾[1] فندب تعالى إلى التزويج، وقال عزّ اسمه: ﴿وأنكحوا الأيامى منكم﴾[2] فندب إلى التزويج، وقال تعالى: ﴿والّذين هم لفروجهم حافظون * إلّا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾[3] فمدح من حفظ فرجه إلّا عن زوجته أوما ملكت يمينه.[4]

وروى ابن مسعود عن النبيّ صلى الله عليه وآله قال: يا معاشر الشباب من استطاع منكم الباءة[5] فليتزوّج، ومن لا فعليه بالصوم فإنّ له وجاء.[6]

فجعله كالموجوء الّذي رضّت خصيتاه، فمعناه أنّ الصوم يقطع الشهوة.

وروي عنه عليه السلام أنّه قال: من أحبّ فطرتي فليستنّ بسنّتي ألا وهي النكاح.[7]

وقال عليه السلام: تناكحوا تكثروا، فإنّي أُباهي بكم الأُمم حتّى بالسقط.[8]

وأجمع المسلمون على أنّ التزويج مندوب إليه، وإن اختلفوا في وجوبه.

---

(١) النساء: ٣. (٢) النور: ٣٢. (٣) المؤمنون: ٥ ـ ٦.

(٤) في بعض المخطوطات: أو مِلْك يمين، وفي بعضٍ: أومالك يمين.

(٥) في بعض النسخ: الباه. الباءة أي المنزل، وهو كناية عن التزويج هنا.

(٦) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٧٧.

(٧) الكافي ٥: ٦/٤٩٦، والسنن الكبرى للبيهقي ٧: ٧٨.

(٨) راجع الكافي ٥: ١/٣٣٤، عوالي اللآلئ ٣: ٢٩/٢٨٦.

وقد خصّ الله تعالى نبيّه محمداً صلى الله عليه وآله وسلم بأشياء ميّزه بها من خلقه، وهي أربعة أضرب: واجب، ومحظور، ومباح، وكرامة. وذلك أنّه أوجب عليه أشياء لم يوجبها على خلقه ليزيده بها قوّة ودرجة، وحظر عليه أشياء لم يحظرها على غيره تنزيهاً له عنها، وأباح له أشياء لم يبحها لأحد توسّعاً عليه، وأكرمه بأشياء خصّه بها لينبّه بذلك على كرامته ومنزلته.

فالواجبات ذكر فيها: السواك والوتر والأُضحيّة، فإنّ جميع ذلك كان واجباً عليه دون أُمّته فروى عنه عليه السلام أنّه قال: كتب عليّ الوتر ولم يكتب عليكم، وكتب عليّ السواك ولم يكتب عليكم، وكتب عليّ الأُضحيّة ولم يكتب عليكم.[١]

وأوجب عليه تخيير النساء، فمن اختارت نفسها منهنّ بانت بقوله: ﴿يا أيّها النبيّ قل لأزواجك ـ إلى قوله ـ سراحاً جميلاً﴾[٢].

وأوجب عليه إذا لبس لأمته ـ وهو الدرع والسلاح ـ أن لا ينزعها حتّى يلقى العدوّ، وكان قيام الليل واجباً عليه دون أُمّته، ثمّ نسخت بقوله: ﴿ومن اللّيل فتهجّد به نافلة لك﴾[٣] فجعلت نفلاً.

وأمّا المحظورات: فحظرت عليه الكتابة، وقول الشعر، وتعليم الشعر، وأخذ الصدقات المفروضات، وصدقة التطوّع على قول بعضهم[٤] ونكاح الكتابيّات على قول بعض المخالفين[٥] ـ وعندنا أنّ ذلك محرّم على كلّ أحد بعقد التزويج ـ وخائنة الأعين، ومعناه: أنّه ما كان يرمز بأمر أو يشير بعين تعريضاً، لكن يصرّح به كقصّة عثمان مع أخيه لأُمّه عبدالله بن سعد بن أبي سرح وهي معروفة[٦].

وأمّا المباحات الّتي خصّ بها: فكثيرة، منها الوصال في الصوم كان مباحاً

---

(١) بحار الأنوار ١٦: ٣٨٢. (٢) الأحزاب: ٢٨. (٣) الإسراء: ٧٩.

(٤) هو أحد القولين للشافعيّة كما في المجموع ١٦: ١٤٣.

(٥) هو أحد الوجهين اللذين نقلهما الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٢٣.

(٦) أورد هذه القصّة البيهقي في سننه ٧: ٤٠.

ولايحلّ لغيره، وهو أن يطوي الليل بلا أكل ولاشرب مع صيام النهار، لا أن يكون صائماً لأنّ الصوم في الليل لا ينعقد، بل إذا دخل الليل صار الصائم مفطراً بلاخلاف.

فروي عنه عليه السلام أنّه نهى عن الوصال، قيل له: إنّك تواصل، فقال: لست كأحدكم أنا أُطعم وأُسقى.(١)

وروي أنّه قال: أبيت ويطعمني ربّي ويسقيني.(٢)

وأُبيح له أن يحمي لنفسه وللمسلمين، ولا يجوز لغيره أن يحمي لنفسه أصلاً لكن الإعلام أن يحمي للمسلمين.

وأُبيحت له الغنائم وأُحلّت له وما كانت تحلّ لأحد قبله، بل كانت تجمع فتنزل نار من السماء فتأكلها.

وأُبيحت له أربعة أخماس الفيء وخمس الخمس من الغنيمة والفيء، وعندنا أنّ الفيء كان له خاصّة.

وأُبيحت له المصفّى من الغنيمة، وهو كلّ ما كان يختاره وليس ذلك لأحد بعده، وعندنا أنّه للإمام.

وجعلت له الأرض مصلّى يصلّي أيّ موضع أراد، ويتطهّر بأيّ تراب منها كان، ولم يكن ذلك لأحد قبله، فقال عليه السلام: جعلت لي الأرض مسجداً وترابها لي طهوراً.(٣)

وقيل: إنّه أُبيح له أخذ الماء من العطشان وإن كان محتاجاً إليه(٤) ويكون أولى

---

(١) عوالي اللآلئ ٢: ٢٣٣، مستدرك الوسائل ٧: ٥٥٢/ ٥.

(٢) عوالي اللآلئ ١: ١٣٨ / ٤٤ إلّا أنّ فيه: إنّي أظلّ، بدل أبيت.

(٣) عوالي اللآلئ ٢: ٢٠٨ / ١٢٧، ومستدرك الوسائل ٢: ٥٣٠ / ٨.

(٤) هو أحد وجوه الأربعة الّتي نقلها الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ١٨ في تأويل الآية.

به وليس لأحد ذلك، لقوله تعالى: ﴿النبيُّ أولى بالمؤمنين من أنفسهم﴾[١].

وأُبيح له أن يتزوّج ماشاء لاإلى عدد، وأن يتزوّج بلامهر.

وخمس مسائل فيها خلاف، منها: أن يتزوّج بلا وليّ، وأن يتزوّج بلاشهود، وأن يتزوّج في حال الإحرام، ويتزوّج بلفظ الهبة، وإذا قسم لواحدة من نسائه وبات عندها هل يجب عليه أن يقسم لنسائه أم لا؟ منهم من قال: كان له كلّ ذلك.[٢]

ومنهم من قال: لا يجوز.[٣] وعندنا أن التزويج بلا وليّ ولاشهود حكم غيره في ذلك حكمه.

وأمّا الكرامات فهو أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم بعث إلى الكافّة، وكان كلّ نبيّ بعث إلى قوم دون قوم، ولذلك قال عليه السلام: وبعثت إلى الأسود والأحمر[٤].

وأكرم بأنّه شارك الأنبياء كلّهم وساواهم في معجزاتهم: إذ كان له حنين الجذع، وتسبيح الحصا، وكلام الضبّ، وانشقاق القمر، وغير ذلك، وخصّ بالقرآن الّذي لم يكن لهم. وكلّ نبيّ إذا مات انقرضت معجزاته إلّا نبيّنا صلى الله عليه وآله فإنّ معجزته بقيت إلى الحشر، وهي القرآن.

ونصر بالرعب فقال عليه السلام: نصرت بالرعب حتّى أنّ العدوّ لينهزم على مسيرة شهر[٥].

وجعلت أزواجه أُمّهات المؤمنين، وحرّم على غيره أن ينكحها بعده بحال.

وكان تنام عيناه ولاينام قلبه، وكان يرى من خلفه مثل مايرى من قدّامه[٦] وبين يديه.

---

(١) الأحزاب: ٦.

(٢ و٣) نقلهما في الحاوي الكبير ٩: ٢٥، ونسب الثاني إلى أبي سعيد الإصطخري وطائفة أُخرى.

(٤) بحار الأنوار ٣٨: ٢٢١.

(٥) الخصال: ٢٠١.

(٦) بعض النسخ: قدامه.

إذا خاطبه[١] الله تعالى بلفظ عموم لم يعرف خصوصه إلّا بدليل شرعي، لأنّه إذا خاطب تعالى بخطاب ـ واجب ومباح وندب ـ يصلح اللفظ أن يكون متناولاً له فكان هو وغيره من المؤمنين فيه سواء مثل قوله: ﴿يا أيّها النّاس﴾ و﴿يا أيّها الّذين آمنوا﴾ وما أشبه ذلك إلّا أن يكون هناك قرينة تدلّ على أنّه مخصوص بذلك، كقوله تعالى: ﴿خالصة لك من دون المؤمنين﴾[٢] فحينئذ يعرف خصوصه بها.

وكلّ ما ذكر ناه من الأحكام إنّما عرف اختصاصه بها بدليل. وما اختصّ به من الصوم ذكرناه في كتاب الصوم، والغنائم ذكرناه في قسمة الفيء والغنيمة. ونذكر هاهنا ما يتعلّق بالنكاح.

فمن ذلك أنّه كان يجوز له أن يتزوّج أيّ عدد شاء من الحرائر المسلمات لا ينحصر، ولا يجوز لأحد من اُمّته أن يتجاوز أربعاً إن كان حرّاً أو اثنتين إن كان عبداً لأنّ غيره إنّما منع خوفاً من أن لا يعدل بينهنّ بقسم، وذلك مأمون منه عليه السلام لأنّ الله تعالى قال: ﴿فإن خفتم ألّا تعدلوا فواحدة﴾[٣] أي تجوروا، وهو عليه السلام كان يثبت[٤] على أن تعدل بينهنّ. ألا تراه كان يطاف به في مرضه محمولاً على نسائه يقسم لهنّ، ثمّ قال: اللّهمّ هذا قسمي فيما أملك، وأنت أعلم بما لا أملك، اُقسم بينهنّ في الظاهر بالفعل وإن كان لا يمكنني أن اُسوّي بينهنّ في المحبّة[٥]. وقبض عليه السلام عن تسع وكان يجوز له أكثر من ذلك إلّا أنّه اتّفق هذا العدد عند الموت، لكنّه كان يقسم لثمان تسع ليالي، لأنّه كان همّ بطلاق سودة بنت زمعة فقالت: لا تطلّقني حتّى اُحشر في زمرة نسائك، وقد وهبت ليلتي

---

(١) بعض النسخ: خاطب.
(٢) الأحزاب: ٥٠.
(٣) النساء: ٣.
(٤) أي كان يواظب.
(٥) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٢٩٨، وسنن الدارمي ٢: ١٤٤، والحاوي الكبير ٩: ٢٥.

لعائشة[١] فكان عليه السلام يقسم كلّ دور لعائشة ليلتين، ولكلّ واحدة من السبع ليلة ليلة.

وكان يجوز له أن يتزوّج بلا مهر ابتداءً وانتهاءً، مثل أن يتزوّج بلفظ النكاح ولا يمهرها ثمّ يدخل بها، ولا يجب عليه مهرها، وليس ذلك لغيره، لأنّه وإن جاز له أن يتزوّج بلامهر، فإذا دخل بها وجب عليه المهر، لقوله تعالى: ﴿وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبيّ إن أراد النبيّ أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين﴾[٢].

فالظاهر يقتضي أنّه كان له أن يتزوّج بلفظ الهبة. وفي الناس من قال: لا يجوز له ذلك[٣].

والأوّل أصحّ. ومنهم من قال: كان يجوز له الإيجاب بلفظ الهبة وأمّا القبول فلا يجوز إلّا بلفظ التزويج[٤].

وأمّا النكاح بلا وليّ وشهود فعندنا يجوز له ولغيره إذا كانت المرأة بالغاً غير مولّى عليها لسفه، وأمّا النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم فلاخلاف أنّه تزوّج أُمّ سلمة فزوّجه إيّاها ابنها عمر، ولا خلاف أنّ الابن لا ولاية له على الأُمّ فكأنّه تزوّجها بلاوليّ، ولاخلاف أنّه صلى الله عليه وآله وسلم أعتق صفيّة وتزوّجها وجعل عتقها صداقها، والمعتق لا يكون وليّاً في حقّ نفسه.

وأمّا النكاح في حال الإحرام، فالظاهر أنّه ماكان يجوز له، لورود النهي في ذلك على وجه العموم، ولما روي عنه عليه السلام أنّه قال: «المحرم لاينكح ولا يُنكح»[٥] ولم يفرّق. وفيمن وافقنا في تحريم نكاح المحرم من قال: إنّه كان يجوز له ذلك[٦]

---

(١) هذا ما نقله في الحاوي الكبير ٩: ٢٥.
(٢) الأحزاب: ٥٠.
(٣) منهم سعيد بن المسيّب، وأنس بن مالك من الصحابة وبعض أصحاب الشافعيّة كما في الحاوي الكبير ٩: ١٥.
(٤) قاله الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ١٥.
(٥) رواه عثمان عن رسول الله صلى الله عليه وآله كما في مسند ابن حنبل ١: ٦٥.
(٦) القائل به أبوالطبيب بن سلمة كمافي الحاوي الكبير ٩: ٢٤.

لما روي عن ابن عبّاس أنّه عليه السلام تزوّج ميمونة وهو محرم[١].

وأمّا حرائر الكتابيّات فلم يجزله أن يتزوّج بهنّ لأنّ نكاحهنّ محرّم على غيره عندنا، لقوله تعالى: ﴿ولاتنكحوا المشركات حتّى يؤمنّ﴾[٢] وقوله: ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾[٣] ولم يفصّل. وفيمن خالفنا في نكاح الكتابيّات من قال: إنّه محرّم عليه ذلك، لقوله عزّوجلّ: ﴿وأزواجه أُمّهاتهم﴾[٤] والكافرة لاتكون أُمّاً لمؤمن[٥] لأنّ هذه أُمومة الكرامة، والكافرة ليست أهلاً لذلك، ولقوله تعالى: ﴿إنّما المشركون نجس﴾[٦] ولأنّه قال عليه السلام: كلّ نسب وسبب ينقطع يوم القيامة إلّانسبي وسببي[٧] وذلك لا يصحّ في الكافرة.

فأمّا نكاح الأمة فلم يجز له بلاخلاف. وأمّا وطء الأمة فكان جائزاً له، مسلمة كانت أو كتابيّة، بلاخلاف، لقوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾[٨] ولقوله عزّ وجلّ ﴿وما ملكت يمينك﴾[٩] ولم يفصّل، وملك عليه السلام مارية القبطيّة وكانت مسلمة، وملك صفيّة وهي مشركة وكانت عنده إلى أن أسلمت فأعتقها وتزوّجها.[١٠]

والتخيير عليه كان واجباً، لأنّ الله فرض عليه أن يخيّر نساءه بقوله: ﴿قل لأزواجك إن كنتنّ تردن الحيوة الدّنيا﴾[١١] الآية. وذلك أنّ بعض نسائه طلبت منه حلقة من ذهب، فصاغ لها من فضّة وطلاها بالزعفران، فقالت: لا أُريد إلّا من ذهب، فاغتمّ عليه السلام لذلك، فنزلت آية التخيير.

وقيل: إنّما خيّره لأنّه لم يمكنه التوسعة عليهنّ فربّما تكون فيهنّ من تكره المقام معه فنزّهه عن ذلك.[١٢] والتخيير كناية عن الطلاق عند قوم إذا نويا معاً، فإن

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٥٨. (٢) البقرة: ٢٢١. (٣) الممتحنة: ١٠.
(٤) هو أحد الوجهين اللذين ذكرهما الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٢٣، الأحزاب: ٦.
(٥) ط: أمّ المؤمن، وبعض النسخ: أمّ المؤمنين. (٦) البراءة: ٢٨.
(٧) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٦٤. (٨) النساء: ٣. (٩) الأحزاب: ٥٠.
(١٠) كما في السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٥٨. (١١) الأحزاب: ٢٨.
(١٢) كما في الحاوي الكبير ٩: ١١

لم ينويا أو لم ينو أحدهما لم يقع به شيء[١] وقال قوم: إنّه صريح في الطلاق[٢] وعندنا أنّه ليس له حكم.

هل كان يخيّر عليه السلام على الفور أو التراخي؟ الأُصول تقتضي أنّه كان على الفور، لأنّ الأمر يقتضي ذلك. وينبغي أن يكون جواب المرأة إذا خيّرها مثل ذلك على الفور إذا كان مطلقاً، فأمّا إن كان مشروطاً أو مقيّداً فهو بحسبهما.

قوله تعالى: ﴿لا يحلُّ لك النساء من بعد ولا أن تبدَّل بهنَّ من أزواج﴾[٣] أي لا يحلّ لك من بعدُ أن تتزوّج على نسائك وأن تستبدل بهنّ، فحرّم عليه الاستزادة والاستبدال، مثل أن يطلّق واحدة ويتزوّج بدلها أُخرى، لكن كان يجوز أن يطلّق واحدة من غير بدل يتزوّجها.

وقيل: إنّ سبب هذا أنّ الله تعالى أرادأن يكافئهنّ على اختيارهنّ النبيّ صلى الله عليه وآله حين صبرن على الفاقة والجوع والضرّ[٤] روي عن عايشة أنّها قالت: مات رسول‌الله صلى الله عليه وآله وما شبعنا من خبز برّ قطّ[٥].

ثمّ نسخت وأُحلّت له النساء بقوله: ﴿إنّا أحللنا لك أزواجك اللّاتي آتيت أُجورهنَّ وما ملكت يمينك﴾ الآية[٦] وفيها ثلاث أدلّة.

أحدها: قوله: ﴿أحللنا﴾ والإحلال له النساء رفع الحظر، ومعلوم أنّ أزواجه اللواتي كنّ معه ما حظرن عليه، فيحتاج إلى رفعه، فدلّ على أنّه أراد من تزوّجهنّ في المستقبل.

الثاني: قوله: ﴿وبنات عمّك﴾ أي أحللنا لك بنات عمّك، ومعلوم أنّه ما كانت في زوجاته بنت عمّ وعمّة وخال وخالة، فدلّ على أنّه أراد في المستقبل.

(١ و٢) نقل القولين الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ١١ ـ ١٢، ونسب الصراحة في الطلاق إلى مالك.

(٣) الأحزاب: ٥٢.

(٤) هو خامس الأقوال الّتي نقلها في الحاوي الكبير ٩: ١١.

(٥) صحيح مسلم ٤: ٢٢٨١ / ٢٩٧٠ كتاب الزهد والرقائق.

(٦) الأحزاب: ٥٠.

والثالث: قوله: ﴿وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبيّ﴾ أي وأحللنا لك امرأة مؤمنة إن وهبت نفسها، وذلك من حروف الشرط الّتي تقتضي الاستقبال، ولو قال: إذ وهبت لكان للماضي. وروي أنّ عايشة قالت للنبيّ ﷺ ـ لمّا أُنزلت إحلال النساء ـ: ما أرى ربّي إلّا يسارع في هواك.[١]

كلّ امرأة مات النبيّ عنها، فإنّها لا تحلّ لأحد أن يتزوّجها، سواء دخل بها أو لم يدخل بها، ولم يكن له زوجة إلّا وقد كان دخل بها، لكن لواتّفقت له امرأة لم يدخل بها ومات عنها، فحكمها حكم المدخول بها، لعموم الآية، وهو إجماع في الزوجات الّتي مات عنهنّ.

وأمّا كلّ امرأة فارقها في حياته بفسخ مثل المرأة الّتي وجد بكشحها[٢] بياضاً ففسخ نكاحها[٣] أو بطلاق مثل المرأة الّتي قالت له: أعوذ بالله منك، فطلّقها.[٤] فهل للغير أن يتزوّجها؟ قيل: فيه ثلاثة أوجه، أحدها ـ وهو الصحيح ـ أنّه لاتحلّ له، لعموم قوله: ﴿وأزواجه أُمّهاتهم﴾ ولم يفصّل.[٥] والثاني: تحلّ لكلّ أحد، سواء دخل بها أو لم يدخل.[٦] والثالث: إن كان دخل بها لم تحلّ لأحد، وإن لم يدخل بها حلّت[٧].

أزواج النبيّ ﷺ أُمّهات في معنى العقد عليهنّ، ولسن أُمّهات حتّى تحرم بناتهنّ وأُمّهاتهنّ لأنّهنّ لسن بأمّهات على الحقيقة نسباً أورضاعاً فيكون بناتهنّ

---

(١) مسند ابن حنبل ٦ : ٢٦١، والسنن الكبرى للبيهقي ٧: ٥٥.

(٢) الكشح: مابين السرّة ووسط الظهر.

(٣) هي امرأة من بني غفار كما في السنن الكبرى ٧: ٢٥٧.

(٤) هي امرأة كلبيّة كما في صحيح البخاري ٧: ١٤٧ و المجموع ١٦: ١٤٥.

(٥) هذا مختار الشافعي كما في الحاوي الكبير ٩: ١٩ والأمّ ٥ : ١٤١.

(٦) هو ما اختاره بعض الشافعيّه كما في الحاوي الكبير ٩: ٢٠.

(٧) هذا ما عدّه الماوردي أصحّ الأقوال كما في الحاوي الكبير ٩: ٢٠، واختاره بعض الشافعيّة كمافي المجموع ١٦ : ١٤٥.

أخوات، وامّهاتهنّ جدّات، ولا يتجاوز التحريم بهنّ، لأنّه لا دليل عليه، ولأنّه عليه السلام زوّج بناته:

زوّج فاطمة عليها السلام عليّاً وهو أمير المؤمنين ـ صلوات الله وسلامه عليه ـ واُمّها خديجة اُمّ المؤمنين، وزوّج بنتيه رقيّة واُمّ كلثوم عثمان، لمّا ماتت الثانية، قال: لوكانت ثالثة لزوّجناه إيّاها.[1] وتزوّج الزبير أسماء بنت أبي‌بكر، وهي اُخت عايشة، وتزوج طلحة اُختها الاُخرى.

وأمّا النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم فسمّي أباً لقراءةمن قرأ: ﴿النبيّ أولى بالمؤمنين من أنفسهم وهو أب لهم وأزواجه أمّهاتهم﴾[2] ولحديث سلمان عن النبيّ: أنا لكم مثل الوالد[3].

وقال بعض شيوخ المخالفين ممّن يشار إليه: الناس يقولون لمعاوية خال المؤمنين لأنّه أخواُمّ حبيبة بنت أبي سفيان وهي اُمّ المؤمنين[4] وأخو الاُمّ خال، ولمحمّد بن أبي‌بكر أنّه خال المؤمنين لأنّه أخو عايشة. وقال قوم: إنّه لا يجوز أن يقال ولا يكون خالاً[5]. لما ذكرناه من أنّ الاسم لايتعدّى، ولو كان إخوتهنّ خالاً لما جاز لواحد منهم أن يتزوّج امرأة أصلاً، لأنّها بنت اُخته إذ اُخته اُمّ المؤمنين والمؤمنات، ولأنّ هذا الاسم لو تجاوز إلى البنات وغيرهنّ لما جاز لأحد أن يتزوّج بنات زوجات النبيّ صلى الله عليه وآله ولا شكّ في أنّ ذلك جائز، ولأدّى إلى أن لايصحّ نكاح أصلاً في الدنيا، لأنّ زوجة النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم اُمّ الرجال المؤمنين

---

(١) كنز العمّال ١٣ : ٥٦ ، وتاريخ مدينة دمشق ٢٩: ٤٦.

(٢) هذه قراءة ابن مسعود وابن عبّاس كما في مجمع البيان ٨ : ٣٣٨.

(٣) هو المرويّ في السنن الكبرى للبيهقي ١: ٩١، والاُمّ للشافعي ١ : ٢٢.

(٤) لم نظفر عليه.

(٥) منهم الشافعي كما يستفاد من كلامه في الاُمّ٥: ١٤١. وهو المستفاد ممّا رواه مسروق عن عائشة كما في مجمع البيان ٨ : ٣٣٨.

والنساء المؤمنات فكلّ مؤمن ومؤمنة أخوان وابنان لها، فلايجوز أن يتزوّج أُخته، وهذا باطل بالإجماع.

كلّ من تزوّج من أُمّة النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم فإنّه لايجب عليه ابتداءً أن يقسم لنسائه ولكن يقسم كلّما بات عندهنّ، فإن ابتدأ وقسم لواحدة وبات عندها وجب أن يقسم للبواقي، ويسوّي بينهنّ، إلّا أن تهب إحداهنّ حقّ نفسها من القسم، وتتركه برضاها.

وكذلك النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم إذا تزوّج لم يجب عليه ابتداءً قسم لنسائه لكن إذا قسم لواحدة فهل يجب عليه انتهاء أن يقسم للبواقي أم لا؟ قيل: فيه وجهان:

قال قوم: لا يجب عليه ذلك، لقوله تعالى: ﴿ترجي من تشاء منهنّ وتؤوي إليك من تشاء﴾[1] قال: معناه أن تؤخّر من شئت منهنّ بمعنى تركت وأرجيت، ومن شئت قرّبت وآويت.[2] والظاهر أنّه كان يجب عليه القسم للبواقي، لأنّه كذلك كان يفعل حتّى أنّه كان يطاف به في مرضه بالقسمة إلى أن قبض عليه السلام. وقيل في قوله تعالى: ﴿ترجي من تشاء منهنّ وتؤوي إليك﴾ أنّها نزلت في المرأة الّتي وهبت نفسها للنبيّ لأنّه قال من بعد قوله: ﴿إن وهبت نفسها للنبيّ﴾ الآية ﴿ترجي﴾ أي تقبل ﴿من تشاء منهنّ﴾ وتؤخّر من تشاء[3].

النكاح مستحبّ في الجملة للرجل والمرأة، ليس بواجب خلافاً لداود[4].

والناس ضربان: ضرب مشته للجماع وقادر على النكاح، وضرب لا يشتهيه،

---

(١) الأحزاب: ٥١.

(٢) منهم أبوسعيد الاصطخري وطائفة من الشافعيّة كما في الحاوي الكبير ٩: ٢٥، وهذا قول قتادة أيضاً.

(٣) راجع الحاوي الكبير، والسنن الكبرى للبيهقي ٧: ٥٥، ومجمع البيان ٨: ٣٦٧.

(٤) حكي عن داود أنّه يجب في العمر مرّة واحدة كما في المغني لابن قدامة ٧: ٣٣٤، والمجموع ١٦: ١٣١، وبدائع الصنائع ٢: ٢٢٨.

فالمشتهي يستحبّ له أن يتزوّج، والّذي لا يشتهيه المستحبّ أن لا يتزوّج، لقوله تعالى: ﴿وسيّداً وحصوراً﴾[١] فمدحه على كونه حصوراً، وهو الّذي لا يشتهي النساء، وقال قوم: هو الّذي يمكنه أن يأتي النساء ولكن لا يفعله[٢].

لا يحلّ للأجنبيّ أن ينظر إلى أجنبيّة لغير حاجة وسبب. فنظره إلى ما هو عورة منها محظور، وإلى ماليس بعورة مكروه، وهو الوجه والكفّان، لقوله تعالى: ﴿قل للمؤمنين يغضّوا من أبصارهم﴾[٣].

وروي أنّ الخثعمية أتت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في حجّة الوداع تستفتيه في الحجّ وكان الفضل بن عبّاس رديف النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم فأخذ ينظر إليها وأخذت تنظر إليه، فصرف النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم وجه الفضل عنها وقال: رجل شابّ وامرأة شابّة فخشيت أن يدخل بينهما الشيطان[٤].

وروي أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم قال لعليّ عليه السلام: لا تتبع النظرة النظرة، فإنّ الأُولى لك والثانية عليك[٥].

وروي أنّ ابن أُمّ مكتوم دخل على النبيّ عليه السلام وعنده عائشة وحفصة فلم يحتجبا، فلمّا خرج أنكر عليهما، فقالتا: إنّه أعمى، فقال: أفعمياوان أنتما؟[٦].

فأمّا النظر إليهالضرورة، أوحاجة فجائز. فالضرورة مثل نظر الطبيب إليها، وذلك يجوز بكلّ حال وإن نظر إلى عورتها لأنّه موضع ضرورة لأنّه لا يمكن العلاج إلّا بعد الوقوف عليه، ومثل ما إذا ادّعى عيباً على امرأته فأنكرته فأُتي بمن

---

(١) آل عمران: ٣٩.

(٢) منهم قتادة كما في الحاوي الكبير ٩: ٣٣، والنكت والعيون ١: ٣٩٠.

(٣) النور: ٣٠.

(٤) نقلها الحاوي الكبير في ٩: ٣٥، والظاهر أنّه نقلها من صحيح البخاري، ومسلم، وسنن أبي داود.

(٥) معاني الأخبار: ٢٠٥ / ١.

(٦) الكافي ٥: ٥٣٤ / ٢، باختلاف يسير.

يراه ويشهد عليه. والحاجة مثل أن يتحمّل شهادة على امرأة فلابدّ من أن يرى وجهها ليعرفها، ومثل ما لوكانت بينه وبينها معاملة ومبايعة ليعرف وجهها فيعلم من الّتي يعطيها الثمن إن كانت بائعة أوالمثمن إن كانت مبتاعة، ومثل الحاكم إذا حكم عليها فإنّه يرى وجهها ليعرفها ويجلبها.

وروي أنّ امرأة أتت النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم لتبايعه فأخرجت يدها فقال النبيّ صلى الله عليه وآله وسلم: أيد امرأة أم يد رجل؟ فقالت: يد امرأة، فقال: أين الحِنّاء؟[١]

فدلّ هذا الخبر على أنّ عند الحاجة يجوز النظر إليها، لأنّه إنّما عرف أنّه لا حِنّاء على يدها بالنظر إليها مكشوفة.

فأمّا إذا نظر إلى جملتها يريد أن يتزوّجها فعندنا يجوز أن ينظر إلى وجهها وكفّيها فحسب، وفيه خلاف[٢]. وله أن يكرّر النظر إليها سواء أذنت أو لم تأذن إذا كانت استجابت إلى النكاح. فأمّا نظر الرجل إلى زوجته إلى كلّ موضع منها فمباح ماعدا الفرج فإنّه مكروه، وفي الناس من قال: إنّه محرّم[٣].

إذا ملكت المرأة فحلاً أو خصيّاً فهل يكون محرماً لها حتّى يجوز له أن يخلو بها ويسافر معها؟ قيل: فيه وجهان:

أحدهما ـ وهو كالظاهر ـ: أنّه يكون محرماً، لقوله: ﴿ولا يبدين زينتهنّ إلّا لبعولتهنّ﴾ إلى قوله: ﴿أو ما ملكت أيمانهنّ﴾[٤] فنهاهنّ عن إظهار زينتهنّ لأحد

---

(١) سنن النسائي ٨: ١٤٢.

(٢) حكي عن مالك: أنّه لايجوز ذلك إلّا بإذنها، وقال المزني: لايجوز أن ينظر إلى شيء منها، وقال داود بن عليّ: يجوز له أن ينظر إلى جميع بدنها إلّا إلى فرجها، وقال أبو حنيفة ومالك على قول: لايجوز له أن ينظر إلى ماهو عورة منها،راجع المجموع ١٦ : ١٣٨، وبداية المجتهد ٢ : ٣، والمغني لابن قدامة ٧: ٤٥٤.

(٣) هو أحد القولين للشافعيّة كما في المجموع ١٦: ١٤١، وكفاية الأخيار٢: ٢٧.

(٤) النور: ٣١.

إلّا من استثني، واستثني ملك اليمين. وروي عن النبيّ ﷺ أنّه دخل على فاطمة وهي فُضُل[١] فأرادت أن تستتر، فقال عليه السلام: لاعليك أبوك وخادمك. وروي أبوك وزوجك وخادمك[٢]. والثاني ـ وهو الأشبه بالمذهب ـ: أنّه لا يكون محرماً، وهو الّذي يقوى في نفسي. وروى أصحابنا في تفسير الآية أنّ المراد به الإماء، دون الذكران[٣].

[١]
فصل في ذكر أولياء المرأة والمماليك

إذا بلغت الحرّة رشيدة ملكت كلّ عقد من النكاح والبيع وغير ذلك، وفي أصحابنا من قال: إذا كانت بكراً لا يجوز لها العقد على نفسها إلّا بإذن أبيها[٤] وفي المخالفين من قال: لايجوز نكاح إلّا بوليّ[٥] وفيه خلاف[٦].

وإذا تزوّج من ذكرناه بغير وليّ كان العقد صحيحاً، وإذا وطئ الزوج لم يكن عليه شيء من أدب وحدّ، ولا خلاف في سقوط الحدّ، إلّا شاذّاً منهم قال: إن كان يعتقد تحريمه وجب عليه الحدّ[٧]. والمهر يلزمه بالدخول بلاخلاف، ومتى ترافعا إلى حاكم لم يجز له أن يفرّق بينهما.

ومن قال: لا يجوز، قال: إن ترافعا إلى من يعتقد تحريمه وجب أن يفرّق بينهما،

---

(١) الفُضُل والفِضال: الثوب الّذي يبتذل في الشغل أو للنوم، أو يتوشّح به الإنسان في بيته. يقال: «رجلٌ فُضُلٌ» و«امرأة فُضُلٌ».

(٢) هذا كما في المجموع ١٦ : ١٤١، مع تفاوت يسير.

(٣) نقلها الشيخ ره في تفسيره «التبيان» ٧: ٤٣٠، عن ابن جريح.

(٤) منهم الصدوق في الفقيه ٣: ٣٩٥ في ذيل الحديث ٤٣٩٣، والهداية: ٢٦٠ راجعهما.

(٥) منهم الشافعي كما في الأُمّ ٥ : ١٣، والحاوي الكبير ٩ : ٣٨.

(٦) الخلاف مذكور في الحاوي الكبير ٩ : ٣٨.

(٧) حكاه النووي عن أحمد، ونسبه إلى السمرقندي من أصحاب الشافعي في المجموع ١٦: ١٥٢.

وإن ترافعا إلى من يعتقد صحّته فحكم بصحّته وأمضى ثمّ ترافعا إلى من يعتقد تحريمه لم ينقض الحكم[١] وقال شاذّ منهم: ينقضه[٢].

ومتى نكح بغير وليّ ثمّ طلّقها فطلاقه واقع، وفيه خلاف بين من قال بتحريم هذا العقد[٣]. فأمّا إذا اشترى أمة شراءً فاسداً فلاخلاف أنّه لا يقع عتقها إذا أعتقها.

النساء ضربان: ثيّبات، وأبكار.

فالثيّب لا تخلو أن تكون صغيرة أو كبيرة، فإن كانت كبيرة رشيدة لم تجبر على النكاح إلّا بإذنها ونطقها بلاخلاف، وإن كانت الثيّب صغيرة كان لوليّها تزويجها، وفي المخالفين من قال: لا تجبر على النكاح بوجه، ولاسبيل إلى تزويجها قبل بلوغها[٤].

وأمّا الأبكار فلا يخلو أن تكون صغيرة أو كبيرة، فإن كانت صغيرة كان لأبيها وجدّها ـ أبي أبيها وإن علا ـ أن يزوّجها لاغير، وإن كانت كبيرة فالظاهر في الروايات أنّ للأب والجدّ أن يجبرها على النكاح[٥] ويستحبّ له أن يستأذنها، وإذنها صماتها، وإن لم يفعل فلا حاجة به إليها، وفيه خلاف[٦] وفي أصحابنا من قال: ليس له إجبارها على النكاح[٧] ولست أعرف به نصّاً.

لا يقف التزويج على الإجازة مثل أن يزوّج الرجل امرأة من غير أمرها أو رجلاً من غير أمره، أو يتزوّج العبد أوالأمة من غير إذن مولاهما، أو يتزوّج بنت

(١ و٢) راجع المجموع ١٦ : ١٥٢، ونسب القول بالنقض فيه إلى أبي سعيد الإصطخري.

(٣) كما في الأُمّ٥: ٢٥١، والمجموع ١٦ : ١٥٣ ـ ١٥٤.

(٤) نسبه في المغني ٧: ٣٨٥ إلى ظاهر قول الخرقي وأضاف أنّه هو مختار ابن حامد وابن بطّة و القاضي، وهذا مختار النووي في المجموع ١٦ : ١٦٥.

(٥) الكافي ٥ : ٣٩٣، الباب ٥٧ فيه عدّة من الروايات.

(٦) راجع المجموع ١٦ : ١٦٥، والحاوي الكبير ٩ : ٣٨ ـ ٣٩.

(٧) منهم المفيد في المقنعة: ٥١٠، والسيّد في الانتصار: ١٢٢.

غيره من غير أمره أو امرأة من غير أمرها كلّ ذلك باطل، وكذلك إن اشترى للغير كان الشراء باطلاً.

فأمّا البالغة الرشيدة فتزويجها نفسها صحيح عندنا. وبيع ملك الغير قال أصحابنا: يقف على إجازته[١] ورووا في تزويج العبد خاصّة أنّه موقوف على إمضاء سيّده[٢]. فأمّا نكاح الأمة فمنصوص عليه أنّه زنى إذا كان بغير إذن سيّدها.

يصحّ أن يكون الفاسق وليّاً في النكاح، سواء كان له الإجبار مثل الأب والجدّ في حقّ البكر أو لم يكن له الإجبار مثل غيرهما من الأولياء في حقّ الثيّب البالغ.

وليس من شرط انعقاد العقد الشاهدان أصلاً، بل يثبت من دونهما وإنّما ذلك مستحبّ.

إذا زوّج الذمّي بنته الكافرة من مسلم بمحضر من كافرين صحّ العقد عند من أجاز العقد عليهنّ من أصحابنا[٣] لأنّه ليس من شرط انعقاد العقد الشهادة وفيه خلاف[٤].

أهل الصنايع الدنيّة ـ كالحارس والكنّاس والحجّام ـ تقبل شهادتهم إذا كانوا عدولاً. وفيهم من قال: لا تقبل[٥] فمن قال: تقبل[٦] قال: يصحّ أن يكونوا أولياء في النكاح[٧]. ومن قال: لا تقبل شهادتهم، قال: لم يجز أن يكونوا أولياء[٨]. والصحيح الأوّل.

---

(١) منهم المفيد رحمه الله في المقنعة: ٦٠٦.
(٢) الكافي ٥: ٤٧٧ / ١، و٤٧٨ / ٥ و٦.
(٣) كالصدوق في المقنع: ٣٠٨، ونسبه العلّامة في المختلف ٧: ٧٣ إلى ابني بابويه وابن أبي عقيل.
(٤) قال الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٥٧ الشهادة في النكاح واجبة. ونسب القول فيه بعدم الوجوب إلى داود ومن الصحابة إلى عليّ بن أبي طالب عليه السلام، ومن التابعين إلى سعيد بن المسيّب، ومن الفقهاء إلى أبي حنيفة وعدّة أُخرى.
(٥ ـ ٨) راجع المغني لابن قدامة ٧: ٣٤٢، والمجموع ١٦: ١٩٨ ـ ٢٠٠.

الأعمى هل ينعقد بـه النكـاح ؟ عـندنا يـنعقد، لأنّ الشـهادة ليست شـرطاً فيه. وفيمن قال: الشهادة شرط من يقول: فيه وجهان: إذا قال يعتبر عدلان يثبت بهما النكاح بوجه قبل، لأنّه يثبت بهما نكاح بوجه، وهو إذا تحمّلا بصيرين ثـمّ عميا[١] وإذا قال عدلان يثبت بهما هـذا العـقد لا تـقبل شـهادتهما[٢]. والولايـة كالشهادة على الوجهين.

فأمّا الأخرس فإنّه تقبل شهادته بالإيماء فعلى هذا ينعقد به. وفي الناس من قال: لا ينعقد بشهادته، لأنّه لا يثبت شهادته بوجه[٣].

إذا وقع العقد بشاهدين لم يخل من ثلاثة أحـوال: إمّـا أن يكـونا عـدلين، أوفاسقين، أو متّهمين. فإن كانا عدلين مثل أن يبحث عنهما فوجدا عدلين فـقد ثبت النكاح ولزم. وإن كانا فاسقين، فالنكاح باطل عند من اعتبر الشهادة[٤]. وإن كانا متّهمين ظاهرهما العدالة انعقد النكاح، وإن لم يجز في الباطن. وعندنا يثبت العقد على كلّ حال، لأنّ الشهادة ليست شرطاً فيه على ما بـيّنّاه. ومـتى فسـق الشاهدان بعد العقد لم يؤثّر في العقد بلاخلاف.

وإذا ترافع رجل وامـرأة إلى الحـاكـم فأقـرّا أنّـهما زوجـان بـوليّ رشـيد وشاهدي عـدل، فـإنّ الحـاكـم يـمضيه ويـحكم بـه سـواء عـرف الشـهود أو لم يعرفهم. وإن ترافعا متجاحدين فادّعى أحدهما الزوجيّة وأنكر الآخر، فأقام المدّعي شاهدين لم يحكم الحاكم بشهادتهما حتّى يبحث عن عـدالتـهما، فـإذا عرفهما بها حكم وإلّا ردّه.

إذا ذهب عذرة الصغيرة بوطء له حرمة أوبما لا حرمة له أو بغير وطء جاز

(١ و ٢) هذان الوجهان للشافعيّة كما في المغني لابن قدامة ٧: ٣٤٢ والمجموع ١٦: ١٩٩.

(٣) منهم ابن قدامة من الحنبليّة كما في المغني ٧: ٣٤٢.

(٤) كالشافعي كما في المجموع ١٦: ١٩٨، والحاوي الكبير ٩: ٦٠.

لأبيها وجدّها إجبارها على النكاح ما لم تبلغ، وقال قوم: ليس لأحد إجبارها على النكاح حتّى تبلغ وتستأذن[١].

الّذي له الإجبار على النكاح الأب والجدّ مع وجود الأب وإن علا. وليس لغيرهما ذلك من سائر العصبات الّذين يرثون المال.

النساء على ضربين: عاقلة، ومجنونة. فإن كانت مجنونة نظرت، فإن كان لها أب أوجدّ كان لهما تزويجها صغيرة كانت أو كبيرة بكراً كانت أو ثيّباً، فإن لم يكن لها أب ولا جدّ ولها أخ أو ابن أخ أو عمّ أو ابن عمّ أو مولى نعمة فليس له إجبارها بحال صغيرة كانت أو كبيرة بكراً كانت أو ثيّباً بلاخلاف، ولايجوز للحاكم تزويجها. وعند المخالف للحاكم تزويجها إن كانت كبيرة بكراً كانت أو ثيّباً.[٢] وعندنا يجوز ذلك للإمام الّذي يلي عليها أو من يأمره الإمام بذلك.

وإن كانت عاقلة نظرت، فإن كان لها أب أو جدّ أجبرها، وإن كانت بكراً صغيرة كانت أو كبيرة. وإن كانت ثيّباً كبيرة لم يكن لهما ذلك، وإن كانت ثيّباً صغيرة كان لهما ذلك، وفيهم من قال: ليس لهما ذلك على حال.[٣] وإن كان لها أخ أو ابن أخ أو عمّ أو ابن عمّ أو مولى نعمة لم يكن له تزويجها صغيرة بحال، وإن كانت كبيرة كان له تزويجها بأمرها بكراً كانت أو ثيّباً، والحاكم في هذا كالأخ والعمّ سواء في جميع ما قلناه إلّا في المجنونة الكبيرة فإنّ له تزويجها وليس للأخ والعمّ ذلك.

فهذا ترتيب النساء على الأولياء. فإن أردت ترتيب الأولياء على النساء

---

(١) منهم الشافعي في الأُمّ ٥: ١٨، ونقله عنه في الحاوي الكبير ٩: ٦٦ وكذا في المجموع ١٦: ١٧٠.

(٢) هو مانقله ابن قدامة في المغني ٧: ٣٩٠، وجعله ثاني الوجهين ونسبه إلى ابن حامد و أبي الخطّاب و أبي حنيفة و هكذا النووي في المجموع ١٦: ١٧٢.

(٣) منهم الشافعي، والقاضي، وابن حامد وعدّة أُخرى كما في المغني لابن قدامة ٧: ٣٨٥، والمجموع ١٦: ١٦٥.

قلت: الأولياء على ثلاثة أضرب: أب وجدّ، أو أخ وابن أخ وعمّ وابن عمّ ومولى نعمة، أو حاكم.

فإن كان أب أوجدّ وكانت مجنونة أجبرها، صغيرة كانت أو كبيرة، ثيّباً كانت أو بكراً. وإن كانت عاقلة أجبرها إن كانت بكراً صغيرة كانت أو كبيرة، وإن كانت ثيّباً لم يجبرها صغيرة عنده[1] وعندنا أنّ له إجبارها إذا كانت صغيرة، وله تزويجها بإذنها إذا كانت كبيرة.

فإن كان لها أخ وابن أخ وعمّ وابن عمّ ومولى نعمة لم يجبرها أحد منهم صغيرة كانت أو كبيرة بكراً كانت أو ثيّباً عاقلة كانت أو مجنونة.

والحاكم يجبرها إذا كانت مجنونة، صغيرة كانت أو كبيرة، وإن كانت عاقلة فهو كالعمّ.

المحجور عليه لسفه على ضربين: أحدهما: أن يكون بلغ سفيهاً فاستديم الحجر عليه. والآخر: أن يكون رشيداً ثمّ صارسفيهاً بأن يكون مفسداً لماله فأُعيد عليه الحجر.

فإذا كان محجوراً عليه لسفه نظرت، فإن لم يكن به حاجة إلى النكاح لم يكن لوليّه تزويجه، لأنّ عليه ضرراً فيه فإنّه يوجب عليه المهر والنفقة والمؤنة فيما لا حاجة إليه، بلى إن كان مريضاً يحتاج إلى امرأة تحفظه وتخدمه زوّجه هاهنا حتّى تخدمه ولا يكون حراماً عليه.

وإن كانت به حاجة إليه بأن يطالبه وعرف من حاله الحاجة فعلى وليّه أن يزوّجه، لأنّه منصوب للنظر في مصالحه. فإذا ثبت هذا نظرت، فإن اختار أن يزوّجه هو من غير إذنه جاز ذلك، لأنّه محجور مولّى عليه، فكان لوليّه أن يعقد

---

(١) أي عندالمخالف، كما نقلناه قبيل هذا من المغني والمجموع، راجعهما.

عليه بغير أمره. فإن اختار وليّه أن يردّ إليه أن يتزوّج لنفسه جازذلك، لأنّه من أهل النكاح ويصحّ طلاقه وخلعه.

فإذا جعل الأمر إليه نظرت، فإن عيّن له المنكوحة أو القبيلة الّتي تنكح منها صحّ، وإن أطلق فيه قيل: فيه وجهان: أحدهما يجوز كالعبد.[١] والثاني لايجوز لئلّا يتزوّج بالشريفة، فيلزمه مهر المثل وربّما اجحف به[٢].

وإن زوّجه وليّه لم يكن له أن يزيد على مهر المثل، لأنّ الزيادة محاباة وهبة، وذلك لايصحّ. وإن فوّض الأمر إليه مثل ذلك لم يكن له أن يزيد على مهر المثل، فإذا تزوّج بمهر المثل أو دونه فلاكلام، وإن تزوّج بأكثر ردّ إلى مهر المثل.

ومتى احتاج إلى النكاح وطالب الوليّ بذلك فامتنع من تزويجه فتزوّج لنفسه فهل يصحّ العقد أم لا؟ فيه وجهان، أحدهما: لا يصحّ. لأنّه نكاح محجور عليه بغير إذن وليّه فأشبه إذا لم يمنعه.[٣] والثاني: يصحّ، لأنّ الحقّ قد تعيّن له، فإذا تعذّر عليه أن يستوفيه بغيره جاز أن يستوفيه بنفسه، كمن له حقّ عند غيره فمنعه وتعذّر عليه أن يصل إليه كان له أن يستوفيه بنفسه[٤]. وهو الأقوى.

فأمّا المجنون ينظر فيه، فإن كان جنونه دائماً سرمداً لايفيق نظرت، فإن لم يكن به إلى النكاح حاجة لم يزوّجه، وإن كان به إليه حاجة مثل أن يراه يتبع النساء ويحنّ إليهن أو يظهر فيه أمارات الشهوة زوّجه لأنّه من مصلحته، وليس له أن يردّ النكاح إليه ليليه بنفسه، لأنّ هذا ليس من أهل النكاح. فإن كان يجنّ يوماً ويفيق يوماً لم يزوّجه وليّه أصلاً، لأنّه إن كان به إليه حاجة تزوّج لنفسه يوم إفاقته.

(١ و٢) نقل الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٧١، ثلاثة أقوال فيها للشافعيّة، وابن قدامة من الحنبليّة بعد نقله الوجهين اختار الجواز مطلقاً كالعبد، راجع المغني ٧: ٣٩٧.

(٣ و٤) نقل الوجهين الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٧٢، وابن قدامة بعد أن أشار إلى وجهين قال: ولنا إذا احتاج إلى النكاح فحقّه متعيّن فيه فصحّ استيفاؤه بنفسه كمن... راجع المغني ٧: ٣٩٧.

فأمّا المرض المزيل للعقل كالسرسام[١] ونحوه ينتظر به، فإن زال عقله واستمرّ به فهو كالجنون المطبق، وإن كان ذلك أيّاماً ثمّ يفيق كان له أن يتزوّج بنفسه ولم يكن لوليّه أن يزوّجه.

لا يجوز للعبد أن ينكح بغير إذن سيّده، فإن فعل كان موقوفاً على إجازة سيّده فإن أجازه جاز، وفيه خلاف[٢]. وأمّا إذا تزوّج بإذنه فالعقد صحيح بلا خلاف، ويصحّ منه أن يقبل النكاح لنفسه. فإذا تزوّج بمهر المثل فلا كلام، وكذلك إن كان بأقلّ، وإن كان بأكثر صحّ الكلّ ويكون الفضل في ذمّته يتبع به إذا أُعتق وأيسر، وقدر مهر المثل في كسبه يستوفى منه.

وللسيّد إجبار العبد على النكاح، وفيه خلاف[٣] سواء كان العبد صغيراً أو كبيراً، فإنّ له إجباره على النكاح. وإن دعي العبد إلى النكاح وطلبه من سيّده، فإنّه لا يجبر المولى على إنكاحه، لأنّه لا دليل عليه، وفيه خلاف[٤] غير أنّه يستحبّ له ذلك إذا كان المولى رشيداً، وإن كان محجوراً عليه لسفه أو صغر أو جنون فليس لوليّه أن يزوّجه، فمن قال: يجبر عليه، قال: عليه أن يزوّجه إذا كان رشيداً، وإن كان مولّى عليه فعلى وليّه أن يزوّجه.[٥]

---

(١) السرسام: ورم في حجاب الدماغ يحدث عنه حمّى واختلاط في الذهن (فارسيّة). وفي عدّة من النسخ: كالبرسام هو العقاب في الحجاب الّذي بين الكبد والقلب، وظاهر أنّ الأوّل يناسب المقام.

(٢) الشافعي وعدّة أُخرى قائلون بالبطلان، ومذهب أحمد وأصحاب الرأي أنّه موقوف على إجازة سيّده كما نقلهما ابن قدامة في المغني ٧: ٤١٠، والماوردي بعد أن اختار البطلان، نسب القول بوقوفه على إجازة سيّده إلى أبي حنيفة، والجواز مع حقّ الفسخ لسيّده إلى مالك، راجع الحاوي الكبير ٩: ٧٣.

(٣) نسب الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٧٤ الإجبار وعدمه إلى الشافعي في كتابيه (القديم والجديد).

(٤) نسب القولين في الإجبار وعدمه إلى الشافعي في الحاوي الكبير ٩: ٧٤، راجعه.

(٥) راجع المصدر السابق.

والقول في المدبّر مثل ذلك سواء وكذلك المعتق بصفة عند من أجاز ذلك[١] فأمّا المعتق بعضه فليس لسيّده إجباره بلاخلاف وإن دعا هو إلى تزويجه لا يجبر السيّد على تزويجه وفيهم من قال: يجبر عليه[٢].

وأمّا المكاتب فليس لسيّده إجباره على النكاح بلا خلاف، لأنّه يقطعه بالتزويج عن تصرّفه، ولأنّه يلزمه نفقتها فربّما عجز عن أداء ما عليه، وأمّا إن طلب هو من سيّده فلا يجبر السيّد عليه، ومنهم من قال: يجبر.[٣]

وإن كان العبد بين شريكين وطالبهما بالنكاح، فليس عليهما الإجابة، وإن أرادا إجباره كان لهما ذلك، وإن أراد أحدهما إنكاحه وأباه الآخر لم يكن لهذا إجباره لأنّ لشريكه نصفه، فلا يملك إجبار عبد غيره بلا خلاف، وكذلك الحكم في مكاتب بين نفسين.

إذا تزوّج العبد بإذن سيّده فالنكاح صحيح، وإن سمّى مهراً لزم ذلك المسمّى، فإذا مكّنت من الاستمتاع وجبت النفقة، لأنّها تجب في مقابلة التمكين، ويكون إذن السيّد في التزويج إذناً في اكتساب المهر والنفقة.

فإذا تقرّر أنّهما يجبان فأين يجب؟ لم يخل العقد من ثلاثة أحوال: إمّا أن يكون مكتسباً، أو مأذوناً له في التجارة، أو غير مكتسب ولا مأذون له.

فإذا كان مكتسباً وجب ذلك في كسبه وعليه أن يرسله ليلاً ونهاراً ليكتسب بالنهار ما يجب عليه ويستمتع ليلاً، لأنّه لما أذن له فيه كان المقصود به تحصيل الاستمتاع فألزمناه إرساله للكسب نهاراً، وبالليل للاستمتاع، فإن اختار السيّد أن يتكفّل بمؤنته ومؤنة زوجته فحينئذ له أن يستخدمه لما شاء.

فإذا ثبت أنّ وجوبه في كسبه فإنّما يلزمه فيما يستأنف من الكسب لا فيما مضى. وهكذا لو أذن له في النكاح بمهر إلى أجل كان كسبه قبل أن يحلّ الأجل لسيّده

(١ ـ ٣) راجع المصدر السابق.

وإنّما يتعلّق حقّ المهر فيما يكتسبه بعد حلول الحقّ عليه، لأنّه يجب في كسبه ما يستحقّ عليه، وقبل حلول الأجل لم يجب عليه شيء، فلهذا لم يتعلّق بكسبه.

وإن كان مأذوناً له في التجارة فإنّه تجب النفقة وأين تجب؟ قال قوم: يعطيه ممّا في يده[١] وقال آخرون: إنّه يدفع ذلك ممّا يكتسبه فيما بعد[٢].

وإن كان غير مكتسب ولا مأذون له فيها فأين يجب النفقة والمهر؟ قيل: فيه وجهان:

أحدهما: في ذمّته يتبع به إذا أُعتق، فعلى هذا يقال لزوجته: زوجك معسر بالمهر والنفقة، فإن صبرت وإلّا فلك خيار الفسخ[٣]. والثاني: يجب في ذمّة سيّده، لأنّه إذا علم أنّ عبده لا يقدر عليه ممّا يلزمه من المهر والنفقة علم أنّه الملتزم له، وله أن يعطيه من أيّ ماله شاء، إن شاء من هذا العبد، وإن شاء من غيره.[٤]

وهكذا إذا زوّج الرجل ابنه الصغير فإن كان للطفل مال كان المهر والنفقة من ماله، وإن كان فقيراً قيل: فيه وجهان، أحدهما: في ذمّته يتبع به إذا أيسر[٥]. فإن اختارت زوجته الفسخ كان لها. والقول الثاني: يجب ذلك في ذمّة أبيه، لأنّه لمّا زوّجه مع علمه بوجوب ذلك لزوجته وعلمه بإعسار ولده علم أنّه التزم ذلك.[٦]

فأمّا نكاح العبد إذا كان العقد فاسداً، وهو إذا تزوّج بغير إذن سيّده وأراد الفسخ فرّق بينهما ولا يقرّان عليه، فإذا فرّق فإن كان قبل الدخول لا يتعلّق به حكم، وإن كان بعد الدخول فعليه مهر مثلها، ويجب ذلك في ذمّته يتبع به إذا أيسر. وفي الناس من قال: إنّه يتعلّق برقبته، لأنّ الوطء كالإتلاف، والإتلاف يتعلّق

(١ و٢) ذكرهما الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٧٦ و٧٧ وعدّهما وجهين من الوجوه الثلاثة للشافعيّة.

(٣ و٤) ذكر القولين الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٧٧، وجعل الأوّل أشهر القولين وأظهرهما.

(٥ و٦) ذكرهما ابن قدامة في المغني ٧: ٣٩٥، وجعل الأوّل أصحّ الوجهين عند القاضي.

برقبته.[١]

وأمّا إذا أذن له في النكاح فنكح نكاحاً فاسداً فرّق بينهما، فإن كان قبل الدخول فلا كلام، وإن كان بعد الدخول وجب المهر ولا يتعلّق بالسيّد، لأنّه لم يأذن له في هذا النكاح، ومنهم من قال: يتعلّق به، لأنّه إذا أذن في النكاح دخل تحته الصحيح والفاسد[٢] والأولّ أصحّ.

فمن قال: يتضمّن النكاحين، فالحكم في المهر على ما مضى في النكاح الصحيح من أنّه لا يخلو من ثلاثة أحوال: إمّا أن يكون مكتسباً، أو مأذوناً، أو غير مكتسب ولا مأذون.

ومن قال: لا يتناول الفاسد، ففي وجوب مهرها فيه قولان، أحدهما: في ذمّة العبد وهو الصحيح، والآخر: في رقبته.[٣]

فإن أذن له في نكاح حرّة فنكح أمة، أو في أمة فنكح حرّة، أو في امرأة بعينها فنكح غيرها، أو في بلد بعينه فنكح من غيره، أو في قبيلة بعينها فنكح في غيرها فالنكاح في هذا كلّه باطل. ومن قال من أصحابنا: إنّ نكاحه موقوف إذا نكح بغير إذن سيّده[٤] فينبغي أن يقول: هذا كلّه موقوف.

وإن أطلق الإذن وقال: تزوّج بمن شئت، صحّ هذا بلا خلاف. فإذا تزوّج من بلده لم يكن لسيّده منعه منها، وإن تزوّج من بلد آخر كان له منعه من السفر إليها غير أنّ النكاح صحيح، إلاّ أنّ العبد لا يسافر إلاّ بإذن سيّده.

وإذا أطلق فنكح أمة صحّ، ثمّ إنّ سيّده أعطاه مالاً فقال له: اشتر زوجتك،

---

(١) نسبه الشافعيّة إلى كلام الشافعي في القديم كما في الحاوي الكبير ٩: ٧٧، وراجع المغني لابن قدامة ٧: ٤١٠ و٤١١ أيضاً.

(٢) منهم بعض الشافعيّة كما في الحاوي الكبير ٩: ٧٧.

(٣) راجع القولين إلى المصدر السابق.

(٤) منهم الشيخ المفيد رحمه الله في المقنعة: ٥٠٧.

فإن اشتراها فهل ينفسخ النكاح أم لا؟ نظرت، فإن قال: اشترها لي، صحّ الشراء والنكاح بحاله، إلّا أنّ سيّده ملك زوجته، وله أن يزوّج أمته بعبده فلا يضرّ[١] انتقال ملكها إلى سيّده. وإن ملّكه المال وقال: اشترها لنفسك، فهل ينفسخ أم لا؟ على قولين:

فمن قال: العبد إذا ملّك لم يملك، فالنكاح بحاله، وزوجته لسيّده[٢]. وإن قيل: إذا ملّك ملك، انفسخ النكاح لأنّ الزوج إذا ملك زوجته انفسخ النكاح[٣] وهذا الأقوى.

إذا تزوّج من نصفه حرّ ونصفه عبد بإذن سيّده أمة صحّ، فإن اشتراها زوجها نظرت، فإن اشتراها بماله الّذي ملكه بما فيه من الحرّيّة بطل نكاحها، وإن اشتراها بما في يده من المال الّذي بينه وبين سيّده فالشراء فيما قابل حقّ سيّده باطل وفيما قابل حقّه صحيح.

وفيهم من قال على قولين بناءً على تفريق الصفقة؛ فمن قال باطل، فالنكاح بحاله[٤]. ومن قال: صحيح، فقد ملك بعض زوجته وبطل نكاحها، لأنّ الزوج متى ملك زوجته أو بعضها بطل نكاحها.[٥]

فأمّا الكلام في أحكام الإماء فجملته: أنّه إذا كان له أمة فأراد تزويجها كان له ذلك باختيارها وغير اختيارها، صغيرة كانت أو كبيرة، بلا خلاف، ويجب له المهر. والولد له إن شرط ذلك، وعند المخالف بلا شرط[٦]. وتسقط نفقتها وإن دعت الأمة

---

(١) ط و بعض النسخ: فلا يضمن.

(٢ و٣) نسب القولين الماوردي إلى الشافعي في القديم والجديد على حسب اختلاف نظره فيهما، راجع الحاوي ٩: ٧٩.

(٤ و٥) راجع المصدر السابق والأُمّ للشافعي ٥: ٤٣.

(٦) نقله صاحب كفاية الأخيار من علماء الشافعيّة عن الرافعي أنّه هو فتوى القاضي حسين، راجع كفاية الأخيار ٢: ٢٦.

السيّد إلى تزويجها لم يجبر السيّد عليه بلا خلاف، لأنّ له فيها منافع.

وعند بعض المخالفين إذا كانت الأمة ممّن يحرم له وطؤها وطالبته بالتزويج فعلى وجهين[١]. وعلى أصلنا لا يصحّ ذلك، لأنّ هؤلاء ينعتقون عليه.

والمدبّرة كالأمة القنّ سواء، والمعتقة بعضها ليس له إجبارها لما فيها من الحرّية ولا يجبر هو على إنكاحها. والمكاتبة ليس له إنكاحها، فإن دعت هي إلى التزويج فلا يجبر السيّد عليه. وللمخالف فيه وجهان، أحدهما: يجبر، لأنّ لها فائدة فيه لكسب المهر وتسقط عنها نفقة نفسها وكسوتها[٢]. والثاني: لا يجبر عليه[٣] لأنّها قد تعجز فترقّ فتحلّ له، فإذا زوّجها ربّما رقّت فعادت إلى ملكه وهي زوجة الغير ولا تحلّ له فلهذا لا يجبر عليه. وهذا الأقوى لأنّه لا دليل على إجباره والأصل براءة الذمّة.

وأمّا أُمّ الولد فله إجبارها عندنا على التزويج كالأمة القنّ. وفيهم من قال: مثل ما قلناه[٤] وفيهم من قال: له تزويجها برضاها كالمعتقة[٥]. وفيهم من قال: ليس له ذلك كالأجنبيّة وإن رضيت به[٦]. فعلى هذا يزوّجها السلطان، وقال قوم: لا يزوّجها أحد[٧]. وإنّما قلنا له إجبارها، لأنّها مملوكته ويجوز له بيعها عندنا.

فأمّا إذا كان له أمتان أُختان فوطئ إحداهما حرمت الأُخت عليه، لأنّه لا يجمع بين الأُختين، ولا تحلّ له هذه حتّى يحرّم على نفسه الّتي يطأها بعتق أو نكاح أو بيع، فإذا حرّمت عليه حلّت له هذه، فإن أراد إنكاح الّتي يطأها كان له لأنّها أمة قنّ، فإن دعت هي إلى الإنكاح لم يجبر عليه. وأمّا الّتي لا يطأها فله إجبارها على النكاح، فإن دعته إلى إنكاحها لم يجبر عليه، لأنّها لم تحرّم عليه بكلّ حال.

---

(١) راجع المغني لابن قدامة ٧: ٣٩٩.

(٢ و ٤ ـ ٧) راجع المغني لابن قدامة ٧: ٣٩٩ تعرف القائلين بها.

(٣) راجع مغني المحتاج للشربيني من الشافعيّة ٣: ١٧٢.

إذا تزوّج العبد بإذن سيّده حرّة وأمهرها ألفاً كان المهر في ذمّة العبد، يستوفى من كسبه، ولا يجب في ذمّة سيّده شيء، فإن ضمنها عنه سيّده صحّ ضمانه وقد قلنا في كتاب الضمان: إنّ الضمان ينتقل به المال عن المضمون عنه إلى ذمّة الضامن، فعلى هذا ليس لها مطالبة العبد.

وعند المخالف لها ذلك[1]. فإن كان السيّد موسراً والعبد لا كسب له رجعت به على سيّده، وإن كانا موسرين ـ العبد بكسبه والمولى بماله ـ كان لها مطالبة من شاءت منهما، ولا يجيء أن يقال: إن كان العبد مكتسباً والسيّد معسراً، لأنّ السيّد إذا كان له عبد مكتسب فلا يقال إنّه معسر، فكلّ موضع قلنا فيما بعده: «ولها المطالبة» عاد إلى هذا المكان.

فإذا ثبت هذا، فإن طلّقها فإمّا أن يكون بعد الدخول أو قبله، فإن كان بعده استقرّ المهر ولها الرجوع على ما مضى، وإن كان قبل الدخول فإمّا أن يكون قبل قبضها مهرها أو بعده، فإن كان قبله سقط عن الزوج نصفه وبرئت ذمّة سيّده عن النصف لأنّ ذمّة المضمون عنه برئت فبرئت ذمّة الضامن لأنّه فرعه، ويبقى النصف لها الرجوع به على ما مضى.

وإن كان بعد قبضها مهرها لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن يكون قبل عتق زوجها أو بعد عتقه، فإن كان قبل عتقه عاد إليه نصف المهر، يكون لسيّده دونه، لأنّ كسب العبد لسيّده، وهذا من كسبه. وإن كان ذلك بعد عتق الزوج عاد النصف إلى الزوج دون سيّده، لأنّه من اكتسابه بعد عتقه، وسواء كان المقبوض منه هو السيّد أو هو، لأنّ هذا حقّ تجدّد له بعد براءة ذمّته عنه.

وهذا مثل ما نقول فيمن زوّج ولده وهو صغير وأصدق الصداق عن ولده من

---

(١) قال الماوردي: هي بالخيار بين أن تطالب العبد بها من كسبه بحكم عقده، أو تطالب السيّد بها بحكم ضمانه، راجع الحاوي ٩: ٧٩.

عنده، ثمّ كبر الولد فطلّقها قبل الدخول وبعد قبض مهرها، عاد نصف الصداق إليه دون والده، لأنّه من اكتساب الولد فلا حقّ لوالده عليه.

إذا باع السيّد عبده من زوجته بألف لا يخلو أن يبيعه بألف مطلق أو بعين الألف فإذا باعه بألف مطلق صحّ البيع، لأنّه عبده وهو قنّ وله بيعه من غيرها فكذلك منها، فإذا ملكته انفسخ النكاح لأنّ الزوج متى ملك زوجته أو ملكت الزوجة زوجها انفسخ النكاح.

فإذا بطل النكاح بقي الكلام في ثمن العبد ومهرها، فلا يخلو من أحد أمرين: إمّا أن يكون بعد الدخول أو قبله، فإن كان بعد الدخول فالمهر بحاله، لأنّه انفساخ وكان بعد استقرار المهر بالدخول، فإذا ملكته فقد ملكته والمهر في ذمّته، فهل يسقط عنه بأن ملكته أم لا؟ قيل: فيه وجهان:

أحدهما: يسقط لأنّ السيّد لا يملك في رقبة عبده القنّ حقّاً، بدليل أنّه لو أتلف لسيّده مالاً لم يتعلّق برقبته ولابذمّته، فعلى هذا برئت ذمّة الزوج عن المهر، فإذا برئت ذمّته برئت ذمة سيّده منه أيضاً لأنّه فرعه، لأنّ ذمّة المضمون عنه متى برئت برئت ذمّة الضامن، فإذا برئت ذمّة السيّد بذلك فله على زوجة عبده ألف وهو ثمن عبده يطالبها به متى شاء.[1]

والوجه الثاني: يبقى لها المهر في ذمّة عبدها لأنّ السيّد إنّما لا يبتدئ فيجب له دين في ذمّة عبده فأمّا أن يستصحب الحقّ في ذمّته، بأن كان له في ذمّته دين ثمّ ملكه فلا يمتنع، فعلى هذا لها في ذمّة عبدها ألف هو مهر لها، ولها في ذمّة سيّده ألف وهو الضمان، وللسيّد في ذمّتها ألف هو الثمن فيتقاصّان على ما ذكرناه في مسألة القصاص وتبرأ ذمّة السيّد عن مال الضمان. فإذا برئت ذمّته برئت ذمّة العبد أيضاً، لأنّ الضامن متى برئ عن الحقّ بالأداء أو بالمعاوضة برئت ذمّة المضمون

---

(١) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٨٢.

عنه، وهاهنا برئت ذمّةالضامن فبرئت ذمّةالمضمون عنه[١] وعلى ماقلناه من انتقال المهر بالضمان، للسيّد عليها ثمن العبد ألف، ولها عليه ألف بالضمان فيتقاصّان.

وأمّا إذا كان قبل الدخول فقد انفسخ النكاح قبل الدخول، فهل يسقط كلّ مهرها أم لا؟ جملته: أنّ الفسخ متى جاء من قبل الزوجة وقبل الدخول سقط كلّ مهرها كما لو ارتدّت، وإن جاء من قبل الزوج سقط عنه نصفه. واختلفوا فيه هاهنا على وجهين:

أحدهما: المغلّب حكمه، لأنّ عقد البيع بينها وبين سيّده، وسيّده قام مقامه فكأنّه هو العاقد، وإذا كان العقد بينهما ثمّ غلّبنا حكم الزوج، كما لو خالعها كان المغلّب حكمه.[٢]

والوجه الثاني؛ المغلّب فيه حكمها وأنّه يسقط جميع مهرها[٣]. وهو الأقوى فإذا غلّبنا حكمها سقط كلّ مهرها، وبرئت ذمّة زوجها عنه، وبرئت ذمّة سيّده عن ضمانه، وبقي للسيّد في ذمّتها الثمن يطالبها به. ومن قال: المغلّب حكمه[٤] يقول: يسقط نصف المهر فبرئت ذمّة العبد عن نصفه وذمّة السيّد عن ذلك النصف، وبقي النصف فيكون الحكم فيه على ما مضى فيه إذا كان بعد الدخول.

وأمّا إن باعها بعين الألف الّتي ضمنها لها وهو مهرها فلا يخلو إمّا أن يكون قبل الدخول، أو بعده. فإن كان بعده فالبيع صحيح والنكاح مفسوخ وتكون هي ملكت الزوج بالألف الّتي كان لها في ذمّة سيّده فبرئت ذمّته عنه وبرئت ذمّة العبد عنه أيضاً، لأنّ سيّده قضى ذلك عنه بعوض، فلم يبق لها في ذمّة زوجها حقّ ولا في ذمّة سيّده حقّ.

---

(١) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٨٢.

(٢ و٣) اختار الماوردي الوجه الثاني استناداً الى نصّ الشافعي، ونسب الوجه الأوّل إلى بعض الشافعيّة. راجع الحاوي الكبير ٩: ٨٠.

(٤) كبعض الشافعيّة الّذي نقلناه منه، راجع الحاوي ٩: ٨٠.

وإن كان قبل الدخول بها بطل البيع هاهنا والنكاح بحاله، لأنّ المغلّب هاهنا جهتها من حيث وقع العقد بعين الألف، فلو قلنا: يصحّ البيع، بطل المهر، لأنّ الفسخ جاء من قبلها، وإذا بطل المهر بطل البيع، لأنّه يصير بيعاً بلاثمن، فإذا بطل بطل هو والنكاح معاً فلمّا أفضى إلى هذا أبطلنا البيع وبقّينا[1] النكاح بحاله.

وهذا كما يقول بعض المُخالفين في الإقرار: إذا خلّف الرجل أخاً لا وارث له غيره فأقرّ بابن للميّت يثبت نسبه ولم يرث[2] لأنّك لو ورثته[3] حجب الأخ وإذا حجبه سقط إقراره بالنسب، لأنّه غير وارث، واذا سقط إقراره سقط نسب الابن وسقط إرث الأخ، فأسقطنا الإرث وأثبتنا النسب.

قد ذكرنا أنّ السيّد إذا أذن للعبد في النكاح فنكح بمهر مثلها، وله كسب وجب المهر في ذمّته، وتعلّق بكسبه، وإذا مكّنت من نفسها وجبت لها النفقة في كسبه.

فإذا ثبت هذا لم يخل السيّد من أحد أمرين:إمّا أن يختار القيام بما وجب على عبده، أولا يختار ذلك، فإن لم يختر ذلك فعليه أن يرسله ليلاً ونهاراً أمّا النهار ليكتسب ما وجب عليه، والليل ليستمتع من زوجته، لأنّ المقصود من النكاح ذلك إلّا أن تكون زوجة العبد في دار سيّده فيأوي إلى زوجته ليلاً في دار سيّده، فإن أراد سيّده أن يسافر به لم يكن له، لأنّه قد تعلّق الحقّان بكسبه، وبالسفر به قطعه عنه. فإن قهره على نفسه وسافر به ضمن السيّد أقلّ الأمرين من كسبه ونفقة زوجته، لأنّه حال دونها.

هذا إذا لم يتكفّل السيّد بذلك، فإن تكفّل السّيد بما وجب على عبده كان له أن يستخدم عبده فيما شاء ويمنعه الكسب والاضطراب فيه، لكن عليه إرساله إلى زوجته ليلاً، فإن أراد هاهنا أن يسافر به كان ذلك له.

فأمّا إذا زوّج أمته فعليه أن يرسلها إلى زوجها ليلاً وله أن يمسكها لخدمته

---

(١) أي أثبتناه. (٢) نقله في الحاوي الكبير ٩: ٨١. (٣) في بعض النسخ: كورثته.

نهاراً، لأنّه يملك من أمته منفعتين: استخداماً، واستمتاعاً. فإذا عقد على إحداهما كان له أن يستوفي الأُخرى، كما لو آجرها فإنّ عليه أن يرسلها للخدمة نهاراً ويمسكها لنفسه ليلاً.

فإذا ثبت ذلك فإن بقّاها مع زوجها ليلاً ونهاراً كان على زوجها نفقتها، وإن اختار أن يمسكها نهاراً ويرسلها إليه ليلاً فهل على زوجها نفقتها أم لا؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: لا نفقة لها[١] والثاني: لها من النفقة بالحصّة[٢]. والأوّل أقوى.

فإذا ثبت هذا وأراد السيّد أن يسافر بها كان له، لأنّها مملوكته كغير المزوّجة.

إذا قال لأمته: اعتقك على أن أتزوّج بك وعتقك مهرك، أو استدعت هي ذلك فقالت له: أعتقني على أن أتزوّج بك وصداقي عتقي ففعل وقع العتق، وثبت العقد، وفيه خلاف:[٣]

فقال بعضهم: إنّه ينفذ العتق ولا يثبت النكاح، ولا يجب عليها الوفاء بما شرطت[٤] فإذا رضيت به واختارته لم يجب عليه القبول، لأنّ ما كان من سبيل المعاوضة إذا لم يلزم من أحد الطرفين لم يلزم من الطرف الآخر، وعلى هذا عليها قيمتها لسيّدها، لأنّ أُصول العقد على هذا، لأنّ كلّ من بذل عين ماله في مقابلة عوض فإذا لم يسلّم العوض وتعذّر عليه الرجوع في المعوّض عاد إلى بدل المعوّض.

فإذا تقرّر أنّه يرجع إلى قيمتها فإنّه يعتبر قيمتها حين العتق، لأنّه هو وقت التلف، ولا يخلو من أحد أمرين حالهما: إمّا أن يتّفقا على النكاح أو لا يتّفقان على النكاح.

فإن لم يتّفقا مثل أن أبيا ذلك أو أحدهما فله عليها قيمتها، فإن كانت موسرة استوفاه، وإن كانت معسرة أنظرها إلى اليسار.

---

(١) راجع الحاوي الكبير ٩: ٨٣ ـ ٨٤.

(٣) الخلاف مذكور في المغني لابن قدامة ٧: ٤٢٣ ـ ٤٢٤، والشرح الكبير ٧: ٤٥١، والجامع لأحكام القرآن ٥: ٢٥.

(٤) هو المرويّ عن أحمد كما في المغني ٧: ٤٢٣.

وإن اتّفقا على النكاح فلا يخلو أن يمهرها غير قيمتها أو قيمتها، فإن أمهرها غير قيمتها صحّ وكان لها عليه المسمّى من المهر وله عليها قيمتها، فإن كان الجنس واحداً من الأثمان تقاصّا، وإن أمهرها ماله في ذمّتها من قيمتها نظرت، فإن كانا يعلمان مبلغ القيمة وقدرها صحّ لأنّه مهر معلوم، وإن كانا يجهلان مبلغ القيمة أو أحدهما يجهل ذلك، فهل يصحّ المهر أم لا؟ قال قوم: يصحّ كما إذا أصدقها عبداً صحّ، وإن كانا يجهلان قيمة العبد.[١]

وقال قوم ـ وهو الأقوى ـ: إنّه لا يصحّ لأنّ المهر هو كثمنها وقيمتها مجهولة فهو صداق مجهول فلم يصحّ[٢] كما لو قال: أصدقتك ثوباً أو عبداً.

وهذا الفرع لا يصحّ على أصلنا، لأنّا حكمنا بصحّة العقد غير أنّه إذا بدأ بالعتق وعقّبه بلفظ التزويج لم يصحّ، ويتعلّق به هذه الأحكام سواء، مثل أن يقول: «أعتقتك وجعلت عتقك مهرك» فإنّه ينفذ العتق ولا ينعقد العقد، وإنّما ينعقد إذا قال: «تزوّجتك وجعلت عتقك مهرك» فيصحّ العقد وينفذ العتق.

ومن قال: لا يصحّ[٣] على ما حكيناه قال: إذا أراد أن يحتال بما يحتاط عليها به فإن نكحته وإلّا لم يعتق، قال: يقول: «إن كان في معلوم الله أنّي إذا أعتقتك نكحتك فأنت حرّة» فمتى رضيت بذلك وانعقد النكاح عتقت، وصحّ النكاح، وإلّا كانت على الرقّ، وقال آخرون: هذا غلط لأنّه لا يجوز للرجل أن يتزوّج أمة نفسه، ويجوز له أن يتزوّج بها بعد العتق، فلو أجزناه وقع عقد النكاح حين وقع على مشكوك فيها هل هي حرّة أم لا، لأنّه إنّما يعتق بتمام عقد النكاح، وهي قبل تمامه غير حرّة فلهذا لم يصحّ[٤].

(١ و٢) نسب الأوّل الماوردي إلى الشافعي في القديم كما نسبه إلى أبي عليّ بن خيران، وأبي عليّ بن أبي هريره، والثاني إلى الشافعي أيضاً في الجديد، وعدّه مختار المزني وأبي إسحاق المروزي، راجع الحاوي الكبير ٩: ٨٧. (٣) كما نقلناه قبيل هذا من الشافعي وغيره.

(٤) راجع الحاوي الكبير ٩: ٨٧.

هذا إذا قال لها: «أعتقتك على أن أتزوّجك وعتقك صداقك» فأمّا إن قال لها: «أعتقتك على أن أتزوّج بك» ولم يقل: «وعتقك صداقك» فالحكم فيهما سواء عندهم وإن لم يشترط أنّ العتق هو المهر.

والحكم في المدبّرة والمعتقة بالصفة والمكاتبة وأُمّ الولد كهو في الأمة القنّ على ما فصّلناه، لأنّ الرقّ في هؤلاء كلّهنّ ثابت فالحكم فيهنّ واحد.

فإن كان للمرأة الحرّة مملوك فقالت له: «أُعتقك على أن تتزوّج بي» أو قال هو لها: «أعتقيني على أن أتزوّج بك» ففعلت، وقع العتق ولم يجب عليه أن يتزوّج بها بلاخلاف ولا شيء لها عليه، لأنّ النكاح حقّ له، والحظّ فيه له.

فأمّا إذا قال رجل لرجل له عبد: «أعتق عبدك على أن أُزوّجك بنتي أو أُختي» فأعتق السيّد عبده على هذا، وقع العتق، ولم يجب على الباذل أن يزوّجه بنته ولا أُخته، لأنّه سلف في النكاح، ولكن هل عليه للسيّد قيمة العبد أم لا؟

قيل: فيه قولان: بناءً على مسألة وهو إذا قال الرجل لسيّد العبد: «أعتق عبدك عن نفسك على أنّ عليّ مائة درهم» فإذا وقع العتق عن نفسه فهل يستحقّ على الباذل ما شرط؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: عليه ما شرط لأنّه عتق بعوض، فأشبه ما إذا قال: «أعتق عبدك عنّي على أنّ لك عليّ مائة» ففعل صحّ، ولزمه ما بذل[1] والقول الثاني: لا يلزمه ما بذل، لأنّ العتق يقع من السيّد، والولاء له عليه دون غيره، فالباذل بذل ماله في مقابلة ما لا نفع له فيه[2] فأشبه إذا اشترى بماله الديدان والخنافس والجعلان والعقارب.

فأمّا إذا قال للسيّد: «أعتق أمتك عن نفسك على أنّ عليّ ألف» أيصحّ البذل قال بعضهم: فيه نظر[3].

فإذا تقرّر القولان فمن قال: لا يلزم الباذل مائة فكذلك وليّ المرأة، لا يلزمه

(١ و ٢) ذكر القولين الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٨٨.

(٣) راجع المصدر السابق.

شيء. ومن قال: يلزم الباذل ما بذل كذلك وليّ المرأة، يلزمه قيمة العبد، لأنّه إنّما أعتق عبده ليسلم له النكاح، فإذا لم يسلم له النكاح عاد عليه بقيمة عبده. والأوّل أقوى، لأنّ الأصل براءة الذمّة.

إذا اجتمع الأب والجدّ فالجدّ أولى عندنا، وعند المخالف الأب أولى[١] ولا ولاية لأحد غير هذين عندنا، وعندهم أنّ الأب أولى من الأخ وابن الأخ والعمّ وابن العمّ، والجدّ أولى من أب الجدّ، وعلى هذا أبداً[٢] وعندنا أنّ الجدّ الأدنى أولى من جميع من ذكرناه عنهم، لأنّه لا ولاية لواحد منهم، غير أن المرأة إذا أرادت أن تولّي أمرها لواحد منهم كان الأقرب فالأقرب أولى على ترتيب ميراثهم، فكذلك من يدلي بسببين أولى ممّن يدلي بسبب بلا خلاف إلّا شاذّاً منهم فإنّه قال: الأخ من الأب والأُمّ مع الأخ للأب في درجة[٣].

فإذا كانا متساويين مثل أخوين لأب وأُمّ أو لأب أو عمّين وما أشبه ذلك، فهما سواء، وكانت المرأة بالخيار تولّي من شاءت، وعندهم أنّهما سواء[٤] فإن كانا غائبين فالسلطان وليّها، وإن كان أحدهما حاضراً والآخر غائباً فالحاضر وليّها. وإن كانا حاضرين فكلّ واحد منهما وليّها، فإن اتفّقا على التزويج فذاك، وإن بادر أحدهما فزوّجها صحّ النكاح، وإن حضرا وتشاحّاً أُقرع بينهما عندهم.[٥]

وإذا كان عمّ لأب وأُمّ فهو أولى من الّذي للأب، فإن كانا غائبين فالسلطان وليّها وإن كان أحدهما غائباً، فإن غاب الّذي للأب والأُمّ زوّجها السلطان دون الأخ للأب، وإن كان الّذي للأب غائباً زوّجها الحاضر، وقد بيّنّا أنّ على هذا

---

(١) منهم الشافعي في الأُمّ٥: ١٣، وابن قدامة من الحنابلة كما في المغني ٥: ٣٤٧.
(٢) قال الشافعي: ولا ولاية لأحد مع أب، راجع الأُمّ ٥: ١٣.
(٣) هو قول الشافعي وأبي ثور كما نقله عنهما في المغني ٧: ٣٤٨.
(٤) منهم أحمد حيث حكي عنه أنّهما سواء كما في المغني ٧: ٣٤٧.
(٥) منهم ابن قدامة في المغني ٧: ٤٠٥.

المذهب يسقط جميع ذلك والخيار في ذلك إلى المرأة تولّي من شاءت أمرها، وإن كان الأفضل الأقرب فالأقرب والأقوى سبباً فالأقوى.

الابن لا يزوّج أُمّه بالبنوّة بلا خلاف، ولا له أن يزوّجها وإن كان عصبة، وعند المخالف له تزويجها حيث كان عصبة[١]. وإذا كان لها أولياء مناسبون فهم أولى من السلطان بلا خلاف، وإن عضلوها كان السلطان وليّها، وإن تنازعوا في تزويجها أُقرع بينهم. وإن لم يكن لها أولياء مناسبون فالسلطان وليّها.

وكلّ عصبة ترث فله الولاية إلّا الابن، ومن لا يرث بالتعصيب كالإخوة من الأُمّ وأولادهم وقد بيّنّا أنّ الولاية للأب والجدّ لا غير، فإن عضلاها[٢] كانت هي وليّة نفسها تولّي أمرها من شاءت إذا كانت رشيدة، وإن كانت صغيرة فلا عضل في أمرها بلا خلاف. ولا ولاية للسلطان على امرأة عندنا إلّا إذا كانت غير رشيدة أو مولّى عليها أو مغلوباً على عقلها ولا يكون لها مناسب.

الأمة إذا كان لها سيّدة أو سادة فأولياؤها سادتها بلا خلاف، فإن امتنعوا من تزويجها أو عضلوها فليس للسلطان تزويجها بلا خلاف. فإن زوّج واحدة من السادة دون شريكه كان التزويج باطلاً بلا خلاف.

ومن قال باعتبار الأولياء في غير الأب والجدّ، قال: إذا تساويا في درجة مثل الإخوة أو الأعمام أو بني الأخ أو بني العمّ فإن اتّفق رأيهم كان لهم ذلك، وإن بادر واحد منهم فزوّج كان صحيحاً إذا كان بكفو، والأولى الأسنّ والأورع والأعلم. وإن تشاحّوا أُقرع بينهم، فمن خرج اسمه إن شاء عقد بنفسه أو وكّل غيره، وإن بادر من لم يخرج اسمه فعقد برضاها فعلى وجهين.[٣]

---

(١) نقل المزني عن الشافعي إنّه لايزوّج المرأة ابنها إلّا أن يكون عصبة لها، مختصر المزني: ١٦٥ هكذا نقله عنه في الحاوي الكبير ٩: ٩٤.

(٢) أي منعاها عن الزواج.

(٣) ذكر الوجهين الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٩٩.

ومتى دعت الأولياء إلى كفو كان عليهم الإجابة، فإن أبوا أجبرهم السلطان، فإن أبوا زوّجها السلطان، وإن دعتهم إلى غير كفو لم يجب عليهم الإجابة، ولا للسلطان إجبارهم، ولا له أن يزوّجها وإن رضيت. وإن دعاها الأولياء إلى غير كفو لم يجب عليها الإجابة. فإن اتّفق رأيهم على تزويجها بغير كفو فعلى قولين: أحدهما يصح[١] والآخر باطل.[٢]

وعندنا أنّ المرأة وليّة نفسها، وإنّما يستحبّ لها الردّ إلى واحد من هؤلاء، فإن ردّت إلى واحد كان هو الوليّ والباقون لا ولاية لهم، وإن ردّت إلى جميعهم فمن سبق بالعقد كان عقده ماضياً، وإن لم يسبق واحد وتشاحّوا أُقرع بينهم أو تختار المرأة واحداً منهم. وإن دعتهم إلى غير كفو ورضيت به كان الأمر أمرها. وإن دعوها إلى غير كفو فالأمر إليها، إن شاءت أجابت، وإن شاءت أبت.

الكفاءة معتبرة بلاخلاف في النكاح، وعندنا هي الإيمان مع إمكان القيام بالنفقة وفيه خلاف[٣] منهم من اعتبر ستّة أشياء: النسب، والحرّية، والدين، والصناعة والسلامة من العيوب، واليسار[٤]. فعلى هذا العجميّ ليس بكفو للعربيّة ـ والعجم كلّ من عدا العرب من أيّ جنس كان ـ والعربيّ ليس بكفو للقرشيّة، والقرشيّ ليس بكفو للهاشميّة، فأعلى الناس بنوهاشم، ثمّ قريش يلونهم، ثمّ سائر العرب، ثمّ العجم. وفيهم من قال: قريش كلّهم أكفاء، وليست العرب أكفاء لقريش[٥]، فالخلاف بينهم في بني هاشم.[٦]

والعبد ليس بكفو للحرّة، فمتى زوّجت بعبد كان لها الفسخ عندهم، وكان

---

(١) راجع الأُمّ ٥: ١٥. (٢) ثاني الوجوه الّتي ذكرها في الحاوي الكبير ٩: ١٠٧.
(٣) الخلاف مذكور في المغني لابن قدامة ٧: ٣٧٤ ـ ٣٦٦.
(٤) نسبه ابن قدامة إلى الشافعي على قول، راجع المغني ٧: ٣٧٤.
(٥ و٦) راجع المبسوط للسرخسي ٥: ٢٤.

لأوليائها الفسخ[١]. وعندنا إذا كانت بالغة وتزوّجت بعبد فليس لوليّها عليها اعتراض إلّا أن يكون بكراً فلأبيها المنع على أحد الروايتين. وإن كانت غير بالغة فزوّجها أبوها أو جدّها ثمّ بلغت لم يكن لها الاعتراض عليهما.

ويكره التزويج عندنا بفاسق وليس بمبطل، وفيه خلاف.[٢]

الصناعة الدنيّة ليست بمانعة من التزويج بأهل المروءات، مثل الحياكة والنساجة والحجامة والحراسة والقيّم والحمّامي وفيه خلاف.[٣]

السلامة من العيوب شرط في النكاح، والعيوب سبعة: ثلاثة يشترك فيها الرجال والنساء الجنون والجذام والبرص، واثنان يختصّ النساء وهما الرتق والقرن، واثنان يختصّ بالرجال وهما الجبّ والعنّة بلا خلاف، فكان كلّ واحد من النساء والرجال عيوبه خمسة.

واليسار عندنا شرط، وحدّه ما أمكنه معه القيام بنفقتها لا أكثر من ذلك، وما زاد عليه لا معتبر به ولا يردّ لأجله. ومتى رضي الأولياء والمزوّجة بمن ليس بكفو ووقع العقد على من دونها ـ في النسب والحرّية والدين والصناعة والسلامة من العيوب واليسار ـ كان العقد صحيحاً بلا خلاف، إلّا الماجشوني، فإنّه قال: الكفاءة شرط في صحّة العقد فمتى لم يكن كفو كان العقد باطلاً.[٤]

ليس للأولياء اعتراض على المنكوحة في قدر المهر، فمتى رضيت بكفو لزمهم أن يزوّجوها منه بما رضيت من المهر، سواء كان قدر مهر مثلها أو أقلّ، فإن منعوها واعترضوا على قدر مهرها فقد عضلوها ولا يلتفت إليهم، وعند بعض

---

(١) انظر المجموع ١٦: ١٣٢، والحاوي الكبير ٩: ١٠٤.

(٢) راجع المغني لابن قدامة ٧: ٣٧٥، والشرح الكبير ٧: ٤٦٦.

(٣) نقل الخلاف في المغني ٧: ٣٧٧، ونسب عدم عدّه نقصاً ومانعاً إلى أبي حنيفة.

(٤) مضافاً عليه قال به مالك كما في الحاوي الكبير ٩: ١٠٧، والمجموع ١٦: ١٨٥.

المخالفين يكون السلطان وليّها[١] وفيه خلاف[٢]. وقال قوم منهم: للأولياء أن يقولوا للزوج: إنّه إن تبلغ مهر المثل وإلّا فسخنا عليك العقد.[٣]

فإن زوّجها واحدمنهم بدون مهر مثلها من كفو لم يكن للباقين أن يعترضوا. وإن زوّجت نفسها بأقلّ من مهر مثلها فالنكاح صحيح عندنا، وعند قوم منهم النكاح صحيح وللأولياء الاعتراض عليه[٤] وعند بعضهم النكاح باطل.[٥]

إذا كان الوليّ الّذي هو الأب أو الجدّ غائباً مفقوداً لايعرف خبره أو يعرف خبره فهو على ولايته، وليس لأحد تزويج بنته الصغيرة، فإذا بلغت كان لها أن تزوّج نفسها، أو توكّل من يزوّجها، وعندهم أنّ للسلطان تزويجها إذا كان لا يعرف خبره[٦]. فأمّا إذا كان يأتي خبره ويعرف موضعه، فإن كانت غيبة بعيدة ـ وحدّها ما[٧] يقصر الصلاة: إليها ـ لم ينتقل ولايته كالمفقود، وللسلطان أن يزوّجها[٨] وإن كانت الغيبة قريبة فيها وجهان: أحدهما للحاكم تزويجها[٩] والثاني ليس له ذلك.[١٠]

فإذا قال: للسلطان تزويجها في كلّ موضع، يستحبّ له أن يستدعي أباعد الأولياء وأهل الرأي من أهلها كالأخ للأُمّ وأب الأُمّ ومن هو أبعد من الغائب من عصباتها، فإذا أخبروه بشيء فإن كان على ما قالوه عمل عليه، وإن لم يكن كما قالوه أمضاه على رأيه وفيه خلاف.[١١]

---

(١) قال به مالك، وأبو يوسف، ومحمد كما في الحاوي الكبير ٩: ١٠٨.

(٢) نقل الخلاف مبسوطاً السرخسي في مبسوطه ٥: ١٣.

(٣) منهم أبو حنيفة كما في المبسوط للسرخسي ٥: ١٣، والحاوي الكبير ٩: ١٠٨.

(٤ و٥) نقلناهما فيما سبق في تذييل: ١ و٢ من صفحة ٤٠٩، راجعهما.

(٦) منهم الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ١١١.

(٧) ط: أن.

(٨) كما في الحاوي الكبير ٩: ١١١.

(٩ و١٠) نسب الأوّل الماوردي إلى ظاهر كلام الشافعي والثاني إلى بعض الشافعيّة، راجع الحاوي الكبير ٩: ١١١.

(١١) راجع الحاوي الكبير ٩: ١١٢.

وإذا عضلها وليّها كان لها أن تزوّج نفسها أو توكّل من يزوّجها إذا كانت بالغة رشيدة، وعند المخالف للسلطان تزويجها.[١]

الوكالة في النكاح جائزة بلا خلاف، فإذا ثبت ذلك فلا يخلو الوليّ من أحد أمرين: إمّا أن يكون له الإجبار كالأب والجدّ في حقّ البكر فلكلّ واحد منهما التوكيل، وإن كان وليّاً لا إجبار له كالأب والجدّ في حقّ الثيّب والأباعد والباقين من الأولياء في حقّ البكر والثيّب، فإن أذنت له في النكاح والتوكيل جاز ذلك، وإن لم تأذن له فيه فهل له التوكيل؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: ليس له ذلك، لأنّه يتصرّف عن إذن وهو الصحيح[٢]. والثاني: له التوكيل.[٣]

فإذا وكّل فليس للوكيل أن يزوّجها إلّا بأن يستأذنها، وإذا صحّ توكيله فإن عيّن الزوج صحّ، وإن لم يعيّن بل أطلق وقال: «زوّجها بمن ترى» قيل: فيه قولان، أحدهما: يصحّ[٤] والثاني: لا يصحّ إلّا مع التعيين[٥]. وهو الصحيح.

وليّ الكافرة لا يكون إلّا كافراً، فإذا كان لها وليّان أحدهما مسلم والآخر كافر كان الّذي يتولّى تزويجها الكافر دون المسلم، لقوله تعالى: ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾.[٦] دلّ على أنّه لا وليّ لكافرة، وقال تعالى: ﴿والّذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾[٧]، فإن كان للمسلم جارية كافرة جاز له أن يزوّجها، وفيهم من قال: لا ولاية له عليها[٨] والأوّل أصحّ.

إذا كان الأقرب سفيهاً محجوراً عليه لسفه أو مجنوناً فلا ولاية لهما، أو كان

---

(١) منهم الشافعي كما في الأُمّ ٥: ١٤، والحاوي الكبير ٩: ١١٢.

(٢ و٣) ذكرهما في الحاوي الكبير ٩: ١١٤.

(٤ و٥) حكى الشيخان أبوحامد وأبو إسحاق فيها قولان، وحكاهما ابن الصبّاغ والمسعودي وجهان، راجع المجموع ١٦: ١٧٧.

(٦) التوبة: ٧١.

(٧) الأنفال: ٧٣.

(٨) نسبه النووي إلى بعض أصحاب الشافعيّة في المجموع ١٦: ١٦١.

ضعيف العقل أو كان صغيراً أو مولّى عليه لضعف عقله، فكلّ هؤلاء يسقط ولايتهم عندهم[١] وتنتقل إلى من هو أبعد مثل الكافر والفاسق، فإذا زال ذلك عادت ولايته.

وعلى مذهبنا الولاية للأب والجدّ ثابتة معاً، فإن أصاب أحدهما ما يزيل ولايته يثبت في الآخر، فإن عاد إلى ما كان عادت ولايته إلى ما كانت.

إذا كان لها وليّان في درجة فأذنت لكلّ واحد منهما في رجل بعينه، مثل أن قالت لكلّ واحد: «زوّجني من زيد بن عبدالله» واتّفقا على الأسنّ والأعلم والأورع كان أولى، فإن لم يتّفقا وتشاحّاً أُقرع بينهما. وإن بادر أحدهما فزوّجها من كفو بإذنها نظرت، فإن كان قبل القرعة صحّ النكاح ولزم المهر، وإن كان بعد القرعة، فإذا كان الّذي زوّجها هو الّذي خرجت قرعته صحّ، وإن كان الآخر قيل: فيه وجهان.[٢]

وإن كان إذنها مطلقاً فقد مضى أنّه يصحّ من غير تعيين الزوج، فإذا زوّجها كلّ واحد منهما من رجل ففيها خمس مسائل:

إحداها: إذا علم أنّ النكاحين وقعا معاً ولم يسبق أحدهما الآخر بطلا، لأنّه لايصحّ أن يكون زوجة لهما معاً.

الثانية: جهل الأمر فلم يعلم كيف وقع الأمر فهما باطلان أيضاً، لأنّه لا سبيل إلى معرفة الصحيح منهما.

الثالثة: علم أنّ أحدهما سبق الآخر لكن لا يعلم عين السابق منهما ـ مثل أن عقد أحدهما يوم الخميس والآخر يوم الجمعة، ولايعلم السابق ـ فهما باطلان أيضاً لمثل ذلك، فعلى هذا يفرّق بينهما، فإن كان قبل الدخول فلا كلام، وإن كان

(١) منهم الشافعي كما نقله عنه في الحاوي الكبير ٩: ١١٧، وصحّحه.
(٢) ذكر الوجهين الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ١٢١.

بعد الدخول نظرت، فإن كان الواطئ أحدهما فعليه مهر مثلها، فإن أتت بولد لحقه، وإن دخل بها كلّ واحد منهما فعلى كلّ واحد منهما مهر مثلها، والولد يمكن أن يكون من كلّ واحد منهما أُقرع بينهما عندنا، وعند بعضهم يعرض على القافة.[١]

الرابعة: علم عين السابق منهمالكن نسي، وقف النكاح حتّى يستبين الأمر، لأنّه إشكال يرجى زواله.

الخامسة: علم عين السابق منهما ولم ينس[٢] فالأوّل أصحّ، والثاني باطل، دخل بها الثاني أولم يدخل بها، وفيه خلاف[٣]. فقد روى أصحابنا أنّه إن كان دخل بها الثاني كان العقد له[٤] والأوّل أحوط. وإن لم يدخل بها واحد منهما سلّمت إلى الأوّل بلاخلاف، وإن دخل بها الاوّل دون الثاني فكذلك، ولا حقّ للثاني، ولا عليه، وإن دخل بها الثاني دون الأوّل فعلى الثاني مهر مثلها، فإن أتت بولد لحقه وتعتدّ منه، فإذا خرجت منها حلّت للأوّل.

وإن دخل بها كلّ واحد منهما استقرّ المسمّى على الأوّل ومهر المثل على الثاني، فإن أتت بولد يمكن أن يكون من كلّ واحد منهما أقرعنا بينهما، وتعتدّ من الثاني فإذا انقضت عدّتها فقد حلّت للأوّل.

إذا ولّت أمرها وليّين متساويين فزوّجاها معاً وادّعى كلّ واحد منهما عليها أنّ نكاحه هو السابق، وأنّها تعلم ذلك، صحّت هذه الدعوى، فإمّا أن تنكر أو تقرّ.

فإن أنكرت فالقول قولها مع يمينها: أنّها لا تعلم السابق منهما، لأنّ الأصل عدم علمها، فإن حلفت أُسقطت دعواهما وبطل النكاحان معاً. وإن نكلت ردّت اليمين عليهما، فإن لم يحلفا أو حلف كلّ واحد منهما بطل النكاحان معاً. وإن

---

(١) منهم الشافعي كما في الامّ ٥: ١٧.

(٢) في ط وبعض النسخ: ولم يتبيّن.

(٣) قال مالك وعطاء: إن دخل بها الثاني صار أولى، كما في المغني لابن قدامة ٧: ٤٠٤، والشرح الكبير ٧: ٤٤٣.

(٤) الكافي ٥: ٣٩٦ / ٢، باب ٥٩.

حلف أحدهما دون صاحبه قضينا بها للحالف، لأنّه أقام الحجّة بأنّه هو السابق دون صاحبه.

فإن اعترفت بأنّ كلّ واحد منهما هو السابق، فهذا كلا اعتراف وقضينا ببطلان النكاحين. وإن اعترفت لأحدهما صحّ اعترافها، وحكمنا بها زوجة له، وهل تحلف للآخر؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: لا تحلف لأنّه لا فائدة في يمينها، لأنّها لو اعترفت للثاني لم يقبل قولها على الأوّل[١] والقول الثاني: تحلف لجواز أن تعترف للثاني لأنّها وإن لم يقبل قولها على الأوّل في بطلان النكاح لزمها مهر مثلها للثاني، لأنّها حالت بينه وبينها[٢] وهذا القول أقوى.

وكذلك إذا تداعاها رجلان فأقرّت لأحدهما قضينا له، فإن أقرّت للثاني بعد ذلك فهل له عليها مهر مثلها أم لا؟ قيل: فيه قولان، فمن قال: لا تحلف للثاني، فلا تفريع[٣]. ومن قال: تحلف[٤] لم يخل حالها من ثلاثة أحوال: إمّا أن تحلف، أو تعترف، أو تنكل.

فإن حلفت أُسقطت دعوى الثاني وانصرف[٥] وإن اعترفت له بذلك لم يقبل إقرارها على الأوّل في فسخ نكاحه، لكن هل عليها مهر مثلها للثاني قيل: فيه قولان[٦].

وإن نكلت عن اليمين نظرت، فإن لم يحلف الثاني انصرف، فإن حلف فقد حصلت يمين المدّعي مع نكول المدّعى عليه. وهل يحلّ ذلك محلّ البيّنة أو محلّ الاعتراف؟ قيل: فيه قولان[٧] فمن قال كالبيّنة أبطل النكاح للأوّل وقضى بها للثاني، ومن قال بمنزلة الاعتراف فقد حصل للأوّل إقرار وللثاني ما هو في حكم

(١ و٢) ذكر الماوردي القولين في الحاوي الكبير ٩: ١٢٦، راجعهما.
(٣ و٤) راجع المصدر السابق. (٥) في ط وبعض النسخ: وانصرفت.
(٦ و٧) ذكر الأقوال الأربعة الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ١٢٦ و١٢٧.

الإقرار. وقالوا فيه وجهان[١]، أحدهما: يبطل النكاحان معاً. والثاني: لا يبطل الأوّل، لأنّه صحّ باعترافها به حين الأوّل، فاعترافها للثاني لا يقبل، ويبطل الثاني ويصحّ الأوّل، وهو الأقوى.

وهل عليها مهر مثلها أم لا؟ على قولين[٢] أحدهما: يلزمها. والثاني: لا يلزمها، وهو الأقوى لبراءة الذمّة.

إذا زوّج الرجل أُخته ثمّ مات الزوج فاختلفت هي ووارث زوجها فقال الوارث: «زوّجك أخوك بغير أمرك فالنكاح باطل ولا ميراث لك» وقالت: «زوّجني بإذني فالنكاح صحيح» فالقول قولها، لأنّ الوارث يدّعي خلاف الظاهر، لأنّ الظاهر أنّه على الصحّة فكان القول قولها.

إذا سمع الرجل يقول: «هذه زوجتي» فصدّقته، أو سمعت هي تقول: «هذا زوجي» فصدّقها، فأيّهما مات ورثه الآخر، فأمّا إذا سمع يقول: «فلانة زوجتي» ولم يسمع منها القبول لذلك، فإن مات ورثته وإن ماتت لم يرثها، لأنّ النكاح يثبت من جهته باعترافه ولم يثبت من جهتها، لأنّها ما اعترفت. وهكذا لوسُمعت تقول: «فلان زوجي» ولم يسمع منه القبول كذلك، فإن ماتت ورثها وإن مات لم ترثه.

لا يصحّ نكاح الثيّب إلّا بإذنها، وإذنها نطقها بلاخلاف. وأمّا البكر فإن كان لها وليّ له الإجبار مثل الأب والجدّ فلا يفتقر نكاحها إلى إذنها ولا إلى نطقها، وإن لم يكن له الإجبار كالأخ وابن الأخ والعمّ فلابدّ من إذنها، والأحوط أن يراعى نطقها، وهو الأقوى عند الجميع. وقال قوم: يكفي سكوتها لعموم الخبر[٣] وهو قويّ.

---

(١) ذكر القولين الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ١٢٧.

(٢) مضى قبيل هذا ذكر القولين عن الحاوي الكبير، راجعه.

(٣) الفقيه ٣: ٣٩٧ / ٤٣٩٦.

إذا كان لها وليّ تحلّ له جاز أن يزوّجها من نفسه بإذنها، وعند قوم لا يجوز[١] وفيه خلاف[٢]. ومتى أراد أن يزوّجها من غيره وكانت كبيرة جاز بإذنها بلا خلاف، وإن كانت صغيرة لم يكن له تزويجها من أحد بلا خلاف أيضاً.

وإن كانت كبيرة وأراد أن يزوّجها من ابنه فإن كان ابنه صغيراً لم يجز، لأنّه يكون موجباً قابلاً عند قوم[٣] وعندنا يجوز ذلك. فإن كان ابنه كبيراً قبل لنفسه، وله أن يزوّجها منه بإذنها بلا خلاف.

إذا أراد الرجل أن يزوّج ابنه فلا يخلو الابن من أحد أمرين: إمّا أن يكون عاقلاً، أو مجنوناً. فإن كان عاقلاً وكان بالغاً فلا ولاية لأحد عليه في النكاح، ينكح لنفسه بلا خلاف. وإن كان صغيراً كان لوالده أن يزوّجه إن شاء واحدة وإن شاء أربعاً بلا خلاف. وإن كان مجنوناً وكان صغيراً لم يكن له أن يزوّجه بلا خلاف، لأنّه ربّما بلغ ولم يكن به حاجة إلى الزوجة. وإن كان كبيراً ولم يكن به إليه حاجة مثل أن يكون مجبوباً أو خصيّاً أو عنّيناً لا يأتي النساء أو كان بريئاً من هذه العيوب لكنّه لا يحبّ النساء ولا ينتشر عليه، فإنّه لا يزوّجه ولا حاجة به إليه. وإن كان به حاجة إليه بأحد أماراته الّتي لا يخفى جاز أن يزوّجه، لأنّ له فيه نفعاً وربّما تابع حراماً.

إذا كان للمجنون امرأة مثل أن تزوّجها عاقلاً ثمّ جنّ أو زوّجه أبوه لحاجة إلى النكاح، فليس لأبيه أن يطلّقها عنه، ولا أن يخالعها بعوض بلا خلاف.

حكم العنّين مع الجنون، فيه مسألتان:

إحداهما: إذا كان الزوج مجنوناً فادّعت زوجته أنّه عنّين لم يكن لوليّه أن يضرب له أجلاً لأنّ أجل العنّة إنّما يضرب بعد ثبوت العنّة، والعنّة لا تثبت أبداً إلّا

---

(١) منهم أبو إسحاق إبراهيم بن عليّ بن يوسف الشيرازي صاحب المهذّب كما نقله عنه في المجموع ١٦: ١٧٢، والشافعي كما نقله عنه في الحاوي الكبير ٩: ١٢٨.

(٢) قال مالك وأبو حنيفة يجوز، وقال أحمد بن حنبل يأذن لأجنبيّ حتّى يزوّجه بها كما في الحاوي الكبير ٩: ١٢٨.

(٣) منهم الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ١٣٠.

بقول الزوج، لأنّه ممّا لايقوم به بيّنة، فإذا كان كذلك فقد تعذّر ثبوت عننه من جهته، فلا تضرب له مدّة العنن.

الثانية: إذا كان عاقلاً فاعترف بالعنّة وضرب له المدّة وانتهى الأجل وهو مجنون فطالبته زوجته بالفرقة، لم يقبل دعواها ولم تجز الفرقة لأنّها لا يخلو من أحد أمرين: إمّا أن تكون ثيّباً، أو بكراً. فإن كانت ثيّباً وادّعت أنّه ما أصابها في المدّة فالقول قول الزوج، وإن كان مجنوناً لم يتوصّل إلى ما عنده فيما تدّعيه عليه. وإن كانت بكراً يمكن أن يدّعي الزوج أنّها تمنعه نفسها فلا يتمكّن من افتضاضها، ويمكن أن يدّعي أنّه افتضّها ثمّ عادت بكارتها، فإذا أمكن هذالم يصحّ من المجنون، فلا سبيل إلى إيقاع الفرقة بينهما.

إذا كانت بحالها وهي مجنونة، ففيها أربع مسائل:

إحداها: ليس لوليّها أن يختلعها من زوجها بشيء من مالها بلا خلاف.

الثانية: ليس لوليّها أن يبرئ زوجها من شيء من صداقها لأنّه لايخلو من أحد أمرين: إمّا أن يكون طلّقها، أو لم يطلّقها، فإن لم يكن طلّقها نظرت، فإن كان قد دخل بها فقد استقرّ مهرها في ذمّته، وإذا ثبت الحقّ فليس لوليّها إسقاطه مثل قيم المتلفات وإن لم يكن طلّقها فكذلك، لأنّه في حكم المتلف. وإن كان طلّقها فإن كان بعد الدخول فلا يملك إسقاط شيء من مهرها، وإن كان قبل الدخول سقط عنه نصفه وبقي لها نصفه، وهل لوليّها أن يسقط عنه أم لا؟

قيل: فيه قولان بناءً على الّذي بيده عقدة النكاح، فإنّه على قولين، فمن قال: هو الوليّ ـ وهو الصحيح عندنا ـ قال: له أن يعفو عن البقيّة ويسقط عن زوجها[1] ومن قال: هو الزوج، قال: لا يملك الوليّ إسقاط شيء.[2]

(١ و٢) الأوّل قول الشافعي في القديم وبه قال مالك، والثاني قوله في الجديد، وبه قال أبو حنيفة كما نقلهما في الحاوي الكبير ٩: ١٣٣.

هذا إذا كانت المنكوحة صغيرة أو مجنونة، والوليّ الأب أو الجدّ، والطلاق قبل الدخول.

الثالثة: هربت المجنونة وامتنعت على زوجها سقطت نفقتها، وهكذا لو هربت العاقلة، لأنّها في مقابلة الاستمتاع.

الرابعة: إذا كان زوجها عاقلاً وهي مجنونة صحّ أن يولي عنها، لأنّ الإيلاء أن يمتنع[١] من وطئها بعقد يمين أكثر من أربعة أشهر، فإذا كان عاقلاً صحّ هذا ويضرب له المدّة، فإذا تربّص أربعة أشهر لم يملك أحد المطالبة عليه بفيئه ولا بطلاق، لأنّ من النساء من يختار المقام مع زوجها على ذلك.

إذا قذف الرجل زوجته المجنونة لا حدّ عليه، لأنّ الله تعالى قال: ﴿والّذين يرمون المحصنات﴾[٢] يعني العفائف، والمجنونة لاتوصف بذلك بلا خلاف. ومتى أراد اللعان فلا يخلو أن تكون حائلاً أو حاملاً، فإن كانت حائلاً لم يكن له اللعان، لأنّ المقصود به درء الحدّ أو نفي نسب، وليس هاهنا واحد منهما. وفيهم من قال: له اللعان هاهنا ليوقع الفرقة المؤبّدة[٣] وهو ضعيف عندهم.

وإن كانت حاملاً فوضعت كان له اللعان على نفيه، لأنّ نفي الولد من المجنونة كنفيه من العاقلة، فإذا التعن تعلّق به أربعة أحكام: نفي النسب، ودرء الحدّ، وإيقاع الفرقة، والتحريم المؤبّد. فيتعلّق به ثلاثة منها غير درء الحدّ، لأنّه لم يجب عليه. وقال قوم: هذا خلاف الإجماع، لأنّ أحداً لم يقل بذلك.[٤]

ويقوى في نفسي أنّه ليس له اللعان لأنّ لعانه لا تأثير له، وإنّما يتعلّق أحكام اللعان بلعانهما معاً، وهاهنا لا يصحّ منها اللعان. ومن خالف في ذلك بناه على أنّ

---

(١) في ط: أن تمنع.
(٢) النور: ٤.
(٣) هو أحد الوجهين الّذي نقله في الحاوي الكبير ٩: ١٣٥.
(٤) راجع الحاوي الكبير ٩: ١٣٥.

هذه الأحكام تتعلّق بلعان الرجل وحده[١] وعلى هذا إذا أتت زوجته المجنونة بولد من الزنا لحق به، لأنّه لا طريق له إلى نفيه عن نفسه. وكذلك إن قذف زوجته بالزنا وكذّبته لاعنها ونفى ولدها، وإن صدّقته وقالت: «أنا زنيت وأتيت به من زنى» لحقه، ولم يكن له أن يلاعن لأنّها ولدته على فراشه.

فإذا ثبت هذا، فمن قال: يتعلّق به ثلاثة أحكام، قال: إن أكذب الزوج نفسه فالأصل فيمن لاعن زوجته ثمّ أكذب نفسه أن يقبل منه ماعليه دون ماله[٢] والّذي عليه لحوق النسب ووجوب الحدّ، والّذي له زوال الفرقة وارتفاع التحريم المؤبّد بالفرقة وهل عليه التعزير على وجهين.[٣]

للرجل أن يزوّج بنته الصغيرة بعبد، ومن راعى الحرّية في الكفاءة قال: لا يجوز[٤] فأمّا الكبيرة إذا رضيت به فلا خلاف أنّه يجوز وكذلك له أن يزوّجها بمجنون أو مجذوم أو أبرص أو خصيّ، ومتى زوّجها من واحد من هؤلاء صحّ العقد.

ومن خالف قال فيه قولان: أحدهما باطل، والآخر صحيح[٥]. فإذا قال: صحيح، فهل عليه فسخ النكاح على وجهين: أحدهما عليه الفسخ، والثاني ليس له الفسخ[٦] لأنّه طريق الشهوة وقد تختار المرأة المقام مع واحد ممّن ذكرناه، فمن قال: يفسخ، فلا كلام[٧] ومن قال: يؤخرّ حتّى يبلغ، فإن اختارت المقام معه كان ذلك لها، وإن اختارت الفسخ فسخت[٨] وهذا هو الصحيح.

---

(١) راجع الأُمّ للشافعي ٥: ٢١، والحاوي الكبير ١١: ٢٥.

(٢) راجع الحاوي الكبير ٩: ١٣٥.

(٣) قال الشافعي هاهنا: لم يعزّر، وقال في موضع آخر يعزّر كما نقله عنه في الحاوي الكبير ٩: ١٣٥، وفي مختصر المزني: ١٦٦: لم يعزّر.

(٤) كالشافعي على ما نسب إليه في مختصر المزني: ١٦٦، والحاوي الكبير ٩: ١٣٥.

(٥) حكى القاضي أبوالطيب فيه القولين وحكاهما الشيخ أبو حامد وجهين كما في المجموع ١٦: ١٩٧.

(٦) كما ذكرهما في الحاوي الكبير ٩: ١٣٦.

(٧ و٨) الحاوي الكبير ٩: ١٣٦، والمجموع ١٦: ١٩٧.

وله أن يكره أمته على تزويج العبد بلا خلاف، وليس له أن يكرهها على تزويج واحد من الناس، فإن خالف فزوّجها فهل يصحّ النكاح فيه قولان[١] كالصغيرة.

وأمّا إذا كانت معيبة فزوّجها ممّن به عيب، فإن اختلف العيبان مثل أن كانت مجنونة فزوّجها بأبرص، أو برصاء فزوّجها بمجذوم، فليس ذلك له، وإن اتّفقا في العيب فيه وجهان[٢] فمن قال: ليس له ذلك، فإذا خالف فهل يصحّ أم لا؟ قيل: فيه قولان[٣]. وإذا قال: صحيح فهل عليه الفسخ؟ فعلى وجهين[٤].

وأمّا الكلام في نكاح ولده الصغير ممّن به هذه العلل كلّها، كالحكم في البنت، فإن خالف فأنكحه واحدة منهنّ فهل يصحّ أم لا؟ على قولين على ما مضى في البنت، أقواهما عندي أنّه صحيح غير أنّ للابن الفسخ إذا بلغ، وكذلك القول في البنت سواء. وأمّا تزويجه بأمة فعند بعضهم باطل، لأنّه ليس بكفو له، لأنّ نكاح الأمة لا يجوز إلّا بشرطين: عدم الطول، وخوف العنت، وهذا إذا كان عادماً للطول فإنّه لا يخاف العنت لصغره[٥] وهذا قويّ.

إذا كان للحرّة أمة جاز لها تزويج أمتها وقال بعضهم: لا يجوز[٦] وإنّما يجوز لوليّ هذه الحرّة أن يزوّج جاريتها من عصباتها بإذنها، فأمّا ابنها فليس له ذلك وإن كان وليّها له الإجبار وهو الأب والجدّ لم يكن له إجبار الأمة إذا كانت مولاتها من أهل الإذن، فإن أذنت جاز له، ولا فصل بين البكر الكبيرة والثيّب الكبيرة.

وإن لم تكن المولاة من أهل الإذن لصغر أو جنون فهل لوليّها إجبار أمتها

---

(١) ذكرهما الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ١٣٧.

(٢ و٣) راجع الحاوي الكبير ٩: ١٣٦، والحكم فيه في حقّ البنت لا الأمة، راجعه.

(٤) راجع المصدر السابق.

(٥) منهم الشافعي كما نقله عنه في الحاوي الكبير ٩: ١٣٧.

(٦) منهم الشافعي كما في الأُمّ ٥: ١٩، ومختصر المزني ١٦٦.

على التزويج؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما له إنكاحها[١] وهو الأقوى.

وإن كان ليس له الإجبار لم يكن له تزويج أمتها إلّا بإذنها إذا كانت من أهل الإذن وإن لم تكن من أهل الإذن لم يكن له ذلك.

إذا أذن لعبده في التجارة في شيء بعينه أو أذن له أن يتّجر في ذمّته يأخذ ويعطي فاتّجر واشترى أمة للتجارة فركب العبد دين يحيط بجميع ما في يده فأراد السيّد وطء هذه الجارية لم يكن له، لأنّها صارت كالمرهونة في يد الغرماء تتعلّق حقوقهم برقبتها، فإن اجتمع السيّد والمأذون على إنكاحها لم يجز.

فإن برئ العبد عن الدين بالقضاء منه أو من سيّده أوبإبراء الغرماء نظرت، فإن أحدث للعبد حجراً ظاهراً كان له وطؤها. لأنّه لا غرر على أحد فيه، وإن أراد وطأها قبل أن يحدث له حجراً قيل فيه وجهان.[٢]

إذا كان للعبد بنت أو أُخت أو من لو كان حرّاً كان له إنكاحها بحقّ النسب لم يملك إنكاحها عندّ المخالف، لأنّ الإنكاح ولاية، وليس العبد من أهل الولايات وكان للعصبات أقاربه الأحرار[٣] كالجدّ وإن علا والأخ والعمّ.

وعندنا إن كانت بنته صغيرة حرّة كان له تزويجها، وإن كانت كبيرة أو ثيّباً جاز ذلك أيضاً إذا ولّته ذلك وأذنت له فيه، لأنّه لا ولاية له على ما قدّمناه. فأمّا إن وكّل العبد في التزويج صحّ سواء كان ذلك في الإيجاب أو القبول، وعند المخالف لا يصحّ ذلك إلّا في الإيجاب، وفي القبول على وجهين.[٤]

إذا تزوّج العبد حرّة على أنّه حرّ، ثمّ بان أنّه عبد، وكان مأذوناً في التزويج

---

(١) نقل الوجهين في الحاوي الكبير ٩: ١٣٨، ونسب جواز الإجبار الى أبي إسحاق المروزي، وأبي سعيد الإصطخري.

(٢) ذكر الوجهين في الحاوي الكبير ٩: ١٣٩، ونسب القول بعدم الجواز إلى أبي عليّ بن أبي هريرة.

(٣) منهم الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ١٤٠، حيث نقله عن الشافعي وصحّحه.

(٤) ذكرهما الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ١٤٠، راجعه.

كانت المرأة بالخيار، وإن كان غير مأذون فالنكاح موقوف على ما رواه أصحابنا على رضا السيّد[١]. وقال المخالف: إن كان بغير إذنه فهو باطل، وإن كان بأمره فعلى قولين.[٢]

هذا إذا شرط في نفس العقد أنّه حرّ، فإن سبق الشرط العقد ثمّ وقع العقد مطلقاً، فالنكاح صحيح قولاً واحداً. وهكذا القولان إذا انتسب لها نسباً فوجد بخلافه سواء كان أعلى ممّا ذكر أو دونه، أو شرط أنّه على صفة فبان بخلافها، مثل أن يشترط أنّه طويل فبان قصيراً أو قصير فبان طويلاً أو مليح فبان قبيحاً أو قبيح فبان مليحاً أو أبيض فبان أسود أو أسود فبان أبيض، الباب واحد، والكلّ على قولين: أحدهما صحيح ـ وهوالصحيح عندي ـ والثاني باطل. وإذا قال: باطل، أبطل، سواء كان ما وجد فوق ما شرط أو دونه، فإن لم يكن دخل بها فلا شيء لها، وإن دخل بها فلها مهر المثل.

وعلى ما قلناه إنّ النكاح صحيح نظرت فيما كان الغرور به، فإن شرط أنّه حرّ فبان عبداً فلها الخيار، وإن كان الغرور بالنسب نظرت، فإن وجد دون ما شرط ودون نسبها فلها الخيار، لأنّه ليس بكفو. وإن كان دون ما شرط لكنّه مثل نسبها أو أعلى منه، مثل أن كانت عربيّة فشرط هاشميّاً فبان قرشيّاً أو عربيّاً، فهل لها الخيار أم لا؟ فالأقوى أنّه لا خيار لها وفي الناس من قال: لها الخيار[٣] وقد روي ذلك في أخبارنا.[٤]

وإن كان الغرور من جهتها لم يخل من ثلاثة أحوال: إمّا أن يكون الغرور بالحرّية أو بالنسب أو بالصفات. والكلام على كلّ فصل على الانفراد، فإذا كان

---

(١) الكافي ٥: ٤٧٧ و٤٧٨ / ١ و٥. (٢) منهم الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ١٤٠.
(٣) هو ظاهر قول أبي حنيفة كما في المبسوط للسرخسي ٥: ١٣١، راجع الحاوي الكبير ٩: ١٤٦ أيضاً. (٤) التهذيب ٧: ٤٣٢/ ١٧٢٤، وما رواه ابن إدريس في السرائر ٢: ٦١١ مرسلاً.

الغرور بالحرّية فتزوّجت به على أنّها حرّة فبانت أمة، ففي صحّة العقد قولان: أحدهما باطل[١] والثاني صحيح[٢] والأوّل أظهر في الروايات.

ويصحّ القولان بثلاثة شروط، أحدها: أن يكون الزوج ممّن يحلّ له نكاح أمة لعدم الطول وخوف العنت. والثاني: أن يكون الغرور من جهتها أوجهة الوكيل ولا يكون من جهة السيّد. والثالث: أن يكون الشرط مقارناً للعقد.[٣]

فإذا اختلّ شرط منها لم يكن مسألة على القولين لأنّه إن كان ممّن لا يحلّ له أمة فالنكاح باطل. وإن كان الغرور من جهة السيّد، كان قوله: «زوّجتك على أنّها حرّة» إقرار منه بالحرّية، وإن كان الغرور منها أو من جهة الوكيل لم يعتق بذلك.

وأمّا الشرط الثالث فإن لم يقارن العقد صحّ قولاً واحداً، فمن قال: إنّ النكاح باطل، قال: لم يخل الزوج من أحد أمرين: إمّا أن يكون قد دخل بها، أو لم يدخل، فإن لم يدخل بها فرّق بينهما، ولاحقّ لأحدهما على صاحبه. وإن كان قد دخل بها لم يخل من أحد أمرين: إمّا يكون أحبلها، أو لم يحبلها، فإن لم يكن أحبلها فلها المهر، ويكون لسيّدها لأنّه من كسبها.[٤]

وهل يرجع الزوج على من غرّه أم لا؟ قيل: فيه قولان، الظاهر في رواياتنا أنّه يرجع عليه به[٥] فمن قال: لا يرجع، استقرّ الغرم عليه ولا يرجع به على أحد[٦] ومن قال: يرجع به على الغارّ، رجع على من غرّه، سواء كان الغارّ الوكيل أو الزوجة[٧]. فإن كان الغارّ الوكيل وكان موسراً استوفي منه، وإن كان معسراً أنظره إلى ميسرة، وإن كان الغارّ الزوجة كان المهر في ذمّتها ولا يسار لها فيرجع عاجلاً لكن يتبعها به إذا أيسرت بعد العتق.

(١ ـ ٣) راجع بتفضيل الأقوال إلى الحاوي الكبير ٩: ١٨٩.

(٤) راجع الحاوي الكبير ٩: ١٤٣ ـ ١٤٤.

(٥) الكافي ٥: ٤٠٨ / ١٣ ونوادر أحمد بن محمد بن عيسى: ٧٦ / ١٦٥.

(٦ و٧) راجع الحاوي الكبير ٩: ١٤٤، والمجموع ١٦: ٢٨٨.

وإن أحبلها فالكلام في المهر على ما مضى.

وأمّا الولد فهو حرّ، لأنّه اعتقدها حرّة وردّ عليه قيمة الولد. ويعتبر قيمته يوم ولدته حيّاً، لأنّه وإن كان الإتلاف بالعلوق فإنّ تقويمه إذ ذاك لايمكن وقوّمناه أوّل وقت إمكان التقويم. ويكون قيمته لسيّدها، لأنّه لو كان مملوكاً لكان له، ويرجع على الغارّ.

ومن قال: النكاح صحيح، فهل للزوج الخيار أم لا؟ قيل: فيه قولان، أحدهما له الخيار[١] وهو المذهب، فإن اختار الفسخ فالحكم فيه كما لو كان العقد وقع فاسداً و يسقط المسمّى، ويجب مهر المثل. ومن قال: لاخيار له، فلزم العقد، أو قال: له الخيار، فاختار الإمساك فإنّه يستقرّ المهر.[٢]

وأمّا الولد فينظر فإن كان أحبلها قبل العلم بالرقّ فالحكم على ما مضى في أحكام الولد إذا فسخ وقد مضى، وإن أحبلها بعد العلم بالرقّ فالولد رقيق لسيّدها وعندنا لاحق بالحرّية.

هذا إذا كان الغرور من جهتها بالحرّية. فأمّا إن كان بغير ذلك، فإمّا أن يكون أعلى ممّا ذكرت أو أدون. فإن كان أعلى ممّا ذكرت مثل أن انتسبت عجميّة فبانت عربيّة أو ذكرت أنّها قصيرة فبانت طويلة، أو قبيحة فبانت مليحة، أو ثيّباً فبانت بكراً أو سوداء فبانت بيضاء الباب واحد.

وأمّا إن كانت دون ما ذكرت بالعكس ممّا قلناه، فالكلّ على قولين: أحدهما النكاح باطل[٣] والثاني صحيح[٤] وهو الأقوى عندي. فمن قال: باطل، فإن لم يكن دخل بها فلا حقّ لها، وإن دخل بها وجب المهر، وكان لها. وهل يرجع على

---

(١) هو للشافعي في أحد قوليه كما في الأُمّ ٥: ٨٣، ومختصر المرني: ١٦٦.

(٢) راجع الأُمّ للشافعي ٥: ٨٣، والحاوي الكبير ٩: ١٤٥.

(٣ و ٤) ذكرهما الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ١٤٥.

من غرّه على قولين:

فمن قال: لايرجع، فقد استقرّ عليه[١] ومن قال: يرجع، فإن كان الغرور من الوليّ وكان واحداً رجع به عليه[٢] وإن كانوا جماعة فإن كان الغرور بالنسب يرجع على جماعتهم[٣] وإن كان الغرور بالصفة فإن كانوا عالمين أو جاهلين يرجع عليهم أجمعين[٤]. وإن كان بعضهم عالماً وبعضهم جاهلاً فعلى من يرجع؟ وجهان، أحدهما: على العالم وحده، لأنّه هو الّذي غرّه[٥] وهو الأقوى. والثاني: على الكلّ.[٦]

وإن كان الغرور من جهتها، فهل يرجع عليها أم لا؟ على وجهين، أحدهما: لايرجع بكلّه بل يبقى منه بقيّة تتفرّد بها[٧] وهو الظاهر في رواياتنا[٨] والثاني: يرجع عليها بالكلّ[٩] فمن قال: يرجع بالكلّ، فإن كان قبضت رجع وأخذه[١٠] وإن لم يكن قبضت لم يأخذ شيئاً. وإذا قيل: يبقى بقيّة، أعطاها تلك البقيّة ولم يرجع فيما زاد عليها.[١١]

ومن قال: النكاح صحيح، فهل له الخيار نظرت، فإن كان أعلى فلا خيار له لأنّه لانقص هاهنا[١٢] وكذلك إن كانت في طبقته فلا خيار له أيضاً، لمثل ما قلناه. وإن بانت دون ما قالت ودون طبقته فهل له الخيار على القولين[١٣] وهكذا إذا كان الغرور في الصفات دون ما ذكرت، فالكلّ على قولين[١٤] أحدهما له الخيار.

فمن قال: لا خيار له، أو قال: له الخيار، فاختار الإمساك فقد لزم النكاح وهو

(١ ـ ٤) راجع المجموع ١٦: ٢٩٨ ـ ٢٩٠، والحاوي الكبير ٩: ١٤٥ ـ ١٤٦.

(٥ و٦) هما المحكيّ عن الشيخ أبي حامد كما في المجموع ١٦: ٢٩٠.

(٧ و٩) ذكرهما النووي في المجموع ١٦: ٢٩٠، والماوردي في الحاوي الكبير ٩: ١٤٦.

(٨) منها ماروا في الكافي ٥: ٤٠٤/١، والتهذيب ٧: ٣٤٩/١٤٢٦ والاستبصار ٣: ٢١٦/٧٨٧.

(١٠ و١١) راجع المجموع ١٦: ٢٩٠، والحاوي الكبير ٩: ١٤٦.

(١٢ ـ ١٤) راجع المجموع الذّي ذكرها بجميع الوجوه.

صحيح وحكمه حكم النكاح الصحيح. ومن قال: له الخيار، فاختار الفسخ فالحكم فيه كما لو كان في الأصل متفسّخاً وقد مضى، فإن لم يكن دخل بها فلا كلام، وإن كان دخل بها وجب لها المهر، وهل يرجع على من غرّه؟ على ما مضى.

وأمّا العدّة فإن لم يدخل بها فلا عدّة، وإن دخل بها فعليها العدّة ولا سكنى لها، لأنّ السكنى لايجب في الأنكحة المفسوخة. وأمّا النفقة فإن كانت حائلاً فلا نفقة لها، وإن كانت حاملاً بنى على القولين في نفقة الحامل. فمن قال: للحامل النفقة، وجبت النفقة هاهنا، لأنّ الولد في النكاح الصحيح والفاسد واحد[١]. ومن قال: لا نفقة لها لأجل الحمل، فلا نفقة هاهنا، لأنّها إنّما تجب لها النفقة في النكاح الّذي له حرمة، وقد زالت حرمته[٢]. وهذا القول أقوى.

ولو تزّوجها على أنّها مسلمة فكانت كتابيّة فعلى مذهبنا لايصحّ، لأنّها لا تحلّ له، وعلى قول بعض أصحابنا: له الخيار[٣] وبه قال بعض المخالفين[٤].

[٢]
فصل فيما ينعقد به النكاح

لا يصحّ النكاح حتّى تكون المنكوحة معروفة بعينها على صفة تكون متميّزة عن غيرها، وذلك بالإشارة إليها أو بالتسمية أو الصفة.

فإذا أراد تزويج بنته لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن تكون له بنت واحدة أو أكثر، فإن كانت له بنت واحدة لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن تكون حاضرة، أو غائبة.

فإن كانت حاضرة نظرت، فإن قال: «زوّجتك هذه أو هذه المرأة» صحّ لأنّ الإشارة تغني، وإن قال: «زوّجتك بنتي هذه أو بنتي هذه فلانة وهي فلانة» صحّ

(١ و٢) لم نعثر عليه.

(٣) بعد التتبّع لم نظفر به.

(٤) هو أحد القولين للشافعي على ما نسبه إليه في الحاوي الكبير ٩: ١٤٨.

لأنّ الزيادة على «هذه» تأكيد، وإلّا فقوله «هذه» يكفي.

وإن كانت غائبة فإن قال: «زوّجتك بنتي» صحّ، وإن قال: «بنتي فلانة» صحّ. ولو قال: «بنتي فاطمة» واسمها خديجة صحّ أيضاً، فإنّ «بنتي» صفة لازمة، ولاتزول عنها، و«فاطمة» صفة تزول عنها.

وإن قال: «زوّجتك فلانة» فإن نواها صحّ، وإن أطلقها من غير نيّة فالنكاح باطل، لأنّ فلانة غير معروفة من بين من يشاركها في الاسم. وإن كان له بنتان الكبيرة فاطمة والصغيرة خديجة فقال: «زوّجتك الكبيرة، أو الصغيرة» أو قال: «بنتي فاطمة أو خديجة» فكل هذا صحّ. فإن قال: «بنتي الكبيرة فاطمة» فذكر الكبيرة باسم الصغيرة صحّ نكاح الكبيرة، لأنّ الكبيرة صفة لازمة، والاسم لايلزم. وإن قال: «إحدى ابنتيّ» أو قال: «بنتي» فقط فالنكاح باطل، لأنّه لم يتناول العقد واحدة بعينها.

وإن قال: «زوّجتك بنتي» ونوى الكبيرة فقبل الزوج ونوى الكبيرة أيضاً واتّفقا على ذلك، فالنكاح صحيح. فإن قال: «زوّجتك بنتي فاطمة» ونوى الصغيرة، وقبل الزوج، وقال: «قبلت؛ نكاح فاطمة» ونوى الكبيرة، فالنكاح لازم في الظاهر لأنهما اتّفقا على الاسم، فكان الظاهر أنّ النكاح نكاح الكبيرة لكنّه باطل في الباطن، لأنّ الوليّ أوجب الصغيرة والزوج قبل الكبيرة، فقد قبل غير الّذي أوجبها فبطل إن صدّقه وإن لم يصدّقه فالنكاح لازم في الظاهر، وهكذا إذا كان الوليّ غير الأب والجدّ في حقّ من لا يجبر على النكاح، على ما فصّلناه.

وأمّا نكاح الحمل مثل أن يقول: «زوّجتك حمل هذه المرأة أو حمل هذه الجارية» كان باطلاً، لأنّ الجهالة يكثر فإنّه قد يكون حاملاً وقد لا يكون حاملاً وقد يكون بذكر أو أُنثى أو بهما، فإن كانت أُنثى فلا يدرى واحدة هي أم أكثر،

فكثرت الجهالة فبطل النكاح.

المرأة البالغة الرشيدة تزوّج نفسها وتزوّج غيرها بنفسها، مثل بنتها أو أُختها ويصحّ أن تكون وكيلة في إيجاب وقبول، وفيه خلاف.(١)

لاينعقد النكاح إلّا بلفظ النكاح أو التزويج وهو أن يقع الإيجاب والقبول بلفظة واحدة أو الإيجاب بإحداهما والقبول بالأُخرى، فيقول: «أنكحتك» فيقول: «قبلت النكاح» أو يقول: «زوّجتك» فيقول: «قبلت التزويج» أو يقول: «أنكحتك» فيقول: «قبلت التزويج» أو يقول: «زوّجتك» فيقول: «قبلت النكاح».

وما عدا ذلك فلا ينعقد به النكاح بحال، لا بلفظ البيع ولا التمليك ولا الهبة فلو قال: «بعتكها أو ملّكتكها أو وهبتكها»(٢) كلّ هذا لا يصحّ سواء ذكر فيه المهر أو لم يذكر وفيه خلاف(٣). وكذلك لفظ الصدقة والإجارة لا ينعقد به ولفظ التزويج بالفارسيّة يصحّ، إذا كان لا يحسن العربيّة وإذا كان يحسنها فلاينعقد إلّا بلفظ النكاح أو التزويج، لأنّه لا دلالة عليه، ويكفي في الأخرس أن يقبل بالإشارة والإيماء.

إذا قال الوليّ: «زوّجتكها، أو أنكحتكها» فقال الزوج: «قبلت هذا النكاح، أو هذا التزويج» صحّ بلا خلاف. وإذا قال: «زوّجتك، أو أنكحتك» فقال الزوج: «قبلت» ولم يزد عليه فعندنا يصحّ، وفي الناس من قال: لايصحّ.(٤)

---

(١) قال أبوحنيفة بصحّتها كما في المجموع ١٦: ١٥٤، والمبسوط للسرخسي ٥: ١٠، والشافعي بعدم صحّتها كما في الأُمّ ٥: ١٩ وكذا في المجموع.

(٢) في ط: أو ملّكتها أو وهبتها.

(٣) الشافعي وأصحابه قائلون بعدم الصحّة كما في الأُمّ ٥: ٣٨، والمجموع ١٦: ٢١٠، وقال أبو حنيفة ينعقد النكاح بكلّ لفظ يقتضي التمليك كالبيع و... كما نقله عنه في المجموع ١٦: ٢١٠.

(٤) منهم الشافعي في الأُمّ ٥: ٣٨ حيث قال فيه: إن قال الزوج: قد قبلت ولم يقل: قد قبلت تزويجها لم يكن نكاحاً.

وإذا قال الرجل للوليّ: «زوّجت بنتك من فلان»؟ فقال: «نعم» يقوى في نفسي أنّه ينعقد به مثل الأوّل، وقال قوم: إنّه لا ينعقد به[١]. وكذلك لو قال له: «زوّجت بنتك من فلان؟» فقال: «نعم» وقال للزوج: «قبلت؟» فقال: «قبلت هذا النكاح» انعقد، وعندهم لا ينعقد، لمثل ما قلناه[٢].

فإذا ثبت أنّه لابدّ من أن يقول: «قبلت النكاح أو التزويج» فإذا تعاقدا فإن تقدّم الإيجاب على القبول، فقال: «زوّجتك» فقال: «قبلت التزويج» صحّ. وكذلك إذا تقدّم الإيجاب في البيع على القبول صحّ بلا خلاف.

وأمّا إن تأخّر الإيجاب وسبق القبول، فإن كان في النكاح فقال الزوج: «زوّجتنيها» فقال: «زوّجتكها» صحّ، وإن لم يعد الزوج القبول بلا خلاف، لخبر سعد الساعدي «قال الرجل: زوّجنيها يا رسول الله، فقال: زوّجتكها بما معك من القرآن»[٣] فتقدّم القبول وتأخّر الإيجاب. وإن كان هذا في البيع فقال: «بعنيها» فقال: «بعتكها» صحّ عندنا وعند قوم من المخالفين[٤]. وقال قوم منهم: لا يصحّ حتّى يسبق الإيجاب.[٥]

فأمّا إن قال: «اتزوّجنيها؟» فقال: «زوّجتكها» أو قال: «أتبيعنيها؟» فقال: «بعتكها» لم ينعقد حتّى يقبل الإيجاب، لأنّ السابق على الإيجاب استفهام.

هذا إذا عقدا بالعربيّة. فإن عقدا بالفارسيّة فإن كان مع القدرة على العربيّة فلا ينعقد بلا خلاف، وإن كان مع العجز فعلى وجهين، أحدهما: يصحّ[٦] وهو

(١ و٢) منهم أبو حنيفة كما في الحاوي الكبير ٩: ١٦٠، في آخر الصفحة المذكورة.

(٣) الكافي ٥: ٣٨٠ / ٥، والسنن الكبرى للبيهقي ٧: ٢٤٢.

(٤ و٥) من المخالفين الّذين يوافقنا في هذا هو الشافعي وقال أبو حنيفة من المخالفين لا يصح حتّى يعود المشتري فيقول:...راجع الحاوي الكبير ٩: ١٦١.

(٦) هذا قول أبي سعيد الاصطخري، كما ذكره في المجموع ١٦: ٢٠٩، وراجع الحاوي الكبير ٩: ١٥٥ أيضاً.

الأقوى. والثاني: لا يصحّ[١]. فمن قال: لا يصحّ، قال: يوكّل من يقبلها عنه أو يتعلّمها. ومن قال: يصحّ، لم يلزمه التعلّم. وإذا أُجيز بالفارسية احتاج إلى لفظ يفيد مفاد العربيّة على وجه لا يخلّ بشيء منه فيقول الوليّ: «اين زن را بتو دادم بزنى[٢]» ومعناه هذه المرأة زوّجتكها، ويقول الزوج: «پذيرفتم بزنى»[٣] يعني قبلت هذا النكاح.

هذا إذا كانا عاجزين عن العربيّة. فأمّا إن كان أحدهما يحسن العربيّة والآخر لا يحسنها، فلا يجوز عند قوم[٤]، وقال آخرون: إن كلّ واحد منهما يقول ما يحسنه[٥] وهو الأقوى.

عقد النكاح لا يدخله خيار المجلس بإطلاق العقد، ولا خيار الشرط بلا خلاف. فإن شرط خيار الثلاث بطل النكاح، وقال قوم: يبطل الشرط دون النكاح[٦]. والأوّل أقوى.

إذا أوجب الوليّ عقد النكاح للزوج ثمّ زال عقله بإغماء أو مرض أو جنون بطل إيجابه، ولم يكن للزوج القبول. وهكذا لو استدعى الزوج النكاح فقدّم القبول فقال: «زوّجنيها» ثمّ أُغمي عليه أو زال عقله بجنون بطل القبول، ولم يكن للوليّ الإيجاب بلا خلاف. وكذلك إن أوجب البيع وزال عقله قبل قبول المشتري بطل إيجابه، وليس لوليّه أن يقبل عنه أيضاً.

لعقد النكاح خطبتان مسنونتان خطبة تسبق العقد، وخطبة تتخلّل العقد، فالّتي تتقدّم العقد هي الخطبة المعتادة، وهي مسنونة غير واجبة. وكذلك يستحبّ ذكر الله عند كلّ أمر يطلبه إجماعاً، إلّا داود، فإنّه أوجبها.[٧]

---

(١) هذا مختار النووي كما ذكره في المجموع ١٦: ٢٠٩، وراجع الحاوي الكبير ٩: ١٥٥ أيضاً.
(٢ و٣) في النسختين الخطيّتين: بزنه.
(٤ و٥) ذكرهما في الحاوي الكبير ٩: ١٥٦. (٦) كما نقله في المجموع ١٦: ٢١٣.
(٧) كما نقله عنه في المغني لابن قدامة ٧: ٤٣٣، والشرح الكبير ٧: ٣٦٨، وهكذا في المجموع ١٦: ٢٠٧.

والخطبة المسنونة ما رواها ابن مسعود عن النبيّ ﷺ: الحمد لله، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيّئات أعمالنا، من يهدي الله فلا مضلّ له، ومن يضلل الله فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلّا الله وأشهد أنّ محمّداً عبده ورسوله، واتّقوا الله الّذي تسائلون به والأرحام، إنّ الله كان عليكم رقيباً، اتقّوا الله حقّ تقاته ولا تموتنّ إلّا وأنتم مسلمون، اتقّوا الله وقولوا قولاً سديداً يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم. ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزاً عظيماً[١].

واختصر ذلك فقيل: المحمود الله، والمصطفى رسول الله، وخير ما عمل كتاب الله.[٢]

وأمّا الّتي تتخلّل[٣] العقد فيقول الوليّ: «بسم الله والحمد لله وصلّى الله على محمّد رسول الله أُوصيكم بتقوى الله، زوّجتك فلانة» ويقول الزوج: «بسم الله والحمد لله وصلّى الله على رسوله أُوصيكم بتقوى الله، قبلت هذا النكاح» هذا قول بعض المخالفين[٤]، ولا أعرف ذلك لأصحابنا.

ويستحبّ أن يدعا للإنسان إذا تزوّج فيقال: بارك الله لك، وبارك عليك، وجمع بينكما في خير.

[٣]

فصل فيمن يجوز العقد عليهنّ من النساء ومن لا يجوز

لا يجوز لحرّ مسلم أن يتزوّج بأكثر من أربع نساء حرائر إجماعاً، ويجوز له أن يتزوّج بأمتين عندنا، والعبد يجوز له أن يتزوّج بأربع إماء أو حرّتين.

---

(١) نقلها في السنن الكبرى ٧: ١٤٦ مع تفاوت في بعض الفقرات.

(٢) نسبه في المجموع ١٦: ٢٠٧ إلى البعض.

(٣) بعض النسخ: يتحلّل، وفي المجموع: الّتي تحلّل.

(٤) هذا ما نقله في المجموع ١٦: ٢٠٨.

إذا تزوّج امرأة حرمت عليه أُمّها وأُمّهات أُمّها على التأبيد بنفس العقد، وحرمت عليه بنتها وأُختها وخالتها وعمّتها[١] تحريم جمع، فلا يحلّ له أن يجمع بين الأُختين على حال، ولا بين المرأة وعمّتها وخالتها إلّا برضا عمّتها وخالتها، وعند المخالف على كلّ حال.[٢]

فإن طلّقها لم يزل تحريم أُمّهاتها، سواء كان بعد الدخول أو قبله. ومن عدا أُمّهاتها فإن كان قبل الدخول فلا عدّة، وحلّ له نكاح من شاء من بنتها وعمّتها وخالتها، وإن كان بعد الدخول فبنتها تحرم تحريم الأبد، سواء طلّق الأُمّ أو لم يطلّق.

وأمّا أُختها وعمّتها وخالتها فإنّما يحرمن تحريم جمع، فإن كان الطلاق رجعيّاً فالتحريم قائم، لأنّ الرجعيّة في حكم الزوجات، فلا يجمع بين المرأة وعمّتها، وكذلك بينها وبين خالتها. وإن كان الطلاق بائناً أو خلعاً أو فسخاً جاز العقد على أُختها وعمّتها وخالتها قبل انقضاء عدّتها. وكذلك إن كانت عنده واحدة فطلّقها جاز له العقد على أربع إن كان الطلاق بائناً، وإن كان رجعيّاً فليس له أن يعقد إلّا على ثلاث. وإن كانت عنده أربع وطلّقهنّ كلّهنّ كان له العقد على أربع أو أقلّ منهنّ إن كان بائناً، وإن كان رجعيّاً لم يكن له أن يعقد على واحدة حتّى يخرجن من العدّة، وفيه خلاف.[٣]

إذا قتلت المرأة نفسها فإن كان بعد الدخول بها لم يؤثّر في مهرها، حرّة كانت أو أمة، لأنّ بالدخول قد استقرّ المهر فلا يسقط وإن زال النكاح بسبب من جهتها كما لو ارتدّت بعد الدخول بها.

---

(١) كذا في النسخ، وفي النهاية: ولا يجوز العقد على امرأة وعند الرجل عمّتها وخالتها إلّا برضى منهما. النهاية ٢: ٣٠١.

(٢) كما في الأُمّ للشافعي ٥: ٥، والمجموع ١٦: ٢٢٦.

(٣) ذكر الخلاف في المجموع ١٦: ٢٢٧، راجعه.

فإن قتلت نفسها قبل الدخول لم يسقط أيضاً مهرها عندنا سواء كانت أمة أو حرّة والحكم فيه كما لو ماتت سواء، قتلت نفسها أو قتلها غيرها. وفيهم من قال: يسقط مهرها[١] وهو قويّ. وإن كانت أمة فقتلها سيّدها سقط مهرها، لأنّه قتلها من المهر له، وكذلك إن قتلت نفسها.

وإن كانت حرّة فقتلت نفسها سقط مهرها، وإن قتلها وليّها أو أجنبيّ لم يسقط المهر، لأنّ القاتل لا مهر له. وقال قوم: يسقط مهر الأمة ولا يسقط مهر الحرّة[٢].

وأمّا إن قتلها الزوج استقرّ المهر حرّة كانت أو أمة، وإن قتلها أجنبيّ فإن كانت حرّة استقرّ مهرها بلاخلاف، وإن كانت أمة منهم من قال: لا يسقط المهر[٣] وقال شاذّ منهم: يسقط المهر[٤] لأنّ المملوكة كالسلعة في البيع، فإذا تلفت قبل القبض رجع المشتري بالبدل، والأوّل أصحّ.

على هذا القول إذا زوّج الرجل أمته كان له بيعها، فاذا باعها كان بيعها طلاقها عندنا، وخالف الجميع في ذلك، وقالوا: العقد باق بحاله[٥]. ثمّ لا يخلو من أحد أمرين: إمّا أن يغيّبها أو لا يغيّبها.

فإن غيّبها بأن يسافر بها أو كان بدويّاً فأخرجها إلى البادية فلا نفقة لها، لأنّ النفقة في مقابلة التمكّن من الاستمتاع. فأمّا المهر فإن كان الزوج قد دخل بها فقد استقرّ المهر، فإن كان السيّد الأوّل قبضه فذلك له، وإلاّ كان للثاني مطالبة الزوج به. وإن لم يكن دخل بها لم يجب على الزوج تسليم المهر، فإن كان الزوج قد أقبضه استردّه. وإن لم يكن أقبضه لم يكن عليه إقباضه.

---

(١) منهم أبو العبّاس بن سريج وهكذا قال به أبو حنيفه كما في الحاوي الكبير ٩: ١٧٢، والمجموع ١٦: ٣٥٠.

(٢) منهم أبو اسحاق المروزي، وأبو سعيد الاصطخري، وأبو حامد المروزي كما في الحاوي الكبير ٩: ١٧٣.

(٣ و ٤) راجع المصدر السابق.

(٥) راجع الأُمّ ٥: ١٢٢، والحاوي الكبير ٩: ١٧٣ .

وإن لم يغيّبها المشتري فهو بالخيار بين أن يرسلها إلى زوجها مطلقاً وبين أن يمسكها نهاراً ويرسلها إليه ليلاً.

وقال قوم: إن كان في يدها صنعة تعملها مثل التكك[١] وغيرها فعليه أن يرسلها ليلاً ونهاراً[٢]. وقال قوم: هذا غلط، لايلزمه إرسالها نهاراً، لأنّ له استخدامها في غير الصنعة[٣] فإن بيّتها معه البيتوتة التامّة بأن أرسلها ليلاً ونهاراً كان عليه نفقتها.

والمهر فلا يخلو من ثلاثة أحوال: إمّا أن يكون صحيحاً، أو فاسداً، أو مفوّضة.

فإن كان صحيحاً وهو المسمّى بالعقد كان للسيّد الأوّل، لأنّه وجب في ملكه.

وإن كان فاسداً لزمه مهر المثل بالعقد، وكان للسيّد الأوّل، لأنّه وجب بالعقد، وكانت حين العقد في ملكه.

وأمّا المفوّضة هو أن يكون نكاح بلا مهر، أو يقول: «زوّجتكها على أن لا مهر لها» فالمهر لايجب بالعقد لكن للسيّد أن يفرض مهراً، فإذا فرض لها المهر فإن كان قبل البيع فهو للأوّل لأنّه وجب والملك له، وإن كان الفرض بعد البيع قيل: فيه وجهان، أحدهما: أنّه للثاني[٤]. والثاني: أنّه للأوّل.[٥]

وهكذا إذا زوّج أمته مفوّضة ثمّ أعتقها ثمّ فرض المهر، فيه وجهان، أحدهما: لها وكان لسيّدها على ما قلناه، وعلى ما قدّمناه من أنّ بيعها طلاقها، فالمهر إن كان قد قبضه الأوّل فهو له، فإن كان بعد الدخول فقد استقرّ، وإن كان قبل الدخول فعليه أن يردّ نصفه، وإن كان لم يقبضه فلا مهر لها للأوّل ولا للثاني.

فإن اختار المشتري إمضاء العقد ولم يكن قد قبض الأوّل المهر كان للثاني، لأنّه يحدث في ملكه، فإن دخل بها بعد الشراء استقرّ له الكلّ، وإن طلّقها قبل

---

(١) التكّة ج تكك: رباط السراويل.

(٢ و٣) الحاوي الكبير ٩: ١٧٥، فراجعهما.

(٤ و٥) راجع الحاوي الكبير ٩: ١٧٤.

الدخول كان عليه نصف المهر للثاني. وإن كان الأوّل قد قبض المهر ورضي الثاني بالعقد لم يكن له شيء، لأنّه لا يكون مهران في عقد واحد.

وإن باعها قبل الدخول، ورضي المشتري بالعقد ودخل بها الزوج بعد البيع كان نصف المهر للسيّد الأوّل، ونصفه للثاني، لأنّ النصف الآخر استقرّ بالدخول وكان ذلك في ملك الثاني.

وإن كان قد قبض الأوّل بعض المهر ثمّ باعها، لم يكن له المطالبة بباقي المهر، سواء دخل بها أولم يدخل، لأنّه حال بينه وبين الاستمتاع بها. وإن كان الثاني رضي بالعقد كان له المطالبة بباقي المهر، وإن لم يرض لم يكن له ذلك.

لا يجوز للوالد أن يطأ جارية لولده، سواء كان ولده قد وطئها أو لم يطأها بلا خلاف، لأنّها ليست ملكاً له ولا زوجه ثمّ لا يخلو الابن من أحد أمرين: فإن كان قد دخل بها حرمت على الأب على التأبيد، وإن لم يدخل بها ولا نظر منها إلى ما لا يحلّ لغير مالكها النظر إليه بشهوة فمادامت في ملكه فهي حرام على الأب.

فإذا ثبت أنّها محرّمة عليه فإن بادر فوطئها فإمّا أن يحبلها أو لا يحبلها، فإن لم يحبلها فالكلام عليه في ثلاثة فصول: الحدّ، والقيمة والمهر.

أمّا الحدّ فلا يخلو الولد من أحد أمرين: إمّا أن يكون قد دخل بها، أو لم يدخل بها. فإن لم يكن دخل بها فلا حدّ عليه لأنّ له شبهة ملك لقوله عليه السلام: «أنت ومالك لأبيك»[1] فسقط الحدّ لقوله عليه السلام: «ادرؤوا الحدود بالشبهات»[2] بلا خلاف. وإن كان قد دخل بها ففي الحدّ قيل: وجهان، أحدهما: يحدّ[3] والآخر: لا يحدّ[4] وهو الأقوى.

وأمّا القيمة فلا قيمة عليه لولده، لأنّه ما نقص من قيمتها، وتصرّف الابن باق بحاله.

---

(١) الكافي: ٥: ١٣٦ / ٦.
(٢) الفقيه ٤: ٧٤ / ٥١٤٦.
(٣ و ٤) الحاوي الكبير ٩: ١٧٧، والمغني لابن قدامة ٧: ٥٢٩.

وأمّا المهر فكلّ موضع قلنا لاحدّ عليه بشبهة الملك وجب المهر بلا إشكال، وكلّ موضع قلنا عليه الحدّ فلا يخلو من أحد أمرين: إمّا أن تكون مكرهة، أو مطاوعة. فإن كانت مكرهة وجب المهر. وإن طاوعته قيل: فيه قولان، أحدهما: لامهر لها لقوله عليه السلام: «إنّه نهى عن مهر البغي»[1] وهو الأقوى. والثاني: يجب عليه المهر. والأوّل أصحّ، لأنّه لا دليل عليه والأصل براءة الذمّة.

وإن أحبلها فالكلام في خمسة فصول ؛ الحدّ، والمهر، وكونها أُمّ ولد، وفي قيمتها، وقيمة الولد. أمّا الحدّ والمهر فعلى ما مضى إذا لم يحبلها، وإذا أحبلها فالولد حرّ بلا خلاف. وهل تصير أُمّ ولد على قولين، أحدهما: لا تصير، وهو الّذي يقوى في نفسي والثاني: تصير.[2]

قال قوم: لايجوز للوالد أن يتزوّج بأمة ولده وللولد أن يتزوّج بأمة والده، لأنّ على الولد إعفاف أبيه وليس على الأب ذلك[3]. وقال آخرون: للوالد أن يتزوّج بأمة ابنه[4] وهل تصير أُمّ ولده على قولين، فإذا قال: تصير أُمّ ولده، فعليه قيمتها له[5] لأنّه أتلفها عليه والولد حرّ ولا قيمة عليه، لأنّها وضعته في ملكه وهو حرّ، فلا ضمان عليه أصلاً. ومن قال: لا تصير أُمّ ولده، قال: فعليه قيمتها[6] لأنّه لو أراد بيعها لم يمكنه لأنها علقت بحرّ واستثناء الحرّ لايجوز.

ويقوى في نفسي أنّه يجوز للوالد أن يتزوّج بأمة ابنه. وللابن أن يتزوّج بأمة أبيه. وإذا أتت بولد تصير أُمّ ولده، ولايجب عليه قيمتها، لأنّه يجوز بيعها وإنّ الولد يكون حرّاً، غير أنّه لا يمكن بيعها مادامت حاملاً كما لو كانت حاملاً من زوج حرّ، فإنّ الولد يكون حرّاً عندنا ولايجوز بيعها حتّى تضع ما في بطنها.

إذا كان له والد موسر لم يجب على ولده نفقته ولا إعفافه، لأنّه غنيّ بما في

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٦: ٦، والحاوي الكبير ٩: ١٧٧.

(٢ ـ ٥) راجع الحاوي الكبير ٩: ١٧٦ ـ ١٧٩. (٦) راجع الحاوي الكبير ٩: ١٧٦ ـ ١٧٩.

يده، ويراد بالغنيّ هاهنا كفايته دون اليسار العظيم. وإن كان الأب فقيراً لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن يكون زمناً، أو صحيحاً. فإن كان زمناً فنفقته على ولده. وإن كان صحيحاً قيل: فيه قولان، أحدهما: نفقته على ولده.[١] وهو الأقوى لعموم الأخبار[٢] والثاني: لا يجب عليه نفقته.[٣]

فمن قال: لايجب عليه نفقته، قال: لا يجب عليه إعفافه[٤] ومن قال: يجب عليه نفقته، فهل يجب عليه إعفافه أم لا؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: يجب عليه إعفافه[٥] و الآخر: لايجب عليه إعفافه[٦] وهو الأقوى عندي، لأنّه لا دليل عليه، والأصل براءة الذمّة. فمن قال: لا يجب عليه إعفافه، فلا كلام[٧] ومن قال: يجب، قال: كلّ من وقع عليه اسم الأب حقيقة أو مجازاً فإنّه يجب عليه نفقته وإعفافه، فيدخل في ذلك الأب والجدّ وإن علا.[٨]

فإن اجتمع أب وجدّ أو أبو أب وأبو أبي أب[٩] كان الأقرب أولى، فإن اتّسع ماله فعليه نفقتهما، وإلّا فالأقرب أولى. فإن اجتمع أبو أبي أب وأبو أُمّ أب فهما على درجة واحدة لكن أحدهما عصبة، فإن اتّسع فعليه نفقتهما وإلّا فالعصبة أولى من ذوي الأرحام. وإن كان له أبو أمّ وأبو أب فهما في درجة واحدة لكن أبا الأب أولى لأنه عصبة، وإن كان له أبو أبي أب وأبو أُمّ فأبو الأُمّ أقرب لكنّه ذو رحم، وأبو أب الأب أبعد لكنّه عصبة.

فالّذي يجيء أنّهما سواء، وعندنا أنّه يجب عليه نفقة كلّ من يقع عليه اسم الأب من قبل أب كان أو من قبل أُمّ إذا أمكنه، فإن لم يمكنه كان أقربهما إليه أولى من أيّ جهة كان، فإن تساويا كان ما يمكنه بينهما بالسويّة.

---

(١) الحاوي الكبير ٩: ١٨٣، وكفاية الأخيار ٢: ٨٧.

(٢) منها ماورد في الكافي ٥: ٥١٢ / ٨.

(٣) الحاوي الكبير ٩: ١٨٣، وكفاية الأخيار ٢: ٨٧.

(٤ ـ ٦) راجع الحاوي الكبير ٩: ١٨٣. (٧ و٨) راجع المصدر السابق.

(٩) والنسخ مختلفة، في بعضها: وأبوا أب، وفي بعض آخر: وأبوا أب أب.

ومن قال بالإعفاف، قال: إنّه يقع بالتمكين من فرج مباح بنكاح أو ملك يمين فله أن يزوّجه بحرّة مسلمة أو كتابيّة[١] فإن أراد أن يزوّجه بأمة لم يكن له، لأنّ نكاحها إنّما يجوز بعدم الطول[٢] وخوف العنت، وهذا ما عدم الطول، وإن أراد أن يسرّيه[٣] كان له والخيار إلى الولد.

فإن أعطاه مالاً وقال له: «تزوّج به وعليّ القيام بالكفاية» وكذلك في ملك اليمين إن أحبّ أن يعطيه ما يتسرّى[٤] به وإن أحبّ أن يقول: «تسرّ[٥] أنت والمال عليّ» فإن كان له أمة وأراد أن يملّكه إيّاها فإن كان وطئها أو نظر إليها بشهوة لم يجز، وإن أراد أن يزوّجه بمن لا يستمتع بها في العادة كالعجوز الفانية أو الشابّة القبيحة لم يكن له، ولا على الوالد أن يقبل.

وإذا وهبها لم يكن له بدّ من قبول وقبض ويجبر الأب على القبول، ومتى قال: «لست أختار جارية» قيل[٦] له: ليس لك أن تتخيّر عليه، لأنّ القصد أن يجعل لك فرجاً حلالاً.

فإن قال له: «أبحتك جاريتي هذه أو أحللتها لك» لم تحلّ بذلك له عندهم[٧] وعندنا أنّها تحلّ له بلفظ التحليل. ومتى زوّجه أو سرّاه ثمّ أيسر الوالد لم يجب عليه ردّ الجارية، ولا طلاق الزوجة.

وإن زال عن المرأة أو الأمة ملكه فهل عليه بدلها؟ قال بعضهم: لا يجب عليه[٨] ومنهم من قال: إن زال بطلاق أو عتاق فقد زال باختياره فلا يجب عليه بدلها، وإن كان بموت لزمه مثلها.[٩]

---

(١) راجع الحاوي الكبير ٩: ١٨٥ - ١٨٦.
(٢) الطول: القدرة،
(٣) سَرَّرَه سُرِّيَّةً: زوّجه إيّاها، ويقال فيه أيضاً «سرّاه»، على الإبدال. (راجع إلى مادة سرّر).
(٤) في ط وعدّة من النسخ: يشترى.
(٥) في ط وعدّة من النسخ: اشتر.
(٦) خ ٢: قال.
(٧ و٨) ذكرهما في الحاوي الكبير ٩: ١٨٦
(٩) ذكره في الحاوي الكبير ٩: ١٨٦.

ومتى وطئ الابن جارية الأب لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن يكون عالماً بالتحريم، أو جاهلاً به. فإن كان عالماً فعليه الحدّ، لأنّه لاشبهة له يسقط بها الحدّ. وأمّا المهر فإن كانت مكرهة فعليه المهر، وإن طاوعته فعلى قولين[١] ويقوى في نفسي أنّه لا مهر عليه بحال، لأنّه نهى النبي صلى الله عليه وآله عن مهر البغيّ.[٢]

وأمّا الولد فلا يلحق نسبه، لأنّها أتت به من زنا فهو مملوك سيّدها ولا يعتق على سيّدها، لأنّه ما لحق نسبه بولده، فلم يعتق عليه، ولا تصير أُمّ ولده، لأنّها علقت بمملوك.

وإن كان جاهلاً بالتحريم مثل أن كان قريب عهد بالإسلام أو في بادية بعيدة عن بلد الإسلام، من جفاة العرب[٣] فلا حدّ عليه لقوله عليه السلام: «ادرؤوا الحدود بالشبهات»[٤].

والمهر على ما مضى إن كان أكرهها فعليه المهر، وإن طاوعته فعلى قولين[٥] وعندي أنّه لا مهر بحال على ما بيّنّاه [لبراءة الذمّة].

وأمّا الولد فيلحق نسبه لأنّ الاعتبار بالأب، فلمّا كان الوطء لشبهة لحق نسبه وهو مملوك لأن أُمّه مملوكة، ويسقط عنها الحدّ للشبهة، ويعتق على سيّدها لأنّه ولد ولده ولا قيمة لسيّدها على الواطئ، لأنّ العتق جاء من قبله، ولا تصير أُمّ ولد متى ملكها، لأنّها علقت منه بمملوك، ثمّ عتق بالملك لأجل النسب.

العبد لا يملك فإن ملّكه مولاه ملك التصرّف، ولا يلزمه زكاة ولا يتعلّق عليه كفّارة يتعلّق بالمال، بل يلزمه الصوم. وإن اشترى جارية فإن أذن له في وطئها جاز له وطؤها ومنهم من منع جميع ذلك[٦] والحكم في المدبّر والمعتق بصفة عند

---

(١) راجع الحاوي الكبير ٩: ١٨٢ ـ ١٨٣.
(٢) الخصال: ٤١٧ / ١٠.
(٣) خ ٢: من حفاة العرب.
(٤) الفقيه ٤: ٧٤ / ٥١٤٦.
(٥) راجع الحاوي الكبير ٩: ١٨٢ ـ ١٨٣.
(٦) منهم الشافعي في الجديد، وبه قال أبو حنيفة كما في الحاوي الكبير ٩: ١٨٧.

من أجازه والمكاتب سواء غير أنّ المكاتب لايجوز بيعه. ومن نصفه حرّ ونصفه عبد فإنّه بما فيه من الحرّية يملك ملكاً صحيحاً، فإن كان بينه وبين سيّده مهاياة[١] كان كسب يومه له وكسب يوم سيّده لسيّده، وإن لم يكن مهاياة فالكسب بينهما، ويملك نصفه ملكاً تامّاً.

فإن ملك بما فيه من الحرّية أمة فهل له وطؤها؟ قيل: فيه قولان[٢] كالعبد القنّ سواء، لأن الوطء لايتبعّض. فإذا قيل: لايملك العبد، فليس له وطؤها وإن أذن المولى. وإن قيل: يملك، جاز له الوطء إذا أذن وقبل الإذن ليس له ذلك، وعندنا له وطؤها إذا أذن المولى في ذلك.

إذا كانت له زوجة فزنت لاتبين منه والزوجيّة باقية إجماعاً إلّا الحسن البصري[٣]. وإن زنى بامرأة جاز له أن يتزوّجها فيما بعد إجماعاً إلّا الحسن البصري[٤] وقال قتادة وأحمد: إن تابا جاز، وإلّا لم يجز[٥] وقد روى ذلك أصحابنا[٦].

الزنا ينشر تحريم المصاهرة، مثل الوطء بالعقد على قول أكثر أصحابنا[٧] وقد روي أنّه لا ينشر، ويحلّ له وطؤها بنكاح، ونكاح أُمّهاتها وبناتها[٨]. وبه قال قوم من المخالفين[٩]. والوطء بشبهة ينشر تحريم المصاهرة، تحرم عليه أُمّها وبنتها وإن علت الأُمّهات وإن نزلت البنات[١٠].

لا عدّة على الزانية وجوباً حائلاً كانت أو حاملاً، ولكلّ أحد أن يتزوّج بها في

---

(١) هاياه في دار كذا، أي سكنها هذا مدّة وذاك مدّة، وقيل انتفع كلّ منهما بقدر سهمه.

(٢) ذكر القولين في الحاوي الكبير ٩: ١٨٨.

(٣) كما نقله عنه في المغني لابن قدامة ٧: ٥١٨.

(٤) هذا هو المحكيّ عنه كما في المجموع ١٦: ٢٢١، والحاوي الكبير ٩: ١٨٩.

(٥) راجع المصدرين السابقين.

(٦) الكافي ٥: ٣٦٥ / ٤.

(٧) منهم أبو الصلاح الحلبي في الكافي في الفقه: ٢٨٦.

(٨) التهذيب ٧: ٣٢٦ / ١٣٤٣، والاستبصار ٣: ١٦٥ / ٦٠٠.

(٩ و ١٠) ذكرهما في الحاوي الكبير ٩: ٢١٠، ونسب الثاني إلى الشافعي في القديم.

العدّة و بعدها حائلاً كانت أو حاملاً، إلّا أنّه لايطأها إن كانت حاملاً حتّى تضع. فإن وطئها وأتت بولد لأقلّ من ستّة أشهر فقد انتفى عنه بلا خلاف. ولا لعان، وإن أتت به لستّة أشهر فصاعداً. فهو لا يعرُف حقيقة أمره، فإن شكّ فيه وغلب على ظنّه أنّه ليس منه كان له نفيه باللعان، وإن غلب على ظنّه أنّه منه قبله واستلحقه، وكان ولده.

من يحرم نكاحها، فقد نصّ الله في كتابه على أربع عشرة امرأة:

سبعة من قبل النسب فقال: ﴿حرّمت عليكم أُمّهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعمّاتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأُخت﴾[١] واثنتان من الرضاع فقال: ﴿وأُمّهاتكم اللآتي أرضعنكم وأخواتكم من الرّضاعة﴾[٢].

وأربع بالمصاهرة: فقال: ﴿وأُمّهات نسائكم وربائبكم اللّاتي في حجوركم من نساءكم اللّاتي دخلتم بهنّ فإن لم تكونوا دخلتم بهنّ فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الّذين من أصلابكم﴾[٣]. فهؤلاء ثلاث، وذكر الرابع في آية قبلها فقال: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلّا ما قد سلف﴾[٤].

وواحدة حرّمها تحريم جمع، فقال: ﴿وأن تجمعوا بين الأُختين إلّا ما قد سلف﴾[٥].

وهذه الجملة على ضربين: تحريم أعيان، وتحريم جمع.

فأمّا تحريم الأعيان فعلى ضربين: بنسب وسبب.

أمّا النسب فسبع أعيان: الأُمّهات، فالرجل تحرم عليه أُمّه وجدّاته من قبل أبيه وأُمّه، وارثات كنّ أو غير وارثات، قربن إليه أو بعدن.

والثانية: البنات، فتحرم عليه بنته لصلبه، وبنات بنتها وبنات بناتها، وكذلك بنات الابن وإن نزلن، وكلّ من يقع عليه اسم بنت حقيقة أو مجازاً لقوله: ﴿وبناتكم﴾.

(١ و ٢ و ٣ و ٥) النساء: ٢٣.

(٤) النساء: ٢٢.

الثالثة: الأخوات، فالأُخت تحرم عليه سواء كانت لأب وأُمّ أو لأب أو لأُمّ، لقوله: ﴿وأخواتكم﴾.

الرابعة: العمّات، فكلّ من يقع عليه اسم العمّة وهي أُخت أبيه، سواء كانت أُخته لأبيه أو لأُمّه أو لهما، وكذلك كلّ عمّة وإن بعدت يعني أخوات الأجداد وإن علون، وهكذا العمّات من قبل الأُمّ. فكلّ امرأة كانت أُخت جدّه من قبل الأُمّ فتلك عمّته والكلّ يحرم عليه لقوله: ﴿وعمّاتكم﴾.

الخامسة: الخالات، فكلّ من كانت خالته حقيقة وهي أُخت أُمّه أو مجازاً وهي أُخت جدّته أيّ جدّه كانت من قبل امّها، فأُختها خالته، وتكون الخالة من قبل الأب، وهي كلّ أُخت لجدّته من قبل أبيه وآبائه، فتلك خالته وتحرم عليه، لقوله: ﴿وخالاتكم﴾.

السادسة: بنات الأخ، فكلّ بنت لأخيه لأبيه أو لأُمّه أولهما أو بناتهنّ وإن سفلن وبنات بني أخيه فالكلّ يحرمن، لقوله: ﴿وبنات الأخ﴾.

السابعة: بنات الأُخت، فكلّ بنت لأُخته لأبيه أو لأُمّه أولهما، وبناتهنّ وإن سفلن، أو بنات بني أُخته فالكلّ يحرمن، لقوله: ﴿وبنات الأُخت﴾.

وأمّا السبب فعلى ضربين: رضاع، ومصاهرة. فاثنتان من الرضاع، فقال: ﴿وأُمّهاتكم اللّاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾[1] وجملته أنّ الرجل إذا تزوّج امرأة فأحبلها فالولد منهما وهما أبواه، واللبن الّذي نزل منها لأبويه أيضاً فهو لبنها لأنّه منها ولبن زوجها وهو لبن الفحل، لأنّه بفعله ثار ونزل، فإن أُرضع المولود من هذا اللبن عندنا خمس عشرة رضعة متوالية لم يفصل بينهما برضاع امرأة أُخرى، وفيه خلاف[2] في مدّة الحولين ثبت حرمته بينهما وانتشرت منه

---

(١) النساء: ٢٣.

(٢) قال المفيد﵀: والّذي يحرّم النكاح من الرضاع عشر رضعاتٍ متواليات، راجع المقنعة: ٥٠٢. ونسب ابن إدريس: خمس عشرة رضعات إلى بعض أصحابنا وأضاف أنّه اعتمد ←

إليهما ومنهما إليه.

فأمّا منه إليهما، فإنّ التحريم تعلّق به وبنسله ولده الذكور والإناث، دون من هو في طبقته من أخواته أو إخوته أو أعلى منه من آبائه وأُمّهاته، فيحلّ لأخيه ولأبيه أن يتزوّج بهذه المرضعة وهذا الفحل له أن يتزوّج بأُختها. فأمّا المنتشر منهما إليه فهو ابنهما من رضاع بمنزلة ابنهما من نسب، فالمرضعة أُمّه وأُمّها جدّته وأُختها خالته، والزوج أبوه وأُمّه جدّته وأُخته عمّته، وإن كان للزوجين ابن فهو أخوه من أب وأُمّ، وإن كان للزوج ابن من غيرها فهم إخوة لأب، وإن كان لها من غيره فهم أُخوة لأُمّ لقوله عليه السلام: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[١] وفي رواية أُخرى: ما يحرم من الولادة.[٢]

فإذا ثبت هذا فإنّما يحرم من الرضاع ما يحرم من الأعيان السبع الّتي مضت[٣] حرفاً بحرف.

وأمّا تحريم المصاهرة فأربع:

أُمّهات الزوجات، فكلّ من يقع عليها اسم أُمّ حقيقة كانت أو مجازاً وإن علون، فالكلّ يحرمن، لقوله تعالى: ﴿وأُمّهات نسائكم﴾.

الثانية: الربيبة، فهي كلّ من كان من نسلها، وكذلك ولد الربيب[٤] ونسله، فإنّه يحرم بالعقد تحريم جمع. فإن دخل بها حرمت عليه كلّهنّ تحريم تأبيد، لقوله تعالى: ﴿وربائبكم اللّاتي في حجوركم من نسائكم﴾ إلى قوله: ﴿فلا جناح عليكم﴾[٥].

← على رواية عمّار بن موسى الساباطي في ذلك، وغفل أنّه فطحي المذهب وأنّه المخالف للحقّ، راجع السرائر ٢: ٢٢٠. (١) الكافي ٥: ٤٤٢ / ٩، و٤٤٦ / ١٦.

(٢) هو المرويّ عن عائشة، عن رسول الله ﷺ كما في السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٤٥١.

(٣) في الصفحة ٤٤٢ ـ ٤٤٣.

(٤) ط: الربيبة، والظاهر أنّ المناسب هو ما اثبتناه. (٥) النساء: ٢٣.

الثالثة: حلائل الأبناء، فإذا تزوّج امرأة حرمت على والده بنفس العقد وحدها دون أُمّهاتها وبناتها[١] لقوله تعالى: ﴿وحلائل أبنائكم﴾[٢] وأُمّها وأولادها ليسوا حلائله.

الرابعة: زوجات الآباء يحرمن دون أُمّهاتهنّ ودون نسلهنّ من غيره، لقوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم﴾[٣] وهكذا الحكم فيهنّ إذا كنّ من رضاع حرفاً بحرف.

هذا الكلام في تحريم الأعيان.

فأمّا تحريم الجمع فقد نصّ الله تعالى على واحدة وهو الجمع بين الأُختين، فلا يجمع بين المرأة وأُختها، سواء كانت من أبيها وأُمّها أو من واحد منهما، لقوله تعالى: ﴿وأن تجمعوا بين الأُختين﴾[٤] ولا يجمع بين المرأة وعمّتها ولا خالتها إلّا برضاهما[٥] وعندهم على كلّ حال[٦] وسواء كانت عمّتها وخالتها حقيقة أو مجازاً أعني العمّات والخالات وإن علون.

فتحريم الجمع أربع: بين أُختين، والمرأة وعمّتها، والمرأة وخالتها، والمرأة وبنتها قبل الدخول. فمتى طلّق واحدة حلّ له نكاح الأُخرى إلّا أن يدخل بها فتحرم الربيبة على التأبيد. فكلّ من حرمت عيناً تحرم جمعاً، وكلّ من حرمت جمعاً لاتحرم عيناً إلّا الربيبة فإنّها تحرم عيناً تارة وجمعاً أُخرى، لأنّه إذا عقد على المرأة حرم عليه نكاح بنتها قبل الدخول من حيث الجمع، فإن طلّقها حلّ له نكاح الربيبة، فإن دخل بها حرمت الربيبة على التأبيد، وهكذا الحكم في الرضاع حرفاً بحرف.

---

(١) عدّة من النسخ: ونسائها. (٢) النساء: ٢٣. (٣) النساء: ٢٢.
(٤) النساء: ٢٣. (٤) بعض النسخ: برضاها.
(٦) كما في الأُمّ للشافعي ٥: ٥، والحاوي الكبير ٩: ٢٠٣، والمجموع ١٦: ٢٢٦.

الجمع بين الأُختين في النكاح لايجوز بلا خلاف، لقوله تعالى: ﴿وأن تجمعوا بين الأُختين﴾[١] فإذا ثبت أنّ الجمع محرّم فله أن ينكح كلّ واحدة منهما على الانفراد، فإن جمع بينهما فالجمع جمعان: وجمع مقارنة، وجمع متابعة.

فالمتابعة أن يتزوّج امرأة ثمّ يتزوّج عليها أُختها أو عمّتها أو خالتها فنكاح الثانية باطل ونكاح الأُولى صحيح[٢]، وأمّا جمع المقارنة فأن يعقد عليهما جميعاً دفعة واحدة فإذا فعل هذا كان العقد باطلاً.

فأمّا الكلام في ملك اليمين فله أن يملك من الإماء ما شاء بلا خلاف، وأمّا الجمع بينهما في الوطء فإذا وطئ أمته صارت له فراشاً ولايحلّ له وطء أُختها حتّى تزول الفراش عنها، إمّا بعتق أو كتابة أوهبة، فإذا لم يفعل لم يحلّ له وطء أُختها.

وكذلك الحكم في المرأة وعمّتها، والمرأة وخالتها، والمرأة وبنتها، الكلّ واحد، وأصله كلّ امرأتين لايجوز الجمع بينهما في النكاح لم يجز الجمع بينهما في الوطء بملك اليمين إجماعاً إلّا داود.[٣]

إذا وطئ أمته حرمت عليه أُمّها وجّداتها من نسب كنّ أو رضاع وإن علون، وحرمت ابنتها وبناتها وإن سفلن تحريم تأبيد بلا خلاف. وأمّا الأُخت فإنّها تحرم عليه تحريم جمع بلا خلاف. وكذلك لايجمع بينها وبين عمّتها ولا خالتها حقيقة كانت أو مجازاً إلّا برضاهما، وعندهم على كلّ حال.[٤]

---

(١) النساء: ٢٣.

(٢) كذا، وفي النهاية: ولا يجوز العقد على امرأة وعند الرجل عمّتها وخالتها إلّا برضى منهما. النهاية ٢: ٣٠١.

(٣) مضافاً عليه يقوله أهل الظاهر من أهل السنّة كما في المغني لابن قدامة ٧: ٤٩٣ والشرح الكبير ٧: ٤٩٠.

(٤) الأُمّ للشافعي ٥: ٥، والحاوي الكبير ٩: ٢٠٣.

والتحريم قائم[١] ما لم يحرّم الأُولى على نفسه بإزالة ملكه أو تزويجها أو كتابتها، فمتى حرّمها حلّ له وطء الأُخرى، وإن لم يحرّمها على نفسه فوطء الأُخرى عليه حرام. وإن وطئها قبل أن يحرّم الأُولى عليه فلا حدّ عليه، لأنّه صادف ملكاً والحكم في النسب والرضاع في هذا سواء.

ولا تحرم الأُولى بوطء الثانية، بل هي على ما كانت عليه، لكن يستحبّ له أن يتوقّف حتّى يستبرئ الأُخرى، لئلّا يجمع ماؤه في رحم أُختين.

وأمّا إذا جمع بينهما بنكاح وملك يمين فجملته إذا تزوّج امرأة لم يحلّ له وطء أُختها بملك يمين، إن كانت ملكه قبل نكاح أُختها. وكذلك إن اشتراها بعد نكاح أُختها لم يحلّ له وطؤها، وكان النكاح مانعاً ومقدّماً عليها بلا خلاف.

وأمّا إن تقدّم الوطء بملك اليمين وصارت فراشاً له ثمّ تزوّج أُختها، صحّ نكاحها وحرم عليه وطء الأُولى، وقال بعضهم: لا ينعقد النكاح، لأنّ الأُولى فراشه[٢] والأوّل أصحّ. وأمّا النكاح بعد النكاح والوطء بعد الوطء، فلا مزيّة، وللأُولى السبق فرجّح به.

فإذا ثبت أنّ النكاح صحيح حرم عليه وطء الأُولى مادامت هذه على النكاح، فإن طلّقها حلّت له، لأنّه تحريم جمع وقد زال. وإن عقد عليهما في حالة واحدة انفسخا. وإن ملكهما في حالة واحدة صحّ ملكهما بلا خلاف. وفي بعض رواياتنا أنّه إذا عقد عليهما جمعياً اختار أيّهما شاء.[٣]

يجوز للرجل أن يجمع بين المرأة وزوجة أبيها إذا لم تكن أُمّها بلاخلاف إلّا ابن أبي ليلى، فإنّه قال: لايجوز[٤]. ويجوز أيضاً أن يجمع بين امرأة الرجل وبين بنت امرأة أُخرى له بلا خلاف.

---

(١) في ط: تأبيد (قائم خ ل).
(٢) قاله مالك في المدوّنة الكبرى ٢: ٢٨٠، والموطّأ ٢: ٥٣٩.
(٣) الفقيه ٣: ٤١٩ / ٤٤٦٠.
(٤) كما في الحاوي الكبير ٩: ٢١٢، والمجموع ١٦: ٢٢٦.

يجوز للرجل أن يتزوّج بأُخت أخيه، بيانه: رجل له ابن تزوّج بامرأة[١] لها بنت فولد له منها ابن، فهذا الابن هو أخو الابن الكبير لأبيه وهو أخوا البنت لأُمّها، فيجوز للكبير أن يتزوّج بتلك الصبيّة وهي أُخت أخيه.

وهكذا يجوز له أن يتزوّج أُخت أخيه من رضاع، بيانه: امرأة لها ابن كبير وابن صغير ثمّ إنّ أجنبيّة لها بنت أرضعت هذا الصغير، فإنّ هذا الصغير أخو هذه الصغيرة من رضاع، ولهذا الابن الكبير أن يتزوّج بهذه الصغيرة وهي أُخت أخيه كما قلناه في النسب.

الوطء بالنكاح وبالملك وبالشبهة يحرم وينشر الحرمة بلا خلاف، وأمّا الزنا ففيه خلاف بين أصحابنا[٢] وفيه أيضاً خلاف بين الفقهاء[٣].

الوطء على ثلاثة أضرب: مباح، ومحظور بلا شبهة، ووطء شبهة، وهو محظور غير أنّه شبهة. فإذا نكح امرأة حرم عليه بالعقد أُمّها وجدّاتها تحريم تأبيد، وحرمت وحدها على آبائه وإن علوا وعلى أبنائه وإن سفلوا. والربيبة تحرم عليه تحريم جمع، فإن دخل بها حرمت الربيبة وحدها وأولادها وإن سفلوا على التأبيد.

وإذا ملك أمة لم يحرم عليه بملكها شيء فإذا وطئها حرمت عليه أُمّها وجدّاتها وإن علون، وحرمت هي وحدها على آبائه وإن علوا، وعلى أولاده وإن سفلوا، وحرمت بنتها وبناتها وإن سفلن عليه وحده تحريم تأبيد.

---

(١) بعض النسخ: رجل له أن يتزوّج بامرأة.

(٢) قال المفيد رحمه الله: الزنا بامرأة لا يوجب انتشار الحرمة كما في المقنعة: ٥٠٤، ونسب ابن إدريس انتشار الحرمة إلى بعض أصحابنا كما في السرائر ٢: ٥٢٢. كما أنّ المرويّ في رواياتنا مختلف فيه: ففي التهذيب ٧: ٣٢٨ / ١٣٥٠، و١٣٥١، والاستبصار ٣: ١٦٥ / ٦٠٠ و٦٠٢ ورد عدم الانتشار كما أنّ في الكافي ٥: ٤١٦ / ٥ و٦ والتهذيب ٧: ٣٢٩ / ١٣٥٢ و١٣٥٣ ورد انتشار الحرمة أبداً.

(٣) الخلاف مذكور في المجموع ١٦: ٢٢٠ ـ ٢٢١، والمغني لابن قدامة ٧: ٤٨٢، والشرح الكبير ٧: ٤٧٧.

ولا وطء مباح إلّا في زوجة أو ملك يمين، لقوله تعالى: ﴿إلّا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾.[١]

فإذا ثبت به تحريم المصاهرة ثبت به أيضاً حرمة المحرم، وهو أنّ كلّ من صارت محرمة عليه على التأبيد صار لها محرماً يجوز أن يسافر بها ويخلو وينظر إلى ما ينظر إليه ابنها وأبوها، لأنّه سبب مباح، فأفاد التحريم والمحرم.

وأمّا الوطء المحظور فلا يتعلّق به تحريم المصاهرة إلّا على ما مضى من الخلاف[٢].

وأمّا الوطء بشبهة فعلى ضربين: شبهة نكاح، وشبهة ملك. فشبهة النكاح أن يطأها في نكاح فاسد كنكاح شغار عندنا والمتعة عند المخالف[٣] ونكاح بلاوليّ عند بعضهم[٤] أو يجد على فراشه امرأة يعتقد أنّها زوجته، وتكون أجنبيّة.

ونكاح شبهة الملك أن يشتري أمة شراءً فاسداً أو يجد على فراشه أمة[٥] يعتقدها أمته فإذا هي أمة الغير، فالحكم في هذا الوطء كالحكم في الوطء بملك اليمين فيما يتعلّق به من تحريم المصاهرة حرفاً بحرف، ولا يثبت به حرمة المحرم.

وأمّا الكلام في المباشرة من غير إيلاج في فرج ـ كالقبلة واللمس بشهوة والوطء فيما دون الفرج ـ فإن كان بغير شهوة لم يتعلّق به تحريم مصاهرة بحال بلا خلاف، وإن كان بشهوة فهو ثلاثة أضرب كما قسمت الجماع: مباح ومحظور صريح، ومحظور بشبهة.

فإن كان محظوراً مثل أن قبّل امرأة الغير أو أمة الغير بشهوة وغير شهوة، فإنه لا يتعلّق به تحريم مصاهرة ولا ثبوت حرمة.

وإن كان مباحاً أو محظوراً بشبهة المباح في زوجته أو ملك يمين فهل ينشر

---

(١) المؤمنون: ٦، والمعارج: ٣٠.
(٢) مضى في الصفحة ٤٤٨.
(٣) كما هو في الأُمّ ٥: ٧٩، والمغني لابن قدامة ٧: ٥٧١، والشرح الكبير ٧: ٥٣٦.
(٤) هو قول أبي سعيد الاصطخري كما في المجموع ١٦: ١٤٦ و١٥٣. وراجع مختصر المزني: ١٦٣ أيضاً.
(٥) في ط: على فراشها مَن.

تحريم المصاهرة؟ قيل: فيه قولان، أحدهما ـ وهو الصحيح ـ يحرم عليه أُمّها وأُمّهاتها وبنتها وبنات بنتها، وهو قول أكثر أهل العلم[١]. وقال قوم: لا يثبت به تحريم المصاهرة[٢].

وأمّا النظر إلى فرجها فإنّه يتعلّق به تحريم المصاهرة عندنا وعند كثير منهم[٣]. وقال قوم: لا يتعلّق به التحريم[٤].

إذا زنى بامرأة فأتت بولد يمكن أن يكون منه لستّة أشهر فصاعداً لم يلحق نسبه بلا خلاف بالأب، وعندنا لا يلحق بأُمّه لحوقاً شرعيّاً وعندهم يلحق بأُمّه[٥]. ولا يحلّ للزاني أن ينكح هذا الولد إن كان بنتاً[٦]. وقال قوم منهم: يجوز ذلك على كراهية فيه[٧].

وعلى قولنا بتحريم المصاهرة متى ملكها عتقت عليه لأنّها بنته. فأمّا إذا زنى بأُمّه فأتت ببنت فإنّها تحرم عليه بلا خلاف، لأنّها أُخته من أُمّه عند من أجاز في الأوّل.

المشركون على ثلاثة أضرب: أهل الكتاب، ومن لا كتاب له ولا شبهة كتاب، ومن له شبهة كتاب.

فأهل الكتابين اليهود والنصارى من أهل التوراة والإنجيل فهؤلاء عند المحصّلين من أصحابنا لا يحلّ أكل ذبائحهم، ولا تزوّج حرائرهم[٨] بل يقرّون على أديانهم إذا بذلوا الجزية، وفيه خلاف بين أصحابنا[٩]، وقال جميع الفقهاء:

(١ ـ ٤) راجع المغني ٧: ٤٨٦ ـ ٤٨٧، وبدائع الصنائع ٢: ٢٦٠ و٢٦١ والمجموع ١٦: ٢٢١.

(٥) لم نعثر عليه. (٦) هذا قول أبي حنيفة وأحمد كما في المجموع ١٦: ٢٢٢.

(٧) نسبه إلى الشافعي في المجموع ١٦: ٢٢٢.

(٨) منهم المفيد رحمه الله في المقنعة، كتاب النكاح: ٥٠٠، وكتاب الصيد والذبائح: ٥٧٩، والسيّد المرتضى في الانتصار: ١١٧.

(٩) ممّن قال بالجواز الصدوق في المقنع: ٣٠٨، وكذا نقله عنه وعن أبيه عليّ بن بابويه في المختلف ٧: ٨٢.

يجوز أكل ذبائحهم ونكاح حرائرهم[١].

فأمّا السامرة والصابئون، فقد قيل: إنّ السامرة قوم من اليهود والصابئون قوم من النصارى، فعلى هذا يحلّ جميع ذلك[٢]. والصحيح في الصابي أنّهم غير النصارى، لأنّهم يعبدون الكواكب، فعلى هذا لا يحلّ جميع ذلك بلا خلاف.

فأمّا غير هذين الكتابين من الكتب الأُخر، لأن الله تعالى أنزل كتباً زبر الأوّلين وصحف إبراهيم والزبور على داود، فإن كان من أهل هذه الكتب فلا يحلّ نكاح حرائرهم ولا أكل ذبائحهم.

الضرب الثاني: الّذين لا كتاب لهم ولا شبهة كتاب، فهم عبدة الأوثان فلا يحلّ نكاحهم ولا أكل ذبائحهم، ولا يقرّون على أديانهم ببذل الجزية، ولا يعاملون بغير السيف أو الإسلام بلا خلاف.

الضرب الثالث: من له شبهة كتاب وهم المجوس، قال قوم: هم أهل الكتاب كان لهم كتاب ثمّ نسخ ورفع من بين أظهرهم.[٣] وقال آخرون: ما كان لهم كتاب أصلاً وغلب التحريم[٤]. فقيل على القولين: بحقن دمائهم ببذل الجزية، وتحريم مناكحتهم وذبائحهم بلا خلاف، إلّا أباثور فإنّه قال: يحلّ مناكحتهم[٥]. وقد أجاز أصحابنا كلّهم التمتّع بالكتابيّة ووطئها بملك اليمين، ورووا رخصة في التمتّع بالمجوسيّة.[٦]

فمن أجاز نكاح الذمّية، فالكلام في أحكام الزوجيّة، فمن ذلك أنّ لها على

---

(١) كما في المغني لابن قدامة ٧: ٥٠٠، والشرح الكبير ٧: ٥٠٧ والمجموع ١٦: ٢٣٣، والحاوي الكبير ٩: ٢٢٠.

(٢) قاله أبو اسحاق كما في المجموع ١٦: ٢٣٥، وقال في الحاوي الكبير ٩: ٢٢٣ فهم صنف من النصارى.

(٣) هذا أحد القولين للشافعي كما في مختصر المزني: ٢٧٧، ونقله عنه في الحاوي الكبير ٩: ٢٢٤.

(٤ و٥) راجع الحاوي الكبير ٩: ٢٢٥.

(٦) التهذيب ٧: ٢٥٦ / ١١٠٦، والاستبصار ٣: ١٤٤ / ٥٢٢.

زوجها حقّاً ولزوجها عليها حقّ، تستحقّ عليه المهر والنفقة والسكنى والقسم وأحكام المولى وتطالب عند انتهاء المدّة بالفئة أو الطلاق كالمسلمة، وأمّا حقّه عليها فأن[١] تسكن بحيث يسكنها، وتمكّنه من الاستمتاع بها.

وأمّا الخدمة فلا يجب عليها لزوجها. وإذا مات أحد الزوجين فلا توارث بينهما عندهم[٢] وعندنا أنّه يرثها وهي لاترثه. وإذا قذف زوجته فلا حدّ عليه وإنّما يعزّر. وإذا طهرت من حيضها أو نفاسها فليس له وطؤها حتّى تغتسل، لأنّه لايمكنه وطء الحائض والنفساء إذا انقطع دمها حتّى تغتسل[٣] وعندنا يجوز ذلك قبل الغسل إذا غسلت فرجها، وهي إن لم يصحّ منها النيّة لرفع الحدث بالغسل وهي كافرة فذلك حقّ الله فيصحّ أن تغتسل ليستوفي الزوج حقّه من جواز الوطء، وإذا تعذّر حقّ الله استوفي حقّ الزوج. وكذلك لو كانت مسلمة مجنونة فلزوجها إجبارها على ذلك وإن كان لا يصلح منها النيّة كالكافرة، ونحن لا نحتاج إلى هذا لأنّا قد بيّنّا أنّه ليس من شرط استباحة الوطء الغسل.

فأمّا الغسل من الجنابة فهل له إجبارها عليه أم لا؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: ليس له ذلك، لأنّ الاستمتاع بها جائز قبل الغسل وبعده[٤]. والثاني: له إجبارها، لأنّ النفس تعاف الاستمتاع بمن كان جنباً[٥]. والأوّل أقوى.

وهاتان المسألتان أصل: كلّ ما منع الاستمتاع بها فعليها إزالة المانع قولاً واحداً، وكلّ ما يمنع كمال الاستمتاع فعلى قولين[٦] أقواهما أنّه لايجب عليها لأنّ الأصل براءة الذمّة.

---

(١) ط: فإنّه.

(٢) كما في الحاوي الكبير ٩: ٢٢٧، ومختصر المزني: ١٦٩.

(٣) نقل الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٢٢٧ عن الشافعي أنّه يجبرها على الغسل من الحيض والجنابة وكذلك النفاس على قولٍ.

(٤ و٥) ذكرهما في الحاوي الكبير ٩: ٢٢٨.

(٦) راجع الحاوي الكبير ٩: ٢٢٨.

وإذا طال شعر بدنها وأظفارها، فإن كان على صفة يمنع الاستمتاع فله إجبارها على إزالته، وإن لم يمنع غير أنّه يعاف، فعلى قولين[١] لأنّ العشرة الأشياء الّتي هي الحنيفيّة خمس في الرأس، وخمس في الجسد مسنونة بلا خلاف. وله منعها من البيعة والكنيسة والخروج من بيتها. فأمّا منعها من شرب المسكر من الخمر فقدر ما يسكرها له منعها، والقدر الّذي لايسكر قيل فيه قولان.[٢]

وإن كانت مسلمة وأرادت شرب النبيذ على مذهب أبي حنيفة[٣] فعندنا يجب عليه منعها. ومن وافقنا في التحريم قال: إن كانت تعتقد تحريمه كان له منعها عن قليله وكثيره[٤] وإن كانا ممّن يعتقدان تحليله كان له المنع من القدر الّذي يسكر، وعمّا لا يسكر على قولين[٥]. وهكذا إن كانت تعتقد إباحته وهو يعتقد تحريمها سواء[٦] وقال بعضهم: له منعها عن شرب قليله وكثيره بكلّ حال مثل ما قلناه، لأنّ الّذي يسكر لا طريق إليه لاختلاف العادات فيه.[٧]

وأمّا منعها من أكل لحم الخنزير قيل: فيه قولان[٨] أقربهما أنّه ليس له ذلك.

وأيّ زوجة كانت ـ مسلمة كانت أو مشركة ـ إذا أرادت أن تأكل مثل الثوم والبصل فهل له منعها أم لا؟ على قولين[٩] أقربهما أنّه ليس له ذلك.

وأمّا اللباس فلها لبس ما شاءت إذا كان ظاهراً نظيفاً، سواء كان من الديباج

---

(١) راجع الحاوي الكبير ٩: ٢٢٨.

(٢) بل فيه ثلاثة أوجه للشافعيّة: أحدها: المنع وهو قول أبي عليّ بن أبي هريرة والثاني قول أبي حامد الإسفرائيني أنّه إن منع من كمال الاستمتاع فلايجوز وإلّا فلا منع منه. والثالث: ليس له منعها من شرب القليل الّذي يرون شربه في أعيادهم عبادة وله أن يمنعها من الزيادة عليه، راجع الحاوي الكبير ٩: ٢٢٩. (٣) كما نسبه إليه في الحاوي الكبير ٩: ٢٣٠.

(٤) كالشافعية كما في الحاوي الكبير ٩: ٢٣٠.

(٥ و٦ و٧) راجع المصدر السابق.

(٨) القولان فيما إذا كانت المرأة نصرانيّة كما في الحاوي الكبير ٩: ٢٣٠.

(٩) راجع المصدر السابق ٩: ٢٣٠.

أو غيره، فإنّ لبس الحرير حلال لهنّ. وإن أرادت أن تلبس شيئاً من جلد ميتة كان له منعها، سواء كان مدبوغاً أو غير مدبوغ. وعندهم إن كان مدبوغاً لا شعر عليه جاز لها، وإن لم يكن مدبوغاً لم يكن لها ذلك[١]: وعلى مذهبنا له منعها من النجاسات.

إذا ارتدّ أحد الزوجين فإن كان قبل الدخول بها وقع الفسخ في الحال، وإن كان بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العدّة، فإن انقضت قبل أن يرجع إلى الإسلام فقد انفسخ النكاح. وهكذا إذا كانا وثنيّين فأسلم أحدهما، أو مجوسيّين فأسلم أحدهما، إن كان قبل الدخول وقع الفسخ في الحال، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدّة.

وإن كانا كتابيّين نصرانيّين أو يهوديّين فأسلم أحدهما نظرت، فإن كانت الزوجة أسلمت فالحكم كما لو كانا وثنيّين أو مجوسيّين فأسلم أحدهما، لأنّا لا نقرّ مسلمة تحت كافر، وإن أسلم هو فهما على النكاح، سواء كان قبل الدخول أو بعده. وروي في بعض أخبارنا أنّها إذا أسلمت لم ينفسخ النكاح بحال، غير أنّه لا يمكنه من الخلوة بها إلاّ بعد الإسلام[٢].

ومن كان تحته يهوديّة فانتقلت إلى دين سواه لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن ينتقل إلى دين يقرّ عليه أهله، أو لا يقرّون عليه، فإن كان ديناً لا يقرّ عليه أهله ـ مثل عبدة الأوثان ـ فإنّها لا تقرّ عليه[٣] وما الّذي يفعل بها؟ قيل: فيه ثلاثة أقوال، أحدها: لا يقبل منها غير الإسلام فقط[٤]. والثاني: أنّه يقبل منها دين الإسلام أو الدين الّذي انتقلت منه[٥]. والثالث: يقبل منها الإسلام أو الدين الّذي انتقلت عنه

---

(١) وعندهم في طهارة جلود الميتة بالدباغ وعدمها سبعة مذاهب ذكرها النووي في المجموع ١: ٢١٧، وأطال الكلام فيها فمن شاء يراجع إليه.

(٢) الكافي ٥: ٤٣٧ / ٨.

(٣) ط وعدّة من النسخ: فإنّا لا نقرّ عليه.

(٤ و٥) ذكر القولين فيّ الحاوي الكبير ٩: ٢٣١ من دون أن يسمّي قائليهما.

وكلّ دين يقرّ عليه أهله[١]. وهذا الأقوى.

فإذا تقرّر، هذا فإن انتقلت إلى دين يقرّ عليه أهله فذاك. وإن أبت إلّا المقام عليه أو الانتقال إلى دين لا يقرّ عليه أهله فهي كالمرتدّة، وما الّذي يصنع بها؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: تردّ إلى مأمنها لتصير حرباً لنا[٢]. والثاني: تكون مرتدّة فإن تابت وإلّا حبست عندنا أبداً، وعندهم تقتل[٣].

وأمّا نكاحها فإنّها لمّا انتقلت إلى الوثنيّة نظرت، فإن كان قبل الدخول وقع الفسخ في الحال، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدّة، فإن انقضت العدّة قبل الانتقال عنده وقع الفسخ. وإن انتقلت عنه قبل انقضائها نظرت، فإن انتقلت إلى الدين الّذي كانت عليه وقيل: لا يقرّ عليه، أو انتقلت إلى غيره وقلنا: لا يقرّ عليه، فالباب واحد، فكأنّها أقامت على الوثنيّة يقف الفسخ على انقضاء العدّة.

وإن انتقلت إلى دين يقرّ عليه نظرت، فإن كان ما انتقلت إليه مجوسيّة فإنّا نقرّها[٤] عليها في حقّها، لكن يقف الفسخ على انقضاء العدّة، فإن كان غير المجوسيّة يهوديّة أو نصرانيّة أو إسلاميّة فهما على النكاح.

فأمّا إن انتقلت ابتداءً إلى دين يقرّ عليه أهله مثل أن انتقلت إلى نصرانيّة أو مجوسيّة، أو كانت مجوسيّة وانتقلت إلى يهوديّة أو نصرانيّة، فهل تقرّ على ما انتقلت إليه؟

قيل: فيه قولان[٥] فإذا قيل: تقرّ عليه، فلا كلام. وإذا قيل: لا تقرّ عليه، فما الّذي يقبل منها؟ قيل: فيه ثلاثة أقوال، أحدها: لا يقبل غير الإسلام[٦]. والثاني:

---

(١) ذكر القول الثالث في الحاوي الكبير ٩: ٢٣١ من دون أن يسمّي قائله.

(٢) هو أحد القولين للشافعيّة كما في الحاوي الكبير ٩: ٢٣٢.

(٣) منهم بعض الشافعية، راجع المصدر السابق.

(٤) ط: نقرّ.

(٥) ذكرهما الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٢٣٢.

(٦) ذكرها الماوردي في الحاوي ٩: ٢٣١ من دون أن يسمّي قائليها.

يقبل منها الإسلام أو الدين الّذي كانت عليه لا غير[١] والثالث: الإسلام أو ما كانت عليه أوما يقرّ عليه أهله[٢]. فإذا ثبت هذا رجعنا إلى حكم نكاحها، فمن قال: تقرّ على ما انتقلت إليه، فإن كانت مجوسيّة أُقرّت في حقّها دون النكاح، وإن كان قبل الدخول وقع الفسخ في الحال، وإن كان بعده وقف على انقضاء العدّة.

وإن كان لهم كتاب يهوديّة أو نصرانيّة فإنّها تقرّ على الزوجيّة. ومن قال: لا نقرّ على ما انتقلت إليه، فهذه مرتدّة، إن كان قبل الدخول وقع الفسخ في الحال[٣]. وإن كان بعده وقف على انقضاء العدّة، فإن لم يرجع حتّى انقضت عدّتها فقد بانت.

وإن رجعت إلى غيره قبل انقضاء عدّتها، فإن رجعت إلى ما لاتقرّ عليه مثل أن رجعت إلى الدين الّذي كانت عليه وقلنا لا يقبل منها أو إلى غيره ممّا لا تقرّ عليه، فالحكم فيه كما لو أقامت على ما انتقلت إليه يقف على انقضاء العدّة.

وإن رجعت إلى دين تقرّ عليه نظرت، فإن كانت مجوسيّة أُقرّت في حقّها وفي حقّ النكاح يقف على انقضاء العدّة، وإن كانت يهوديّة أو نصرانيّة بقيت على نكاحها، لأنّه يجوز له استئناف نكاحها عندهم[٤] وعندنا يجوز استدامة نكاحها.

الأمة على ضربين: مشركة، ومسلمة. فالمشركة لايجوز نكاحها للمسلم على ما مضى.

وإن كانت مسلمة نظرت، فإن كان عبداً حلّ له نكاحها، والكلام عليه يأتي. وإن كان حرّاً لم يحلّ له إلّا بشرطين: عدم الطول، وخوف العنت إن لم ينكحها، فالطول السعة والفضل لنكاح حرّة، والعنت الزنا، فكأنّه في التقدير يفتقر إلى ثلاثة شروط هذان والثالث أن تكون مسلمة، وفيه خلاف[٥] ووافقنا قوم منهم على ما قلناه.

(١ و٢) ذكرهما الماوردي في الحاوي ٩: ٢٣١ من دون أن يسمّي قائليهما.

(٣) ط: الحالين. (٤) راجع الحاوي الكبير ٩: ٢٣٢.

(٥) قال أبو حنيفة: إذا لم تكن تحته حرّة حلّ له نكاح الأمة وإن لم يخف العنت سواء كان ←

فإذا تقرّر هذا فعدم الطول وخاف العنت جاز ذلك، وإن وجد طولاً لحرّة مسلمة لم يجز له نكاح الأمة أصلاً، وفي أصحابنا من قال: ذلك مستحبّ لا شرط[١]. وإن لم يجد طولاً لحرّة مسلمة لكنّه وجد طولاً لحرّة كتابيّة أو ما يشترى به أمة فهل له نكاح الأمة أم لا؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: ليس له ذلك[٢] وهوالأقوى. والآخر: يجوز له ذلك[٣].

فأمّا إذا كان تحته حرّة صغيرة لايستمتع بمثلها وعدم الطول وخاف العنت الأقوى أن يقال: له أن يتزوّج بأمة، وقال قوم: فيه نظر[٤].

عندنا للحرّ أن ينكح أمتين لازيادة عليهما، ولاينكح أمة على حرّة، لعموم الأخبار في النهي عن ذلك[٥] ومن اعتبر الشروط الّتي قدّمناها لم يجز أكثر من واحدة.[٦]

للمملوك أن يعقد على أربع إماء، أو على حرّة وأمتين[٧]. وقال بعضهم: له نكاح أمة أو أمتين، ونكاح أمة على حرّة، وحرّة على أمة، وفيه خلاف.[٨]

إذا جمع في عقد واحد بين حرّة وأمة مثل أن كان له بنت وأمة فزوّجهما في عقد واحد من رجل، أو كانت له أمة فوكّل رجلاً في تزويجها فزوّج بنت نفسه مع

← قادراً على صداق حرّة أو غير قادر. وقال الثوري وأبو يوسف: إذا خاف العنت حلّ له نكاح الأمة وإن لم يعدم الطول. وقال عثمان البتي: يجوز له أن يتزوّج الأمة بكلّ حال كالحرّة، راجع المجموع ١٦: ٢٣٩.

(١) لم نعثر عليه. (٢ و٣) راجع الحاوي الكبير ٩: ٢٣٨ و٢٣٩.

(٤) راجع الحاوي الكبير ٩: ٢٣٨، والمغني لابن قدامة ٧: ٥١٠.

(٥) التهذيب ٧: ٣٤٤ / ١٤١٠، والاستبصار ٣: ٢٤٢ / ٨٦٦، والنوادر لأحمد بن محمد بن عيسى: ١١٧ / ٢٩٥.

(٦) هذا القول منسوب إلى أحمد ذاهباً إلى الحديث المرويّ عن ابن عباس كما في المغني لابن قدامة ٧: ٥١٤. (٧) ط: أو على حرّتين أو حرّة وأمتين.

(٨) راجع الخلاف للشيخ ٤: ٣١٦، المسألة ٨٩.

هذه الأمة من رجل بعقد واحد. أو كان له بنت فوكّل وكيلاً في تزويجها فزوّج الوكيل هذه البنت وأمة نفسه معاً بعقد واحد، فنكاح الأمة باطل عندنا وعند قوم من المخالفين[١] ولا يبطل عندنا نكاح الحرّة. وعند المخالف على قولين بناءً على تفريق الصفقة[٢].

فمتى قال: يبطل فيهما، فلا كلام، فإن دخل بهما فلكلّ واحد منهما مهر مثلها، وإن لم يدخل بهما فلا شيء لواحد منهما، وإن دخل بواحدة منهما دون الأُخرى لزمه مهر مثل من دخل بها دون الأُخرى. وإذا قال: لا يبطل نكاح الحرّة، فهل يبطل مهرها أم لا؟ قيل: فيه قولان.[٣]

بناءً عليه إذا تزوّج أربعاً أو خالع أربعاً بعقد واحد وعوض واحد فالنكاح والخلع صحيحان، والعوض على قولين: أحدهما يبطل[٤]. والآخر: لا يبطل[٥]. وهو الأقوى.

فإذا قيل: باطل، كان لها مهر مثلها[٦]. وإذا قيل: صحيح، فلها بحصّة مهر مثلها من المسمّى[٧] فإن كان مهر مثلها مائتين ومهر مثل الأمة مائة، كان لها من المسمّى الثلثان، وعلى هذا أبداً.

وأمّا إذا قال: زوجتك هذه وزوّجتك أمتي بألف، فإنّهما لا يبطلان معاً، بل لكلّ واحد حكم نفسه.

إذا تزوّج أمة بوجود الشرطين ـ عدم الطول وخوف العنت ـ فهي على النكاح وإن زال الشرطان معاً، وإن نكح عليها حرّة من غير رضاها كانت الحرّة بالخيار

---

(١) منهم الشافعي في أحد القولين كما في مختصر المزني: ١٧٠، وهو أحد الأقوال الثلاثة التي ذكرها في الحاوي الكبير ٩: ٢٤١.

(٢) نسب القولين إلى الشافعي في الحاوي الكبير ٩: ٢٤١.

(٣ ـ ٥) راجع المصدر السابق.

(٦ و٧) أورد الماوردي القولين في الحاوي الكبير ٩: ٢٤١.

بين الرضا وبين فسخ عقدها نفسها دون عقد الأمة، وفيه خلاف[١] وقد روي أنّ لها فسخ عقد الأمة[٢]. وإن تزوّج أمة وعنده حرّة فنكاح الأمة باطل إجماعاً.

ولايجوز للحرّ ولا للعبد المسلم أن يتزوّج أمة كتابيّة لقوله تعالى: ﴿ولاتنكحوا المشركات﴾[٣] وفيه خلاف.[٤]

كلّ جنس يحلّ نكاح حرائرهم يحلّ وطء إمائهم بملك اليمين، من ذلك المسلمات يحلّ وطؤهنّ بملك اليمين بلا خلاف، وعندنا يحلّ له وطء الأمة الكتابيّة بالملك وإن خالفنا هم في وطء الحرّة منهم بالعقد.[٥]

من أجاز له نكاح الكتابيّات أجاز سواء كانوا أهل ذمّة أو أهل حرب، لأنّ الاعتبار بالكتاب دون الذمّة، غير أنّهم يكرهون نكاح من لا ذمّة لها أشدّ من كراهية الذمّيّة.[٦]

[٤]

فصل في التعريض بنكاح المعتدّات

المعتدّات على ثلاثة أضرب: رجعيّة، وبائن لا يحلّ لزوجها نكاحها ولا لغيره

---

(١) ظاهر مذهب الحنبليّة وكذا مذهب الشافعي أنّه لم ينفسخ عقد الأمة، وقول المزني إنّه يفسد نكاح الأمة لأنّه إنّما أُبيح للحاجة فإذا زالت الحاجة لم يجز له استدامته، راجع المغني لابن قدامة ٧: ٥١٢. (٢) لم نعثر عليها. (٣) البقرة: ٢٢١.

(٤) ظاهر مذهب أحمد أنّه لايجوز، كما هو قول الحسن والزهري ومكحول ومالك والشافعي والثوري والأوزاعي والليث وإسحاق وقال أبو ميسرة وأبو حنيفة بالجواز، راجع المغني لابن قدامه ٧: ٥٠٨.

(٥) حيث إنّهم قالوا بحلّ حرائر نساء أهل الكتاب، وروى الخلّال منهم أنّ حذيفة وطلحة والجارود بن المعلّى وأُذينة العبدي تزوّجوا نساء أهل الكتاب كما في المغني لابن قدامة ٧: ٥٠٠ والشرح الكبير ٧: ٥٠٧، وخالفهم عدّة من فقهاء الإماميّة وقالوا بعدم حلّ عقد نساء الكتابيّة استناداً إلى قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا المشركات حتّى يؤمنّ﴾ ﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾ منهم الشيخ المفيد في المقنعة: ٥٠٨، والسيّد المرتضى في الانتصار: ٢٧٩ وابن البرّاج في المهذّب ٢: ١٨٧. (٦) راجع الحاوي الكبير ٩: ٢٢٢.

قبل انقضاء العدّة، وبائن يحلّ لزوجها نكاحها في عدّتها.

فالرجعيّة لا يحلّ لأحد أن يعرض لها بالخطبة ولا أن يصرّح لها بذلك، لأنّها زوجة عندنا، وعندهم في معنى الزوجات.[١]

والّتي لا تحلّ لزوجها ولا لغيره قبل انقضاء العدّة، فالمتوفّى عنها زوجها فهذه يحلّ لكلّ أحد أن يعرّض لقوله تعالى: ﴿ولا جناح عليكم فيما عرّضتم به من خطبة النساء﴾[٢] وأمّا التصريح لها بالخطبة فحرام، لدليل الآية. والمعتدّة بالفسخ باللعان وبالرضاع كالمعتدّة عن الوفاة فحكمهما واحد وأمّا المعتدّة عن الطلاق الثلاث فالتعريض لها جائز، لما روت فاطمة بنت قيس أنّه طلّقها زوجها أبو حفص وهو غائب بالشام، فقال لها النبيّ صلى الله عليه وآله: «إذا حللت فأذنيني»[٣] وفي رواية أبي هريرة قال لها: «لاتفوتينا بنفسك»[٤] فهذا تعريض من النبيّ صلى الله عليه وآله لها بذلك. وأمّا التصريح لها فحرام أيضاً.

الضرب الثالث: الّتي تحلّ لزوجها نكاحها في عدّتها فهي المختلعة، والّتي انفسخ نكاحها بعيب أو عنّة أو إعسار بنفقة، ونحو هذا، فلزوجها التعريض والتصريح. وغير الزوج لايحلّ له التصريح، وهل يحلّ له التعريض؟ قيل: فيه قولان[٥]. فخرج من هذه الجملة أنّ التعريض يحلّ لكلّ معتدّة إلّا الرجعيّة والبائن الّتي يحلّ لزوجها نكاحها على أحد القولين. والتصريح محرّم لكلّ معتدّة إلّا الرجعيّة الّتي يحلّ لزوجها نكاحها، فإنّ لزوجها التصريح لهالا غير.

فأمّا جواب المرأة عمّا خوطبت به من ذلك، فهو في حكم خطابه، فإن كان

---

(١) لأنّهم قالوا: أحكام الزوجيّة من وجوب النفقة ووقوع الطلاق والظهار منها جارية عليها كما في الحاوي الكبير ٩: ٢٤٧.

(٢) البقرة: ٢٣٥.

(٣ و ٤) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ١٧٨، ومشكاة المصابيح: ٢٨٨.

(٥) في الحاوي الكبير ٩: ٢٤٨ نسب عدم الحلّ إلى الشافعي على ما نقله عن كتاب البويطي ونسب الحلّ إليه أيضاً في أكثر كتبه، وأورد القولين في المجموع ١٦: ٢٥٧.

ما قاله حرام عليه حرم عليها الجواب بمثله، وكلّ موضع حلّ له أن يبتدئها بالخطاب كان الجواب في حكمه.

فإذا ثبت هذا، فالكلام في التصريح والتعريض: أمّا التصريح فهو أن يخاطبها بما لا يحتمل غير النكاح. وهو أن يقول: «إذا انقضت عدّتك تزوّجتك أو نكحتك». وأمّا التعريض فما احتمل النكاح وغيره مثل أن يقول: «ربّ راغب فيك، ربّ متطلّع إليك، ربّ حريص عليك» فهذا محتمل. ومنه ما ورد في حديث فاطمة: «إذا حللت فأذنينا ولا تفوتينا بنفسك، ولا تسبقينا بنفسك» وهكذا يقول: «لاتبقين بلا زوج، و لا تبقين أرملة وإنّ الله سابق[1] إليك خيراً» [قال قوم: أنت جميلة، أنت مرغوب فيك. قال غيره: وربّما انساق إليك خيراً].[2]

المواعدة بالسرّ[3] عند قوم تعريض مكروه، وهو أن يقول لها: «انّ عندي جماعاً يُرضي من جومعه»[4] فهذا تعريض وليس تصريحاً لكنّه فحش من القول لأنّ الله قال: ﴿إلاّ أن تقولوا قولاً معروفاً﴾[5].

فإذا تقرّر هذا فكلّ موضع قلنا فعل محرّماً فمتى تزوّجها فالنكاح صحيح ولا يؤثّر فيه ما كان قبل العقد، وقال قوم: متى صرّح ثمّ عقد فسخت العقد[6]. والأوّل أصحّ.

إذا خطبت امرأة وكانت من أهل الإذن فأذنت لوليّها أو صرّحت بالإجابة، أو لم تكن من أهل الإذن ولكن وليّها أذن في تزويجها من رجل بعينه أو صرّح بالإجابة، حرم على كلّ أحد أن يخطبها، لما روي عنه عليه السلام أنه قال: لا يخطب

---

(١) بعض النسخ: سائق، وفي المغني لابن قدامة ٧: ٥٢٦ لسائق.

(٢) بين المعقوفتين لم يرد في بعض النسخ.

(٣) بعض النسخ: بالبرّ.

(٤) هكذا في النسخ.

(٥) البقرة: ٢٣٥.

(٦) راجع المدوّنة الكبرى ٢: ٢٣٩ والمغني لابن قدامة ٧: ٥٢٦.

أحدكم على خطبة أخيه.[١]

إذا خطبت فردّت ردّاً ظاهراً أو لم تردّ ولم تجب ولم يكن ما دلّ على الرضا، حلّ لكلّ أحد خطبتها، لأنّه لا مانع منه. وإذا خطبها رجل وركنت إليه إن كانت من أهل الإذن، وهو إن لم يصرّح بردّ ولا منع. لكنهّا قالت: «وأيّ عيب فيه»؟ ما هو إلاّ رضا. أو قال: «هذا وليّها ولم يكن لها إذن» فهل يحرم على غيره أن يخطبها؟ قيل: فيه قولان، أحدهما يحرم[٢]. والآخر: لا يحرم[٣]. وهو الأقوى، لخبر فاطمة بنت قيس خطبها أبو جهم ومعاوية فأمرها النبي صلى الله عليه وآله أن تنكح غيرهما وهو أُسامة.[٤]

فكلّ موضع قلنا مباح صحّ النكاح بلاخلاف، وكلّ موضع قلنا حرام محظور فإن خالف ففعل فأفسد على غيره ونكح فالنكاح صحيح، وقال داود: فاسد.[٥]

إذا أذنت المرأة لوليّها في تزويجها من رجل لا بعينه، فقالت: «زوّجني ممّن شئت وبمن ترى» كان لكلّ أحد[٦] خطبتها.

وإذا خطب رجل امرأة من وليّها فوعده بتزويجها فإن رضيت المرأة بذلك ـ إن كانت ثيّباً بالنطق وإن كانت بكراً بالصمت ـ حرم على كلّ أحد خطبتها.

وإن لم ترض المرأة، فإن كان الوليّ له الإجبار على النكاح كالأب والجدّ مع البكر البالغة على أظهر الروايات[٧] والسيّد مع الأمة، فلا يجوز لأحد أن يخطبها، لأنّ الاعتبار به دون رضاها. وإن كان وليّاً ليس له الإجبار كالأخ والعمّ كان لكلّ أحد أن يخطبها، لأنّ الاعتبار برضاها ولم يحصل رضاها، فإن خطبها

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ١٧٩، والموطّأ لمالك ٢: ٥٢٤.

(٢ و٣) راجع الحاوي الكبير ٩: ٢٥٢.

(٤) كما في السنن الكبرى ٧: ٢٧٨، والحاوي الكبير ٩: ٢٥٢.

(٥) نسبه إليه في الحاوي الكبير ٩: ٢٥٣، وفتح الباري ٩: ٢٠٠.

(٦) ط: واحد.

(٧) الكافي ٥: ٣٩٤ / ٦.

فرضيت بذلك وأجابته لم يحلّ لأحد خطبتها إلّا بإذنه، أو حتىّ يترك، فإذا تركها حلّ لغيره خطبتها.

[٥]

فصل في تزويج المشركين

إذا تزوّج المشرك بأكثر من أربع نساء خمساً أو عشراً فأسلم وهنّ عنده، لزمه أن يختار منهنّ أربعاً ويفارق البواقي أيّ أربع شاء منهنّ، سواء كان تزوّج بهنّ بعقد واحد أو واحدة بعد واحدة. هذا إذا أسلم وهنّ كتابيّات فأقمن على الشرك[١] أو أسلمن معه أو كنّ وثنيّات أو مجوسيّات فأسلمن معه. فأمّا إذا أقمن على الشرك فلا يجوز أن يختار منهنّ شيئاً، لأنّ المسلم لا ينكح وثنيّة ولامجوسيّة وفيه خلاف.[٢]

إذا كان الزوجان كتابيّين يهوديّن أو نصرانيّين أو يهوديّاً ونصرانيّة أو نصرانيّاً ويهوديّة فأسلم أحدهما نظرت، فإن كان الزوج فهما على النكاح، وهكذا لو كان الزوج وثنيّاً أو مجوسيّاً فأسلم وهي كتابيّة، فمتى أسلم الزوج وهي كتابيّة فالحكم مثل ذلك سواء بلا خلاف، وإن كان الّذي أسلم الزوجة فسيأتي الكلام عليه.

وإن لم يكونا كتابيّين مثل أن كانا مجوسيّين أو وثنيّين أو أحدهما مجوسيّاً والآخر وثنيّاً فأيّهما أسلم هاهنا نظرت، فإن كان قبل الدخول وقع الفسخ في الحال وإن كان بعد الدخول وقف على انقضاء العدّة، فإن اجتمعا على الإسلام قبل انقضائها فهما على النكاح، وإلّا انفسخ النكاح.

وهكذا إذا كانا كتابيّين فأسلمت الزوجة، لأنّ الكتابي لا يتمسّك بعصمة

---

(١) كذا في النسخ والصحيح: «فأقمن على كتابيّتهنّ» كما في الخلاف ٤: ٣٢٣ مسألة ١٠٢ وراجع الحاوي الكبير ٩: ٢٥٥.

(٢) راجع المغني لابن قدامة ٧: ٥٤٠، والأُمّ للشافعي ٤: ٢٦٥، والشرح الكبير ٧: ٢٠٧.

مسلمة أبداً، و سواء كانا في دار الحرب أوفي دار الإسلام، وفيه خلاف[١]. وقد بيّنّا فيما مضى أنّ من أصحابنا من قال: لا ينفسخ نكاحها بإسلامها بحال، لكن لا تمكّن من الخلوّ بها[٢].

اختلاف الدار بالزوجين لا يتعلّق به فسخ النكاح، سواء كان فعلاً أو حكماً أو فعلاً وحكماً وفيه خلاف[٣] فأمّا إذا اختلف بهما الدار واسترقّ أحدهما، فلا خلاف أنّه يقع الفرقة حين الاسترقاق.

إذا تزوّج أُمّاً وبنتها حال الشرك بعقد واحد أو بعقدين ثمّ أسلم، لم يخل من أربعة أحوال: إمّا أن لم يدخل بواحدة منهما، أو دخل بهما، أو بالبنت دون الأُمّ، أو الأُمّ دون البنت.

فإن لم يكن دخل بواحدة منهما قيل: فيه قولان، أحدهما: هو بالخيار في إمساك أيّتهما شاء وفارق الأُخرى[٤]. والثاني: أنّه يثبت نكاح البنت ويزول نكاح الأُمّ[٥]. ويقوي في نفسي الأوّل.

فمن قال: يمسك البنت دون الأُمّ، قال: يثبت نكاحها وبطل نكاح الأُمّ. ومن قال بالتخيير على ما قلناه، قال: إن اختار البنت ثبت نكاحها وحرمت الأُمّ على التأبيد، وإن اختار الأُمّ ثبت نكاحها وحرمت البنت عليه تحريم جمع، فإن طلّق الأُمّ جاز له نكاح البنت.[٦]

وأمّا إن كان قد دخل بكلّ واحدة منهما حرمت البنت على التأبيد، لأنّها بنت من دخل بها، والأُمّ حرمت عليه مؤبّداً أيضاً. ولأيّ معنى ذلك؟:

---

(١) راجع المغني ٧: ٥٣٢.
(٢) هو مختار الصدوق في المقنع: ٣١٨.
(٣) قال أحمد لا فرق في ذلك بين أن يكون في دار الإسلام، أو في دار الحرب وأبو حنيفة قائل بالتفصيل، راجع المجموع ١٦: ٣٠٠.
(٤ و٥) نقل القولين الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٢٦٣، ونسب الثاني إلى الشافعي.
(٦) راجع المصدر السابق.

فإن قيل: العقد على البنت يحرّم الأُمّ، حرمت الأُمّ للعقد وللدخول. ومن قال: العقد على البنت لا يحرّم الأُمّ، حرمت الأُمّ للدخول لا غير[١].

وإن كان دخل بالبنت دون الأُمّ حرمت الأُمّ على التأبيد لمثل ما قلناه، والبنت نكاحها بحاله.

وان كان قد دخل بالأُمّ لا غير حرمت البنت على التأبيد، لأنّها بنت من قد دخل بها.

وأمّا نكاح الأُمّ فمبنيّ على القولين، فمن قال: العقد على البنت يحرّم الأُمّ، حرمت الأُمّ على التأبيد[٢] وهو الصحيح. ومن قال: العقد على البنت لا يحرّم الأُمّ، فنكاح الأُمّ بحاله.[٣]

إذا كان المشرك له أمتان أُمّ وبنتها، فأسلم وأسلمن معه، فإن لم يكن وطئ واحدة منهما كان له وطء من شاء منهما، فإذا فعل فقد حرمت عليه الأُخرى على التأبيد. وإن كان قد دخل بهما معاً حرمتا عليه على التأبيد. وإن كان قد وطئ إحداهما حرمت الأُخرى على التأبيد، لأنّ الدخول بالمرأة يحرّم أُمّها وبنتها على التأبيد، والموطوءة حلال له.

إذا نكح امرأة وخالتها أو امرأة وعمّتها فكأنّه تزوّج أُختين، فإذا أسلم اختار أيّتهما شاء وخلّى سبيل الأُخرى، دخل بها أو لم يدخل بها، إلّا أن ترضى العمّة عندنا والخالة، فيجمع بينهما.

إذا أسلم الرجل وعنده زوجات فأسلمن معه فكلّ من كان له نكاحها لو لم تكن زوجته كان له أن يختارها، وكلّ من لم يكن له نكاحها لو لم تكن زوجته لم يكن له اختيارها.

بيانه: إذا أسلم وعنده أربع زوجات إماء فأسلمن معه، فإن كان ممّن يجوز له

(١ ـ ٣) راجع تفصيل الأقوال إلى الحاوي الكبير فإنّه نقلها وأوردها بالتفصيل.

نكاح أمة من عدم الطول وخوف العنت، كان له أن يختار واحدة منهنّ عند بعض المخالفين.[١] وعندنا يختار ثنتين، لأنه لو أراد استئناف نكاحها كان له ذلك، وإن كان على صفة لايجوز له نكاح الأمة من وجود الطول أو لا يخاف العنت، فليس له أن يختار واحدة منهنّ.

وعندنا له أن يختار ثنتين منهنّ لأنّه مستديم العقد لا مستأنف له، ويجوز في الاستدامة ما لايجوز في الابتداء، كما أنّه ليس له العقد على كتابيّة وإن كان له استدامة عقدها.

فإذا تقرّر هذا فإن كان عنده أربع زوجات ـ حرّة وثلاث إماء ـ فأسلم ففيه ثلاث مسائل: إمّا أن يسلمن كلّهن معه، أو أسلمت الحرّة أوّلاً وتأخّر إسلام الإماء، أو أسلمت الإماء وتأخّر إسلام الحرّة:

فإن أسلمن كلّهنّ معه ثبت نكاح الحرّة وانفسخ نكاح الإماء عند المخالف.[٢] وعندنا الخيار للحرّة، فإن رضيت ثبت نكاح أمتين يختارهما ويفسخ الثالثة.

الثانية: أسلمت الحرّة وتأخّر إسلام الإماء ثبت نكاح الحرّة وانقطعت عصمة الإماء عنده[٣]. وعندنا أنّ الأمر موقوف على رضا الحرّة.

فرع: هاهنا إذا أسلمت الحرّة ثمّ ماتت فقد بانت بعد ثبوت نكاحها وانقطع عصمة الإماء. فإن أقمن على الشرك حتّى انقضت عدّتهنّ وقع الفسخ باختلاف الدين وعددهنّ من حيث وقع الفسخ، وإن أسلمن وقع الفسخ من حين أسلمت الحرّة.

الثالثة: أسلمت الإماء أوّلاً وتأخّرت الحرّة انتظر ما يكون من الحرّة، فإن أسلمت الحرّة ثبت نكاحها وبطل نكاح الإماء[٤] وعندنا يقف على رضاها. وإن

---

(١) هو مختار الشافعي في أحد قوليه كما في مختصر المزني: ١٧١، والمغني لابن قدامة ٧: ٥٥٣.
(٢ و ٣) كما في مختصر المزني: ١٧١.
(٤) هو مختار الشافعي كما في مختصر المزني: ١٧١.

أقامت الحرّة على الشرك حتّى انقضت عدّتها بانت باختلاف الدين، وكانت كأن لم تكن زوجته، وكأنّه أسلم وعنده ثلاث إماء أسلمن معه:

فإن كان ممّن يجوز له نكاح الإماء كان له أن يختار واحدة منهنّ عندهم، وعندنا ثنتين، وإن كان ممّن لايجوز له ذلك انفسخ نكاحهنّ.

فإن كانت بحالها فتأخّرت الحرّة وطلّقها بائناً كان أمرها مراعاً، فإن أسلمت في العدّة ثبت نكاحها، وإذا ثبت نكاحها، انفسخ نكاح الإماء. وأمّا الحرّة فقد طلّقت بعد ثبوت نكاحها بائناً، فإن أقامت على الشرك حتّى انقضت عدّتها لم يقع الطلاق بها، وبان أنّ الفسخ وقع باختلاف الدين، وحصل عنده ثلاث إماء، فإن كان ممّن يجوز له نكاح أمة اختار واحدة أو ثنتين عندنا، وإلّا انفسخ نكاحهنّ.

فإن أسلم وتحته أربع زوجات إماء وهو موسر، فإن أسلمن فإن كان اليسار بحاله انفسخ نكاحهنّ حين أسلمن عند من جعل ذلك شرطاً، وإن كان مفقوداً كان له أن يختار عندنا ثنتين وعندهم واحدة.

إذا أسلم وتحته أربع زوجات إماء فأسلمت واحدة منهن وتأخّر البواقي وهو ممّن يجوز له نكاح أمة كان بالخيار بين أن يختار هذه وبين أن يؤخّر وينتظر البواقي.

ثمّ لا يخلو من أربعة أحوال: إمّا أن يختار هذه، أو ينتظر البواقي، أو يطلّق هذه، أو يختار فسخ نكاحها.

فإن اختارها ثبت نكاحها كما لو ابتدأ نكاح أمة، فإذا ثبت نكاحها انقطعت عصمة البواقي عند من لم يجز أكثر من واحدة، وعندنا أنّ له الخيار في الأُخرى وإن لم يسلمن حتّى انقضت عدّتهنّ، تبيّنّا أنّ الفسخ وقع باختلاف الدين.

وإن لم يختر هذه وانتظر البواقي، فإن أقمن على الكفر حتّى انقضت عدّتهنّ انفسخ نكاحهنّ وثبت نكاح هذه، وإن أسلمت البواقي كان له أن يختار من الأربع من شاء.

فرع على هذه: إذا كان عنده ثماني حرائر فأسلم وأسلمن معه أربع منهنّ وتأخّرت البواقي، فالحكم في اللواتي أسلمن كتلك الواحدة الّتي أسلمت من الإماء، والحكم في اللواتي تأخّرن كالحكم في الاماء اللواتي تأخّرن. فإن اختار الأربع اللواتي أسلمن ثبت نكاحهنّ وانقطعت عصمة البواقي.

فإن أقمن على الشرك حتّى تنقضي عدّتهنّ وقع الفسخ من حين اختلاف الدين، وعددهنّ من حين وقع الفسخ. فإن أسلمن في العدّة انفسخ نكاحهنّ من حين اختيار الأربع وعددهنّ من حين[1] وقع الفسخ.

وإن أسقط، فإن أقمن على الشرك حتّى انقضت عددهنّ انفسخ نكاحهنّ من حين اختلاف الدين، وعددهنّ من يوم وقع الفسخ، ويثبت نكاح الأربع. وإن أسلمن كان له أن يختار منهنّ أربعاً، فمن اختار منهنّ ثبت نكاحها وانفسخ نكاح البواقي وعددهنّ من حين وقع الفسخ.

فإن طلّق واحدة وقع الطلاق بها لأنّ في إيقاع الطلاق اختياراً لها وإمساكها[2] زوجة بعد ثبوت الزوجيّة. وانقطعت عصمة البواقي. فإن أقمن على الشرك حتّى ينقضي عددهنّ وقع الفسخ بانقضاء العدّة من يوم اختلاف الدين، وعددهنّ من يوم يقع الفسخ. وإن أسلمن وقع الفسخ من حين طلاق الواحدة، وعددهنّ من حين وقع الطلاق وزالت المطلّقة بالطلاق.

وإن اختار فسخ نكاح هذه لم يكن له ذلك، لأنّ الفسخ في الفضل عمّا له إمساكه، وليس هاهنا من يمسكه غيرها، فليس له الفسخ. وإن فسخ كان فسخه كلا فسخ، لأنّه فسخ في غير وقت الفسخ، فهو كما لو اختار واحدة من البواقي قبل إسلامها فإنّ الاختيار باطل[3]. فإن خالف وفسخ فإن أقام البواقي على الكفر حتّى انقضت عددهنّ وقع الفسخ باختلاف الدينين، وثبت نكاح هذه الّتي

(١) في خ ٢: من يوم. (٢) في ط: وإمساكه. (٣) ط: كان الاختيار باطلاً.

اختار فسخ نكاحها. وإن أسلمن أجمعهنّ في العدّة كان له أن يختار غير الّتي اختار فسخ نكاحها، فإذا فعل ثبت نكاح الّتي اختارها، وانفسخ نكاح البواقي، وهذه من الجملة.

وإن اختار الّتي اختار فسخ نكاحها بعينها. قيل: فيه وجهان، أحدهما: أنّ ذلك له، لأنّ وجود ذلك الفسخ كلا فسخ[1] والثاني: ليس له ذلك، لأنّ الاختيار في الفسخ إنّما لا يكون فسخاً إذا أقام البواقي على الكفر، ولم يبق هناك من يفسخ عليها[2]. فأمّا إذا أسلمت البواقي حصل هاهنا من يفسخ ويختار غيرها، فبان أنّ الفسخ صحّ في حقّها فلم يكن له أن يختارها، وهذا هو الأقوى.

ولو أسلم وعنده زوجات إماء فأسلم بعضهنّ وهو على صفة يجوز له نكاح الإماء و أسلم بعضهنّ وهو على صفة لايجوز له نكاح الإماء، فكلّ من أسلمت وهو على صفة له نكاح الإماء كان له الاختيار، وكلّ من أسلم وهو على صفة ليس له نكاح أمة بطل نكاحها.

إذا كان له أربع زوجات إماء وحرّة فأسلم وأسلم الإماء معه واعتقن[3] وتأخّرت الحرّة، لم يكن له أن يختار شيئاً من الإماء لا قبل العتق ولا بعده، أمّا قبله فلأنّه متمسّك بحرّة وهي الّتي على الشرك، وليس له بعد العتق لأنّ وقت الاختيار حين اجتمع إسلامه وإسلامهنّ وكنّ حينئذ إماء.

فإذا ثبت أن ليس له الاختيار، إمّا أن لايختار أو يخالف فيختار، فإن لم يختر واحدة منهنّ نظرت فيما يكون من الحرّة، فإن أسلمت قبل انقضاء عدّتها ثبت نكاحها، وبطل نكاح الإماء. وإن أقامت على الشرك بانت باختلاف الدين، وكان حكمه مع الإماء كأن لم يكن تحته حرّة. ويختار عندنا ثنتين بلا زيادة، وعند

(١ و٢) نقلهما الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٢٧٠ ـ ٢٧١. من دون أن يسميّ قائلهما.

(٣) خ ٢: وأعتقهنّ.

المخالف واحدة[١]. وإن كان الاختيار وهنّ حرائر لأنّه إنّما يراعى وقت ثبوت الاختيار لا وقت وجود الاختيار، وكنّ في وقت ثبوت الاختيار إماء فلا يختار إلّا اثنتين.

وإن خالف واختار من اللواتي أسلمن معه نظرت في الحرّة المتأخّرة، فإن أسلمت قبل انقضاء عدّتها انفسخ نكاح البواقي واللّتي قد اختارها أيضاً، إلّا أن ترضى الحرّة، لأنّه لا يجوز له نكاح أمة وتحته حرّة. وإن أقامت على الشرك حتّى انقضت عدّتها وقع الفسخ بانقضاء العدة من حين اختلاف الدين.

وهل يصحّ نكاح الأمتين ثنتين؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: أنّه يثبت نكاحهما. ومنهم من قال: لا يثبت حتّى يجدّد اختياراً آخر.

المسألة بحالها: تحته حرّة وأربع زوجات إماء، فأسلم وأسلمن ثمّ اعتقن بعده كان بمنزلة من ابتدأ نكاحهنّ وهنّ خمس حرائر، لأنّ الاعتبار بحال الاختيار، فيكون بالخيار بين ثلاثة أشياء:

بين أن يختار اللواتي أسلمن معه، فإن فعل ثبت نكاحها، وانقطعت عصمة الخامسة، وإن أسلمت انفسخ نكاحها [وإن أقامت على الشرك حتّى انقضت عدّتها انفسخ نكاحها][٢] باختلاف الدين.

وبين أن يختار ترك الاختيار لينظر حال المتأخّرة، فإن أقامت على الشرك حتّى انقضت عدّتها ثبت نكاح اللواتي أسلمن معه. وإن أسلمت تلك، اجتمع إسلامه وإسلام خمس حرائر، يختار منهنّ أربعاً، وينفسخ نكاح الخامسة.

وبين أن يختار منهنّ ثلاثاً ويؤخّر واحدة من الأربع لينظر ما يكون من الخامسة، والحكم على ما مضى.

ولا فصل بين أن يتقدّم إسلامه ثمّ أُعتقن ثمّ أسلمن، أو تقدّم إسلامهنّ وأُعتقن

---

(١) هو مختار الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٢٧١.

(٢) بين المعقوفتين لم يرد في خ ٢.

ثمّ أسلم، الباب واحد، إنّما يراعى اجتماع إسلامه وإسلامهنّ.

إذا تزوّج العبد في حال الشرك ستّاً: أمتين وكتابيّتين ووثنيّتين، فأسلم وأسلمن معه، فقد اجتمع عنده ستّ مسلمات، وكنّ ثلاثة أصناف: أمتان وحرّتان كتابيّتان ووثنيّتان:

فإن لم يخترن فراقه أمسك أيّ اثنتين شاء، وأمّا الأمتان فليس لهما أن يختارا فراقه، لأنّه مملوك وهما مملوكتان، فلا مزيّة لهما عليه. فأمّا الحرائر فهل لهنّ أن يخترن فراقه؟ فمذهبنا أنّ لهنّ الاختيار، وقال قوم: لاخيار لهنّ[1]. والأوّل أصحّ.

فإن اخترن فراقه بقي عنده أمتان، فله إمساكهما، لأنّه يجوز للعبد أن يتزوّج بأربع إماء، وعند المخالف بأمتين[2]. ومن قال: لاخيار لهنّ، اختار العبد أيّ اثنتين شاء حرّتين أو أمتين، أو حرّة وأمة أيّ صنف شاء.

إذا تزوّج العبد أربع إماء في الشرك ففيه مسألتان، إحداهما: أسلمن أوّلاً ثمّ أُعتقن وتأخّر العبد في الشرك. الثانية: أسلم العبد أوّلاً وتأخّرن فأُعتقن في الشرك.

فالأُولى: إذا أسلمن فأُعتقن وتأخّر العبد كان لهنّ خيار الفسخ، لأنّ الأمة إذا أُعتقت تحت العبد كان لها الخيار.

فإذا ثبت أنّ لهنّ اختيار الفسخ فإمّا أن يخترن الفسخ، أو يسكتن، أو يخترن المقام.

فإن اخترن الفسخ انقطعت العصمة بينهنّ وبين الزوج، ويكملن عدّة الحرائر، وإن سكتن لم يسقط خيارهنّ وكان على التراخي، فإن أقام الزوج على الشرك حتّى انقضت العدّة وقع الفسخ باختلاف الدين، وكان ابتداء العدّة من حين الفسخ وهل تكمل عدّة حرّة؟ قيل: فيه قولان[3] أقواهما[4] لا يجب عليهنّ ذلك، لأنّ

---

(١) منهم أبو حامد المروزي كما نقله عنه في الحاوي الكبير ٩: ٢٧٣.

(٢) منهم ابن قدامة في المغني ٧: ٤٣٧، والسرخسي في المبسوط ٥: ١٢٤.

(٣) ذكرهما في الحاوي الكبير ٩: ٢٧٥ من دون أن يسمّي قائليهما.

(٤) ط: أقربهما.

الأصل براءة الذمّة.

وإن اخترن المقام معه ثبت نكاحهنّ، فيكون عبد تحته أربع حرائر، فله أن يختار اثنتين منهنّ، فإذا فعل ثبت نكاحهما وانفسخ نكاح الباقيتين من حين اختار وعليهنّ عدّة الحرائر من حين وقع الفسخ، هذا إذا سكتن.

فإن اخترن المقام معه كان هذا الاختيار كلا اختيار، فإن أقام الزوج على الشرك حتّى انقضت العدّة وقع الفسخ باختلاف الدين، وكان ابتداء العدّة من حين الفسخ، وهل تكمل عدّة الحرّة على قولين[١].

المسألة الثانية: إذا تقدّم إسلامه وتأخّرن في الشرك واُعتقن فحكم اختيارهنّ في الفسخ والمقام معه ذكرناه في المسألة الاُولى، يصحّ منهنّ اختيار الفسخ دون اختيار المقام، ولا يصحّ منهنّ اختيار فسخ ولامقام، ولهنّ الخيار حين يسلمن.

قال قوم: إنّ هذا صحيح، فإنّهنّ متى اخترن فراقه أو المقام معه فلاحكم له[٢]. وقال الباقون: إنّ الحكم فيها كالّتي قبلها، وإنّهنّ إن اخترن صحّ اختيار الفسخ لأنّهنّ اُعتقن تحت عبد[٣]. فعلى هذا يكون فيها الأقسام الثلاثة الّتي ذكرناها، وهذا أقوى.

إذا أسلم العبد وتحته أربع زوجات إماء فله الخيار أن يختار اثنتين عند المخالف[٤]. وعندنا له أن يمسكهنّ، فإن اُعتقن كان لهنّ خيار الفسخ لخبر بريرة[٥] والخيار على الفور دون التراخي، وفيهم من قال على التراخي.[٦]

ومعنى الفور أنّه متى أمكنها أن تختار فلاتفعل سقط خيارها. ومن قال على التراخي فكم مقداره؟ قيل: فيه ثلاثة أقوال، أحدها: مدّة الخيار ثلاثة أيّام.

---

(١) مضى ذكرهما قبيل هذا. (٢ و٣) راجع الحاوي الكبير ٩: ٢٧٥.

(٤) مضى نقله عن ابن قدامة في المغني ٧: ٤٣٧.

(٥) الكافي ٥: ٤٨٥ / ١، والسنن الكبرى للبيهقي ٧: ٢٢٣.

(٦) هو أحد الأقوال الّتي أوردها في الحاوي الكبير ٩: ٢٧٧.

والثاني: المدّة قائمة حتّى تمكّن من الوطء أو تصرّح بالرضا. والثالث: أن يكون منها ما يدلّ على الرضا[١] والفور أقوى.

ومتى ادّعت المرأة أنّها لم تعلم بالعتق فإن كان مثل ذلك يخفى قبل منها ـ مثل أن يكون في بلد وسيّدها في بلد آخر أو في قرية وهي في غيرها أو محلّتين متباعدتين ـ فيكون القول قولها مع يمينها، وإن كانت مع سيّدها في دار واحدة أو درب واحد فإنّ ذلك لايخفى عليها ولا يقبل قولها في ذلك.

وإن ادّعت جهالة الحكم، فقالت: «علمت العتق لكنّي ما علمت أنّ للأمة الخيار إذا أُعتقت» قيل: فيه قولان، أحدهما: لايقبل منها كخيار الردّ بالعيب في التزويج[٢].

الثاني: يقبل منها، لأنّ ذلك من علم الفقهاء ويخفى على العامّة[٣]. وهذا أقوى. وكلّ موضع قلنا: الجهالة مقبولة، فالقول قولها مع يمينها، فإن لم يقبل فالقول قول الزوج مع يمينه.

وأمّا إن أسلم وأسلمن معه أو كان عبد تحته أمة فأُعتقا معاً، فلاخيار لها بلاخلاف. وإن أُعتقت تحت عبد وقلنا خيارها على الفور فلم تعلم بذلك حتّى أُعتق العبد أو قال على التراخي فلم يختر حتّى أُعتق العبد فهل لها الخيار على قولين.[٤]

إذا تزوّج العبد أربع حرائر في الشرك فأسلم وأسلمن[٥] معه اثنتان وأُعتق ثمّ أسلمت الأُخريان بعد ذلك أو أسلمن كلّهنّ معه ثمّ أُعتق، كان له أن يختار منهنّ اثنتين ولا يزيد، لأنّ الاعتبار بحال ثبوت الاختيار، والاختيار ثبت له، وهو عبد، فإذا أُعتق لم يتغيّر قدر ما ثبت له بعتقه.

---

(١) نقلها في الحاوي الكبير ٩: ٢٧٧.

(٢ و٣) القائل بهما الشافعيّة كما في الحاوي الكبير ٩: ٢٧٧.

(٤) راجع المصدر السابق.

(٥) كذا في النسخ، والصحيح: وأسلمت.

كما أنّه لو أسلم الحرّ موسراً وعنده أربع زوجات إماء فلم يختر حتّى أُعسر لم يكن له أن يختار واحدة منهنّ اعتباراً بحال ثبوت الاختيار. ولو كان معسراً حين أسلمن معه فأيسر بعد ذلك كان له أن يختار واحدة منهنّ اعتباراً بحال ثبوت الاختيار ولا ينظر إلى تغيّر الحال فيما بعد.

فإذا تقرّر هذا قلنا له: «اختر أيّ اثنتين شئت ممّن أسلم معك أو تأخّر عنك» لأنّه اجتمع إسلامه وإسلامهنّ في العدّة، وقيل له: إن اخترت الآن أن تتزوّج باثنتين غيرهما لتصير تحتك أربع فافعل، لأنّك حرّ كامل، ولك استئناف العقد على أربع.

فرع هذه المسألة: إذا كان تحت عبد أربع حرائر فأسلم وأُعتق ثمّ أسلمن أو أسلمن أوّلاً ثمّ أُعتق ثمّ أسلم ثبت نكاح الأربع بغير اختياره، لأنّه في وقت ثبوت الاختيار حرّ وهنّ حرائر، فثبت نكاح الأربع، وإنّما ينفسخ نكاح من زادِ على العدد المجوّز استدامته وليس هاهنا زيادة.

إذا أسلم الحرّ وتحته أربع حرائر وأسلمن معه فقد ثبت نكاحهنّ بغير اختيار، فإن قال من بعد: «فسخت نكاحهنّ» لم يكن لذلك تأثير، سواء نوى بذلك طلاقاً أو لم ينو، لأنّ الطلاق عندنا لا يقع إلّا بصريح اللفظ. وعندهم يسأل فإن قال: «أردت الطلاق» طلّقن، لأنّ الفسخ كناية عن الطلاق[١]. وإن قال: «ما أردت الطلاق وإنّما أردت به فسخ النكاح وحلّه» قلنا: ليس له حلّه وفسخه بغير عيب[٢]. فإن اختلفا فقال: «ما أردت الطلاق» وقلن: «أردت الطلاق وقد طلّقنا» فعلى مذهبنا هذا لا يصحّ، وعلى مذهبهم القول قوله مع يمينه، فإن حلف ثبت نكاحهنّ، وإن نكل ردّت اليمين عليهنّ، فإن حلفن ثبت الطلاق وبنّ منه بالطلاق[٣].

إذا أسلم الحرّ وتحته خمس حرائر فأسلمن واحدة بعد واحدة فكلّما أسلمت واحدة قال لها: «قد اخترتك» ثبت نكاح الأربعة، والفسخ يقع بالخامسة.

(١ و٢) أوردهما الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٢٨٠.

(٣) راجع المصدر السابق.

حرّ تزوّج ثماني حرائر في الشرك، ثمّ أسلم وأسلم معه أربع، فهو بالخيار بين أن يختار إمساك أربع، وبين أن يصبر لما يكون من البواقي، لأنّ له غرضاً في انتظارهنّ لكونهنّ أحبّ إليه منهنّ. فإن اختار الأربع ثبت وانقطع عصمة البواقي، فإن أسلمن وقع الفسخ من حين اختيار الأربع، وإن أسلمن حين انقضت عدّتهن وقع الفسخ باختلاف الدين. وإن توقّف نظرت:

فإن أسلمن كان له اختيار[1] أيّ أربع شاء فإذا فعل انفسخ نكاح البواقي. وإن لم يسلمن حتّى ماتت الأربع اللاتي أسلمن ثمّ أسلم البواقي كان له أن يختار أربعاً أيّ أربع شاء، فإن أحبّ اختيار الموتى صحّ وانفسخ نكاح البواقي، لأنّ الاختيار لايجدّد عقداً، وإنّما يتبيّن به من كان صحيح النكاح منهنّ.

إذا أسلم الرجل وتحته زوجات حرائر، فقال حين أسلم: «كلّما أسلمت واحدة فقد اخترت فسخ نكاحها» فقد علّق ذلك بإسلامها فقال بعضهم: إن لم يكن له نيّة بل أراد فسخ النكاح وحلّه لم يصحّ، لأنّه تعليق فسخ بصفة والفسخ لا يتعلّق بالصفات[2]. كما لو قال: «إن دخلت الدار فقد فسخت نكاحك» ولم يرد طلاقاً، وهذا الأقوى الّذي يقتضيه مذهبنا.

فأمّا إن نوى طلاقاً كان طلاقاً عندهم، فكلّما أسلمت واحدة كان فيما ذكره اختيار لنكاحها، وإيقاع الطلاق عليها، والطلاق يصحّ تعليقه بالصفة بصريح اللفظ والكناية[3].

فعلى هذا إذا نوى الطلاق وأسلم أربع ثبت نكاحهنّ بهذا، وطلّقن بعد ثبوته وانفسخ نكاح البواقي، وعندنا أنّ ذلك لايقع به طلاق، لأنّ الطلاق بشرط لايقع. وإذا لم يكن طلاقاً فالخيار باق فيمن أسلم منهنّ وفيمن لم يسلم، ومنهم من قال:

---

(١) ط: أن يختارهنّ.

(٢ و٣) ذكر القولين في الحاوي الكبير ٩: ٢٨٢ ونسب ثانيهما إلى ظاهر كلام الشافعي.

لا يصحّ تعليق الفسخ بالصفات، ولاتعليق طلاقهنّ بالصفة[١] أمّا تعليق الفسخ بالصفة فلا يجوز لما مضى، وأمّا تعليق طلاقها بصفة فلا يجوز، لأنّ معناه اختيار نكاحها وإثبات له، وإيقاع طلاق بعد ثبوته، وإثبات النكاح بالصفات لايصحّ.

وأمّا كيفيّة الاختيار فجملته أنّه إذا أسلم وتحته أكثر من أربع فلفظ الاختيار أن يقول لها: «أمسكتك أو أمسكت عقد نكاحك، أو ثبّتّك أو ثبّتّ عقد نكاحك، أو اخترتك أو اخترت عقد نكاحك» وأيّ الثلاثة قال فهو اختيار منه. فإذا قال: «هذا لواحدة بعد واحدة» حتّى انتهى إلى أربع ثبت نكاح الأربع، وزال نكاح البواقي. وهكذا لو قال لأربع: «أمسكتكنّ، أو أمسكت عقد نكاحكنّ، أو ثبّتّكنّ، أو ثبّتّ عقد نكاحنّ، أو اخترتكنّ، أو اخترت عقد نكاحكنّ» ثبت نكاحهنّ وزال نكاح البواقي.

وإن قال لأربع: «فارقتكنّ»، زال نكاحهنّ وثبت نكاح الأربع البواقي، لأنّ قوله: «فارقتكنّ أو اخترت فراقكنّ» معناه لست أختاركنّ واخترت الأربع البواقي. وإن قال لأربع: «طلّقتكنّ» ثبت نكاحهنّ، وطلّقن بعد ثبوته، لأنّ تحت قوله: «طلّقت» اختياراً منه لنكاحهنّ وإيقاع طلاق بعد ثبوته.

هذا إذا كنّ ثمانياً. فإذا كنّ اثنتي عشرة امرأة فقال لأربع منهنّ: «أمسكتكنّ، اخترتكنّ، ثبّتّكنّ» ثبت نكاحهنّ وانفسخ نكاح البواقي. وإن قال لأربع: «اخترت فراقكنّ» كان فسخاً لنكاحهنّ بغير طلاق، وتبقى ثمانية قد مضى الكلام عليهنّ. فإن طلّق أربعاً ثبت نكاحهنّ وطلّقن بعد ثبوته، وانفسخ البواقي فهذا الاختيار بالقول.

فأمّا الاختيار بالفعل فإن وطئ واحدة منهنّ فهل يكون اختياراً أم لا؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: يكون اختياراً، كما لو باع أمته بشرط الخيار فوطئها قبل

---

(١) هو ظاهر قول أبي عليّ بن هريرة وطائفة من الشافعية، راجع الحاوي الكبير ٩: ٢٨٢.

القبض، كان وطؤه فسخاً للبيع، وردّ إلى ملكه[١]. والثاني: لايكون اختياراً، لأنّ الاختيار بمنزلة ابتداء عقد، والنكاح لا ينعقد إلّا بالقول، فكذلك الاختيار[٢].

والّذي يقتضيه مذهبنا أنّ الوطء يكون اختياراً كما نقول في الرجعة. فعلى هذا إذا وطئ أربعاً ثبت نكاحهنّ وانفسخ نكاح البواقي، وعلى القول الآخر لايكون اختياراً، ويقال له: اختر الآن أربعاً، فان اختار من وطئها منهنّ ثبت نكاحها ولا مهر لها، وإن اختار غير من وطئ فإن اختار[٣] أربعاً ثبت نكاحهنّ، وعليه لكلّ واحدة من اللواتي وطئها مهر مثلهنّ، لأنّه وطء صادف غير ملكه بشبهة.

إذا أسلم وعنده ثماني[٤] نسوة أسلمن معه، كان اختيار أربع واجباً عليه ومفارقة البواقي، فإن فعل وإلّا أجبره السلطان عليه، لأنّ المسلم لا يجوز له أن ينكح أكثر من أربع، ولا أن يستديم أكثر من أربع، وللسلطان حبسه تعزيراً عليه في ترك الواجب، فإن فعل وإلّا أخرجه وعزّره بالضرب، فإن فعل وإلّا ردّه إلى الحبس والضرب حتّى يختار، لأنّه حقّ لا يختار إلاّ من جهته.

وهكذا من وجب عليه دين حالّ وعرف له مال يستره ولم يكن له مال سواه، فإنّ السلطان يجبره على قضاء الدين، فإن فعل وإلّا حبسه تعزيراً، فإن فعل وإلّا أخرجه وعزّره، ولايزال يحبسه ويعزّره حتّى يظهر المال ويقضى الدين مثل الاختيار سواء. فإن جنّ في الحبس أطلقه، لأنّ المجنون لا اختيار له. فإذا أفاق أجبره على الاختيار، فإن فعل وإلّا حبسه وعاد إلى ما كان عليه من تكرير الحبس والتعزير، ولا يزال أبداً كذلك حتّى يفعل.

وأمّا النفقة فعليه نفقة الكلّ حتّى يعيّن الزوجات منهنّ، لأنّهنّ تحته عن عقد

(١ و ٢) نقلهما في الحاوي الكبير ٩: ٢٨٤، من دون أن يرجّح أحدهما على الآخر.

(٣) بعض المخطوطات: واختار.

(٤) بعض المخطوطات: ثمان.

نكاح وهنّ كلّهنّ في حكم الزوجات، بدليل أنّ له أن يختار أربعاً من أيّهنّ شاء. فإن لم يختر حتّى مات وهنّ عنده فعليهنّ العدّة فتعتدّ كلّ واحدة أقصى الأجلين من أربعة أشهر وثلاثة أقراء، لأنّ فيهنّ أربع زوجات مات عنهنّ وأربع عنده بنكاح فاسد، فعدّة المتوفّى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً، وعدّة المفسوخ نكاحها الأقراء، فإن لم تعرف أيّ عدّة عليها ألزمناها أقصى الأجلين ليقضي العدّة بيقين.

فإذا ثبت هذا لم يخل من ثلاثة أقسام: إمّا أن يكنّ[1] حوامل، أو حوائل من ذوات الشهور، أو من ذوات الأقراء. فإن كنّ حوامل فعدّة كلّ واحدة عندنا أبعد الأجلين من وضع الحمل أو أربعة أشهر وعشراً، وعند المخالف وضع الحمل فقط[2]. وإن كنّ من ذوات الشهور فعلى كلّ واحدة أقصى الأجلين، وهو[3] أربعة أشهر وعشراً بلا خلاف. وإن كنّ من ذوات الأقراء فعليهنّ أيضاً أقصى الأجلين من انقضاء الأقراء[4] وعدّة الوفاة. ولا يجب عليها عدّتان بل عدّة واحدة أبعد الأجلين.

وهكذا القول فيمن له أربع زوجات فطلّق واحدة منهنّ لابعينها، ثمّ مات قبل الاختيار، فإنّ على كلّ واحدة منهنّ أقصى الأجلين.

فأمّا الكلام في الميراث فإنّا نوقف لهنّ ميراث أربع زوجات الربع مع عدم الولد والثمن مع وجوده، لأنّا نعلم أنّ فيهنّ أربع زوجات، لكن لا نعلم أعيانهنّ فيوقف حتّى يصطلحن، فإن اصطلحن عليه أعطينا كلّ واحدة ثمن الموقوف، لأنّ كلّ واحدة منهنّ يمكن أن تكون زوجة.

فإذا تراضين بالقسمة بالسويّة قسمنا بينهنّ، وإن أبين القسمة وجاء بعضهنّ

---

(١) ط وعدّة من النسخ: أن تكون.

(٢) هو مختار الشافعيّة كما في الحاوي الكبير ٩: ٢٨٥.

(٣) بعض المخطوطات: وهي.

(٤) بعض النسخ: أو.

فطلبت حقّها نظرت، فإن جاءت واحدة أو أربع لم يعطهنّ شيئاً لجواز أن يكون الزوجات غيرهنّ، وإن جاء منهنّ خمس يطلبن حقّهنّ أعطاهنّ ربع الموقوف ميراث زوجة واحدة، لأنّا نعلم أنّ في الخمس زوجة ولا نعرف عينها، فإن رضين بذلك أعطاهنّ بشرط أن لا حقّ لهنّ فيما بقي، فإذا أخذن ذلك وقف الباقي للبواقي، فإن جاء منهنّ ستّ أعطاهنّ نصف الموقوف لما مضى.

فإن كان فيهنّ مولّى عليها، لم يكن لوليّها أن يأخذ لها أقلّ من ثمن الموقوف لأنّ لها ثمن ذلك، وهو نصف ميراث زوجة[١] ولا يقبل لها دونه، لأنّ الوليّ إنّما يقبل[٢] ما فيه الحظّ لها ولا حظّ لها في ترك حقّها.

وإن كنّ ثماني[٣] أربع وارثات وأربع لايرثن، مثل أن كنّ[٤] تحته أربع كتابيّات وأربع وثنيّات، فأسلم وأسلمن معه الوثنيّات، وأقمن الكتابيّات على الشرك، فإنّ الكتابيّات لايرثن المسلم وهنّ على الزوجيّة.

وقال بعضهم: لايوقف لهنّ شيئاً، لأنّ الإيقاف إذا علمنا قطعاً أنّ فيهنّ أربع وارثات ولا نعرف أعيانهنّ فأمّا هاهنا فلسنا نعرف أنّ فيهنّ وارثات قطعاً، لجواز أن تكون الزوجات من لا يرثنه وهنّ الكتابيّات، فلهذا لم نقف لهنّ شيئاً[٥]. وهذا قريب.

فأمّا إن ماتت واحدة منهنّ قبل الاختيار فالأمر إليه، فإن اختارها زوجة ورثها، وإن لم يخترها لم يرثها، لجواز أن لا تكون زوجة. فإن مات أربع منهنّ كان مثل ذلك، فإن متن كلّهنّ قبل الاختيار كان الأمر أيضاً مثل ذلك.

فإن اختار أربعاً منهنّ ورثهنّ دون من لم يخترهنّ زوجة، فإن مات ومتن

---

(١) بعض النسخ: زوجته. (٢) خ ٢، وبعض النسخ: يفعل.

(٣) كذا في النسخ، وهي من حيث قبولها الصرف وعدمه مختلف فيها بين النحاة.

(٤) بعض النسخ: أن تكون.

(٥) هذا قول أبي القاسم الداركي من الشافعية كما في الحاوي الكبير ٩: ٢٨٦.

بعده كان ميراثهنّ على ما مضى لورّاثهنّ، وإن متن أوّلاً ثمّ مات هو قبل الاختيار، لم يكن لوارثه اختيارهنّ لأنّه ليس لهم[١] الاختيار، والأولى أن يستعمل القرعة فأيّ أربع منهنّ خرج اسمهنّ ورّثناه منهنّ، وينتقل منه إلى ورثته.

إذا تزوّج المشرك وثنيّة أو مجوسيّة ثمّ أسلم بعد الدخول بها وقف الفسخ على انقضاء العدّة، فإن تزوّج عليها أُختها أو عمّتها أو خالتها[٢] أو أربعاً سواها في عدّتها فالنكاح باطل، إذا كان بغير رضاهما عندنا، ووقع على الأربع في حالة واحدة. وهكذا لو تزوّج أربع وثنيّات ثمّ أسلم بعد الدخول بهنّ فتزوّج خامسة في عدّتهنّ فالنكاح باطل.

وقال بعضهم: النكاح موقوف، فإن أسلمت قبل انقضاء العدّة بان أنّ النكاح وقع باطلاً، وإن لم تسلم حتّى انقضت العدّة بان أنّ النكاح على أُختها وقع صحيحاً[٣]. والأوّل أقوى.

وأمّا المرتابة ففيها ثلاث مسائل، إحداها: ارتابت بنفسها في عدّتها، فإن ظهرت أمارات الحمل واتّصلت الريبة بها حتّى انقضت[٤] الأقراء وهي على الريبة، فإن تزوّجت على هذه الصفة فالنكاح باطل.

الثانية: انقضت العدّة ولا ريبة لها فتزوّجت ثمّ ظهرت الريبة، فالنكاح صحيح ما لم يتحقّق الحمل.

الثالثة: انقضت العدّة ولا ريبة ثمّ ارتابت فنكحت وهي مرتابة، فهل يصحّ النكاح أم لا؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: يصحّ[٥] والآخر: لا يصح[٦]. والأوّل أصحّ.

إذا أسلمت الوثنيّة وأقام الزوج على الشرك فتزوّج أُختها في عدّتها فالنكاح

---

(١) بعض الخطوطات: له.
(٢) خ ٢: أو بنتها أو خالته بدل: «أو عمّتها أو خالتها».
(٣) منهم الشافعي كما في مختصر المزني، والحاوي الكبير ٩: ٢٨٧.
(٤) خ ٢ وبعض النسخ: مضت.
(٥ و٦) راجع الأمّ ٥: ٢٢٠، والمدوّنة الكبرى ٢: ٤٢٧.

هاهنا موقوف، فإذا أسلم بعد انقضاء العدّة ثبت نكاح الثانية، لأنّه أسلم بعد أن انفسخ الأُولى، فإن أسلم في عدّة الأُولى كان الخيار إليه في إمساك أيّتهما شاء كما لو عقد عليهما معاً في الشرك. ويفارق الأُولى إذا تقدّم إسلامه على إسلامها، لأنّه مسلم فلا ينعقد نكاحه على أُخت زوجته، ولا على اخت من يجري إلى البينونة، وليس كذلك هذه، لأنّها أسلمت وزوجها على الشرك فلم يبطل العقد على أُختها فبان الفصل بينهما.

إذا تزوّج المشرك حرّة فأسلمت الزوجة بعد الدخول بها، كان لها عليه النفقة حال عدّتها، لأنّه لا دليل على سقوطه، فإن أسلم قبل انقضاء العدّة كانا على النكاح ولها النفقة لما مضى من عدّتها، فإن انقضت العدّة قبل إسلامه بانت وعليه نفقة العدّة لما مضى، وانقطعت النفقة في المستقبل.

وأمّا إن تقدّم إسلامه فلا نفقة لها، لأنّها منعت نفسها بمعصيتها، فإن لم تسلم حتّى انقضت عدّتها بانت باختلاف الدين، ولا نفقة لها. وإن أسلمت في عدّتها فلها النفقة من حين أسلمت، لأنّها زوجته، وهل عليه نفقتها لما مضى؟ على قولين[1] أقواهما أنّه لايلزمه، لأنّه لا دليل عليه. فإن اختلفا فالقول قوله مع يمينه إذا ادّعت أنّها أسلمت قبل انقضاء العدّة وطالبت بالنفقة، وادّعى أنّها أسلمت بعدها.

فإذا أسلم أحدهما قبل صاحبه وأسلم الآخر بعد انقضاء العدّة واختلفا في عين السابق فقال الزوج لها: «أنا سبقت فلا نفقة لك» وقالت: «بل أنا سبقت ولي النفقة» قيل: فيه وجهان:

أحدهما: القول قولها، لأنّ الأصل بقاء النفقة، فلا يسقط إلّا بدليل. والثاني: القول قول الزوج، لأنّ النفقة إنّما تجب يوماً بيوم، كلّ يوم تجب عند صلاة الغداة[2].

---

(١) أورد القولين الماوردي عن الشافعي في الحاوي الكبير ٩: ٢٨٨، واختار في الأُمّ عدم لزومها.
(٢) راجع الحاوي الكبير ٩: ٢٩٨، والمغني لابن قدامة ٧: ٥٣٩.

فإذا اختلفا كان اختلافاً في ثبوت الوجوب، فالزوج يقول: «ما وجبت» وهي تقول: «قد وجبت» والأصل أن لا وجوب حتّى يقوم دليل، فلهذا كان القول قوله. وهذا أقوى.

المسائل الّتي مضت، مفروضة إذا كان بعد الدخول. فأمّا إذا كان قبل الدخول ففيه ثلاث مسائل:

إحداها: أسلم الزوج أوّلاً قبل الدخول نظرت، فإن كان تحته كتابيّة فهما على النكاح، وإن كان وثنيّة أو مجوسيّة وقع الفسخ في الحال. فأمّا الصداق، فإن كان لها مسمّى صحيحاً[1] فلها نصفه، وإن كان فاسداً فلها نصف مهر مثلها، وإن كانت مفوّضة وهو إن لم يسمّ لها مهراً صحيحاً ولا فاسداً فلها المتعة.

الثانية: أسلمت الزوجة أوّلاً فالفسخ يقع في الحال، كتابيّة كانت أو غير كتابيّة كتابيّاً كان الزوج أو غير كتابي، لأنّ الكافر لا يتزوّج مسلمة. وأمّا المهر فقد سقط بكلّ حال، لأنّ الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول.

الثالثة: أسلما معاً ولم يسبق أحدهما صاحبه، فالنكاح بحاله، لأنّ الدين ما اختلف.

إذا كان تحته مجوسيّة أو وثنيّة، ففيه ثلاث مسائل:

إحداها: اتّفقا على أنّ أحدهما أسلم قبل صاحبه قبل الدخول ولم يعلما عين السابق، فالنكاح قد انفسخ، لأنّه اختلاف دين قبل الدخول. فأمّا المهر فإن كان مقبوضاً ردّ نصفه، لأنّ نصفه للزوج قطعاً. وإن لم يكن مقبوضاً وكان في ذمّة الزوج فلا حقّ لها فيه، لأنّها لا تدّعيه، لأنّها تقول: «لست أعلم أنّك أسلمت أوّلاً فلي نصف المهر، أو أسلمت أوّلاً فلا شيء لي» ومن قال: «لا أعلم هل لي الحقّ أم لا» فإنّه لا يدّعيه فلا حقّ لها فيه. وإذا كانت قبضته، فإن كانت أسلمت قبله فلا حقّ لها

---

(١) بعض النسخ: صحيح.

فيه، وإن كان أسلم قبلها[١] فلها نصفه، والنصف له حقيقة، فوجب ردّه، والنصف الآخر لا شيء له فيه، لأنّه لايدّعيه فإنّه يقول: «لست أدري هل أسلمت قبلي فلا شيء لها أو[٢] أسلمت قبلها فلها نصف المهر» فنصف المهر هاهنا ككلّه إذا لم يكن مقبوضاً، فلهذا لم يردّ كلّه عليه.

الثانية: اختلفا فقالت: «أسلم الزوج أوّلاً فلي النصف من المهر» وقال: «بل أسلمت أوّلاً فلا شيء لها» فالقول قولها، ولها نصف المهر، لأنّ ما يقول كلّ واحد منهما ممكن، والأصل بقاء المهر حتّى يعلم سقوطه.

الثالثة: اختلفا فقالت: «أسلم أحدنا قبل صاحبه فانفسخ النكاح» وقال: «بل أسلمنا معاً فالنكاح بحاله» قيل: فيه، قولان، أحدهما: القول قول الزوج[٣] والثاني: القول قولها[٤] والثاني أقوى، لأنّ الأصل بقاء الزوجيّة وانفساخها يحتاج إلى دليل.

إذا نكحها في الشرك نكاح المتعة وأسلما قبل انقضاء المدّة أُقرّا عليه عندنا، وعند جميع المخالفين لا يقرّان عليه[٥]. وإن أسلما بعد انقضاء المدّة فقد مضى وقت المتعة.

وإن تعاقدا النكاح بشرط الخيار مثل أن قالا: «على أنّ لنا الخيار أبداً، أو لأحدهما» فهو باطل بالإجماع. وإن كان بخيار[٦] الشرط نظرت، فإن أسلما في المدّة بطل لأنهما أسلما في حال لا يعتقدان لزومه، وإن أسلما بعد انقضائها أُقرّا عليه لأنّهما أسلما حال اعتقاد لزومه.

وإن نكحها في حال العدّة ثمّ أسلما، فإن أسلما بعد انقضائها أُقرّا عليه لأنّهما يعتقدان لزومه، وإن كان إسلامهما قبل انقضائها بطل، لأنّها على صفة لايجوز أن

---

(١) ليس في أكثر النسخ: «قبلها».
(٢) في عدّة من النسخ: «أم».
(٣ و ٤) الأوّل مختار المزني في مختصره، ونقل الثاني في الحاوي الكبير ٩: ٢٩١ راجعهما.
(٥) منهم ما حكاه الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٢٩٣.
(٦) خ ٢ وبعض النسخ: وان كانت.

يبتدئ نكاحها بعد إسلامه.

فإن اغتصب حربي حربيّة على نفسها أو طاوعته وأقاما معاً على هذا بلا عقد لم يقرّا عليه إذا أسلما على هذه الصفة، لأنّهما لا يعتقدانه نكاحاً.

فإن أسلم الزوج وتحته زوجة ثمّ ارتدّ الزوج بعد إسلامه قبل انقضاء عدّتها، فإن أقامت على الشرك حتّى انقضت عدّتها من حين أسلم انفسخ النكـاح، وإن أسلمت وهو مرتدّ زال باختلاف الدين بإسلامه.

فإن أقام على الردّة حتّى انقضت عدّتها بانت من حين ردّته، وإن رجع تبيّنّا أنّه لم تزل زوجيّته، ولا نفقة لها قبل إسلامها، وإذا أسلمت وهو مرتدّ وجبت نفقتها عليه، لأنّ التفريط منه.

وإن كان عنده ثماني نسوة فأسلم وأسلمن معه فارتدّ، وقـف الفسـخ عـلى انقضاء العدّة، فإن أراد أن يختار منهنّ أربعاً لم يكن له، لأنّ الاختيار بمنزلة ابتداء نكاح، وليس للمرتدّ أن يتبدئ النكاح على المسلمة، فإن أقام على الردّة حـتّى انقضت العدّة، انفسخ نكاحهنّ من حين ردّته، وإن رجع إلى الإسلام قيل له: اختر الآن أربعاً منهنّ.

إذا أسلم وعنده ثماني نسوة فطلّق واحدة منهنّ أو ظاهر منها أو آلى منها أو قذفها لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن قال هذا وقد أسلمن معه أو لم يسلمن معه، فإن قال هذا وقد أسلمن معه فالّتي طلّقها وقع بها الطلاق، وكانت الطلقة اختياراً منه لها وإيقاع الطلاق بعد الاختيار.

وأمّا الظهار والإيلاء فلا يكون فيه الاختيار لأنّه لايختصّ بـالزوجات بأن يقول هذا لزوجته، ويقول لأجنبيّة منه، ألاترى أنّه لو حلف لاوطئ أجنبيّة فتزوّج بها فوطئها كان عليه الكفّارة.

فإذا ثبت هذا، فإن اختارها ثبت ظهارها والإيلاء منها، ويكون ابتداء المدّة

من حين الاختيار، وإن اختار غيرها لم يتعلّق بها حكم إيلاء ولا ظهار، ويقتضي مذهبنا أنّ ذلك يكون اختياراً، لأنّ الظهار والإيلاء لا يصحّان عندنا إلّا في الزوجات.

وأمّا القذف فقد قذف مسلمة، فإن اختارها فهي زوجته، وقد قذفها فعليه الحدّ إلّا أن يسقطه عن نفسه بالبيّنة أو اللعان، وإن اختار غيرها فقد قذف أجنبيّة فعليه الحدّ إلّا أن يقيم البيّنة.

هذا إذا كان هذا وقد أسلمن معه. فأمّا إن قال هذا قبل إسلامهنّ لم يتعلّق به حكم لكن ينظر فيه، فإن لم يسلمن حتّى انقضت عدّتهنّ فلا طلاق ولا ظهار ولا إيلاء، وأمّا القذف فقد قذف مشركة فعليه التعزير إلّا أن يقيم البيّنة.

وأمّا إن أسلمن بعده قيل له: اختر أربعاً، فإذا اختار، فإن كانت هذه ممّن يختار فالحكم فيه كما لو لم تسلم حتّى انقضت عدّتها، وإن اختارها ثبت الطلاق وكان اختياراً، وكذلك الظهار والإيلاء لأنّا تبيّنّا أنّه فعل هذا مع زوجته. وأمّا القذف فعليه التعزير، لأنّه قذف مشركة ثمّ أسلمت وهي زوجته، فإمّا أن يقيم البيّنة أو يلاعن.

إذا ارتدّ أحد الزوجين قبل الدخول وقع الفسخ في الحال بلا خلاف، وينظر، فإن كان الّذي ارتدّ الزوج فعليه نصف المسمّى إن كان صحيحاً، ونصف مهر المثل إن كان فاسداً والمتعة إن لم يسمّ لها مهراً صحيحاً ولا فاسداً. وإن كان الّذي ارتدّ هو الزوجة فلا مهر لها بحال لأنّ الفسخ كان من قبلها قبل الدخول، وأمّا إن كان الارتداد بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العدّة، فإن رجع إلى الإسلام في العدّة فهما على النكاح، وإن لم يرجع حتّى انقضت العدّة وقع الفسخ بالارتداد.

وفيهم[1] من قال: يقع الفسخ في الحال، ولا يقف على انقضاء العدّة[2]. وهذا مذهبنا فيمن ولد على فطرة الإسلام، فإنّه يجب عليه القتل ولا يستتاب.

وإن ارتدّا معاً كان الحكم أيضاً مثل ذلك في أنّهما إن كانا عن فطرة الإسلام

---

(١) بعض النسخ: ومنهم.

(٢) منهم أبو حنيفة كما نقله عنه في الحاوي الكبير ٩: ٢٩٥.

ارتدّا وجب قتلهما، وإن كان عن إسلام قبل شرك فإنّهما يستتابان وحكمهما ما قدّمناه. ومن أوقع الفسخ في الحال قال: القياس يقتضي إيقاع البينونة في الحال لكن لا نوقعه استحساناً.(١)

إذا ارتدّا أو أحدهما فليس له وطؤها في الردّة، فإن خالف وفعل فإن أقام على الردّة حتّى انقضت العدّة فعليه المهر، لأنّا تبيّنّا(٢) أنّه وطئ أجنبيّة منه وطء شبهة، وإن رجع إلى الإسلام في العدّة فهما على النكاح ولا مهر عليه.

أنكحة المشركين صحيحة، فإن تزوّج مشرك بمشركة ثمّ طلّقها ثلاثاً لم تحلّ له إلّا بعد زوج، فإن تزوّجت بمشرك ودخل بها أباحها للأوّل(٣). وهكذا لو تزوّج مسلم كتابيّة ثمّ طلّقها ثلاثاً فتزوّجت في الشرك ودخل بها أباحها لزوجها المسلم، وفيه خلاف(٤).

قد بيّنّا أنّ نكاح أهل الشرك صحيح، فإذا أسلموا أُقروّا على ما يجوز في شرع الإسلام، وأمّا مهورهم فإن كانت صحيحة ثبتت، قبضت أولم تقبض، وإن كانت فاسدة وتقابضوا أُقرّوا عليه، وإن كان المقبوض بعضه سقط بقدره من مهر المثل.

إذا تزوّج كتابي بمن لا كتاب لها كالمجوسيّة أو الوثنيّة ثمّ ترافعا إلينا، فإن كان بعد إسلامهم أُقرّوا عليه، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله لم يستفصل غيلان حين أسلم وتحته عشر فقال له: أمسك أربعاً وفارق سائرهنّ(٥) وإن ترافعوا إلينا قبل الإسلام أقررناهم عليه، وقال شاذّ منهم: لا يقرّون عليه.(٦)

كلّ فرقة كان موجبها اختلاف الدين كان فسخاً لا طلاقاً، وفيه خلاف.(٧)

---

(١) راجع الحاوي الكبير. (٢) خ ٢ وبعض النسخ: بيّنّا. (٣) خ ٢ وبعض النسخ: الأوّل.
(٤) راجع الحاوي الكبير ٩: ٣٠٢، والمغني لابن قدامة ٧: ٥٦٣، وقال الشافعي بالإباحة كما في الأمّ ٥: ٢٤٩. (٥) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ١٨١.
(٦) كما نقله في الحاوي الكبير ٩: ٣٠٢.
(٧) راجع الحاوي الكبير ٩: ٣٠١، وقال مالك في المدوّنة الكبرى ٢: ٢٩٨، بالفسخ.

كلّ من خالف الإسلام لا يحلّ مناكحته ولا أكل ذبيحته على الصحيح من المذهب، وفي أصحابنا من أجازهما[١] وهو مذهب جميع المخالفين إذا كان ممّن يقرّ على دينه ببذل الجزية.

وأمّا الوثني فلا يحلّ مناكحته ولا أكل ذبيحته، ولا يقرّ ببذل الجزية بلا خلاف. والمجوسي كالوثني في جميع الأحكام إلّا في باب الإقرار على دينه ببذل الجزية، فإنّهم يقرّون عليه.

ومن تولّد بين كتابي وغير كتابي نظرت، فإن كانت الأُمّ كتابيّة والأب غير كتابي لم تحلّ ذبيحته عندنا وعند بعضهم[٢]. وقال بعضهم: يحلّ[٣]. وكذلك حكم النكاح سواء.

إذا ترافع مشركان إلى حاكم المسلمين لم يخل من ثلاثة أحوال: إمّا أن يكونا ذمّيّين، أو مستأمنين، أو ذمّيّاً ومستأمناً. فالذمّي من له ذمّة مؤبّدة، والمستأمن من دخل إلينا بأمان، ويسمّى الذمّي أهل العهد.[٤]

فإن ترافع إليه ذمّيّان لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن يكونا من أهل ملّة أو ملّتين.

فإن كانا من أهل ملّة واحدة يهوديّين أو نصرانيّين أو مجوسيّين فهل عليه أن يحكم بينهما؟ قيل فيه: قولان، أحدهما: يجب عليه[٥]. والثاني: بالخيار بين أن يحكم بينهم أو يعرض عنهم[٦] وعندنا أنّه مخيّر بين أن يحكم أو يردّهم إلى أهل ملّتهم.

فمن قال: يجب أن يحكم بينهم إذا استعدى واحد منهم على صاحبه، فعلى الحاكم أن يعدى عليه، وعلى الخصم أن يجيب الحاكم، ويحضر الحكم بينه وبين خصمه.

---

(١) منهم الصدوق في الهداية: ٢٥٨، والمقنع: ٣٠٨.

(٢ و٣) مذهب الشافعي أنّه لا يحلّ كل ذبيحته ولا ينكح، وأبو حنيفة قائل بحلّيتها راجع الحاوي الكبير ٩: ٣٠٤. (٤) بعض النسخ: العهدة.

(٥) هذا قول الشافعي في الجديد واختاره المزني حيث نقله عنهما في الحاوي الكبير ٩: ٣٠٧.

(٦) هذا قول الشافعي في القديم كما نقله عنه في الحاوي الكبير ٩: ٣٠٧.

ومن قال: لايجب عليه، قال: لا يجب عليه أن يعدي له على خصمه، ولا يجب على الخصم أن يحضر، إن بعث إليه الحاكم، بل له[١] أن يمتنع ولا يحضر.

وإن كانا من أهلِ ملّتين، قيل: فيه[٢] قولان، منهم من قال: يجب[٣] وعندنا أنّها مثل الأُولى سواء. ومنهم من قال: إن كان من حقوق الله يلزمه على كلّ حال[٤]. ومنهم من قال: إن كان من حقوق الناس وجب، وإن كان من حقوق الله لايجب[٥].

فأمّا إن كانا مستأمنين، فإنّه لايجب عليه أن يحكم بينهما بلا خلاف، لعموم الآية[٦] والأخبار[٧].

فأمّا الكلام فيما يحكم به بينهم وكيفيّته فجملته أنّهما إذا ترافعا إليه في حكم من جميع الحقوق حكم بينهم بما يصحّ في شرعنا. فإذا ترافع إليه رجل وامرأته لم‌يخل من أحد أمرين: إمّا أن تكون في ابتداء النكاح، أو في استدامته فإن كان في ابتدائه وهو أن يستأنفا نكاحاً فإنّه يعقده لهم على ما يعقده للمسلمين، وعند بعضهم بوليّ رشيداً[٨] في دينه وشاهدي عدل ورضا الزوجة[٩]. والوليّ المناسب لها أولى بإنكاحها من كلّ أحد، ويعتبر العصبات كما يعتبره في المسلمين على السواء. فأمّا الشهود فلا يجوز إلّا من المسلمين، وعند بعضهم[١٠] يجوز بكافرين. وعندنا أنّ الشهادة ليست من شرط انعقاد النكاح، مثل ما قلناه في المسلمين سواء. وأمّا المنكوحة فمن يجبر، ولايجبر على ما مضى في المسلمين.

وأمّا الكلام في استدامته، فإذا ترافعا إلينا فإنّما ينظر إلى الحال، فإن كانت ممّا

---

(١) خ ٢: وله بدل: «بل له».
(٢) خ ٢ وبعض النسخ: فيها.
(٣ ـ ٥) فهذه الأقوال الثلاثة للشافعيّة الّتي نقلها الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٣٠٧ و٣٠٨.
(٦) المائدة: ٤٢.
(٧) التهذيب ٦: ٣٠٠ / ٤٦، الوسائل ٢٧: ٢٩٦ ب ٢٧ من أبواب كيفيّة الحكم، ح ١.
(٨) بعض النسخ: رشيد.
(٩) منهم ما حكى الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٣٠٩.
(١٠) في الحاوي الكبير ٩: ٣٠٩. بعد أن نسب عدم الصحّة إلى المسلمين نقل عن أبي حنيفة صحّته بشهود كفّار.

يجوز أن يبتدئ النكاح[١] عليها حكم بصحّته بينهما بعد أن يكون الواقع في الشرك يعتقدونه صحيحاً لازماً.

والأصل فيه: كلّ نكاح لو أسلما عليه أقرّا عليه فإذا ترافعا وهما مشركان معاً حكم بصحّته بينهما.

وأمّا المهر فينظر، فإن كان صحيحاً حكم بصحّته، مقبوضاً كان أو غير مقبوض. وإن كان فاسداً فإن كان مقبوضاً لزم واستقرّ. وإن لم يكن مقبوضاً سقط، وقضي بمهر المثل. وإن كان بعضه مقبوضاً نظر إلى قدره، فأسقطه من مهر المثل، فإن كان المقبوض نصف المهر سقط نصف مهر المثل، وقضي بنصف مهر المثل.

فإذا تقرّر هذا نظرت في المهر، فإن كان في التقدير عشر[٢] أزقاق خمر، وقد قبضت خمساً فكيف الاعتبار؟ قال قوم: أعتبره بالعدد، ولا أعتبره كيلاً[٣] وسواء كانت الأزقاق كباراً أو صغاراً أو صغاراً وكباراً، لأنّ الخمر لا قيمة له. ومنهم من قال: أعتبره بالكيل[٤].

وإن كان الصداق كلاباً أو خنازير وكان عشرة، وقد قبضت البعض ففي كيفيّة الاعتبار قيل: فيه ثلاثة أوجه: أحدها بالعدد، والثاني بالصغر والكبر، فيجعل كلّ كبير بصغيرين. وقال قوم: يعتبر بالقيمة[٥]. والّذي يقتضيه مذهبنا أنّ ذلك أجمع يعتبر بالقيمة عند مستحلّيه.

[ولو كان للكافر ابن صغير كان له تزويجه مثل المسلم][٦].

---

(١) بعض النسخ: في النكاح.

(٢) في بعض النسخ والحاوي الكبير ٩: ٣١١: عشرة.

(٣) منهم أبو إسحاق المروزي من أصحاب الشافعية كما في الحاوي الكبير ٩: ٣١١.

(٤) منهم أبو علي بن أبي هريرة كما في الحاوي.

(٥) والأوجه الثلاثة مذكورة في الحاوي الكبير ٩: ٣١١، والثالث منها مختار أبي العبّاس السريج.

(٦) بين المعقوفتين لم يرد في نسخة «ب».

[٦]

فصل في ذكر ما يستباح من الوطء و كيفيّته

مباشرة الحائض على ثلاثة أضرب: محرّم بلا خلاف، و مباح بلا خلاف، ومختلف فيه. فالمحظور بلا خلاف وطؤها في الفرج، لقوله تعالى: ﴿و لا تقربوهنّ حتّى يطهرن﴾[١] فإن خالف وفعل فقد عصى الله. و عليه كفّارة في أوّل الحيض بدينار، وفي وسطه بنصف دينار، و في آخره بربع دينار، وهل هو على جهة الوجوب أو الاستحباب؟ فيه خلاف بين أصحابنا[٢] أقواها أنّه مستحبّ.

وكلّ ما تكرّر منه وطء، فهل يجب عليه كفّارة أُخرى، أم لا؟ فيه خلاف أيضاً بين أصحابنا، منهم من قال: يتكرّر بتكراره[٣]. ومنهم من قال: لا يتكرّر[٤]. و هو الأقوى. فأمّا إذا وطئ ثمّ كفّر ثمّ عاد فوطئ فعليه كفّارة أُخرى، وفي تعلّق الكفّارة بهذا الوطء خلاف بين المخالفين.

وأمّا المباح فما عدا ما بين السرّة والركبة في أيّ موضع شاء من بدنها، والمختلف فيه ما بين السرّة والركبة غير الفرج، منهم من قال: هو محرّم[٥] ومنهم من قال: مباح[٦] وهو الظاهر من مذهبنا.

فإذا انقطع دمها فالمستحبّ أن لا يطأها حتّى تغتسل، و إن أراد ذلك أمرها بغسل الفرج أوّلاً ثمّ يطأها إن شاء، وفيهم من قال: لايجوز إلّا بعد الغسل أو

---

(١) البقرة: ٢٢٢.

(٢) والقائلون بالوجوب مثل الصدوق في المقنع: ٤٢٢ والمفيد في المقنعة: ٥٥ والسيّد في الانتصار: ١٢٦ وسلّار في المراسم: ٤٤ والصدوق في الفقيه ١: ٩٦.

(٣ و ٤) بعد التتبّع و الاستقراء في الآراء لم نظفر على المعاصرين للشيخ ﷺ وممّن قبله من الأصحاب القائلين بالتكرار وعدمه.

(٥ و٦) الأوّل قول أبي حنيفة، والثاني قول مالك و أبي عليّ و أبي إسحاق المروزي من أصحاب الشافعي كما في الحاوي الكبير ٩: ٣١٤.

التيمّم[١] وفيهم من قال: يجوز، ولم يعتبر غسل الفرج[٢] وفرّق بين أقلّ الحيض وبين أكثره.

والاستمناء باليد محرّم إجماعاً لقوله تعالى: ﴿إلّا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنّهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون﴾[٣] وهذا من وراء ذلك. وروي عنه عليه السلام أنّه قال: ملعون سبعة[٤] فذكر فيها[٥] الناكح كفّه.

إذا كان له إماء فطاف عليهنّ بغسل واحد جاز، والزوجات كذلك في الجواز، وإنّما فرض في الإماء لأنّ الزوجات لهنّ القسم إلّا أن يحللنه فيجوز. وروي عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه طاف على نسائه ليلة فاغتسل غسلاً واحداً[٦] وكنّ تسعاً، والمستحبّ أن يغسل فرجه ويتوضّأ وضوء الصلاة بلاخلاف.

يكره إتيان النساء في أحشاشهنّ ـ يعني أدبارهنّ ـ وليس بمحظور، وقال جميع المخالفين[٧]: هو محظور[٨] إلّا ما روي عن مالك وعن الشافعي في القديم من جوازه[٩].

والوطء في الدبر يتعلّق به أحكام الوطء في الفرج، من ذلك إفساد الصوم، ووجوب الكفّارة، ووجوب الغسل، وإن طاوعته كان حراماً محضاً كما لو أتى غلاماً، وإن أكرهها فعليه المهر، و يستقرّ به المسمّى، ويجب به العدّة ويخالف الوطء في الفرج في فصلين في الإحصان فإنّه لا يثبت ولايقع به الإباحة للزوج

(١ و ٢) الأوّل مذهب الشافعي، والثاني مذهب أبي حنيفة وهما مذكوران في الحاوي الكبير ٩: ٣١٤.
(٣) المؤمنون: ٦ و ٧. (٤) راجع عوالي اللآلئ ١: ٢٦٠.
(٥) في بعض النسخ: منها. (٦) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ١٩١ و ١٩٢.
(٧) بعض النسخ: الفقهاء، بدلاً عن: «المخالفين».
(٨) قال الماوردي: اعلم أنّ مذهب الشافعي و ما عليه الصحابة والفقهاء أنّ وطء النساء في أدبارهنّ حرام. الحاوي الكبير ٩: ٣١٧.
(٩) والمروي عنهما جاء في الحاوي الكبير ٩: ٢١٧.

الأوّل بلا خلاف في هذين، لقوله عليه السلام: «حتّى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك»[١] وهي لا تذوق العسيلة في دبرها. وروي في بعض أخبارنا أنّ نقض الصوم ووجوب الكفّارة والغسل لايتعلّق بمجرّد الوطء إلّا أن ينزل، فإن لم ينزل فلا يتعلّق عليه ذلك[٢].

[٧]

فصل في نكاح الشغار

نكاح الشغار باطل عندنا، والشغار أن يقول لرجل: «زوّجتك بنتي على أن تزوّجني بنتك» على أن يكون بضع كلّ واحد منهما مهر الأُخرى. فحقيقته أنّه ملّك الرجل بضع بنته بالنكاح، ثمّ ملّكه أيضاً من بنته مهراً لها، فجعل بضع البنت ملكاً للرجل بالزوجيّة و ملكاً لابنته مهراً. وفي نكاح الشغار ثلاث مسائل:

إحداها: مسألة الخلاف وهي الّتي تقدّمت.

الثانية: ذكر الصداق و لم يشرك في بضعها، فقال: «زوّجتك بنتي على أن تزوّجني بنتك على أنّ صداق كلّ واحدة منهما مائة» فلا فصل[٣] بين أن يتّفق قدر الصداق المذكور أو يختلف، فإنّ النكاح صحيح والصداق باطل، فإنّه جعل صداق كلّ واحدة منهما تزويج الأُخرى. فالبضع لم يشرك فيه اثنان، وإنّما جعل التزويج مهراً، لأنّه ما رضى مهراً لبنته إلّا بشرط أن يحصل له نكاح بنت زوجها، وهو شرط باطل لايلزم الوفاء به، فبطل صداق المائة، فإذا بطل هذا وجب أن يردّ إلى المائة ما نقص من الصداق لأجل الشرط، وذلك القدر مجهول. فالمجهول إذا أُضيف إلى معلوم صار الكلّ مجهولاً، فبطل الصداق، وإذا بطل سقط ووجب مهر

---

(١) المجازات النبويّة للسيّد الرضي رحمه الله ٣٨٨ ح ٣٠٤، والسنن الكبرى للبيهقي ٧: ٣٧٤.

(٢) الكافي ٣: ٤٧ / ٨، والتهذيب ٤: ٣١٩ / ٩٧٥.

(٣) في ط و بعض النسخ: فلا فضل.

المثل. والنكاح بحاله لأنّ النكاح لايفسد بفساد الصداق، وهكذا[١] الحكم إذا كانت بحالها فذكر المهر لإحداهما دون الأُخرى.

الثالثة: قال«زوّجتك بنتي على أن تزوّجني بنتك» فالنكاح صحيح، لأنّه عقد بشرط أن يزوّج كلّ واحد منهما بنته من الأُخرى، فقد جعل الصداق لكلّ واحدة منهما تزويج البنت. فبطل الصداق وثبت النكاح ووجب المهر مهر المثل.

وعلى هذا إذا قال: «زوّجتك بنتي على أن تزوّجني بنتك. على أن يكون بضع بنتي صداقاً لبنتك» ولم يزد صحّ نكاح المخاطِب في بنت المخاطَب وبطل نكاح بنت المخاطَب، لأنّ المخاطِب شرّك بين المخاطَب وبين بنته في بضع بنت المخاطَب فبطل وانفرد ببضع المخاطَب فصحّ.

فإن كانت بالضدّ فقال له: «زوّجتك بنتي على أن تزوّجني بنتك على أن يكون بضع بنتك صداقاً لبنتي» بطل نكاح بنت المخاطب في حقّ المخاطب لما مضى، وصحّ نكاح المخاطب لأنّه انفرد بالبضع على ما شرحناه.

[٨]

فصل في نكاح المتعة وتحليل الجارية

نكاح المتعة عندنا صحيح مباح في الشريعة، وصورته أن يعقد عليها مدّة معلومة بمهر معلوم، فإن كانت المدّة مجهولة لم يصحّ. وإن لم يذكر المهر لم يصحّ العقد. وبهذين الشرطين يتميّز من نكاح الدوام، وخالف جميع فقهاء وقتنا في إباحة ذلك[٢] وقد استوفينا أحكام هذا النكاح وشرائطه وما يصحّ منه و ما لا يصحّ في النهاية[٣] فمن أراده وقف عليه من هناك.

وأمّا تحليل الإنسان جاريته لغيره من غير عقد مدّة فهو جائز عند أكثر

---

(١) في خ ٢ و بعض النسخ: وهذا.

(٢) راجع الحاوي الكبير ٩: ٣٢٨.

(٣) النهاية ٢: ٣٧٢ الباب ١٠ من كتاب النكاح.

أصحابنا[١] وفيهم من منع منه[٢] والأوّل أظهر في الروايات[٣]:

ومن أجازه اختلفوا:

فمنهم من قال: هو عقد، والتحليل عبارة عنه[٤]. ومنهم من قال: هو تمليك منفعة مع بقاء الأصل[٥]. وهو الّذي يقوى في نفسي، ويجري ذلك مجرى إسكان الدار وإعمارها، ولأجل هذا يحتاج إلى أن يكون المدّة معلومة، ويكون الولد لاحقاً بأُمّه ويكون رقّاً إلّا أن يشترط الحرّية. ولو كان عقداً للحق بالحرّية على كلّ حال، لأنّ الولد عندنا يلحق بالحرّية من أيّ جهة كان، وقد بيّنّا في النهاية فروع هذا الباب وقد استوفينا ما فيه[٦].

وليس للمخالف في هذين الفصلين فروع أصلاً، لأنّهم لا يقولوان بأصل المسألتين، والغرض بهذا الكتاب استيفاء الفروع.

[٩]

فصل في النكاح الّذي يحلّل المرأة للزوج الأوّل

إذا تزوّج امرأة ليبيحها للزوج الأوّل ففيه ثلاث مسائل:

إحداها: إذا تزوّجها على أنّه إذا أباحها للأوّل فلا نكاح بينهما، أو حتّى يبيحها للأوّل، فالنكاح باطل بالإجماع، لما روي عن النّبي صلى الله عليه وآله أنّه لعن المحلّل والمحلّل له[٧]. و روي عنه أنّه قال: ألا أُعرّفكم التيس المستعار؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال: المحلّل والمحلّل له[٨].

ولا يتعلّق به من أحكام النكاح شيء لا طلاق ولا ظهار ولا إيلاء ولا لعان إلّا بولد.

(١ و٢ و٤ و٥) راجع الانتصار للسيّد: ٢٨١، والسرائر لابن إدريس ٢: ٦٢٧.

(٣) الكافي ٥: ٤٦٨ / ١ و٤٦٩ / ٥ و٦، و٤٧٠ / ١٦، والتهذيب ٧: ٢٤٧ / ١٠٧٣.

(٦) راجع النهاية ٢: ٣٨٥ الباب ١١ من كتاب النكاح.

(٧ و٨) السنن الكبرى ٧: ٢٠٨، و سنن ابن ماجة ١: ٦٢٢.

وإن كان لم يصبها فلا مهر لها، وإن أصابها فلها مهر مثلها لا ما سمّى وعليها العدّة، ولا نفقة لها في العدّة وإن كانت حاملاً. وإن نكحها بعد ذلك نكاحاً صحيحاً فهي عنده على ثلاث تطليقات و يفرّق بينهما وإن كان عالماً عزّر.

الثانية: تزوّجها على أنّه إذا أباحها للأوّل طلّقها فالنكاح صحيح والشرط باطل. وقال قوم: النكاح باطل[١]. والأوّل أصحّ، لأنّ إفساد الشرط المقارن لا يفسد العقد ويحتاج في إفساده إلى دليل. وإذا كان العقد صحيحاً تعلّق به جميع أحكام النكاح الصحيح، ولها مهر مثلها، لأنّها إنّما[٢] رضيت بذلك المسمّى لأجل الشرط، فإذا سقط الشرط زيد على المسمّى بمقدار ما نقص لأجله، وذلك مجهول، فصار الكلّ مجهولاً فسقط المسمّى ووجب مهر المثل.

ومن قال باطل[٣] فإن كان قبل الدخول فلا شيء لها، و إن كان بعده فلها مهر المثل، و لا يعزّر لأنّه مختلف فيه.

الثالثة: إذا نكحها معتقداً أنّه يطلّقها إذا أباحها، أو أنّه إذا أباحها فلا نكاح بينهما، أو اعتقد هو أو الزوجة ذلك أو هما والوليّ الباب واحد، أو تراضيا قبل العقد على هذا ثمّ تعاقدا من غير الشرط كان مكروهاً ولا يبطل العقد.

فكلّ موضع قلنا: «إنّه صحيح» تعلّق به أحكام النكاح الصحيح، وأمّا المهر إن كان صحيحاً لزمه المسمّى، وإن كان فاسداً لزم مهر المثل. وكلّ موضع قلنا: «إنّه فاسد» فإذا وطئها لم يثبت به الإحصان، وهل يبيحها للزوج الأوّل؟ قيل: فيه قولان: أحدهما: يبيحها له[٤] لأنّه نكاح يثبت به النسب، ويدرأ به الحدود، ويجب به

---

(١) منهم الشافعي في الجديد كما نقله عنه في الحاوي الكبير ٩: ٣٣٣.

(٢) لم ترد «إنّما» في عدّة من النسخ.

(٣) كالشافعي في أحد قوليه كما نقلناه عنه قبيل هذا.

(٤) أورده الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٣٣٤ راجعه، وراجع المدوّنة الكبرى ٢: ٢٩١، والأُمّ ٥: ٨٠.

المهر. والثاني: لا يبيحها[١] لأنّه وطء لا يثبت به اللعان، فجرى مجرى الوطء بملك اليمين. وهذا الوجه أقوى.

[١٠]
فصل في العيوب الّتي توجب الردّ في النكاح

يفسخ العقد لعيوب في الرجل وهي الجبّ والعنّة والجنون لا غير، وفي المرأة الجنون و الجذام و البرص و الرتق والقرن والإفضاء، و في أصحابنا من ألحق به العمى وكونها محدودة في الزنا[٢].

فالجبّ والعنّة يخصّ الرجال، والرتق والقرن يخصّ النساء بلا خلاف، والإفضاء والعمى وكونها محدودة يخصّ النساء عندنا، والجنون والجذام والبرص يخصّ أيضاً عندنا النساء، وعندهم مشترك[٣]. ولا يحتاج إلى طلاق بلا خلاف.

والجذام على ضربين: ظاهر، وخفيّ. فالظاهر مالا يخفى على أحد، فإذا وجد كان له الخيار إلى من له الردّ رجلاً كان أوامرأة، فإن شاء فسخ وإن شاء رضي وصبر.

فإن رضي فلا كلام، وإن اختار الفسخ أتى الحاكم ليفسخ النكاح و ليس له أن ينفرد به لأنّها مسألة خلاف، هذا عند المخالف[٤]. ولا يمتنع عندنا أن يفسخ الرجل ذلك بنفسه أو المرأة، لأنّ الأخبار مطلقة في هذا الباب.[٥]

وأمّا الخفيّ مثل الزعر[٦] في الحاجب. فإن اتّفقا على أنّه جذام فسخ، وإن

---

(١) راجع الحاوي الكبير ٩: ٣٣٤، والمدوّنة الكبرى ٢: ٢٩١، والأُمّ ٥: ٨٠.
(٢) كالمفيد في المقنعة: ٥١٩، الباب ١٧، من كتاب النكاح والطلاق، والسيّد في الناصريّات: ٣٣٧.
(٣) المغني لابن قدامة ٧: ٥٨٠، والشرح الكبير ٧: ٥٦٧.
(٤) المخالف بعض الحنابلة كما في المصدرين السابقين.
(٥) الكافي ٥: ٤٠٩ / ١٧ و١٨، والتهذيب ٧: ٤٢٥ / ١٦٩٩ و٤٢٧ / ١٧٠٤.
(٦) الزعر: القليل الشعر والمتفرّقه.

اختلفا فالقول قول الزوج إن كان به، والقول قولها إن كان بها، إلّا أن يقام بيّنة شاهدان عدلان مسلمان من أهل الطبّ يشهدان بأنّه جذام، وإلّا فلا فسخ.

وأمّا البرص فهو بياض في البدن، وهو على ضربين: ظاهر، وخفيّ. فالظاهر ما يعرفه كلّ أحد، فإذا بان أبرص فلها الخيار. وأمّا الخفيّ فأن يوجد بياض واختلفا فقال أحدهما: «برص» و أنكر صاحبه ذلك، و قال: «هو مرار» فالقول قوله مع يمينه حتّى يقيم البيّنة عدلين مسلمين من الطبّ أنّه برص، فيكون له الخيار. وقليل الجذام والبرص وكثيره سواء.

والجنون ضربان: أحدهما خنق. والثاني: غلبة على العقل من غير حادث مرض وهذا أكثر من الّذي يخنق و يفيق، وأيّهما كان فلصاحبه الخيار، وإن غلب على عقله لمرض فلا خيار. فإن برئ من مرضه، فإن زال الإغماء فلا كلام، وإن زال المرض وبقى الإغماء فهو كالجنون فلصاحبه الخيار. وقد روى أصحابنا أنّ جنون الرجل إذا كان يعقل معه أوقات الصلاة فلا خيار لها[1].

وأمّا الجبّ فعلى ضربين، أحدهما: يمنع الجماع. والثاني: لا يمنعه. فإن كان يمنع الجماع مثل أن جبّ كلّه أو بقى بقيّة لكنّه لا يجامع بمثله فلها الخيار. وإن بقى منه ما يولج بمثله بقدرما يغيب عنه في الفرج قدر حشفة الذكر فلا خيار لها، لأنّ كلّ أحكام الوطء يتعلّق بهذا.

وأمّا العنّين فهو الّذي لا يأتي النساء وبيانه يأتي في بابه[2].

فإن بان خصيّاً وهو المسلول الخصيتين، أو بان خنثى ـ وهو الّذي له ما للذكر والأُنثى وحكم بأنّه ذكر ـ فهل لها الخيار؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: لها الخيار، لأنّ عليها نقيضه[3]. والثاني: لا خيار لها، لأنّ الخصيّ يولج ويبالغ أكثر من

---

(١) الفقيه ٣: ٥٢٢ / ٤٨١٩.
(٢) الصفحة: ٥١٢.
(٣) راجع المدوّنة الكبرى ٢: ٢١٣، ومختصر المزني: ١٧٨.

الفحل وإنّما لا ينزل.[١]

وأمّا الخنثى فإنّه يجامع كالرجل وإنّما هناك خلقة زائدة فهو كما لو كان له أصبع زائدة. وهذا الوجه أقوى.

وإن بان عقيماً ـ وهو الّذي لا يولد له ـ فلا خيار لها، لأنّه يجامع كغيره، وفقد الولد لا يتعلّق به، لأنّه من فعل الله.

وأمّا المرأة إن كانت رتقاء هي المسدودة الفرج نظرت فإن بقى منه ما لا يمنع من دخول الذكر فيه فلا خيار له، و إن منع دخول الذكر فيه كان له الخيار. وإن أراد الزوج أن يفتق المكان كان لها منعه لأنّها جراحة، وإن اختارت إصلاح نفسها لم تمنع لأنّه تداوي. فإن عالجت نفسها فزال سقط خياره، لأنّ الحكم إذا تعلّق بعلّة زال بزوالها.

وأمّا إن كان بها قرن فالقرن عظم في الفرج يمنع الجماع. وقال أهل الخبرة؛ العظم لا يكون في الفرج لكن يلحقها عند الولادة حال ينبت اللحم في فرجها. وهو الّذي يسمّى العفل يكون كالرتق سواء، إن لم يمنع الجماع فلا خيار له، وإن منع فله الخيار.

فإن بانت خنثى قيل: فيه قولان[٢]. وإن بانت عاقراً فلا خيار له.

وإن كان لكلّ واحد منهما عيب نظرت، فإن اختلف العيبان وكان أحدهما البرص والآخر الجذام أو الجنون فلكلّ واحد منهما الخيار، لأنّ به عيباً يردّ به النكاح.

وإن اتّفق العيبان قيل: فيه وجهان، أحدهما: لا خيار لواحد منهما[٣]. والثانى

---

(١) راجع المدوّنة الكبرى ٢: ٢١٣، ومختصر المزني: ١

(٢) راجع الحاوي الكبير ٩: ٣٧٢.

(٣) ال ١٦: ٢٧١.

لكلّ منهما الخيار[١] والأوّل الأقوى.[٢]

وأمّا الكلام في تفريع العيوب و بيان الفسخ و حكمه، فجملته أنّه إذا أصاب أحدهما بصاحبه عيباً فأراد الفسخ لم يخل من أحد أمرين: فإمّا أن يكون الرجل أصاب بها عيباً، أو المرأة أصابت به عيباً.

فإن كان الفاسخ الزوجة، فإن كان قبل الدخول سقط مهرها، لأنّ الفسخ من قبلها قبل الدخول، وإن كان بعد الدخول سقط المسمّى و وجب لها مهر المثل.

وإن كان الفاسخ هو الزوج، فإن كان قبل الدخول سقط كلّ المهر لأنّ الفسخ وإن كان من قبله فإنّه بسبب منها، و إن كان بعد الدخول سقط المسمّى ووجب مهر المثل لما مضى.

فإذا ثبت هذا، فكلّ نكاح فسخ لعيب كان موجوداً حال العقد، فإنّ حكمه حكم النكاح الّذي وقع فاسداً في الأصل، يتعلّق به جميع أحكام النكاح الفاسد.

فإن كان قبل الدخول سقط المسمّى ولايجب شيء منه، ولا يجب لها المتعة أيضاً، و لايجب نفقة العدّة ولا سكنى إذا كانت حائلاً، وإن كانت حاملاً فلها النفقة لأنّ الحمل عن النكاح الصحيح والفاسد سواء. ومن قال: لا نفقة للحامل، قال: لا نفقة لها هاهنا[٣].

وإن كان بعد الدخول فقد قلنا لها مهر المثل فهل يستقرّ أو يرجع به على من غرّه ودلّس عليه بالعيب، أم لا؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: يرجع على الغارّ[٤] وهو

---

(١) راجع المصدر السابق. (٢) بعض النسخ: وهو الأقوى.

(٣) قال به القاضي وأصحاب الشافعي في أحد الوجهين، راجع المغني لابن قدامة ٧: ٥٨٩، والشرح الكبير ٧: ٥٨٥.

(٤) راجع المغني ٧: ٥٨٧، والأُمّ للشافعي ٥: ٨٥، ومختصر المزني: ١٧٦.

المرويّ في أحاديثنا[١]. والثاني: يستقرّ عليه ولا يرجع به على أحد[٢] لحديث عايشة أنّه قال صلى الله عليه وآله: أيّما امرأة نكحت بغير إذن وليّها فنكاحها باطل، فإن مسّها فلها المهر بما استحلّ من فرجها[٣].

فمن قال: لا يرجع، فلا كلام. ومن قال: يرجع على الغارّ، لم يخل الوليّ الّذي زوّجه من أحد أمرين: إمّا أن يكون ممّن لا يخفى عليه العيب، أو يخفى. فإن كان ممّا لا يخفى عليه كالأب والجدّ وغيرهما ممّن يخالطها ويعرفها فالرجوع عليه، لأنّه الّذي غرّه. وإن كان ممّن يخفى عليه العيب فإن صدّقته المرأة أنّه لا يعلم فالرجوع عليها لأنّها هي الغارّة، وإن خالفته فالقول قوله مع يمينه ويكون الرجوع عليها دونه.

فكلّ موضع قلنا يرجع على غيرها رجع بكلّ ما غرم عليه، وكلّ موضع قلنا الرجوع عليها فبكم يرجع؟ قال قوم: يرجع بكلّه إلّا القدر الّذي يجوز أن يكون مهراً لئلّا يعرى الوطء عن البدل[٤]. وقال آخرون: يرجع عليها بكلّه[٥]. والأوّل أقوى.

إذا تزوّج بامرأة فطلّقها قبل الدخول فعليه نصف المسمّى، فإن ظهر بعد الطلاق أنّه كان بها عيب قبل الطلاق يملك به الفسخ لم يقدح فيما وجب عليه من المهر، لأنّه رضي بإزالة ملكه، فعليه نصف المهر.

فهذا الكلام إذا كان العيب موجوداً بأحد الزوجين حال العقد، فإن حدث عيب بعد أن كان معدوماً حال العقد لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن يحدث بالزوج، أو بالزوجة. فإن حدث بالزوج فكلّ العيب يحدث به إلّا العنّة، فإنّه لا يكون فحلاً ثمّ يصير عنّيناً في نكاح واحد. وعندنا لا يردّ الرجل من عيب يحدث به إلّا الجنون

---

(١) الكافي ٥: ٤٠٨/ ١٤، و٤٠٧/ ١٠، والتهذيب ٧: ٤٢٤/ ١٦٩٤، والاستبصار ٣: ٢٤٦/ ٨٨٤.
(٢) راجع المغني ٧: ٥٨٧، والأُمّ للشافعي ٥: ٨٥، ومختصر المزني: ١٧٦.
(٣) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ١٠٥.
(٤) المدوّنة الكبرى ٢: ٢١٤.
(٥) المغني لابن قدامة ٧: ٥٨٧.

الّذي لا يعقل معه أوقات الصلوات. وقال المخالف: إذا حدث واحد من[١] الأربعة الجنون والجذام والبرص والجبّ فلها الخيار[٢]. وعندنا أنّه لا خيار في ذلك.

وإن حدث بها عيب فكلّ العيوب يحدث بها الجنون والجذام والبرص والرتق والقرن، فإذا حدث فهل له الخيار أم لا؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: لا خيار له[٣] والثاني: له الخيار[٤] وهو الأظهر لعموم الأخبار[٥].

الفرق بين الفسخ والطلاق أنّ بالطلاق يجب نصف المهر، وبالفسخ لا يجب شيء، فمن قال: ليس له الفسخ[٦] فلا كلام. و من قال: له الفسخ،[٧] إن كان العيب به فلها الفسخ، فأيّهما فسخ نظرت:

فإن كان قبل الدخول سقط المهر، و إن كان بعد الدخول فإن كان العيب حدث بعد العقد وقبل الدخول سقط المسمّى ووجب مهر المثل، لأنّ الفسخ وإن كان في الحال فإنّه مستند إلى حال حدوث العيب، فيكون كأنّه وقع مفسوخاً حين حدث العيب.

وإن كان حدوثه قبل الدخول فكأنّه مفسوخ قبل الدخول، وحصل الدخول في نكاح مفسوخ فوجب مهر المثل.

وأمّا إن كان العيب حدث بعد الدخول استقرّ المسمّى لأنّ الفسخ إذاً كان كالموجود حين حدوث العيب فقد حدث بعد الإصابة، فاستقرّ المهر ثمّ فسخ بعد استقراره، فلهذا لزمه المسمّى، فهذا فصل بين ما يحدث بعد الدخول وقبله.

---

(١) في بعض النسخ: من العيوب. (٢) كما في المجموع ١٦: ٢٧٢.

(٣) قال به الشافعي في القديم كما أنّه قال به مالك، راجع المجموع ١٦: ٢٧٢.

(٤) قال الشافعي في الجديد، و هو الّذي اختاره النووي في المجموع ١٦: ٢٧٢ وهو مختار الشافعي في الأُمّ ٥: ٨٥، ومختصر المزني: ١٧٦.

(٥) الكافي ٥: ٤٠٩ / ١٦، و ١٧، و ١٨، والتهذيب ٧: ٤٢٧ / ١٧٠٣، و ١٧٠٤.

(٦ و٧) راجع المصادر السابقة.

فأمّا إن دخلا أو أحدهما مع العلم بالعيب فلا خيار بلا خلاف.

فإن حدث بعد هذا عيب آخر نظرت، فإن كان غير الأوّل مثل أن كان بها برص في مكان ثمّ ظهر بها في مكان آخر، قال قوم: هذا عيب حادث ثبت به الخيار[١]. فأمّا إن كبر الّذي كان موجوداً مثل أن كان بها من البرص بقدر الدرهم ثمّ اتّسع وكبر قال قوم: لا خيار له، لأنّ هذا ذاك الّذي وقع الرضا به[٢] فلا يفيد الخيار. والّذي يقتضيه مذهبنا أنّ ما حدث بعد الدخول ورضاه بالعيب الأوّل لا يثبت به الخيار، لأنّه لا دليل عليه.

كلّ موضع يثبت فيه الخيار بالعيب لأحد الزوجين فهو على الفور كخيار الردّ بالعيب في المبيع، ولسنا نريد بالفور أنّ له الفسخ بنفسه، وإنّما نريد به أنّ المطالبة بالفسخ على الفور، يأتي إلى الحاكم على الفور ويطالب بالفسخ، فإن كان العيب متّفقاً عليه فسخ الحاكم، وإن اختلفا فالبيّنة على المدّعي واليمين على المدّعى عليه. وأمّا الفسخ فإلى الحاكم لأنّه فسخ مختلف فيه.

(ولو قلنا على مذهبنا إنّ له الفسخ بنفسه كان قويّاً، والأوّل أحوط لقطع الخصومة) [وأمّا الأمة إذا اعتقت تحت عبد فلها الفسخ بنفسها من غير حاكم، لأنّه متّفق عليه][٣].

وقال قوم: إنّ البراءة من العيوب شرط في الكفاءة[٤] فإن كان بالزوج عيب يردّ به ورغبت إليه فأبى الوليّ أو دعا الوليّ فأبت هي نظرت، فإن كان العيب جنوناً فإن دعت إلى مجنون كان للوليّ منعها منه، لأنّ عليه في ذلك غضاضة، وإن كان دعاها هو إلى مجنون كان لها الامتناع منه.

(١ و٢) نقلهما النووي في المجموع ١٦: ٢٧٢، راجعه، وهكذا في الحاوي الكبير ٩: ٣٤٤.

(٣) في خ ٢ و بعض النسخ ما بين المعقوفتين مقدّم على ما بين الهلالين.

(٤) المجموع ١٦: ١٨٤.

فإن كان العيب جبّاً فإن دعت إليه لم يكن للوليّ أن يمتنع لأنّه لا عار عليه، لأنّ الاستمتاع حقّ لها. وأمّا العنّة فلا يعلم إلّا بعد العقد.

وأمّا الجذام والبرص فإن دعاها لم يجبر عليه، وإن رضيت هي به قيل: فيه وجهان، أحدهما: أنّ له الامتناع[١]. والآخر: ليس له ذلك[٢].

هذا في ابتداء النكاح. فأمّا إن حدثت هذه العيوب في استدامة النكاح مثل أن جنّ زوجها أو برص أو جذم فالخيار إليها وحدها لا نظر لوليّها فيه، إن شاءت فسخت وإن شاءت رضيت.

وهذا لا يحتاج على مذهبنا إليه، لأنّا قد بيّنّا أنّه لا ولاية عليها إذا كانت ثيّباً وإن كانت بكراً فلا اعتبار برضاها[٣]. فهذه الفروع تسقط عنّا.

إذا قالت: «أنا مسلمة» فبانت كتابيّة بطل العقد عندنا وعند قوم من المخالفين[٤] وقال بعضهم: لا يبطل[٥]. فإذا قيل باطل فلا كلام، ومن قال صحيح فهل له الخيار؟ قيل: فيه قولان.[٦]

إذا ذكرت أنّها كتابيّة فبانت مسلمة كان النكاح صحيحاً، وقال قوم: هو باطل[٧] والأوّل أقوى. فمن قال باطل فلا كلام. ومن قال: صحيح، قال: لا خيار لها، لأنّها بانت أعلى[٨]. ويقوى في نفسي أنّ النكاح باطل، لأنّا قد بيّنّا أنّ العقد على الكتابيّة باطل[٩] فإذا عقد على من يعتقد كونها كتابيّة، فقد عقد على من يعتقد بطلان العقد عليها فكان باطلاً.

(١ و٢) أوردهما في المغني ٧: ٥٩٠.
(٣) مضى ذكره في الصفحة ٣٧٩ و٣٨٧.
(٤) منهم الشافعي في أحد قوليه كما في المجموع ١٦: ٢٨٧.
(٥) كما في مختصر المزني: ١٧٦، و به قال أبو حنيفة كما نقله عنه في المجموع ١٦: ٢٨٧.
(٦) راجع لتفصيلهما إلى المغني لابن قدامة ٧: ٤٢٢، والمجموع ١٦: ٢٩١.
(٧) راجع المجموع ١٦: ٢٨٧.
(٨) هو مختار المزني في مختصره: ١٧٦.
(٩) مرّ بيانه في الصفحة ٤٥٠.

إذا تزوّج الحرّ امرأة على أنّها حرّة فبانت أمة كان النكاح فاسداً، وقال قوم: يصحّ العقد[١] وتصحّ هذه المسألة بأربعة شرائط:

أحدها: أن يكون الحرّ ممّن يحلّ له نكاح أمة، وهو أن يكون عادم الطول خائفاً من العنت، فإن عدم الشرطان أو أحدهما بطل. والثاني: أن يكون النكاح بإذن سيّدها، فإن كان بغير إذنه بطل. الثالث: أن يكون الشرط مقارناً للعقد، فإن لم يقارنه صحّ النكاح. الرابع: أن يكون الغارّ الأمة أو وكيل السيّد، و أمّا إن كان السيّد هو الّذي غرّه[٢] كان قوله على أنّها حرّة عتقاً منه لها.

وفي النكاح قيل: فيه قولان، أحدهما: باطل[٣] والثاني، صحيح[٤]. فمن قال باطل فلا كلام. ومن قال صحيح فهل له الخيار أم لا؟

قيل: فيه قولان، أحدهما: له الخيار، لأنّها بانت دون ما شرطت[٥]. والثاني: لا خيار له لأنّ الطلاق إليه.[٦]

فأمّا إن كان الزوج عبداً فتزوّج على أنّها حرّة فبانت أمة فهل يصحّ النكاح؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: باطل[٧] وهو الأقوى. والثاني: صحيح[٨]. ويصحّ المسألة بأربعة شروط، أحدها: أن يكون العبد مأذوناً له في التزويج، فإن كان غير مأذون له في التزويج كان باطلاً، و عند بعض أصحابنا يكون موقوفاً على إذن السيّد[٩]. والثلاثة شروط الباقية كما ذكرنا في الحرّ سواء.

فإذا ثبت أنّها على قولين، فمن قال باطل فلا كلام، ومن قال صحيح فهل له الخيار أم لا؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: أن لا خيار له هاهنا[١٠] والثاني: له الخيار[١١].

فمن قال له الخيار واختار الإمساك فعليه المسمّى من المهر لسيّدها، لأنّه

---

(١) كما في الأُمّ للشافعي ٥: ٨٣، ومختصر المزني: ١٧٧، والمجموع ١٦: ٢٨٩.
(٢) خ ٢: خبّره. (٣ ـ ٦) راجع المجموع ١٦: ٢٨٨، ومختصر المزني: ١٧٦.
(٧ و ٨ و ١٠ و ١١) راجع المجموع ١٦: ٢٨٨. (٩) راجع المقنعة: ٥٠٧.

بمنزلة كسبها. ومن قال باطل أو قال صحيح وليس له الخيار، فاختار الفسخ فكأنّه كان فاسداً من أصله.

فإن كان قبل الدخول فرّق بينهما ولا مهر ولا نفقة. وإن كان بعد الدخول وجب لها مهر المثل للسيّد و أين يجب؟ قيل: فيه ثلاثة أقوال، أحدها: في كسبه[١] والثاني: يتعلّق برقبته[٢] والثالث: في ذمّته يتبع به إذا أُعتق[٣] والأوّل أقوى على هذا القول.

وهذه الأقوال تبنى على أصلين، أحدهما: أنّ العبد إذا نكح نظرت فإن كان بإذن سيّده فالمهر في كسبه، وإن كان بغير إذنه فإذا وطئ فقد وطئ في نكاح فاسد ووجب المهر وأين يجب على قولين: أحدهما في ذمّته، والثاني يتعلّق برقبته. والأصل الثاني: إذا أذن له سيّده بالنكاح فهل يتضمّن إذنه الصحيح والفاسد على قولين[٤].

فإذا تقرّر هذا رجعنا إلى مسألتنا فوجدناه وقد نكح بإذن سيّده نكاحاً فاسداً، فمن قال إذن السيّد يتناول الصحيح والفاسد فكأنّه نكح نكاحاً صحيحاً يكون المهر في كسبه، ومن قال لا يتناول الفاسد ـ وهو الصحيح ـ فقد نكح نكاحاً فاسداً بغير إذنه، فأين يجب المهر؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: في رقبته. والثاني ـ وهو الأقوى ـ في ذمّته يتبع به إذا أيسر بعد عتقه.

فكلّ موضع أوجبنا مهر المثل فهل يرجع به على من غرّه أم لا؟ على قولين، أحدهما: يرجع، وهو الأقوى. والثاني: لا يرجع. فإن كان الغارّ الوكيل رجع به عليه، وإن كان الغارّ هي رجع عليها به، يكون في ذمّتها يتبع بها إذا أيسرت بعد العتق ويرجع هاهنا بكلّه، لأنّ مهر المثل قد قبضه سيّدها فلا يعرى وطؤها عن بدل. فإن كان هناك ولد أتت به مع الجهل بحالها فهو حرّ وعليه قيمته لسيّد الأمة،

(١ ـ ٣) راجع المصدر السابق.

(٤) راجع المصدر.

وأين يجب؟ قيل: فيه ثلاثة أقوال، أحدها: في كسبه. والثاني: في رقبته. والثالث: في ذمّته، ويرجع بهذه القيمة على من غرّه.

ويعتبر قيمة الولد حين خرج حيّاً، لأنّه أوّل إمكان التقويم، ويرجع هو على الّذي غرّه:

فإن كان الوكيل فعليه قيمته عاجلاً، وإن كانت هي ففي ذمّتها، وإن كان منهما فالقيمة بينهما نصفين نصفها على الوكيل عاجلاً ونصفها عليها إذا اعتقت وأيسرت، والحكم في المدبّرة والمعتقة نصفه وأُمّ الولد كالأمة القنّ سواء.

فأمّا إن باتت مكاتبة ففي النكاح قيل: فيه قولان، أحدهما: صحيح. والثاني: فاسد وهوالأقوى. فمن قال صحيح فهل له الخيار؟ على قولين، فمن قال صحيح له الخيار فاختار الإمساك فعليه المسمّى يكون لها، لأنّه من كسبها، وكسب المكاتبة لها.

ومن قال باطل أو قال صحيح له الخيار فاختار الفسخ، فإن كان قبل الدخول فلا شيء عليه، وإن كان بعده فعليه مهر المثل يكون لها مثل ذلك. وهل يرجع على من غرّه؟ قيل فيه قولان:

فمن قال لا يرجع فلا كلام، و من قال يرجع فإن كان الوكيل يرجع عليه بكلّه وإن كانت هي فالمهر وجب لها، والرجوع عليها. وهل يرجع بالكلّ أم لا؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: يبقى قليلاً بقدر ما يكون مهراً فعلى هذا يتقاصّان إلّا بذلك القدر. ومن قال يرجع بكلّه يتقاصّان بالكلّ.

وإن أتت بولد فهو حرّ لأنّه على هذا دخل، وعليه قيمته حين خرج حيّاً ولمن يكون هذه القيمة على قولين، أحدهما: لها. والثاني: لسيّدها، بناءً على ولد المكاتبة إذا قيل لمن يكون قيمته على قولين: أحدهما لها، والثاني لسيّدها كذلك هاهنا.

فمن قال: لها، فإن كان الغارّ الوكيل يرجع عليه بكلّها، وإن كانت هي فالقيمة لها، والرجوع عليها، يتقاصّان. ومن قال: لسيّدها، فإن كان الغارّ الوكيل رجع عليه

بكلّه، وإن كانت هي رجع عليها بما في يدها، لأنّه كالدين عليها، والدين عليها تقضيه ممّا في يديها، كذلك هاهنا.

هذا إذا خرج ولدها حيّاً. فأمّا إن ضرب ضارب بطنها فألقت جنيناً ميّتاً فعليه الكفّارة، لأنّه آدمي محقون الدم، وعليه غرّة عبد أو أمة لأنّه حرّ يكون لمورثه فلا يكون لسيّدها منها شيء، لأنّه إنّما له ذلك إذا خرج حيّاً فأمّا إذا خرج ميّتاً فلا، ولا لأُمّه منه شيئاً أيضاً، لأنّها مكاتبة فلا ترثه. والأب فإن كان هو القاتل فلا ميراث له، فيكون لمن يليه في الاستحقاق، وإن لم يكن قاتلاً فالكلّ له.

إذا باع الرجل أمته ولها زوج صحّ البيع، وكان بيعها طلاقها، وبه قال ابن عبّاس. وخالف جميع الفقهاء في ذلك وقالوا: النكاح بحاله. فأمّا إذا آجرها منه ثمّ باعها فإنّها لا تبطل الإجارة إجماعاً، وإن كان للعبد زوجة فباعه مولاه، فالنكاح باق بالإجماع. و إن بيعت من لها زوج، فإنّ نكاحها يبطل بالإجماع.

فإذا تقرّر هذا نظرت، فإن كان المشتري عالماً بالزوجيّة فلا خيار له عندهم، لأنّه دخل على بصيرة. وإن كان جاهلاً فله الخيار، لأنّه نقص وسبب يمنعه من الوطء فكان الخيار له في هذا.

وروى أصحابنا أنّ المشتري مخيّر بين إمضاء العقد الأوّل وبين فسخه، فإن أعتقها المشتري فهي أمة اعتقت تحت عبد، فلها الخيار بلا خلاف، لخبر بريرة وكانت تحت عبد:

فروي عن ابن عبّاس أنّه قال: كان تزوّج بريرة عبداً أسود يقال له مغيث، كأنّي أنظر إليه يطوف خلفها يبكي، ودموعه تجري على لحيته، فقال النبيّ ﷺ للعبّاس: يا عبّاس ألا تعجب من حبّ مغيث بريرة، ومن بغض بريرة مغيثاً؟ فقال لها النبيّ ﷺ: لو راجعتيه فإنّه أبو ولدك، فقالت: يا رسول الله تأمرني[1]؟ فقال: لا،

---

(١) هذا موافق لماورد في السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٢٢٢، وفي، بعض النسخ: أتأمرني بأمرك يا رسول الله.

إنّما أنا أشفع[١] فقالت: لا حاجة لي فيه.

إذا كان[٢] له مائة دينار وأمة قيمتها مائة دينار، فزوّجها بمهر هو مائة دينار، فبلغ جميعه ثلاثمائة دينار لا مال له غيره، فأوصى بعتق الأمة، وهي تخرج من الثلث فتعتق الأمة وهي تحت عبد وهل لها الخيار أم لا؟ نظرت، فإن كان الزوج ما دخل بها عتقت تحت عبد فلا خيار لها، لأنّها لو اختارت انفسخ النكاح بسبب من جهتها قبل الدخول، فسقط مهرها، فإذا سقط مهرها عادت التركة إلى مائتين فلا تخرج هي من الثلث، فيرقّ ثلثها، ويعتق ثلثاها، لأنّ ثلث التركة ثلث الجارية، فإذا رقّ ثلثها سقط خيارها، وإذا سقط خيارها سقط عتقها، فأُسقط خيارها وثبت عتقها، لأنّ كلّ أمر إذا ثبت جرّ ثبوته إلى سقوطه وسقوط غيره سقط في نفسه وليس هاهنا أمة تعتق تحت عبد فلا خيار لها، إلّا هاهنا.

هذا إذا لم يدخل بها. فأمّا إن دخل بها[٣] فلها الخيار، لأنّ الفسخ وإن كان من قبلها فلا يقدح في مهرها، لأنّه قد استقرّ بالدخول بها، فيعتق كلّها لأنّها تخرج من الثلث، والخيار ها هنا لها لأنّه لا يسقط عتقها.

الأمة إذا كانت تحت حرّ فأُعتقت، أكثر روايات أصحابنا تدلّ على أنّ لها الخيار، وفي بعضها أنّه ليس لها الخيار. وهو الأقوى عندي. فإذا أُعتقت تحت عبد فلا خلاف أنّ لها الخيار.

فإذا ثبت أنّ لها الخيار فهل الخيار على الفور أو التراخي؟ قيل: فيه قولان: أقواهما أنّه على الفور كخيار الردّ بالعيب. ومن قال: على التراخي، قال بذلك لما تقدّم من حديث ابن عبّاس وقصّة بريرة، وأنّ زوجها كان يمشي خلفها ويسأل الناس حتّى يسألوها، فلو كان على الفور لكان قد سقط خيارها، وما احتاج إلى المسألة.

وهذا ليس بصحيح لأنّ النبي صلى الله عليه وآله إنّما سأل في مراجعته بعقد جديد لا أنّ

---

(١) بعض النسخ: شافع. (٢) بعض النسخ: كانت. (٣) في خ ٢ لم يرد: «فأمّا إن دخل بها».

الخيار كان ثابتاً. فإذا قلنا على الفور، فإن اختارت على الفور وإلّا سقط خيارها. ومن قال على التراخي ففي مدّة الخيار قولان، أحدهما: لها الخيار ثلاثاً فإن لم يفعل حتّى انتهت سقط خيارها. والقول الثاني: الخيار على التأبيد ما لم يصبها أو تصرّح بالرضا، لأنّ النبي صلى الله عليه وآله قال لبريرة: إن قربك فلا خيار لك.(١)

إذا أُعتقت تحت عبد ومضت مدّة ثمّ ادّعت الجهالة فالجهالة ضربان: جهالة بالعتق، وجهالة بحكم العتق. فإن ادّعت الجهالة بالعتق، فإن كانت على صفة يخفى عليها العتق فالقول قولها، وإن كانا في بلد واحد أو محلّة واحدة فإنّ مثل ذلك لا يخفى فلا تصدّق.

فإذا ادّعت جهالة بحكم العتق، وقالت: «علمت العتق غير أنّي لم أعلم أنّ لي خيار الفسخ» فهل تصدّق أم لا؟ على قولين، أحدهما: أنّه يقبل، لأنّ ذلك من فروض العلماء. والثاني: لا يقبل كالردّ بالعيب في البيع. والأوّل أقوى.

فكلّ موضع قلنا له الخيار لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن يختار فراقه، أو المقام معه.

فإن اختارت فراقه، فإن كان قبل الدخول فلا شيء لها لأنّ الفسخ جاء من جهتها، وإن كان بعد الدخول فقد فسخت بعد استقرار المهر، فهل يستقرّ المسمّى أم لا؟ نظرت إلى وقت العتق:

فإن كان وقته بعد الدخول أيضاً استقرّ المسمّى، لأنّ الفسخ يستند إلى حين العتق وحين العتق بعد الدخول، فلا تؤثّر في المهر.

وإن كان وقت العتق قبل الدخول مثل أن أُعتقت فلم تعلم بذلك فوطئها ثمّ علمت سقط المسمّى، ووجب مهر المثل، لأنّ الفسخ مستند إلى حين العتق، فكأنّه انفسخ حين العتق ثمّ وطئها بعد الفسخ، فوجب مهر المثل.

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٢٢٥.

وإن اختارت المقام معه فإن كان المهر مسمّى صحيحاً أو مسمّى فاسداً كان للسيّد لأنّه وجب بالعقد و كانت حين العقد ملكه ومهرها من كسبها، وإن كانت مفوّضة فلم يفرض لها مهر بحال، فطالبت به ففرض لها فلمن يكون؟ قيل: فيه قولان، بناءً على وقت وجوبه.

وفي المفوّضة إذا فرض لها بعد العقد قولان، أحدهما: بالفرض يتبيّن أنّه وجب بالعقد، فعلى هذا يكون لسيّده. والثاني ـ وهو الصحيح ـ أنّه وجب بالفرض حين الفرض، فعلى هذا المهر لها، لأنّه وجب لها بعد أن عتقت فكان لها دون سيّدها.

إذا تزوّج العبد امرأة يملك تطليقتين إن كانت أمة، وثلاثاً إن كان حرّة، وفيهم من قال: يملك تطليقتين على كلّ حال، فإذا طلّقها طلقة بعد الدخول فهي رجعيّة وبقى له عليها طلقة.

فإذا ثبت أنّها رجعيّة فإن أعتقها سيّدها وهي في العدّة عتقت تحت عبد كان لها الخيار وفائدة الخيار ـ وإن كانت تجري إلى بينونة ـ تقصير العدّة لأنّها متى لم تفسخ ربّما تركها حتّى يقرب انقضاء عدّتها ثمّ يراجعها، فإذا اختارت بعد المراجعة كان ابتداء العدّة من حين اختارت فقلنا لها الفسخ من حين أُعتقت لتأمن التطويل في العدّة.

فإذا ثبت أنّ لها الفسخ لم يخل من ثلاثة أحوال: إمّا أن تختار الفسخ، أو تسكت، أو تختار المقام. فإن اختارت الفسخ صحّ الفسخ وانقطعت الرجعة فلا يصحّ أن يراجعها لأنّها بانت بالفسخ، لكنّها تبني على العدّة من حين الطلاق، لأنّ العدّة وجبت بالطلاق و الفسخ لا يقطع العدّة.

وهل تكمل عدّة حرّة أم لا؟ قيل فيه قولان، أحدهما: عدّة الأمة اعتباراً بحال الوجوب كالحدود. والثاني: عدّة الحرائر اعتباراً بحال الانتهاء. والثاني مذهبنا.

وإن سكتت لم يسقط خيارها لأنّ سكوتها لم يدلّ على الرضا، فإن صبر الزوج عن الرجعة بانت بانقضاء العدّة، و إن راجع الزوج فسخت إذا رجع، فلهذا لم يسقط خيارها.

وإن لم يراجعها حتّى تنقضي عدّتها هل تعتدّ عدّة الحرّة أو الأمة؟ على قولين، وإن راجعها كان لها الخيار، وهل هو على الفور أو التراخي على ما مضى.

فإن اختارت المقام فلا كلام، وإن اختارت الفسخ وقع الفسخ حين اختارت وتستأنف عدّة حرّة لأنّها في عدّة ابتداء وجوبها عليها و هي حرّة. روي: أنّ عايشة اشترت بريرة بشرط العتق فأعتقها[1] فجعل النبيّ صلى الله عليه وآله الولاء لمن أعتق، ثمّ خيّرها فاختارت الفراق فأوجب النبي صلى الله عليه وآله عليها عدّة حرّة.

فأمّا لو رضيت به واختارت المقام كان رضاها كلا رضا، لأنّها جارية إلى بينونة، والرضا بكونها تحته يقطع ذلك وينافيه. فلم يصحّ كما لو طلّقها رجعيّة فارتدّت ثمّ راجعها وهي مرتدّة لم تصحّ، فإذا ثبت أنّه لا يصحّ فالحكم فيه كما لو سكتت.

إذا أُعتقت تحت عبد وهي غير بالغ ثبت لها الخيار لعموم الأخبار، وليس لوليّها أن يختار عنها لأنّه اختيار بشهوة، وعليه نفقتها حتّى تبلغ، فإذا بلغت وليت أمر نفسها، فإن اختارته ثبت النكاح، وإن فسخت انفسخ النكاح، وإذا بلغت فهل خيارها على الفور أو التراخي؟ على ما مضى.

وهكذا الحكم في المجنونة وفي مشرك زوّج ابنه الصغير عشراً فأسلم الولد وأسلمن معه، فقد ثبت للصبيّ خيار أربع، وعليه نفقة الكلّ، فإذا بلغ اختار بعد بلوغه.

وإن أُعتق بعضها وبقي الباقي على الرقّ، مثل أن كانت بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه، وهو معسر، عتق نصيبه واستقرّ الرقّ في نصيب شريكه، ولا خيار لها لأنّ أحكامها أحكام الإماء في الصلاة والعدّة والميراث.

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٤٥١.

إذا أُعتقت تحت عبدكان لها الخيار، فإن لم تختر حتّى أُعتق الزوج فهل يسقط خيارها؟ على قولين، أحدهما: لا يسقط لأنّ الخيار ثبت لها حين عتقت. والثاني: يسقط خيارها لأنّه إنّما ثبت لنقص بالزوج وقد زال. والأوّل أقوى إذا قلنا: إنّ الخيار لا يثبت على الحرّ، وإذا قلنا: يثبت عليه فالخيار ثابت على كلّ حال.

إذا أُعتقت تحت عبد وثبت لها الخيار ثمّ طلّقها زوجها قبل أن تختار لم يقع الطلاق في الحال، بل يكون مراعاً لأنّه ثبت لها خيار الفسخ، وفي إيقاع الطلاق عليها إبطال ما ثبت لها من الاختيار، فلم يقع في الحال. كما لو ارتّدت فطلّقها أو أسلم وتحته مشركة فطلّقها كان مراعاً، وقال بعضهم: يقع الطلاق في الحال، لأنّه صادف ملكه.

والّذى يليق بمذهبنا أنّه لا يقع الطلاق أصلاً، لأنّ إيقاعه في الحال إبطال الاختيار، وفي المستقبل لا يقع، لأنّ الطلاق بشرط لا يقع عندنا.

فمن قال: مراعاً، فإن اختارت المقام فقد بيّنّا أنّ الطلاق وقع لأنّه صادف ملكه، وإن اختارت الفسخ وقع حين العتق، وتكون العدّة من حين فسخت، ويلزمها عدّة حرّة لأنّها وجبت بعد أن عتقت.

هذا إذا أُعتقت الزوجة. فأمّا إن أُعتق الزوج وهي أمة فهل له الخيار أم لا؟ على وجهين، أحدهما: له الخيار، كما كان لها الخيار إذا أُعتقت تحت عبد. والثاني ـ وهو الصحيح ـ أنّه لا خيار له، لأنّه سبب لو قارن عقد النكاح لا خيار له فكذلك إذا قارن مستدامة.

العنّين: هو العاجز عن إتيان النساء خلقة، وقد ذكر أهل اللغة الاشتقاق: قال قوم: سمّي العنّين عنّيناً، لأنّ ذكره يعنّ ـ أي يعترض ـ إذا أراد إيلاجه[1]. والعنن الاعتراض يقال: عنن الرجل عن امرأته.

---

(١) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٣٦٨.

وقال آخرون: سمّي عنيناً لأنّه يعنّ لقبل المرأة عن يمينه وشماله فلا يقصده[١].

ويقال: عنّ لي الرجل يعنّ، إذا اعترض لك من أحد جانبيك يمينك أو شمالك بمكروه. ويقال: عنّ له عنّاً وعنيناً، والمصدر العنّ، والعنن الموضع الّذي يعنّ فيه العانّ. وسمّي العنان من اللجام لأنّه يعترضه من ناحيته فلا يدخل فمه شيء منه.

وسمع بعض أهل اللغة يقول: العنّة الحظيرة[٢] يقال: عنّنت البعير أُعنّنه تعنيناً[٣] فهو معنّ ومعنّى إذا حبسته.

إذا ثبت هذا أمكن أن يكون اشتقاقه من الحظر والحبس أي محبوس وممنوع من زوجته.

فإذا ثبت هذا فالعنّة تثبت للمرأة الخيار به، وتضرب له المدّة سنة، فإن جامع وإلّا فرّق بينهما إجماعاً، وعندنا أنّه إن وصل إليها دفعة لم يفرّق بينهما، وقال قوم: لا يضرب له مدّة ولا يفسخ به النكاح[٤]. و به قال أهل الظاهر[٥].

والحكم فإذا ثبت أنّه عيب يفسخ النكاح به، فالكلام في شرحه، وجملته: أنّ امرأة الرجل إذا حضرت عند الحاكم واستعدت على زوجها وذكرت أنّه عنيّن، فالحاكم يحضره ويسأله عمّا ذكرت، فإن أنكر فلا يمكنها إقامة البيّنة عليه، بأنّه عنّين، وإنّما يثبت عننه بأحد ثلاثة أشياء: اعترافه بها، أو البيّنة على اعترافه، أو يلزمه اليمين فينكل عنها فتحلف المرأة أنّه عنّين.

فإذا ثبت بأحد هذه الأشياء فالحاكم يضرب فيه المدّة سنة ويعرّفها الحاكم بعد ذلك أنّ لها الفسخ، فإن اختارت فسخت، وإن اختارت جعلت الفسخ إليه ليفسخ هو. ولا يجوز أن يفسخ بغير حاكم، لأنّه فسخ مختلف فيه. فمتى فرّق

---

(١) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٣٦٨.

(٢) كما في مقاييس اللغة ٤: ٢١.

(٣) راجع مقاييس اللغة ٤: ٢٠.

(٤ و٥) الحاوي الكبير ٩: ٣٦٨، والمجموع ١٦: ٢٧٩.

الحاكم بينهما أو أذن لها ففعلت كانت الفرقة فسخاً لا طلاقاً، وقال قوم: هو طلاق[١].

إذا كان الرجل مجبوباً نظرت، فإن كان قد جبّ كلّ ذكره أو بقي منه ما لا يجامع بمثله فلها الخيار، وإن بقي منه ما يجامع بمثله وهو أن تغيب في فرجها بقدر حشفة الذكر فإن اتّفقا على أنّه يولج ويطأ فلا خيار لها، وإن اختلفا لم يثبت عليه إلّا باعترافه. أو بيّنة تشهد باعترافه. وهل القول قوله مع يمينه؟ على وجهين، أحدهما: القول قوله. وقال قوم: القول قولها، لأنّ الظاهر معها، لأنّ من قطع من ذكره بعضه فما يبقى منه يلحقه شلل وضعف لا يقوى على الوطء[٢].

فإذا ثبت أنّه لا يجامع بمثله أصلاً كان لها الخيار في الحال كالمجبوب، وإذا أصابته خصيّاً أو مسلولاً أو موجوءاً[٣] الباب واحد، وكذلك لو أصابته[٤] خنثى، وقد ثبت أنّه رجل، فهل لها الخيار على قولين[٥] أحدهما: لها الخيار[٦] وهو الأقوى، والثاني: لا خيار لها.[٧]

فإذا قيل: لها الخيار، فلا كلام، ومن قال: لا خيار لها، فادّعت عننه فهو كالفحل حرفاً بحرف، وقد مضى لا يثبت إلّا باعترافه أو بيّنة على اعترافه، أو نكوله عن اليمين مع يمينها، فإذا ثبت ذلك ضربت له المدّة.

كلّ موضع قضينا عليه بأنّه عنّين فإنّه يؤجّل سنة، وابتداء السنة من حين حكم الحاكم وفسخ العنّة تكون بعد انقضاء المدّة.

إذا أخبرها بأنّه عنّين فتزوّجت به على ذلك، وكان كما قال، فليس لها الخيار،

---

(١) منهم ما قاله في المدوّنة الكبرى ٢: ٢١٤، و نسبه إلى أبي حنيفة و مالك والثوري في المغني ٧: ٦٠٥. (٢) منهم أبوإسحاق المروزي نسبه إليه في المجموع١٦: ٢٨٤.

(٣) وَجَأَ التَمْرَ: دَقَّهُ حتّى تَلَزّج، وفي الحاوي الكبير ٩: ٣٧١: الموجور.

(٤) بعض النسخ: أصابت (في كلا الموردين). (٥) خ ٢: على وجهين.

(٦ و٧) الحاوي الكبير ٩: ٣٧٢.

وقال قوم: لها الخيار[١]. وهكذا قولنا فيمن بان عنّيناً فطلّقها قبل الإصابة، ثمّ تزوّجها تزويجاً مستأنفاً فهل لها الخيار أم لا؟[٢] على هذين القولين، أصحّهما أنّه يسقط خيارها.

فإن كان له أربع نسوة فعنّ عن جميعهنّ ضرب لهنّ المدّة، فإن لم يعنّ عن واحدة منهنّ فلا كلام، وإن عنّ عن واحدة دون الثلاث لم يحكم لها بحكم العنّة عند أصحابنا. وقال المخالف: لها حكم نفسها ويضرب لها المدّة[٣].

إذا تزوّج امرأة ودخل بها ثمّ إنّه عجز عن جماعها واعترف هو بذلك لم يحكم بأنّه عنّين، ولا يضرب له المدّة بلا خلاف. فأمّا إذا كان صحيحاً ثمّ جبّ كان لها الخيار عندنا وعندهم بلا خلاف، لعموم الأخبار[٤].

إذا ضربنا له المدّة فأصابها في المدّة أو بعد انقضاء المدّة خرج من حكم العنّة. وحدّ الإصابة: فلا يخلو أن يكون صحيح الذكر أو قد قطع بعضه، فإن كان صحيح الذكر فالقدر الّذي يخرج به من حكم العنّة أن يغيب الحشفة في الفرج، وهو أن يلتقي ختاناهما على ما شرحناه في كتاب الطهارة.[٥]

فإذا حصل هذا القدر خرج من حكم العنّة، لأنّ أحكام الوطء كلّها يتعلّق به من وجوب الغسل، و الحدّ، والإباحة للزوج الأوّل، وإفساد العبادات الحجّ والصيام بوجوب الكفّارات، ووجوب المهر، وثبوت الإحصان عندهم.[٦]

وإن كان قد قطع بعض ذكره وبقي ما يولج به فوطئها به فهل يخرج به من العنّة

---

(١) منهم الشافعي كما في الأُمّ ٥: ٤٠، ونسبه إليه ابن قدامة في المغني ٧: ٦٠٧.
(٢) بعض النسخ زيادة: مبنيّ.
(٣) منهم الشافعي كما نسبه إليه في المجموع ١٦: ٢٨٤، والوجيز ٢: ٢٠.
(٤) التهذيب ٧: ٤٣١ / ٢٨، الوسائل ٢١: ٢٣١ ب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس، ح٦.
(٥) المبسوط ١: فصل في ذكر غسل الجنابة وأحكامها.
(٦) راجع الحاوي الكبير ١٣: ٢٢١.

بأن يغيب منه قدر الحشفة أم لا؟ قيل: فيه قولان، أقواهما أنّه يخرج به[١]. و قال قوم: لا يخرج.[٢]

فإن وطئها في الموضع المكروه قال قوم: لم يخرج به من حكم العنّة[٣]. ويقوى في نفسي أنّه يخرج به، وإن أصابها في القبل وهي حائض أو نفساء خرج من حكم العنّة بلا خلاف.

إذا ضربنا له المدّة فلم يصبها حتّى انقضت المدّة، فإنّ الحاكم يخيّرها، فإن اختارت الفسخ فإمّا أن يفسخ هو، أو يجعل إليها فتفسخ، فإذا فعل ذلك كان فسخاً لا طلاقاً على ما مضى[٤]. فإن اختارت المقام معه ورضيت به مع ثبوت عننه، سقط خيارها بلا خلاف.

هذا إذا كان رضيت بعد انقضاء المدّة. فأمّا إن رضيت به في أثناء المدّة، قال قوم: لا يسقط خيارها[٥] وكذلك قبل المدّة. ومنهم من قال: يسقط خيارها[٦] وهو الأقوى عندي، لعموم الأخبار[٧].

إذا أجّلناه فانقضت المدّة فاختارت المقام معه وطلّقها ثمّ استباحها لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن يكون الطلاق بائناً، أو رجعيّاً. فإن كان رجعيّاً فراجعها فلا خيار لها لعموم الأخبار[٨] في ثبوت المراجعة للمطلّق الرجعي. وإذا رضيت به فلا خيار لها بعد ذلك.

وإنّما يتصوّر هذه المسألة على قول من يقول: إنّ الخلوة دخول[٩]. فعلى هذا

(١ و٢) ذكرهما الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٣٧٤.

(٣) منهم الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٣٧٤. (٤) قبيل هذا في الصفحة السابقة: ٥١٣.

(٥ و٦) ذكرهما الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٢٧٥ من دون أن يسمّي قائليهما.

(٧) التهذيب ٧: ٤٣١ / ١٧١٩، والاستبصار ٣: ٢٤٩ / ٨٩٤.

(٨) الكافي ٦: ٧٢ / ١ و ٧٣ / ٤.

(٩) يقول به مالك كما في المدوّنة الكبرى ٢: ٣٢٠.

إذا خلا بها ثمّ طلّقها فعليها العدّة، والطلاق دون الثلاث يكون رجعيّاً، ويمكن أيضاً إذا وطئ لم يلتق الختانان حتّى أنزل في فرجها كان هذا دخولاً يوجب العدّة. وقال قوم: لو استدخل[١] ماءه كان كالدخول في وجوب العدّة[٢]. فمتى طلّقها طلقة أو طلقتين كانت رجعيّة فيتصوّر على هذا أيضاً وإن كان عنّيناً.

وأمّا إن أبانها بالطلاق أو اختارت الفسخ ففسخت النكاح ثمّ تزوّج بها بعد هذا. وقد عرفت منه ما عرفت، فهل لها الخيار؟ قيل: فيه قولان، على ما مضى[٣] أقواهما أنّه لا خيار لها. وأمّا إن تزوّج امرأة فوطئها ثمّ أبانها ثمّ نكحها فعنن عنها فلها الخيار إذا لم تعلم ذلك، لأنّ كلّ نكاح له حكم نفسه.

إذا اختلفا في الإصابة فقال: «أصبتها» وأنكرت، لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن تكون ثيّباً أو بكراً. فإن كانت ثيّباً فالقول قوله مع يمينه عند أكثرهم[٤]. وفيه خلاف[٥].

وروى أصحابنا أنّها تؤمر بأن تحشو قبلها خلوقاً ثمّ يطأها فإن خرج وعلى ذكره أثر الخلوق صدق وكذبت، وإن لم يكن كذلك كذب وصدقت[٦]. ومن قال: القول قوله، فإن حلف سقط[٧] دعواها، وإن نكل حلفت وكان لها الخيار في المقام والفسخ.[٨]

وإن كانت بكراً أُريت أربع نساء عدول من القوابل، فإن ذكرن أنّها بكر سألناه

---

(١) خ ٢: استدخله. ط: استدخل ماء.

(٢) هو ثالث الوجوه الّذي نقله الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٣٧٧ و نسبه إلى مذهب الشافعي في الجديد.

(٣) في آخر الصفحة ٥١٤.

(٤) نسبه الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٢٧٨ إلى الفقهاء.

(٥) والخلاف منقول في الحاوي فراجع.

(٦) التهذيب ٧: ٤٢٩ / ١٧٠٩، والاستبصار ٣: ٢٥١ / ٨٩٩.

(٧) بعض النسخ: سقطت.

(٨) هكذا نقله و نسبه إلى الفقهاء كما مضى ذكره.

فإن قال: «كذبن و هي ثيّب» سقط قوله، لأنّه يكذب البيّنة. وإن قال: «صدقن هي بكر لكن كنت أزلت عذرتها ثمّ عادت» فالقول قولها، لأنّ الظاهر معها. فإن حلفت كان لها الخيار في المقام والفسخ، وإن نكلت حلف وسقط[١] دعواها وكانا على النكاح.

إذا تزوّجت بالخصيّ أو المسلول أو الموجوء مع العلم بذلك، فلا خيار لها بعد ذلك بلا خلاف، وإن دخلت مع الجهل ثمّ بان أنّه خصيّ فهل لها الخيار أم لا؟ قيل: فيه قولان[٢] عندنا أنّ لها الخيار.

الخنثى هو الّذى له ذكر الرجل وفرج المرأة، ومن كان بهذه الصفة فلا يجوز أن يكون رجلاً وامرأة، وإنّما يكون أحدهما فإنّا نعتبره بمباله، فإن بال من الذكر فهو رجل، وإن بال من الفرج فهو امرأة، وإن بال منهما فمن أيّهما سبق، فإن سبق منهما، فمن أيّهما انقطع أخيراً حكم به، وإن خرج منهما معاً وانقطع منهما معاً رجع إلى القرعة.

وقال قوم: هل يرجع إلى قلّة البول أو كثرته فيه قولان[٣]. فإن تعذّر ذلك نظر إلى ما يميل طبعه إليه عمل عليه، وقال قوم: تعدّ أضلاعه، فإن تساوى الجانبان كانت امرأة، وإن اختلفا كان رجلاً[٤]. وقد روى ذلك أيضاً أصحابنا[٥].

ومن قال: يعتبر بميل طبعه وقال: «أنا أميل إلى النساء، ويقوم عليّ» فهو رجل، و إن كانت تميل إلى الرجال و تحبّ أن تؤتى فهو امرأة[٦].

---

(١) بعض النسخ: سقطت.
(٢) نقل القولين في الحاوي الكبير ٩: ٣٧٩.
(٣) وحكم أبو حنيفة لأكثرهما قدراً، و أبو يوسف قال: إنّهما سواء، كما نقلهما عنهما في الحاوي الكبير ٩: ٣٨١.
(٤) منهم بعض الشافعيّة كما في الحاوي الكبير ٩: ٣٨٢.
(٥) الفقيه ٤: ٣٢٦ / ٥٧٠٢ و٣٢٧/ ٥٧٠٤. والتهذيب ٩: ٣٥٤ / ١٢٧١.
(٦) راجع الحاوي الكبير ٩: ٣٨٤.

وليس ينظر إلى ما يتلذّذ به ـ فربّما كان مخنّثاً يحبّ الرجال، وتكون المرأة[١] مذكّرة فتحبّ النساء ـ بل يرجع إلى طبعه في أصل الخلقة وعمل به، ولا يقبل رجوعه عمّا يذكره بعد ذلك. فإذا حكم له بأنّه رجل زوّج امرأة، فإذا حكم له بأنّه امرأة زوّجت من رجل.

فإذا تزوّج امرأة مع العلم بحاله فلا خيار لها، وإن كان مع الجهل به قيل: فيه قولان[٢]. وهكذا لو تزوّج امرأة خنثى مع العلم فلا خيار له، وإن كان مع الجهل فعلى وجهين[٣] أقواهما أنّ له الخيار.

فمن قال: له الخيار، فلا كلام غير أنّه يختار في الحال[٤]. ومن قال: لا خيار، فهما على النكاح[٥]. وإن اعترف أنّه عنّين فالحكم على ما مضى.

العزل أن يولج الرجل ويجامع فإذا جاء وقت الإنزال نزع فأنزل خارج الفرج، فإذا ثبت هذا فإن كان تحته مملوكة جاز له أن يعزل بغير أمرها بلا خلاف، وإن كانت زوجة فإن كانت أمة كان له العزل أيضاً، وإن كانت حرّة فإن أذنت له فلا بأس، وإن لم تأذن فهل له العزل؟ على وجهين: أحدهما: ليس له ذلك، وهو الأظهر في رواياتنا[٦] لأنّهم أوجبوا في ذلك كفّارة. والثاني: أنّه مستحبّ، وليس بمحظور.

إذا دخل الغريب بلداً فتزوّج امرأة على الإطلاق يعتقدها حرّة، فإذا هي أمة وكان الرجل ممّن يحلّ له نكاح أمة بحصول الشرطين اللذين قدّمناهما[٧] فالنكاح صحيح. فإن وطئها قبل العلم فالولد حرّ، لأنّه على هذا دخل وعليه قيمته لسيّدها

---

(١) بعض النسخ: امرأة.

(٢ و ٣) راجع المجموع ١٦: ٢٦٦، والمغني لابن قدامة ٧: ١٧٦.

(٤ و ٥) راجع المصادر السابقة.

(٦) لعلّ المراد منها ماورد في ذيل رواية الكليني في الكافي ٥: ٢١٢ / ١ فراجع

(٧) في الصفحة ٤٥٦ (هما عدم الطول، وخوف العنت)

يوم وضعته.

وإن أحبلها بعد أن علم أنّها أمة، فالولد مملوك عندهم لأنّه يتبع أُمّه، وعندنا يتبع الحرّية.

إذا تزوّج حرّ بأمة فأتت بولد مع العلم بحالها، فإن كان غير عربي فهو مملوك، وإن كان عربيّاً قال قوم: هو حرّ، لأنّ العربي لا يسترقّ. وقال قوم: يسترقّ. وعندنا أنّ الولد حرّ على كلّ حال.

إذا تزوّج امرأة فأوّل ما يبدأ به عند الاجتماع معها أن يأخذ بناصيتها ويدعو لكلّ واحد منهما بالبركة.

وإذا عقد الوليّ النكاح فالمستحبّ أن يقول: «أُزوّجك على إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان» والأحوط أن يقول ذلك قبل العقد.

يستحبّ أن لا يتزوّج الصغيرة حتّى تبلغ إن كانت ثيّباً أو بكراً. وقال قوم: إن كانت ثيّباً فلا تزوّج بحال، وإن كانت بكراً يستحبّ تركها حتّى تبلغ، لأنّ إذنها مراعى[1].

المستحبّ أن يتزوّج امرأة ذات الدين والعقل.

وإذا زوّج أمته بعبده لم يجب المهر في هذا النكاح. ويستحبّ أن يذكر المهر، لأنّه من سنّة النكاح وشعاره. وقال قوم: هو بالخيار.

وإذا ارتدّت المرأة لا ينعقد عليها نكاح لأحد لا لكتابي ولا وثني ولا مرتدّ مثلها ولا لمسلم، لأنّها لا تقرّ على ذلك.

إذا وكّل رجلاً على أن يزوّجه فلانة فتزوّجها الوكيل من وليّها فحضر الموكّل فأنكر وحلف، بطل النكاح، وإن كان مثل هذا في الشراء ثبت الشراء على الوكيل.

إذا طلّقها طلقة بعد الدخول فهي رجعيّة، وليس له العقد على أُختها ولا عمّتها

---

١) منهم الشافعي في الأُمّ ٥: ١٨، و مختصر المزني: ١٦٣ ـ ١٦٤.

ولا خالتها إلّا برضاهما ولا أربع سواها، لأنّها في معنى الزوجات.

إذا طلّقها وذكر أنّها أُخبرت بانقضاء عدّتها فأنكرت ـ وقد مضى زمان يصحّ انقضاء العدّة فيه ـ فالقول قوله في جواز العقد على أُختها، والقول قولها في بقاء النفقة والسكنى. والفصل بينهما أنّ جواز نكاح أُختها أمر يتعلّق بدينه وأمانته فيقبل قوله فيه، والنفقة والسكنى حقّ عليه فلا يقبل قوله عليها.

يستحبّ لمن كان له زوجتان أن لا يجامع أحدهما بحضرة الأُخرى إذا كنّ حرائر، ويجوز ذلك في الإماء.

لايجوز للرجل أن يتزوّج بمملوكته ولا للمرأة أن تتزوّج بعبدها بلا خلاف.

إذا غاب الرجل عن امرأته ثمّ قدم رجل فذكر لها أنّ زوجها طلّقها طلاقاً بانت منه قبل الدخول أو بعده بعوض، و ذكر لها أنّه وكّله في استئناف النكاح عليها وأن يصدقها ألفاً يضمنها لها عنه، ففعلت ذلك و عقد النكاح و ضمن الرسول الصداق، ثمّ قدم الزوج فأنكر الطلاق وأنكر التوكيل في ذلك، فالقول قوله، والنكاح الأوّل بحاله و الثاني لم ينعقد.

وأمّا الوكيل فهل يلزمه ضمان ما ضمنه أم لا؟ قال بعضهم: يلزمه[1] و قال الأكثر: لا يلزمه[2] ـ و هو الصحيح ـ لأنّ العقد إذا لم يثبت لم يثبت المهر.

الإحصان عندنا: أن يكون له فرج يغدو إليه ويروح ويكون قد دخل بها، سواء كانت حرّة أو أمة، زوجة كانت أو ملك يمين. وفي أصحابنا من قال: إنّ ملك اليمين لايحصن[3]. ولا خلاف بينهم أنّ المتعة لاتحصن. وقال جميع المخالفين: إنّ من شرط الإحصان الوطء في نكاح صحيح[4] فأمّا في نكاح فاسد أو ملك

(١ و ٢) راجع لكلا الوجهين إلى الحاوي الكبير ٦: ٥٤٧، كتاب الوكالة.

(٣) المقنع للصدوق: ٣٥٦، و علل الشرائع ٥١١ ذيل ح ١، والتهذيب ١٠: ١٢ / ٣٠.

(٤) كما في المجموع ٢٠: ٨، والمغني لابن قدامة ١٠: ١٢٦، والحاوي الكبير ١٣: ١٩٦.

يمين، فلا يكون به محصناً.

فإذا ثبت له الوطء في نكاح صحيح شرط فيما به[١] يصير[٢] محصناً شروط أربعة أن يطأ وهو حرّ بالغ عاقل في نكاح صحيح فإذا وجد هذا منه فهو محصن، فمتى زنى يرجم. ومنهم من قال: يصير بنفس الوطء محصناً، والبلوغ والعقل والحرّية من شرائط الرجم. فإذا وطئ في نكاح صحيح وهو عبد فأُعتق وهو بالغ عاقل وزنى رجم[٣]. والأوّل عندهم أصحّ وعليه التفريع[٤].

فإذا كانا كاملين حرّين بالغين عاقلين والإصابة في نكاح صحيح فقد أُحصنا، وإن كانا ناقصين أو صغيرين أو مجنونين أو ناقصين من نوعين عبد وحرّة مجنونة أو صبيّة لم يحصن واحد منهما الآخر، وإن كان أحدهما كاملاً والآخر ناقصاً أُحصن الكامل دون الناقص، مثل أن يكون عبداً وهي حرّة أو حرّاً وهي أمة. وقال بعضهم: إن كان ناقصاً لم يحصن الآخر وإن كان كاملاً، فاعتبر الكمال فيهما معاً.[٥]

فأمّا الإسلام فليس بشرط في الإحصان، ومتى وجدت الشرائط في الكافر فهو محصن، متى زنى وجب عليه الرجم. وقال قوم: الإسلام شرط. فأمّا الكافر فلا رجم عليه عند هذا القائل أبداً، لأنّه لا يكون محصناً أبداً[٦]. وهذا غلط، لما روي أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله رجم يهوديّين[٧] فلو لا أنّهما كانا محصنين ما رجمهما. وفي أصحابنا من قال: إذا كان أحد الزوجين كافراً فلا إحصان في واحد منهما[٨]. والأقوى ما قلناه أوّلاً.

---

(١) خ ٢: ضمانه. (٢) ط: فيما يضرّبه.

(٣) هو مذهب شاذّ من أصحاب الشافعيّة كما نقله عنه في الحاوي الكبير ١٣: ١٩٨.

(٤) راجع الحاوي الكبير.

(٥) القائل به أبو حنيفة كما نقله عنه في الحاوي الكبير ١٣: ١٩٩

(٦) منهم أبو حنيفة حيث جعل الإسلام شرطاً في الإحصان كما نسبه إليه في الحاوي الكبير ١٣: ١٩٨. (٧) السنن الكبرى للبيهقي ٨: ٢١٥. (٨) الفقيه ٤: ٢٥.

[١١]

فصل في ذكر زوجات النبيّ صلى الله عليه وآله

قال أبو عبيدة معمر بن المثنّى: جملة من تزوّج النبيّ صلى الله عليه وآله ثماني عشرة امرأة: سبع من قريش، و واحدة من حلفائهم، و تسع من سائر القبائل، وواحدة من بني اسرائيل ابن هارون بن عمران، واتّخذ من الإماء ثلاثاً عجميّتين وعربيّة، وأعتق العربيّة، واستولد إحدى العجميّتين.

فأُولى من تزوّج بها من قريش خديجة بنت خويلد بن أسد بن عبدالعزّى، ثمّ تزوّج بمكّة بعد موت خديجة بسنة قبل الهجرة بأربع سنين سودة بنت زمعة، ثمّ تزوّج بمكّة قبل الهجرة بسنتين عائشة بنت أبي بكر، ولم يتزوّج بكراً غيرها، وبنى بها[1] بالمدينة.

ثمّ تزوّج بعد وقعة بدر ـ من سنة اثنتين من التاريخ ـ أُمّ سلمة هنداً بنت أبي أُميّة، و تزوّج في هذه السنة حفصة بنت عمر بن الخطّاب، ثمّ تزوّج بعد ثلاث سنين من الهجرة من حلفاء قريش زينب بنت جحش، ثمّ تزوّج في سنة خمس جويرية بنت الحارث بن أبي ضرار[2] المصطلقيّة، ثمّ تزوّج في سنة ستّ أُمّ حبيبة بنت أبي سفيان، ثمّ تزوّج في سنة سبع من بني‌اسرائيل صفيّة بنت حييّ بن أخطب من بني النضير.

ولمّا فرغ النبيّ صلى الله عليه وآله من خيبر في هذه السنة توجّه معتمراً وهي سنة سبع قدم جعفر بن أبي طالب فخطب عليه[3] ميمونة بنت الحارث الهلاليّة فأجابته فتزوّج بها وهو محرم، وبنى بها بسرف[4] ثمّ تزوّج من قريش فاطمة بنت شريح وكانت

---

(١) أي زفّ بها و دخل عليها.

(٢) في ٢. الحارث بن طرار، وبعض النسخ: طراد، وبعض آخر: ضرار.

(٣) في بعض النسخ ليس: عليه.

(٤) في بعض النسخ: بسرف.

وهبت نفسها للنبي صلى الله عليه وآله ثمّ تزوّج زينب بنت خزيمة وهي أُمّ المساكين من بني عامر بن صعصعة، و تزوّج من أهل اليمن أسماء بنت نعمان بن الحارث بن كندة، ثمّ تزوّج قتيلة أُخت الأشعث بن قيس الكندي، ثمّ تزوّج أُمّ شريك من بني النجّار، ثمّ تزوّج سنا[1] بنت الصلت مُن بني سليم، وكان له وليدتان: مارية القبطيّة، وريحانة بنت زيد بن[2] شمعون من بني خنافة.

(١) في بعض النسخ: سبا.

(٢) ليس «زيد بن» في بعض النسخ.

كتاب الصداق

كتاب الصداق

الأصل في الصداق كتاب الله تعالى وسنّة رسولهﷺ فالكتاب قوله تعالى: ﴿وآتو النساء صدقاتهنّ نحلة﴾[1] وقال: ﴿فما استمتعتم به منهنّ فآتوهنّ أُجورهنّ﴾[2] و قال تعالى: ﴿وإن طلّقتموهنّ من قبل أن تمسّوهنّ و قد فرضتم لهنّ فريضة فنصف ما فرضتم﴾[3] فنزلت هذه الآيات على أصل الصداق.

وروى أنس بن مالك أنّ النبيﷺ رأى عبدالرحمن بن عوف وعليه أثر صفرة فقال له: ما هذا؟ فقال: تزوّجت امرأة من الأنصار، فقال: وما الّذي سقت إليها؟ فقال: زنة نواة من ذهب، فقال: أولم ولو بشاة.[4] والنواة خمسة دراهم.

وروي عنهعليه السلام أنّه قال: أدّوا العلائق، قيل: يا رسول الله وما العلائق؟ قال: ما تراضى به الأهلون[5].

وعليه إجماع الأُمّة والفرقة المحقّة.

ويسمّى المهر صداقاً وأُجرة وفريضة، وفيما روي عن النبيّﷺ العلائق، وسمّاه قوم عقراً[6].

---

(١) النساء: ٤. (٢) النساء: ٢٤. (٣) البقرة: ٢٣٧.

(٤) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٢٣٦، مع اختلاف في بعض الألفاظ والكلمات.

(٥) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٢٣٩، وسنن الدار قطني ٣: ٢٤٤ حديث ١٠.

(٦) منهم أحمد بن حنبل كما نقله عنه الأزهري في تهذيب اللغة ١: ٢٢١، وابن منظور في ←

قالوا: كيف سمّاه الله نحلة وهو عوض عن النكاح؟ أُجيب عنه بثلاثة أجوبة:

أحدها: اشتقاقه من الانتحال الّذي هو التديّن، يقال: فلان ينتحل مذهب كذا، فكان قوله: «نحلة» معناه تديّناً[١].

والثاني: أنّه في الحقيقة نحلة منه لها، لأنّ حظّ الاستمتاع لكلّ واحد منهما لصاحبه كحظّ صاحبه.[٢]

والثالث: قيل: إنّ الصداق كان للأولياء في شرع من كان قبلنا، بدلالة قول شعيب حين زوّج موسى بنته: ﴿على أن تأجرني ثماني حجج﴾[٣] ولم يقل تأجر بنتي[٤] فكان معنى قوله «نحلة»: أنّ الله أعطاهنّ هذا في شرعنا نحلة.

فإذا ثبت هذا، فالمستحبّ أن لا يعرى نكاح عن ذكر مهر، لأنّه إذا عقد مطلقاً ضارع الموهوبة. وذلك يختصّ النبيّ ﷺ، فلذلك يستحبّ ذكره، ولئلاّ يرى الجاهل فيظنّ أنّه يعرى عن المهر، ولأنّ فيه قطعاً لموادّ المشاجرة والخصومة.

ومتى ترك ذكر المهر وعقد النكاح بغير ذلك فالنكاح صحيح إجماعاً، لقوله تعالى﴿لا جناح عليكم إن طلّقتم النساء ما لم تمسّوهنّ أو تفرضوا لهنّ فريضة﴾[٥] ومعناه «ولم تفرضوا لهنّ فريضة»بدلالة قوله: ﴿ومتّعوهنّ على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾[٦] ولا متعة لمن طلّقها قبل الدخول إلاّ الّتي لم يسمّ لها مهراً.

إذا عقد النكاح بمهر فاسد ـ مثل الخمر والخنزير والميتة ـ كان العقد صحيحاً

← لسان العرب ٩: ٣١٥، والظاهر أن ما نقله النووي في المجموع: ١٦: ٣٢٤ عن عمر بن الخطّاب أنّه العقد على مكان عُقر خطأ في الضبط، والصحيح هو ما نقلناه ويدلّ عليه ما في الحاوي الكبير ٩: ٣٩٣ أنّه سمّاه العقور.

(١ و٢ و٤) نقلها النووي في المجموع ١٦: ٣٢٤ من تأويلات النحلة راجعه، هكذا لها تأويلات ثلاثة في الحاوي الكبير ٩: ٣٩٠.

(٣) في نسخة خ ٢ زيادة: ﴿فإن أتممت عشراً فمن عندك﴾. القصص ٢٧.

(٥ و٦) البقرة: ٢٣٦.

ووجب لها مهر المثل، وقال قوم: لا يصحّ النكاح.[١] وإليه ذهب قوم من أصحابنا[٢].

الصداق عندنا غير مقدّر، فكلّ ما صحّ أن يكون ثمناً لمبيع أو أُجرة لمكتري صحّ أن يكون صداقاً عندنا[٣] قليلاً كان أو كثيراً، وفيه خلاف[٤].

والكثير أيضاً لا حدّ له عندنا لقوله تعالى: ﴿وآتيتم إحداهنّ قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً﴾[٥] وقيل: إنّ القنطار سبعون ألفاً[٦]. وقال قوم: مائة رطل[٧]. وقال قوم: هو ملء مسك ثور ذهباً[٨].

وهو إجماع لقصّة عمر مع المرأة الّتي حجّته فقال: كلّ أحد أفقه من عمر حتّى النساء أفقه من عمر[٩].

وروي أنّ عمر تزوّج أُمّ كلثوم بنت علي عليه السلام فأصدقها أربعين ألف درهم[١٠] وأنس بن مالك تزوّج امرأة على عشرة ألف[١١] وكان ابن عمر زوّج بنات أخيه عبيد الله كلّ واحدة على عشرة ألف[١٢] وتزوّج الحسن بن علي عليهما السلام امرأة فأصدقها مائة جارية مع كلّ جارية ألف درهم[١٣] وتزوّج مصعب بن الزبير عائشة

---

(١) منهم مالك كما في المبسوط ٥: ٨٩، وحكى ابن قدامة في المغني ٨: ٢٢ عن أبي عبيدة أنّه فاسد.

(٢) منهم المفيد في المقنعة ٥٠٨، والحلبي في الكافي: ٢٩٣، وابن البرّاج في المهذّب ٢: ٢٠٠.

(٣) ليس «عندنا» في خ ٢.

(٤) قال الشافعي في الأُمّ ٥: ١٦٠ بجواز كلّ ما يتموّل، ويظهر من قول مالك كما في المدوّنة الكبرى ٢: ٢٢٣ عدم كونه أقلّ من ربع دينار، وقال القدوري في الكتاب: بعدم كونه أقلّ من عشرة دراهم. (٥) النساء: ٢٠. (٦) نسبه في تفسير الطبري ٤: ١٣٤ إلى مجاهد.

(٧) منهم أبو صالح وقتادة كما نسبه إليهما الطبري في تفسيره.

(٨) نسبه في الحاوي الكبير ٩: ٣٩٦ إلى الفقهاء.

(٩) كما هو المذكور في الحاوي الكبير فراجعه.

(١٠) كما في الحاوي الكبير ٩: ٣٩٧، والمغني لابن قدامة ٨: ٥، والسنن الكبرى ٧: ٢٣٣.

(١١) السنن الكبرى ٧: ٢٣٣ إلّا أنّ فيه عشرين ألفاً.

(١٢ و١٣) المجموع ١٦: ٣٢٧.

بنت طلحة فأصدقها مائة ألف دينار، فقتل عنها فتزوّجها رجل من تميم فأصدقها مائة ألف دينار[١].

والمستحبّ فيه التخفيف بلا خلاف، لما روي عن عائشة أنّ النبي صلى الله عليه وآله قال: أعظم النكاح بركة أيسره مؤنة[٢]. وروى ابن عبّاس أنّ النّبي صلى الله عليه وآله قال: خيرهنّ أيسرهنّ صداقاً[٣].

والمستحبّ عندنا أن لا يتجاوز السنّة المحمّديّة خمسمائة درهم، وبه قال جماعة[٤] وروي عن النبي صلى الله عليه وآله أنّه ما أصدق امرأة من بناته أكثر من ثنتي عشرة أُوقية ونشّ[٥].

ويجوز أن يكون منافع الحرّ مهراً مثل أن يخدمها شهراً أو على خياطة ثوب أو على أن يخيط لها شهراً، و كذلك البناء و غيره، وكذلك تعليم القرآن، والشعر المباح، كلّ هذا يجوز أن يكون صداقاً، وفيه خلاف[٦].

غير أنّ أصحابنا رووا أنّ الإجارة مدّة لا يجوز أن يكون صداقاً لأنّه كان يختصّ موسى عليه السلام[٧].

فإذا ثبت أنّ منفعة الحرّ وتعليم القرآن يجوز أن يكون صداقاً فالكلام في التفريع عليه، وجملته: أنّه إذا أصدقها تعليم قرآن فلا يجوز حتّى يكون القرآن معلوماً، إن أصدقها تعليم سورة عيّن عليها، وإن كان تعليم آيات عيّنها، لأنّ ذلك يختلف. وهل يجب تعيين القراءة وهي الحرف الّذي يعلّمها إيّاه؟ على وجهين،

---

(١) المجموع ١٦: ٣٢٧.
(٢) السنن الكبرى ٧: ٢٣٥
(٣ و ٤) الحاوي الكبير ٩: ٤٠٠.
(٥) السنن الكبرى ٧: ٢٣٤، والنشّ: هو نصف أُوقية.
(٦) والماوردي بعد أن اختار صحّة وقوع منافع العبد والحرّ صداقاً للزوجة، نقل عن مالك صحّة وقوعها أيضاً ونقل عن أبي حنيفة عدم صحتها في الحرّ. راجع الحاوي الكبير ٦: ٤١٠.
(٧) الكافي ٥: ٤١٤ / ١ و ٢.

أحدهما: لا يجب ـ وهو الأقوى ـ لأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله لم يعيّن على الرجل. والوجه الآخر: لابدّ من تعيين الحروف لأنّ بعضها أصعب من بعض[١].

فمن قال: «إنّه شرط» فإن ذكره، وإلّا كان فاسداً ولها مهر مثلها. ومن قال: ليس بشرط، لقّنها أيّ حرف شاء وإن شاء بالجائز. وهو الصحيح عندنا، لأنّ التعيين يحتاج إلى دليل.

فإذا ثبت أنّه يصحّ كان لها المطالبة بأيّ موضع شاءت، فإن أصدقها تعليم سورة بعينها وهو لا يحفظها، بأن قال: «عليّ أن أُحصّل ذلك لك» صحّ، لأنّه أوجبها على نفسه في ذمّته.

وإن قال: «عليّ أن أُلقّنك أنا إيّاها» قيل: فيه وجهان، أحدهما: يصحّ، لأنّ الحقّ وجب في ذمّته فلا يلزم أن يكون مالكاً له. والثاني: لا يصحّ لأنّه لا يصحّ أن يصدقها منفعة شي بعينه، وهو لا يقدر عليها، كما لو أصدقها منفعة عبد لا يملكه، فإنّه لا يصحّ.[٢] فإن أصدقها تعليم سورة بعينها فأتت بغيرها فقالت: «لقّني هذه مكان تلك» فهل لها مطالبته بذلك أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لها ذلك، لأنّها قد استحقّت، فكان لها أن تستوفيها بنفسها وبغيرها[٣] كما لو اكترت دابّة للركوب فلها أن يستوفيها بنفسها وبمن يقوم مقامها و بغيرها.

الثاني: ليس لها ذلك لأنّ الّذي لزمه إيقاع منفعة في عين فلا يلزمه العدول إلى غيره كما لو أصدقها خياطة ثوب بعينه لا يلزمه خياطة مثله، ولأنّها ربّما كانت أذكى منه فتتلقّن أسرع فيكون أخفّ عليه[٤].

فإن أصدقها تعليم سورة من القرآن ثمّ اختلفا فقال: «قد علّمتك» فأنكرت،

---

(١) المغني لابن قدامة ٨: ١٠، الحاوي الكبير ٩: ٤٠٦ أيضاً.

(٢) القائل هو القاضي أبي يعلى أيضاً كما في المغني لابن قدامة ٨: ١٠.

(٣ و ٤) راجع الحاوي الكبير ٩: ٤٠٨، والمغني ٨: ١٠.

نظرت فإن كانت لاتحفظها فالقول قولها مع يمينها، لأنّ الأصل أنّه مالقّنها. وإن كانت حافظة لها وقالت: «إنّي حفظتها من غيره» فعلى وجهين: أحدهما: القول قولها، لأنّ الأصل أنّه مالقّنها[١] وهو الأقوى. والثاني: القول قوله، لأنّها ما كانت تحفظها وهي الآن تحفظها، فالظاهر أنّها منه حفظت.[٢]

فإذا أصدقها تعليم سورة فلقّنها فلم يتحفّظ لها شيء أو حفظتها من غيره، فالحكم فيهما واحد. أو يكون أصدقها شيئاً بعينه فهلك قبل القبض، كما لو أصدقها عبداً فمات العبد، فيها قولان، أحدهما: لها أُجرة مثل تعليم ذلك وقيمة العبد[٣] وهو الّذي يقتضيه مذهبنا. والآخر: يفسد المسمّى لأنّه تعذّر أداؤه ووجب مهر المثل[٤].

فإن أصدقها تعليم سورة بعينها فالكلام فيما تصير به قابضة لذلك مستوفية نظرت، فإن لقّنها دون آية فنسيت فما استوفت شيئاً لأنّ الّذي كان منه مذاكرة فلا يعتدّ بذلك، وإن لقّنها السورة كلّها كان استيفاءً وقبضاً لأنّ النسيان من تفريطها.

وإذا لقّنها آية فهل تكون قابضة للآية؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: تكون قابضة[٥] وهو الأقوى. والثاني: لاتكون قابضة لأقلّ من ثلاث آيات، لأنّ أقلّ ما يقع به الإعجاز ثلاث آيات مثل سورة قصيرة[٦] فكأنّها إن لقّنها بعض آية لم يكن قبضها. وإن لقّنها السورة كلّها أو ثلاث آيات كان قبضاً. وإن كان أقلّ من ثلاث آيات فعلى الوجهين[٧].

فإن تزوّج مسلم كتابيّة على أن يلقّنها سورة من القرآن، فإن كان ذلك للتبصّر و النظر والاهتداء به و طمع الزوج بإسلامها صحّ، وإن كان إنّما تريد المباهاة بأنّها تحفظ قرآن المسلمين لم يصحّ، وكان المهر فاسداً، ويلزمه مهر المثل إذا دخل بها عندنا.

(١ و٢) الوجهان مذكوران في المغني لابن قدامة ٨: ١١.

(٣ و٤) الحاوي الكبير ٩: ٤٠٨. واختار المزني في مختصره: ١٨٠ مهر مثلها.

(٥ و٦) ذكر الوجهين النووي في المجموع ١٦: ٣٣١، ونسب إلى ابن الصبّاغ الثاني، وراجع المغني لابن قدامة ٨: ١١ أيضاً.

(٧) راجع المجموع ١٦: ٣٣١.

فإن تزوّج مشرك مشركة على أن يلقّنها التوراة والإنجيل فالمهر فاسد، لأنّه كلام مبدّل مغيّر، فلا يصحّ أن يكون صداقاً، وإن ترافعوا إلينا وكان قبل التقابض أفسدنا المهر ولا مهر مثلها. وإن كان بعد التلقين حكم بأنّه قبض و استيفاء، لأنّه قبض منهم، فهو كالميتة و الدم و لحم الخنزير.

فأمّا إن تزوّج مسلم كتابيّة على أن يلقّنها شيئاً من التوراة فالمهر فاسد، لأنّه مبدّل منسوخ، و الحاكم يفسخ ذلك، سواء كان ذلك قبل التعليم أو بعده، لأنّ هذا ليس بصداق عند المسلم.

وإن كان الصداق تعليم شعر، فإن كان هجواً أو فحشاً لم يصحّ وكان لها مهر مثلها، وإن كان حكماً و زهداً في الدنيا صحّ.

إذا أصدقها تعليم سورة معيّنة ثمّ طلّقها فلا يخلو أن يكون بعد التلقين أو قبله، فإن كان بعده، فإن كان بعد الدخول فقد وفّاها الصداق و استقرّ بالدخول، وإن كان قبل الدخول رجع عليها بنصف أُجرة مثل ما علّمها، لأنّ العين غير موجودة. وإن طلّقها قبل التعليم، فإن كان بعد الدخول فقد استقرّ التعليم عليه، و إن كان قبل الدخول استقرّ نصف التعليم عليه.

وهل له أن يلقّنها ما استقرّ عليه؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: له ذلك من وراء حجاب[1] وهو الأقوى عندي. والثاني: ليس له تلقينها، لأنّها أجنبيّة، فإذا خاطبها ولقّنها لا يؤمن الافتتان بها[2] وهو الأقوى عندهم.

فمن قال: يلقّنها، فلا كلام. ومن قال: لا يلقّنها، كان بمنزلة الصداق المعيّن تلف قبل القبض وهو على قولين عندهم، أحدهما: يرجع إلى بدل التالف[3]. والثاني:

---

١١ و ٢) ذكرهما ابن قدامة في المغني ٨: ١١ من غير ترجيح لأحد الوجهين، والثاني مختار المزني في مختصره: ١٧٩، وقوّى الثاني الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٤١٣ حيث قال: وهو الأصحّ.

٣) وهو مختار الشافعي في القديم، كما نقله عنه في الحاوي الكبير ٩: ٤١٣.

يبطل و لها مهر المثل[١].

وأمّا إذا أصدقها أن يجيئها بعبدها الآبق كان ذلك باطلاً عند أكثرهم[٢]. وقال بعضهم: إنّه جائز[٣]. والأوّل أقوى. فمن قال: باطل، كان لها مهر المثل وله عليها أُجرة مثل المجيء بالآبق، وإن كان موضع العبد الآبق معروفاً صحّ الصداق. فإن طلّقها قبل الدخول بها رجع عليها بنصف أُجرة مثل المجيء من ذلك المكان، ويجيء مثل تعليم القرآن حرفاً بحرف إذا كان الموضع معروفاً.

إذا أصدقها خياطة ثوب بعينه، فيه ثلاث مسائل، إحداها: يهلك الثوب. والثانية: يعطّل الخياطة. والثالثة: يكونان على السلامة.

فإن هلك الثوب بطل الصداق ولها مهر المثل[٤] وفيهم من قال: إنّه لا يبطل الصداق[٥]. والّذي يقتضيه مذهبنا أن نقول: لها مثل أُجرة خياطة ذلك الثوب، دون مهرالمثل. وكذلك في كلّ مهر معيّن إذا تلف، فإنّه يجب قيمتها ولا يجب مهر المثل.

فأمّا المهر إذا كان فاسداً فإنّا نوجب مهر المثل بلا شكّ، ويستقرّ بالدخول جميعه وبالطلاق قبل الدخول نصفه، هذا عقد مذهبنا، فمن قال في هذه المسألة لا يبطل يقول: إنّه يأتي ببدل مثله يخيط مكانه. ومن قال: يبطل، قال قولين، أحدهما: لها مهر المثل[٦]. والثاني: لها بدل ذلك الشيء[٧] فعلى هذا لها أُجرة مثل هذا الثوب، وهذا مثل ما قلناه.

وإن تعطّل الخياطة أو زمن فهل يبطل الصداق؟ نظرت، فإن شرط أن يحصّل لها خياطة الثوب[٨] لم يبطل، وإن كان شرط أن يخيطه بنفسه بطل الصداق، لأنّه

---

(١) وهو مختار الشافعي في الجديد، كما نقله عنه في الحاوي الكبير ٩: ٤١٣.

(٢ و٣) وهذان للشافعي في القديم و الجديد كما نقلهما عنه في الحاوي الكبير ٩: ٤١٦.

(٤ و٥) الأوّل نصّ عليه المزني، والثاني مختار الماوردي كما نقلهما في الحاوي الكبير ٩: ٤١٧.

(٦ و٧) راجع الحاوي الكبير ٩: ٤١٨، و مختصر المزني: ١٧٩. (٨) خ ٢: خيّاطاً لثوب.

علّقه بشيء بعينه.

وإن كانا معاً سالمين فطلّقها فالحكم على ما فصّلناه إذا كان الصداق سورة من القرآن حرفاً بحرف.

إذا أصدقها صداقاً ملكته بالعقد كلّه، وكان من ضمان الزوج، فإن تلف في يده قبل القبض كان من ضمانه، فإذا قبضته كان من ضمانها. فإن دخل بها استقرّ. فإن طلّقها قبل الدخول عاد نصف الصداق إليه. فإن كان له نماء كان لها من حين ملكته بالعقد حتّى يدخل بها أو يطلّقها، وإن هلك بعد القبض كان من ضمانها.

وقال بعضهم: إنّ الصداق في يدها أمانة[1]. والأوّل أقوى، لأنّه روى أصحابنا أنّه إذا أصدقها غنماً حاملاً فولدت ثمّ طلّقها قبل أن يدخل بها رجع بنصف الغنم ونصف أولادها، وإن حملت الغنم عندها لم يكن له من أولادها شيء، ويرجع في نصف الأمّهات[2].

إذا طلّقها قبل الدخول بها بعد القبض لايخلو من أحد أمرين: إمّا أن يكون الصداق قائماً، أو تالفاً.

فإن كان تالفاً، فإن كان له مثل ـ كالأثمار[3] والحبوب و الأدهان ـ فله نصف مثله وإن لم يكن له مثل ـ كالثوب والعبد ـ فله نصف قيمته، وعليها أقلّ الأمرين من قيمته يوم القبض و يوم العقد. فإن كانت قيمته يوم العقد أكثر منها حين القبض لم يكن له إلّا نصف قيمته يوم القبض، لأنّ ما نقص قبل القبض كان من ضمانه، فلا يضمنها ما هو من ضمانه. وإن كانت القيمة يوم القبض أكثر رجع بذلك يوم العقد، لأنّ ما زاد بعد العقد لها، فلا يضمنها ما هو ملكها ومالها.

وإن كان الصداق قائماً فلا يخلو من أربعة أحوال: إمّا أن يكون بعينه [illegible]

---

(١) القائل به مالك كما نسبه إليه في الحاوي الكبير ٩: ٤٢١.

(٢) الكافي ٦: ١٠٦ / ٤، والتهذيب ٧: ٣٦٨ / ١٤٩١.

(٣) في نسخة [illegible]

ناقصاً، أو زائداً، أو ناقصاً من وجه زائداً من وجه.

فإن كان بحاله لم يزد ولم ينقص فله نصفه. وإن كان ناقصاً نقصان عين لانقصان قيمة ـ مثل أن كان بصيراً فعمي، أو صحيحاً فزمن، أو كان يحسن القرآن فنسي ـ فالزوج بالخيار بين أن يرجع بنصفه أو بنصف القيمة، فإن اختار نصفه، كان له، وإن اختار القيمة كان له، لقوله تعالى: ﴿فنصف ما فرضتم﴾[1] وهذا غير ما فرض، فكان حقّه في القيمة، فإن أخذ النصف فلا كلام، وإن طالب بنصف القيمة كان كالتالف عندها، وكان له أقلّ الأمرين: من نصف قيمته يوم الصداق، ويوم القبض على ما مضى؟

وإن كان زائداً فالزيادة ضربان: متميّزة، وغير متميّزة، فإن كانت متميّزة ـ مثل أن كانت بهيمة فنتجت، أو جارية فولدت، أو شجرة فأثمرت ـ كان النماء لها دونه، لأنّه نماء في ملكها. وإن كان النماء غير متميّز ـ كالكبر والسمن وتعليم القرآن ـ كانت بالخيار بين أن يعطيه نصفه بزيادته أو تمسكه ويكون له نصف القيمة. فإن اختارت أن تعطيه النصف بحاله لزمه القبول، لأنّه حقّه وزيادة. وإن اختارت الإمساك كان لها، لأنّ الزيادة لها غير متميّزة، فلا تجبر على تسليم مالها في حقّها، وليس هاهنا نماء غير متميّز لايتبع الأصل ويمنع الرجوع إلّا في هذه المسألة.

ويقوى في نفسي أنّ له الرجوع بنصفه مع الزيادة الّتي لاتتميّز، لقوله تعالى: ﴿فنصف ما فرضتم﴾[2] وإن كان الأوّل قويّاً أيضاً.

وأمّا إن كان زائداً من وجه ناقصاً من وجه ـ مثل أن كان صغيراً فكبر فالكبر في العبد نقص والصغر زيادة، أو كان يحسن القرآن فنسيه لكنّه سمن واستوى ـ فالأمر موقوف هاهنا على تراضيهما، فإن تراضيا بردّ النصف فذاك، وأيّهما امتنع

(١ ، ٢) البقرة: ٢٣٧.

لم يجبر الآخر عليه.

فإن اختار الزوج الرجوع وأبت كان لها لأنّه زائدة، ولها منعه لأجل الزيادة، وإن اختارت دفع نصفه بزيادة لم يجبر عليه، لأنّه ناقص فلا يجبر على أخذ نصفه ناقصاً. فإن تراضيا على شيء فذاك، وإن أبت التسليم كان كالتالف فيكون له عليها نصف القيمة أقلّ ما كانت قيمته من حين العقد إلى حين القبض.

هذا إذا كان بعد القبض. فأمّا إن كان قبل القبض، فإن كان بحاله فلها نصفه، وإن كان ناقصاً كانت بالخيار بين قبض نصفه ناقصاً وبين أن يترك، فإن اختارت نصفه فلا كلام. و إن لم يفعل كان كالتالف في يده قبل القبض فيكون على القولين، أحدهما: نصف مهر مثلها. والثاني: لها نصف قيمة المهر كالتالف في يده سواء[١].

وإن كان زائداً زيادة متميّزة فالزيادة لها ولها نصف الأصل، وإن كانت غير متميّزة فهي بالخيار بين أن تأخذ الكلّ بزيادته وبين أن تترك وتأخذ نصفه، فالحكم هاهنا إذا كان قبل القبض كالحكم فيه إذا كان بعد القبض.

فأمّا إن كان زائداً من وجه ناقصاً من وجه فها هنا يختلف، فيكون الخيار لها إن اختارت أخذ[٢] كلّه بزيادة والرضا بنقصانه كان لها، وليس له الامتناع عليها، لأنّ الزيادة لها و نماء ملكها. وإن تركت نصفه عليه بزيادته و نقصانه كان لها ذلك. لأنّ النقصان في يده وقد رضيت بتسليم حقّها والزيادة إليه، فلهذا كان إليها بكلّ حال.

وكلّ موضع قلنا: حقّ الزوج في القيمة، فإنّما له أقلّ الثمنين من قيمته يوم العقد ويوم يأخذ العبد[٣]. فإذا طلّقها قبل الدخول كان له نصف الصداق، و بماذا يدخل في ملكه؟

---

(١) القولان مذكوران في الحاوي الكبير ٩: ٤١٨.

(٢) بعض النسخ: أخذت.

(٣) بعض النسخ: السيّد.

قال قوم: إنّه يدخل في ملكه بالطلاق من غير اختياره[١]. وقال آخرون: لا يدخل بغير اختياره، وإنّما يصير بطلاق قبل الدخول كالشفيع[٢] فإنّه بالبيع ملك أن يملك كذلك الزوج ملك أن يملك إلّا الميراث، وليس هذا بميراث. والأوّل أقوى، لقوله تعالى: ﴿فنصف ما فرضتم﴾[٣].

وفائدة الوجهين: إذا قال: يدخل في ملكه بغير اختياره، كان ما حدث من النماء بينهما. ومن قال: يملكه باختياره[٤] كان الحادث من النماء من حين الطلاق إلى حين الاختيار لها وحدها تنفرد به، لأنّه نماء ملكها.

إذا أصدقها نخلاً حائلاً فطلّقها قبل الدخول بها والنخل مطلّعة، فيه سبع مسائل:

إحداها: لها إمساكها بحملها. ومنعه من الرجوع في النصف، ويكون حقّه في القيمة، لأنّ الصداق قد زاد زيادة غير متميّزة، فهو كالسمن وتعلّم القرآن ونحوه.

الثانية: بذلت ردّ النصف إليه بزيادته فلا يخلو من أحد أمرين: إمّا أن يكون الطلع مؤبّراً، أو غير مؤبّر. فإن لم يكن مؤبّراً أجبرناه على القبول، لأنّها زيادة غير متميّزة، فهو كالسمن وتعلّم القرآن، فبذلت نصفها بزيادتها لزمه قبولها.

وإن كان الطلع مؤبّراً فبذلت النخل بزيادته، فهل يجبر على قبوله أم لا؟ المذهب أنّه يجبر عليه، لأنّها زيادة متّصلة بالنخيل[٥] فهي كالطلع قبل أن يؤبّر.

ومن الناس من قال: لا يجبر عليه، لأنّ الطلع بعد التأبير كان كالنماء المتميّز، فهو كما لو كان الصداق شاة فولدت فأرادت ردّ نصفها ونصف النماء لم يجبر على القبول[٦].

---

(١) منهم الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٤٢٤ حيث إنّه عدّه أظهر القولين.

(٢) منهم أبو إسحاق المروزي كما نسبه إليه في الحاوي ٩: ٤٢٤. (٣) البقرة: ٢٣٧.

(٤) كأبي إسحاق المروزي الّذي نقلناه عنه فيما مضى. (٥) بعض النسخ: بالنخل.

(٦) هو أحد الوجوه الّتي ذكرها في الحاوي الكبير ٩: ٤٤٠ من دون أن يسمّي قائله، وراجع المغني لابن قدامة ٨: ٣٣ أيضاً.

وقال قوم: هذا غلط، لأنّ الطلع و إن كان بعد التأبير كالنماء المتميّز، فإنّه متّصل بالنخيل غير منفصل عنه، فهو كالّذي لم يؤبّر[١].

الثالثة: قال لها: «اقطعي الثمرة دون النخيل لأرجع في نصفها فارغة عن الثمرة» لم تجبر على هذا، لقوله عليه و آله السلام: «ليس لعرق ظالم حق»[٢] وهذا عرق عادل.

الرابعة: قالت هي: «و أنا أفرغ النخيل بقطع الثمرة وارجع أنت في نصفها بعد هذا» قال قوم: يجبر الزوج على قبول هذا إذا كان القطع لا يضرّ بالنخيل في المستقبل[٣]. وهكذا لو كانت جارية فسمنت ثمّ هزلت، فعليه قبض نصفها، لأنّه لا مانع هناك وقد عاد النصف بحاله.

الخامسة: قالت له: «اصبر عن الرجوع[٤] حتّى تدرك الثمرة وآخذها ثمّ تأخذ نصف النخل» [قال قوم][٥]: لم يجبر عليه، لأنّ حقّه معجّل على الفور، فلا يجب عليه تأخيره[٦].

السادسة: قال لها: «قد رضيت بتأخير الرجوع اليوم ويدلك أن تبقى ثمرتك على النخل حتّى إذا جذذت رجعت في النصف» لم نجبرها على هذا، لأنّ الصداق إذا كان زائداً زيادة غير متميّزة فحقّه في القيمة، و ليس لها الرجوع بالعين[٧].

السابعة: إذا قال لها: «أنا أرجع في النصف وأقبضه ليزول عنك الضمان، ثمّ أدفعه إليك يكون حقّي أمانة في يدك، والثمرة كلّها لك عليه إلى حين الجذاذ» فهل تجبر على هذا؟

قال قوم: نجبرها عليه، لأنّه لا ضرر عليها فيه، بل لها فيه النفع، وهو الزيادة

---

(١) راجع الحاوي الكبير ٩: ٤٣٩ ـ ٤٠.

(٢) التهذيب ٦: ٢٩٤ / ٨١٩، سنن أبي داود ٣: ٢٠٧ / ٣٠٧٣ نحوه.

(٣) الحاوي الكبير ٩: ٤٤١، و الأمّ للشافعي ٣: ٦٣.

(٤) اصبر عن الرجوع: أمسك عنه.

(٥) ما بين المعقوفتين لم يرد في ـ ع ـ.

(٦ و ٧) نقله في الحاوي الكبير ٩: ٤٤٠.

في ثمرتها[١]. ومنهم من قال: لا نجبرها لأنّها لا تأمن أن يرجع عليها فيما بذله في وقت حاجة الثمر إلى البقاء، فيكون قد أضرّ بها فلذلك لم يجبرها[٢]. هذا في النخل.

فإن كان شجراً[٣] غير النخل حائلاً فأثمر ففيه المسائل السبع حرفاً بحرف، ويكون النور[٤] في الشجر بمنزلة التأبير في النخل.

إذا كان الصداق أرضاً فحرثتها أو زرعتها أو غرستها ثمّ طلّقها، فإذا كربت الأرض[٥] فهذه زيادة غير متميّزة، فهي كالنخل يطلع ويطلّقها قبل الإبار، فإن اختارت الإمساك و ردّت نصف القيمة كان لها، و إن اختارت تسليمها بزيادتها إليه لزمه القبول، لأنّها زيادة غير متميّزة.

وإن كانت قد زرعت ففيها المسائل السبع حرفاً بحرف إلّا مسألة، وهي إذا قالت: «أنا أردّ عليك نصف الأرض نتصرّف فيها ونزرعها» فإنّا لانجبره على هذا، لأنّ الزرع في الأرض يضرّبها فهو نقصان فيها فلا يلزمه قبوله وليس كذلك الطلع في النخل لأنّ كون الطلع في النخل ليس بنقصان فلهذا أجبرناه على القبول، ولأنّ الزرع فيها عين مالها قد أودعته فيها فلا يلزمه أن يقبل منها[٦] عين مال قائم وليس كذلك الطلع لأنّه نماء من أصل النخل.

وإن كانت غرستها ثمّ طلّقها فالحكم فيها كالحكم في الزرع حرفاً بحرف، وفيها مسائل النخل السبع إلّا مسألة على ما شرحناه حرفاً بحرف.

وإن كان الصداق أرضاً فزرعتها ثمّ طلّقها وقد حصدته فحقّه في الأرض نصفه، لأنّ الصداق بحاله إلّا أن يكون الزرع أضرّ بها فلا يجبره على قبولها ناقصة

(١ و ٢) ذكر الوجهين في الحاوي الكبير ٩: ٤٤١. من غير أن يسمّي قائليهما.

(٣) خ ٢: زيادة: أي و بعض النسخ زيادة: و.

(٤) النّور واحده نورة ج أنوار: الزّهر، أو الأبيض منه.

(٥) أي قلّبتها وحرثتها.

(٦) خ ٢: فيها.

أو زائدة بالزرع، فإنّه قد يكون مختلفة قبل الزرع فيستوى به.

وإن طلّقها قبل الحصاد والزرع مستحصد فقالت: «أنا أحصده وخذ نصف الأرض» أجبرناه على هذا إن لم يكون نقصان كما قلنا في النخل: إذا رضيت بقطع الثمرة أجبرناه على القبول كذلك هاهنا.

إذا كان الصداق جارية حاملاً فولدت أو بهيمة فولدت في يده قبل القبض ثمّ طلّقها قبل الدخول فإنّ نصف الصداق يعود إليه.

ولا تخلو الجارية وولدها من أربعة أحوال: إمّا أن يكونا قائمين، أو تكون الأُمّ قائمة والولد تالفاً، أو الولد قائماً والأُمّ تالفة، أو يكونا تالفين.

فإن كانا قائمين فالولد لها، لأنّه نماء ملكها ثمّ ينظر، فإن كان بحاله لم يزد ولم ينقص أو كان زائداً كان لها، وإن كان ناقصاً فإن كانت طالبته بتسليمه فمنع فعليه ما نقص الولد قولاً واحداً، وإن لم يكن طالبته فهل عليه ضمان ما نقص؟ قيل: فيه وجهان، يبنى على ما إذا تلف الولد فإنّه على قولين.

وأمّا الكلام في الأُمّ فإن كانت قائمة بحالها لم تزد ولم تنقص، فهي لها يرجع الزوج عليها بنصفها لأنّه طلّقها قبل الدخول، فإذا لم تزد ولم تنقص فحقّه في نصفها، فإن زادت فحقّه في نصف القيمة إلّا أن تختار دفع ذلك النصف إليه زائداً فيكون ذلك له. وإن كانت ناقصة نظرت، فإن كانت طالبته بالتسليم فأبى فعليه أرش النقص، وإن لم تكن طالبته بذلك أو طالبته فلم يمنع، قيل: فيها قولان، أحدهما: لا يضمن و هو بالخيار بين أن يقبض نصفها ناقصة أو يطالب بنصف القيمة. والقول الثاني: أنّه كالغاصب إلّا في المأثم، يعني أنّ الّذي لها، نصف الجارية ناقصة وعليه أرش النقص، كما لو غصبها جارية فنقصت كذلك هاهنا.

فمن قال: لها نصف الصداق و أرش النقصان ـ و هو الأقوى ـ فلا كلام. ومن قال بالخيار نظرت: فإن اختارت الإمساك أمسك ولها أرش النقص، وإن اختارت

الفسخ فسخت، فيكون كالصداق التالف قبل القبض.

وإن كان الولد تالفاً والأُمّ قائمة، فالحكم في الأُمّ على ما مضى إن كانت بحالها فلها النصف، وإن نقصت عن منع بعد المطالبة ضمن النقص لها[1]. وإن نقصت من غير منع فعلى ما مضى من القولين.

وأمّا الولد فقد هلك ينظر فيه، فإن كانت طالبته به فمنع ضمن، وإن تلف من غير منع فعلى قولين، أحدهما: يضمن، لأنّه تولّد عن عين مضمونة فهو كولد المغصوبة. والثاني: لا يضمن، لأنّ ضمان الأُمّ ضمان بالثمن وهو لا يقابله بدل ولا ثمن، فلم يكن مضموناً، ويفارق ولد المغصوبة لأنّه منعه بإمساكه فهو كأُمّه. وهكذا في ولد العارية وجهان.

وأمّا إن كانت تالفة والولد قائماً فإذا تلفت الأُمّ فهو صداق بعينه تلف قبل القبض، فعلى قولين، أحدهما: لها بدل الصداق، وهو الأقوى. والثاني: لها مهر مثلها. فمن قال: لها بدله، فلها نصف القيمة. ومن قال: مهر المثل، فعليه نصف مهر المثل. والولد يبنى على هذين القولين، فمن قال: ما بطل الصداق ولها بدله، قال: الولد هاهنا لها، لأنّه نماء ملكها. ومن قال: لها مهر المثل، فالولد لا حقّ لها فيه. وفيهم[2] من قال: الولد لها لأنّه نماء ملكها الّذي يتفرّد به تميّز في ملكها قبل انقراض ملكها فكان لها.

وإذا كانا تالفين فالحكم في الأُمّ مضى، وهو أنّه صداق هلك قبل القبض فعلى قولين. والكلام في الولد مبنيّ عليه لو كان حيّاً وقد مضى. ومن قال: الولد لها، إن كانت طالبته فعليه ضمانه، وإن لم تكن طالبته فعلى القولين.

وإن كان الصداق جاريةً حائلاً فحملت بمملوك ثمّ طلّقها قبل الدخول، فهذا صداق زائد من وجه بالحمل، ناقص من وجه، لأنّ الحمل في بنات آدم نقص،

(١) ظ: أنّ النقص لها.

(٢) بعض النسخ: ومنهم.

فيكون الزوجة بالخيار بين ثلاثة أشياء: بين أن تمسك الكلّ، أو تردّ الكلّ، أو تمسك النصف وتردّ النصف.

فإن أمسكت الكلّ كان لها، لأنّها زادت زيادة غير متميّزة. فإن اختارت إمساكها ولها نقصان كان له عليها نصف قيمتها، أقلّ ما كانت قيمته يوم العقد إلى حين الطلاق لما مضى. وإن اختارت ردّ الكلّ كان لها، لأنّها ملكتها بعقد معاوضة. فإذا نقصت قبل القبض كان لها الردّ كالمبيع إذا نقص في يد البايع.

فعلى هذا إذا ردّت كانت كالتالفة قبل القبض فيكون على القولين، أحدهما: لها نصف القيمة. والثاني: لها نصف مهر المثل، وتكون القيمة هاهنا أكثر الأمرين من حين العقد إلى حين الطلاق، لأنّ ما نقص كان من ضمانه، فكان لها الرجوع عليه بأكثر الأمرين.

وإن اختارت ردّ النصف و إمساك النصف كان لها، أمّا ردّ النصف فلأنّها من النقص، وإمساك النصف[1] لأنّها قد أحسنت بقبولها ناقصة.

وإن أصدقها جارية حاملاً بمملوك ثمّ طلّقها قبل الدخول وقد وضعت حملها فالكلام في الولد والأُمّ. فأمّا الكلام في الأُمّ فإن كانت لم تزد ولم تنقص فلها نصفها، ويعود إليه نصفها، وإن كانت نقصت فإن كانت طالبته فمنع فعليه ما نقص، وإن كان النقص من غير مطالبة فعلى قولين، فمن قال: ليس عليه ما نقصت، قال: لها الخيار بين قبولها ناقصة ولا شيء معه وبين الردّ. ومن قال: تطالب بالأرش. أمسكت النصف وطالبت بالأرش.

فأمّا الكلام على الولد فإنّه يبنى على الحمل، هل له حكم أم لا؟ وذلك على قولين، أحدهما: لاحكم له بوجه، ويكون الولد كاليد والرجل، فإذا انفصل فكأنّه نماء تجدّد وتميّز حال الانفصال. والثاني: له حكم فكأنّه أصدقها عينين متميّزتين.

---

(١) خ ٢ وبعض النسخ: العقد.

فإذا قيل لا حكم له، فكأنّه نماء حدث وتميّز حين وضعت الجارية لها تنفرد بها وكان هذا النماء لها دون الزوج بلا إشكال، فعلى هذا لا يمكنه الرجوع في نصف الجارية، لأنّه لا يمكن التفرقة بينها وبين ولدها، فإذا لم يكن كانت كالتالفة في يدها، فيكون لها عليه نصف القيمة. وقال قوم: تباع هي وولدها لهما، فيكون لها قيمة الولد من الثمن والباقي بينه وبينها نصفان.

وإذا قيل له حكم، فهذه عين هي صداق وقد زادت في يده، فتكون المرأة بالخيار بين أن تردّ عليه نصف الولد بزيادته، وبين أن تمسك الولد لأجل الزيادة فلا تردّه، فإن ردّت النصف حصلت الجارية بينهما نصفان.

فإن اختارت إمساك الولد فهل يقوّم عليها فيكون لها نصف قيمة الولد أم لا؟ على وجهين، أحدهما: لا يقوّم عليها، لأنّه لا يمكن ذلك، فإنّك إن أردت تقويمه قبل الوضع لم يصحّ لأنّه مجهول، وإن قوّمته حين وضعت لم يجز لأنّه زاد في ملكها فلا يقوّم عليها ملكها ويسقط تقويمه. ويكون على ما مضى إذا قيل لا حكم للحمل.

والوجه الثاني: يقوّم عليها، لأنّه لا يجوز أن يصدقها عينين فيطلّقها قبل الدخول بها ثمّ يرجع في نصف إحداهما دون الأُخرى، فإذا لم يجز هذا كان تقويمه حين وضعت حيّاً لأنّه كان ينبغي أن يقوّم حين العقد فتعذّر ذلك لكونه مجهولاً يومئذ، فوجب أن يقوّم وقت إمكان التقويم وهو حين وضعته.

كمن تزوّج بحرّة فبانت أمة فولدها حرّ لاعتقاده وعليه قيمة الولد، لأنّه أتلف رقبة على سيّده باعتقاده، فاقتضى تقويمه حين العلوق، فلم يمكن، فقوّمناه حين الوضع لأنّه أوّل وقت إمكان التقويم، ولم يمنع من تقويمه عن زيادة حصلت حال الحرّية، فكذلك هاهنا.

وإذا قيل لا قيمة عليها لم يكن له الرجوع في نصف الأُمّ لما مضى، وعلى هذا أبداً متى لم يمكن الرجوع إلّا بالتفرقة بينها وبين حملها لم يفرّق بينهما.

إذا أصدقها شيئاً بعينه كالثوب والعبد ونحو ذلك فتلف قبل القبض سقط حقّها من عين الصداق، لأنّ عينه قد هلكت، والنكاح باق و يجب لها مثله إن كان له مثل، وإن لم يكن له مثل فقيمته، وفي الناس من قال: لها مهر المثل[١].

وإن كان الصداق داراً فاحترقت أو خالعها على صداق بعينه فتلف في يدها كان له عليها مهر مثلها عند من قال لها مهر المثل، وعلى ما اخترناه له قيمته مثل الأُولى سواء.

فمن قال: لها مهر المثل، فتلف لم يخل من ثلاثة أحوال: إمّا أن تتلفه الزوجة، أو يتلفه أجنبيّ، أو يتلفه الزوج. فإن أتلفته المرأة كان إتلافها كالقبض، وإن أتلفه أجنبي كانت بالخيار بين أن يطالب الأجنبيّ بالبدل وبين أن تفسخ ولها مهر المثل على زوجها، وإن كان المتلف الزوج أو تلف بأمر سماوي فلها مهر المثل على قول من اعتبر المثل.

وعلى ما قلناه من اعتبار القيمة، فإن أتلفته الزوجة فهو قبض، وإن أتلفه أجنبيّ كان لها بدله عليه ـ مثله ان كان له مثل، أو قيمته إن لم يكن له مثل ـ وإن أتلفه الزوج أو تلف بأمر سماوي الباب واحد، فلها البدل، المثل إن كان له مثل، وإن لم يكن له مثل فالقيمة.

ومتى تعتبر القيمة؟ نظرت، فإن كانت طالبته[٢] فمنعها فعليه أكثر ما كانت قيمته من يوم المطالبة إلى يوم التلف، لأنّه كالغاصب. وإن تلف في يده من غير مطالبة قيل: فيه قولان، أحدهما: عليه قيمته يوم التلف[٣]. وهو الأقوى. والثاني: قيمته أكثر ما كانت من حين العقد إلى يوم التلف، لأنّه كالغاصب إلّا في المأثم[٤].

فإن أصدقها شيئاً بعينه ثمّ ارتدّت قبل الدخول بها عاد الصداق إليه، لأنّ

---

(١) منهم الشافعي في الأُمّ ٥: ٦٠، والحاوي الكبير ٩: ٤٥٧.

(٢) خ ٢ وبعض النسخ: طالبت به.

(٣ و ٤) راجع الحاوي الكبير ٩: ٤٢٤.

الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول. فإن كان باقياً بعينه بلا زيادة ولا نقصان أخذه كلّه. وإن كان قد زاد زيادة متميّزة فالفائدة والنماء لها دونه، لأنّه تميّز في ملكها ويرجع الزوج إلى أصل الصداق. وإن كانت غير متميّزة كالسمن والكبر فهي بالخيار بين أن تردّه بزيادته وبين أن تمسكه، فإن اختارت ردّ جميعه لزمه القبول لأنّه عاد حقّه إليه زائداً، وإن اختارت إمساكه كان له عليها بدل صداق غير زائد.

وإن أصدقها شيئاً بعينه فقبضته و خرج عن ملكها ببيع أوهبة أو غير ذلك ثمّ عاد إليها بحاله، ثمّ طلّقها قبل الدخول بها، كان له أخذ نصفه بحاله، لأنّه عين ماله.

إذا أصدقها نخلاً حائلاً فأثمرت في يده فالثمرة لها دونه، لأنّه نماء في ملكها. فإن لم يسلّمها إليها حتّى أرطبت فجذّها وشمّسها فقبل أن يتناهى جفافها أخذها وقد بقي فيها رطوبة قليلة فجعلها في براني[1]. أو ظروف غيرها وصبّ عليها صقراً من صقر نخلها ـ وهو سيلان الرطب مالم يمسّه النار، فإذا مسّه النار فهو الربّ، وهذه عادة أهل الحجاز في الثمار، يحفظونها كذلك في الأواني حتّى يبقى رطوبتها ـ فإذا فعل هذا، فهذا رجل غاصب لمالها و قد خلط بعضه ببعض ينظر فيه، فإن لم تنقص الثمرة ولا الصقر وكانا بحالهما أو زادا بذلك كان الكلّ لها، وإن نقصا أو أحدهما، فإن استقرّ النقص وتناهى نقصانه فلا ينقص بعد هذا كان الكلّ لها ويطالبه بأرش النقص، وإن لم يتناه نقصانه بل قيل: هذا ينقص فيما بعد، فهو كمن غصب طعاماً قبله ولم يتناه نقصانه قال قوم: فهو كالمستهلك[2]. وقال قوم: يأخذه مالكه، وكلّما نقص رجع عليه بما نقص[3]. وهذا أقوى.

وأمّا إن صبّ عليها صقراً من صقر نخله دون نخلها، فهو كالغاصب فهاهنا

---

(١) هو إناء من خزف.

(٢ و٣) من القائلين بالأوّل الشافعي، والثاني تخريج الربيع كما أدرجهما الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٤٥٣.

لا يعتبر زيادة الصقر و نقصانه، و إنّما يعتبر ثمرتها، فإن لم تزد و لم تنقص أخذتها، وإن نقصت نقصاً مستقرّاً أخذتها و طالبت بأرش النقص، وإن لم يكن مستقرّاً ففيها قولان على ما مضى[١].

هذا إذا كان النخل حائلاً. فأمّا إن أصدقها نخلاً حاملاً فيها طلع غير مؤبّر فتبع النخل أو طلع مؤبّر فأصدقها النخل وثمرتها معاً فالنخل والثمرة جعلا لها صداقاً، فإذا جذّها فيما بعد وشمّسها وجعل عليها الصقر فعلى ما مضى، إلّا أنهما متى نقصا أو أحدهما الباب واحد.

فهذا صداق[٢] نقص قبل القبض، فهي بالخيار بين أن تقبضه ناقصاً أو تردّ، فإن اختارت ردّ الجميع كان كالصداق المعيّن قبل القبض، وإلى ماذا يرجع؟ يبنى على قولين على ما مضى[٣] فعلى ما اخترناه من ضمانه بالقيمة تضمن النخل بالقيمة، والثمرة بالمثل.

هذا إذا اختارت ردّ الجميع. فإن اختارت ردّ الثمرة وهو ما حصل فيه الصقر وتمسك النخل، فهل لها ذلك أم لا؟ قيل: فيه قولان[٤] بناءً على تفريق الصفقة. فإذا قيل: لا يفرّق، يقال لها: إمّا أن تمسكي الكلّ أو تدعي الكلّ. وإذا قيل: تفرّق، فعلى هذا تمسك النخل وتكون الثمرة كالتالفة، وإلى ماذا يرجع؟ على قولين، أحدهما: إلى حصّة الثمرة من مهر المثل[٥]. وعلى ما اخترناه إلى بدل المردود من الثمرة والصقر.

هذا إذا كان الصقر من عندها، وإن كان من عنده فالحكم على ما مضى.

وكلّ موضع قلنا تخلص الثمرة عن الصقر، فإنّ أُجرة التخليص على الزوج، لأنّه تعدّى بخلطه بعضها ببعض.

---

(١) نقلنا القولين عن الحاوي الكبير، راجعه.
(٢) بعض النسخ: الصداق.
(٣) راجع الحاوي الكبير فيما نقلناه عنه قبيل هذا.
(٤) ذكر القولين في الحاوي الكبير ٩: ٤٥٥ مبنيّاً على ما ذكر في المتن.
(٥) راجع المصدر السابق.

إذا كان الصداق أمة معيّنة ملكتها بالعقد وليس للزوج وطؤها، لأنّها خارجة عن ملكه.

فإن خالف ووطئ، فإن كان عالماً بالتحريم فعليه الحدّ، والنسب لا يلحق به وهو مملوك لها، ولا تصير الأمة أُمّ ولد. والمهر فإن كان مكرهاً لها فعليه المهر، وإن طاوعته على قولين، أحدهما: لا مهر لها[١] وهو الأقوى، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله نهى عن مهر البغيّ[٢] والثاني: لها المهر لسيّدها[٣].

وإن كان جاهلاً بتحريمه ـ مثل أن كان في بلاد بعيدة عن الإسلام، مثل جفاة العرب. أو كان قريب العهد بالإسلام، أو كان مالكيّاً يعتقد أنّ نصف الجارية له قبل الدخول[٤] ـ فلا حدّ عليه للشبهة، والنسب يلحق به، والولد حرّ، لأنّه بشبهة، وعليه قيمته لها يوم وضعته حيّاً، وعليه المهر لأنّه وطء بشبهة، ولا تصير أُمّ ولد في الحال لأنّها غير ملكه، فإن ملكها فيما بعد. فعلى قولين[٥].

ثلاث مسائل تتكرّر كثيراً: وهي إن أحبلها بحرّ في ملكه فهي أُمّ ولد قولاً واحداً، وإن أحبلها بمملوك في غير ملكه ثمّ ملكها لا تصير أُمّ ولد مثل ذلك، وإن أحبلها بحرّ في غير ملكه ثمّ ملكها فعلى قولين[٦].

وإذا أحبلها الزوج نقصت في العادة فهي بالخيار بين أن تمسكها ناقصة أو تردّ، فإن أمسكتها ناقصة فهل لها أرش النقص؟ على قولين[٧] أصحّهما أنّ عليه الأرش، وفيهم من قال: لا أرش عليه[٨] وإن ردّتها كان لها مهر المثل أو القيمة على ما مضى من القولين[٩].

(١ و٣) ذكر القولين في الحاوي الكبير ٩: ٤٥٧ ونسب الثاني إلى ابن سريج.
(٢) الخصال: ٤١٨، سنن أبي داود ٣: ٢٧٩ / ٣٢٨١، مسند أحمد ١: ٢٣٥ و٣٥٦.
(٤) هذا مذهب المالكيّة كما في الحاوي الكبير ٩: ٤٥٧.
(٥ ـ ٧) راجع الحاوي الكبير ٩: ٤٥٨.
(٨) هذا أحد قولي الشافعي كما في المصدر.
(٩) اللذين مضى ذكرهما قبيل هذا.

إذا أصدقها شقصاً من أرض أو دار لم يكن للشفيع أخذه منها، وكذلك إذا خالعها أو صالح عليه، وفيه خلاف[١].

إذا أصدقها شقصاً يجب فيه الشفعة، ثمّ طلّقها قبل الدخول بها فيها ثلاث مسائل:

طلّقها و أخذه الشفيع بالشفعة فلا يرجع عليها بالنصف من الشقص، لأنّها خرج عن يدها، ويكون له عليها نصف قيمة الشقص.

الثانية: طلّقها وعفا الشفيع عن الشفعة، فإنّ الزوج يأخذ النصف من الشقص.

الثالثة: طلّقها قبل علم الشفيع بالنكاح، فالزوج قد ثبت له الرجوع، والشفيع قد ثبت له حقّ الشفعة، فأيّهما يقدّم على صاحبه؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: الشفيع أولى، لأن حقّه أسبق، فإنّه وجب بالنكاح، وحقّ الزوج بالطلاق[٢] فعلى هذا يأخذ الشفيع كلّ الشقص بمهر المثل، ويرجع الزوج عليها بنصف قيمة الشقص: والثاني: الزوج أولى، لأنّ حقّه ثبت نصّاً بالقرآن، وحقّ الشفيع بالاجتهاد[٣] فعلى هذا يأخذ الزوج النصف ويبقى النصف يقال للشفيع: إن اخترت أن تأخذ النصف الباقي بنصف مهر المثل، وإلّا فاترك.

وهذه المسائل لا تتفرّع على ما ذهبنا إليه من أنّ ما يجعل مهراً لا شفعة فيه.

أربع مسائل يذكر في موضع: إذا جمع بين بيع وصرف، وبيع وإجارة، وبيع وكتابة، وبيع ونكاح.

فأمّا بيع وصرف، فأن يبيع ذهباً بفضّة مع أحدهما عوض[٤] من غيرهما، مثل أن باعه دراهم وثوباً بذهب، أو ذهباً وثوباً بفضّة، فالثوب مبيع بالثمن، والذهب

---

(١) قال أبو حنيفة بمثل ما جاء في المتن، ولكن حكي عن مالك وأبي ليلى وأبي يوسف الأخذ بقيمة الشقص كما في الحاوي الكبير ٩: ٤٥٨.

(٢ و٣) الأوّل قول أبي عليّ بن أبي هريرة، والثاني قول أبي إسحاق المروزي كما ذكرهما في الحاوي الكبير ٩: ٤٥٩.

(٤) بعض النسخ: عرض.

صرف بالفضّة، فهما صحيحان عندنا، وفيهم من قال يبطلان[١].

فأمّا إن كان الجنس واحداً ومع أحدهما من غيرهما، مثل أن باعه ثوباً وذهباً بذهب أو ثوباً وفضّة بدراهم، فعندنا يصحّ، وعند بعضهم لا يصحّ[٢] وإنّما يصحّ. عندنا إذا كان العوض[٣] مع الناقص منهما، فإن تساويا ومع أحدهما عوض[٤] لم يصحّ.

فأمّا بيع وإجارة فمثل أن يقول: «بعتك عبدي هذا وآجرتك داري هذه شهراً جميعاً بألف» وهذا بيع وإجارة، فهما يصحّان، وفيهم من قال: يبطلان.[٥] فأمّا إن قال: «بعتك دارى هذه وآجرتكها شهراً بألف» فالكلّ باطل بلا خلاف. لأنّه لا يصّحّ أن يبيعه رقبة الدار وقد آجرها منه، لأنّ من ملك الرقبة ملك المنافع.

فأمّا بيع وكتابة فأن يقول لعبده: «بعتك عبدي هذا، وكاتبتك بألف إلى نجمين» فإنّ البيع يبطل، وأمّا الكتابة على قولين بناءً على تفريق الصفقه[٦] والصحيح عندنا أنّ البيع يبطل، لأنّ بيع عبده من عبده لايصحّ، والكتابة فصحيحة لجواز تفريق الصفقة.

وأمّا بيع وإجارة فمثل أن يقول: «بعني هذا الثوب وتخيطه لي بألف» أو قال: «بعني هذه الحنطة وتطحنها بألف، أو بعني هذه القلعة وتحذوها جميعاً بدينار» فهو كالكتابة سواء عندنا، يصحّ، وفيهم من قال: لا يصحّ[٧].

فإذا قلنا: صحّا معاً قسّطنا العوض على المبيع ومنفعة الدار، فأعطيناهما بما يخصّه، فإذا كان العوض ألفاً وقيمة العبد مائة وأُجرة مثل الدار مائة فالعوض

---

(١) منهم الشافعي في أحد قوليه كما في الحاوي الكبير ٩: ٤٦٠.

(٢) هو الشافعي في الأُمّ ٣: ٣٢. (٣ و ٤) خ ٢: عرض.

(٥) قال الماوردي في الحاوي الكبير (٩: ٤٦٠): فأحد القولين أنّهما باطلان.

(٦) راجع الحاوي الكبير ٩: ٤٦١، وقال الشافعي بالبطلان كما في الأُمّ ٨: ٤٥.

(٧) راجع الحاوي ٩: ٤٦٠.

بينهما نصفان، وعلى هذا الحساب.

وإذا قال: «زوّجتك بنتي وبعتك عبدها هذا جميعاً بألف» فهذا بيع ونكاح، فإنّهما يصحّان. وقسّطنا العوض عليهما بالحصّة، ومنهم من قال: يبطلان[١].

وإن قال: «زوّجتك بنتي هذه وهذا الألف لك بعبدك هذا» فالعبد بعضه مبيع وبعضه مهر، فهما صحيحان، ويقسّط ثمن العبد عليهما بالحصّة. وفيهم من قال: يبطلان[٢].

إذا كان لبنته ألف فقال لرجل: «زوّجتك بنتي هذه ولك هذا الألف معاً بهذه الألف من عندك» بطل البيع والمهر معاً، لأنّه رباً وذلك أنّه فضّة وبضع بفضّة فبقي[٣] النكاح بلا مهر.

فإن كان جنسان فقال: «زوّجتك بنتي هذه ولك هذه الألف درهم بهذه الألف دينار» كان هذا نكاحاً وصرفاً، وكان صحيحاً عندنا، وعندهم على قولين[٤].

إذا أصدقها عبداً فدبّرته ثمّ طلّقها قبل الدخول بها فهل له الرجوع في نصفه أم لا؟ فيه ثلاث مسائل:

إحداها: دبّرته ثمّ رجعت في التدبير بالقول، فعندنا أنّه يصحّ رجوعها، ويكون نصفه للزوج، لأنّه عين ماله. [وقال قوم: لا يصحّ الرجوع بذلك وله أن يأخذ نصف القيمة.

الثانية: دبّرته ثمّ رجعت في التدبير بالفعل كهبة و إقباض أو بيع أو وقف أو عتق صحّ الرجوع بلا خلاف و يكون نصفه للزوج، لأنّه عين ماله][٥].

الثالثة:[٦] طلّقها والعبد مدبّر فلم يأخذ القيمة حتّى رجعت في التدبير بالقول

---

(١) هذا أحد القولين للشافعيّة كما في الحاوي الكبير ٩: ٤٦١.

(٢) هذا قول بعض الشافعيّة كما في الحاوي الكبير ٩: ٤٦١.

(٣) بعض النسخ: فيبقى

(٤) راجع المجموع ٩: ٣٨٩، والمغني لابن قدامة ٤: ٣١٤.

(٥) بين المعقوفتين لم يرد في خ ٢، وط، وبعض النسخ.

(٦) خ ٢، وط: الثانية بدل «الثالثة»

أو الفعل كان بالخيار بين أن يرجع إلى نصف العين أو إلى نصف القيمة، وفيهم من قال: ليس له الرجوع في عينه لأنّ حقّه وجب في القيمة حين الطلاق، وليس له نقله عن القيمة إلى غيرها إلّا برضاها[١]. والأوّل أقوى، لأنّه عين ماله.

إذا تزوّجها على عبد فبان حرّاً قيل: فيه قولان، أحدهما: لها مهر المثل[٢]. والثاني: قيمته لو كان عبداً[٣]. وهو الأقوى، لأنّه أصدقها شيئاً بعينه.

فإن أصدقها عبداً فبان مستحقّاً كان مثل ذلك على القولين[٤] أصحّهما عندنا أنّ لها القيمة. وإن أصدقها عبداً فبان مجهولاً[٥] أو قال: «أصدقتك هذا الخلّ» فبان خمراً فلها مهر مثلها، لأنّ العبد المجهول لا يمكن الرجوع إلى قيمته، والخمر لا مثل لها فيلزم مثلها[٦] والخمر لايقال: لو كان خلّاً كم قيمته، فإنّ مثله لا يكون خلّاً ويفارق الحرّ أن لو كان عبداً. وقد روى أصحابنا أنّ لها خادماً وسطاً[٧] وكذلك قالوا في الدار المجهولة و هو الّذي يفتى به.

وأمّا إن أصدقها خمراً معيّناً فالّذي يقتضيه مذهبنا أنّ لها قيمته عند مستحلّيه.

وإن سمّى لها الحرّ باسمه، فقال: «أصدقتك هذا الحرّ» فلها مهر المثل، لأنّه سمّى لها ما لايجوز أن يكون مهراً فلم يجب قيمته. ويفارق الأوّل لأنّ في الأوّل سمّى لها الخلّ فبان خمراً، فأوجبنا القيمة عند مستحلّيه، وهاهنا دخل مع العلم بأنّ ما سمّي لا يملكه فلا قيمة له.

إذا عقد النكاح في السرّ بمهر ذكراه ثمّ عقدا في العلانية بخلافه، فالأوّل هو المهر عندنا، و قال قوم: المهر مهر العلانية[٨].

إذا اتّفقا على مهر و تواعدا به من غير عقد فقالت له: «جمّلني حال العقد بذكر

---

(١) راجع الحاوي الكبير ٩: ٤٦٢.
(٢ و ٣) راجع الحاوي الكبير ٩: ٤٦٤.
(٤ ـ ٦) راجع الحاوي الكبير ٩: ٤٦٤.
(٧) الكافي ٥: ٣٨١ / ٧ و ٨.
(٨) مختصر المزني: ١٨١، والحاوي الكبير ٩: ٤٦٥ بعد نقله عن الشافعي القولين نسب مهر العلانية إلى المزني.

أكثر منه» فذكر ذلك، لزمه ما عقد به العقد، ولا يلتفت إلى ما تواعدا به، لأنّ العقد وقع صحيحاً سرّاً كان أو علانية.

إذا ادّعت أنّه نكحها يوم الخميس بعشرين، و شهد لها شاهدان. وادّعت أنّه نكحها يوم الجمعة بثلاثين وشهد لها شاهدان فلا فصل بين أن يكون الشاهدان هما الأوّلان[١] أو غيرهما، ولا فصل بين أن يتّفق قدر المهرين أو يختلف، فالكلّ واحد.

فإذا ثبت هذا بالشهادة ثمّ اختلفا فقالت: «هما نكاحان فلي المهران» وقال الزوج: «نكاح واحد وإنّما تكرّر عقده، فلك مهر واحد» فالقول قول الزوجة، لأنّه يحتمل ما تدّعيه، ويحتمل ما يقول هو، لأنّه يجوز أن يكون تزوّجها ثمّ بانت منه بردّة أو خلع ثمّ نكحها نكاحاً مستأنفاً، فإذا أمكن الأمران معاً، فالظاهر معها، لأنّ الظاهر من العقد إذا وقع أنّه وقع صحيحاً، وحمله على خلافه خلاف الظاهر. وهكذا لو أقام شاهدين أنّه باعه هذا الثوب يوم الخميس بألف، وشاهدين أنّه باعه يوم الجمعة منه بألف أو بألفين، فالقول قول البايع، لأنّ الظاهر معه.

فإذا ثبت أنّه يلزم النكاحان فالأولى أن نقول: إنّه يلزمه المهران معاً. و قال بعضهم: يلزمه مهر و نصف، لأنّه يقول طلّقتها بعد الأوّل قبل الدخول، فعليّ نصف المهر، ثمّ تزوّجت بها يوم الجمعة[٢]. وهذا أقوى. وعلى هذا لو قال: «طلّقتها بعد النكاح الثاني قبل الدخول» لم يلزمه أكثر من نصف المهر فيه أيضاً.

إذا تزوّج أربع نسوة بعقد واحد بألف درهم صحّ العقد والمهر، وقال بعضهم: العقد صحيح، والمهر على قولين[٣]. وهكذا لو خالعهنّ دفعة واحدة بألف صحّ الخلع بلا خلاف.

---

(١) بعض النسخ: الأوّلين.

(٢) هذا قول المزني في مختصره: ١٨١، ونقله عنه في الحاوي الكبير ٩: ٤٦٦.

(٣) هذا البعض هو الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٤٦٦.

وإن كان له أربعة أعبد فكاتبهم صفقة واحدة بألف إلى نجمين، صحّ عندنا، لأنّ البدل إذا كان معلوماً صحّ. وإن كان ما يخصّ كلّ عين مجهولاً كما لو اشترى أربعة أعبد بألف صحّ عندهم[١].

وعند بعضهم أنّ الصداق باطل في النكاح والخلع، والكتابة باطلة من أصلها، لأنّ ما يستحقّ كلّ واحدة منهنّ تنقسط على مهر مثلها، وذلك مجهول[٢]. وإذا قلنا: إنّ العقد صحيح والصداق[٣] صحيح، كان لكلّ واحدة منهنّ ربع الألف، وذلك ليس بمجهول. وقال قوم: العقد باطل[٤].

ومن قال: المهر باطل والبذل في الخلع باطل، قال: لزمه عن كلّ واحدة مهر مثلها، ويلزم كلّ واحدة منهنّ صداق مثلها في الخلع. وإذا قالوا: يصحّ، قسّط المسمّى على مهر المثل فيهنّ بالحصّة، اتّفقت مهورهنّ أو اختلفت.

للوالد أن يتصرّف في حقّ ولده الصغير في النكاح وغيره، ذكراً كان أو أُنثى، فإن كان أُنثى فقد مضى الكلام في تزويجها[٥] وإن كان ذكراً فهاهنا موضعه.

فإذا زوّج ولده امرأة و أصدقها صداقاً، فإن كان الولد موسراً فالمهر في ذمّة الولد دون الوالد، لأنّ النكاح له بلاخلاف، وإن كان الولد معسراً تعلّق الصداق بذمّته لمثل ذلك.

وهل يكون الوالد ضامناً له بإطلاق العقد أم لا؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: لا يتعلّق بذمّة الوالد شيء بإطلاق العقد[٦]. والثاني: يصير الوالد ضامناً بإطلاق العقد عن ولده لزوجته[٧] وعندنا أنّه يلزمه، روي ذلك نصّاً[٨].

(١ و٢) الحاوي الكبير ٩: ٤٦٦ ـ ٤٦٧.
(٣) بعض النسخ: والمهر.
(٤) منهم المزني في مختصره وأنّه نقله عنه في الحاوي الكبير ٩: ٤٦٧ وعدّه الأصحّ.
(٥) في صفحة ٣٨٧ في هذا المجلّد.
(٦ و٧) الوجهان مذكوران في الحاوي الكبير ٩: ٤٦٩.
(٨) الكافي ٥: ٤٠٠ / ١ و٢، نوادر أحمد بن محمّد بن عيسى: ١٣٥ / ٣٤٩.

فإذا طلّقها الولد قبل الدخول بها لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن يكون الصداق مقبوضاً عنه من الوالد، أو غير مقبوض. فإن كان مقبوضاً عاد نصفه إلى ولده، لأنّ الوالد لمّا ضمن عنه هذا الصداق فقضاه عنه كان بمنزلة هبته له وقبضه له من نفسه، ثمّ قضى ما لزم ولده من الصداق بمال الولد، فكأنّ الوالد أصدق وأقبض، فإذا طلّقها عاد إليه نصفه دون والده.

وهل لوالده أن يسترجعه؟ عندنا ليس له ذلك لما مضى في الهبات[١] وعند بعضهم إن رجع إليه بدله فلا حقّ للوالد فيه، وإن رجع إليه الصداق بعينه فعلى وجهين[٢].

وأمّا إن لم يكن الوالد أقبضها شيئاً فطلّقها الولد قبل الدخول برئت ذمّة الوالد عن نصف الصداق، وبقي نصفه عليه.

وأمّا إن كان الصداق عيناً قائمة أصدقها والده عنه مثل أن قال: «زوّج ابني بنتك بهذا العبد من مالي» ففعل، صحّ. فإذا عاد إلى الولد بطلاقها قبل الدخول نصفه فهل لوالده أن يرجع فيه؟ على ما مضى[٣].

هذا إذا كان الولد صغيراً. فأمّا إن كان كبيراً فتزوّج و أصدق لنفسه لزم المهر في ذمّته، فتبرّع والده فقضاه عنه، ثمّ طلّقها قبل الدخول عاد نصف الصداق إلى الولد، وهل لوالده أن يرجع؟ فعندنا أنّه لا يرجع فيه، وكذلك عند المخالف[٤].

إذا تزوّج المولّى عليه بغير إذن وليّه ـ كالمحجور عليه لسفه أو مراهق لصغر أو مجنون ـ فالنكاح باطل، فإن كان قبل الدخول فلا شيء عليه، وإن كان بعد الدخول فعليه مهر مثلها. وقال قوم: لاشيء لها، لأنّها رضيت بتسليم نفسها، فقد أتلفت بضعها على نفسها[٥] وهذا أقوى.

---

(١) المبسوط ٣: ١٣١، وقلنا هناك من أنّ الهبة على ذي رحم لايسترجع.

(٢) منهم الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٤٦٩.

(٣) في أسطر قبيل هذا.

(٤) منهم الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٤٧٠.

(٥) راجع الحاوي الكبير ٩: ٤٧١، والظاهر أنّه نسب ذلك إلى مذهب البصريّين.

[١]

فصل في التفويض

التفويض في اللغة جعل الشيء إلى غيره[١] وأن يكله إليه، يقال: فوّضت أمري إليه أي فوّضته إليه ليدبّره، قال الله تعالى: ﴿وأُفوّض أمرى إلى الله إنّ الله بصير بالعباد﴾[٢] أي أجعله إليه. وقال الشاعر:

لايصلح الناس فوضى لاسراة لهم ولا سراة إذا جهّالهم سادوا[٣]

فأمّا التفويض الشرعي فأن ينكح المرأة بغير مهر، فيقال: مفوَّضة، و مفوِّضة. فمن قال بفتح الواو قال لأنّ وليّها هو الّذي يفوّض ذلك، ومن قال بكسرها قال لأنّ الفعل لها لأنّها تزوّج نفسها.

والكلام في العرف الشرعي، وجملته: أنّ المفوّضة ضربان: مفوّضة المهر، ومفوّضة البضع. فأمّا مفوّضة المهر فأن يذكر المهر مفوّضاً غير محدود، مثل أن يقول: «زوّجتكها على أن تمهرها ما شئتَ أو ما شئتُ أو ما شئنا» فإذا عقد على هذا سقط ما سمّياه[٤] ووجب مهر المثل عندهم[٥] وسيأتي الكلام عليه.

وأمّا مفوّضة البضع، فأن يعقد النكاح بغير مهر وهو أن يقول: «زوّجتك بنتي هذه» فيقبل الزوج، ولا ذكر للمهر، أو يقول: «زوّجتكها على أن لا مهر لها» فقبل الزوج، على هذا ثبت[٦] النكاح صحيحاً بغير مهر بلا خلاف. وإن قال: «بغير مهر في الحال ولا فيما بعد» كان النكاح أيضاً صحيحاً، لأنّ إطلاقه يقتضي المهر، فإذا

---

(١) خ ٢: إلى الغير.
(٢) غافر: ٤٤
(٣) هو الأفوه الأودي كما في عقد الفريد ١: ٢٢، ولسان العرب ١٠: ٣٤٨.
(٤) خ ٢: ماسمّيا.
(٥) منهم أبو إسحاق المروزي كما نقله عنه في الحاوي الكبير ٩: ٤٧٤.
(٦) بعض النسخ: بثبت.

شرط أن يكون بغير مهر كان الشرط باطلاً[١]. وقال قوم: النكاح باطل لأنّها تصير كالموهوبة[٢] والأوّل أصحّ.

فإذا ثبت أنّ المفوّضة على هذين الضربين، فإنّ إطلاقها يتناول مفوّضة البضع دون المهر، وقال قوم: هما سواء[٣]. فإذا ثبت أنّ إطلاقه ينصرف إلى مفوّضة البضع فالتفريع عليها، فلا يصحّ أن تكون مفوّضة إلّا من فوّض بضعها بإذنها واختيارها، وهي الثيّب مع كلّ وليّ، والبكر في حقّ غير الوالد والجدّ. فإذا عقد لها النكاح بإذنها[٤] مفوّضة فهي المفوّضة الّتي ذكرناها.

فأمّا من يجبر على نكاح لصغر أو بكارة فلا يكون مفوّضة البضع أبداً، ومتى عقد وليّها مفوّضة لم تكن مفوّضة ووجب مهر المثل بالعقد عند قوم[٥] وعندنا بالدخول إلّا في مسألة، وهي الأمة يزوّجها سيّدها مفوّضة، فيصحّ هذا وإن كان ذلك عن إجبار، لأنّ السيّد هو الّذي اختار ذلك، والمهر له، فلهذا صحّ أن تكون مفوّضة.

فكلّ موضع حكمنا بأنّها مفوّضة لم يجب لها بالعقد مهر ولا المطالبة بالمهر، لأنّ المهر ما وجب، لكن لها المطالبة بفرض المهر، والمهر يجب لها بالفرض منهما أو من الحاكم أو الدخول بها قبل الفرض أو بالموت عند من قال: إنّ الموت كالدخول[٦].

فإذا ثبت هذا وطلّقها زوجها، فإمّا أن يكون بعد الفرض أو قبله، فإن كان بعد الفرض فالكلام عليه يأتي، وإن كان قبل الفرض فلا مهر لها عند بعضهم، لكن

(١ و ٢) الأوّل قول أبي إسحاق المروزي، والثاني مختار أبي عليّ بن أبي هريرة كما في الحاوي الكبير ٩: ٤٧٣.

(٣) راجع الحاوي الكبير ٩: ٤٧٣ و ٤٧٤.

(٤) بعض النسخ: بأنّها، بدل «بإذنها».

(٥) منهم الشافعي في الأُمّ ٥: ٧٠ س ٧.

(٦) كالشافعي في أحد قوليه كما في الحاوي الكبير ٩: ٤٧٣، واللّباب ٣: ١٥.

يجب لها المتعة[١] وهو الّذي نختاره، وكم قدر المتعة؟ يأتي، وفيه خلاف. فأمّا مقداره ففيه مستحبّ وفيه واجب، فالمستحبّ أن يمتّعها بخادم، فإن لم يجد فمقنعة فإن لم يجد فثلاثين درهماً.

وأمّا مقدار الواجب فعلى ما يفرضه السلطان، والاعتبار بهما جميعاً عندنا، وقال قوم: الاعتبار به[٢] لقوله: ﴿ومتّعوهنّ على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾[٣] وهذا هو الأقوى. وفيهم من قال: الاعتبار بها بحسب يسارها وإعسارها وجمالها[٤]. وقال قوم: قدر المتعة ثلاثة أثواب: درع، وخمار، وملحفة[٥].

هذا إذا طلّقها قبل الفرض وقبل الدخول. فأمّا إذا طلّقها بعد الفرض و قبل الدخول مثل أن اتّفقا على الفرض و هما يعلمان قدر مهر المثل أو ترافعا إلى السلطان ففرض لها المهر، فمتى فرض لها المهر بعد العقد كان كالمسمّى بالعقد تملك المطالبة به.

فإن دخل بها أو مات استقرّ ذلك، وإن طلّقها قبل الدخول سقط نصفه عنه ولها نصفه، ولا متعة عليه، وفيه خلاف[٦].

فأمّا إذا وقعت الفرقة بالوفاة نظرت، فإن مات أحدهما بعد الفرض استقرّ بالوفاة، وإن مات أحدهما قبل الفرض وقبل الدخول ورثه الآخر.

وإن مات الزوج فعليها العدّة. وأمّا المهر فمتى مات أحدهما فعلى قولين، أحدهما: لها مهر المثل[٧]. والثاني: لا مهر لها[٨]. وهو الصحيح عندنا، و فيه

---

(١) هو أحد قولي الشافعي في مختصر المزني: ١٨١.

(٢) راجع الحاوي الكبير ٩: ٤٧٧ ـ ٤٧٨. و مختصر المزني: ١٨١، والمغني لابن قدامة ٨: ٥٢.

(٣) البقرة: ٢٣٦. (٤) الحاوي الكبير ٩: ٤٧٨.

(٥) منهم الثوري والاوزاعي، وعطاء، ومالك، وأبو عبيدة، وأصحاب الرأي كما في المغني لابن قدامة ٨: ٥٢. (٦) راجع المغني لابن قدامة ٩: ٥٥.

(٧ و٨) الأوّل مذهب أبي حنيفة وهوموافق لقول عبدالله بن مسعود من الصحابة. والثاني مذهب مالك وهو موافق لقول عليّ بن أبي طالب عليه السلام من الصحابة، كما في الحاوي الكبير ٩: ٤٧٩.

خلاف[١].

مفوّضة البضع لاتملك بالعقد مهراً أصلاً، وإنّما تملك بالعقد أن تملك، وما ذلك المهر؟ قال قوم: هو مهر المثل[٢]. وقال آخرون: ما يتقدّر بالفرض[٣]. وهذا هو الصحيح عندنا.

فأمّا بالدخول فإنّه يجب مهر المثل بلا خلاف.

وأمّا الفرض ففرضان: فرض الحاكم، وفرض الزوجين. فأمّا فرض الحاكم فلا يجوز له أن يفرض إلّا مهر المثل بحال، ولا يجوز له أن يفرض مهر المثل إلّا بعد العلم بمهر مثلها. فأمّا فرض الزوجين فلا يخلو حالهما من أحد أمرين: إمّا أن يعلما مبلغ مهر المثل: أو لا يعلما.

فإن كانا به عالمين، فإن اتّفقا على فرض مهر المثل صحّ ولزم، لأنّهما فعلا ما هو الواجب. وإن اتّفقا على فرض هو دون مهر المثل صحّ ولزم أيضاً، وعلمنا أنّها تركت بعض حقّها.

وإن اتّفقا على فرض أكثر من مهر المثل صحّ ولزم أيضاً، وعلمنا أنّه اختار أن يزيدها. وإن اتّفقا ففرضا ثوباً أو غيره ممّا هو غير مهر المثل صحّ ولزم أيضاً وعلمنا أنّهما اتّفقا على أخذ العوض عمّا وجب لها، وهذا جائز.

وأمّا إن كانا جاهلين بموضع مهر المثل فاتّفقا على شيء ففرضاه ورضيا به، فهل يصحّ أم لا؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: لا يصحّ، لأنّ الواجب مهر المثل، فإذا لم يعلما قدر المثل كان فرضهما مع الجهل باطلاً[٤] والثاني: يصحّ ولزم ما فرضاه[٥]. وهو الصحيح عندنا، لأنّ الواجب ما يتّفقان عليه.

إذا تزوّجها مفوّضة البضع فجاء أجنبيّ ففرض معها مهر مثلها، وهما يعلمان مبلغه، وسلّمه إليها وتسلّمته وقبضته، ثمّ إنّ الزوج طلّقها قبل الدخول بها قيل: فيه

---

(١) راجع الحاوي الكبير ٩: ٤٨٠. (٢ و٣) راجع المصدر السابق ٩: ٤٨٢.

(٤ و٥) الأوّل قول الشافعي في الجديد، والثاني قوله في القديم كما في الحاوي الكبير ٩: ٤٨٤.

ثلاثة أقوال، أحدهما: يعود كلّه إلى الأجنبيّ[١]. والثاني: يعود نصفه إلى الأجنبيّ[٢]. والثالث: يعود نصفه إلى الزوج[٣].

وإنّما[٤] قيل: يعود كلّه إلى الأجنبيّ، لأنّ الفرض إنّما يصحّ من الحاكم أو الزوجين، و ليس هذا واحداً منهما. فبطل فرضه، ووجب لها المتعة على زوجها. والوجه الثاني أنّ فرضه صحيح، لأنّه لما جاز أن يقوم مقام الزوج في قضاء ما يجب عليه، ويبرئ ذمّة الزوج به، فكذلك جاز أن يقوم مقامه في الفرض معها وقضائه عنه، فعلى هذا إذا طلّقها قبل الدخول عاد نصفه، وإلى من يعود؟ على الوجهين، أحدهما: إلى الأجنبيّ الّذي فرضه[٥]. والثاني: يعود إلى الزوج دونه[٦].

ويجيء على هذين الوجهين إذا تبرّع أجنبيّ فقضى عن الزوج ما وجب عليه من المسمّى، ثمّ طلّقها زوجها قبل الدخول عاد نصفه بالطلاق، وعلى من يعود؟ على الزوج أو على من تبرّع بقضائه؟ على الوجهين[٧] والوجه الأوّل من الوجوه أقوى.

مفوّضة البضع إذا فرض لها الزوج فرضاً لم ترض به ثمّ طلّقها قبل الدخول بها كان لها المتعة، لأنّ الفرض إنّما يثبت إذا اتّفقا، وهاهنا ما اتّفقا، ويستحبّ له إذا تزوّجها مفوّضة أن لا يدخل بها حتّى يفرض لها المهر.

فأمّا مفوّضة المهر: فهو أن يعقد النكاح ويذكر المهر ولا يذكر مبلغه، فيقول: «تزوّجت على أن يكون المهر ما شئنا أو ما شاء أحدنا» وهذا في التحقيق تفويض مبلغ المهر.

فإذا كان كذلك وجب لها بالعقد مهر المثل عند بعضهم[٨] لأنّه نكاح بمهر

(١ ـ ٣) المغني لابن قدامة ٨: ٥٥.
(٤) خ ٢: فإذا.
(٥ و٦) مضى بيانهما قبيل هذا.
(٧) راجع فيما سبق ذكره من المغني ٨: ٥٥.
(٨) راجع الحاوي الكبير ٩: ٤٨٥.

مجهول فسقط المسمّى، ووجب مهر المثل، فإن دخل بها استقرّ، وإن طلّقها قبل الدخول استحقّت نصفه وعاد نصفه. وقال قوم: يسقط بالطلاق قبل الدخول، وتجب المتعة[١].

والّذي تقتضيه أخبارنا أنّه إذا علّق بمشيئة الرجل فمهما حكم به وجب عليها الرضا به، وإن علّق بما تشاء هي، وجب عليه الرضا بما تشاؤه، ما لم يتجاوز خمسمائة الّذي هو السنّة، وإن علّقا بمشيئتهما أوقف حتّى يصطلحا[٢].

من يجبر على النكاح من الصغيرة والبكر الكبيرة يجبرها أبوها أوجدّها على النكاح، فمتى زوّجها مفوّضة البضع كان الحكم فيه مثل الحكم فيمن لا يجبر سواء.

وقال قوم: لها مهر المثل لا غير[٣] لأنّه تصرّف في حقّ المولّى عليه، فلم يصحّ إلّا بعوض المثل، كما لو باع شيئاً فإنّه يجب أن يكون بعوض المثل.

فإذا ثبت هذا، فإن أجبرها وليّها فزوّجها مفوّضة لم يجب عليه ضمان المهر، لأنّه قد وجب بالعقد. وإن ضمن للزوج فقال: «متى لزمك مهرها فعليّ ضمانه» لم يصحّ، لأنّه ضمان ما لم يجب.

فأمّا السيّد فله إجبار أمته على النكاح، فإن زوّجها مفوّضة بغير إذنها صحّ ذلك، لأنّ كلّ الحقّ له، لا شيء لها منه، فإذا زوّجها وصحّ النكاح ملك هو بالعقد ما ملكت الحرّة المفوّضة أن تملك، وقد مضى. فإن فرضه السلطان أو اتّفق مع زوجها مفوّضة[٤] صحّ وكان الفرض له دون كلّ أحد.

هذا إذا فرض قبل أن يزول ملكه. فأمّا إن زال ملكه عنها ببيع أو عتق ثمّ فرض لها المهر فعندنا لا يصحّ، لأنّ بيعها طلاقها، وعند المخالف يصحّ[٥]. وكم

---

(١) منهم أبو حنيفة كما في الحاوي الكبير ٩: ٤٨٦.

(٢) منها ماورد في الكافي ٥: ١/٣٧٩.

(٣) راجع الأمّ للشافعي ٥: ٧٠.

(٤) ط: ففرضه.

(٥) منهم الشافعيّ في أحد قوليه كما في الحاوي الكبير ٩: ٤٦١.

يجب المهر؟ فيه وجهان: بناءً على ما ملكت أن تملك بالعقد، فمن قال ملكت أن تملك مهر المثل[١] كان المهر للسيّد دون غيره، ومن قال ملكت أن تملك مهراً ما فيقدّر بالفرض، فبعد أن فرض لا يكون للسيّد الأوّل، ولكن إن كان أعتقها فالمهر لها.[٢] وإن كان باعها فللسيّد الثاني.

وقال قوم: متى فرض لها المهر كان للسيّد الأوّل لاغير[٣] لأنّه وإن لم يجب المهر بالعقد، فإنّ سبب وجوبه هو العقد، والعقد كان في ملكه، فوجب أن يكون المهر له.

والّذي يقتضيه مذهبنا أنّه إن أعتقها واختارت المقام معه، ثمّ فرض المهر أن يكون لها. وإن باعها ورضي بها السيّد الثاني استمرّ العقد، فمتى فرض المهر فيما بعد كان للثاني.

[٢]

فصل في اعتبار مهر المثل

عندنا أنّ مهر المثل يعتبر بنسائها من الأُمّ والأُخت والعمّة والخالة، ومن يجري مجراهنّ ما لم يتجاوز خمسمائة درهم، فإن زاد عليها لم يجب أكثر من خمسمائة درهم، وقال قوم: يعتبر بنساء عصبتها دون أُمّها ونساء أرحامها ونساء بلدها[٤]. وفيه خلاف[٥] ويعتبر النساء اللواتي في بلدها.

ويعتبر بمن هو في سنّها، لأنّ المهر يختلف باختلاف السنّ. ويعتبر ذلك بعقلها وحمقها، لأنّه يختلف بذلك. ويعتبر بجمالها وقبحها، لأنّه يختلف بذلك. ويعتبر بحال يسارها وإعسارها، وبأدبها، وبالبكارة والثيوبة، وبصراحة نسبها من

(١ ـ ٣) راجع المصدر السابق.

(٤) منهم الشافعي كما نقله عنه في مختصر المزني: ١٨٢، ونقله ابن قدامة في المغني ٨: ٥٩ في رواية عن أحمد بن حنبل، والحاوي الكبير ٩: ٤٨٧.

(٥) راجع المغني ٨: ٥٩، والحاوي الكبير ٩: ٤٨٧، ٤٨٨، والمجموع ١٦: ٣٧٥.

الطرفين، لأنّ المهر يختلف بجميع ذلك.

وجملته أنّ كلّ أمر يختلف المهر لأجله فإنّه يعتبر به.

إذا حكم لها بمهر المثل كان حالّاً ولم يكن عليها التأخير إلى أجل، ومتى اعتبرنا بنسائها من الطرفين على مذهبنا وعلى مذهب المخالف بالعصبات، فإنّه يعتبر الأقرب فالأقرب منهنّ، لأنّ الأقرب بها أشبه وأليق.

ومتى فقد العصبات عند من اعتبرهنّ اعتبر نساء ذوي الأرحام، فإن فقدن اعتبر نساء أقرب البلدان إلى بلدها، وكذلك نقول.

وإذا كان الّذي وجب عليه مهر مثلها من عشيرتها، فإن كان قومها إذا زوّجوها من عشيرتها خفّفوا، وإذا زوّجوها من غير العشيرة ثقّلوا، كان الواجب على حسب ذلك، فإن كان من العشيرة خفّفت عنه، وإن كان من غيرها ثقّل عليه، لأنّه هكذا يكون الاعتبار.

قال قوم: الأولى أن يتزوّج الرجل من غير عشيرته وأقاربه، فإنّه حكي أنّ الرجل إذا تزوّج من عشيرته خرج الولد بينهما أحمق، فإن كان من غيرها وهما عاقلان خرج عاقلاً، وقد تزوّج قوم إلى عشائرهم فخرج أولادهم حماقى[1]. وقد روي في الأخبار الحثّ على ذلك لأنّه من صلة الرحم.[2]

[٣]

فصل في اختلاف الزوجين

إذا اختلف الزوجان في قدر المهر مثل أن يقول: «تزوّجتك بألف» وقالت: «بألفين» أو في جنس المهر فقال: «تزوّجتك بألف درهم» وقالت: «بألف دينار»، فعندنا أنّ القول قول الزوج مع يمينه إذا لم يكن هناك بيّنة معها، ووافقنا جماعة

---

(١) راجع المجموع ١٦: ١٣٧.

(٢) الفقيه ٣: ٣٨٥/٤٣٥٥، الوسائل ٢٠: ٥١ الباب ١٤ من أبواب مقدّمات النكاح وآدابه ح٦.

على ذلك. وقال قوم: يتحالفان، وبمن يبدأ؟ فيه ثلاثة أقوال، أحدها: يبدأ بيمين الزوج[١]. والثاني: بيمين الزوجة[٢]. الثالث: يبدأ الحاكم بأيّهما شاء.[٣]

وهل يحلف كلّ واحد بيمينين فيجمع فيهما بيمين نفي ويمين إثبات، أو يقتصر على يمين واحدة؟ فيه وجهان، أحدهما: يقتصر على يمين واحدة يجمع فيهما بين النفي والإثبات، فيبدأ بالنفي أوّلاً فيقول: «والله ما تزوّجتها بألفين ولقد تزوّجتها بألف» ثمّ تحلف هي فتقول: «والله ما تزوّجتني بألف ولقد تزوّجتني بألفين»[٤]. وفيهم من قال: يحلف كلّ واحد منهما بيمينين يحلف أوّلاً على النفي، ثمّ يحلف الآخر على النفي، ثمّ يحلف الأوّل على الإثبات، ثمّ يحلف الآخر على الإثبات.[٥]

ومتى تحالفا بطل المهر ووجب لها مهر المثل، ولا فرق بين أن يكون ما ادّعته المرأة قدر مهر مثلها أوأقلّ أوأكثر. وقال بعضهم: ينظر فيما ادّعته، فإن كان قدر مهر مثلها أو أكثر وجب لها مهرالمثل، وإن كان ما تدّعيه أقلّ من مهر المثل، فإنّه لايجب عليه إلّا ما ادّعته، لأنّها لا تدّعي زيادة عليه، فلا يعطى ما لا تدّعيه.[٦]

ومن قال بالأوّل قال: هذا باطل، لأنّهما إذا تحالفا حكمنا ببطلان ما سمّياه كأن لم يكن[٧] واتّفقوا كلّهم على أنّه إذا اعترف الرجل بألفين ومهر مثلها ألف وتحالفا، أنّه لا يلزمه إلّا مهر مثلها ألف، وفيه خلاف.[٨]

إذا اختلف الزوج وأبوالصبيّة الصغيرة تحالفا أيضاً الزوج وأبو الصبيّة. وفيهم من قال: يحلف الزوج ويصبر حتّى تبلغ الصبيّة، ثمّ تحلف، لأنّ الحقّ لها، واليمين لايدخلها النيابة.[٩]

(١ ـ ٣) الحاوي الكبير ٩: ٤٩٥. (٤ و٥) الحاوي الكبير ٩: ٤٩٥ ـ ٤٩٦.

(٦) هو أبو عليّ بن خيران كما نقله عنه في الحاوي الكبير ٩: ٤٩٧.

(٧ و٨) راجع الحاوي الكبير ٩: ٤٩٧.

(٩) هو الّذي نقله الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٤٩٨.

ومن قال بالأوّل قال: يتحالفان، لأنّ الأب يحلف على فعل نفسه، ولا يمتنع أن يحلف الإنسان على فعل نفسه، ليثبت حقّ غيره كالوكيل يحلف على إثبات حقّ لغيره، إذا كان على فعل نفسه.(١)

إلّا أنّ المسألة لا تصحّ إلّا بشرطين، أحدهما: أن يكون الوليّ يدّعي أكثر من مهر المثل، فأمّا إن كان ما يدّعيه قدر مهر المثل أو أقلّ فلا تحالف بينهما، لأنّه متى عقد النكاح بأقلّ من مهر مثلها ثبت لها مهرالمثل بالعقد، فلا معنى لإحلافه.

والشرط الثاني: أن تكون الزوجة صغيرة مولّى عليها، فإن لم يحلف حتّى بلغت، فإنّ التحالف حينئذ معها ومع زوجها، دون والدها.

فأمّا إن اختلف ورثة الزوجين أو أحدهما فإنّهما يتحالفان عندهم(٢) وعندنا القول قول ورثة الزوج مع يمينهم.

إذا اختلف الزوجان في قبض المهر فقال: «قد أقبضتك المهر» وقالت: «ما قبضته» فالقول قولها، سواء كان قبل الزفاف أو بعده، قبل الدخول بها أو بعده، وفيه خلاف.(٣) وروي في بعض أخبارنا أنّ القول قوله بعد الدخول.(٤)

إذا تزوّج امرأة وأصدقها ألفاً ثمّ أعطاها ألفاً أو عبداً أو ثوباً لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن يتّفقا على أنّ القبض على الإطلاق، أو يختلفا.

فإن اتّفقا على أنّها قبضته مطلقاً، وهو أن يدفع إليها فقبضت، وهما شاكّان أو قال: «خذي هذه» فإن قالت: «أعطيتني هديّة» وقال: «بل مهراً(٥)» فالقول قوله، ولا يمين، لأنّه ما لم ينطق بالهبة أو الهديّة لا يكون هديّة وإن اعتقده ونواه، فلا معنى لإحلافه.

---

(١) هو الّذي نصّ عليه الشافعي كما روى عنه في الحاوي الكبير ٩: ٤٩٨، وهو قول أبي العبّاس بن سريج وأبي إسحاق المروزي. (٢) كما في الحاوي الكبير ٩: ٤٩٩.

(٣) والخلاف منقول بالتفصيل في الحاوي ٩: ٥٠١.

(٤) راجع الكافي ٥: ٣٨٣ / ١ و٢. (٥) خ ٢ وبعض النسخ: مهر.

وإن اختلفا فقالت: «قلت لي خذي هذه هديّة» أو قالت: «هبة» وقال: «بل قلت خذيها مهراً» فالقول قول الزوج بكلّ حال، وفيه خلاف.(١)

إذا زوّج الرجل بنته فأراد قبض مهرها لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن يكون مولّى عليها، أو غير مولّى عليها. فإن كانت مولّى عليها لصغر أو لجنون مع الكبر أو لسفه جاز له قبض مهرها، ويجوز له قبض مهر البكر الصغيرة والكبيرة اللتين يلي أبوهما بضعهما ومالهما، وكذلك إن كانت ثيّباً فله قبض المهر وتبرأ ذمّة الزوج بقبضه منه.

وإن كانت رشيدة لم تخل من أحد أمرين: إمّا أن تكون ثيّباً، أو بكراً. فإن كانت ثيّباً لم يكن له قبض مهرها بغير أمرها بلا خلاف، وإن كانت بكراً فالصحيح أنّه ليس له قبض مهرها، وقال بعضهم: له قبض مهرها(٢). والّذي نقوله: إنّ له قبض مهرها ما لم تنهه عن ذلك.

[٤]

فصل

إذا تزوّج امرأة وخالعها بعد الدخول بها، فعليها العدّة، ولزوجها نكاحها فإن فعل وأمهرها مهراً فإن دخل بها استقرّ المهر، وإن طلّقها قبل الدخول ثبت نصف المهر، وسقط نصفه، وفيه خلاف.(٣)

إذا أصدقها ألفاً على أنّ لأبيها ألفاً كان الصداق صحيحاً وما ذكره لأبيها لا يجب عليه الوفاء به، وقال قوم: الصداق فاسد، ويجب مهر المثل(٤) وقال آخرون: الكلّ لها.(٥)

---

(١) راجع الحاوي الكبير ٩: ٥٠١، وفيه نقل الخلاف عن مالك.

(٢) نسب ذلك في الحاوي الكبير ٩: ٥٠٢ إلى بعض أصحاب الشافعيّة، وقال أبو حنيفة: له قبض مهرها بكراً كانت أو ثيّباً ما لم تنهه عنه.

(٣) راجع الحاوي الكبير ٩: ٥٢٤ ـ ٥٢٥.

(٤) هذا مختار الماوردي في الحاوي ٩: ٥٠٣.

(٥) منهم مالك كما نسبه إليه في الحاوي ٩: ٥٠٣.

إذا قال: «أصدقتك ألفاً على أن أُعطي أباك ألفاً» كان مثل الأُولى سواء، وقال قوم ـ وهم الأكثر ـ: مثل الأُولى[١] وقال بعضهم: الصداق صحيح.[٢]

وأمّا إن أصدقها ألفين على أن يعطي أباها منها ألفاً كان صحيحاً عندنا وعندهم فإن كانت على سبيل الهبة منها لأبيها لم يلزمها الوفاء به وإن كان بمعنى التوكيل منها له أن يأخذ الألف ويتصرّف لها بها، ولها أن تمتنع من الدفع، وأيّهما كان فلا يقدح في المهر بلا خلاف.

إذا عقد النكاح بشرط لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن يكون سائغاً، أو غير سائغ.

فإن كان سائغاً مثل أن يقول: «على أن أتسرّى عليك، أتزوّج عليك، أُسافربك، ونحو هذا» لم يقدح في العقد، لأنّه شرط ما له فعله، وإن شرطه شرطاً لا يسوغ في الشرع فالشرط باطل.

فإذا ثبت أنّه باطل لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن يكون على صفة يفسد المهر أو العقد؟ فإن كان ممّا يعود فساده إلى المهر، مثل أن شرط أن لا يسافر بها ولا يقسم لها، ولا يتسرّى عليها ولا يتزوّج عليها فهذا شرط باطل، ولا يفسد المهر عندنا، وعند بعضهم يفسده ويجب مهر المثل[٣].

وأمّا إن كان شرطاً يعود بفساد العقد، مثل أن تشرط الزوجة عليه ألّا يطأها فالنكاح باطل، لأنّه شرط يمنع المقصود بالعقد. وقد روى أصحابنا أنّ العقد صحيح والشرط صحيح ولا يكون له وطؤها، فإن أذنت فيما بعد كان له ذلك[٤]. وعندي أنّ هذا يختصّ عقد المتعة دون عقد الدوام.

حكي عن بعضهم أنّه قال: لو شرط الزوج أن يطأها ليلاً فالنكاح صحيح، ولو شرطت هي أن يطأها ليلاً فالنكاح باطل[٥] وعندنا لا فرق بين الأمرين في أنّه

(١ و ٢) راجع الحاوي الكبير ٩: ٥٠٤. (٣) هذا ما قاله الماوردي في الحاوي ٩: ٥٠٦.

(٤) الكافي ٥: ٤٦٧ / ٩، والرواية واردة في مورد المتعة كما صرّح الشيخ ﷺ تخصيصه بها.

(٥) هذا قول أبي القاسم الأنماطي كما نسبه إليه في الحاوي الكبير ٩: ٥٠٧.

لا يفسد العقد، وله وطؤها أيّ وقت شاء. وقال بعضهم: إن شرط عليها أن لا يدخل عليها سنة فالنكاح صحيح، وإن شرطت هي على أن لا يدخل هو عليها سنة فالنكاح باطل.[١]

والفصل بينهما أنّ الشرط إذا كان من جهته أن يطأ ليلاً كان معناه ولا يطأها نهاراً، وله أن يفعل هذا، فإذا شرطه فقد شرط ما له فعله، فلم يقدح في النكاح. وليس كذلك إذا كان الشرط منها، لأنّها شرطت شرطاً يمنعه من الّذي له فعله، فلهذا بطل النكاح.

والّذي نقوله: إنّ الشرط منها يبطل، ويثبت النكاح.

إذا شرطا[٢] في النكاح خيار الثلاث نظرت، فإن كان في أصل العقد فالنكاح باطل، لأنّه عقد يلزم بنفسه، فلا يصحّ خيار الشرط فيه. وإن كان الشرط في المهر مثل أن يقول: «قد أصدقتك هذه الدار على أنّ لك الخيار في المهر ثلاثاً» فهل يبطل النكاح أم لا؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: النكاح بالباطل.[٣] والثاني: لا يبطل النكاح[٤] وهو الصحيح.

فإذا قيل: يبطل النكاح، فلا كلام، فإن كان ما دخل بها فرّق بينهما ولا شيء لها، وإن كان دخل بها فلها مهر مثلها.

وإذا قيل: النكاح صحيح، ففي الصداق ثلاثة أوجه، أحدها: يصحّ النكاح والشرط[٥] وهو الأقوى عندي. والثاني: يبطل الشرط دون الصداق، فإذا بطل الشرط، فالمهر بحاله[٦]. الثالث: يبطل الشرط والصداق معاً[٧]، وكلّ موضع نقول بطل الصداق فإنّه يجب مهر المثل.

والّذي يقتضيه مذهبنا أنّه إذا شرط في الصداق الخيار كان العقد صحيحاً

---

(١) القائل به هو الربيع كما نقله عنه في الحاوي ٩: ٥٠٨.
(٢) بعض النسخ: إذا شرط.
(٣، ٤) نقلهما ونسبهما إلى الشافعي في الحاوي ٩: ٥٠٩.
(٥، ٦، ٧) راجع المصدر السابق.

والمهر لازماً، والخيار ثابتاً، لقوله عليه السلام: المؤمنون عند شروطهم.[١]

إذا تزوّج امرأة فضمن لها أبوه نفقته عليها سنين، قال قوم: يجوز[٢]، وقال آخرون: لايجوز[٣]. والّذي يقتضيه مذهبنا أنّه لا يجوز، لأنّ النفقة لاتجب عندنا بالعقد، وإنّما تجب نفقة يوم بيوم بدلالة أنّها لا تملك المطالبة بها، ولأنّها لا تملك الإبراء منها، ولو وجبت بالعقد لصحّ ذلك.

فإذا تقرّر القولان، فمن قال: لايجب، قال: لايصحّ الضمان، لأنّه ضمان ما لم يجب. ومن قال: يجب بالعقد، صحّ ضمانه بثلاث شرائط: أن يضمن نفقة المعسر دون الموسر والمتوسّط، لأنّ ذلك يتغيّر يزيد وينقص. الثاني: يكون لمدّة معلومة. الثالث: يكون ما ضمنه معلوماً.[٤]

قال الله تعالى: ﴿وإن طلّقتموهنّ من قبل أن تمسّوهنّ وقد فرضتم لهنّ فريضة فنصف ما فرضتم﴾[٥] يعني عاد إلى الزوج نصف ما فرض، لأنّه جعل النصف مستحقّاً بالطلاق، ولايجوز أن يكون الّذي يستحقّ النصف بالطلاق إلّا الزوج. لأنّ الزوجة قد كانت ملكته كلّه بالعقد، ثمّ قال: ﴿إلّا أن يعفون﴾ والمراد به النساء خاصّة بلا خلاف، فكأنّه قال للزوج: النصف ممّا فرض لها إذا طلّقها قبل الدخول بها، إلّا أن يعفون عن النصف الباقي، فيكون الكلّ له. ثمّ قال: ﴿أو يعفو الّذي بيده عقدة النكاح﴾ وعندنا هو الوليّ الّذي هو الأب أو الجدّ، يعفو عن نصف الزوجة إلّا أنّ أصحابنا رووا أنّ له أن يعفو عن بعضه وليس له أن يعفو عن جميعه.[٦] وقال

---

(١) التهذيب ٧: ٣٧١ / ١٥٠٣، و٤٦٧ / ١٨٧٢.

(٢ و٣) نقل القولين في الحاوي الكبير ٩: ٥١٠، ونقل عن الشافعي أنّها إن كانت مدّتها معلومة فله قولان مبنيّان على أنّها إن وجبت بالعقد كالمهر فهي تجوز وهذا قول مالك أيضاً.
وإن تجب بالتمكين الحادث بعد العقد فلا وبه قال أبو حنيفة أيضاً.

(٤) راجع المصدر السابق ٩: ٥١١.

(٥) البقرة: ٢٣٧.

(٦) الفقيه ٣: ٥٠٧ / ٤٧٧٩.

قوم: هو الزوج[١] وفيه خلاف.

أمّا أب البكر الصغيرة إذا طلّقها زوجها قبل الدخول، فاستقرّ لها نصف المهر هل للأب أو الجدّ أن يعفو عمّا لها من الصداق؟ على ما مضى.

وأمّا أب الزوج إذا كان الزوج محجوراً عليه، فالمحجور عليه على ضربين: لصغر، وغيره، فإذا كان صغيراً فهو محجورٌ عليه عاقلاً كان أو مجنوناً. والمحجور عليه لغيره فهو كالبالغ، وهو على ضربين: محجور عليه لسفه، أو جنون. فإن كان محجوراً عليه لصغر، فإنّ لوليّه أن يزوّجها أربعاً فما دون لحاجة وغير حاجة. والمحجور عليه لجنون أو سفه فلوليّه أن يزوّجه للحاجة لاغير، وأيّ هؤلاء كان، متى زوّجه فليس لوليّه أن يطلّق زوجته عليه.

أمّا الصغير فليس لوليّه أن يطلّق زوجته بعوض ولا بغيره، لكن زوجته تبين منه بأن ترتدّ أو ترضعه، فمتى بانت بهذا عاد كلّ الصداق إلى زوجها، لأنّ الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول بها. وإن كان بالغاً مجنوناً فليس لوليّه أن يطلّق عليه لكن تبين زوجته منه بأن ترتدّ فإذا فعلت عاد كلّ الصداق إليه.

و أمّا السفيه فتبين زوجته منه بالطلاق، وبردّتها فإن ارتدّت بانت وسقط كلّ الصداق عنه، وإن طلّقها عاد نصف الصداق إليه، ومتى بانت زوجة واحد من هؤلاء قبل الدخول، فليس لوليّه أن يعفو عن شيء من الصداق بحال.

إذا طلّق الرجل الرشيد زوجته الرشيدة قبل الدخول بقي لها نصف المهر، وعاد إليه نصفه، ولكلّ واحد منهما أن يعفو عن حقّه منه، ليكمل كلّه لصاحبه. فإذا عفا أحدهما من حقّه لصاحبه أيّ الزوجين عفا عمّا في يديه فلا يخلو المهر

---

(١) قال الشافعي في الجديد: إنّ الّذي بيده عقدة النكاح هو الزوج وبه قال من الصحابة عليّ ابن أبي طالب وجبير بن مطعم ومن التّابعين شريح...و من الفقهاء سفيان الثوري...راجع الحاوي الكبير ٩: ٥١٤.

من أحد أمرين: إمّا أن يكون ديناً، أوعيناً. فإن كان ديناً، فإمّا أن يكون في ذمّته أو في ذمّتها.

فإن كان في ذمّته مثل أن أصدقها مالاً في ذمّته ثمّ طلّقها قبل الدخول ثبت لها نصفه، وله النصف، فإن اختارت العفو عن حقّها منه ليكمل الكلّ له صحّ أن يسقط حقّها منه بستّة ألفاظ: العفو، والتمليك، والهبة، والإسقاط، والترك، والإبراء. فإذا عفت بواحدة منها فهل يفتقر إلى قبوله أم لا؟ قيل: فيه وجهان[1] الأولى أن نقول: يفتقر إلى قبوله.

وإن اختار أن يعفو هو له ليكمل لها الصداق فهو على وجهين: إن قلنا ماملك النصف وإنّما ملك أن يملك، صحّ أن يعفو عن حقّه بالألفاظ الستّة، فإذا فعل شيئاً منها سقط حقّه، ولا يفتقر إلى قبول، لأنّ الّذي ثبت له الخيار، وهو أنّه ملك أن يملك فإذا كان كذلك سقط حقّه ولم يفتقر إلى القبول كالشفيع. وإذا قلنا ملك نصف الصداق ملكاً تامّاً برئت ذمّته عن النصف فلا يصحّ أن يعفو لها عن شيء سقط عن ذمّته، فإن اختار أن يجدّد هبة من عنده يهب لها فعل، وإلّا فالعفو[2] لا يصحّ.

هذا الكلام فيه إذا كان في ذمّته. وأمّا إذا كان في ذمّتها مثل أن أصدقها عبداً فأتلفته أو طعاماً فأكلته فلا شيء الآن في ذمّتها فإذا طلّقها قبل الدخول صار له النصف، فإن اختارت العفو عن حقّها ليكمل الصداق لم يصحّ، لأنّ ذمّتها بريئة عن نصفها من الصداق، فلا يصحّ منها العفو عنه، لكن إن اختارت أن تجدّد هبة تهبها منه فعلت

فأمّا إن اختار أن يعفو هو عن نصفه، فإن قلنا: ما ملك وإنّما ملك أن يملك، صحّ

---

(١) نسب الماوردي في الحاوي الكبير ٩: ٥١٨ إلى الشافعي وإلى أكثر أصحابه عدم الافتقار إلى قبوله وإلى بعض أصحابه منهم ابو العباس بن رجاء المصري أنّه لا يتمّ الإبراء إلّا بالقبول كالهبة، وهذا قول أبي حنيفة أيضاً.

(٢) في ج ٢ وعلّ: من الشيء فالعفو.

عفوه بأحد الألفاظ الستّة، فإذا فعل لم يفتقر إلى قبول كالشفيع. وإذا قلنا: ملك النصف ملكاً تامّاً، فهذا له في ذمّتها نصف الصداق فله العفو عنه لها بأحد الألفاظ الستّة. وهذا الّذي نختاره، فإذا فعل فهل يفتقر إلى قبولها؟ فعلى وجهين، على ما مضى.(١)

هذا كلّه إذا كان الصداق ديناً. فأمّا إن كان عيناً لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن يكون في يده، أو في يدها. فإن كان في يده وطلّقها قبل الدخول صار نصفه له، وبقي نصفه لها، فإن عفا أحدهما لصاحبه نظرت:

فإن عفت هي عن حقّها منه فهو هبة نصف عين مشاعة لها في يديه، فيصحّ ذلك بألفاظ ثلاثة: العفو، والهبة، والتمليك، فإنّ العفو عبارة عن العطاء فإذا صحّ افتقر إلى إيجاب وقبول ومضيّ مدّة القبض. وهل يفتقر إلى إذنها بالقبض؟ على قولين.(٢) ولها الرجوع ما لم يمض المدّة لأنّها هبة لم تقبض.

وإن اختار هو العفو فهو على وجهين: إن قلنا: ما ملك نصفها وإنّما ملك أن يملك، صحّ عفوه بأحد الألفاظ الستّة، ولا يفتقر إلى قبولها. وإذا قلنا: ملك النصف ملكاً تامّاً ـ وهو الصحيح عندنا ـ فإذا عفا هاهنا فهو ابتداء هبة من عنده، يصحّ بألفاظ ثلاثة العفو والهبة والتمليك، ويفتقر إلى إيجاب وقبول، فإن رجع الزوج قبل القبض كان له.

هذا إذا كانت العين في يده. فأمّا إن كانت في يدها فطلّقها قبل الدخول، فإن عفت هي عن نصفها فهي ابتداء هبة من عندها نصف عين مشاعة، يفتقر إلى إيجاب وقبول و قبض، فإن لم يقع القبض فلها الرجوع. وإن اختار هو العفو، فإن قلنا: ما ملك النصف بل ملك أن يملك، صحّ أن يعفو بأحد الألفاظ الستّة، فلا يفتقر إلى قبول كالشفيع سواء. وإذا قلنا: ملك النصف ملكاً تامّاً ـ وهو الصحيح

(١) نقلنا الوجهين وقائليهما عن الحاوي الكبير ٩: ٥١١٨.
(٢) أورد القولين في الحاوي الكبير ٩: ٥٢٠.

عندنا ـ فهو ابتداء هبة من عنده نصف عين له في يدها، فلابدّ من إيجاب وقبول، ومضيّ مدّة القبض.

وهل يفتقر إلى الإذن بالقبض أم لا؟ على القولين، على ما مضى[١]. فإذا قلنا: يفتقر إلى الإذن، لزمت الهبة بأربع شرائط: إيجاب، وقبول، ومضيّ مدّة القبض، والإذن به. وإذا قلنا: لا يفتقر إلى الإذن، لزمت بالإيجاب والقبول ومضيّ مدّة القبض وإن لم تأذن.

إذا أصدقها صداقاً ثمّ وهبته منه، ثمّ طلّقها قبل الدخول، فإنّه يرجع عليها بنصفه. ثمّ لا يخلو من أحد أمرين: إمّا أن يكون عيناً، أو ديناً. فإن كان عيناً كالعبد والثوب فوهبته له، ثمّ طلّقها قبل القبض فهل يرجع عليها بنصف الصداق أم لا؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: لا يرجع بشيء.[٢] والثاني: يرجع عليها بالنصف[٣]. وهو الصحيح عندنا، سواء وهبت له قبل القبض أو بعد أن أقبضه، الباب واحد، وفيه خلاف.[٤]

وإن كان ديناً نظرت، فإن كان دفعه إليها فقبضته ثمّ وهبته له مثل أن كانت دراهم فأقبضها ثمّ وهبتها منه ثمّ طلّقها فعلى القولين[٥] لأنّها قد قبضت صداقها وتعيّن بالقبض فلا فصل بين أن يتعيّن بالعقد وبين أن يتعيّن بالقبض. وأمّا إن كان ديناً فأبرأته منه ثمّ طلّقها قبل الدخول فهل يرجع عليها بنصفه أم لا؟ يبنى على القولين[٦] إذا كان عيناً فوهبته.

---

(١) راجع المصدر السابق.

(٢ و٣) الأوّل قول الشافعي في القديم كما نقله عنه واختاره المزني في الحاوي الكبير ٩: ٥٢١، والثاني قوله في الجديد وقال أبو حنيفة: إن وهبته قبل قبضه لم يرجع عليها وإن وهبته بعده رجع، راجع الحاوي، والمدوّنة الكبرى ٢: ٢٢٥.

(٤) راجع المدوّنة الكبرى ٢: ٢٢٥، والأُمّ ٥: ٧٥، ومختصر المزني: ١٨٣.

(٥ و٦) راجع القولين في الموردين إلى الحاوي الكبير ٩: ٥٢٢.

فإذا قلنا: لا يرجع عليها بشيء إذا كان عيناً، فوهبته فهاهنا مثله. وإذا قلنا: يرجع عليها بالنصف إذا كان عيناً، فوهبته له، فهل يرجع هاهنا فيه قولان، أحدهما: يرجع[1] لأنّه عاد إليه بغير الوجه الّذي يعود إليه به حين الطلاق كالعين سواء. والثاني: لا يرجع بشيء هاهنا[2] والأوّل أقوى.

إذا أصدقها عيناً ودیناً مثل أن أصدقها عبداً وألف دينار فأبرأته عن الدين ووهبت له العين ثمّ طلّقها قبل الدخول، فهل يرجع عليها في نصف بدل العين؟ على ما مضى إذا كان كلّه عيناً. وهل يرجع في الدين؟ الحكم فيه كما لو كان كلّه ديناً فأبرأته منه.

فإن أصدقها عيناً فوهبته له ثمّ ارتدّت قبل الدخول سقط الصداق، لأنّ الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول، فهل يرجع عليها ببدل كلّ الصداق أم لا؟ على قولين، فالحكم هاهنا في كلّ الصداق كالحكم في نصفه إذا وقعت الفرقة بالطلاق.

فإن باع من رجل عبداً بألف دينار[3] فقبض الألف ثمّ وهبها من المشتري، ثمّ أصاب المشتري بالعبد عيباً فهل للمشتري ردّه واسترجاع الثمن أم لا؟ على وجهين، أحدهما: له ذلك، لأنّ الثمن عاد إلى المشتري بغير الوجه الّذي يعود إليه بالردّ، فيردّه ويسترجع منه الثمن.

والوجه الثاني: ليس له الردّ، لأنّه إنّما يردّ ليسترجع الثمن، وقد تعجّل استرجاعه قبل الردّ فلم يكن له ردّ العبد. والأوّل أصحّ. فإن كانت بحالها فوهب البائع الثمن للمشتري فأصاب المشتري به عيباً أو حدث عنده عيب يمنع الردّ فهل يرجع على البائع بالأرش أولا؟ على وجهين بناءً على الردّ، فإن قلنا: له الردّ إذا لم يحدث به عيب، كان له الأرش هاهنا. وإذا قلنا: ليس له الردّ، لم يكن له الأرش.

(١ و٢) راجع المصدر السابق.

(٣) ليس «دينار» في خ ٢، وبعض النسخ.

فإن كاتب عبده على نجمين بما يراه من مال الكتابة فبرئ منها وعتق، فهل يجب له على سيّده الإبراء[١] أم لا؟ على وجهين، أحدهما: يرجع لأن الإبـراء[٢] يستحقّه بغير الوجه الّذي برئت به ذمّته. والثاني: لا يرجع عليه بالإبراء[٣] لأنّه قد تعجّل الحقّ قبل محلّه. وهو الأقوى.

فإن باع منه عبداً بألف ثمّ إنّ المشتري وهب العبد للبائع ثمّ فلس المشتري والثمن في ذمّته فللبائع أن يضرب مع الغرماء بثمن العبد، والفصل بين هذه وبين ما مضى هو أنّ حقّ البائع في الثمن وما دعا إليه شيء منه، فلهذا كان له أن يضرب بالثمن مع الغرماء، وليس كذلك في هذه المسائل لأنّ ماله عاد إليه بعينه، فلهذا لم يكن يملك الرجوع في بدله.

فوزان المفلّس في هذه المسألة أن يصدقها عبداً فتهب له غيره ثمّ طلّقها قبل الدخول، فله الرجوع في نصف الصداق، فبان الفصل بينهما.

فإن أصدقها عبدين فوهبت له أحدهما فقد فرضت المسألة إذا كان أصدقها عبداً فوهبت له نصفه مشاعاً ثمّ طلّقها قبل الدخول، فهل يرجع عليها بنصف الصداق أم لا؟ يبنى على القولين فيه إذا وهبت الكلّ: فإذا قلنا: يرجع في النصف إذا وهبت الكلّ، فهاهنا يرجع بنصف النصف. وإذا قلنا: لو وهبت الكلّ لم يرجع عليها، فهاهنا قد أخذ نصف الصداق، فهل له الرجوع عليها بشيء أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا يرجع به، لأنّه إنّما يرجع على هذا القول ما لم يتعجّل المهر قبل الطلاق، فإذا كان قد استعجل حقّه فلم يكن له الرجوع بشيء.

والقول الثاني: يرجع بنصف الموجود فيكون قد تعجّل النصف، وعاد وأخذ نصف ما بقي، لأنّه لو كان أخذ الكلّ منها لم يرجع بشيء ولو لم يأخذ منها شيئاً رجع بالنصف، فإذا كان قد أخذ النصف وترك النصف لم يرجع بما أخذ، وكان له

(١ ـ ٣) بعض النسخ في الموارد الثلاثة: الإيتاء.

نصف الموجود.

فيخرج منه إذا كان أصدقها عبداً فوهبت له نصفه فيه ثلاثة أقوال، أحدها: لا يرجع بشيء. والثاني: بربعه وهو نصف الموجود. والثالث: يرجع بالنصف. وكيفيّة الرجوع يأتي في موضعه. والأوّل من هذه الأقوال هو الّذي يقتضيه مذهبنا.

إذا تزوّج الرجل امرأة بمهر معلوم ملكت المهر عليه بالعقد، وملك هو البضع في الوقت الّذي ملكت عليه المهر، لأنّه عقد معاوضة، فملك كلّ واحد منهما على صاحبه في الوقت الّذي ملك صاحبه عليه.

وإن خالعها بعد هذا بعوض وبذلته له، ملك العوض الّذي عقد الخلع به، وزال ملكه عن بضعها في الوقت الّذي ملك العوض عليها. ولا يقال: زال بعضها إليها فملكته، لأنّها لا تملك بضعها، فإنّ البضع عبارة عن الاستمتاع. لكنّا نقول: زال ملك البضع عنه وعاد إليها كالّذي كان قبل النكاح.

فإذا تقرّر هذا فإذا وقع الخلع منها فإمّا أن يكون بعد الدخول أو قبله، فإن كان بعد الدخول ملك الزوج العوض الّذي عقد به الخلع، فزالت الزوجيّة واستقرّ المهر بعقد النكاح لها، لأنّه قد دخل بها قبل أن يؤثّر فيه زوال الزوجيّة بحال.

وإن كان الخلع قبل الدخول سقط نصف المهر عنه، واستقرّ لها نصفه، كما لو طلّقها قبل الدخول، لأنّ الفرقة متى جاءت من قبله قبل الدخول، سقط عنه نصف المهر، مثل أن طلّقها أو ارتدّ. وإن جاءت من قبلها إمّا بردّتها أو بالرضاع، فإنّه يسقط كلّ المهر.

فأمّا إذا وقعت الفرقة بالخلع فهو منها لكنّ المغلّب[1] فيه حكم الزوج بدليل أنّه يملك أن يخلعها مع غيرها من الأجنبيّين، وليس لها أن تخلع مع غيره، فكان المغلّب[2] فيه حكمه وجهته، فكأنّه انفرد بالطلاق، فيسقط عنه نصف الصداق.

(١ و٢) خ ٢: المتغلّب.

فإذا ثبت ذلك وكان مهرها مثلاً ألفاً وأراد أن يخلعها على وجه لا يلزمه من الصداق شيء، فإنّه يخلعها بخمسمائة لا من المهر، فإذا فعل سقط عنه من الألف خمسمائة، واستقرّ عليه خمسمائة، وله عليها خمسمائة بالخلع ويتقاصّان.

ومنهم من قال: الحيلة في ذلك أن يقول لها: «خالعتك على ما يسلم لي من الألف» فإنّما يسلم لها منها خمسمائة، ويسقط عنه بالطلاق خمسمائة، فيسقط كلّ المهر.(١)

إذا زوّج الأب أو الجدّ من له إجبارها على النكاح، وهي البكر الصغيرة أو الكبيرة، فإن كان بمهر مثلها أو أكثر لزم ما سمّى لها بلاخلاف، وإن كان بدون مهر المثل سقط المسمّى ووجب لها مهر المثل عند بعضهم.(٢) وقال غيره: إذا كان دون مهرالمثل ثبت المسمّى ولم يجب مهر المثل(٣). وهو الّذي يقتضيه مذهبنا.

إذا تزوّج امرأة لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن يكون بذكر مهر. أو بغير ذكر مهر، فإن كان(٤) بغير ذكر مهر فهذه مفوّضة البضع، فإذا فوّض الوليّ بضعها باختيارها لم يجب لها بالعقد مهر، فإن أبرأته عن المهر لم يصحّ، لأنّها أبرأت عمّا لاتملك، فلم يصحّ.

وإن كان ذكر لها مهراً لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن يكون صحيحاً، أو فاسداً. فإن كان صحيحاً كالدراهم والدنانير فأبرأته عنه صحّ، لأنّه إبراء عن ملك واجب يصحّ أن تبرئه عن كلّه وعن بعضه إذا كان البعض معلوماً مثل أن تقول: «أبرأتك عن النصف أو الثلث أو غير ذلك» فإن كان الصداق دراهم فأبرأته عن دنانير أو دنانير فأبرأته عن دراهم لم يصحّ، لأنّها أبرأته عمّا لا تملك.

---

(١) منهم أبو إسحاق المروزي وأبو حامد المروزي كما نسبه إليهما في الحاوي الكبير ٩: ٥٢٥.

(٢) منهم الشافعي في الأُمّ ٥: ٧٠.

(٣) هو أبو حنيفة كما نسبه إليه السرخسي في المبسوط ٤: ٢٢٤، وراجع بدائع الصنائع لعلاء الدين ٢: ٢٤٥ أيضاً.

(٤) خ ٢: كانت.

وإن كان فاسداً مثل أن تزوّجها مفوّضة المهر أو أصدقها مهراً مجهولاً أو خمراً أو خنزيراً سقط المسمّى ووجب مهر المثل، فإن أبرأته عن العين المسمّاة في العقد لم يصحّ، لأنّها ما ملكت المسمّى، فلا يصحّ أن تبرئه عنه.

وهكذا إن قبضت هذا المهر ثمّ ردّته إليه هبة له كان هبة باطلة[١] لا يتعلّق بها حكم، لأنّها قبضت ما لا تملك ووهبت ما لم تملك.

وإن أبرأته عن مهر المثل الواجب بالعقد نظرت، فإن كانت تعرف قدره ومبلغه فالبراءة صحيحة، لأنّها أبرأته عن أمر واجب معلوم. وإن كانت جاهلة بقدر مهر المثل فالبراءة باطلة. وهكذا إذا كان له على رجل مال مجهول، فضمنه عنه ضامن كان الضمان باطلاً، فضمان المجهول باطل، والبراءة عن المجهول باطلة، فلا يصحّ ضمان المجهول ولا الإبراء عنه. وقال قوم: يصحّان معاً[٢] وهو الّذي يقوى في نفسي.

فإذا ثبت أنّ الإبراء عن المجهول لا يصحّ فإن أبرأه عن مجهول لكنّه يتحقّق بعضه مثل أن يعلم أنّ له عليه ديناً لكنّه يجهل مبلغه ويقطع أنّه لا يزيد على مائة فأبرأه عمّا له عليه، قيل: فيه وجهان، أحدهما: يصحّ فيبرأ عن القدر الّذي يتحقّق ولا يبرأ عن غيره[٣]. والثاني: لايصحّ، لأنّه لمّا لم يبرأ عن الكلّ لم يبرأ عن البعض، ألا ترى أنّه لو ضمن هذا الحقّ عنه لم يصحّ، لأنّه لمّا لم يصحّ ضمانه في الكلّ لم يصحّ في البعض.[٤]

فإذا أراد أن يصحّ الإبراء عن المجهول فالحيلة[٥] فيه أن يعطيها ما يقطع أنّها تستحقّه مثل أن يجعل مهر مثلها فيقطع أنّه لايبلغ مائة فيعطيها عشرة ثمّ يقول لها: «أبرئيني من درهم إلى ألف» فيكون صحيحاً، لأنّها قبضت العشرة بحقّ قطعاً،

---

(١) خ ٢ زيادة: لأنّه.
(٢) منهم أبو حنيفة كما نسبه إليه في الحاوي الكبير ٩: ٥٢٧.
(٣ و ٤) الحاوي الكبير ٩: ٥٢٨.
(٥) خ ٢: بالحيلة.

وأبرأته عن الزيادة.

إذا كان له مائة درهم عند رجل فنسيها، أو كانت له عنده وهو لا يعلم بها، فقال له: «قد أبرأتك عن مائة درهم» ثمّ بان له أنّه كان يملكها لم يصحّ عند من لا يجيز الإبراء عن المجهول[١]. وقال بعضهم: يصحّ لأنّه أبرأه عن مقدّر معلوم واجب له، فإذا صادف ملكه صحّ[٢]. وعلى مااخترناه يصحّ. وهكذا لو اشترى شقصاً في شركته ولم يعلم، فقال له: قد أبرأتك عمّا أستحقّه عليك من حقّ الشفعة» فهل يسقط حقّه أم لا؟ على ما مضى: قال قوم: إنّه لا يسقط[٣]. وهو الأقوى، وقال بعضهم: يسقط[٤].

وأصل هذه المسألة إذا باع رجل عبداً يعتقده لوالده فبان أنّه له، وأنّ والده كان قد مات حين البيع، فالبيع باطل، لأنّه اعتقده باطلاً، وفيهم من قال: يصحّ لأنّه صادف ملكه.

فإن طلّق امرأة بعينها وقد نسي أنّ له زوجة أو أعتق عبداً بعينه وقد نسي أنّ له عبداً فبان العبد له والمرأة زوجته، هل يقع الطلاق والعتق؟ يخرج على الوجهين، وعندنا أنّه لا يقع طلاق ولا عتق.

إذا تزوّج امرأة فأصدقها صداقاً فقالت: «لا أُسلّم نفسي حتّى أقبض صداقي» فالكلام في فصلين: أحدهما في التقديم، والثاني في استحقاق التسليم.

فأمّا الكلام في التقديم، وأيّهما يقدّم؟ فله موضع آخر نذكره. والكلام في استحقاق التسليم هاهنا، جملته أنّ النكاح يصحّ بصداق عاجل وآجل، وأن يكون بعضه عاجلاً وبعضه آجلاً. فإذا ثبت أنّ الكلّ صحيح نظرت، فإن عقد على الإطلاق اقتضى إطلاقه أن يكون المهر كلّه حالّاً، وإن شرط فيه التعجيل كان معجّلاً بإطلاقه لا بالشرط، والشرط أفاد التأكيد.

(١ و ٢) أوردهما في الحاوي الكبير ٩: ٥٢٧.

(٣ و ٤) لم نعثر عليهما في مظانّه.

فإذا ثبت أنّه يكون معجّلاً في هذين الموضعين فلها أن تمنع نفسها منه حتّى يقبضها الصداق، فإن سلّم المهر سلّمت نفسها. فإن امتنع فاختارت تسليم نفسها إليه قبل قبض المهر، فهل لها أن تمتنع أم لا؟ نظرت، فإن لم يكن دخل بها كان لها الامتناع عليه، لأنّ التسليم هو القبض والقبض في النكاح، الوطء، فإذا لم يطأها فما قبض، وكان لها الامتناع بلا خلاف فيه. وأمّا إن كان دخل بها فليس لها أن تمتنع بعد ذلك وكان لها المطالبة بالمهر فقط. وقال قوم: لها أن تمتنع حتّى تقبض المهر[١]. وهو الّذي يقوى في نفسي.

فأمّا إن كان كلّه إلى أجل فإنّما يصحّ إلى أجل معلوم، فإذا كان المهر آجلاً فليس لها الامتناع عنه، بل عليها تسليم نفسها إليه، لأنّها رضيت بتأجيل المهر، فقد دخلت على الرضا بتسليم نفسها قبل قبضه، كما قلنا في البيع، إذا كان بثمن آجل فعلى البائع تسليم السلعة لأنّه على هذا دخل.[٢]

فإذا ثبت هذا نظرت، فإن سلّمت نفسها إليه فلا كلام، وإن تدافع الوقت وتأخّر تسليم[٣] نفسها إليه حتّى حلّ الأجل ووجب عليه تسليم المهر فليس لها الامتناع هاهنا على قبض المهر، لأنّه قد وجب عليها تسليم نفسها إليه واستقرّ ذلك عليها، فليس لها أن تمتنع عليه كما قلناه في البيع سواء.

ويفارق إذا كان المهر عاجلاً لأنّه ما استحقّ عليها التسليم قبل قبض المهر، فلهذا كان لها الامتناع، وهاهنا قد وجب عليها تسليم نفسها، فليس لها الامتناع بعد ذلك.

هذا إذا كان كلّه عاجلاً[٤]. فأمّا إن كان بعضه عاجلاً وبعضه آجلاً فإنّما يصحّ

---

(١) منهم أبو حنيفة كما نسب إليه في الحاوي الكبير ٩: ٥٣٠.

(٢) راجع المبسوط ٢: ٥٥ كتاب البيوع.

(٣) بعض النسخ: بتسليم.

(٤) ط زيادة: أو كلّه آجلاً.

بشرطين: أن يعلم قدر الأجل منه، ومنتهى الأجل. فأمّا على ما يعقد الناس بينهم على صداق عاجل وآجل، ولا يذكر قدر الأجل ولا منتهى الأجل فهو باطل، ويجب لها مهر المثل، ويكون حالاً.

فإذا ثبت هذا فعقد بعاجل و[١]آجل معلوم، كان بعضه عاجلاً وبعضه آجلاً على ما يشرطانه، ولها هاهنا أن تمتنع عنه حتّى تقبض قدر العاجل منه على ما قلناه إذا كان كلّه عاجلاً، فإذا قبضت العاجل فليس لها أن تمتنع عنه لما بقى لها من الأجل، كما لو كان كلّه آجلاً على ما فصّلناه.

إذا تزوّج الرجل لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن تكون الزوجة صغيرة، أو كبيرة. فإن كانت كبيرة وأقبضها الصداق لزمها تسليم نفسها على ما قلناه، فإن استمهلت اليوم واليومين والثلاث قال قوم: تمهل[٢]. وقال قوم: لا يمهلها[٣] والأوّل أقوى، لقوله عليه وآله السلام ونهيه أن يطرق الرجل أهله ليلاً[٤] ولأنّ العادة جارية بذلك في العقود.

فإذا ثبت هذا فإن طلبت إمهال ثلاث فما دونه أُمهلت، وإن طلبت أكثر من ذلك لم تمهل، لأنّ الثلاث يتّسع لها إصلاح أمرها والاستعداد لزوجها.

هذا إذا كانت كبيرة. فأمّا إن كانت صغيرة لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن تكون على صفة تصلح للرجال، أو لا تصلح. فإن كانت تصلح لهم مثل أن تكون لها تسع سنين ونحوها فالحكم فيها كما لوكانت كبيرة وقد مضى، وإن كانت لا تصلح للرجال بأن يكون لها الستّ والسبع على حسب حالها، فربّ صغيرة السنّ تصلح وكبيرة السنّ لاتصلح.

---

(١) بعض النسخ: أو.

(٢ و٣) القولين للشافعي في الأُمّ والإملاء كما نسبهما إليه في الحاوي الكبير ٩: ٥٣٢.

(٤) الفقيه ٢: ٣٠٠ / ٢٥١٤، باب النوادر.

فإذا كانت لاتصلح لم يجب على أهلها تسليمها إليه وإن ذكر أنّه يحضنها ويربّيها وأنّ له من يقوم بخدمتها وجميع أُمورها، لأنّه لم يملك رقبتها وإنّما ملك الاستمتاع بها وهذه فما خلق فيها الاستمتاع، ولأنّه لا يؤمن أن تشره نفسه إلى مواقعتها فربّما جنى عليها فقتلها، فكان لهم منعها.

فأمّا إن امتنع هو من قبض هذه وطالبوه بقبضها ونقلها إليه لم يجب عليه، لأنّه ما خلق فيها ما ملك منها من الاستمتاع، ولأنّه كان يلزمه نفقة الحضانة والتربية وذلك غير واجب.

الصداق كالدين، لأنّه يجب في الذمّة بعقد، وكلّ ما وجب في الذمّة بعقد كان ديناً.

فإذا ثبت هذا، فإنّه يكون منه مُعجّلاً ومؤجّلاً مثل الدين، ولا يخلو الزوجان من أربعة أحوال: إمّا أن يكون الزوج كبيراً وهي صغيرة، أو يكونان صغيرين، أو يكون الزوج صغيراً وهي كبيرة، أو يكونان كبيرين.

فإن كان كبيراً وهي صغيرة لا يجامع مثلها، فهل عليه نفقتها أم لا؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: لها النفقة، لأنّ عقد النكاح يقتضي الإنفاق، فإذا تزوّج علم أنّه دخل على بصيرة من الإنفاق عليها[1]. والقول الثاني ـ وهو أصحّهما عندنا وعندهم ـ أنّه لا نفقة عليه، لأنّ النفقة في مقابلة التمكين من الاستمتاع، بدليل أنّ الكبيرة إذا نشزت سقطت نفقتها، لتعذّر الاستمتاع.[2]

وإن كانا صغيرين فعلى قولين، كما لو كان كبيراً وهي صغيرة[3] الصحيح أنّه لا نفقة لها.

وأمّا إن كانت كبيرة وهو طفل فبذلت نفسها ومكّنت من الاستمتاع، فهل لها

(١ و٢) قال الشافعي في القديم لأصحابنا فيه وجهان: ونقل الماوردي البصري الوجهين عنه في الحاوي الكبير ٩: ٥٣٤، ونقل وجههما عنه كما في المتن.

(٣) راجع الحاوي الكبير ٩: ٥٣٤.

نفقة أم لا؟ على قولين، أحدهما: لا نفقة لها، لأنّ التمكين ليس بحاصل، ولا إمكان الاستمتاع.[١] وهو الّذي يقوى في نفسي. والثاني ـ وهو الصحيح عندهم ـ أنّ عليه النفقة لأنّها تجب في مقابلة التمكين من الاستمتاع، وقد فعلت[٢] وإنّما تعذّر القبض من جهته كما لو جنّ أو مرض.

فأمّا الكلام في الصداق هل عليه [تسليم] الصداق في هذه المسائل الثلاث؟ منهم من قال على القولين، كالنفقة[٣] ومنهم من قال: يجب تسليم الصداق[٤]. والأقوى عندي أنّه لا يجب كما لا تجب النفقة، لأنّ الاستمتاع غير ممكن.

فأمّا إن كانا كبيرين فمتى مكّنت من نفسها لزمه تسليم الصداق والإنفاق معاً، والكلام في التقديم والتأخير يجيء فيما بعد، وهو إذا قال كلّ واحد منهما: «لا أُسلّم ما يجب عليّ حتّى أتسلّم» فأيّهما يجبر على التسليم؟ قيل: فيه ثلاثة أقوال[٥] ـ مثل المتبايعين إذا قال كلّ واحد: لا أُسلّم حتّى أتسلّم ـ:

أحدها: يقطع الخصومة بينهما ولا يجبر واحد منهما على شيء، بل يقال لهما أيّكما تطوّع بتسليم ما عليه أُجبر الآخر على تسليم ما عليه. والثاني: ينصب الحاكم عدلاً ويأمر كلّ واحد منهما بتسليم ما لصاحبه عليه إليه، فإذا حصل الثمن والمثمن عنده دفع العدل حينئذ إلى كلّ واحد منهما ما لصاحبه عليه. والثالث: يجبر البائع على تسليم السلعة، فإذا استقرّ البدل أُجبر المشتري على تسليم الثمن إن كان حاضراً، وإن كان غائباً فقال: «أمهلوني لإحضاره» أُمهل، بعد أن يحجر عليه في السلعة، لئلاّ يتصرّف فيها، وأُنظر لإحضار الثمن على ما فصّلناه في البيوع[٦] والقول الأخير أقوى.

(١ ـ ٣) راجع الحاوي ٩: ٥٣٤ ـ ٥٣٥.
(٤) راجع الحاوي ٩: ٥٣٣ ـ ٥٣٥.
(٥) نقل الماوردي الأقوال الثلاثة في الحاوي الكبير ٩: ٥٣٥ ـ ٥٣٦.
(٦) راجع المبسوط ٢: ٨٨ كتاب البيوع.

فأمّا الصداق فلا يجيء فيه إلّا قولان، أحدهما: يقطع الخصومة بينهما، وأيّهما بذل ما عليه أُجبر الآخر على إقباض ما عليه. والثاني: ينصب عدلاً ويأمر الزوج بتسليم الصداق إليه، فإذا فعل أمرها بتسليم نفسها إليه، فإذا فعلت أعطاها العدل الصداق. وهذا الأقوى عندي.

ولا يجيء القول الثالث، لأنّ القول الثالث يجبر الزوجة على تسليم نفسها ثمّ يجبر هو على تسليم الصداق، وهذا لا يجوز، لأنّه ربّما أتلف البضع ومنع الصداق فلهذا لم يجبر على تسليم نفسها. ويفارق البيع، لأنّه يمكن إجباره على تسليم السلعة والحجر عليه فيها بعد أن يقبضها، والنكاح لا يمكن ذلك فيه.

إذا امتنعت الكبيرة من تسليم نفسها وقالت: «لا أُمكّنه حتّى يدفع الصداق» فهل لها النفقة قبل دفع الصداق أم لا؟ يبنى على القولين. فإذا قيل: لا يجبر أحدهما على تسليم ما عليه وأيّهما تبرّع أُجبر الآخر عليه، فلا نفقة لها هاهنا، لأنّها تمنع نفسها بغير حقّ، فإنّ الزوج لا يجب ـ على هذا القول ـ عليه تسليم الصداق. فإذا قالت: «لا أُسلّم حتّى يدفع إليّ ما لا يجب عليه» فهي ناشزة فلا نفقة لها.

وإذا قلنا: يجبر الزوج على تسليم الصداق إلى عدل، فإذا سلّمت نفسها إلى زوجها قبضته من العدل، فعلى هذا إذا قالت: «لا أُسلّم نفسي حتّى يسلّم الصداق» فإذا امتنع من ذلك فلها النفقة عليه، لأنّها بذلت نفسها ومكّنته إن دفع الواجب لها، فإذا لم يفعل كان الامتناع من التسليم والقبض منه، فعليه نفقتها.

إذا كانت المرأة: نضواً ـ وهي النحيفة القليلة اللحم ـ فطالب بها زوجها لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن يكون النضو خلقة وجبلّة، أو لعارض وعلّة. فإن كان ذلك خلقة فمتى سلّم إليها مهرها لزم تسليم نفسها إليه، لأنّ العادة لم تجر أنّ لنضو الخلق منع نفسها عن زوجها. فإذا تسلّمها كان له أن يستمتع بها فيما دون الفرج، وبكلّ ما يستمتع الرجل بالقويّة السمينة إلّا الجماع في الفرج، فإنّه ينظر

فيه، فإن كانت ممّن لا ضرر عليها في جماعه فعليها تمكينه، لأنّه لا ضرر عليها في جماعه. وإن كانت على صفة يخاف عليها من الجماع الجناية عليها أو مشقّة شديدة منع منها. وقيل له: أنت بالخيار بين أن تمسكها ولك الاستمتاع بها إلّا الجماع في الفرج وبين أن تطلّقها وعليك نصف المهر.

فأمّا إن كان نضو الخلق لعلّة وعارض، وصارت على صفة لا يطاق جماعها كان لها منع نفسها منه حتّى تبرأ، لأنّ هذه يرجى زوالها، ولهذا أُمهل حتّى تزول. فإذا ثبت أن ليس عليها تسليم نفسها فما دامت على الامتناع فلا نفقة لها حتّى تبرأ ويندمل وتسلّم نفسها، فإن سلّمت إليه لزمه نفقتها.

وهكذا لو سلّمت نفسها وهي صحيحة جسيمة فمرضت ونحلت، فعليه نفقتها لأنّها قد حصلت في قبضة زوجها، وتفارق الصغيرة فإنّها لم تحصل في قبضة زوجها.

إذا وطئ زوجته فأفضاها ـ والإفضاء أن يجعل مدخل الذكر ومخرج البول واحداً ـ فمتى فعل هذا فعليه الدية عندنا، سواء كان البول مسترسلاً أو مستمسكاً.

وهكذا إن أكره امرأة أو وطئها بشبهة فأفضاها وجب المهر والدية، وعندنا خاصّة أنّه يلزم النفقة عليها ما دامت حيّة إذا كان[1] وطئها قبل تسع سنين، فإن وطئها بعد تسع سنين فأفضاها لم يكن عليه شيء، وفيه خلاف.[2]

فإذا تقرّر هذا فأفضاها ثمّ أراد جماعها ثانياً نظرت، فإن كان الموضع قد اندمل فصار بحيث لا يستضرّ بالجماع كان عليها التمكين منه، وإن لم يكن اندمل ويخاف عليها أن يتّفق ما اندمل، أو يلحقها مشقّة من جماعه، منع منه حتّى يتكامل البرء.

---

(١) لم ترد «كان» في بعض النسخ.

(٢) راجع الحاوي الكبير ٩: ٥٣٨، والمغني لابن قدامة ٩: ٦٥٥.

فإن اختلفا فقال: «قد اندمل فلا يخاف عليه» وقالت: «بل ما اندمل» فالقول قولها، لأنّه ممّا لا يمكنها[١] إقامة البيّنة عليه.

إذا طلّقها بعد أن خلا بها قبل أن يمسّها قيل: فيه ثلاثة أقوال، قال قوم: وجود هذه الخلوة وعدمها سواء، يرجع إليه نصف الصداق ولا عدّة[٢] وهوالظاهر من روايات أصحابنا[٣]. وقال قوم: يستقرّ المهر والعدّة بالخلوة[٤] وبه قال قوم من أصحابنا[٥]إلّاأنّ المخالف قال: إذا خلا بهابلامانع استقرّالمهر، أصابهاأولم يصبها.[٦]

وإن كان هناك مانع فإن كان محرماً لم يستقرّ، وإن كان صائماً فإن كان فرضاً لم يستقرّ، وإن كان تطوّعاً استقرّ، وإن كان صوم التطوّع يلزم بالدخول فيه عندهم[٧] وإن كان عنّيناً أو مجبوباً استقرّ المهر.

ولا خلاف أنّ الخلوة إذا كانت في نكاح فاسد لا يستقرّ به المهر، ولا خلاف أيضاً أنّه لا يتعلّق بالخلوة شيء من أحكام الدخول مثل: الحدّ، والغسل، والمهر في النكاح الفاسد، ولايثبت به الإحصان، ولا يخرج به من حكم العنّة، والإيلاء، ولايفسد العبادة، ولايجب به الكفّارة، ولا تقع به الإباحة للزوج الأوّل. وإنّما الخلاف في استقرار المهر كلّه والعدّة.

إذا تزوّج امرأة وأمهرها عبداً مطلقاً فقال: «تزوّجتك على عبد» فالنكاح صحيح بلا خلاف، ولها عبد وسط من ا لعبيد عندنا، وعند جماعة، وقال قوم: لها مهر المثل، لأنّ هذا فاسد.

---

(١) خ ٢: لايمكنه.

(٢) منهم الشافعي والمعمول عليه من مذهبه كما نسبه إليه في الحاوي ٩: ٥٤٠.

(٣) الكافي ٦: ١٠٦ / ٣، و٨٣ / ٣.

(٤) نسبه في الحاوي إلى الصحابة منهم عمر بن الخطّاب، وعليّ بن أبي طالب عليه السلام وعبدالله بن عمر، راجع الحاوي ٩: ٥٤٠.

(٥) منهم الصدوق في الهداية: ٢٦٢.

(٦) راجع الحاوي ٩: ٥٤٠.

(٧) الحاوي الكبير ٩: ٥٤٣.

وكذلك إذا قال: «تزوّجتك على دار» مطلقاً فعندنا يلزم دار بين دارين، فأمّا إذا قال: «تزوّجتك على ثوب» ولم يبيّن فلا خلاف أنّه لا يصحّ المهر، وقال بعضهم: له وسط الثياب.[١]

المتعة للمطلّقات فأمّا من بانت بالوفاة أو بالفسخ فلا متعة لها، بدلالة قوله تعالى: ﴿وللمطلّقات متاع﴾[٢] دلّ على أنّه[٣] لا متعة لغير مطلّقة.

والمطلّقات على ثلاثة أضرب عند بعضهم: مطلقّة لها المتعة، وهي الّتي لم يفرض لها بالعقد مهر ولا بعد العقد، وطلّقت قبل الدخول فلها المتعة[٤]. وهكذا عندنا، وفيه خلاف.[٥] وإنّما قلنا ذلك، لقوله تعالى: ﴿ومتّعوهنّ على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾[٦].

الضرب الثاني: مطلّقة لا متعة لها، وهي الّتي يجب لها بالطلاق قبل الدخول نصف المهر المفروض بعد العقد، فمتى طلّقت فلها نصف المهر، ولا متعة لها للآية المتقدّمة[٧] وهكذا نقول.

الضرب الثالث: كلّ من طلّقها زوجها بعد الدخول، سواء سمّى لها مهراً في العقد أو لم يسمّ، فرض لها أو لم يفرض الباب واحد، فإنّه لا متعة لها عندنا، وإنّما لها مهر المثل، وقال قوم: لها المتعة[٨].

والمتعة على كلّ زوج طلّق[٩] لكلّ زوجة طلّق إذا كان الفراق من قبله أو يتمّ به مثل أن يطلّق أو يخالع أو يملك. فإذا كان الفراق من قبلها فلا متعة لها، سواء كان الزوج حرّاً أو عبداً، والزوجة حرّة كانت أو أمة.

---

(١) منهم أبو حنيفة وبعض آخر كما في المغني لابن قدامة ٨: ١٩.
(٢) البقرة: ٢٤١.
(٣) خ ٢: وإن عنى بدل: «دلّ على أنّه».
(٤ و٥) الحاوي الكبير ٩: ٥٤٥.
(٦) البقرة: ٢٣٦.
(٧ و٨) نقل القولين في الحاوي الكبير ٩: ٥٤٨، ونسب القول بالمتعة إلى الشافعي في الجديد.
(٩) ليس: «طلّق» في خ ٢، كما لم يرد في الحاوي ٩: ٥٤٩ أيضاً.

الفراق على أربعة أضرب: إمّا أن يكون من جهته، أومن جهتها، أو جهتهما معاً، أو جهة أجنبيّ. فما يكون من جهته بطلاق ولعان وردّة وإسلام، فإن كانت بالطلاق فلها المتعة لعموم الآية[١] وإن كان باللعان أو الارتداد أو الإسلام قال قوم: يجب المتعة لأنّ الفراق من قبله[٢]. وهو الّذي يقوى في نفسي. ولو قلنا: لايلزمه متعة لأنّه لا دليل عليه، لكان قويّاً.

وأمّا من جهتها مثل ارتداد أو تسلم أو تعتق تحت عبد فتختار نفسها، أو تجد به عيباً فتفسخ، أو يجد هو بها عيباً، فإنّه وإن كان الفاسخ هو فهي المدلّسة، فالكلّ من جهتها، ولا متعة لها في كلّ ذلك.

فأمّا امرأة العنّين فلو شاءت أقامت معه، وقال قوم: لها متعة[٣]. وقال آخرون: لامتعة لها[٤] وهو الصحيح.

فأمّا إن جاءت الفرقة من جهتهما معاً وهو الخلع، فالخلع كالطلاق والمتعة تجب لها.

فأمّا إن جاءت الفرقة من جهة أجنبيّ مثل أن كانت زوجته[٥] صغيرة فأرضعتها أمّه أو قرابة له رضاعاً يحرّم مثله، فصارت له محرماً وقعت الفرقة، وكانت كالخلع المغلّب فيها حكم الزوج، لأنّه يعود إليه بها قبل الدخول نصف المهر، فكأنّه طلّقها هو، فعليه المتعة.

إذا كان له زوجة هي أمة، وكانت عنده مفوّضة البضع، فاشتراها من سيّدها انفسخ النكاح، ولا متعة لها عندنا، لأنّه لا دليل عليه. وقال قوم: لها المتعة وقال بعضهم: ينظر، فإن كان المستدعي للبيع هو السيّد غلبنا جنبته. وإن كان المستدعي هوالزوج غلبنا جنبته. وقال الأوّلون: هذا باطل بالخلع، لأنّه لا يتمّ إلّا بهما، ومع

---

(١) البقرة: ٢٤١.
(٢) هو مختار الحاوي الكبير ٩: ٥٥٠.
(٣ و ٤) راجع الحاوي ٩: ٥٥١.
(٥) خ ٢ وبعض النسخ: زوجة.

هذا فلا يغلب جنبة الطالب دون غيره.

إذا تزوّج امرأة على أن يعلّم غلاماً لها صنعة أو قرآناً صحّ.

ولو أصدقها خشبة فشقّته أبواباً وتوابيت فزادت قيمته ثمّ طلّقها قبل الدخول لم يكن له الرجوع، لأنّها زيادة غير متميّزة. فإن بذلت له النصف بزيادته لم يجب عليه أن يقبل منها.

ولو أصدقها فضّة أو ذهباً فصاغته أواني فزادت قيمته ثمّ طلّقها قبل الدخول، كان لها متعة من نصفه، فإن بذلت له النصف لزمه القبول، لأنّها زيادة غير متميّزة.

والفصل بين الذهب والخشب أنّ الذهب والفضّة وإن صيغا آنية فإنّه يجيء من الآنية كلّ ما يجيء منها قبل الصياغة، فلهذا لزمه القبول، وليس كذلك الخشب لأنّ المشقوق لا يجيء منه ما يجيء من غير المشقوق، فلهذا لم يجبر على القبول.

فإن أصدقها أباها باختيارها صحّ الصداق، وعتق أبوها عليها عقيب العقد، لأنّها ملكته بالعقد.

وإن كانت محجوراً عليها وأصدقها أباها، وقبل ذلك وليّها فالصداق باطل، لأنّ الوليّ إنّما يتصرّف فيما للمولّى عليه نفع، وهذا ضرر عليها، لأنّه قبل لها مالا نفع لها فيه.

وهكذا لو كان الوليّ أباها فأصدقها الزوج أُمّها فقبل الأب ذلك، فالصداق باطل.

فإن أصدقها إناءين فانكسر أحدهما وطلّقها قبل الدخول بها، قيل: فيها[1] قولان، أحدهما: لها نصف الموجود، ونصف قيمة التالف[2]. والثاني: بالخيار بين أن يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف وبين أن يدع ويأخذ نصف قيمتهما معاً[3]. والأوّل أقوى.

---

(١) بعض النسخ: فيه.

(٢ و٣) هذان القولان للشافعي نسبهما إليه في الخلاف ٤: ٤٠١ مستنداً إلى الأُمّ ٥: ٦١ فراجعه.

ولو أصدقها أربعين شاة فحال الحول عليها وأخرجت منها[١] شاة ثمّ طلّقها قبل الدخول، كان له أن يأخذ منها عشرين من الغنم.

وإذا أصدقها صداقاً فأصابت به عيباً كان لها ردّه بالعيب، سواء كان العيب كثيراً أو يسيراً، وقال قوم: إن كان يسيراً لم يكن لها الردّ وإن كان كثيراً فلها ردّه.[٢]

[٥]
فصل في ذكر[٣] الوليمة والنثر

والوليمة معروفة، وهي وليمة العرس، فإذا أُطلقت وقعت على وليمة العرس، وتقع على غيرها من دعوة إملاك أو نفاس أو ختان أو حال سرور على التقييد، وضرب من المجاز. والوليمة الاجتماع كذا حكي عن أبي زيد. وهي مشتقّة من الولم وهو القيد، وإنّما سمّي ولماً لأنّه يجمع ويضمّ. كذا أيضاً وليمة العرس إنّما سمّي وليمة، لأنّ فيها اجتماع الزوجين. قال ثعلب: الوليمة طعام العرس.[٤]

فإذا ثبت ذلك، فالوليمة مستحبّة غير واجبة، وقال قوم: هي واجبة. فأمّا سائر الولائم فمستحبّة بلا خلاف. وأمّا الإجابة إلى الدعوة فمتسحبّة، وليست بواجبة[٥].

فمن قال: هي واجبة، فهل هي من فروض الأعيان أو فروض الكفايات؟ قيل: فيه وجهان:

أحدهما: من فروض الأعيان، لقوله عليه السلام: من دعي إلى وليمة فلم يجب فقد عصى الله ورسوله، ومن جاءها من غير دعوة دخل سارقاً وخرج مغيراً[٦].

---

(١) خ ٢ وبعض النسخ: منه.

(٢) منهم أبو حنيفة كما في المغني لابن قدامة ٨: ١٤، والمبسوط للسرخسي ٥: ٧٠.

(٣) خ ٢: حكم، بدل «ذكر».

(٤) لم أعثر على قوله.

(٥) راجع المجموع ١٦: ٣٩٤، الحاوي الكبير ٩: ٥٥٦ وحكي في المجموع عن الصيمري أنّها فرض على الكفاية.

(٦) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٢٦٥.

والعصيان يكون بترك الواجب.[١]

والثاني: أنّه من فروض الكفايات كردّ السلام، لأنّ الغرض اشتهار الوليمة[٢].

وإذا اتّخذ الذمّي وليمة فلا يجوز للمسلم حضورها، وقال قوم: إنّه يجب عليه حضورها[٣] وقال آخرون: لا يجب، بل يجوز.[٤]

وإن كان المدعوّ صائماً فإن كان صومه تطوّعاً استحبّ له أن يحضر ويفطر، وقال قوم: ينبغي أن يحضر ويترك، وليس يحتم عليه أن يأكل[٥]. فأمّا إن كان صائماً فرضاً إمّا نذراً أو غير نذر فلا يفطر، ومتى كان نفلاً استحبّ له أن يفطر بلا خلاف. وإذا كان مفطراً فهل عليه الأكل وجوباً أم لا؟ عندنا أنّه مستحبّ له، وليس بواجب وقال بعضهم: إنّه يجب عليه ذلك.[٦]

إذا كان في الدعوة مناكير وملاهي ـ مثل شرب الخمر على المائدة، وضرب العود والبرابط والمزامير وغير ذلك ـ وعلم، فلا يجوز له حضورها. وإن علم أنّه إن حضر قدر على إزالته، فإنّه يستحبّ له حضورها ليجمع بين الإجابة والإزالة. وإن لم يعلم حتّى حضر فإن أمكنه إزالته أزاله، لأنّ النهي عن المنكر واجب، وإن لم يمكنه إزالته فالواجب أن لا يقعد هناك بل ينصرف، وقال قوم: ذلك مستحبّ ولو جلس لم يكن عليه شيء.[٧]

فإن أمكنه أن لا يحضر أصلاً إذا علم فالأولى ذلك، وإن لم يمكنه أن ينصرف فإنّه يجلس ولا إثم عليه بأصوات المناكير متى لم يستمع إليها، لأنّ هذا سماع

(١ و٢) راجع المجموع ١٦: ٣٩٤، الحاوي الكبير ٩: ٥٥٦ وحكي في المجموع عن الصيمري أنّها فرض على الكفاية.

(٣ و٤) ذكرهما في الحاوي الكبير ٩: ٥٥٨، من دون أن يسمّي قائليهما، هكذا في المجموع ١٦: ٣٩٧. (٥) نسب في الحاوي ٩: ٥٦٠ إلى الفقهاء.

(٦) في الحاوي الكبير ٩: ٥٦١ أحد الأقوال الثلاثة. وفي المجموع أحد الوجهين ١٦: ٤٠٥.

(٧) راجع الحاوي الكبير ٩: ٥٦٢، المجموع ١٦: ٤٠٢.

وليس باستماع، فهو بمنزلة من سمع من الجيران فإنّه لا يأثم به. ولا يلزمه أن يخرج لأجله.

وإن رأى صورة ذات أرواح فلا يدخلها إن كانت منصوبة، وإن كانت توطأ فلا بأس به. وإن كانت صور الشجر فلا بأس، وكذلك صور كلّ مالا روح فيه، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله قال: لا تدخل الملائكة بيتاً فيه كلب أو صورة[١]. ورأى عليه السلام ستراً عليه صورة فقال لبعض نسائه قطّعيه مخادّاً.[٢]

نثر السكّر واللوز في الولائم وغير ذلك جائز، غير أنّه لا يجوز لأحد أخذه إلّا بإذن صاحبه، إمّا قولاً أو شاهد حال أنّه أباحه، وينبغي أن لا ينتهب، وتركه أولى على كلّ حال. وقال قوم: هو مباح إن كانت تؤخذ بخلسة[٣] ويملك النثار كما يملك الطعام إذا قدّم إلى قوم. وقيل: فيه ثلاثة أوجه، ذكرناها في كتاب الأطعمة[٤]، أقواها أنّه يملكها بالأخذ والحيازة.[٥]

---

(١) السنن الكبرى ٧: ٢٦٨، الحاوي الكبير ٩: ٥٦٤.

(٢) السنن الكبرى ٧: ٢٦٩، مع تفاوت في بعض الكلمات.

(٣) نسبه إلى بعض أصحاب الشافعيّة في الحاوي الكبير ٩: ٥٦٦.

(٤) يأتي كتاب الأطعمة.

(٥) زاد في خ ٢: تمّ كتاب الصداق.

كتاب القَسم

كتاب القسم

قال الله تعالى: ﴿قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم﴾[1] يعني من الحقوق الّتي لهنّ على الأزواج من الكسوة والنفقة والمهر وغير ذلك.

وقال: ﴿الرجال قوّامون على النساء﴾[2] يعني أنّهم قوّامون بحقوق النساء الّتي لهنّ على الأزواج.

وقال تعالى: ﴿وعاشروهنّ بالمعروف﴾[3].

وقال: ﴿لهنّ مثل الّذي عليهنّ بالمعروف﴾[4].

فظاهر هذا يدّل على أنّ للزوجات على الأزواج مثل الّذي للأزواج على الزوجات من الحقوق، وليس كذلك، لأنّ حقوقهم مختلفة، لأنّ حقوق الزوجات النفقة والكسوة والمهر والسكنى وحقوق الأزواج التمكّن[5] من الاستمتاع، وهذا مخالف.

ومعنى الآية أنّ على كلّ واحد منهما ما عليه لصاحبه، فجمع بينهما من حيث الوجوب لا في كيفيّة الحقوق.

فإذا ثبت العشرة بالآية فعلى كلّ واحد منهما أن يكفّ عمّا يكرهه صاحبه من

---

(١) الأحزاب: ٥٠.
(٢) النساء: ٣٤.
(٣) النساء: ١٩.
(٤) البقرة: ٢٢٨.
(٥) خ ٢: التمكين.

قول وفعل، وعلى كلّ واحد منهما أن يوفّي الحقوق الّتي عليه من غير أن يحوج صاحبه إلى الاستعانة بغيره، ومرافعته إلى الحاكم ووكلائه، ولا يظهر الكراهية في تأدية حقّ صاحبه ممّا هو واجب عليه، بل يؤدّيه باستبشار وانطلاق وجه.

وعلى كلّ واحد منهما إذا تمكّن من تأدية ما عليه من الحقوق أن لا يمطل صاحبه ولا يؤخّر، فإن مطله مع قدرةالدفع كان آثماً. وكان رسول الله ﷺ توفّي عن تسع: وكان يقسم لثمان، لأنّ سودة بنت زمعة وهبت ليلتها لعائشة حين أراد النبيّ ﷺ طلاقها لما كان بها من الكبر، فسألته أن يتركها في جملة أزواجه ووهبت ليلتها لغيرها[1] فدلّ ذلك على أنّ هبة القسم جائزة متى رضي الزوج.

فإذا ثبت أنّ الهبة جائزة فإنّها تفتقر إلى إذن الزوج، لأنّ القسم حقّ لها وله، وهي لا تملك إسقاط ما عليها من الحقّ. فإذا وهبت ليلتها فلا يخلو من ثلاثة أحوال: إمّا أن تهبها للزوج، أو لضرائر الزوج، أو لواحدة منهنّ.

فإن وهبت للضرائر فتكون الليلة منصرفة إليهنّ، مثل أن يكون له أربع زوجات فوهبت ليلتها لهنّ، كان عليه أن يبيت عند كلّ واحدة ليلة، ثمّ يرجع إلى الأُولى بعد يومين، بعد أن كان يرجع إليها بعد ثلاثة أيّام.

وإن وهبت للزوج فله أن يقبل، لأنّ النبيّ ﷺ قبل هبة سودة[2]. فإذا قبلها فله أن يصرفها إلى من شاء منهنّ، لأنّه حقّ له، وإن صرف إلى واحدة منهنّ فليس لها الامتناع من قبولها، لأنّه زيادة في حقّها.

وإن كان له أربع زوجات فحلّلته ثلاثة نسوة منهنّ لأن يبيت عند واحدة ورضي الزوج بذلك، فإنّ عليه أن يتوفّر عليها، لأنّه بمنزلة من له زوجة واحدة، وإن وهبت لواحدة منهنّ ورضي الزوج جاز، لأنّ سودة وهبت لعائشة.[3]

---

(١) راجع السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٧٤ و٧٥.

(٢) راجع السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٧٤، والحاوي الكبير ٩: ٥٧٠.

(٣) راجع المصدر السابق.

فإذا ثبت أنّ الهبة جائزة، فإن رجعت في الهبة ففيه ثلاث مسائل، إحداها: أنّ رجوعها في الماضي لا يصحّ، لأنّه كالهبة المقبوضة ولا يصحّ الرجوع فيها. وأمّا رجوعها في المستقبل فجائز، لأنّها بمنزلة الهبة الّتي لم تقبض. وإن رجعت ولم يعلم الزوج برجوعها حتّى بات عند نسائه ليالي، فإنّه لا يجب عليه قضاؤها.

فإن وهبت[١] ليلتها في أوّل الليل ورجعت في نصف الليل صحّ رجوعها في النصف الأخير، ومتى أرادت أن تأخذ العوض على ليلتها بأن تبيعها من زوجها أو من ضرّة من ضرائرها لم يجز لها ذلك، لأنّ العوض في مقابلة عين أو منفعة، وليس هذا عين ولا منفعة، بل هو مأوى وسكن.[٢]

إذا كان للرجل زوجات فلا يجب عليه القسم ابتداءً لكنّ الّذي يجب عليه النفقة والكسوة والمهر والسكنى، فمتى تكفّل بهذه[٣] فلا يلزمه القسم، لأنّه حقّ له، فإذا أسقطه لا يجبر عليه، ويجوز له تركه، وأن يبيت في المساجد وعند أصدقائه. فأمّا إن أراد أن يبتدئ بواحدة منهنّ فيجب عليه القسم، لأنّه ليس واحدة منهنّ أولى بالتقديم من الأُخرى، فعليه أن يقسم بينهنّ بالقرعة، فمن خرجت له القرعة قدّمها، هذا هو الأحوط. وقال قوم: يقدّم من شاء منهنّ.[٤]

إذا كان له زوجتان أُقرع بينهما دفعة، وإن كان له ثلاث زوجات أُقرع بينهنّ قرعتين، وإذا كنّ أربع نسوة أُقرع بينهنّ ثلاث قرع ثمّ يبيت عند الرابعة، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله أقرع بين نسائه حين أراد أن يسفر بهنّ.

وإن لم يقسم وبدأ بالدخول بواحدة كان عليه أن يقضي تلك الليلة في حقّهنّ، لقوله تعالى: ﴿وعاشروهنّ بالمعروف﴾[٥] وقوله: ﴿ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين

---

(١) بعض النسخ: وهبته.

(٢) ط وبعض النسخ: وسكنى.

(٣) ـ ٢. وعدّة من النسخ: بهذا.

(٤) منهم أبو سعيد الاصطخري كما في الحاوي ٩: ٥٧٠.

(٥) النساء: ١٩.

النساء ـ إلى قوله ـ فلا تميلوا كلّ الميل﴾[١]. وروي عنه صلى الله عليه وآله أنّه قال: من كان له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقّه مائل[٢].

فأمّا النبيّ صلى الله عليه وآله فإنّه كان لايجب عليه القسم ابتداءً لكن إذا بدأ بواحدة منهنّ فهل يجب عليه القسم قيل: فيه وجهان، أحدهما: لايجب عليه، لقوله تعالى: ﴿ترجي من تشاء منهنّ﴾[٣].

وقال آخرون: كان يجب عليه، لقوله تعالى: ﴿وعاشروهنّ بالمعروف﴾ ولقوله: ﴿فلا تميلوا كلّ الميل﴾[٤] ولأنّه عليه السلام كان يطاف به محمولاً على نسائه فيبيت عند كلّ امرأة ليلة حتّى حلّلته سودة أن يبيت عند عائشة.[٥] وكان صلى الله عليه وآله يقول: اللّهمّ هذا قسمي فيما أملك من جهة الفعل[٦] وأنت أعلم بما لا أملكه من جهة الهوى[٧]. فدلّ على أنّه كان واجباً عليه.

وإذا سوّى بينهنّ في القسمة لا يلزمه أن يسوّي بينهنّ في الجماع، بل إذا بات عندها إن شاء جامعها وإن شاء لم يفعل. والمستحبّ التسوية بينهنّ في الجماع وإن لم يفعل جاز، لأنّه ربّما لايستطيع ذلك، ولأنّه حقّ له فكان له تركه.

والقسمة يجب أن يكون بالليل فأمّا بالنهار فله أن يدخل إلى أيّ امرأة شاء لحاجة أو سبب، لأنّ الإيواء للسكن إليهنّ بدلالة قوله: ﴿لتسكنوا إليها﴾[٨] والليل موقع السكن لقوله تعالى:﴿لتسكنوا فيه ولتبتغوا من فضله﴾[٩] يعني الليل والنهار.

وإذا كان عنده حرائر مسلمات وذمّيات كان للمسلمة الليلتان وللذمّية الليلة،

---

(١) النساء: ١٢٩.
(٢) الحاوي ٩: ٥٧٤، رواه عن مالك.
(٣) الأحزاب: ٥١.
(٤) الحاوي الكبير ٩: ٥٧٠.
(٥) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٢٩٧.
(٦) خ ٢: الفضل بدلاً عن «الفعل».
(٧) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٢٩٨، والحاوي الكبير ٩: ٥٧٠.
(٨) الروم: ٢١.
(٩) القصص: ٧٣.

وكذلك إن كانت عنده حرّة وأمة زوجة كان للحرّة ليلتان وللأمة ليلة واحدة، وعند المخالف أنّ الذمّية كالمسلمة[١]. وخالف بعضهم في الأمة وسوّى بينهنّ.[٢]

ويتصوّر، في الأمة والحرّة عند من لم يجز الجمع بينهما في موضعين، أحدهما: في العبد إذا تزوّج بأمة ثمّ بحرّة ثمّ أُعتق.

والثاني: في الرجل إذا كان معسراً فتزوّج أمة ثمّ أيسر وتزوّج بحرّة، ولا يتصوّر إلّا في هذين الموضعين.

والمرأة الكبيرة الناشزة لا قسم لها، وكذلك الصغيرة الّتي لم تبلغ حدّ الاستمتاع لا قسم لها، والأمة إذا كانت زوجة فلها أن يحلّل من قسمها من شاءت بغير إذن سيّدها لأنّه حقّ لها لا للسيّد، ليس للسيّد منعها من ذلك.

قد بيّنّا أنّ القسم يكون ليلاً، فكلّ امرأة قسم لها ليلاً فإنّ لها نهار تلك الليلة، فإن أراد أن يبتدئ بالنهار جاز. وإن أراد أن يبتدئ بالليل جاز. لكنّ المستحبّ أن يبتدئ بالليل، لأنّه مقدّم على النهار و[٣] لأنّ الشهور تؤرّخ بالليل لأنّها تدخل بالليل.

ومتى أراد الدخول إلى غير صاحبة القسم، فلا يخلو أن يكون نهاراً أو ليلاً، فان كان نهاراً فيدخل عليها عيادة لها أو زيارة أو في حاجة ليحدّثها أو يعطيها النفقة، وما يجري هذا المجرى، فإنّ له ذلك ما لم يلبث عندها فيجامعها، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله كذا كان يفعل.[٤]

وأمّا الدخول إليها ليلاً فلا يجوز سواء عادها أو زارها أو أراد السلام عليها أو يعطيها النفقة، لأنّ جميع الليل حقّ لغيرها، فإن اضطرّ إلى ذلك ـ وهو أن تكون

---

(١) هو قول الشافعي كما نسبه إليه في الحاوي الكبير ٩: ٥٧٤.

(٢) راجع المدوّنة الكبرى ٢: ٣٢٧.

(٣) لم يرد «و» في خ ٢ وبعض النسخ.

(٤) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٣٠٠.

مريضة فثقلت في تلك الليلة ـ فإنّه يجوز له أن يخرج إليها لأنّه موضع ضرورة.

فإذا ثبت هذا وجاء إليها لايخلو من أن تموت أو تبرأ، فإن ماتت فلا يحتاج إلى قضاء هذه الليلة، وإن برأت من المرض فإنّه يحتاج أن يقضي تلك الليلة في حقّهنّ من ليلتها، لأنّها حقّ لها. وإن دخل إليها وخرج من عندها في الحال، فإنّه لايجب عليه قضاء ذلك القدر، لأنّه يسير فلا يقدح في المقصود. وإن دخل إليها وجامعها فهل يجب عليه قضاء ذلك الجماع؟ قيل: فيه ثلاثة أوجه: أحدها ـ وهو الصحيح عندنا ـ أنّه لايجب، لأنّ الجماع ليس من متضمّن القسم[١]. والثاني: يحتاج أن يقسم ليلة كاملة عندها من ليلتها[٢]. والثالث: إذا جاء ليلتها مضى إلى من فوّت عليها الجماع فيجامعها ثمّ يرجع إليها.[٣]

المستحبّ أن يقسم ليلة ليلة، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله كذا فعل[٤]. وإن قسم ليلتين ليلتين أو ثلاثاً ثلاثاً جاز [وإلى ثلاث] فهو متحكّم[٥] في ملكه، وما زاد على ذلك، فإن كان برضاهنّ جاز أيضاً، وإن لم يكن برضاهنّ لم يجز.[٦]

ويجب أن يقسم للمريضة والرتقاء والحائض والنفساء والّتي آلى عليها والّتي ظاهر منها وللمحرمة، لعموم الآيات[٧] والأخبار[٨] بلا خلاف.

فإن كان رجل عنّيناً أو مجبوباً[٩] وله زوجات وبات عند واحدة يجب عليه أن يقضي للبواقي. وإذا قسم لهنّ فالمستحبّ أن يطوف عليهنّ، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله كان يطوف عليهنّ ولايحوجهنّ إلى البروز والخروج[١٠]. وإن قعد في بيت نفسه واستدعاهنّ جاز له ذلك، لأنّ له أن يسكنهنّ حيث شاء، وأن يحوّلهنّ إلى حيث

(١ ـ ٣) ذكر الوجوه الثلاثة في الحاوي الكبير ٩: ٥٧٧.

(٤) السنن الكبرى ٧: ٢٩٦.

(٥) بعض النسخ: يتحكّم.

(٦) خ ٢ وبعض النسخ: لم يجب.

(٧) النساء: ١٩ و ١٢٩.

(٨) الوسائل ٢١: ٣٣٨ / ٣، الباب ٤: ١/٣٤٢، والباب ٥: ٢٤٢ / ١.

(٩) خ ٢ ونسخة: مجنوناً.

(١٠) السنن الكبرى ٧: ٢٩٨ و ٣٠٠.

شاء. وإن أراد أن يطوف على البعض ويستدعي بعضهنّ جاز أيضاً. ومتى استدعى واحدة وامتنعت سقط حقّها من النفقة والسكنى والكسوة والقسم، لأنّها ناشزة.

والجنون جنونان: جنون يكون فيه تخريق ثياب ووثوب وضرب وقتل، فإذا كانت كذلك فلا قسم لها، وإن لم تكن كذلك غير أنّها تصرع صرعاً أو يعتريها علّة من الغشيان فلها القسم.

النفقة والقسم شيء واحد، فكلّ امرأة لها النفقة فلها القسم، وكلّ من لا نفقة لها فلا قسم لها، وتستحقّ النفقة بالطاعة والتمكين من الاستمتاع، ويسقط بالعصيان والمنع من الاستمتاع.

فإذا ثبت هذا، فإذا سافرت ففيه ثلاث مسائل، إحداها: سافر بها الزوج أو أشخصها من موضع إلى موضع ففي هذه الأحوال لها النفقة والقسم جميعاً لأنّها في قبضته، وهو متمكّن من الاستمتاع بها. الثانية: إذا سافرت المرأة وحدها بإذن الزوج، لاتسقط نفقتها ولا قسمتها، لأنّ الأصل ثبوت حقّهما، وفيه خلاف[1]. الثالثة: إذا سافرت بغير إذنه فإنّه لا نفقة لها، ولا قسم، لأنها ناشزة عاصية. وليس لها النفقة ولا القسم.

وروى أصحابنا أنّه إذا كان له زوجتان جاز له أن يقسم لواحدة: ثلاث ليال ولواحدة ليلة[2]. فإذا كانت له ثلاث نساء جاز له أن يقسم لواحدة ليلتين ولكلّ واحدة منهما ليلة ليلة ولم أجد للفقهاء نصّاً فيها.

إذا كان للمجنون أربع زوجات ويتصوّر في موضعين، أحدهما: إذا كان قد بلغ رشيداً عاقلاً فتزوّج بأربع، ثمّ جنّ. الثاني: كان صبيّاً فزوّجه أبوه بأربع ثمّ بلغ

---

(١) قال الشافعي هاهنا: لها القسم والنفقة، وقال في كتاب النفقات: لا نفقة لها ولا قسم، وعند أبي حامد الإسفرائني وأبي حامد المروزي المسألة مبنيّةعلى طريقتين، راجع الحاوي الكبير ٩: ٥٨٠.

(٢) الوسائل ٢١: ٣٣٧ الباب ١ من أبواب القسم ح ١ ـ ٤.

مجنوناً. فأمّا أن يتزوّج مجنون بأربع فلايجوز، لأنّه لايجوز للوليّ أن يزوّجه أكثر من واحدة، لأنّها قدر الحاجة.

فإذا كان له أربع زوجات فلا يخلو حاله من أحد أمرين: إمّا أن كان قد قسم لواحدة في حال إفاقته، أو لم يقسم. فإن كان قسم لواحدة فإنّ الوليّ يقسم للبواقي لأنّه منصوب للمصلحة، وهذا من المصلحة، لأنّه حقّ لهنّ. وإن كان لم يقسم أصلاً فإن رأى الوليّ المصلحة في القسمة قسم لمثل ذلك.

فإذا طاف فإن شاء طاف به عليهنّ، وإن شاء استدعاهنّ إليه، ولايجوز له أن يجور، لأنّ الوليّ بمنزلة العاقل، وليس للعاقل الجور في قسم زوجاته، ولاتفضيل بعضهنّ على بعض.

وإن جار وقسم لإحداهنّ أكثر فإنّه آثم، فإذا أفاق لزمه أن يقضي ما نقص من حقّها وحقّ بواقيهنّ. والوليّ في حقّ المجنون كالعاقل في حقّ نفسه، إلّا أنّ له أن يعمل ما يعود بمصلحته[1] لا غير دون ما لا يعود.

إذا خرج الرجل في خوف من عند صاحبة الليل أو أخرجه السلطان فإنّه يحتاج إلى أن يقضي ذلك القدر لها، لأنّ جميع الليل حقّ لها، ثمّ هو بالخيار بين أن يقضي لها النصف الّذي فوّت عليها فيه حقّها بين النصف الأخير أو النصف الأوّل، والمستحبّ أن يقضي لها من النصف الثاني، لأنّه قضاء لما فوّت عليها.

فإن أراد أن يقضي لها من النصف الثاني فإنّه يحتاج أن يبيت في بيته أو في مسجد منفرداً ثمّ يمضي إليها نصف الليل، ولا يجوز له أن يبيت النصف الأوّل عند غيرها ثمّ يمضي إليها، لأنّ في ذلك تفضيل غيرها عليها. وإن أراد أن يبيت عندها النصف الأوّل فإنّه يمضي إليها في النصف الأوّل، والنصف الثاني يخرج من عندها، ولايجوز له أن يبيت عندها إلى الصباح، لأنّ هذا يكون تفضيلاً لها على غيرها،

---

(١) ط وبعض النسخ: لمصلحته.

وهذا لايجوز.

إذا كان للرجل إماء فلا يجب عليه أن يقسم لهنّ، فإذا طاف عليهنّ فليس عليه أن يسوّي بينهنّ، بل الأمر في ذلك إليه يعمل كيف شاء. وإن كان معهنّ زوجات حرائر، فإنّ للحرائر القسم، فإن بات ليلة عند واحدة من إمائه فليس عليه أن يقضي تلك الليلة في حقّ الزوجات، لأنّ القضاء فرع على القسم، وليس للإماء قسم.

إذا ظهر من الزوج إضرار بالزوجة فيصرّ على أذاها فإنّه يسكنها الحاكم في دار في ناحية من يثق به حتّى يشرف عليها وينظر في حالها، ويمنعه من أن يظلمها.

وكذلك إذا تشكّى كلّ واحد منهما من صاحبه، فيسكنهما دار من يثق به حتّى يطلع عليهما ويعرف من الظالم؟

إذا كان للرجل أربع زوجات فقسم لكلّ واحدة عشر ليال فوفّى بحقّ الثلاث منهنّ، فلمّا جاء إلى الرابعة تخلّى بنفسه وانفرد في بيته، ولم يبت عندها تلك العشرة فإنّه يحتاج إلى أن يقضي لها عشر ليال. فإن بات عند الثلاث أربعين ليلة احتاج أن يقضي لها ثلاث عشرة ليلة وثلث ليلة.

إذا كان للرجل أربع زوجات فنشزت واحدة فقسم للثلاث بينهنّ لكلّ واحدة خمس عشرة ليلة، فلمّا وفّى حقّ الثنتين منهنّ قدّمت الغائبة ورجعت إلى الطاعة فليس لها حظّ في حقّ من مضى، لأنّها كانت عاصية لا تستحقّ القسمة، لكن لها حقّ القسم في المستقبل، وعليه أن يبيت عند الحاضرة خمس عشرة ليلة فيحتاج أن يقضي لها خمس عشرة ليلة وأن يبيت عند القادمة خمس ليال فيبتدئ القسم فيقسم أربعاً أربعاً فيبيت عند الحاضرة ثلاثاً ثلاثاً وعند القادمة ليلة ليلة، فإذا مضى خمس دورات فقد تمّ لكلّ واحدة منهنّ حقّها. فإذا مضى خمس دورات حصل للحاضرة خمس عشرة ليلة وللقادمة خمس ليال، ثمّ يستأنف القسم.

ليس للرجل أن يسكن امرأتين في بيت واحد إلّا برضاهما، ويجوز أن يسكنهما في دار واحدة إذا كان سكنى مثلهما، وسواء كان البيت سكنى لمثلهما أو لم يكن سكنى لمثلهما، فإنّه لايجوز له أن ينزلهما فيه دفعة واحدة إذا لم يتراضيا به، لأنّ ذلك يورث العداوة بينهما.

إذا منع الرجل زوجته من الخروج من بيته فله ذلك، لأنّ منفعتها مستحقّة له طول الليل والنهار.

فإذا ثبت ذلك، فله أن يمنعها من جنازة أبيها وأُمّها وولدها، ومن حضور موتهم ومشاهدة تكفينهم وغسلهم. فأمّا الخروج مع الجنازة إلى المقبرة فهي ممنوعة منه على كلّ حال.

روى ثابت البناني عن أنس أنّ رجلاً سافر فنهى زوجته عن الخروج من الدار فمرض أبوها فاستأذنت رسول الله صلى الله عليه وآله فقال النبيّ صلى الله عليه وآله لها: اتّقي الله وأطيعي الزوج، فمات أبوها، فأوحى الله تعالى إلى النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه قد غفر لأبيها بطاعتها لزوجها[1].

ولأنّ طاعة الزوج فرض وحضور موت الأب والأُمّ مباح، أو[2] هو من النفل، فتقديم الواجب على النفل أولى.

والمستحبّ أن لا يمنعها من حضور موت الأب والأُمّ وغيرهما.

وإذا كان للرجل أربع زوجات فقسم لهنّ وهربت واحدة أو أغلقت دونه بابها[3] أو ادّعت الطلاق وهي كاذبة، فإنّه يسقط حقّها من القسم والنفقة، لأنّها ناشزة، والناشزة لا حقّ لها في ذلك. فإن رجعت إلى الطاعة، كان لها حقّها في

---

(١) نقله الحاوي الكبير ٩: ٥٨٤، رواه في الكافي ٥: ٥١٣ / ١، إلّا أنّه أورد: أنّ رجلاً من الأنصار على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله خرج في بعض حوائجه....

(٢) خ ٢: إذ.

(٣) خ ٢ وبعض النسخ: باباً.

السكنى والنفقة والقسم.

إذا كان له أربع زوجات فقسم لهنّ ليلة ليلة وطاف عليهنّ، فلمّا كان ليلة الرابعة طلّقها، فقد فعل فعلاً محرّماً وأثم، لأنّ تلك الليلة حقّها، إلّا أن تحلّله منه. فإن تزوّج بها ثانياً مثل أن طلّقها طلاقاً رجعيّاً فراجعها أو بائناً فاستحلّها وعقد عليها عقداً ثانياً فإنّه يلزمه أن يقضي لها تلك الليلة.

إذا كان محبوساً في موضع وله أربع زوجات وتمكّن من الدخول والوصول إليه وقد كان قد قسم في حال انطلاقه، فإنّه وجب عليه أن يقسم للبواقي، لأنّ ذلك حقّ لهنّ، ومع القدرة يجب إيفاؤهنّ حقّهنّ. وإن كان لم يقسم لهنّ واستدعى واحدة وباتت عنده، وجب عليه أن يقضي تلك الليلة في حقّهنّ كلّهنّ، لأنّ لكلّ واحدة ليلة، فإذا أمكن إيفاؤهنّ وجب ذلك. وإن استدعى واحدة وامتنعت سقط حقّها من النفقة والقسم والسكنى، لأنّها ناشزة.

إذا كان له زوجتان أمة وحرّة وبات عند الحرّة ليلتين، وقبل أن يبيت عند الأمة ليلة أُعتقت فعليه أن يبيت عندها ليلتين، وإن أُعتقت بعد أن بات عندها ليلة لايلزمه أن يبيت ليلة أُخرى، لأنّها صارت حرّة بعد استيفاء حقّها. وإذا بدأ بالأمة وبات عندها ليلة ثمّ بدأ بالحرّة فقبل أن يوفّي حقّها عليها أُعتقت الأمة فعليه أن يقضي لها ليلة، لأنّها ساوت الحرّة قبل أن وفّى حقّها عليها، فينبغي أن يكون حقّها مثل حقّ الحرّة، لأنّها حرّة مثلها.

إذا كان للرجل امرأتان فأسكن كلّ واحدة منهما بلداً فأقام عند واحدة منهما مدّة، كان عليه أن يقيم عند الأُخرى مثل تلك المدّة.

إذا كان للرجل إماء فإنّه يجوز له أن يطوف عليهنّ كلّهنّ ويجامعهنّ، ويغتسل غسلاً واحداً. فأمّا إذا كانت له زوجات، فإنّه لا يمكنه أن يطوف عليهنّ بغسل واحد، لأنّه إذا جامع واحدة لا يمكنه أن يجامع الأُخرى، لأنّ أقلّ القسم ليلة.

اللّهمّ إلّا أن يحللنه فيطوف عليهنّ في ليلة واحدة ويجامع كلّهنّ، فيجوز له أن يطوف عليهنّ بغسل واحد.

إذا كان للرجل امرأتان أو ثلاث وتزوّج بواحدة، فهذه الجديدة يخصّها إن كانت بكراً بسبعة أيّام، وإن كانت ثيّباً بثلاثة أيّام، ويقدّمها، فلها حقّ التقديم والتخصيص، وفيه خلاف.(١)

إذا تزوّج الرجل بامرأتين فالمستحبّ أن لا يزفّا إليه في ليلة واحدة، لأنّ كلّ واحدة منهما لها حقّ العقد، فإذا قدّم واحدة استوجبت الأُخرى. فإن فعل ذلك نظرت، فإن سبقت إحداهما الأُخرى في الدخول فإنّه يقدّمها. لأنّ لها حقّ السبق، وإن تساويا في السبق، فإنّه يقرع بينهما فمن خرجت قرعتها قدّمها.

وإن كان له امرأتان فقسم بينهما ليلة ليلة فبات عند واحدة ليلة، فلمّا جاءت نوبة الثانية زفّت إليه امرأة فإنّه يقدّمها عليها، لأنّ لها حقّ العقد ثمّ يبيت عندها ليلة.

قد ذكرنا(٢) أنّ أصل القسم الليل وأنّ النهار تابع له وأنّه لا يجوز أن يدخل على غير صاحب الليلة لا لحاجة ولا لغير حاجة. ويجوز أن يدخل على غيرها بالنهار لحاجة، لأنّ النهار للتعيّش. وكذلك في حقّ الجديدة لايجوز له أن يدخل على غيرها بالليل، ويجوز له أن يدخل عليها نهاراً. ولا يستحبّ له أن يتخلّف عن شهود جماعة، وحضور جنازة، أو إجابة دعوة، لأنّ القسم مباح، وهذه الأشياء طاعات، والمباح لا يمنع من الطاعات.

إذا أراد أن يسافر بزوجاته وكنّ أربعاً كان له، وإن أراد أن لا يسافر بواحدة منهنّ كان له، لأنّ الّذي عليه هو توفية حقوقهنّ من النفقة والكسوة والسكنى دون

---

(١) راجع الأُمّ ٥: ١٩٢، والحاوي الكبير ٩: ٥٨٧، والمدوّنة الكبرى ٢: ٢٦٩.

(٢) مضى في ذيل الصفحة ٥٩٧ .

الإيواء إليهنّ والكون معهنّ.

وإن اختار أن يسافر ببعضهنّ ويدع البعض كان له، والأولى أن يقرع بينهنّ، فمن خرج اسمه أخرجه، لأنّ النبيّ صلى الله عليه وآله إذا أراد السفر كان يقرع بين أزواجه فمن خرج اسمه أخرجه[1] وفي الناس من قال: يخرج من شاء[2] والأوّل أحوط.

فأمّا كيفيّة القرعة فعلى ما نقوله في كتاب القسم فيمكن إخراج الأسماء على السفر وإخراج السفر على الأسماء، فإخراج الأسماء على السفر أن يكتب اسم كلّ واحدة في رقعة ويجعل الرقعة في بندقة من طين أو غيره، وتكون البنادق في حجر من لم يحضر إصلاح البنادق، فيقال له: أخرج على السفر رقعة.

فإن خرجت رقعة واحدة فقد خرج سهمها، فإن أراد إخراج زوجتين أُخرج رقعة أُخرى، وإن أراد ثالثة أُخرج رقعة أُخرى، فإن أراد إخراج اثنتين كان بالخيار بين أن يصلح أربع بنادق وبين أن يصلح بندقتين في كلّ بندقة اسم ثنتين، ويخرج على ما بيّنّاه.

فأمّا إخراج السفر بالأسماء، فإن أراد أن يسافر بواحدة كتب في رقعة «سفر» وفي ثلاث رقاع في كلّ واحدة «حضر» ثمّ قيل له: أخرج على اسم فلانة، فإن خرج «سفر» فقد تعيّنت، وإن خرج «حضر» فقد تعيّن مقامها.

وإن أراد أن يسافر باثنتين كتب في رقعتين «سفر» وفي رقعتين «حضر» وأخرج على أسمائهنّ[3] على ما قلناه، وإن أراد ثلاثاً كتب في ثلاث رقاع «سفر» وفي رقعة «حضر» وأخرج. وإن أراد السفر باثنتين كان له كتب رقعتين في رقعة «سفر» وفي أُخرى «حضر» وأخرج على ما قلناه.

---

(١) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٣٠٢، والحاوي ٩: ٥٩١.

(٢) كالقدوري في «الكتاب» المطبوع مع شرح اللباب ٣: ٣٠.

(٣) بعض النسخ: وأخرج على الأسماء.

فإذا أقرع بينهنّ فخرج سهم واحدة تعيّن حقّها، وليس له أن يعدل بالسفر إلى غيرها، وإن اختار ترك السفر بهذه الّتي خرج سهمها كان له، لأنّ الحقّ تعيّن له، فكان له تركه.

فإذا ثبت أنّه بالخيار نظرت، فإن لم يسافر بها فلا كلام، وإن سافر بها لم يقض للبواقي مدّة كونها معه[١] في السفر، لأنّه لم يرو أنّ النبيّ صلى الله عليه وآله قضى للباقيات[٢].

إذا كانت له زوجة فتزوّج أُخراوين فزفّتا إليه فقد ثبت لكلّ واحدة منهما[٣] سهمها من القسم بحقّ العقد سبع للبكر وثلاث للثيّب، فإن أراد سفراً نظرت.

فإن لم يسافر بهنّ فلا كلام، وإن أراد أن يسافر بواحدة منهنّ فلابدّ من القرعة، فإن خرج سهم إحدى الجديدتين فسافر بها دخل حقّ العقد بكونها معه في السفر، لأنّه[٤] وفّى حقّ العقد، لأنّ القصد كونها معه وأُنسه بها لتزول الحشمة، والسفر قد حصل هذا فيه.

فإذا رجع فهل يوفّي في الجديدة الأُخرى ما كان لها من حقّ العقد أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا حقّ لها، لأنّه لو أقام عندها سبعاً فضّلها على الّتي سافر بها، لأنّه ما قضى للّتي سافر بها حقّ العقد وإنّما دخل حقّها بكونها معه، فإذا لم يكن قضاها حقّ العقد لم يكن له أن يوفّي الأُخرى حقّ العقد، فيقع التفضيل.[٥]

والوجه الثاني ـ وهو أصحّهما ـ: أنّه يوفّي الجديدة حقّ العقد، لأنّه كانت تستحقّه قبل السفر، فلا يسقط بكون صاحبتها معه في السفر، كقسم الانتهاء، وهو إذا قسم بينهنّ فسافر بواحدة منهنّ بالقرعة، دخل حقّها في كونها معه بكونها معه ولم يسقط حقّ الباقيات.[٦]

---

(١) بعض النسخ: كونه معها. (٢) خ ٢ وبعض النسخ: الباقيات. (٣) خ ٢: منهنّ.
(٤) خ ٢: لأنّه. (٥ و٦) ذكرهما في الحاوي ٩: ٥٩٢.

وأصل هذا إذا قسم لكلّ واحدة فأقام عند ثلاث ثمّ أقرع بينهنّ للسفر، فخرج غير الرابعة فخرج بها، فإذا عاد وفّى الرابعة حقّها من القسم، ولم يسقط بكون غيرها معه في السفر.

قد بيّنّا أنّه إذا خرج بواحدة منهنّ بالقرعة، فإنّه لا يقضي. فإن خالف وخرج بواحدة منهنّ بغير قرعة فعليه أن يقضي لمن بقى بقدر غيبته مع الّتي خرج بها، وقال قوم: لا قضاء عليه[١] والأوّل أحوط.

إذا سافر بواحدة منهنّ سفر نقلة من بلد إلى بلد، فهل يقضي للبواقي مدّة كونه معها في السفر والتحوّل من بلد إلى بلد؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: يقضى للبواقي مدّة مقامه معها في بلد النقلة، دون كونها معه في السفر قبل وصوله إلى ذلك البلد لأنّها حصلت معه في السفر بحقّ فلم يقض للبواقي مدّة السفر كما لوكان سفر غيبة لا سفر نقلة[٢] فإن أقام معها في بلد النقلة أوفى البواقي مدّة مقامه معها فيه.

وقال بعضهم: عليه أن يقضي لهنّ مدّة كونها في السفر لقطع تلك المسافة[٣] لأنّهنّ تساوين في قطعها معاً، كما لو سافر بهنّ معاً فأقام عند واحدة منهنّ دون البواقي، أو كان في الحضر فأقام عند واحدة منهنّ دون البواقي.

إذا أراد سفر غيبة ورجوع لا سفر نقلة، فأقرع بينهنّ فسافر بواحدة بقرعة فلا قضاء عليه لمدّة قطع المسافة. وأمّا بلد قصده ينظر فيه، فإن كان مقامه مقام مسافر لا قضاء عليه، وإن كان مقامه إقامة مقيم مثل أن نوى المقام ليتمّ فيه الصلاة، أو أقام أكثر من عشرة أيّام من غير نيّة، فعليه أن يقضي للبواقي مدّة مقامه في ذلك البلد، لأنّه صار مقيماً.

إذا أراد السفر مثلاً إلى همدان، فأقرع بين نسائه فخرج سهم واحدة منهنّ

---

(١) منهم أبو حنيفة كما في الحاوي ٩: ٥٩٣.

(٢ و ٣) راجع الأُمّ للشافعي ٥: ١٩٣، ومختصر المزني: ١٨٦، والحاوي ٩: ٥٩٣.

فخرج بها، فلمّا حصل في الطريق حدثت له نيّة أن يصل سفره إلى الريّ كان له استدامة السفر بها، لأنّ اتّصال السفر كالسفر الواحد.

المسألة بحالها: فبادر بها بالقرعة، فلمّا حصل في الطريق تزوّج أُخرى فزفّت إليه فعليه تقديم الجديدة ليوفّيها حقّ العقد، فينظر فيه، فإن أراد أن لا يستديم سفره بواحدة منهما، كان له، وإن استدام السفر بهما كان له، فيوفي الجديدة حقّ العقد، ثمّ يقسم بينهما.

وإن أراد أن يسافر بواحدة منهما أقرع بينهما، فإن خرجت قرعة الجديدة خرج بها، ودخل حقّ العقد بكونها معه، لأجل مقامها معه، وإن خرج سهم القديمة سافر بها، فإذا رجع وفّى الجديدة حقّها الّذي ملكته بالعقد.

إذا سافر بواحدة بالقرعة لم يقض للبواقي طال ذلك أم قصر.

[١]

فصل في حكم[١] النشوز

قال الله تعالى: ﴿واللّاتي تخافون نشوزهنّ فعظوهنّ﴾[٢] الآية، فعلّق تعالى هذه الأحكام بالنشوز، دلّ على تعلّق الحكم به.

فإذا ثبت ذلك ففيه ثلاث مسائل: إذا ظهرت أمارات النشوز ودلائله وعلاماته، وإذا نشزت فأصرّت عليه ولم تنزع عنه، ونفس النشوز.

فأمّا إذا ظهرت منها علامات النشوز ودلائله، فذلك يظهر بقول وفعل، أمّا القول فمثل أن كانت تلبّيه إذا دعاها وتخضع له بالقول إذا كلّمها، فامتنعت عن تلبيته وعن القول الجميل عند مخاطبته. والفعل مثل أن كانت تقوم إليه إذا دخل عليها وتبادر إلى فراشه إذا دعاها ثمّ تركت ذلك فصارت لاتقوم ولا تبادر، بل

---

(١) بعض النسخ: أحكام.

(٢) النساء: ٣٤.

تصير إليه بتكرّه ودمدمة ونحو هذه، فهذه دلائل النشوز.

فإذا ظهر هذا منها وعظها بما يأتي ذكره لقوله تعالى: ﴿فعظوهنّ﴾.

وأمّا إن نشزت فامتنعت عليه وأقامت على ذلك وتكرّر منها، حلّ ضربها بلا خلاف.

وأمّا إن نشزت أوّل مرّة حلّ له أن يهجرها في المضجع وهل له ضربها بنفس النشوز أم لا؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: يحلّ[١]. والآخر: لا يحلّ[٢]. والأوّل أقوى، لقوله تعالى[٣]: ﴿واهجروهنّ في المضاجع واضربوهنّ﴾[٤] فاقتضى ظاهره أنّه متى خاف النشوز منها حلّت له الموعظة والهجران والضرب. ولا خلاف أنّها ليست على ظاهرها، لأنّ هذه الأحكام لا تتعلّق بالخوف من النشوز، فإذا منع من ظاهرها الدليل حملناها على النشوز نفسه[٥] ويكون التقدير «واللّاتي تخافون نشوزهنّ فعظوهنّ فإن فعلن النشوز فاهجروهنّ واضربوهنّ» ومن راعى التكرار والإصرار قدّر ذلك فيه أيضاً.

فإذا ثبت ذلك عُدنا إلى فصول النشوز:

أمّا الموعظة، فأن يخوّفها بالله تعالى ويعرّفها أنّ عليها طاعة زوجها ويقول: اتّقي الله وراقبيه وأطيعيني ولا تمنعيني حقّي عليك.

والهجران في المضاجع[٦] أن يعتزل فراشها، وقال قوم: يقتضي ترك كلامها غير أنّه لا يقيم عليه أكثر من ثلاثة أيّام[٧] وروى أصحابنا أنّ الهجران هو أن يحوّل ظهره إليها في المضجع[٨].

(١ و ٢) راجع مختصر المزني: ١٨٦، والحاوي الكبير ٩: ٥٩٨.

(٣) خ ٢ زيادة: ﴿واللاتي تخافون نشوزهنّ فعظوهنّ﴾. (٤) النساء: ٣٤.

(٥) ط وبعض النسخ: نفسها. (٦) خ ٢ وبعض النسخ: في المضجع.

(٧) منهم الشافعي كما في الأُمّ للشافعي ٥: ١٩٤، والحاوي ٩: ٥٩٨.

(٨) راجع الفقيه ٣: ٥٢١ وفقه الرضا: ٢٤٥.

وأمّا الضرب، فأن يضربها ضرب تأديب كما يضرب الصبيان على الذنب، ولا يضربها ضرباً مبرحاً ولا مدمياً ولا مزمناً، ويفرّق الضرب على بدنها، ويتّقي الوجه.

وروى أصحابنا أنّه يضربها بالسواك[١]. وقال قوم: يكون الضرب بمنديل ملفوف أو درّة، ولا يكون بسياط ولا خشب.[٢]

وروي عن بعض الصحابة أنّه قال: كنّا معشر قريش تغلب رجالنا نساءنا، فقدمنا المدينة فكانت نساؤهم تغلب رجالهم، فاختلطت نساؤنا بنسائهم فذئرن[٣] على أزواجهنّ، فقلت: يا رسول الله ذئر النساء على أزواجهنّ، فرخّص في ضربهنّ، فطاف بآل محمّد نساء كثيرة يشكون أزواجهنّ، فقال رسول الله ﷺ: لقد طاف بآل محمّد سبعون امرأة كلّهنّ يشكون أزواجهنّ، فلا تجدون[٤] اولئك خياركم[٥].

معنى ذئرن أي اجترأن وأنشدوا لعبيد الأبرص:

ولقد أتانا عن تميم أنّهم ذئروا لقتلى عامر وتعصّبوا[٦]

[٢]
فصل في الحكمين في الشقاق بين الزوجين

إذا ظهر الشقاق بين الزوجين لم يخل من ثلاثة أحوال: إمّا أن يكون النشوز منها، أو منه، أو يشكل الأمر. فإن كان منها فقد مضى مستوفى[٧] وإن كان منه لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن يكون منه النشوز، أو دلائله.

فإن كان النشوز منه ـ وهو أن يمنعها حقّها من نفقة وكسوة ونحو هذا ـ

---

(١) راجع الفقيه ٣: ٥٢١ وفقه الرضا: ٢٤٥.

(٢) في المجموع نسبه إلى «قيل» ١٦: ٤٥٠.

(٣) ذئرت المرأة على رجلها: نشزت.

(٤) هذه الكلمة في النسخ مختلفة، ما أثبتناه موافق لما في السنن الكبرى.

(٥) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٣٠٤، والمجموع ١٦: ٤٤٩.

(٦) ديوان عبيد بن الأبرص: ٣٥.

(٧) مضى في ص ٦٠٩.

فالحاكم يلزمه أن يسكن الزوجين إلى جنب عدل يشرف عليهما، وقد مضى.[١]

وإن ظهرت أمارات النشوز منه، وهو أن كان يستدعيها إلى فراشه فامتنع وكان مقبلاً عليها فأعرض عنها، وظهر منه دليل الزهد فيها، فلا بأس أن تطيب المرأة نفسه بأن تدع بعض حقّها من نفقة وكسوة وأن يترك القسم، لقوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير﴾[٢] وقيل: نزل في سودة بنت زمعة، همّ رسول الله صلى الله عليه وآله بطلاقها فقالت: يا رسول الله لا تطلّقني ودعني أُحشر في زمرة نسائك وقد وهبت ليلتي لأُختي عائشة فلم يطلّقها[٣] فدلّ على جواز ما قلناه.

وأمّا إن أشكل الأمر، فادّعى كلّ واحد منهما النشوز ولم يعلم الناشز منهما، أسكنهما الحاكم إلى جنب ثقة يشرف عليهما ويعرف الناشز منهما، لأنّ الحاكم لا يمكنه أن يلي ذلك بنفسه، فإن أخبره بنشوز أحدهما حكم بالواجب فيه.[٤]

وأمّا إن علم من كلّ واحد منهما النشوز على صاحبه وبلغ الأمر بينهما إلى المشاتمة والمضاربة وتخريق الثياب، وإلى ما لا يحلّ من قول أو فعل، ولم يفعل الزوج الصلح ولا الفرقة، ولا المرأة تأدية الحقّ ولا الفدية، فهذا الموضع الّذي تناوله قوله تعالى: ﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها﴾[٥].

فإذا ثبت أنّا نبعث الحكمين، فهل يبعث بهما الحاكم على سبيل الحكم أو بتوكيل من الزوجين؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: على سبيل التوكيل من الزوجين، وعليه يفرّع[٦]. والثاني: على طريق الحكم ليحكما على ما يؤدّي اجتهادهما إليه[٧].

فمن قال: على طريق الحكم، بعث الحاكم بالحكمين، ولم يلتفت إلى رضا

---

(١) مضى في ص ٦٠٢.
(٢) النساء: ١٢٨.
(٣) السنن الكبرى للبيهقي ٧: ٢٩٧.
(٤) بعض النسخ: بالواجب عليه.
(٥) النساء: ٣٥.
(٦ و٧) نقل القولين في الحاوي الكبير ٩: ٦٠٢ ونسب ثانيهما إلى الشافعي ومالك.

الزوجين بذلك، وقال لهما: «إن رأيتما الإصلاح فأصلحا، وإن رأيتما الفراق بطلاق أو بخلع فافعلاه».

فإن كانت المصلحة في الصلح فلابدّ أن يجتمع الحكمان عليه، لأنّ الصلح من جهة كلّ واحد منهما. وإن كانت المصلحة في الخلع فكذلك أيضاً لابدّ أن يجتمعا، لأنّه عقد معاوضة يبذل أحدهما عنها ويقبل الآخر للزوج. وإن كانت المصلحة في الطلاق فلا يفتقر إيقاعه إلى اجتماعهما، لأنّ الّذي من جهتها لاصنع له في الطلاق.

ومن قال: هو توكيل، افتقر إلى نصّ[١] كلّ واحد منهما بالتوكيل من جهته، فالزوج يوكّل من جهته من يصالح ويفعل ما فيه المصلحة من طلاق بعوض وبغير عوض وتوكّل هي على هذا فتقول لوكيلها ما رأيته من المصلحة من إصلاح أو طلاق أو خلع فافعل، فإن فعلا هذا برضا منهما فلا كلام، وإن امتنع كلّ واحد منهما عن التوكيل في ذلك فما الّذي يصنع الحاكم؟ يأتي الكلام فيه[٢].

والمستحبّ على القولين معاً أن يحكّم حكم الزوج من أهله، وحكم المرأة من أهلها للظاهر[٣] وإن بعث من غير أهلهما جاز، ويكون الحكمان حرّين ذكرين عدلين.

والّذي يقتضيه مذهبنا أنّ ذلك حكم[٤] لأنّهم رووا أنّ لهما الإصلاح من غير استئذان، وليس لهما الفرقة بالطلاق وغيره، إلّا بعد أن يستأذناهما[٥] ولو كان توكيلاً لكان ذلك تابعاً للوكالة، وبحسب شرطهما.

وإذا فوّضا أمر الخلع والفرقة إلى الحكمين والأخذ لكلّ واحد منهما من صاحبه، كان عليهما الاجتهاد فيما يريانه.

---

(١) بعض النسخ: رضا بدل: «نصّ».
(٢) في الصفحة ٦١٤.
(٣) أي لظاهر آية: ﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها...﴾ النساء: ٣٥.
(٤) في بعض النسخ: حكمه.
(٥) الكافي ٦: ١٤٧ / ٥، وتفسير العيّاشي ١: ٢٤٠ / ١٢٣، و٢٤١ / ١٢٤.

هذا فيما كان متعلّقاً بالشقاق من الإصلاح أو الفراق، وأمّا فيما عدا هذا النوع من الحقوق مثل إثبات دين على صاحبه أو استيفاء حقّه منه، وقبض ديونه. فهذا توكيل بلا خلاف لا مدخل للحاكم فيه، لأنّه لا مدخل له في الشقاق بينهما.

إذا غاب أحد الزوجين بعد التوكيل ولم يفسخ الوكالة كان لوكيله أن يمضي ما وكّله فيه، لأنّ الغيبة لا تفسخ الوكالة. وإذا قيل: على سبيل الحكم، لم يكن لهما أن يفصلا شيئاً لأنّا وإن أجزنا القضاء على الغائب فإنّما نقضي عليه، فأمّا يقضى له فلا، وهاهنا لكلّ واحد منهما حقّ له وعليه، فلم يجز.

إذاغُلب على عقل الزوجين أو أحدهما لم يكن لهما إمضاء شيء، لأنّ زوال العقل يزيل التوكيل، ويزيل حكم الشقاق. ومن قال: على طريق الحكم، فلا يعتبر رضا الزوجين إلّا فيما نقوله نحن خاصّة في الفرقة والخلع.

ومن قال وكالة قال: هو كسائر الوكالات لايجوز إلّا برضاهما. فإن رضيا فذاك، وإن امتنعا فالحاكم لا يجبرهما على التوكيل، لكنّه لايهمل الأمر بل يراعيه ويبحث عنه حتّى يخبره[1] ويقف عليه، فمن كان عليه حقّ استوفاه لصاحبه، وقطع الشقاق بينهما. وإن كان فيهما من ارتكب ما يستحقّ به الأدب أدّبه على قدر ما يرى من تأديبه، مثل أن منع الحقّ مع القدرة.

وإذا شرط الحكمان شرطاً نظر فيه، فإن كان ممّا يصلح لزومه في الشرع لزم، وإن كان ممّا لايلزم مثل أن شرطا عليه ترك بعض النفقة أو القسم أو شرطا عليه أن لا يسافر بها، فكلّ هذا لايلزم الوفاء به. وإن اختار الزوجان المقام على ما فعله الحكمان كان جميلاً، وإن اختارا أن يطرحا فعلا.

وإذا أكرهها على الخلع فبذلت عوضاً واختلعت نفسها مكرهة كان الخلع باطلاً وعليه ردّ ما أخذه منها بغير حقّ، والطلاق واقع، لأنّه أوقعه باختياره،

---

(١) بعض النسخ: حتّى يخبر.

وله الرجعة لأنّ الرجعة إنّما تسقط بأن يحصل له العوض، فإذا لم يحصل له العوض لم يسقط الرجعة. وهكذا إن كان الإكراه أن منعها حقّها فبذلت الفدية واختلعت نفسها كان هذا إكراهاً فلا يصحّ أخذ الفدية به ولا تسقط الرجعة، فجعل منع الحقّ إكراهاً.

هذا عند بعض المخالفين[1]. فأمّا عندنا فالّذي يقتضيه المذهب أن نقول: إنّ هذا ليس بإكراه، لأنّه لا دليل عليه.

---

(١) راجع الحاوي الكبير ٩: ٦٠٨.

كتاب الخُلع

كتاب الخُلع

سمّى الله تعالى الخلع في كتابه افتداءً، فقال: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾[1] والفدية العوض الّذي تبذله المرأة لزوجها تفتدي نفسها منه به. ومنه فداك أبي وأُمّي أي هما فداك. ومنه يقال: فدى الأسير، إذا افتدى من المال. فإن فودي رجل برجل قيل: مفاداة.

هذا هو الخُلع في الشرع، وأمّا اللغة فهو الخَلع، واشتقاقه من خلع يخلع، يقال: خلع الرجل زوجته واختلعت المرأة نفسها من زوجها، وإنّما استعمل هذا في الزوجين، لأنّ كلّ واحد منهما لباس لصاحبه، قال الله تعالى: ﴿هنّ لباس لكم وأنتم لباس لهنّ﴾[2] فلمّا كان كلّ واحد منهما لباساً لصاحبه استعمل في ذلك الخلع من كلّ واحد منهما لصاحبه. وهكذا الشعار، اللباس، ومنه يقول الرجل لزوجته: شاعريني، أي باشريني.

والأصل في الخلع الكتاب والسنّة، فالكتاب قوله تعالى: ﴿ولا يحلّ لكم أن تأخذوا ممّا آتيتموهنّ شيئاً إلّا أن يخافا ألّا يقيما حدود الله فإن خفتم ألّا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾[3] فرفع الجناح في أخذ الفدية منها عند خوف التقصير في إقامة الحدود المحدودة في حقوق الزوجيّة، فدلّ على جواز الفدية.

(١ و٣) البقرة: ٢٢٩.

(٢) البقرة: ١٨٧.

وروى مالك عن يحيى بن سعيد عن عمرة بنت عبدالرحمن أنّ حبيبة بنت سهل أخبرتها أنّها كانت عند ثابت بن قيس بن شمّاس، وأنّ رسول الله ﷺ خرج إلى صلاة الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه، فقال رسول الله ﷺ: من هذه؟ فقالت: أنا حبيبة بنت سهل، يا رسول الله لا أنا ولا ثابت، لزوجها. فلمّا جاء ثابت قال له رسول الله ﷺ: هذه حبيبة قد ذكرت ما شاء الله أن يذكر، فقالت حبيبة: يا رسول الله كلّ ما أعطاني عندي، فقال رسول الله ﷺ: خذ منها، فأخذ منها وجلست في أهلها[١].

الخلع على ثلاثة أضرب: مباحان، ومحظور.

فالمحظور، أن يكرهها ويعضلها بغير حقّ لتفتدي نفسها منه، فقد مضى أنّ هذا خلع باطل والعوض مردود والطلاق واقع والرجعة باقية في آخر باب القسم[٢].

فأمّا المباحان، فالأوّل: أن يخافا ألّا يقيما حدود الله، مثل أن تكره المرأة زوجها لدينه أو خلقه أو نحو ذلك ممّا في نفسها من كراهتها له، فإذا كان في نفسها على هذه الصفة خافت ألّا تقيم حدودالله عليها[٣] في حقّه، وهو أن تكره الإجابة فيما هو حقّ له عليها، فيحلّ لها أن تفتدي نفسها بلا خلاف هاهنا، لقوله تعالى: ﴿فإن خفتم ألّا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾.

ومن هذا القسم قوله تعالى:﴿يا أيّها الّذين آمنوا لا يحلّ لكم أن ترثوا النساء كرهاً ولا تعضلوهنّ لتذهبوا ببعض ما آتيتموهنّ﴾[٤] فحرّم الله عضل المرأة بغير حقّ وإحواجها بالعضل إلى أن تفتدي نفسها، فيذهب بذلك ببعض ما آتاها، ثمّ استثنى فقال: ﴿إلّا أن يأتين بفاحشة مبيّنة﴾[٥] وقيل: إنّ الفاحشة الزنا[٦].

---

(١) الموطّأ لمالك بن أنس ٢: ٥٦٤، والسنن الكبرى للبيهقي ٧: ٣١٧.

(٢) مضى في ص ٦١٤. (٣) بعض النسخ: عليه، وط: عليها نسخة. (٤ و ٥) النساء: ١٩.

(٦) القائل به الحسن وعطاء والسدّي كما في تفسير الطبري ٣: ٦٥٢.

فدلّت الآية على أنّها متى زنت حلّ له عضلها وإحواجها بالعضل إلى أن تفتدي نفسها. وقيل: إنّ هذه الآية منسوخة كما نسخت آية الحبس بالفاحشة من الحبس إلى الحدود[١] وهي قوله: ﴿واللّاتي يأتين الفاحشة﴾[٢] فنسخ الحبس بأن تجلد البكر مائة وتغرّب عاماً. وقد أباح الله الطلاق فهو قادر على إزالة الزوجيّة والخلاص منها، فلا معنى لعضلها حتّى تفتدي نفسها ببذل. والأوّل أقوى، لأنّه الظاهر، ولا دليل على أنّها منسوخة.

الضرب الثاني من الخلع المباح: أن تكون الحال بينهما عامرة والأخلاق ملتئمة واتّفقا على الخلع فبذلت له شيئاً على طلاقها، فهذا مباح عند الفقهاء[٣]. وقال قوم: هو محظور[٤] وبه قال أهل الظاهر وجماعة[٥] وهو الّذي تقتضيه روايانا[٦] ومذهبنا.

يجوز الخلع عند التضارب والقتال بلا خلاف. ولا يجوز عندنا في حال الحيض ولا في طهر قربها فيه بجماع.

الخلع بمجرّده لا يقع، ولا بدّ من التلفّظ بالطلاق على الصحيح من المذهب، وفي أصحابنا من قال: لا يحتاج إلى ذلك[٧]. ولم يبيّنوا أنّه طلاق أو فسخ. وفي كونه فسخاً أو طلاقاً خلاف بين الفقهاء ذكرناه في الخلاف.[٨]

فأمّا إن كان الخلع بصريح الطلاق كان طلاقاً بلا خلاف، وإن كان بغير صريح الطلاق مثل أن قالت: «خالعني أو فاسخني أو فادني بكذا وكذا» فقال ذلك، لم يقع

---

(١) راجع تفسير الطبري ذيل الآية ١٩ من سورة النساء.
(٢) النساء: ١٥.
(٣) نسبه في الحاوي ١٠: ٧ إلى الأكثرين من الفقهاء.
(٤) نسبه الحاوي إلى الزهري وعطاء والنخعي وعدّه من القائلين به داود في المجلّد ١٠: ٧.
(٥) منهم أحمد بن حنبل، وابن منذر، وداود؛ راجع المغني لابن قدامة ٨: ١٧٧.
(٦) التهذيب ٨: ٩٦ / ٣٢٧، و٩٧ / ٣٢٨، والاستبصار ٣: ٣١٦ / ١١٢٧ والكافي ٦: ١٤١ / ٦، وروايات أُخرى، فراجع الكتب المذكورة.
(٧) منهم السيّد المرتضى في الناصريّات: ٣٥١ والمفيد في المقنعة: ٥٢٨.
(٨) الخلاف ٤: ٤٢٢، المسألة ٣.

عندنا به شيء، وعند المخالف إن نويا معاً بذلك طلاقاً، كان طلاقاً[١]. وإن لم يكن هناك نيّة ففيه خلاف:

منهم من قال: هو صريح في الفسخ[٢]. ومنهم من قال: هو كناية في الطلاق، وإن لم ينويا طلاقاً لم يكن شيئاً[٣] وقال قوم: هو صريح في الطلاق[٤] وفائدة الخلاف في الفسخ أو الطلاق أنّ من قال: هو فسخ، كان له نكاحها قبل زوج غيره ولو خالعها مائة مرّة، لأنّه ما طلّقها. وإذا قيل: طلاق، متى خالعها ثلاث مرّات، لم تحلّ له حتّى تنكح زوجاً غيره.

الخلع جائز بين الزوجين، فلا يفتقر إلى حكم الحاكم.

البذل في الخلع غير مقدّر إن شاء اختلعا بقدر المهر أو بأكثر أو بأقلّ، كلّ ذلك جائز.

إذا وقع الخلع مطلقاً وهو إذا افتدت نفسها من زوجها بعوض بذلته له، فوقع الخلع صحيحاً ووقعت الفرقة وانقطعت الرجعة. وينظر في البذل، فإن كان صحيحاً لزم، وإن كان فاسداً وجب مهر المثل عند المخالف.[٥] والّذي يقتضيه مذهبنا أنّه يبطل الخلع، فالخلع كالنكاح إذا وقع صحيحاً زال سلطانه عن بضعها وملكه الزوج[٦] وأمّا المهر فإن كان صحيحاً لزم، وإن كان فاسداً وجب مهر المثل،

---

(١) منهم الشافعي كما في المجموع ١٧: ١٤.

(٢) منهم عبدالله بن عبّاس وعبدالله بن عمر وقول الشافعي في القديم وأحمد وأبو ثور كما في مختصر المزني: ١٨٧، الحاوي الكبير ١٠: ٩، المجموع ١٧: ١٥، المغني لابن قدامة ٨: ١٨٠ والشرح الكبير ٨: ١٨٤.

(٣) هو أحد قولي الشافعي، راجع المجموع ١٧: ١٥، الحاوي الكبير ١٠: ٩، الأُمّ ٥: ١٩٧.

(٤) منهم عليّ عليه السلام وعثمان وابن مسعود والأوزاعي والثوري وأبو حنيفة ومالك والمزني وأحمد، راجع المغني لابن قدامة ٨: ١٨٠، والشرح الكبير ٨: ١٨٤، الحاوي الكبير ١٠: ٩، الأُمّ ٥: ١٩٧، المجموع ١٧: ١٥.

(٥) منهم الشافعي كما في الأُمّ ٥: ٢٠١.

(٦) كذا في النسخ، والعبارة لاتخلو عن إغلاق، ولعلّ المعنى: ملك الزوج البذل. وفي المطبوع: زال سلطانها.

والزوج كالزوجة في النكاح، وفيه خلاف.[١]

إذا طلّقها طلقة بدينار على أنّ له الرجعة فلا يصحّ الطلاق، وفيهم من قال: يصحّ وتثبت الرجعة، ويبطل البذل ويسقط[٢]. فإذا شرطت المرأة أنّها متى أرادت الرجوع فيما بذلته كان لها وتثبت الرجعة، كان صحيحاً عندنا وعندهم، غير أنّهم قالوا: لا يصحّ الخلع ويجب مهر المثل[٣].

إذا قلنا: إنّ الخلع لا يقع إلّا بلفظ الطلاق، فإنّه لا يمكن أن يلحقها طلاق آخر مادامت في العدّة، لأنّ الرجعة لا يمكن فيها. ومن قال من أصحابنا: إنّه فسخ[٤] فمثل ذلك لا يمكن أن يلحقها طلاق، لأنّ بنفس الخلع قد بانت، فلا يمكن رجعتها فلا يتأتّى طلاقها، وفيه خلاف بين الفقهاء. وسواء كان بصريح اللفظ أو بالكناية، وسواء كان في العدّة أو بعد انقضائها، وسواء كان بالقرب من الخلع أو بعد التراخي عنه[٥].

إذا قال لزوجته: «أنت طالق ثلاثاً في كلّ سنة واحدة» فعندنا لا يقع منه شيء، لأنّه طلاق بشرط، وذلك لا يصحّ. وعند المخالف أنّه علّق جميع ما يملكه بالصفة[٦] لأنّه جعل كلّ سنة ظرفاً لوقوع طلقة فيها.

ثمّ لا يخلو من أحد أمرين: إمّا أن يطلق، أو ينوي ثلاث سنين في المستأنف بعد انقضاء هذه السنة. فإن أطلق كان ابتداء السنين عقيب يمينه، لأنّ الآجال إذا علّقت بالعقود اتّصلت بها، فإذا ثبت هذا ومضى جزء من الزمان عقيب العقد، وجدت الصفة، لأنّه جعل السنة ظرفاً لوقوع الطلاق فيها، فيحتاج أن يوجد شيء

---

(١) الخلاف ٤: ٣٦٣، المسألة ١.

(٢) منهم الشافعي كما في مختصر المزني: ١٨٧، الحاوي الكبير ١٠: ١٤، المجموع ١٧: ٣١ و٣٢.

(٣) منهم الشافعي كما في المجموع ١٧: ٣١، الحاوي الكبير ١٠: ١٤.

(٤) لم نعثر على القائل.

(٥) ذكر الخلاف المصنّف في الخلاف ٤: ٤٢٩، المسألة ١٠ والماوردي في الحاوي الكبير ١٠: ١٦.

(٦) منهم الشافعي كما في مختصر المزني: ١٨٨، الحاوي الكبير ١٠: ٢٠.

من الظرف، كما لو قال: «أنت طالق في شهر رمضان» فإنّ الصفة توجد إذا مضى جزء من أوّل الشهر، ويقع الطلاق عقيب جزء منه، وكذلك لو علّق ذلك بدخول الدار، فإنّما يقع بعد دخول الدار لا مع الدخول.

فإذا ثبت هذا فوجدت الصفة في أوّل هذه السنة طلّقت واحدة، فإذا دخلت السنة الثانية وجدت الصفة الثانية، فإذا دخلت الثالثة وجدت الصفة الثالثة، وما حكمها؟ لايخلو هذه الزوجيّة من ثلاثة أحوال:

إمّا أن تدخل كلّ سنة وهي زوجة بهذا النكاح، أو بائن، أو زوجة بنكاح جديد. فإن دخلت السنة الثانية وهي زوجة مثل أن راجعها بعد الطلقة الأوّلة طلّقت أُخرى ثمّ راجعها ودخلت السنة الثالثة طلّقت الثالثة، وهكذا لو جاءت كلّ سنة وهي رجعيّة مثل أن تباعد حيضها فحاضت في كلّ ثلاث سنين مرّة، فإنّ الطلاق يقع بها في أوّل كلّ سنة لأنّ الرجعيّة في معاني الزوجات.

وأمّا إن دخلت كلّ سنة وهي بائن، ثمّ جاءت السنة الثانية والثالثة وهي بائنة انحلّت اليمين وارتفعت، لأنّ صفة اليمين قد وجدت، فإن تزوّج بها بعد هذا لم يقع بها الطلاق.

وهي مسألة الحيلة في الخلع وهو أن يخالعها فتبين منه، ثمّ توجد الصفة فتنحلّ اليمين ثمّ يتزوّج بها، فإذا وجدت الصفة من بعد هذا لم يقع بها الطلاق.

بيانه أن يقول لها: «إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً» ثمّ أرادت أن تدخل الدار ولا يقع الطلاق، فالحيلة أن يخالعها فتبين بالخلع، ثمّ تدخل الدار وهي بائن فتنحلّ اليمين، ثمّ يتزوّج بها من بعد، ثمّ يدخل الدار ولا يقع الطلاق.

وقال قوم: لا ينحلّ اليمين بوجود الصفة، وهي بائن، فمتى تزوّج بها بعد هذا ثمّ وجدت الصفة وقع الطلاق[1]. وقال قوم: المختلعة يلحقها الطلاق إلّا أن يدعها

---

(١) هو قول مالك وأحمد وأبي سعيد الإصطخري كما في الحاوي الكبير ١٠: ٢٢، والمغني لابن قدامة ٨: ٢٣١ والشرح الكبير ٨: ٢٣٠ و٢٣١.

حتّى تنقضي عدّتها ثمّ تدخل الدار فينحلّ اليمين.[١]

هذا كلّه إذا كانت مدخولاً بها. ومتى كانت غير مدخول بها فلا يحتاج إلى الخلع، لأنّها بطلقة واحدة تبين منه ثمّ توجد الصفة ثمّ يتزوّج بها فيما بعد.

الثالث: إذا بانت منه في السنة الأُولى ثمّ تزوّجها ثمّ جاءت السنة الثانية، وهي زوجته بنكاح صحيح جديد غير الأوّل، مثل أن بانت بواحدة ثمّ تزوّج أو بالثلاث فتزوّجت زوجاً آخر وبانت منه فتزوّجها ثانياً، فهل يعود حكم اليمين في النكاح الثاني إذا لم توجد الصفة وهي بائن؟ نظرت، فإن كانت البينونة بدون الثلاث عاد حكم اليمين، وفيهم من قال: لا يعود، وإن كانت البينونة بالثلاث لم يعد[٢] وقال بعضهم: يعود[٣].

وهذه الفروع كلّها تسقط عنّا لما بيّناه من أنّ الطلاق والخلع إذا علّقا بشرط لا يقع.

وأمّا الكلام في العتاق وهو إذا حلف لا دخل عبده هذه الدار، فباعه ثمّ اشتراه ثمّ دخل الدار فهل يعود حكم اليمين فيعتق أم لا؟

منهم من قال: يعود[٤]. ومنهم من قال: لا يعود[٥]. وهذا الّذي يقتضيه مذهبنا.

فإذا قلنا: لا يعود حكم الصفة، فدليله قوله صلى الله عليه وآله: «ولا طلاق قبل نكاح»[٦]

---

(١) منهم أبو حنيفة والثوري، راجع المجموع ١٧: ٣١، الحاوي الكبير ١٠: ١٦، المغني لابن قدامة ٨: ١٨٤.

(٢) هو أحد قولي الشافعي وقول المزني وأبي إسحاق المروزي، راجع مختصر المزني: ١٨٨، المغني لابن قدامة ٨: ٢٣١، المجموع ١٧: ٢٤٣، الشرح الكبير ٨: ٢٣١.

(٣) هو قول الشافعي في القديم، راجع الحاوي الكبير ١٠: ٢٣، المجموع ١٧: ٢٤٣.

(٤) أحد قولي الشافعي وأحد قولي أحمد، راجع المجموع ١٧: ٢٤٤، الحاوي الكبير ١٠: ٢٤ المغني لابن قدامة ٨: ٢٣٢.

(٥) القول الآخر للشافعي والقول الآخر لأحمد، راجع المجموع ١٧: ٢٤٤، الحاوي الكبير ١٠: ٢٤ المغني لابن قدامة ٨: ٢٣٢.

(٦) السنن الكبرى ٧: ٣١٨ و٣١٩، والحاوي الكبير ١٠: ٢٦ و٢٧، سنن الدار قطني ٤: ١٤ ح ٤٠ و٤٥.

وهذا طلاق قبل النكاح. وهكذا الحكم في الظهار والإيلاء على ما بيّنّاه حرفاً بحرف، فإنّه لا يقع عندنا شيء من ذلك، وعندهم على ما قلناه في الطلاق[١].

وجميع ذلك إذا علّق بالصفة بلا نيّة، فأمّا إن قيّدها بالنيّة فقال: «نويت أن يكون أوّل كلّ سنة المحرّم» وكان حلف في رمضان، قيل له في الحكم ابتداء المدّة عقيب يمينه[٢] ويحتمل ما نواه ولا يقبل منه في الحكم، لأنّه يدّعي خلاف الظاهر، فإن ألزم الحكم كان على ما مضى، وإن ألزم ما بينه وبين الله كان ابتداء المدّة من حين نواها، ويكون الحكم على ما مضى، وهذا أيضاً ممّا لا نحتاج إليه على ما قرّرناه.

* الطلاق قبل النكاح لا ينعقد، وفيه خلاف[٣].

إذا قالت لزوجها: «طلّقني ثلاثاً بألف درهم» فقال لها: «قد طلّقتك ثلاثاً بألف درهم» صحّ، وملك الزوج العوض المسمّى. وانقطعت الرجعة عند المخالف[٤]. وعندنا لا يصحّ، لأنّ الطلاق الثلاث لا يقع عندنا بلفظ واحد، ولا يجب أن نقول: هاهنا إنّما يقع واحد، لأنّها إنّما بذلت العوض في الثلاث. فإذا لم يصحّ الثلاث وجب أن يبطل من أصله.

إذا قالت له: «طلّقني ثلاثاً بألف» فقال: «طلّقتك ثلاثاً» وسكت عن ذكر الألف كانت عندنا مثل الأُولى، ولا يصحّ بمثل ما قلناه، وعندهم صحّ الخلع أيضاً ولزم العوض وانقطعت الرجعة[٥] لأنّ كلامه إجابة إلى ما التمسته وطلبته، فلم يفتقر إلى ذكر الألف، كما لو قال: «بعني بألف» فقال: «بعتكه» ولم يذكر الألف، صحّ البيع.

---

(١) منهم الشافعيّة كما في الحاوي الكبير ١٠: ٢٤.
(٢) المجموع ١٧: ٢٠٩.
(٣) ذكر الخلاف المصنّف ﷺ في الخلاف ٤: ٤٣٢، المسألة ١٣ والماوردي في الحاوي الكبير ١٠: ٢٥.
(٤) منهم الشافعي وأحمد وأبو يوسف ومحمّد، راجع الحاوي الكبير ١٠: ٣٠، الأُمّ ٥: ٢٠٦، المجموع ١٧: ٤١، المغني لابن قدامة ٨: ٢٠٥.
(٥) منهم الشافعي كما في الأُمّ ج ٥: ٢٠٦، والحاوي الكبير ١٠: ٣٠.

إذا قالت له: «إن طلّقتني ثلاثاً فلك عليّ ألف» فطلّقها ثلاثاً صحّ الخلع عند المخالف[١]. وعندنا لا يصحّ، لأنّ الطلاق الثلاث لا يقع بلفظة واحدة.

إذا قالت له: «طلّقني ثلاثاً على أنّ لك عليّ ألفاً» فطلّقها صحّ الخلع، ولزمها ألف وانقطعت الرجعة[٢]. وعندنا لا يصحّ، لما قلناه، ولأنّه طلاق بشرط.

إذا اختلعا لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن يكون بصريح الطلاق، أو بكناياته. فإن كان بصريح الطلاق وهو «الطلاق» فحسب عندنا، وعندهم و«الفراق» و«السراح»[٣] فقالت: «طلّقني ثلاثاً بألف» فقال: «طلّقتك ثلاثاً بألف» أو كان هذا بلفظ «الفراق» أو «السراح» لم يصحّ عندنا، وعندهم يصحّ[٤].

وكذلك إذا كان الاستدعاء بلفظ والإيجاب بلفظ آخر لم يصحّ عندنا، لأنّه طلاق الثلاث. وإن كان طلاقاً واحداً صحّ عندنا بلفظ الطلاق فحسب دون غيره. وأمّا إن كان بكنايات الطلاق فعندنا لا يصحّ به الطلاق، ولا الخلع، وفيه خلاف[٥].

ولو قالت له: «خالعني على ألف» ونوت الطلاق، فقال: «طلّقتك» صحّ الخلع عندنا وعندهم[٦] فأمّا إن قالت: «طلّقني على ألف» فقال: «خالعتك على ألف» ونوى الطلاق فعلى ما اخترناه لا يقع أصلاً. وعلى ما يذهب إليه بعض أصحابنا من أنّ بلفظ الخلع تقع الفرقة[٧] ينبغي أن يقول: يقع.

ومن قال: الخلع فسخ[٨] فالكلام في فصلين: فيما هو صريح فيه، وفيما ليس

---

(١) منهم الشافعي وأحمد، الحاوي الكبير ١٠: ٣١، المغني لابن قدامة ٨: ٢٠٨ المجموع ١٧: ٤١.
(٢) منهم الشافعي وأحمد، المغني لابن قدامة ٨: ٢٠٨، الحاوي الكبير ١٠: ٣١.
(٣ و ٤) منهم الشافعي كما في الحاوي الكبير ١٠: ٣٢.
(٥) ذكر الخلاف المصنّف في الخلاف ٤: ٤٣٤، المسألة ١٤ و٤٦٢، المسألة ٢٠.
(٦) منهم الشافعيّة كما في الحاوي الكبير ١٠: ٣٥، المجموع ١٧: ١٦.
(٧) منهم الشيخ المفيد في المقنعة: ٥٢٨ ـ ٥٢٩ والسيّد المرتضى في الناصريّات: ٣٥١.
(٨) منهم الشافعي وأحمد وابن عبّاس وطاووس وعكرمة وإسحاق وأبو ثور كما في المغني لابن قدامة ٨: ١٨٠، الشرح الكبير ٨: ١٨٤، الحاوي الكبير ١٠: ٩، المجموع ١٧: ١٥.

بصريح. فعلى ما اخترناه لا معنى لهذه القسمة، وعلى ما قاله بعض أصحابنا «إنّ بلفظ الخلع تحصل الفرقة»[١] ينبغي أن يقول: الخلع هو الصريح دون غيره من الألفاظ مثل الفداء.

وأمّا الكنايات الأُخر فكلّها باطلة عندنا بلا خلاف بين أصحابنا.

فإذا ثبت هذا، فعلى ما اخترناه متى طلبت منه طلاقاً بعوض فأعطاها فسخاً بعوض فقالت: «طلّقني بألف» فقال: «خلعتك بألف» لم يصحّ على المذهبين جميعاً ـ أعني مذهبي أصحابنا ـ لأنّه أجابها إلى غير ما التمسته، لأنّها طلبت منه فراقاً يقع به نقصان الطلاق فأجابها بما لا ينقص الطلاق.

فأمّا إن طلبت منه فسخاً بعوض فطلّقها بعوض فينبغي أن يقول من أجاز من أصحابنا ذلك[٢] أنّه لا يقع لأنّها طلبت غير ما أعطاها. وفي الناس من قال: يقع[٣] وعند المخالف أنّ الفسخ له صريح وكناية مثل الطلاق[٤]. وفيهم من قال: لا كناية له[٥].

إذا قالت له: «اخلعني على ألف درهم راضية» فقال: «خلعتك بها» صحّ الخلع، ولزم المسمّى، وانقطعت الرجعة.

وإذا ذكر القدر والجنس دون النقد فقالت: «خالعني بألف درهم» فقال: «خلعتك بها» صحّ الخلع، ولزمها ألف من غالب نقد البلد.

وإذا ذكر القدر دون الجنس والنقد فقالت: «خالعني بألف» فقال: «خالعتك بألف» فإن اتّفقا على الإرادة وأنّهما أرادا الدراهم أو الدنانير لزم الألف من غالب نقد البلد. وإن اتّفقا على أنّهما أرادا معاً بألف دراهم راضية لزم ما اتّفقت إرادتهما عليه، إمّا مطلقاً فيلزم من غالب نقد البلد، أو معيّناً فيلزم ما عيّناه. وإذا اتّفقا على

---

(١) مرّ في الهامش رقم (٧) في الصفحة: ٦٢٦.

(٢) منهم السيّد المرتضى كما في الناصريّات: ٣٥١.

(٣) بعض أصحاب الشافعي كما في المجموع ١٧: ١٥ ـ ١٦.

(٤) منهم الشافعي وأحمد كما في المجموع ١٧: ١٤ و١٦، المغني لابن قدامة ٨: ١٨٠.

(٥) بعض أصحاب الشافعي كما في المجموع ١٧: ١٤.

الألف واتّفقا على أنّهما ما أرادا جنساً من الأجناس، ولا كان لهما إرادة منه، كان الخلع صحيحاً عندهم، والعوض باطلاً، والرجعة منقطعة، ووجب مهر المثل[١]. وعلى ما يقتضيه مذهبنا أنّ الخلع فاسد.

ومتى اختلفا في النقد واتّفقا في القدر والجنس ـ وهي المسألة الأُولى ـ تحالفا، والّذي يقتضيه مذهبنا أنّ القول قولها، لأنّ الرجل مدّع فعليه البيّنة.

فإن اختلفا في المسألة الثانية فقال أحدهما: «ذكرنا النقد وهي راضية» وقال الآخر: «بل أطلقنا ولها نقد غالب البلد» تحالفا، وعندنا أنّها مثل الأُولى سواء.

وإن اختلفا في المسألة الثالثة وهي إذا لم يذكرا جنساً ولا نقداً واختلفا في الإرادة قال قوم: لايصحّ التناكر فيه، لأنّهما إذا اختلفا فيه صار البذل مجهولاً ووجب مهر المثل[٢] وقال الباقون: يصحّ، ويتحالفان[٣]. وعلى القولين يجب مهر المثل وقد قلنا: إنّ على مذهبنا لايصحّ الخلع أصلاً.

إذا قال: «خالعتك على ألف في ذمّتك» فقالت: «بل على ألف ضمنها لك غيري» لزمها ألف، لأنّها قد أقرّت بالألف وادّعت الضمان. وإذا قال: «خالعتك على ألف في ذمّتك» فقالت: «بل على ألف يزنها لك أبي أو أخي» لزمها الألف لمثل ذلك. فعلى هاتين يصحّ الخلع، ويملك العوض، ويلزمها ذلك.

وإذا قال: «خالعتك على ألف في ذمّتك» فقالت: «ما خلعتني وإنّما خلعت غيري والبذل عليه» فالقول قولها مع يمينها، لأنّه ادّعى عليها عقد معاوضة، فإذا حلفت حكمنا بوقوع الطلاق، وانقطاع الرجعة لاعترافه بذلك، وسقوط العوض عنها لأنّه مدّع بلا بيّنة، فقبلنا قوله فيما عليه ولا نقبله فيما له.

---

(١) منهم الشافعي كما في المجموع ١٧: ٥٠، الحاوي الكبير ١٠: ٣٧، مغني المحتاج ٣: ٢٧٨.

(٢ و٣) بعض أصحاب الشافعي كما في المجموع ١٧: ٥٤، الحاوي الكبير ١٠: ٣٧، مغني المحتاج ٣: ٢٧٨.

إذا قال: «خالعتك على ألف في ذمّتك» فقالت: «بل على ألف في ذمّة زيد» فهل يتحالفان؟ قيل: فيه وجهان، أحدهما: يتحالفان وله عليها مهر المثل.[١] والآخر: لا يتحالفان ولها مهر المثل[٢] والّذي نقوله: إنّ عليه البيّنة وعليها اليمين، لمثل ما قلناه أوّلاً.

إذا قالت له: «طلّقني على ألف» فقال: «أنت طالق على ألف إن شئت» لم تطلّق حتّى تشاء، وإن أتت بالمشيئة جواباً لكلامه صحّ ولزم البذل، وإن لم تشأ على الفور بطل العقد. وعندنا لا يصحّ على كلّ حال، لأنّه خلع بشرط فلا يصحّ.

إذا قال لها: «إن ضمنت لي ألفاً فأنت طالق» فإن ضمنت له على الفور صحّ الخلع، وإن تراخى الضمان عن وقت الجواب بطل، وعندنا أنّها مثل الأُولى.

إذا قال لها: «إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق» اقتضى أن تكون العطيّة على الفور على ما قلناه، وهو أن تعطيه الألف جواباً لكلامه، على صفة يمكنه القبض، فمتى وجد هذا فهي العطيّة قبض الزوج أو امتنع من القبض. فإن لم يفعل هذا لكن هرب الزوج قبل العطيّة أو غاب أو امتنعت من العطيّة أو قالت: «ضمنتها لك أو يضمنها لك زيد» أو قالت: «اجعلها قصاصاً فيما لي عليك وأُعطيك بها رهناً» لم ينعقد الخلع بهذا، لأنّ هذا كلّه ليس بعطيّة. وعندنا أنّ هذا لا يصحّ في الأصل، لأنّه خلع بشرط، وذلك لا يصحّ.

إذا قال لها: «إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق» فقد قلنا: إنّه لا يصحّ عندنا، وعندهم يقتضي العطيّة عاجلاً، فإن تأخّر العطاء بطل، وإن تعجّل صحّ.[٣]

فإذا ثبت هذا وأعطته على الفور لم يخل من أربعة أحوال: إمّا أن تعطيه وفق

---

(١) القول لبعض الشافعيّة وأحد قولي الشافعي كما في المجموع ١٧: ٥٥، الحاوي الكبير ١٠: ٣٨، مختصر المزني: ١٨٨.

(٢) القول لبعض أصحاب الشافعي كما في المجموع ١٧: ٥٥.

(٣) منهم الشافعي كما في الحاوي الكبير ١٠: ٤٢، المجموع ١٧: ١٨، كفاية الأخيار ٧: ٥٧ ـ ٥٨.

الألف، أو أكثر منها، أو أقلّ، أو أعطته ألفاً رديئة.

فإن أعطته وفق الألف وقع الطلاق، لأنّ الصفة وجدت.

وإن أعطته أكثر وقع أيضاً.

وإن أعطته أقلّ من ألف عدداً ووزناً لم يقع، لأنّ الصفة ما وجدت. وإن أعطته ألفاً عدداً وهي دون الألف وزناً لم يقع، لأنّ إطلاق ألف درهم يقتضي ألفاً وزناً من دراهم الإسلام، وهي أن يكون في كلّ عشرة سبع مثاقيل، فإذا نقصت عن ذلك لم توجد الصفة. فإن أعطته وزناً دون الألف عدداً طلقت، لأنّ الصفة وجدت وهي ألف وزناً فلا يعتبر العدد مع الوزن.

وإن أعطته ألفاً رديئة لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن تكون الرداءة من حيث الغشّ، أو الجنس. فإن كانت من حيث الغشّ بأن يكون فيها رصاص لم يقع الطلاق، لأنّ الألف يقتضي ألفاً فضّة، وهي ليست كذلك. وإن أعطته أكثر من ألف فبلغ ما فيها من الفضّة ألف درهم وقع الطلاق، لأنّها قد أعطته ألف درهم فضّة.

وإن كان أعطته ألفاً سبيكة غير مضروبة لم يقع الطلاق، لأنّ النقرة لا يقع عليها اسم دراهم، فلم توجد الصفة.

وإن كانت الرداءة من حيث الجنس ـ مثل أن كانت الفضّة جيّدة لكن السكّة وحشة أو كانت السكّة حسنة لكن الفضّة خشنة ـ وقع الطلاق، لأنّ اسم العطيّة وجد، لكن من حيث ما يقتضيه المعاوضة له ردّها عليها والمطالبة بالبدل غالب نقد البلد، لأنّ إطلاق البدل يقتضي ذلك، وقد قلنا ما عندنا في ذلك. لكن إن خالعها على ألف من غير شرط اقتضى ما تقدّم ذكره من ألف فضّة غالب نقد البلد، ومتى كانت رديئة كان له ردّها والمطالبة ببدلها.

إذا قال لها: «متى أعطيتني ألفاً فأنت طالق» فالحكم فيه وفي «متى ما» و«أيّ وقت» و«أيّ حين» و«أيّ زمان» واحد، فإنّها متى أعطته وقع الطلاق بائناً وملك

الزوج العوض سواء أعطته على الفور أو على التراخي، لأنّ هذه الألفاظ وضعت في حقيقة اللغة لكلّ الأزمان، وأيّ وقت وجدت العطيّة فيه فالصفة تقتضيه. وعندنا لا يصحّ، لأنّ جميع ذلك شروط، وقد بيّنّا أنّ الخلع بشرط لا يقع.

فإذا تقرّر عند المخالف[1] أنّه على التراخي، فقد لزمت من جهة الزوج لزوماً لا سبيل له إلى دفعها، ولا إبطالها، وهي بالخيار بين أن تدفع الألف أو تدع. فإن لم تدفع فلا كلام، وإن دفعت الألف إليه وأعطته إيّاه وقع الطلاق.

والعطيّة أن تعطيه بحيث يمكنه القبض والتسليم، فإذا كان كذلك فقد وجدت الصفة قبل أو لم يقبل، قبض أو لم يقبض، لأنّ اسم العطاء هذا، وإن لم يقع القبض فيه. وإذا وجد العطاء وقع الطلاق بائناً واستقرّ الألف عليها، وليس لها الرجوع فيما بذلت.

إذا قالت له: «طلّقني ثلاثاً على ألف» أو «ثلاثاً وعليّ ألف» وطلّقها واحدة وقعت، وكان له عليها ثُلث الألف لأنّها بذلت الألف في مقابلة الثلاث. وإذا طلّقها واحدة فقد حصل ثلث ما طلبت، ووجب عليها ثلث ما بذلت. ولو قال لها: «إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق ثلاثاً» فأعطته ثُلث الألف، لم يقع شيء.

والفرق بينهما أنّه علّق وقوع الطلاق الثلاث بشرط إعطاء الألف، فإذا لم تعط الألف لم توجد الصفة فلم يقع الطلاق. وليس كذلك الأُولى لأنّها ليست تعليق طلاق بصفة، وإنّما بذلت ألفاً في مقابلة ثلاث تطليقات، فإذا حصل ثُلث ما طلبت، وجب عليها ثلث ما بذلت على ما تقدّم.

وهذا الفرق صحيح لكنّا لا نحتاج إليه، لأنّه طلاق بشرط وذلك باطل عندنا.

إذا كانت معه على طلقة واحدة، فقالت له: «طلّقني ثلاثاً بألف» فقال لها: «أنت طالق بألف» قال قوم: وقعت الواحدة، وكان له عليها الألف.[2]

---

(١) راجع الحاوي الكبير ١٠: ٤٥ ـ ٤٦.

(٢) منهم الشافعي كما في الحاوي الكبير ١٠: ٤٨، مختصر المزني: ١٨٩، المجموع ١٧: ٤٢.

وقال قوم: هذا إذا كانت عالمة أنّها معه على طلقة واحدة، فحينئذ يجب عليها الألف، وإذا لم تعلم أنّها معه على طلقة فلا يستحقّ عليها إلّا ثلث الألف لأنّها ما بذلت الألف إلّا في مقابلة الثلاث، فإذا لم يحصل الثلاث لم يجب عليها إلّا ثلث ما بذلت[١] وهذا الّذي يقتضيه مذهبنا في التفريع على هذه الطريقة.

إن اختلفا فقال الزوج: «كنت عالمة أنّك معي على طلقة فاستحقّ كلّ المال» وقالت: «لم أعلم، فلا يجب عليّ إلّا ثلثه» أو قالت: «إنّما بذلت الألف في مقابلة طلقة في هذا النكاح، وطلقتين في نكاح جديد متى تزوّجتني» فقال: «بل بذلت في مقابلة ما بقي لك من تكميل الثلاث» فإذا اختلفا هكذا تحالفا، وسقط المسمّى ووجب مهر المثل.

وإن كانت معه على طلقتين، فقالت له: «طلّقني ثلاثاً بألف» فإن كانت عالمة بذلك نظرت في الزوج، فإن طلّقها طلقتين استحقّ الألف، وإن طلّقها واحدة استحقّ نصف الألف.

وإن كانت جاهلة نظرت في الزوج، فإن طلّقها طلقتين استحقّ ثلثي الألف، وإن طلّقها واحدة استحقّ ثلث الألف. وفيهم من قال: يستحقّ عليها الألف كلّه، عالمة كانت أو جاهلة، لأنّها إنّما طلبت منه طلاقاً يقع به بينونة لا تحلّ له إلّا بعد زوج، فإذا طلّقها واحدة فقد حصل لها ما طلبت، فوجب عليها جميع ما بذلت.[٢]

وقال بعضهم: لا يستحقّ عليها إلّا ثلث الألف عالمة كانت أو جاهلة[٣] لأنّها طلبت بينونة لا تحلّ له إلّا بعد زوج، وما بانت بهذه الواحدة إلّا أن تقدّمت الأُولى والثانية وتلك الأوّلة والثانية ما كان يملكهما فلم يستحقّ شيئاً في مقابلتهما.

---

(١) هو قول أبي العبّاس بن سريج وأبي إسحاق المروزي كما في المجموع ١٧: ٤٢، والحاوي الكبير ١٠: ٤٩.

(٢) القول لبعض أصحاب الشافعي كما في المجموع ١٧: ٤٤، الحاوي الكبير ١٠: ٤٩.

(٣) منهم ابن الصبّاغ وبعض أصحاب الشافعي كما في المجموع ١٧: ٤٤.

والأوّل أقوى.

إذا قالت له: «طلّقني طلقة بألف» فقال: «أنت طالق ثلاثاً بألف» طلّقت عندنا بواحدة وعليها الألف، لأنّ التلفّظ بالثلاث لا يقع منه إلاّ واحدة، وهي ما طلبته.

وعند المخالف تقع الثلاث وعليها الألف لأنّه حصل لها ما طلبته وزيادة[١] وقال بعضهم: الألف في مقابلة طلقة وقد تبرّع بثنتين[٢] وقال آخرون: الألف في مقابلة الثلاثة كلّها[٣].

التفريع على هذه المسألة: إذا قالت له: «طلّقني طلقة بألف» فقال: «أنت طالق بألف، وطالق فطالق» وقعت الأُولى بائنة لأنّ العوض حصل في مقابلتها، ولم تقع الثانية والثالثة، لأنّه طلّقها بعد أن بانت بالأُولى.

فإن قالت: «طلّقني طلقة بألف» فقال: «أنت طالق فطالق» ولم يذكر الألف، قلنا: إنّها طلّقت بالألف، فإن قال: «الألف في مقابلة الأُولى» بانت منه بها ولم تقع الثانية ولا الثالثة، وهكذا نقول.

وإن قال: «في مقابلة الثانية» فالأُولى رجعيّة والثانية بائن عندهم ولم تقع الثالثة[٤] وعندنا تقع الأُولى رجعيّة ولا تقع الثانية والثالثة.

فإن قال: «في مقابلة الثالثة» فالثانية والثالثة باطلتان عندنا. وعند المخالف أنّ الأُولى والثانية رجعيّتان، وبانت بالثالثة[٥].

---

(١) منهم الشافعي وأحمد كما في مختصر المزني: ١٨٩، الحاوي الكبير ١٠: ٤٨ ـ ٥٠ المجموع ١٧: ٤٤، المغني لابن قدامة ٨: ٢٠٧.

(٢) القول لبعض أصحاب الشافعي كما في المجموع ١٧: ٤٤.

(٣) القول لأبي إسحاق من أصحاب الشافعي كما في المجموع ١٧: ٤٤.

(٤) منهم الشافعيّة والحنابلة كما في المغني لابن قدامة ٨: ٢٠٧ـ٢٠٨، والشرح الكبير ٨: ٢١١ـ٢١٢.

(٥) منهم الشافعية والحنابلة كما في المجموع ١٧: ٤٦، المغني لابن قدامة ٨: ٢٠٧ ـ ٢٠٨ والشرح الكبير ٨: ٢١١ ـ ٢١٢.

فإن قال: «الألف في مقابلة الكلّ» قال قوم: الّذي يجوز أنّها تبين بالأُولى بثلث الألف، ولا تقع عليها الثانية والثالثة[١]. وهو الّذي نقول، لأنّه إذا حصل الألف في مقابلة الكلّ فمعلوم أنّه حصل في مقابلة كلّ واحدة ثلث الألف، وإذا كان كذلك بانت بالأُولى بثلث الألف، ولم تقع عليها الثانية ولا الثالثة.

وإذا كانت معه على طلقة فقالت له: «طلّقني ثلاثاً بألف هذه الواحدة أبين بها، وطلقتان إن نكحتني بعد زوج» فطلّقها كذلك، طلّقت واحدة بانت بها. وأمّا الطلقتان فلا يصحّان، لأنّه طلاق قبل النكاح.

فإذا ثبت ذلك بانت بالواحدة وكم يستحقّ عليها؟ قال قوم: عليها مهر مثلها[٢]. وقال قوم: تبنى هذه على تفريق الصفقة[٣] فمن قال لا يفرّق بطل فيهما، ومن قال يفرّق بطل في الحرام دون الحلال، ويستحقّ في الحلال بحصّته من الثمن. وفي هذه المسألة إذا قلنا بتفريق الصفقة وهو مذهبنا كان له عليها ثلث الألف. ومن قال: لا يفرّق، بطل العقد في الكلّ وكان عليها مهر المثل.

إذا خالعها على أن تكفل ولده عشر سنين، قال قوم: يصحّ إذا كان معلوماً[٤] بأن يقول: ترضعيه من العشر سنين حولين أو أقلّ ممّا يتّفقان عليه فإذا ذكرا مدّة الرضاع قدراً معلوماً. صار معلوماً بذكر المدّة، ويفتقر إلى أن يكون ما يجب عليه من نفقة العشر معلوماً من طعام وإدام ـ ولا يكون كذلك حتّى يذكر جنس الطعام حنطة أو غيرها، ويذكر جنس الإدام من زيت أو شيرج أو سمن ـ ويكون المبلغ معلوماً، ويكون الوصف مضبوطاً على الوجه الّذي يضبط في السلم، ويكون

---

(١) قول الشافعي وأحمد كما في المجموع ١٧: ٤٧، المغني لابن قدامة ٨: ٢٠٨، والشرح الكبير ٨: ٢١٢.

(٢) منهم الشافعي كما في الأُمّ ٥: ٢٠٤، الحاوي الكبير ١٠: ٥٠.

(٣) منهم بعض أصحاب الشافعي كما في المجموع ١٧: ٤٣، الحاوي الكبير ١٠: ٥٠، ٥١.

(٤) منهم الشافعي كما في مختصر المزني: ١٨٩، الحاوي الكبير ١٠: ٥١، المجموع ١٧: ٢٣ و ٢٥.

ما يحلّ في كلّ يوم معلوماً، فلابدّ من ذكر الجنس والمقدار والصفة ولابدّ من ذكر الآجال، لأنّ هذه الصفة اشتملت على أجناس من المعاوضة، كلّ واحد منها لو أفرد بالعقد صحّ فكذلك إذا اجتمعت.

وفي الناس من قال: لا يصحّ[1].

فإذا ثبت صحّته لم يخل حال الولد من أحد أمرين: إمّا أن يعيش، أو يموت. فإن عاش ومضت الحولان فقد استوفى ما استحقّه من الرضاع، وبقى عليها الطعام والإدام، فيكون للوالد أن يستوفيه بنفسه وبغيره، لأنّ ذلك وجب له في ذمّتها، لأنّه عقد للوالد، فإن استوفاه بنفسه أو بغيره، فإن كان وفق حاجة الولد فذاك، وإن كان أكثر أخذ الفضل لنفسه، وإن كان أقلّ فعليه التمام. وإن جعل إليها أن يطعم الولد بنفسها كان صحيحاً، لأنّه حقّ له ثبت في ذمّتها، فصحّ أن يأمرها بإتلافه كيف شاء.

وأمّا إذا مات الولد فلا يخلو من أحد أمرين: إمّا أن يموت بعد مضيّ الحولين، أو أثناء الحولين. فإن مات بعد مضيّهما فقد استوفى منها ما استحقّه من الرضاع، وبقي عليها الطعام والإدام، فللوالد أن يستوفيه منها، وهل يحلّ عليها كلّه دفعة واحدة أم لا؟

قيل: فيه وجهان، أحدهما: يحلّ كلّه. والثاني: يحلّ في كلّ أحد قدر ما شرط[2]. وهو الصحيح عندنا وعندهم، لأنّ الدين إذا كان مؤجّلاً فإنّما يحلّ بموت من عليه الدين، ولا يحلّ بموت غيره.

وإن مات في أثناء الحولين مثل أن أرضعته حولاً ثمّ مات فقد مات قبل استيفاء الرضاع، فهل له أن يأتيها بولد مثله ترضعه مكانه؟ قيل: فيه قولان،

---

(١) منهم بعض أصحاب الشافعي ومالك، راجع الحاوي الكبير ١٠: ٥٢، المجموع ١٧: ٢٣ المدوّنة الكبرى ٢: ٣٤٥.

(٢) ذكر الوجهين الماوردي في الحاوي الكبير ١٠: ٥٤ والنووي في المجموع ١٧: ٢٣ و ٢٤.

أحدهما: له ذلك[١] والآخر: ليس له ذلك[٢].

فمن قال: له ذلك، أتاها بمثله يقوم مقامه، ويكون الحكم على ما مضى إذا كان الولد حيّاً. ومن قال: ليس له ذلك، أو قال: له ذلك ولم يأت بمثله، فهذا الحول الباقي عوض معيّن في الخلع، وقد تلف قبل القبض.

واختلف في الخلع المعيّن إذا تلف قبل القبض على قولين، أحدهما: يجب عليه بدله[٣] والثاني: يسقط ويجب مهرالمثل[٤] ولا فرق بين أن يتلف كلّه أو بعضه.

فمن قال: لا يبطل وعليها البدل، فقد استوفى رضاع حول وبقي حول آخر يكون له عليها أُجرة المثل، ويستوفي بعد ذلك ما بقي له في ذمّتها من الطعام والإدام على ما بيّنّاه. وهذا الّذي يقتضيه مذهبنا. وفي العوض المعيّن ينبغي أن يقول: إنّه إذا تلف يجب قيمته إن لم يكن له مثل، وإن كان له مثل مثله.

ومن قال: يبطل ويجب مهر المثل، فعلى هذا يجب عليها مهر المثل، ويسقط بقدر رضاع الحول الأوّل بالحصّة، فيقال كم أُجرة مثلها حولين للرضاع؟ وكم قيمة ما بقي في ذمّتها من الإدام والطعام؟ فيجمع ذلك كلّه، فإذا عرف سقط منه بقدر أُجرة الحول من مهر المثل، ويكون الباقي للوالد، وهكذا الحكم فيه إذا مات الولد قبل أن يمضي شيء من الحولين.

إذا قال لزوجته: «طلّقي نفسك» فعندنا أنّ ذلك باطل. وعندهم إن طلّقت نفسها على الفور بحيث يكون طلاقها جواباً لكلامه صحّ، وإن تراخى عن هذا الوقت لم يصحّ[٥] لأنّه بمنزلة الموهوب إذا لم يقبله الموهوب له على الفور لم يصحّ.

---

(١) القول لبعض الشافعيّة كما في الحاوي الكبير ١٠: ٥٥، والمجموع ١٧: ٢٤ و٢٧.

(٢) أحد قولي الشافعي وبعض أصحابه ومالك، راجع الحاوي الكبير ١٠: ٥٥، والمجموع ١٧: ٢٤ و٢٧، والمدّونة الكبرى ٢: ٣٤٥.

(٣ و٤) قول الشافعي في القديم، راجع الحاوي الكبير ١٠: ٥٥، والمجموع ١٧: ٢٤.

(٥) منهم الشافعي كما في الحاوي الكبير ١٠: ٥٨.

وإذا قال لها: «طلّقي نفسك بألف» كان مثل ذلك عندنا باطل، وعندهم على الفور[١].

ولو قال لغيره: «طلّق زوجتي على ألف» لم يكن على الفور، لأنّه توكيل. والأوّل تمليك. ألا ترى أنّه إذا قال لغيره: «بعتك هذا المتاع» اقتضى القبول على الفور، ولو قال: «وكّلتك في البيع بألف» لم يقتض ذلك الفور.

فإذا ثبت هذان الفصلان فمتى قال لها: «أمرك بيدك فطلّقي نفسك إن ضمنت ألفاً» فها هنا جعل طلاقها إليها، بشرط أن تضمن الألف. فهو على الفور، فإن تراخى لم يصحّ.

وإن لم يتراخ نظرت، فإن طلّقت نفسها وضمنت الألف أو ضمنت الألف وطلّقت نفسها، فمتى فعلت أحد الأمرين على الفور على أيّ وجه كان وقع الطلاق، لأنّ الصفة وجدت. وإن طلّقت نفسها ولم تضمن أو ضمنت الألف ولم تطلّق نفسها لم يقع الطلاق، لأنّه لم يجتمع الشرطان.

وعندنا أنّهما مثل الأوّل لا يقع على حال على الصحيح من المذهب.

إذا قال لها: «إن أعطيتني عبداً فأنت طالق» فهذا على الفور عندهم، فإذا أعطته أيّ عبد كان وقع الطلاق صغيراً كان أو كبيراً، صحيحاً أو معيباً، وعلى أيّ صفة كان، لأنّ اسم العبد يقع عليه، ولا يملك العبد، لأنّه عوض مجهول[٢] فلم يصحّ في معاوضة كما لم يصحّ في بيع، وله عليها مهر المثل. وعندنا أنّ هذا لا يصحّ لأنّه طلاق بشرط، فلا يصحّ. والحكم في المدبّر والمعتق نصفه كالحكم في العبد القنّ سواء.

وأمّا إن أعطته مكاتباً أو عبداً مغصوباً لم يقع الطلاق، لأنّ طلاق العطيّة يقتضي إعطاء ما يصحّ أن يملكه المعطي.

---

(١) منهم الشافعي كما في الحاوي الكبير ١٠: ٥٨.

(٢) منهم الشافعي كما في الحاوي الكبير ١٠: ٦٠، والمجموع ١٧: ٤٨.

هذا إذا علّق طلاقها بعبد. فأمّا إن خالعها بعبد موصوف في الذمّة صحّ الخلع عندنا وعندهم[١] لأنّه معلوم، ولزم العوض، وعليها الخروج عنه إليه. فإذا دفعت إليه عبداً على الصفة الّتي وقع العقد عليه لزمه قبوله، فإذا قبله ملكه، فإن كان صحيحاً استقرّ ملكه عليه، وإن كان معيباً كان بالخيار بين أن يمسكه أو يردّه فإن أمسكه فلا كلام، وإن ردّه رجع عليها بما وجب له في ذمّتها، وهو عبد بهذه الصفة سليم من العيوب.

هذا إذا خالعها بعبد موصوف في الذمّة. فأمّا إن علّق طلاقها بأن تعطيه عبداً موصوفاً كأن قال: «إن أعطيتني عبداً من صفته كذا وكذا فأنت طالق» فإنّ صفة الوقوع متعلّقة بما علّقه، فإن أعطته عبداً بخلافه لم يقع الطلاق، وإن أعطته على تلك الصفة وقع الطلاق، وملك العبد. فإن كان سليماً من العيوب فقد استقرّ ملكه عليه، وإن كان معيباً فهو بالخيار بين إمساكه وردّه، فإن أمسكه فلا كلام. وإن ردّه فبماذا يرجع؟

قيل: فيه قولان، أحدهما: إلى بدله[٢]. والآخر: يرجع إلى مهر المثل[٣]. وعندنا أنّ هذه الآخرة باطلة، لأنّها طلاق بشرط، والأُولى صحيحة لأنّها خلع بعبد موصوف.

فأمّا إنّ علّق طلاقها بأن تعطيه عبداً بعينه مثل أن قال: «إن أعطيتني هذا العبد فأنت طالق» فأعطته إيّاه نظرت، فإن كان عبداً يملكه وقع الطلاق، فإن كان صحيحاً استقرّ، وإن كان معيباً كان له الخيار على ما مضى.

وإن كان العبد مغصوباً فأعطته إيّاه فهل يقع الطلاق؟ قيل: فيه وجهان،

---

(١) منهم الشافعي كما في الحاوي الكبير ١٠: ٥٩ ـ ٦٠.

(٢) بعض أصحاب الشافعي كما في الحاوي الكبير ١٠: ٦٠.

(٣) قول الشافعي في الجديد كما في الحاوي الكبير ١٠: ٦٠.

أحدهما: لا يقع[١] لأنّ طلاقه يقتضي عبداً يملكه الزوج، فإذا لم يملكه لم يقع الطلاق. وقال أكثرهم: إنّه يقع الطلاق[٢]. وعندنا لا يقع على حال، لمثل ما تقدّم من أنّه لا طلاق بشرط.

فمن قال: لا يقع، فلا كلام. ومن قال: يقع، فبماذا يرجع؟ على قولين، أحدهما: إلى بدل مثله[٣] والآخر: إلى مهر مثلها[٤].

إذا قال لها: «إن أعطيتني شاة ميتة أو خنزيراً أوزقّ خمر فأنت طالق» فأعطته على الفور وقع الطلاق عندهم وسقط المسمّى ويجب مهر المثل[٥]. وعندنا لا يقع لما تقدّم.

وإن خالعها بشاة ميتة أو خنزير أو زقّ خمر فالخلع صحيح عندهم، وله عليها مهر المثل[٦] وعندنا أنّ الخلع باطل، والطلاق رجعي ولا شيء له عليها.

ولو قال: «خالعتك على ما في هذه الجرّة من الخلّ» فبان خمراً وقع الخلع بلا خلاف ووجب لها مهر المثل، وينبغي أن يقول: إنّ لها مثل تلك الجرّة خلّاً.

فإن تزوّجها على ما في هذه الجرّة من الخلّ فبان خمراً، قال بعضهم: بطل الصداق، ويرجع إلى مهر مثلها[٧] وعند بعضهم يرجع إلى بدله[٨]. وهو الّذي يقتضيه مذهبنا.

---

(١) هو قول أبي حامد الإسفراييني وأبي عليّ بن أبي هريرة كما فى الحاوي الكبير ١٠: ٦٢، المجموع ١٧: ٤٩.

(٢) هو قول أكثر أصحاب الشافعي وعليه مذهبهم كما في الحاوي الكبير ١٠: ٦٢، المجموع ١٧: ٤٩.

(٣) بعض أصحاب الشافعي وأحمد، راجع الحاوي الكبير ١٠: ٦١، والمغني لابن قدامة ٨: ٢٠٢.

(٤) منهم أصحاب الشافعي كما في الحاوي الكبير ١٠: ٦١، المغني لابن قدامة ٨: ٢٠٢.

(٥) عند الشافعي وأصحابه كما في الحاوي الكبير ١٠: ٦٣، مختصر المزني: ١٨٩.

(٦) منهم الشافعي كما في المغني لابن قدامة ٨: ٢٠٣، والشرح الكبير ٨: ١٩٤، المجموع ١٧: ٣٥، الحاوي الكبير ١٠: ٦٣.

(٧) منهم الشافعي كما في الأُمّ ٥: ٧٦، المجموع ١٧: ٢٨.

(٨) منهم بعض أصحاب الشافعي كما في المجموع ١٧: ٢٨.

إذا قال: «أنت طالق، وعليك ألف» وقع الطلاق رجعيّاً ولا شيء له عليها، لأنّه أوقع مجرّداً من العوض وعطف بذكر الألف مستأنفاً لكلام لا يتعلّق الطلاق به، كما لو قال: أنت طالق وعليك حجّ.

فإذا ثبت ذلك، فإن ضمنت له الألف بعد ذلك لم يصحّ ضمانها، لأنّه ضمان ما لم يجب، وإن أعطته ألفاً كان ابتداء هبة من جهتها، فلا يصير الطلاق الرجعي به بائناً.

وإن تصادقا على أنّ كلامه كان جواباً لاستدعائها مثل أن يتّفقا أنّ هذا جواب لقولها: «طلّقني طلقة بألف» فقال: «أنت طالق وعليك ألف» لزمها الألف لا بقوله: «وعليك ألف» بدليل أنّه لو أجابها فقال: «أنت طالق» وسكت، لزمها الألف.

فإن اختلفا فقال: «هذا القول جواب لاستدعائك والطلاق بائن وعليك ألف» فأنكرت فالقول قولها مع يمينها، لأنّ الأصل أنّها ما استدعت ذلك، فهو مدّع عليها، فإذا حلفت فلا شيء عليها، ويكون الطلاق بائناً، لأنّه معترف بذلك، وإنّما أضاف إليه دعواه عليها بالعوض فاحتاج إلى بيّنة.

إذا قال لها: «أنت طالق على أنّ عليك ألفاً،» فقد علّق طلاقها بشرط أن يكون عليها ألف، وإنّما يكون عليها ألف لضمانها ذلك، فإذا ضمنت وقع الطلاق لأنّ الصفة قد وجدت، وإنّما يصحّ هذا إذا كان ضمانها جواباً لكلامه.

وهكذا الحكم فيه إذا قال لها: «أنت طالق على ألف» لأنّ تقدير قوله: «على ألف» أي ألف تحصّل لي عليك، فإذا ضمنت وقع الطلاق.

والفرق بين قوله: «أنت طالق على أنّ عليك ألفاً» وبين قوله: «أنت طالق وعليك ألف» هو أنّه إذا قال: «وعليك ألف» لم يجعل الطلاق معلّقاً به وإنّما عطف به بعد وقوع الطلاق مجرّداً عن عوض، ولهذا وقع الطلاق ولم يجب عليها شيء.

وليس كذلك قوله: «على أنّ عليك ألفاً» لأنّه ربط الطلاق بالألف وعلّقه به

وجعل الصفة فيه حصول الألف عليها، فلهذا لم يقع الطلاق إلّا بضمانها، فبان الفصل بينهما.

إذا خالعها على ثوب بعينه على أنّه مروي فإذا هو هروي، فالخلع صحيح، لأنّه خلع بعوض، الفعل بينهما.

إذا خالعها على ثوب بعينه على أنّه مروي فإذا هو هروي، فالخلع صحيح، لأنّه خلع بعوض، ويقع الفرقة وتنقطع الرجعة، والزوج بالخيار بين أن يمسك هذا الثوب أو يردّ، فإن أمسكه كان له، لأنّه بمنزلة العيب، وإن اختار الردّ رجع إلى قيمته عندنا لو كان مرويّاً، وقال بعضهم: يرجع إلى مهر مثلها[١].

فأمّا إن علّق طلاقها بصفة هو إعطاء ثوب، فقال: «إن أعطيتني ثوباً مرويّاً فأنت طالق» فإن أعطته هرويّاً لم يقع الطلاق، لأنّ الصفة لم توجد. وعندنا لا يقع لأنّه طلاق بشرط.

فإن كانت بحالها فأعطته مرويّاً وقع الطلاق عندهم[٢] وعندنا لا يقع، لما قلناه. فإن كان الثوب سليماً لزم، وإن كان معيباً كان بالخيار بين إمساكه وردّه، فإن أمسكه فلا كلام، وإن ردّه فالخلع بحاله، والطلاق لا يرتفع بالردّ، لأنّ الطلاق إذا علّق بصفة فوجدت الصفة وقع الطلاق عندهم[٣] ولا يرتفع بعد وقوعه.

فإذا ثبت أنّه لا يرتفع الطلاق وردّه، إلى ما ذا يرجع؟ على قولين، أحدهما: إلى بدله، والآخر: إلى مهر مثلها.

* وأمّا إن خالعها على ثوب موصوف في الذمّة مثل أن خالعها على ثوب مروي وصفه وضبطه بالصفات، فإنّ الخلع يصحّ ويلزم العوض لأنّه معلوم، والعوض إذا

---

(١) منهم الشافعي كما في مختصر المزني: ١٨٩، الحاوي الكبير ١٠: ٦٧.

(٢) منهم الشافعية كما في الحاوي الكبير ١٠: ٦٧.

(٣) عند الشافعيّة والحنابلة كما في المغني لابن قدامة ٨: ١٩٧، ١٩٩، والشرح الكبير. ٨: ٢٠٥، والحاوي الكبير ١٠: ٦٧.

كان معلوماً في الخلع لزم، وعليها أن تعطيه ما وجب له في ذمّتها على الصفة.

فإذا سلّمته إليه وقبضه فإن كان سليماً على الصفة لزم، ولا كلام، وإن كان معيباً فهو بالخيار بين إمساكه وردّه، فإن أمسكه فلا كلام. وإن ردّه رجع عليها بالّذي خالعها به، لأنّ الّذي وجب في ذمّتها ما كان سليماً من العيوب، فإذا ردّه طالب ببدله.

فإن خالعها على ثوب بعينه على أنّه مرويّ فإذا هو كتّان فالخلع يصحّ، لأنّه خلع بعوض، وإن أراد الزوج إمساك الثوب لم يكن له، لأنّه عقد الخلع على جنس فبان غيره كما لو عقد على عين فبان غيرها، لأنّ اختلاف الأجناس كاختلاف الأعيان، فإذا ردّه هل يستحقّ البدل أو مهر المثل؟ على ما مضى، عندنا تستحقّ القيمة وعند بعضهم مهر المثل[١].

إذا خالعها على أن ترضع ولده سنتين صحّ، فإن عاش الولد حتّى ارتضع حولين فقد استوفى حقّه، وإن انقطع لبنها وجفّ بطل البذل وإلى ماذا يرجع؟ على ما مضى من القولين، عندنا أنّه يرجع إلى أُجرة مثلها لرضاع مثله حولين، وعند بعضهم مهر مثلها[٢]. فإن مات الولد فقد مضى حكمه فيها تقدّم.

إذا قال له أب امرأته: «طلّقها وأنت بريء من صداقها» فطلّقها طلّقت ولم يبرأ من صداقها، لأنّها إن كانت رشيدة لم يملك أبوها التصرّف في مالها بغير إذنها. وإن كان يلي عليها لصغر أو سفه أو جنون لم يصحّ. لأنّه إنّما يملك التصرّف فيما فيه نظر لها وحظّ، ولا نظر لها في هذا كما لو كان لها دين فأسقط.

فإذا ثبت أنّه لا يبرأ فلا ضمان على أبيها، لأنّه لم يضمن على نفسه شيئاً ويقع الطلاق رجعيّاً، لأنّه لم يسلم العوض.

وكذلك لو قال الزوج: «هي طالق وأبرأمن صداقها» جواباً لقول أبيها،

---

(١) منهم الشافعي كما في الحاوي الكبير ١٠: ٦٨.

(٢) منهم الشافعي كما في الحاوي الكبير ١٠: ٧١، الأُمّ ٥: ٢٠١.

فالطلاق واقع، ولا يجب له عليها ولا على الأب شيء، لأنّه لم يضمن، ولا أبرأه من المهر من له الإبراء، والطلاق واقع وعليها رجعة.

فإن قال: «طلّقها على ألف من مالها، وعليّ ضمان الدرك» فطلّقها وقع الطلاق ولم يملك الألف، لأنّه لا يملك التصرّف في مالها، لكن عليه ضمان الدرك في هذا، وإذا كان عليه الضمان كان الطلاق بائناً، لأنّه لم يعرعن عوض، وما الّذي يضمن الأب؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: بدل الألف. وهو الّذي يقتضيه مذهبنا. والآخر: مهر المثل.[١]

ولو قال بدلاً من هذا: «طلّقها بعبد هو هذا وعليّ ضمانه» طلّقت ولم يملك الزوج العبد، وكان على الأب الضمان، وما الّذي يضمن؟ على ما مضى عندنا قيمته، وعند بعضهم مهر المثل[٢].

إذا أعطته ألفاً على أن يطلّقها إلى شهر أو قال: «إذا جاء رأس الشهر طلّقت» لم يصحّ، لأنّه سلف في طلاق، وذلك لا يصحّ. وإن أعطته ألفاً على أن يطلّقها مدّة شهر، فإذا كان بعده ارتفع حكمه لم يصحّ، لأنّ الطلاق مؤبّد. وإن أعطته ألفاً على أن يطلّقها أيّ وقت شاء من وقتنا هذا إلى شهر فلا يصحّ، لأنّه سلف في الطلاق، ولأنّه عوض على مجهول.

ومتى طلّق على أحد هذه الوجوه الثلاثة فالطلاق واقع وبائن، وأمّا البذل قال قوم: لا يصحّ فيه، ويجب مهر المثل[٣] والّذي يقتضيه مذهبنا أنّ الطلاق يقع رجعيّاً، والبذل لا يصحّ.

إذا قال لها: «أنت طالق بألف إذا جاء رأس الشهر» أو قال: «إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق بألف» عندنا لا يصحّ، لأنّه معلّق بشرط. وعندهم على وجهين،

---

(١) ذكر الماوردي القولين في الحاوي الكبير ١٠: ٧٣.
(٢) راجع الأُمّ ٥: ١٩٩.
(٣) منهم الشافعي كما في مختصر المزني ١٨٩، والحاوي الكبير ١٠: ٧٣.

أحدهما: يصحّ[١] لأنّه لمّا ملك الطلاق المجرّد عاجلاً وآجلاً جاز أن يملكه بعوض عاجلاً وآجلاً.

والثاني: لا يصحّ[٢] لأنّها معاوضة كالبيوع. فمن قال: يصحّ، فلا كلام. ومن قال: لا يصحّ، فإن أوقع الطلاق هاهنا وجب مهر المثل كالّتي قبلها.

إن قالت له: «طلّقني ثلاثاً بألف» فطلّقها ثلاثاً فعليها الألف، وإن طلّقها واحدة أواثنتين فعليها بالحصّة. وعندنا أنّه لا يصحّ أصلاً وقد مضى، لأنّه إن طلّق أقلّ من الثلاث واحدة لم يجبها إلى ما طلبت فلا يصحّ العوض وتكون الطلقة رجعيّة، وإن كان أكثر من واحدة لم يقع.

فإن قالت له: «طلّقني ثلاثاً على ألف» فالحكم فيه كما لو قال: بألف. وقال قوم في هذه: إن طلّقها ثلاثاً فله ألف، وإن طلّقها أقلّ من ثلاث وقع الطلاق ولم يجب عليه ما سمّى[٣].

وفصّل بينهما بأن قال: إذا قالت «بألف» فهذه بالبدل، والبدل يقتضي أن ينقسط على المبدل، كما لو باعه ثلاثة أعبد بألف، وإذا قال: «على ألف» علّق الطلاق الثلاث بشرط هو الألف، فإذا لم يوقع الثلاث لم يوجد الشرط فلم يستحقّ شيئاً.

إن خالعها على حمل هذه الجارية فقال: «خالعتك على حملها» فالخلع صحيح والطلاق بائن، وسقط المسمّى ويجب مهر المثل، سواء خرج الولد سليماً أو لم يخرج عند بعضهم[٤]. وقال آخرون: إن لم يخرج الولد سليماً كان له مهر المثل، وإن خرج سليماً فهو له وصحّ العوض[٥].

---

(١) بعض أصحاب الشافعي وأحمد كما في الحاوي الكبير ١٠: ٧٥، والمغني لابن قدامة ٨: ٢١٠.

(٢) مذهب الشافعي وبعض أصحابه والقاضي من أصحاب أحمد، راجع الحاوي الكبير ١٠: ٧٥، المغني لابن قدامة ٨: ٢١٠.

(٣) منهم أبو حنيفة كما في الشرح الكبير ٨: ٢١٣، والمجموع ١٧: ٤١، والمغني لابن قدامة ٨: ٢٠٥، واللباب ٣: ٦٦.

(٤) راجع الحاوي الكبير ١٠: ٦٢.

(٥) راجع الحاوي الكبير ١٠: ٦٢، المغني لابن قدامة ٨: ١٩٠، والشرح الكبير ٨: ٢٠٢.

والّذي يقتضيه مذهبنا أنّ هذا الخلع لا يصحّ، لأنّه على مجهول ولا يقع الطلاق.

وأمّا إذا قال: «خالعتك على ما في بطن هذه الجارية» ولم يقل من الحمل فالخلع صحيح، والطلاق بائن، والبذل فاسد، وعليها مهر المثل، سواء ظهر بها حمل أو لم يظهر.

وقال بعضهم: إن ظهر بها حمل صحّ، وإن لم يظهر فالخلع باطل أصلاً، والطلاق رجعي[١] وعندنا أنّ هذه مثل الأُولى سواء.

إذا طلّقهما بألف أو على ألف فقد طلّقهما طلاقاً بعوض ألف، ويقتضي أن يكون جوابه على الفور، فإن تراخى لم يصحّ أن يطلّقهما على ما طلبتا، فإن طلّق كان ابتداء طلاق من جهته، ويكون رجعيّاً.

اللّهمّ إلّا أن يبتدئ فيقول: «أنتما طالقان على ألف» فحينئذ إن ضمنتا ذلك على الفور طلّقتا به، وإن لم تضمنا ذلك سقط كلامه.

هذا إذا تراخى جوابه وقبوله، فأمّا إن طلّقهما على الفور وقع الطلاق بائناً واستحقّ العوض وأيّ عوض يستحقّ؟ قيل: فيه قولان، أحدهما: مهر المثل على كلّ واحدة منهما[٢] ويسقط المسمّى. والثاني: يجب المسمّى يقسّط ذلك على مهر المثل، لكلّ واحدة منهما، فيأخذ منها[٣] بالحصّة من مهر مثلها[٤].

وهكذا إذا تزوّج أربع نسوة صفقة واحدة على ألف، فعلى هذين القولين أحدهما: يصحّ المسمّى ويتقسّط عليهنّ على قدر مهر مثلهنّ. والثاني: يبطل ويجب مهر المثل لكلّ واحدة منهنّ.

وكذلك إذا خالع أربع نسوة صفقة واحدة بألف أو كاتب أربعة أعبد له صفقة واحدة فعلى هذين القولين. وفي الكتابة قولان، أحدهما: باطلة، والثاني:

---

(١) لم نعثر عليه في المصادر المتوفّرة لدينا. (٢ و ٤) راجع الحاوي الكبير ١٠: ٧٦.

(٣) في ط: فيأخذ منهما.

صحيحة، ويكون كلّ واحدة من العبيد مكاتباً بحصّة قيمته من المسمّى.

وكذلك في الخلع، والطلاق واقع بائن. وفي المسمّى قولان، أحدهما: باطل، وله على كلّ واحدة مهر مثلها.

والّذي يقتضيه مذهبنا أن نقول: إن تزوّج أربعة بمهر مسمّى أنّ المهر صحيح وينقسم بينهنّ بالسوّية، وكذلك في الخلع والفداء[١] يكون صحيحاً، ويلزم كلّ واحدة منهنّ حصّتها بالسويّة.

فأمّا الكتابة والبيع فينبغي أن نقول: إنّه يتقسّط على قدر أثمانها أو نقول الكتابة فاسدة والبيع، لأنّ العوض في كلّ واحد مجهول.

[إذا] قالتا له: «طلّقنا بألف» فطلّق إحداهما ولم يطلّق الأُخرى، فالّتي طلّقها وقع طلاقها، واستحقّ عليها العوض، لأنّه أجابها على الفور، وكم يستحقّ عليها؟ عندنا نصف المسمّى. وعندهم على قولين، أحدهما: مهر مثلها[٢]. والثاني: بحصّة مهر مثلها من المسمّى[٣].

والّتي لم يطلّقها لايمكنه أن يطلّقها جواباً لما استدعته، لأنّ وقت القبول قد زال وارتفع، فإن طلّقها كان ابتداء طلاق من جهته ويكون رجعيّاً إلاّ أن يقول: «على ألف» فلا يقع الطلاق بها حتّى تضمن الألف على الفور.

إذا طلّقهما بألف نصفين على كلّ واحدة خمسمائة، لزم كلّ واحدة منهما ذلك.

إذا قالتا: «طلّقنا بألف» فطلّقهما على الفور، ثمّ ارتدّتا بعد ذلك، فالطلاق واقع بائن، واستحقّ العوض عليهما. وفيه قولان، أحدهما: يسقط المسمّى ويجب مهر المثل[٤]. والثاني: يجب المسمّى ويقسّط على مهرالمثل[٥]. وعندنا على كلّ واحدة نصف المسمّى، والردّة لا تؤثّر في عقد الخلع، لأنّها تجدّدت بعد انبرام العقد.

---

(١) البذل، خ. (٢ و٣) راجع الحاوي الكبير ١٠: ٧٥ ـ ٧٦، المجموع ١٧: ٢٨ و٢٩.
(٤ و٥) راجع الحاوي الكبير ١٠: ٧٦.

إذا قالتا: «طلّقنا بألف» فطلّقهما على الفور بعد أن ارتدّتا، مثل أن قالتا «طلّقنا» واعتقدتا الكفر متّصلاً بالقول، ثمّ قبل الزوج هذا على الفور وطلّقهما، فإنّ الطلاق قد حصل بعد حصول الردّة منهما، فلا يخلو حالهما من أحد أمرين:

إمّا أن يكون دخل بهما، أو لم يكن قد دخل بهما. فإن لم يكن دخل بهما سقط الطلاق، لأنّ الفسخ قد وقع بالردّة. وإن كان دخل بهما لم يقع الفسخ بالردّة، لأنّها ردّة بعد الدخول، ويكون الطلاق صادفهما على الرّدة، فما حكمه؟ مبنيّ على طلاق المرتدّ، فإن كانتا على الردّة كان الطلاق مراعى، فإن أقامتا على الردّة حتّى انقضت العدّة لم يقع الطلاق، لأنّ الفسخ سبق الطلاق.

وإن رجعتا قبل انقضاء العدّة حكمنا بوقوع الطلاق من ذلك الوقت، وكانت العدّة من حين وقع الطلاق ويكون بائناً، ويستحقّ العوض، وما ذلك العوض؟ على ما مضى من القولين.

فإن رجعت واحدة قبل انقضاء العدّة وقع الطلاق عليها بائناً ويستحقّ العوض على ما مضى، وأمّا الأُخرى فلم يقع الطلاق عليها، لأنّ الفسخ سبقه.

إذاكان الخلع بلفظ المباراة أو بلفظ الخلع ملك عليها البذل، فإن كان قبل الدخول فلها نصف الصداق، فإن كان قبل القبض فعليه نصفه. وإن كان بعد القبض ردّت النصف وإن كان بعد الدخول فقد استقرّ المسمّى، وإن كان قبل الإقباض فعليه الإقباض، وفيه خلاف ذكرناه في الخلاف[1].

إذا قال لزوجتين له: «أنتما طالقتان إن شئتما على ألف أو بألف» عندنا لا يقع، لأنّه طلاق بشرط. وعندهم علّق طلاقهما بعوض بصفة هي المشيئة منهما، فاقتضى أن تكون المشيئة منهما جواباً لإيجابه كالقبول في البيع، فإن قالتا على الفور: «قد شئنا» طلّقتا معاً، لأنّ الصفة قد وجدت، والطلاق بائن لأنّه بعوض، وما ذلك

---

(١) الخلاف ٤: ٤٣٩، المسألة ٢٤.

العوض؟ على ما مضى من الخلاف إمّا مهر المثل أو يتقسّط على مهر المثل[١].

وإن اختلفا فقال الزوج: «أنتما شئتما لفظاً ونطقاً وما شئتما بقلوبكما» لم يلتفت إلى إنكاره، لأنّه إنّما يتوصّل من المشيئة إليهما من قولهما ونطقهما.

وإن تراخت المشيئة عن وقتها بطل الإيجاب، فلو قالتا من بعد: «قد شئنا» لم يتعلّق به حكم، لأنّ الإيجاب قد بطل مثل البيع إذاتأخّر القبول عن الإيجاب.

وإن ماتت إحداهما دون الأُخرى لم يقع الطلاق، لأنّه معلّق بمشيئتهما معاً.

إذا كان له زوجتان رشيدة ومحجور عليها لسفه، فقال لهما: «أنتما طالقتان إن شئتما بألف»، فقالتا على الفور: «قد شئنا» عندنا لا يقع، لأنّه طلاق بشرط، وعندهم يقع الطلاق بهما معاً[٢] لأنّ الصفة قد وجدت منهما، فإنّ المحجور عليها لسفه لها مشيئة، لأنّ المشيئة لا تدخل تحت الحجر.

وإن كانت إحداهما مجنونة لم يكن يتعلّق بها حكم، لأنّه لا تميز لها. وإن كانت صغيرة لا تميز لها فهي كالمجنونة، وإن كان لها تميز فهي كالمحجور عليها لسفه.

فإذا ثبت وقوع الطلاق كان طلاق الرشيدة بائناً، لأنّ العوض ثبت عليها، وما ذلك العوض؟ على مامضى. فأمّا طلاق غير الرشيدة فهو طلاق رجعي، لأنّ بذل العوض لا يصحّ منها وإن صحّت المشيئة منها. فإن قال للمحجور عليها: «أنت طالق بألف إن شئت مشيئة يلزمك بها عوض» فشاءت لم يقع الطلاق، لأنّ الصفة لم توجد.

إذا كان له أربع نسوة فخالعهنّ بلفظ واحد على ألف، فعلى ما مضى من الخلاف وكذلك في العقد عليهنّ.

ويجوز للمرأة أن تفتدي نفسها من زوجها بعوض يبذله، لقوله تعالى: ﴿فيما افتدت به﴾[٣] وإن وكّلت من يختلعها من زوجها بعوض صحّ بلا خلاف. وإن

---

(١) راجع الحاوي الكبير ١٠: ٧٧ ـ ٧٨، المجموع ١٧: ٢٩.

(٢) منهم الشافعي كما في الأُمّ: ٥: ٢٠٣، مختصر المزني: ١٨٩، الحاوي الكبير ١٠: ٧٩.

(٣) البقرة: ٢٢٩.

اختلعها أجنبيّ من زوجها بعوض بغير إذنها فعند الأكثر يصحّ[١] وقال شاذّ منهم: لا يصحّ[٢] وهو الأقوى.

رجل له زوجتان فقالت إحداهما: «طلّقني وضرّتي بألف» فإن طلّقهما بذلك طلّقتا وعليها ما بذلت، وإذا لزم البذل ففيه قولان، أحدهما: يلزم المسمّى. والثاني: يسقط المسمّى، وعليها مهر مثلها ومهر مثل ضرّتها، ولا يرجع على ضرّتها بشيء، لأنّها تبرّعت بذلك.

وإن كانت بحالها فطلّق إحداهما، وقع الطلاق بائناً، وعلى الباذلة العوض وما ذلك العوض؟ على القولين، أحدهما: مهر مثلها. والثاني: بحصّة مهر مثلها. وعندنا نصف المسمّى على ما مضى.

إذا اختلعت الأمة نفسها بعوض لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن يكون بإذن سيّدها، أو بغير إذنه. فإن كان بإذنه صحّ، لأنّه وكّلها، ويقتضي أن يختلع نفسها بمهر مثلها، فإن فعلت بذلك أو أقلّ منه، فإن كانت مأذوناً لها في التجارة أعطت ممّا في يديها، وإن لم تكن تاجرة أعطت من كسبها، وإن لم يكن لها كسب ثبت في ذمّتها يستوفى منها إذا أُعتقت.

وإن اختلعت نفسها بأكثر من مهر مثلها كان مازاد على مهر مثلها فاسداً، ويقوى عندي أنّه يكون صحيحاً غير أنّه يتعلّق بذمّتها.

وإن كان الخلع بغير إذنه لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن يكون الخلع منجّزاً، أو معلّقاً بصفة، فإن كان منجّزاً فإمّا أن يكون بدين، أو بعين. فإن كان بدين في الذمّة ثبت في ذمّتها تتبع به إذا أيسرت بعد عتقها، وإن خالعها على شيء بعينه كالعبد المعيّن فالخلع صحيح، والطلاق بائن، ولا يملك العبد، لأنّه في يدها بمنزلة الغصب والعوض للزوج. وفي كمّيته قولان، أحدهما: مهر المثل. والثاني: بدل التالف. وهو

---

(١) منهم الشافعي وأحمد وأكثر أهل العلم كما في الحاوي الكبير ١٠: ٨٠، المغني لابن قدامة ٨: ٢١٨.

(٢) منهم أبو ثور كما في الحاوي الكبير ١٠: ٨٠، المغني لابن قدامة ٨: ٢١٨.

الصحيح عندنا. وأيّهما كان ففي ذمّتها يطالب به إذا أيسرت بعد عتقها.

هذا إذا كان منجّزاً. فإن كان بصفة فعندنا باطل، وعندهم لا يخلو من أحد أمرين: إمّا أن يكون معيّناً، أو في الذمّة. فإن كان في الذمّة كقوله: «إن أعطيتني عبداً فأنت طالق» فأعطته عبداً لم تطلّق، لأنّه يقتضي عوضاً يملكه. وإن كان على عبد بعينه فعلى وجهين، أحدهما: أنّه واقع. وقال بعضهم: لاتطلّق كما لو كان في الذمّة. فمن قال: تطلّق، كان بائناً، ويجب العوض على ما مضى من القولين.

وأمّا المكاتبة فإذا اختلعت نفسها بمال لم تخل من أحد أمرين: إمّا أن يكون بإذن سيّدها، أو بغير إذنه. فإن كان بإذنه فالحكم فيها كالأمة القنّ سواء. وإن اختلعت بغير إذنه فهل يصحّ بذل المال والهبة منها في هذا بإذنه أم لا؟ قيل فيه قولان، أحدهما: يصحّ، لأنّ الحقّ لها. وهو الّذي يقوى في نفسي. والثاني: باطل فيهما. وفيهم من قال: البذل في الخلع لا يصحّ والهبة على قولين.

والّذي يقتضيه مذهبنا أن نقول: إن كانت مشروطاً عليها فهي كالأمة القنّ سواء، وإن لم يكن مشروطاً عليها كان الخلع صحيحاً.

فإذا ثبت هذا فكلّ موضع قلنا لايصحّ، فإن كان بإذن سيّدها فالحكم فيه كما لو اختلعت بغير إذنه وقد مضى، وكلّ موضع قلنا يصحّ فالحكم فيه كما لو اختلعت الأمة نفسها بإذن سيّدها، وهو أنّه يصحّ، ويقتضي مهر المثل.

خلع المحجور عليه لسفه صحيح، لأنّه مكلّف ولا مانع منه.

فإذا ثبت هذا لزم الزوجة العوض في حقّ الكلّ، وبقى الكلام في قبضه منها والكلام على كلّ واحد منهم.

أمّا المكاتب فالبذل له والقبض إليه، لأنّه من كسبه، فإذا سلّمت إليه فقد برئت ذمّتها.

وأمّا السفيه فالبذل له، والتصرّف فيه إلى وليّه وليس عليها ولا لها أن تدفع العوض إلى زوجها.

ثمّ ينظر فيه، فإن دفعته إلى وليّه برئت ذمّتها، وإن دفعته إلى زوجها لم تبرأ ذمّتها منه، فإن كانت العين قائمة في يديه وأخذها وليّه برئت ذمّتها منه، وإن كان هالكاً نظرت في أصل البذل، فإن كان في الذمّة عاد عليها عقدة العقد، لأنّه باق في ذمّتها. وإن كان العقد على معيّن كان لوليّه أن يرجع عليها، وبكم يرجع؟ على قولين، أحدهما: مهر المثل. والثاني: بدل التالف، وهو الصحيح.

وإذا رجع وليّه عليها لم ترجع هي على زوجها في الحال، ولا فيما بعد فكّ الحجر، لأنّها سلّطه على إتلافه كما لو كان عليها لصبيّ فأقبضته فتلف في يده، فالدين باق عليها ولا ضمان على الصبيّ.

وأمّا إن كان عبداً فلا يصحّ قبضه، لأنّ المال لسيّده، ولا يجوز أن يقبض لسيّده بغير إذنه، وليس عليها ولا لها تسليم مال السيّد إلى عبده، وعليها تسليمه إلى سيّده لأنّه له، فإن قبضه السيّد صحّ قبضه وبرئت ذمّتها، وإن قبض العبد لم تبرأ ذمّتها.

فإن كان ما قبضه قائماً في يديه قبضه سيّده وبرئت ذمّتها، وإن قبض العبد لم تبرأ ذمّتها.

وإن كان هالكاً كان للسيّد أن يرجع عليها بالضمان، وبماذا يرجع؟ على ما فصّلناه في السفيه حرفاً بحرف، لكن للزوجة هاهنا الرجوع على العبد تتبع به إذا أيسر بعد عتقه.

إذا اختلف المختلعان في جنس العوض أو قدره أو في تأجيله وتعجيله أو في عدد الطلاق تحالفا عند بعضهم[1]. وقال الباقون: القول قول المرأة[2] وعليه البيّنة، لأنّهما قد اتّفقا على البينونة، وإنّما اختلفا فيما لزمها فالزوج مدّعي الزيادة، فعليه

---

(١) منهم الشافعي كما في الأُمّ ٥: ٢٠٧، مختصر المزني: ١٩٠، والحاوي الكبير ١٠: ٨٦، والمغني لابن قدامة ٨: ٢٢٩.

(٢) منهم أبو حنيفة وأحمد ومالك كما في الحاوي الكبير ١٠: ٨٦، والمغني لابن قدامة ٨: ٢٢٩ والشرح الكبير ٨: ٢٢٩.

البيّنة. وهذا الّذي يقتضيه مذهبنا إلّا في عدد الطلاق، فإنّ قول فيه قول الرجل. ومن قال: تحالفا، أسقط المسمّى وأوجب مهر المثل عليها.

إذا قال لزوجته: «طلّقتك بألف وضمنت ذلك» فأنكرت فالقول قولها. لأنّه يدّعي عليها عقد معاوضة، والأصل أن لا عقد، غير أنّه يحكم عليه بالبينونة، لاعترافه بذلك.

التوكيل في الخلع جائز حرّاً كان أو عبداً أو محجوراً عليه أو ذمّياً، فإن خلعا بما لايجوز فالطلاق لا يردّ، ويصحّ التوكيل منهما، ومن كلّ واحد منهما على الانفراد، كالبيع، والمستحبّ أن يقدّر للوكيل البدل، فإن أطلق بغير تقدير صحّ كالبيع. فإذا ثبت هذا كان وكيلها لهما في الخلع وبذل البدل، ووكيل الزوج للطلاق وقبض العوض عنه، والتفريع على كلّ واحد منهما والبدأة بتوكيلها.

فإذا وكّلته في الخلع لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن تطلق، أو تقدّر البذل. فإن أطلقت اقتضى ثلاثة أشياء أن يخلعها بمهر المثل نقداً البلد كالشراء. فإن اختلعها بمهر مثلها نقداً بنقد البلد فقد حصل ما أمرته به، وإن كان أقلّ من مهر مثلها نقداً أو بمهر مثلها إلى أجل كان أجوز لأنّه زادها خيراً. وإن اختلعها بأكثر من مهر مثلها فالخلع صحيح، والرجعة منقطعة، والمسمّى ساقط، وعليها مهر مثلها.

فأمّا إن قدّرت له البدل، فإن فعل بذلك القدر أو أقلّ منه صحّ. وإن اختلعها بأكثر قيل: فيه قولان، أحدهما: فاسد، وعليها مهر مثلها[1] والآخر عليها أكثر الأمرين من المسمّى أو مهر مثلها[2] وعلى كلّ حال لا يضمن الوكيل شيئاً في الوسط، لأنّه لا يقبل العقد لنفسه ولا مطلقاً، وإنّما يقبله لها. ويقوى في نفسي أنّه متى خالعها على أكثر ممّا قدّرته أنّ الخلع لا يصحّ.

---

(١) بعض أصحاب الشافعي وأحد قولي الشافعي كما في الحاوي الكبير ١٠: ٩٦، المجموع ١٧: ٣٣ و٣٥.

(٢) البعض الآخر من أصحاب الشافعي كما في الحاوي الكبير ١٠: ٩٦، المجموع ١٧: ٣٣ و٣٥.

فإن اختلعها بألفين من مالها فلا ضمان عليه، وإن اختلعها بألفين من مالها وقال: «أنا ضامن لها» ضمن وإن خالعها بألفين وأطلق فعليه الضمان، لأنّ إطلاق ذلك يقتضي تحصيل الألفين له. وهذا إذا اختلعها بمال، فإن اختلعها بغير مال كالخمر والخنزير فالّذي يقتضيه مذهبنا أنّه يبطل الخلع وعندهم الخلع صحيح، والرجعة منقطعة، والبذل باطل، وعليها مهر مثلها[١] وقال بعضهم مثل ما قلناه.[٢]

فأمّا الكلام في توكيله، فإذا وكّله بالخلع لم يخل من أحد أمرين: إمّا أن يطلق، أو يقدّر له المال. فإن أطلق اقتضى أيضاً ثلاثة أشياء أن يخلعها بمهر مثلها نقداً بنقد البلد، فإن فعل ذلك فقد فعل ما اقتضاه العقد، ولزم الخلع والبذل معاً، وانقطعت الرجعة.

وإن خالعها بأكثر من مهر مثلها لزم أيضاً، لأنّه زاده خيراً.

وإن خالعها بأقّل من مهر مثلها، فالّذي يقتضيه مذهبنا أنّه لا يقع الخلع. وقال بعضهم: يقع الخلع ويسقط المسمّى ويجب مهر المثل[٣] وقال آخرون: الزوج بالخيار بين أن يقبله ناقصاً أو يردّ[٤] فإن اختار الإمساك فالرجعة ساقطة، وإن ردّ ثبت الرجعة.

هذا إذا أطلق. فأمّا إن قدّر له البذل فإن خالعها بذلك لزم، وإن خالعها بأقلّ فالخلع باطل، والطلاق غير واقع بلا خلاف، لأنّه أوقع طلاقاً غير مأذون فيه.

فأمّا إن خالعها على ما ليس بمال كالخمر والخنزير لم يقع الطلاق أيضاً بلا خلاف، لأنّه أوقع طلاقاً لم يؤذن له فيه. ويفارق وكيل الزوجة، لأنّه لا يوقع الطلاق وإنّما يقبل الطلاق الّذي يوقعه الزوج على عوض لم يسلم له، فإذا لم يسلم

---

(١) منهم الشافعي كما في المجموع ١٧: ٣٣. (٢) منهم أحمد كما في المغني لابن قدامة ٨: ٢٢٧.
(٣) أحمد قولي الشافعي وبعض أصحاب أحمد، راجع المجموع ١٧: ٣٣، المغني لابن قدامة ٨: ٢٢٧.
(٤) القول الآخر للشافعي وبعض أصحاب أحمد، راجع المجموع ١٧: ٣٣، المغني لابن قدامة ٨: ٢٢٧.

له العوض اقتضى الرجوع إلى المعوّض، فإذا تعذّر رجع إلى بدله وقد قلنا: إنّ عندنا لافرق بين الموضعين في أنّه لا يقع الخلع أصلاً.

الخلع في المرض جائز لأنّه عقد معاوضة كالبيع، فإذا تقرّر جوازه، فإن كان الزوج هو المريض فخالعها فإن كان بقدر مهر مثلها لزم المسمّى، وإن كان بأكثر من مهر مثلها فهو أجوز ولم يعتبر المحاباة، لأنّه لو طلّقها بغير عوض لم يعتبر مهر مثلها من الثلث.

وإن كان المريض الزوجة، فإن اختلعت نفسها بمهر مثلها كان من صلب مالها وإن كان دون مهر مثلها كان مثل ذلك، وإن كان أكثر من مهر مثلها من صلب المال. والفضل من الثلث، كما لو اشترت شيئاً بأكثر من ثمن مثله كان الفضل من الثلث، وقال بعضهم: يعتبر الكلّ من الثلث[١]. والأوّل أقوى.

إذا اختلعت المريضة نفسها بعبد قيمته مائتان، ومهر مثلها مائة، كان قدر مهر مثلها من صلب مالها، وما زاد محاباة يعتبر من الثلث. ثمّ لايخلو من أحد أمرين: إمّا أن تبرأ، أو تموت، فإن برئت انقطع حكم المحاباة، وإن ماتت كان مازاد على مهر المثل من الثلث.

ثمّ لا يخلو من أحد أمرين: إمّا أن يخرج من الثلث، أولا يخرج. فإن خرج منه مثل أن كان لها مائة[٢] سواه، ففيه ثلاث مسائل:

إحداها: لا دين عليها ولا وصيّة، فالعبد كلّه له، نصفه من صلب مالها، ويبقى نصفه [بخمسين] ولها مائة[٣] يصير ثلثه مائة[وخمسين]، فيكون كلّه له، نصفه بالخلع ونصفه بالوصيّة. وفيهم من قال: له أن يقبل، وله أن يردّ وله مهر مثلها.[٤]

---

(١) منهم أبو حنيفة كما في الحاوي الكبير ١٠: ١٠٢، المغني لابن قدامة ٨: ٢٢٢ والشرح الكبير ٨: ٢٢٣.

(٢) كذا، والظاهر: مائتان.

(٣) كذا، والظاهر: ثلاثمائة، وما جعلناه بين المعقوفتين ـ قبلها وبعدها ـ زائد.

(٤) بعض أصحاب الشافعي كما في المجموع ١٧: ٣٧، الحاوي الكبير ١٠: ١٠٤.

الثانية: عليها دين محيط بالتركة ولا وصيّة لها، فيكون بالخيار بين أن يأخذ نصف العبد بالخلع والباقي منه في الديون وبين أن يدع العبد وله مهر المثل يضرب به مع الغرماء.

الثالثة: لا دين عليها ولها وصايا، فالزوج بالخيار أيضاً بين أن يقبل نصف العبد بالخلع ويضرب مع أهل الوصايا بالباقي وبين أن يدع العبد وله مهر مثلها يقدّم به على أهل الوصايا.

وأمّا إن لم يخرج من الثلث ـ وهو أن ليس لها مال سواه ـ فهو بالخيار بين أن يقبل نصف العبد بالخلع ويكون ثلث ما بقي منه بالوصيّة فيكون له ثلثا العبد نصفه بالخلع وثلث ما بقي بالوصيّة وبين أن يدع ويرجع إلى مهر المثل، فيكون مقدّماً به على كلّ أحد لأنّ الصفقة تبعّضت عليه.

فإن اختار الزوج قسماً ثالثاً وهو أن يأخذ سدسه بالوصيّة ويدع الباقي وله مهر المثل لم يكن له ذلك، لأنّها خلعت في ضمن معاوضة، فإذا ردّها بطلت الوصيّة.

وإذا اختلعت نفسها بعبد قيمته مائة وخرج نصفه مستحقّاً فهو خلع بعوض معيّن لم يسلم نصفه قيل: فيه قولان، أحدهما: له نصفه ويرجع عليها بنصف مهر مثلها في مقابلة النصف الّذي لم يسلم[1]. وعندنا أنّه يبطل الخلع.

خلع المشركين جائز، لعموم الآية[2]. ولا يخلو من ثلاثة أحوال: إمّا أن يكونا من أهل الذمّة، أو من أهل الحرب، أو بعد الإسلام. فإن كانا من أهل الذمّة فإن كان صحيحاً حكم به وأمضى، وإن كان البذل مقبوضاً فقد استقرّ، وإن لم يكن مقبوضاً حكم بوجوب الإقباض كما يحكم بين المسلمين.

وإن كان البذل فاسداً كالخمر والخنزير ونحو هذا، فإن كان بعد القبض لم يعترض للمقبوض، لأنّا لا نعترض لما تقابضاه بينهما وإن لم يكن وقع في

---

(١) أحد قولي الشافعي، كما في الأُمّ ٥: ٢٠١، مختصر المزني: ١٩٠.

(٢) البقرة: ٢٢٩.

الأصل صحيحاً، وإن لم يكن مقبوضاً حكم ببطلان البذل وأوجب مهر المثل، وإن كان القبض في البعض أبطل فيما بقى وأوجب بالحصّة من مهر المثل، فإن كان الباقي النصف أوجب نصف مهر المثل، ومازاد أو نقص فبحسابه.

ويقوى في نفسي أنّه إذا كان فاسداً غير مقبوض أنّه يحكم بقيمته عند أهله في الجميع أو البعض، وإن كانا من أهل الحرب فالحكم بينهما على ما قلناه في أهل الذمّة سواء لا فصل بينهما.

هذا إذا ترافعا قبل الإسلام، فإن ترافعا بعد الإسلام، فإن كانا تقابضا حال الشرك لم يعرض له، فإن كان بعد إسلامهما أو إسلام أحدهما حكم ببطلانه، وأوجب مهر المثل أو القيمة عند أهله على ما اخترناه، فإن كانا عالمين بتحريم التقابض حال الإسلام عزّرهما الحاكم، وإن كانا جاهلين لم يكن عليهما شيء.

إذا كانت له زوجتان فقالت إحداهما: «طلّقني بألف، على أن لا تطلّق ضرّتي» بقصد الإضرار بها، لتبقى على سوء عشرته وقلّة نفقته، أو «على أن تطلّق ضرّتي» بقصد الإضرار بها لحسن عشرته وخلقه وسعة نفقته، ففعل، فالطلاق واقع والرجعة ساقطة، والبذل فاسد، لأنّه شرط فاسد، لأنّه سلف في الطلاق، فلمّا بطل الشرط سقط من البذل مازاد لأجل الشرط، وذلك مجهول فصار الباقي مجهولاً لا يصحّ، ووجب مهر المثل. ويقوى في نفسي أنّ الطلاق واقع والعوض صحيح، لأنّه فعل ما التمسته.

يجوز للرجل أن يزوّج ولده الصغير والمجنون صغيراً كان أو كبيراً، وليس للوليّ أن يطلّق زوجته بعوض ولا بغير عوض، وفيه خلاف[1].

إذا قالت: «طلّقني بألف على أن تعطيني عبدك هذا» فقد جمعت بين شراء

---

(١) ذكر الخلاف المصنّف في الخلاف ٤: ٤٤٢، المسألة ٢٩، والماوردي في الحاوي الكبير ١٠: ١٠٩.

وخلع، وجمع الزوج بين بيع وخلع بألف، والأقوى أنّهما يصحّان. وفي الناس من قال: يبطلان البيع والبذل في الخلع[١].

فإذا قال: يبطل البيع والبذل في الخلع، فالبيع باطل والخلع بحاله، والبذل فاسد، وعليها مهر المثل. ومن قال: يصحّان، قال: يقسّط المسمّى على قيمة العبد ومهر المثل[٢] فإن تساويا في القيمة كان المسمّى وفقاً، وإن زاد أو نقص سقط بحسابه. وعلى ما قرّرناه أنّ الأقوى أنّهما يصحّان لا يحتاج إلى ما قالوه، بل يكون المسمّى في الخلع ثمن العبد وكلاهما صحيحان.

فإن قال لها: «طلبت منّي طلقة بألف فأجبتك وطلّقتك بها على الفور جواباً لما طلبت، فالطلاق واقع والرجعة ساقطة، والألف لي عليك» فقالت: «ما طلّقتني جواباً لكلامي بل خرجت حتّى انقضت مدّة الجواب وطلّقتني بعد ذلك فالطلاق رجعي ولا ملك لك عليّ» فالقول قولها، لأنّ تحقيق الكلام «طلّقتك بعوض» فقالت: «لا بعوض» فيكون القول قولها. وإذا حلفت كان الطلاق بائناً ولا حقّ له عليها، لاعترافه بالطلاق البائن، وإنّما ردّت دعواه عليها بالعوض.

فأمّا إن كانت الدعوى من جهتها فقالت: «طلّقتني بألف ضمنتها لك وقد ثبت والألف عليّ» وأنكر فالقول قوله إن لم يكن معها بيّنة، يحلف وهما على الزوجيّة.

وإن كان معها بيّنة نظرت، فإن كان شاهداً واحداً لم يقض لها باليمين مع الشاهد، لأنّ ذلك إنّما يحكم به فيما كان مالاً أو المقصود منه المال والخلع المقصود منه البينونة، وإن كان معها شاهد وامرأتان لم يحكم أيضاً بذلك، لمثل ما قلناه.

وإن كان معها شاهدان فإن اتّفقا على خلع واحد قضى بشهادتهما وتنقطع الرجعة ويجب البذل، وإن كانت الشهادة على خلعين فشهد أحدهما على أنّه خالع

---

(١) منهم بعض أصحاب الشافعي وأحد قوليه، راجع الحاوي الكبير ١٠: ١١٠، المجموع ١٧: ٣٠.

(٢) البعض الآخر من أصحاب الشافعي، كما في الحاوي الكبير ١٠: ١١٠، المجموع ١٧: ٣٠.

بألف والآخر بألفين لم يثبت بها خلع، لأنّ الشهادة لم يتّفق على عقد واحد، فلهذا لم يحكم بشهادتهما.

فرّق أصحابنا بين الخلع والمباراة، فلم يختلفوا في أنّ المباراة لا يقع إلّا بلفظ الطلاق، واختلفوا في الخلع، فقال المحصّلون منهم فيه مثل ذلك، وقال قوم منهم: يقع بلفظ الخلع، وفرّقوا بين حكميهما بأن قالوا: الخلع لا يكون إلّا بكراهة من جهتها، ويجوز أن يأخذ منها مهر مثلها وزيادة، كيف ما اتّفقا، والمباراة يكون الكراهة منهما، ويجوز أن يأخذ منها دون المهر، فأمّا مهر المثل أو أكثر فلا يجوز، ولم أجد أحداً من الفقهاء فرّق بين الأمرين.

تمّ كتاب الخلع

ويليه في المجلّد الرابع كتاب الطلاق

فهرس الموضوعات

كتاب المساقاة

معنى المساقاة وموضوعها وشرائط صحّتها وأنّ في جوازها خلاف ٤
المساقاة على النخل والمخابرة (المزارعة) على الأرض جائزة ٥
لا يجوز المساقاة حتّى يشترط للعامل جزءاً معلوماً من الثمرة ٦
إذا ساقاه على تمرة نخلات بعينها ٧
كلّ ما كان مستزاداً في الثمرة كان من وظيفة العامل، وفيه فروع ٧
وقت عقد المساقاة قبل ظهور الثمرة أو يجوز مطلقاً ٨
إذا شرط العامل في المساقاة أن يعمل معه غلام ربّ المال ٩
إذا ساقاه بالنصف على أن يعمل ربّ المال معه ١٠
العامل واحد وربّ المال اثنان ساقاه أحدهما على النصف والآخر على الثلث ١٠
ربّ المال واحد والعامل اثنان ساقاهما على أنّ لأحدهما النصف وللآخر الثلث ١١
في الحائط أنواع كثيرة فساقاه على الدقل بالنصف وعلى العجوة بالثلث وهكذا ١١
إذا قال: ساقيتك على أنّ لك نصف الثمرة، ولم يزد على هذا ١٢
إذا كان حائط بين نفسين فساقا أحدهما شريكه ١٢
إذا كان المساقاة صحيحة فهرب العامل يبطل مساقاته، وفيه صور ١٣
إذا ادّعى ربّ النخل أنّ العامل خان أو سرق ١٤
إذا ماتا أو مات أحدهما انفسخت المساقاة؟ ١٥

إذا دفع إلى العامل نخلاً مساقاة فبانت مستحقّة، وفيه صور ١٥
إذا ساقاه بالصفة كانت فاسدة ١٧
إذا ساقاه على أن يكون أُجرة الأُجراء والأكرة المستعان بهم من الثمرة ١٧
فيما إذا ساقاه على وديّ وهو صغار النخل قبل أن يحمل، وفيه صور ١٧
العامل واحد وربّ المال اثنان فاختلفوا حين القسمة في نصيب العامل ١٨
إذا ساقاه على نخل في أرض الخراج أو في مال زكويّ ٢٠

كتاب الإجارة

موضوع الإجارة وشرائط صحّتها ودليل ثبوتها الكتاب والسنّة ٢٢
الإجارة عقد معاوضة من عقود المعاوضات اللازمة ٢٣
إذا استأجره على قلع ضرسه ثمّ بداله لزوال الوجع أو غير ذلك ٢٣
المستأجر يملك منفعة العين المستأجرة بنفس العقد ٢٤
يجوز أن يكون مال الإجارة جزافاً؟ ٢٤
إذا قال: آجرتك هذه الدار كلّ شهر بكذا ٢٤
إذا آجر عبداً سنة معلومة فمات العبد قبل استيفاء المنفعة ٢٥
إذا آجر داراً ثمّ انهدمت الدار، وفيه صور ٢٥
إن اكترى دابّة من بغداد إلى حلوان فتجاوز بها إلى همدان ٢٦
يصحّ أن يؤجر داره ما شاء من الزمان، وفيه صور ٢٧
إذا اكترى داراً أو عبداً وأراد أن يوجره من إنسان آخر ٢٨
الإجارة على ضربين: معيّنة وفي الذمّة، وفي كليهما خيار المجلس والثلاث جائز ٢٨
في إجازة البهائم والحيوانات وشرائط صحّتها ٢٨
فيما يكون على المكري والمكتري في إجارة الحيوان ٣٠
إذا اكترى عيناً وكان عقاراً لابدّ أن تكون العين والمنفعة معلومة ٣٢

من شرط صحّة العقد في العقار أن تكون المنفعة متّصلة بزمان العقد ٣٣
إذا اكترى عيناً ولم يكن عقاراً كالحيوان ما يكون شرائط صحّتها؟ ٣٤
يجوز السلم في المنافع كالأعيان، وشرائط السلم في الإجارة ٣٥
إذا غصب المكتري البهيمة المستأجرة، أو أمسكها المكري ٣٦
إذا استأجر عبداً للخدمة فأبق ٣٦
إذا اختلف الراكب والمكري في كيفيّة الحمل ٣٦
إذا اكترى منه جملاً للركوب أو الحمل فهرب الجمّال، وفيه فروع ٣٨
يجوز الاستيجار لحفر الآبار والأنهار إذا كان المعقود عليه معلوماً ٤١
يجوز الاستيجار للرضاع والحضانة وشرائطها، وفيه فروع ٤٢
إذا باع الموجر الرقبة المستأجرة ٤٤
يجوز للأب والجدّ والوصيّ أن يؤجر الصبيّ أو ماله ٤٥
يجوز إجارة الدفاتر مصحفاً كان أو غيره من الكتب ٤٥

في تضمين الاجراء

كلّ صانع يتلف مال المستأجر يكون ضامناً أو لا؟ وفيه فروع ٤٥
الأجير المنفرد والأجير المشترك ما يكون ضمانهما؟ وفيه فروع ٤٧
إذا ضرب الرائض البهيمة فتلف ٤٩
المعلّم إذا ضرب الصبيّ ضرباً معتاداً فتلف المضروب ٥٠
إذا استأجره ليحمل صبرة من طعام، وفيه فروع ٥١
إذا اكترى رجلاً ليحمل له ١٠ أقفزة من صبرة مشاهدة فحمل ١٥ قفيزاً ٥١
إذا اكترى منه ثوباً ليلبسه فاتّزر به أيكون ضامناً؟ ٥٣
إذا استأجر بهيمة ليركبها مسافة معلومة فركبها مسافة غيرها ٥٣
إذا اكترى بهيمة كان له أن يركبها بنفسه أو من هو مثله ٥٤
إذا سلّم إلى الخيّاط ثوباً ليقطعه قميصاً فقطعه قباءً ٥٤

إذا اكترى بهيمة ليقطع مسافة فأمسكها قدر مضيّ المدّة ٥٥
إذا استأجر داراً ليتّخذها مصلّى، أو ليتّخذها مأخوراً ٥٥
إذا قال للخيّاط: إن خطته بدرزين فلك درهم وإن خطته بدرز واحد فلك نصف درهم ٥٦
يجوز إجارة الدراهم والدنانير للزينة والجمال ٥٦
يجوز إجارة الكلب للصيد والحراسة، وإجارة السنّور لاصطياد الفار ٥٦
إذا استأجر راعياً ليرعى غنمه، وفيه صور ٥٧
إذا استأجر حمّاماً لابدّ أن يشاهد منه سبعة أشياء ٥٧
إذا استأجر داراً فانهدم فيها حائط أو سقف وامتنع المكري من بنائه ٥٨
إذا استأجر رجلان جملاً للعقبة أو استأجر رجل جملاً ليركب عقبة ٥٨
إذا استأجر كحّالاً ليداوي عينه، الدواء على من يكون؟ ٥٨

كتاب المزارعة

في معنى المزارعة والمخابرة والصحيح الجائز منها ٦٠
الدليل على ثبوتها الإجماع والأخبار ودلالة الأصل ٦١
إذا أراد ربّ الأرض والأكّار أن يخرجا الغلّة على الحقّين كيف يعملان؟ ٦١

* * *

يجوز إجارة الأرضين بالدراهم والدنانير، وفيه خلاف ٦٢
إذا اكترى أرضاً وجب أن يتّصل المدّة بالعقد ويقدّر المدّة ٦٣
إجارة الأرضين الّتي يسقى من الأنهار، وفيه فروع ٦٤
إذا اكترى أرضاً وزرعها زرعاً لا يدرك في تلك المدّة، وفيه فروع ٦٥
إذا اكترى أرضاً لا ماء لها إلّا المطر أو فيضان النهر، وفيه فروع ٦٨
إذا اكترى أرضاً وفيها ماء قائم ٧٠

إذا غصبت الأرض ومضت المدّة في يد الغاصب ٧١
إذا أكرى أرضاً ليزرعها ففيه أربعة أحوال، وفروع كثيرة ٧١
إذا اكترى داراً سنة فغصبها رجل كان له الخيار ٧٦
إذا اختلف المكري والمكتري في قدر المنفعة ٧٦
إذا اختلفا فقال ربّ الأرض: أكريتكها، وقال الزارع: أعرتنيها ٧٧
مثل ذلك إذا اختلف الراكب وربّ الدابّة في الكراء والإعارة ٧٨

كتاب إحياء الموات

يجوز إحياء الموات والدليل عليه السنّة ٨٠
في تقسيم البلاد إلى العامر والغامر وحكم كلّ منهما وحكم المرافق ٨٠
الأرضون الموات يجوز إحياؤها بإذن الإمام كان بقرب العامر أو لا ٨٣
في أحكام الحمى وأنّه لا حمى إلّا لله ولرسوله ٨٣
مناط الإحياء والمرجع في صدق ذلك العرف والعادة ٨٥
حدّ البئر الناضح والأنهار المحفورة والساقية المعمولة ٨٦
إذا أقطع السلطان قطعة من الموات فأخّر الرجل إحياءه ٨٧
إذا حجّر أرضاً يصحّ بيعها أو لا؟ ٨٨
فيما يجوز أن يقطعه السلطان وما لا يجوز من الأراضي والمعادن ٨٨
لا يجوز للسلطان أن يقطع مشارع الماء والمعادن الظاهرة ٨٩
في تفريع القطائع والأرفاق
معنى القطيعة والأرفاق وأنّ الأرفاق لمن سبق إليها كالمسجد ٩٠
إحياء المعادن الباطنة كالذهب والفضّة والنحاس ٩١
إذا أحيا مواتاً من الأرض فظهر فيها معدن ملكها بالإحياء ٩٢
إحياء بلاد الإسلام وأنّها على ضربين: بلاد أسلم أهلها، وبلاد فتحت ٩٣

إذا ملك معدناً في أرض أحياها ثمّ عمل رجل فأخرج منه قطعاً ٩٤
الآبار على ثلاثة أضرب، ولكلّ حكمها، وفيه فروع ٩٥
المياه من حيث الملك على ثلاثة أضرب: مباح ومملوك ومختلف فيه ٩٨
المياه من حيث السقي على ثلاثة أضرب أيضاً، وفيه صور ٩٩
حكم ماء الوادي وشرج الماء أنّ الأعلى يحبس الماء إلى الكعبين ١٠٠
إذا حفروا في الموات نهراً صغيراً ليحيوا على مائه أرضاً ١٠١

كتاب الوقوف والصدقات

في معنى الوقف وأنّه يلزم بالقبض ١٠٤
يزول ملك الواقف عن الوقف فهل ينتقل إلى الموقوف عليهم أو إلى الله ١٠٥
يجوز الوقف في كلّ عين تبقى بقاء متّصلاً ويمكن الانتفاع بها ١٠٦
يجوز وقف المشاع ولا يثبت فيه الشفعة ١٠٧
إذا وقف غلاماً وشرط أن يكون نفقته من كسبه ١٠٧
إذا جنى العبد الموقوف أو جني عليه ١٠٨
إذا وقف جارية فأتت بولد من نكاح أو وطء شبهة ١٠٩
في أنّ ألفاظ الوقوف ستّة بعضها كناية وبعضها نصّ ١١٠
من شرط صحّة الوقف أن يكون الموقوف عليه ممّن يملك المنفعة ابتداءً ١١١
فيما إذا وقف على جماعة بأعيانهم فانقرضوا، وفيه فروع ١١٢
إذا وقف وقفاً في سبيل الله وسبيل الثواب وسبيل الخير ١١٥
يجوز الوقف على الذمّي إذا كان من أقاربه ١١٥
إذا وقف على مولاه وكان له مولى نعمة ومولى عتاق، وفيه فروع ١١٦
يعتبر في الوقف وصرف ما يرتفع من غلّاته شروط الواقف ١١٦
يعتبر في الوقف الترتيب الّذي ذكره الواقف من حيث البطون، وفيه فروع ١١٧

إذا وقف في مرضه المخوف لأصحابنا فيه روايتان، وفيه فروع ١٢٠
إذا قال: هذا وقف على فلان سنة، أو إذا جاء رأس الشهر ١٢١
لا يصحّ الوقف على نفسه بالخصوص ويصحّ إن كان داخلاً في عموم العنوان ١٢٢
إذا وقف وقفاً وشرط أن يبيعه أيّ وقت شاء ١٢٢
إذا وقف مسجداً وخرب وخربت المحلّة أو القرية ١٢٢
إذا وقف على بطون فأكرى البطن الأوّل عشر سنين وانقرضوا لخمس ١٢٣
الناس في الصدقة على ثلاثة أضرب، وفيه فروع ١٢٤

كتاب الهبات

الهبة جائزة بالكتاب والسنّة والإجماع ١٢٨
الهبة والصدقة والهديّة بمعنى واحد ولا يلزم شيء منها إلّا بالقبض ١٢٩
إذا وهب شيئاً هبة صحيحة ثمّ باعه، وفيه فروع ١٢٩
إذا وهب له شيئاً وقبل الموهوب له ثمّ مات الواهب قبل القبض ١٣٠
إذا وهب هبة وأذن في قبضها وقبل الموهوب له ثمّ رجع الواهب ١٣١
إذا وهب للصبيّ المولّى عليه شيئاً ١٣١
إذا أقرّ بالهبة والقبض ثمّ قال: ما كنت أقبضته إيّاه، وفيه فروع ١٣٢
هبة المشاع جائزة ولابدّ من القبض والتخلية ١٣٣
يستحبّ نحلة الولد والتسوية بينهم ويجوز الرجوع فيها، وفيه فروع ١٣٣
في أنّ التصرّف في الموهوب له على ثلاثة أحوال بعضها يمنع الرجوع ١٣٦
الهبة على ثلاثة أضرب بعضها يقتضي الثواب، وفيه فروع ١٣٧
إذا وهب الأب لابنه ثوباً خاماً فقصّره الابن ثمّ رجع الأب ١٤٠
إذا وهب لابنه جارية فليس له الرجوع فيها، وفيه فروع ١٤٠

إذا وهب حليّاً من ذهب أو فضّة فأراد الموهوب له أن يثيبه ١٤٢
إذا كان له في ذمّة رجل مال فوهبه، وفيه فروع ١٤٣
الحاجّ إذا اشترى في سفره شيئاً بأسامي أصدقائه ومات في الطريق ١٤٤
إذا وهب في مرضه المخوف شيئاً وسلّمه إليه ١٤٤
في العمرى والرقبى والسكنى
العمرى نوع من الهبات يفتقر إلى إيجاب وقبول وقبض، وفيه صور ١٤٥
الرقبى وشرائط صحّتها والفرق بين العمرى والرقبى ١٤٦

كتاب اللقطة

معنى اللقطة واللقيط والضالّة، وأنّ الأصل في ذلك السنّة ١٥٠
فيما يجوز أخذه من اللقطة والضوالّ وما لا يجوز، وفيه صور ١٥١
إذا كانت اللقطة غير الحيوان كالثياب والدراهم والدنانير والفواكه ١٥٣
الفرق بين لقطة الحرم وغير الحرم ١٥٤
إذا كان واجد اللقطة أميناً يجب عليه أخذها أم لا ١٥٤
يحتاج أن يعرف من اللقطة ستّة أشياء، ومنها الإشهاد عليها ١٥٥
وقت التعريف، وكيفيّته وزمانه ١٥٦
الكلام في ضمان اللقطة وأنّها أمانة قبل الحول ١٥٧
إذا وجد رجل لقطة ثمّ ضاعت منه فوجدها إنسان آخر ١٥٨
إذا كان قيمة اللقطة دون الدرهم يجوز تملّكها من دون تعريف ١٥٨
المولّى عليه لسفه أو صغر إذا وجد لقطة له أن يأخذها ١٥٨
هل للعبد أن يلتقط اللقطة؟ وما حكمه؟ وفيه فروع ١٥٩
إذا أخذ اللقطة فاسق هل ينزع من يده أو يترك؟ ١٦١
حكم لقطة الحرم ومعنى الإنشاد ١٦١
يجوز للمكاتب وأمّ الولد والمدبّر أن يأخذ اللقطة، وفيه فروع ١٦٢

إذا وجد لقطة وجاء رجل يصفها هل تسلّم إليه اللقطة؟ ١٦٤
يجوز للذمّي أن يلتقط اللقطة في دار الإسلام ١٦٥
رجل في يده عبد فادّعى آخر بأنّ هذا العبد لي وأقام شاهدين ١٦٥
فروع في الشهادة على اللقطة والشهادة على صفتها ١٦٦
من ضاع له ضالّة أو سلعة يجوز أن يجعل لمن جاء به جُعلاً، وفيه فروع ١٦٧
إذا وجد طعاماً رطباً لا يبقى فيما حكمه؟ وفيه فروع ١٧٠

في حكم اللقيط وما يوجد معه

أخذ اللقيط فرض على الكفاية مثل الصلاة على الجنازة ١٧١
للّقيط يد كالكبير، وهو يملك ويوصى له ويقبل الوليّ وصيّته ١٧٢
ما يوجد مع اللقيط يكوه يده عليه كالثياب والدابّة وغير ذلك ١٧٢
لا ينزع اللقيط من يد الأمين وينزع من يد الفاسق وحكم الإنفاق عليه ١٧٤
إذا وجد اللقيط رجلان فتشاحّا على حضانته وتربيته، وفيه فروع ١٧٧
حكم إسلام الطفل اللقيط ومناط اعتباره، وفيه فروع ١٧٩
أمين وجد لقيطاً فتركناه في يده، ثمّ إنّه أراد أن يسافر به ١٨٤
في حكم جناية اللقيط إذا جنى أو جني عليه وحكم قذفه ١٨٤
الدعوة في اللقيط على أربعة أحوال، وفيه صور ١٨٦
رجلان ادّعيا لقيطاً وادّعيا حضانته فادّعيا ملكه... وفيه صور ١٨٨
امرءة ادّعت نسباً: وجدت لقيطاً فادّعت أنّه ولدها، فيه فروع ١٨٩
رجل وجد لقيطاً واشترى وباع وتزوّج وأصدق ثمّ أقر بأنّه عبد ١٩٢
هل يقبل إقراره فيما يضرّ نفسه وفيما يضرّ بغيره أو لا، وفيه فروع ١٩٣
حكم جناية اللقيط بعد البلوغ، وفيه فروع ١٩٦

كتاب الوصايا

الأصل في الوصيّة الكتاب والسنّة وبيانها ١٩٨

فيمن تصحّ له الوصيّة ومن لا تصحّ له، والاختلاف في ذلك ١٩٩
إذا كان له ابن وقال لأجنبيّ: أوصيت لك بمثل نصيب ابني ٢٠٠
إذا كان له ابنان فقال: أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد ابنيّ ٢٠٠
رجل له بنت واحدة فقال: أوصيت لفلان بمثل نصيب بنتي ٢٠٠
إذا كان له بنتان فقال: أوصيت له بمثل نصيب أحد بنتيّ ٢٠٠
إذا كان له أولاد بنين وبنات فقال: أوصيت لفلان بمثل نصيب أحد أولادي ٢٠٠
إذا كان له إخوة تسعة فقال: أوصيت لفلان نصيب أحد إخوتي ٢٠١
رجل له بنت وبنت ابن وأُخت فقال: أوصيت لفلان مثل نصيب ولدي ٢٠١
خلف بنتاً وبنت ابن وأُختاً وزوجة فقال: أوصيت لفلان مثل نصيب ولدي ٢٠١
إذا قال: أوصيت له بمثل نصيب أعظم ورثتي ٢٠٢
إذا كان له ابن فقال: أوصيت له بنصيب ابني ٢٠٢
إذا أوصى لرجل بنصف ولآخر بثلث ولآخر بربع ثمّ قال: أوصيت لفلان بمثل ما لأحدهم ٢٠٢
إذا قال: أوصيت لفلان بضعف نصيب أحد ولدي ٢٠٣
إذا قال: لفلان حظّ من مالي أو نصيب أو قليل أو جزء أو سهم ٢٠٣
إذا قال: لفلان ثلث مالي ولآخر نصف مالي ولآخر ربع مالي ٢٠٤
إذا أوصى لرجل بكلّ ماله وللآخر بثلث ماله ٢٠٤
إذا أوصى لرجل بغلام وقيمته خمسمائة ولآخر بداره وقيمتها ألف ولآخر بخمسمائة ٢٠٥
تصرّف المريض في ماله إذا كان منجّزاً من أصل المال أو الثلث ٢٠٥
إذا كان ورثته أغنياء يستحبّ له الوصيّة بالثلث ٢٠٥
إذا أوصى زيادة على الثلث وأجازته الورثة ٢٠٥
تصحّ الوصيّة للوارث أو لا؟ ٢٠٦
رجل أعتق عبداً له لا مال له غيره وهو في مرضه المخوف ٢٠٦

أوصى لرجل بنصف ماله وأجازته الورثة ثمّ رجعوا عن الإجازة ٢٠٧
إذا أوصى لرجل بعبد وكان يزيد على الثلث فأجازته الورثة ثمّ رجعوا ٢٠٧
إذا أوصى لوارث وأجنبيّ بثلث ماله ٢٠٨
رجل أوصى بثلث ماله لأجنبيّ وبثلث ماله للوارث ٢٠٨
إذا قال: إن متّ قبل فلان فله ثلث مالي وإن متّ بعده فلزيد ٢٠٨
قال: أوصيت لك بالثلث إن لم يقدم زيد وإن قدم فقد أوصيت له ٢٠٨
رجل له ابن وبنت فقال: قد أوصيت له بمثل نصيب ابني ٢٠٩
تجوز الوصيّة للحمل والوصيّة به إذا كان مخلوقاً حال الوصيّة ٢٠٩
إذا كان الوصيّة مقيّدة فقال: أوصيت لحملها وهو من فلان ٢٠٩
إذا أوصى لحمل جارية وقال: هو ابن فلان فلمّا أتت به نفاه زوجها ٢١٠
إذا قال: إن كان في بطنها ذكر فله ديناران، وإن كان أُنثى فلها دينار ٢١٠
إذا قال: إن كان الّذي في بطنها ذكراً فله ديناران، وإن كان أُنثى فلها دينار ٢١١
إذا قال: أوصيت لما تحمل هذه الجارية ٢١١
إذا كانت جاريته حاملاً من زوج فأوصى بحملها لرجل آخر ٢١١
إذا أوصى لرجل بما تحمل هذه الجارية أو بما تحمل هذه الشجرة ٢١١
إذا أوصى بخدمة عبده أو بغلّة داره أو ثمرة بستانه على التأبيد ٢١٢
إذا أوصى لرجل برقبة عبده ولآخر بمنفعته، وفيه فروع ٢١٢
إذا أوصى بثمرة نخله لرجل فعلى من يجب السقي؟ ٢١٣
إذا أوصى بخدمة أمته فأنت بولد مملوك لمن يكون هذا الولد؟ ٢١٣
أوصى بخدمة جاريته لرجل فوطئت وطء شبهة فأتت بولد ٢١٤
أوصى بخدمة جاريته لرجل ثمّ مات الموصي أيجوز له وطؤها؟ ٢١٤
إذا أوصى بزيادة على ثلث ماله بشيء معيّن أو غير معيّن ٢١٥
إن أعتق عتقاً منجّزاً أو وهب أو حابى في حال صحّته فأجازت الورثة ٢١٥

إذا قال: أعطوا فلاناً رأساً من رقيقي، وله رقيق ٢١٥
إذا قال: أعطوا فلاناً رأساً من رقيقي، وليس له رقيق أصلاً ٢١٦
إذا أوصى بشاة من غنمه، أو قال: أعطوه شاة من مالي ٢١٦
إذا قال: أعطوه جملاً، أو ناقة، أو ثوراً، أو بقرة، أو عشر أنيق ٢١٦
إذا قال: أعطوه دابّة من دوابّي، أو كلباً من كلابي ٢١٧
إذا أوصى بجرّة فيها خمر ٢١٧
إذا قال: أعطوه طبلاً من طبولي ٢١٨
إذا قال: أعطوه دفّاً من دفوفي، أو عوداً من عيداني ٢١٨
إذا قال: أعطوه قوساً من قسيّي، وله قوس نشّاب وقوس نبل وقوس جلاهق ٢١٩
إذا قال: اجعلوا ثلث مالي من الرقاب ٢٢٠
إذا قال: أعتقوا بثلث مالي رقاباً ٢٢١
إذا أوصى بعتق عبد ولا مال له غيره، أو ظهر على الموصي دين ٢٢١
إذا قال: أعتقوا عنّي عبداً، فلمّا أعتقوا عنه ظهر على الموصي دين ٢٢٢
إذا مات وعليه حجّة الإسلام، فقال: حجّوا عنّي، وفيه صور ٢٢٢
إذا أوصى أن يحجّ عند حجّة الإسلام من ثلث ماله وأوصى بوصايا أُخر ٢٢٤
إذا قال: حجّوا عنّي بثلث مالي حجّة، ومات ٢٢٤
إذا أوصى فقال: حجّوا عنّي بثلثي، ولم يقل حجّة ٢٢٥
أوصى أن يحجّ عنه بمائة من ثلثه، وبما بقي لرجل، ولآخر بثلث ماله، وفيه صور ٢٢٥
أوصى بثلث ماله لرجل ثمّ أوصى بأن يحجّ عنه بمائة من ثلثه وأوصى لآخر بما يبقى ٢٢٧
إذا أوصى لرجل بعبد له بعينه، ولآخر بتمام الثلث، وفيه فروع ٢٢٧
إذا تزوّج أمته بحرّ ثمّ أوصى بها لزوجها، تبنى على أُصول ثلاثة، فيه فروع ٢٢٨
المسألة بحالها: حبلت هذه الجارية بعد وفات الموصي ووضعت قبل القبول ٢٣٠

إذا حبلت هذه الجارية بعد الوصيّة قبل الوفاة ٢٣١
إذا حبلت هذه الجارية قبل الوصيّة ٢٣١
إذا أتت هذه الجارية بالولد بعد وفاة الموصي وقبول الوصيّة، فيه أربعة مسائل ٢٣١
زوّج أمته من رجل ثمّ أوصى بها ولزمت الوصيّة ثمّ مات الموصى له قبل قبوله ٢٣٣
أوصى بأمة له لإنسان فأتت بولد مملوك قبل وفاة الموصي أو بعد وفاته ٢٣٤
إذا أوصى لرجل بشيء ثمّ إنّ الموصى له ردّ الوصيّة، فيه أربع مسائل ٢٣٤
إذا قال الموصى له: رددت هذه الوصيّة لفلان يعني واحداً من ورثته ٢٣٥
إذا أوصى لرجل بثلث ماله مشاعاً أو بعينه ٢٣٥
إذا أوصى لرجل بشيء ثمّ مات الموصي وخرج المال مستحقّاً ٢٣٦
إذا أوصى بثلث ماله للفقراء والمساكين أو الرقاب ٢٣٦
إذا أوصى بثلث ماله في سبيل الله، أو أبناء السبيل ٢٣٧ ـ ٢٣٨
إذا أوصى لرجل بشيء فمتى يصحّ منه القبول والردّ؟ وإذا وهب منه متى؟ ٢٣٨
إذا أوصى لرجل بأبيه، وفيه صور ٢٣٩
إذا كان له ثلاثمائة فتصدّق بمائة في مرضه المخوف واشترى أباه بمائة ٢٤٠
إذا أوصى لرجل بداره، وفيه صور ٢٤٠
إذا أعتق أمته في مرضه المخوف وتزوّج بها ٢٤١
إذا كان له مائتان وأمة بمائة فأعتقها وتزوّجها وأصدقها مائة ٢٤١
إذا مات وعليه حجّه واجبة: مفروضة أو منذورة ٢٤٢
إذا قال: أوصيت بثلث مالي لزيد وللمساكين ٢٤٢
إذا أوصى بثلث ماله لزيد وعمرو، فردّ زيد دون عمرو ٢٤٣
إذا قال: أعطوا ثلث مالي لقرابتي أو لاقربائي أو لذي رحمي ٢٤٣
إذا قال: أعطوا ثلث مالي أقرب الناس إليّ، أو أقرب أقربائي ٢٤٣

إذا أوصى بثلث ماله لجماعة من أقربائه ٢٤٤
إذا أوصى بثلث ماله لجيرانه أو لأهل الذمّة ٢٤٥
إذا أوصى لرجل بثلث ماله، ثمّ أوصى لآخر بثلث ماله ٢٤٦
إذا أوصى بعبد ثمّ باعه أو أعتقه أو وهبه وأقبضه ٢٤٦
إذا أوصى بطعام ثمّ طحنه، أو بدقيق فعجنه، أو بعجين فخبزه ٢٤٧
إذا أوصى بقفيز حنطة بعينها ثمّ خلطه بطعام مثله أو دونه أو أجود منه ٢٤٧
معنى العطايا المنجّزة والمؤخّرة ٢٤٧
أقسام المرض المخوف وغير المخوف ٢٤٨
إذا ضرب الحامل الطلق أيكون عطاؤها منجّزة؟ ٢٥١
إذا أعطى في مرضه المخوف جنساً واحداً دفعة واحدة أو دفعات ٢٥١
إذا أعطى أجناساً مختلفة، دفعة واحدة أو بدفعات، وفيه ستّ مسائل ٢٥٢
إذا قال لسالم: متى أعتقت غانماً فأنت حرّ، ثمّ أعتق غانماً ٢٥٢
إذا قال لسالم: متى أعتقت غانماً فأنت حرّ حين إعتاقي غانماً ٢٥٣
إذا قال لسالم وفائق: متى أعتقت غانماً فأنتما حرّان، ثمّ أعتقه ٢٥٣
إذا قال لسالم وفائق: متى أعتقت غانماً فأنتما حرّان حين إعتاقي غانماً ٢٥٣
إذا قال لسالم: متى تزوّجت فأنت حرّ، ثمّ تزوّج في مرضه ٢٥٣
إذا قال لسالم: متى تزوّجت فأنت حرّ حين تزويجي ٢٥٤
العطيّة المؤخّرة: إذا أوصى بعتق أو بمحاباة دفعة واحدة ٢٥٤
قال لأحد عبديه: إن متّ من مرضي هذا فأنت حرّ وللآخر: إن متّ فأنت حرّ ٢٥٤
إذا أوصى بثلث ماله لأهل بيته، أو لذرّيته ٢٥٥
إذا أوصى بثلث ماله إلى مواليه أو لأولاد فلان ٢٥٥
إذا أوصى لرجل بعبد له، وكان له مال غائب ٢٥٥

في ذكر الأوصياء

لا بدّ للوصيّ من صفات خمسة، ومتى تعتبر؟ ٢٥٦
إذا تغيّر حال الوصيّ بالكبر أو المرض أو العمى ٢٥٨
فيمن يصحّ أن يوصى عليهم ٢٥٨
إذا أوصى إلى رجلين وتغيّر حال أحدهما أو حالهما معاً ٢٥٩
إذا تشاحّ الوصيّان وكانت الوصيّة إليهما مجتمعاً ومنفرداً ٢٦٠
لا يلي الأُمّ بنفسها على أطفال زوجها إلّا أن يوصي إليها ٢٦١
امرءة لها أطفال فأوصت إلى رجل بالنظر في أموال أطفالها ٢٦١
رجل أوصى بجارية لرجل فأتت بولد مملوك فهل هو للموصى له؟ ٢٦١
المسألة بحالها مع أنّه لم يكن للموصي مال غير الجارية ٢٦٢
رجل له جارية حبلى فأعتقها في مرضه المخوف. وفيه صور وأبحاث ٢٦٢
رجل له جارية حبلى بمملوك فأعتق حملها في مرضه المخوف ٢٦٣
المسألة بحالها فأتت بولدين أو بثلاثة ٢٦٤ ـ ٢٦٥
جارية له حبلى فقال: متى أعتقت نصف حملك فأنت حرّة، ثمّ أعتق نصف حملها ففيه أبحاث وصُوَر ومسألتان ٢٦٤
إذا أوصى إلى غيره، فهل للوصيّ أن يوصي إلى غيره أم لا، فيه ثلاث مسائل ٢٦٥

فيما يجوز للوصيّ أن يصنعه في أموال اليتامى

يجب على الوصيّ أن يخرج من مال اليتيم ما يتعلّق به إلّا الفطرة ٢٦٦
حكم جناية اليتيم، كيفيّة النفقة من ماله عليه ٢٦٦
إذا بلغ هذا الصغير مجنوناً أو سفيهاً ٢٦٧
إذا قال: أعطوا فلاناً كذا وكذا، فهي وصيّة بشيئين ٢٦٨
إذا قتلت أُمّ الولد مولاها، أو المدبّر قتل مولاه، أينعتقان؟ ٢٦٨

إذا قتل من له الدين من له عليه الدين ٢٦٩
هل تقبل شهادة الوصيّ للموصي؟ ٢٦٩
إذا أوصى لعبد نفسه أو لعبد ورثته أو للمدبّر ٢٦٩
إذا أوصى بثلث ماله فمتى يعتبر إخراج الثلث ٢٧٠
إذا أوصى ببناء مسجد أو سقاية، أو ببناء كنيسة ٢٧٠
إذا أوصى ببناء رباط يسكن فيه المجتازون من أهل الذمّة ٢٧٠
تصحّ الوصيّة للذمّي إذا كانوا أقاربه ولا تصحّ لأهل الحرب منهم ٢٧١
إذا أوصى إليه، أو أُوصي له، فمتى يقبل أو يردّ؟ ٢٧١
إذا باع كرّ طعام قيمته اثنا عشر ديناراً بكرّ شعير قيمته ستّة دنانير ٢٧٢
إذا باع كرّ طعام جيّد بكرّ طعام رديء وذلك في مرضه المخوف ٢٧٢
إذا باع عبداً قيمته مائتان بمائة، وفيه صور وفروع ٢٧٣
إذا اشترى في مرضه المخوف عبداً قيمته مائة دينار بمائتي دينار ٢٧٤
إذا دبّر عبدين في مرضه ثمّ مات ٢٧٤
إذا قال لأحد عبديه: إن متّ فأنت حرّ، وللآخر: إن متّ فأنت حرّ من فاضل ثلثي ٢٧٤
إذا أوصى لرجل بعبد بعينه ولآخر بمائة دينار فردّ صاحب العبد ٢٧٤
إذا دبّر عبداً له ومات وخرج نصفه مستحقّاً ٢٧٥

كتاب الفرائض والمواريث

في أنّ الميراث بالقرابة والرحم والنسب، لا بالحلف والتبنّي ٢٧٨
بيان الآيات الّتي نزلت في المواريث ٢٧٩
في أنّ الإرث على ضربين: عامّ وخاصّ، والخاصّ بنسب وسبب ٢٨٠
الوارث الّذي يأخذ بالفرض، والّذي يأخذ بالقرابة، والّذي يأخذ بحقّ الولاء ٢٨١
إذا لم يخلف أحداً فميراثه للإمام ٢٨١

سهام المواريث وما يجتمع منها وما لا يجتمع
سهام المواريث ستّة، وبيان صاحب السهام ٢٨٢
بيان ما يجتمع وما لا يجتمع من تلك السهام، وفيه صور ٢٨٣
فيمن يرث بالقرابة وكيفيّة ذلك
يستحقّ الميراث بالقرابة من جهتين: أحدهما الولد والآخر الأب ٢٨٦
من يتقرّب بالأب هم الإخوة والأخوات وأولادهم والجدّ والجدّة ٢٨٦
في أنّ أقوى القرابة الولد للصلب ثمّ ولد الولد، ثمّ الأب ٢٨٧
إذا اجتمع زوج وأُمّ وأب ٢٨٨
ولد الإخوة والأخوات يقومون مقام آبائهم وأُمّهاتهم في مقاسمة الجدّ ٢٨٨
الجدّ والجدّة وإن عليا يقاسمان الإخوة والأخوات وأولادهم ٢٨٨
إذا اجتمع قرابة الأب مع قرابة الأُمّ مع تساويهم في الدرج ٢٨٩
إذا بعد أحد القرابتين بدرجة سقط مع الّذي هو أقرب إلّا في ابن عمّ للأب والأُمّ مع عمّ الأب ٢٨٩
فيما يمنع من الميراث
الكفر والرقّ والقتل يمنع الميراث ٢٩٠
إذا مات مسلم وله أولاد بعضهم مأسورون ٢٩٠
المملوك لا يرث، فإن أُعتق قبل قسمة المال ورّث ٢٩٠
المدبّر وأُمّ الولد والمعتق نصفه والمكاتب المشروط كالقنّ ٢٩١
في ذكر الحجب
الحجب مطلق ومقيّد وبيانهما ٢٩١
المملوك والكافر والقاتل لا يرثون ولا يحجبون ٢٩٢
أولاد الأُمّ يسقطون مع ثلاثة ويسقطون بالأبوين ولا يسقطون مع الجدّ ٢٩٢
الإخوة والأخوات للأب والأُمّ بمن يسقطون؟ ٢٩٢

إذا خلف أباه وجدّتيه: أُمّ أبيه وأُمّ أُمّه	٢٩٢
النصف والربع والثمن غير معول، والنصف معولاً، وسائر مسائل القول	٢٩٣
للأُمّ سبعة أحوال: ولها السدس أو الثلث	٢٩٤
للبنتين فصاعداً الثلثان	٢٩٥
لا يرث مع الولد أحد من ولد الولد عندنا	٢٩٥
إذا حلف بنتاً وبنت ابن وعصبة	٢٩٥
زوج وأبوان وبنت وبنت ابن والمسألة تعول عندهم	٢٩٥
أولاد الصلب المال بينهم للذكر مثل حظّ الأُنثيين	٢٩٦
ولد الولد يقوم مقام الولد، وكيفيّة ذلك عندنا وعندهم	٢٩٦
ثلاث بنات ابن بعضهنّ أسفل من بعض، وإذا كان معهنّ أخ لهنّ	٢٩٦
ثلاث بنات ابن بعضهنّ أسفل من بعض مع كلّ واحدة عمّة وعمّتها	٢٩٧
لا تحجب الأُمّ إلّا الولد وولد الولد، والإخوة	٢٩٧
الإخوة والأخوات للأب والأُمّ يقومون مقام الولد	٢٩٧
لا يرث مع الأخ والأُخت من قبل الأب والأُمّ أحد من أولاد الأب خاصّة	٢٩٧
الإخوة والأخوات من قبل الأب يقومون مقام الإخوة والأخوات من قبلهما	٢٩٨
المسألة المشتركة: زوج وأُمّ وإخوة لأُمّ وإخوة لأب وأُمّ	٢٩٨
الأب له ثلاثة أحوال: يأخذ بالرحم، وبالتعصيب، وبهما	٢٩٨
في ميراث الجدّات	
ترتيب الجدّات على درجات	٣٠٠
أُمّ الأُمّ ترث وإن علون، وأُمّ أُمّ الأب ترث وإن علون	٣٠١
أُمّ أُمّ أُمّ هي أُمّ أب أب وصورتها	٣٠١
بيان تنزيل الجدّات وبيان تساوي الجدّتين في كلّ درجة	٣٠١

الجدّة البعدى تسقط بالجدّة القربى إذا كنّ من جهة ٣٠٣
في ذكر العصبة
معنى التعصيب وكيفيّة الميراث على القول به ٣٠٣
العصبات تتفرّع من نفسين من ابن وأب وأوّل العصبات عصبة الولد ٣٠٤
ابن الابن وإن نزل يقوم مقام الابن مع الأب، وفيه صور ٣٠٤
في ذكر الولاء
الولاء يجرى مجرى النسب والمولى يرث إذا لم يكن معه أحد من ذوي الأنساب ٣٠٥
المولى له حالتان، وبيان ذلك على مذهبنا ومذهب المخالفين ٣٠٧
كيفيّة التعصيب في ميراث المولى ٣٠٧
الإخوة والأخوات من الأُمّ ومن يتقرّب بهما لا يرثون الولاء ٣٠٧
المرءة إذا أعتقت فالولاء لها، وترث بالولاء في موضعين ٣٠٨
إذا خلف المولى إخوة وأخوات من الأب والأُمّ ٣٠٨
مولى مات وخلف ثلاث بنين، مات أحد البنين وخلف ابنين مات الثاني وخلف ثلاث بنين، مات الثالث وخلف خمس بنين ثمّ مات مولاه ٣٠٨
رجل زوّج أمته من عبد ثمّ أعتقها فجاءت بولد فولاؤه لمن يكون؟ ٣٠٨
رجل زوّج معتقته بمعتق غيره فجاءت بولد فنفى باللعان يكون الولاء لمن؟ ٣٠٨
رجل زوّج معتقته بمعتق غيره فولدت ولدين نفاهما باللعان فقتل أحدهما الآخر ٣٠٨
رجل زوّج معتقته بعبد غيره فولدت ولدين فقتل أحد الولدين الآخر ٣٠٩
رجل زوّج أمته بعبد فجاءت بولد فأعتقها سيّدها مع ابنها ٣٠٩
رجل زوّج أمته بعبد فاستولدها بولد ثمّ أحبلها ثمّ أعتقها سيّدها ٣١٠
عبد تزوّج بأمة ثمّ طلّقها بحيث بانت منه ثمّ أُعتقت الأمة وأتت بولد ٣١٠

عبد تزوّج بمعتقة فجاءت بولد ثمّ مات العبد وخلف جدّاً فأعتق الجدّ ٣١٠
عبد تزوّج بمعتقة فجاء بولد وكان هناك جدّ فأُعتق والأب حيّ ٣١١
نظير المسألة في تبعيّة الولد لإسلام جدّه وأبوه حيّ ٣١١
حرّ تزوّج بأمة فأُعتقت ثمّ جاءت بولد لستّة أشهر ٣١١
عبد تزوّج بمعتقة رجل فأتت بولد ثمّ أُعتق العبد ومات الولد ٣١١
عبد تزوّج بمعتقة رجل وبحرّة فجاءت المعتقة بولد ثمّ مات الولد ٣١٢
امرءة اشترت عبداً فأعتقته ثمّ اشترى هذا المعتق عبداً وأعتقه ٣١٢
امرءة اشترت أباها، فاشترى أبوها عبداً وأعتقه ثمّ مات الأب ٣١٣
بنتان اشترتا أباهما فاشترى الأب أباه ثمّ مات الأب ٣١٣
بنتان اشترتا أباهما فاشترت أحدهما مع الأب جدّهما، ثمّ مات الأب أو الجدّ ٣١٣
بنتان اشترتا أباهما فاشترت أحدهما مع الأب أخاً لها ٣١٤
اشترت إحداهما الأب واشترت الأُخرى مع الأب جدّاً لهما فمات الأب أو الجدّ ٣١٤
بنتان اشترتا أباهما، ثمّ مات الأب أو إحدى البنتين ٣١٥
ثلاث أخوات إحداهما مولاته ومولاة مولى مولاه والثانية أُخت مولاته والثالثة مولاة مولى مولاه وفيه أبحاث ٣١٦
ثلاث بنات إحداها بنت هي مولاتها ومولاة مولاتين ومولاة مولاة البنت والثانية مولاتها ومولا مولاتها، الثالثة هي بنت مولاتها ومولاة مولى مولاتها ٣١٧
عبد تزوّج بمعتقة رجل فاستولدها بنتين فاشترتا أباهما ٣١٨
المسألة بحالها فاشترت إحداهما أباها ٣٢٠
رجل له ابنان فاشترى أحد الابنين مع الأب عبداً وأعتقاه ٣٢٠

عبد تزوّج بمعتقة فاستولدها فاشترى الولد أباه ٣٢٠
المسألة بحالها فاشترى الولد عبداً فأعتقه واشترى هذا المعتق أبا معتقه وأعتقه ٣٢١
أخت وأُخت اشترتا أباهما فاشترى الأب عبداً فأعتقه ٣٢١
لا يستحقّ أحد على غيره من المناسبين له شيئاً من الولاء ولا يرث به ٣٢٢
ولاء تضمّن الجريرة ٣٢٢

في ميراث الجدّات

الجدّ بمنزلة الأب في جميع المواضع إلّا في أربع مسائل ٣٢٣
عمود الأجداد وإن علا مثل الأولاد وإن سفل ٣٢٣
بنت وأُخت وجدّ، المسألة الأكدرية ٣٢٤
زوج وأُمّ وجدّ وأخ، زوج وأُمّ وبنت وأُخت وجدّ ٣٢٤
زوج وأُمّ وأُختان وجدّ، أخ لأب وأُمّ وأخوات لأب ٣٢٥
فروع أُخرى في مقاسمة الجدّ مع الأخوات ٣٢٥

في حكم المرتدّ

المرتدّ إذا ارتدّ وقتل أو مات فماله عندنا لمن تقرّب إليه من المسلمين ٣٢٦
ميراث المرتدّ للإمام إذا لم يكن له وارث، وقيل: إنّه فيء ٣٢٦
كلّ مال يؤخذ من المشركين فعلى ثلاثة أضرب ٣٢٦
مسألة المشتركة أو الحماريّة ٣٢٧

في ميراث ولد الملاعنة

نسب ولد الملاعنة ثابت مع أُمّه فقط ٣٢٧
ولد الزنا لا يرث ولا يورث وماله للإمام، وقيل: ميراثه مثل ولد الملاعنة ٣٢٨

ميراث الخنثى

الاعتبار عند إيراث الخناثى بالمبال ثمّ القرعة ٣٢٨

إذا اجتمع خنثى مع ولد بيقين، أو اجتمع مع خنثى مثلها ٣٢٨
إذا خلّف مع الخنثى أبوين ٣٣١
متى حصل في الفريضة زوج أو زوجة وأبوان أو أحدهما مع خنثى أو خناثى ٣٣١
متى كان مع الأبوين إخوة وأخوات خناثى لا يحجب الأُمّ إلّا بأربعة ٣٣٢
متى ولد مولود له رأسان على حقو واحد وبدنان ٣٣٢
في ميراث الغرقى والمهدوم عليهم
إذا لم يعلم تقدّم موت أحد المهدومين عليهم ورث بعضهم من بعض ٣٣٣
متى كانا أخوان معتقان فماتا وليس لأحدهما مال ٣٣٤
إذا كان لأحدهما وارث والآخر لا وارث له ٣٣٤
إذا كان أحدهما يرث صاحبه والآخر لا يرثه ٣٣٤
في ميراث المجوس
لأصحابنا في ميراث المجوس ثلاثة مذاهب ٣٣٤
المجوسي يورث بجميع قراباته ما لم يسقط بعضها بعضاً ٣٣٥
مجوسي تزوّج بنته فاستولدها وجاءت ببنت ثمّ مات ٣٣٥
مجوسي تزوّج بنتاً له فأولدها فجاءت بولدين ذكر وأُنثى ٣٣٦
مجوسي تزوّج بأمّة ثمّ ماتت. أولدها بنتاً ومات ٣٣٧
مجوسي تزوّج بأُمّه وأولدها بنتين ثمّ تزوّج بإحداهما واستولدها بنتاً وابناً ثمّ مات المجوسي ٣٣٧
ميراث الحمل والأسير والمفقود والحميل
إذا خرج الحمل واستهلّ أو خرج وفيه حياة مستقرّة ولم يستهلّ فإنّه يرث ٣٣٨
من ضرب امرءة فألقت جنيناً فعليه ديته ٣٤٠
معنى الحميل والموارثة بينهم ٣٤٠

إذا طلّق المريض امرءته ومات من مرضه ذلك ٣٤١
إذا زوّج الصبيّين أبواهما ثمّ مات واحد منهما ٣٤١
المرءة لا ترث من زوجها الأرضين والقرى والرباع ٣٤١
الحبوة: وهي السيف والمصحف والخاتم وثياب الجلد للابن الأكبر ٣٤٢
في المعاياة
قال امرءة: إن ولدت ذكراً يرث وإن ولدت أُنثى لم ترث ٣٤٢
قالت: إن ولدت أُنثى ترث وإن ولدت ذكراً لا يرث ٣٤٢
عشرة من الرجال وسبع من النساء يرثون وستّة لا يرثون بالإجماع ٣٤٣
ستّة عشر اختلفوا في توريثهم؛ وعندنا كلّهم يرثون الأقرب فالأقرب ٣٤٣
في ذكر جمل يعرف بها سهام الفرائض
بيان مخرج السهام ٣٤٤
إذا زاد من له أصل الفرائض على واحد ولم يخرج سهامهم على صحّة ٣٤٤
إذا كان من بقي بعد الفرائض أكثر من واحد ولم تصحّ القسمة ٣٤٤
إذا بقي بعد الفرائض ما يجب ردّه على أرباب الفرائض ولم تصحّ القسمة ٣٤٥
المسألة بحالها ووجب الردّ على بعضهم ٣٤٥
ذكر جمل من استخراج المناسخات
رجل مات وخلف أبوين وابنين ثمّ مات أحد الابنين وخلف ابنين ٣٤٦
المسألة بحالها ومات أحد الابنين وخلف ابناً وبنتاً ٣٤٦

كتاب الوديعة

الوديعة أمانة جائزة بالكتاب والسنّة ٣٤٨
إذا أراد المقيم أن يردّ الوديعة على من يردّها حتّى لا يضمن ٣٤٩
إذا أراد المسافر أن يردّ الوديعة على من يردّها حتّى لا يضمن ٣٤٩

إذا أراد المودع السفر فدفن الوديعة ٣٤٩
إذا حيل بينه وبين المودع عند حضوره ولم يقدر على تسليمها ٣٥٠
إذا أودع وديعة بشرط أن يكون مضمونة ٣٥٠
من كانت عنده وديعة فأراد أو يودعها غيره مع حضوره ٣٥٠
إذا أُودع وديعة فتعدّى فيها ثمّ ردّها إلى حرزها يضمن أو لا؟ ٣٥١
إذا تعدّى بإخراج الوديعة ثمّ ردّها، فيه ثلاث مسائل ٣٥٢
إذا أخرج الوديعة لمنفعة نفسه يضمن بنفس الإخراج ٣٥٢
إذا كان عنده وديعة في كيس أو شيء مشدود فحلّ الخيط أو قطعه ٣٥٣
إذا أودعه دراهم ودنانير في قفّة أو ركوة ٣٥٣
إذا أودعها حيواناً ففيه ثلاث مسائل تتعلّق بالإنفاق عليها ٣٥٤
إذا حضرت المودع الوفاة يجب عليه أن يشهد على نفسه ٣٥٧
إذا أودعها في قرية فنقلها إلى قرية أُخرى ٣٥٨
إذا أودع وديعة وأطلق ولم يقل احفظها في هذا الموضع ٣٥٩
المسألة بحالها وقال: على أن تحفظها في هذا الموضع ٣٥٩
المسألة الثالثة إذا قال: على أن لا تخرجها من هذا الموضع ٣٥٩
إذا أخرج الوديعة وقال: أخرجتها للحريق أو النهب والغرق ٣٦٠
إذا ادّعى وديعة وقال المودع: ما أودعتني وأنكر ٣٦٠
المسألة بحالها وادّعى المودع بأنّه قد ردّها ٣٦٠
إذا أودع وديعة فقال المودع: دفعتها إلى فلان بأمرك وأنكر المودع، وفيه فروع مختلفة ٣٦١
إذا كان الكيس للمودع ـ بالفتح ـ فقال: احفظها في هذا الكيس ٣٦٣
المسألة بحالها وكان الكيس للمودع بالكسر ٣٦٣
إذا أودع صندوقاً وشرط وقال: لا ترقد عليه، فنام عليه ٣٦٣

إذا أنكر المودَع فأقام المودع البيّنة أنّه أودعه فقال: صدقت البيّنة كنت أودعتني لكن تلفت منّي قبل ذلك، أيسمع دعواه ٣٦٤
إذا أودع وديعة فقال: اجعلها في كمّك، فجعلها في يده ٣٦٥
إذا أودع وديعة في السوق فقال: اتركها في بيتك، يلزمه أن يحملها في الحال ٣٦٥
ما يتلف في يد الصبيّ على ثلاثة أضرب وهكذا العبد ٣٦٦
صبيّ أودع وديعة عند رجل يلزمه الضمان ٣٦٦
رجل مات ووجد في روزنامجة مكتوب «لفلان عندي كذا وكذا» ٣٦٧
إذا أقرّ وقال: لفلان عندي وديعة، أوله عليّ شيء، وفيه صور ٣٦٨
إذا أودعه دراهم ودنانير فأنفقها وردّ مكانهما غيرها ٣٦٩
إذا أمره أن يكرى دابّته لحمل شيء معيّن فخالفه ٣٦٩
إذا ادّعى رجلان وديعة وقال المودع: هي لأحدكما، وفيه صور ٣٧٠
كذلك إذا ادّعى رجل أنّ هذا الّذي باعه لزيد وصدّقه المشتري ٣٧٠

كتاب النكاح

الندب إلى التزويج بالكتاب والسنّة ٣٧٤
خصائص النبيّ صلى الله عليه وآله ٣٧٥
ما يختصّ به النبيّ صلى الله عليه وآله من النكاح وعشرة النساء وغير ذلك ٣٧٨
لا يحلّ للأجنبيّ أن ينظر إلى أجنبيّة إلّا لضرورة ٣٨٥
ذكر أولياء المرءة والمماليك
هل يجوز النكاح بلا وليّ أو لا؟ ومن هي تنكح نفسه بلا وليّ ٣٨٧
إذا زوّج الذمّي بنته الكافرة من مسلم بمحضر من كافرين ٣٨٩
إذا ترافع رجل وامرءة إلى الحاكم فأقرّا أنّهما زوجان بوليّ وشاهدين ٣٩٠
الأب والجدّ مع وجود الأب وإن علا يجوز له الإجبار على النكاح ٣٩١

ترتيب النساء على الأولياء وترتيب الأولياء على النساء ٣٩١
حكم المحجور عليه لسفه إذا كان به حاجة إلى النكاح ٣٩٢
نكاح المجنون ٣٩٣
نكاح العبد القنّ والمكاتب وحكم نفقة زوجته ٣٩٤
فيما إذا تزوّج العبد بإذن سيّده، وفيه فروع ٣٩٥
يصحّ للمولى تزويج أمتها بالإجبار والمهر له، وفيه أبحاث ٣٩٨
حكم المدبّرة والمعتقة بعضها والمكاتبة وأُمّ الولد ٣٩٩
إذا كان له أمتان أُختان فوطئ أحدهما ٣٩٩
إذا تزوّج العبد بإذن سيّده حرّة وأمهرها ألفاً، وفيه فروع ٤٠٠
إذا باع السيّد عبده من زوجته بألف بطل النكاح، وفيه أبحاث ٤٠١
إذا باع عبده من زوجته بعين الألف الّتي ضمنها لها وهو مهرها ٤٠٢
إذا تزوّج العبد بإذن سيّده كيف يخدم سيّده ليلاً ونهاراً ٤٠٣
إذا زوّج أمته فعليه أن يرسلها إلى زوجها ليلاً ٤٠٣
إذا قال لأمته: أُعتقك على أن أتزوّج بك وعتقك مهرك ٤٠٤
إذا قال لها: أعتقتك على أن أتزوّج بك ولم يقل عتقك صداقك ٤٠٦
إذا قالت لمملوكها: أُعتقك على أن تتزوّج بي ٤٠٦
إذا قال رجل لآخر: أعتق عبدك على أن أُزوّجك بنتي، فأعتق ٤٠٦
ترتيب الأقرباء من حيث الولاية، على مذهب المخالفين ٤٠٧
الأمة إذا كان لها سيّد أو سادة فأولياؤها سادتها ٤٠٨
متى دعت المرءة أولياءها إلى كفر كان عليهم الإجابة وإلّا أجبرهم السلطان ٤٠٩
وعندنا المرءة وليّة نفسها، والمستحبّ لها الردّ إلى واحد منهم ٤٠٩
الكفاءة المعتبرة بين الزوجين وما يعتبر فيها ٤٠٩
الوكالة في النكاح جائزة بلا خلاف، فكيف التوكيل ٤١٢
إذا كان لها وليّان في درجة وأذنت لكلّ واحد منهما في إنكاحها، وفيه فروع ٤١٣

إذا زوّج أُخته ثمّ مات الزوج واختلفت هي ووارث زوجها ٤١٦
إذا أراد الرجل أن يزوّج ابنه ٤١٧
حكم العنّين مع المجنون، فيه مسألتان ٤١٧
للرجل أن يزوّج بنته الصغيرة بعبد أو لا؟ ٤٢٠
إذا كانت بنته معيبة فزوّجها ممّن به عيب، وهكذا إنكاح ولده الصغير ٤٢١
إذا كان للحرّة أمة جاز لها تزويج أمتها أو لا؟ ٤٢١
أذن لعبده فاشترى أمة للتجارة ثمّ ركبه دين يحيط بما في يديه أبطأ سيّده الجارية؟ ٤٢٢
إذا كان للعبد بنت أو أُخت أيملك إنكاحها بالولاية؟ ٤٢٢
إذا تزوّج العبد حرّة على أنّه حرّ فبان أنّه عبد وبالعكس ٤٢٢
إذا تزوّج امرءة على أنّها مسلمة فكانت كتابيّة ٤٢٧

فيما ينعقد به النكاح

لا يصحّ النكاح حتّى تكون المنكوحة معروفة بعينها على صفة متميّزة ٤٢٧
إذا قال: زوّجتك حمل هذه الجارية أو حمل هذه المرءة ٤٢٨
إذا قال الرجل للوليّ: زوّجت بنتك من فلان؟ فقال: نعم ٤٣٠
حكم التزويج بالفارسيّة إذا كانا عاجزين عن العربيّة ٤٣٠
عقد النكاح لا يدخله خيار المجلس ولا خيار الشرط ولا خيار الثلاث ٤٣١
خطبة النكاح وكيفيّتها وما يجزئ منها ٤٣١

في من يجوز العقد عليهنّ من النساء ومن لا يجوز

لا يجوز لحرّ مسلم أن يتزوّج بأكثر من أربع نساء حرائر ٤٣٢
إذا تزوّج رجل امرءه حرمت عليه أُمّها وأُمّهات أُمّها وأُختها و... ٤٣٣
إذا قتلت المرءة نفسها أو قتلها الزوج فما حكم مهرها ٤٣٣
إذا باع أمته المزوّجة وكان مهرها مفوّضة ٤٣٥

لا يجوز للوالد أن يطأ جارية ولده، وفيه أبحاث وفروع ٤٣٦
هل يجوز للوالد أن يتزوّج بأمة ولده والولد يتزوّج بأمة والده؟ ٤٣٧
إذا كان له والد هل يجب على ولده نفقته وإعفافه؟ ٤٣٧
إذا أعطى والده مالاً وقال: تزوّج به وعليّ الكفاية، أو أباح له جاريته ٤٣٩
إذا وطئ الابن جارية الأب فأحبلها ٤٤٠
يجوز للعبد القنّ والمدبّر والمعتق بصفة والمعتق نصفه أن يملك جارية؟ ٤٤٠
الزنا ينشر تحريم المصاهرة مثل الوطء بالعقد ولا تكون عليها عدّة ٤٤١
أربعة عشر امرءة يحرم نكاحها بعضها جمعاً وبعضها أعياناً ٤٤٢
الوطء بملك اليمين كالنكاح بالعقد ينشر الحرمة ٤٤٦
يجوز أن يجمع بين المرءة وزوجة أبيها إذا لم يكن أُمّها ٤٤٧
يجوز له أن يتزوّج بأُخت أخيه وإن كانت من رضاع ٤٤٨
الوطء على ثلاثة أضرب: مباح ومحظور بلا شبهة ووطء شبهة ٤٤٨
إذا ثبت بالوطء تحريم المصاهرة ثبت به حرمة المحرم ٤٤٩
نكاح المشركات والكتابيّات وشرائطه ٤٥٠
إذا ارتدّ أحد الزوجين أو كانا وثنيّين فأسلم أحدهما ٤٥٤
إذا كانت تحته يهوديّة أو نصرانيّة فانتقلت إلى دين غير دينها ٤٥٤
يجوز نكاح الإماء المسلمات بشرطين ٤٥٦
إذا جمع في عقد واحد بين حرّة وأمة بطل نكاح الأمة وأمّا نكاح الحرّة ٤٥٧
إذا تزوّج أمة نكاحاً صحيحاً ثمّ تزوّج حرّة من غير رضاها ٤٥٨
كلّ جنس يحلّ نكاح حرائرهم يحلّ وطء إمائهم بملك اليمين ٤٥٩

في التعريض بنكاح المعتدّات

المعتدّات على ثلاثة أضرب، ولا يحلّ التعريض بالرجعيّات منهنّ ٤٥٩
يجوز التعريض للمطلّقات الثلاث واختلف في المختلعات والمنفسخ نكاحهنّ ٤٦٠

كيفيّة خطبة النساء وما يجوز من التصريح والتعريض ٤٦١
في تزويج المشركين
إذا تزوّج المشرك بأكثر ممّا يحلّ ثمّ أسلم وهنّ عنده ٤٦٣
إذا كان الزوجان كتابيّين فأسلم أحدهما، وفيه فروع ٤٦٣
إذا تزوّج أُمّاً وبنتها حال الشرك ثمّ أسلم، وفيه فروع ٤٦٤
إذا كان المشرك له أمتان أُمّ وبنتها فأسلم وأسلمن معه ٤٦٥
إذا نكح امرأة وخالتها أو امرءة وعمّتها ثمّ أسلم ٤٦٥
إذا أسلم وتحته أربع زوجات إماء وهو موسر فأسلمن ٤٦٧
إذا أسلم وتحته أربع زوجات إماء فأسلمت واحدة وتأخّر البواقي ٤٦٧
إذا تزوّج العبد في حال الشرك ستّاً: أمتين وكتابيّتين ووثنيّتين ٤٧١
إذا تزوّج العبد أربع إماء في الشرك ففيه مسألتان ٤٧١
إذا أسلم العبد وتحته أربع زوجات إماء فأُعتقن ٤٧٢
إذا أسلم الحرّ وتحته خمس حرائر فأسلمن واحدة بعد واحدة ٤٧٤
حرّ تزوّج ثماني حرائر في الشرك ثمّ أسلم وأسلم معه أربع ٤٧٥
أسلم الرجل وتحته زوجات حرائر فقال: كلّما أسلمت واحدة فقد اخترت فسخ نكاحها ٤٧٥
أسلم وعنده ثماني نسوة أسلمن معه اختار منهنّ أربعاً وإلّا أجبره السلطان ٤٧٧
هكذا القول فيمن له أربع زوجات وطلّق واحدة لا بعينها، وفيه فروع ٤٧٨
إذا تزوّج المشرك وثنيّة أو مجوسيّة ثمّ أسلم بعد الدخول بها ٤٨٠
أسلمت الوثنيّة وأقام زوجها على الشرك فتزوّج أُختها في عدّتها ٤٨٠
تزوّج المشرك حرّة فأسلمت الزوجة بعد الدخول بها أو قبلها ٤٨١
إذا كان تحته مجوسيّة أو وثنيّة ففيه ثلاث مسائل ٤٨٢
إن تعاقدا النكاح في الشرك متعة أو بخيار الشرط أو في العدّة ثمّ أسلما ٤٨٣

أسلم وعنده ثماني نسوة فطلّق واحدة أو ظاهر منها أو آلى أو قذفها ٤٨٤
إذا ارتدّ أحد الزوجين قبل الدخول وقع الفسخ في الحال ٤٨٥
أنكحة المشركين صحيحة، وإذا أسلموا أُقرّوا على ما يجوز في شرعنا ٤٨٦
إذا ترافع مشركان أو ذمّيان إلى حاكم المسلمين ٤٨٧
فيما يستباح من الوطء وكيفيّته
مباشرة الحائض على ثلاثة أضرب: مباح ومحرّم ومختلف فيه ٤٩٠
الاستمناء باليد محرّم إجماعاً وفاعله ملعون ٤٩١
يكره إتيان النساء في أحشاشهنّ وهل هو محظور؟ ٤٩١
في نكاح الشغار
في نكاح الشغار ثلاث مسائل ٤٩٢
إذا قال: زوّجتك بنتي على أن تزوّجني بنتك ٤٩٣
في نكاح المتعة وتحليل الجارية
نكاح المتعة عندنا صحيح مباح، وهي العقد عليها مدّة معلومة بمهر معلوم ٤٩٣
التحليل تمليك منفعة مع بقاء الأصل أو هو عقد ٤٩٣
في النكاح الّذي يحلّل المرءة للزوج الأوّل
إذا تزوّج امرءة ليبيحها للزوج الأوّل ففيه ثلاث مسائل ٤٩٤
في العيوب الّتي توجب الردّ في النكاح
الجبّ والعنّة يخصّ الرجال، والرتق والقرن يخصّ النساء وهكذا الإفضاء
والعمى عندنا ومثلهما الجنون والجذام والبرص ٤٩٦
كلّ نكاح فسخ لعيب كان حين العقد موجوداً حكمه حكم النكاح الفاسد ٤٩٩
تزوّج بامرءة فطلّقها قبل الدخول بها ثمّ ظهر بها عيب بعد الطلاق ٥٠٠
كلّ موضع يثبت فيه الخيار بالعيب لأحد الزوجين فهو على الفور ٥٠٢
إذا قالت: أنا مسلمة، فبانت كتابيّة، أو قالت: أنا كتابيّة، فبانت مسلمة ٥٠٣

إذا تزوّج الحرّ امرءة على أنّها حرّة فبانت أمة ٥٠٤
المسألة بحالها فبانت أنّها مكاتبة ٥٠٦
المسألة بحالها فأتت بولد، فهو حرّ وعليه قميته ٥٠٦
إذا باع الرجل أمته ولها زوج أو آجرها ٥٠٧
إذا كان له مائة وأمة قيمتها مائة فزوّجها بمهر هو مائة ثمّ أوصى بعتقها ٥٠٨
إذا أُعتقت تحت عبد ومضت مدّة ثمّ ادّعت الجهالة بالعتق ٥٠٩
إذا تزوّج العبد امرءة يملك طلقتين إن كانت أمة وثلاثاً إن كانت حرّة ٥١٠
فإذا أعتقها سيّدها وهي في العدّة كان لها الخيار، وفيه فروع ٥١٠
حكم العنّين والمجبوب والخصيّ وأنّ العنّين يؤجّل سنة للمعالجة ٥١٢
إذا أخبرها بأنّه عنّين فتزوّجت به على ذلك ٥١٤
إذا تزوّج امرءه ودخل بها ثمّ إنّه عجز عن جماعها ٥١٥
إذا أجّلنا للعنّين سنة فانقضت المدّة واختارت المقام معه ٥١٦
إذا اختلف العنّين وزوجته فقال: أصبتها، وأنكرت ٥١٧
معرفة الخنثى بالمبال ولا اعتبار بميل طبعه ٥١٨
إذا تزوّج امرءة مع العلم بحاله فلا خيار لها وأمّا مع الجهل... ٥١٩
يجوز النزع إذا كان عن مملوكة وأمّا الحرّة... ٥١٩
إذا دخل الغريب بلداً فتزوّج امرءة على أنّها حرّة فبانت أمة ٥١٩
في معنى الإحصان وشرائط تحقّقه ٥٢١
في ذكر زوجات النبيّ صلى الله عليه وآله ٥٢٣

كتاب الصداق

معنى الصداق والعلائق والمهر والأُجرة والنحلة وأنّها سواء ٥٢٦
يستحبّ أن لا يعرى النكاح عن ذكر المهر والنكاح صحيح ٥٢٦

الصداق غير مقدّر والسنّة فيه خمسمائة درهم	٥٢٨
يجوز أن يكون منافع الحرّ مهراً كالخدمة والخياطة	٥٢٩
إذا أصدقها تعليم سورة بعينها فأتت بغيرها وقالت: لقّني هذه	٥٣٠
أصدقها تعليم سورة فاختلفا فقال: علّمتك، فأنكرت	٥٣٠
إن تزوّج مشرك مشركة على أن يلقّنها التوراة والإنجيل	٥٣٢
إذا أصدقها تعليم سورة معيّنة ثمّ طلّقها	٥٣٢
إذا أصدقها أن يجيئها بعبدها الآبق	٥٣٣
إذا أصدقها خياطة ثوب بعينه ففيه ثلاث مسائل	٥٣٣
إذا طلّقها قبل الدخول بها بعد القبض كيف يأخذ نصف الصداق	٥٣٤
إذا أصدقها نخلاً حائلاً فطلّقها قبل الدخول بها فيه سبع مسائل	٥٣٧
إذا أصدقها أرضاً فحرثتها أو زرعتها أو غرستها ثمّ طلّقها	٥٣٩
إذا كان الصداق جارية حاملاً أو بهيمة فولدت	٥٤٠
إذا كان الصداق جارية حائلاً فحملت بمملوك ثمّ طلّقها	٥٤١
إذا أصدقها جارية حاملاً بمملوك ثمّ طلّقها قبل الدخول بها	٥٤٢
إذا أصدقها داراً فاحترقت أو خالعها على صداق بعينه فتلف في يدها	٥٤٤
إذا أصدقها شيئاً بعينه فارتدّت قبل الدخول بها	٥٤٤
إذا أصدقها نخلاً حائلاً فأثمرت في يده، وفيه أبحاث	٥٤٥
إذا كان الصداق أمة ملكتها بالعقد وليس للزوج وطؤها وإن وطئها...	٥٤٧
إذا أصدقها شقصاً يجب فيه الشفعة ثمّ طلّقها قبل الدخول بها	٥٤٨
أربع مسائل تذكر في موضع واحد: منها بيع ونكاح	٥٤٨
إذا قال: زوّجتك بنتي وبعتك عبدها هذا جميعاً بألف	٥٥٠
إذا أصدقها عبداً فدبّرته ثمّ طلّقها قبل الدخول بها فيه ثلاث مسائل	٥٥٠
إذا أصدقها عبداً فبان مستحقّاً أو بان حرّاً	٥٥١

إذا ادّعت أنّه نكحها يوم الخميس بعشرين ويوم الجمعة بثلاثين ٥٥٢
إذا تزوّج أربع نسوة بعقد واحد بألف ٥٥٢
إذا زوّج ولده الصغير امرءة وأصدقها صداقاً ٥٥٤
إذا تزوّج المولّى عليه بغير إذن وليّه ٥٥٤

في التفويض

المفوّضة على ضربين: مفوّضة المهر ومفوّضة البضع ٥٥٥
إذا حكمنا بأنّها مفوّضة لم يجب لها بالعقد مهر ولها المطالبة بالفرض ٥٥٦
مفوَّضة البضع لا تملك بالعقد مهراً وإنّما تملك بالعقد أن تملك ٥٥٨
الفرض فرضان: فرض الحاكم وفرض الزوجين وأمّا فرض الأجنبيّ... ٥٥٨
مفوّضة المهر هي أن يعقد النكاح ويذكر المهر ولا يذكر مبلغه ٥٥٩
إذا أجبرها وليّها فزوّجها مفوّضة لم يجب عليه ضمان المهر ٥٦٠

في اعتبار مهر المثل

مهر المثل يعتبر بنسائها من الأُمّ والأُخت وبمن هي في سنّها ٥٦١
إذا حكم لها بمهر المثل كان حالّاً ولم يكن عليه التأخير إلى أجل ٥٦٢
الأولى أن يتزوّج الرجل من غير عشيرته وأقاربه ٥٦٢

في اختلاف الزوجين

إذا اختلف الزوجان فقال: تزوّجتك بألف، وقالت: بألفين ٥٦٢
إذا اختلف الزوجان فقال: أقبضتك المهر، وقالت: ما قبضته ٥٦٤
إذا اختلفا فقالت: أعطيتني هديّة أو هبة، فقال: بل مهراً ٥٦٥

* * *

إذا أصدقها ألفاً على أنّ لأبيها ألفاً أو على أن يعطي أباها ألفاً ٥٦٥
الشروط السائغة في العقد والتفريع عليها ٥٦٦
إذا تزوّج امرءة وضمن لها أبوه نفقته عليها سنين ٥٦٨

من هو بيده عقدة النكاح وما هو الّذي يعفوه بعد الطلاق ٥٦٨
ليس لوليّ الرشيد والسفيه أن يطلّق زوجته بعوض ولا بعوض ٥٦٩
إذا طلّق الرشيد زوجته قبل الدخول بها واختار أحدهما أن يعفو ٥٦٩
إذا أصدقها صداقاً ثمّ وهبته منه ثمّ طلّقها قبل الدخول، وفيه فروع ٥٧٢
إذا أصدقها عبدين فوهبت له أحدهما ثمّ طلّقها قبل الدخول ٥٧٤
إذا تزوّج الرجل امرءة بمهر معلوم ملكته ثمّ خالعها بعد بعوض وبذلته له ٥٧٥
فروع في الإبراء عن المهر وأنّه كيف يكون ٥٧٧
إذا تزوّج امرءة بصداق فقالت: لا أُسلّم نفسي حتّى أقبضه ٥٧٨
إذا تزوّج امرءة بصداق وأقبضها متى يجب عليها التسليم ٥٧٩
الصداق كالدين يجب في الذمّة ٥٨١
متى يجب تسليم الصداق ومتى تجب عليها تسليم نفسها ٥٨٢
إذا امتنعت الكبيرة من تسليم نفسها فهل لها النفقة ٥٨٣
إذا كانت المرءة نضواً قليلة اللحم متى يستمتع بها زوجها ٥٨٣
إذا وطئ زوجته فأفضاها أو أكره امرءة فأفضاها ٥٨٤
المطلّقات على ثلاثة أضرب: بعضها لا متعة لها وبعضها لها متعة ٥٨٦
إذا أصدقها خشبة فشقّته أبواباً وتوابيت ثمّ طلّقها قبل الدخول ٥٨٨
المسألة بحالها لكنّه أصدقها ذهباً وفضّة فصاغتها أواني قبل الدخول ٥٨٨

في ذكر الوليمة والنثر

معنى وليمة العرس وأنّها مستحبّة ويستحبّ للمدعوّ إتيانها ٥٨٩
إذا كان في الدعوة مناكير وملاهي كشرب الخمر ٥٩٠
نثر السكّر واللوز في الولائم وغير ذلك جائز ويجوز اختلاسها ٥٩١

كتاب القسم

معنى القسم وأنّه واجب على الأزواج بالكتاب والسنّة ٥٩٤

هبة القسم جائزة فإن رجعت عن هبتها ففيه ثلاث مسائل ٥٩٥
كيفيّة قسم النبيّ ﷺ وأنّ القسم لا يجب ابتداءً وإنما يجب انتهاءً ٥٩٧
القسم يكون ليلاً فكلّ امرءة قسم لها ليلاً فلها نهار تلك الليلة ٥٩٧
القسم واجب حتّى على العنّين والمجبوب ٥٩٩
إذا كان للمجنون أربع زوجات كيف يفعل به ٦٠٠
إذا خرج الرجل من عند صاحبة الليل خوفاً أو اخرجه السلطان ٦٠١
القسم للحرائر، والإماء لا قسم لهنّ ٦٠٢
إذا كان للرجل أربع زوجات فنشزت واحدة... ٦٠٢
إذا كان للرجل امرءتان وتزوّج بأُخرى فللجديدة حقّ التقديم ٦٠٥
إذا أراد أن يسافر بزوجاته جاز وإذا سافر ببعضها يختارها بالقرعة ٦٠٦
إذا زفّت إليه زوجة جديدة وأراد أن يسافر كيف يفعل ٦٠٧
إذا سافر بواحدة سفر نقلة فهل يقضي للبواقي أم لا؟ ٦٠٨
إذا سافر بواحدة بالقرعة ثمّ زفّ إليه جديدة في السفر ٦٠٩
في أحكام النشوز
معنى النشوز، وفيه ثلاث مسائل ٦٠٩
أوّل ما يبدء بالناشزة الموعظة ثمّ الهجران في المضاجع ثمّ الضرب ٦١٠
في الحكمين في الشقاق بين الزوجين
إذا كان النشوز من الزوج جاز للزوجة أن تدع بعض حقّها ٦١١
إذا ثبت بينهما الشقاق يبعث الحكمان ٦١٢
بعث الحكمين على التحكيم لا التوكيل وكيف يعمل الحكمان ٦١٢

كتاب الخلع

معنى الخلع وأصله في الكتاب والسنّة ٦١٨

الخلع على ثلاثة أقسام: ضربان مباحان وضرب محظور	٦١٩
الخلع بمجرّده يقع، أو لابدّ من التلفّظ بالطلاق؟ أو هو فسخ	٦٢٠
إذا قلنا إنّ الخلع لا يقع إلّا بلفظ الطلاق لا يلحقها طلاق آخر في العدّة	٦٢٢
إذا قال لزوجته: أنت طالق ثلاثاً في كلّ سنة واحدة	٦٢٢
مسألة الحيلة في الخلع بانحلال اليمين	٦٢٣
إذا قال لزوجها: طلّقني ثلاثاً بألف درهم، وفيه فروع	٦٢٥
إذا قال: خالعتك على ألف في ذمّتك، فقالت: بل على ألف ضمنها لك فلان	٦٢٨
إذا قال لها: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، وفيه صور	٦٢٩
إذا قال لها: متى أعطيتني ألفاً فأنت طالق	٦٣٠
إذا كانت معه على طلقة فقالت: طلّقني ثلاثاً بألف، فطلّقها ثلاثاً	٦٣٢
إذا قالت له: طلّقني طلقة بألف، فقال: أنت طالق ثلاثاً بألف	٦٣٣
إذا خالعها على أن تكفّل ولده عشر سنين وفيه أبحاث	٦٣٤
إذا قال لها: طلّقي نفسك بألف	٦٣٧
إذا خالعها بعبد معيّن، أو بعبد موصوف في الذمّة	٦٣٨
إذا قال: أنت طالق وعليك ألف	٦٤٠
إذا خالعها على ثوب بعينه مرويّ فبان هرويّاً	٦٤١
إذا خالعها على ثوب بعينه مرويّ فبان كتاباً	٦٤٢
إذا قال لها أبو امرءته: طلّقها وأنت بريء من صداقها	٦٤٢
إذا قال لها: أنت طالق بألف إذا جاء رأس الشهر	٢٦٣
إذا خالعها على حمل جارية أو على ما في بطن هذه الجارية	٦٤٤
قالتا له: طلّقنا بألف، فطلّق إحداهما ولم يطلّق الأُخرى	٦٤٦
إذا قالتا: طلّقنا بألف، فطلّقهما على الفور بعد أن ارتدّتا	٦٤٦
إذا قال لهما: أنتما طالقتان إن شئتما بألف أو على ألف	٦٤٧

المسألة بحالها وكانت أحدهما رشيدة والآخر محجوراً عليها لسفه ٦٤٨
رجل له زوجتان فقالت إحداهما: طلّقني وضرّتي بألف ٦٤٩
إذا اختلعت الأمة أو المكاتبة نفسها بعوض إلى من تدفع العوض؟ ٦٤٩
إذا وكّلته في الخلع فله صورتان: إمّا أن تقدِّر البدل، أو لا تقدّر ٦٥٢
الخلع في المرض جائز لأنّه عقد معاوضة، وفيه فروع ٦٥٤
إذا اختلعت المريضة نفسها بعبد قيمته مائتان ومهر مثلها مائة ٦٥٤
خلع المشركين جائز، وإن كان البذل فاسداً كالخمر والخنزير ٦٥٥
إذا كانت له زوجتان فقالت إحداهما: طلّقني بألف على أن لا تطلّق ضرّتي ٦٥٧
إذا قالت: طلّقني بألف على أن تعطيني عبدك هذا ٦٥٦
إذا قال: طلّقتك بألف جواباً لما طلبت منّي، فأنكرت ٦٥٧
الفرق بين الخلع والمباراة ٦٥٨